

Examen parlementaire et contrôle judiciaire de la législation exécutive : évaluation de l'expérience canadienne

John Mark Keyes

Volume 51, Special Issue, 2021

Le Parlement et les tribunaux

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1085791ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1085791ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Keyes, J. M. (2021). Examen parlementaire et contrôle judiciaire de la législation exécutive : évaluation de l'expérience canadienne. *Revue générale de droit*, 51, 129–171. <https://doi.org/10.7202/1085791ar>

Article abstract

Executive legislation is a form of law made by government bodies or officials to whom primary legislators (parliaments and legislatures) have delegated legislative authority. The exercise of this authority is subject to both parliamentary scrutiny and judicial review. This paper looks at the relationship between these functions and considers whether they are being performed sufficiently to ensure democratic accountability for executive legislation. It concludes that although these functions do not conflict, there are serious concerns about whether they ensure democratic accountability for executive legislation in Canada.

Examen parlementaire et contrôle judiciaire de la législation exécutive : évaluation de l'expérience canadienne

JOHN MARK KEYES*

RÉSUMÉ

La législation exécutive est une forme de droit élaboré par des organismes publics ou des fonctionnaires auxquels les législateurs primaires (parlements et assemblées législatives) ont délégué un pouvoir législatif. L'exercice de ce pouvoir est assujéti à l'examen parlementaire et au contrôle judiciaire. Le présent article étudie la relation entre ces fonctions et examine si elles sont exécutées adéquatement pour assurer la responsabilité démocratique se rattachant à la législation exécutive. Il conclut que même si ces fonctions ne se contredisent pas, de graves préoccupations subsistent au sujet de la garantie de responsabilité démocratique se rattachant à la législation exécutive au Canada.

MOTS-CLÉS :

Législation exécutive, contrôle judiciaire, examen parlementaire, processus réglementaire, droit constitutionnel.

ABSTRACT

Executive legislation is a form of law made by government bodies or officials to whom primary legislators (parliaments and legislatures) have delegated legislative authority. The exercise of this authority is subject to both parliamentary scrutiny and judicial review. This paper looks at the relationship between these functions and considers whether they are being performed sufficiently to ensure democratic accountability for executive legislation. It concludes that although these functions do not conflict, there are serious concerns about whether they ensure democratic accountability for executive legislation in Canada.

* Faculté de droit (common law), Université d'Ottawa.

KEYWORDS:

Delegated legislation, regulation, judicial review, parliamentary review, regulatory process, constitutional law.

SOMMAIRE

Introduction.....	130
I. Délégation du pouvoir législatif.....	132
II. Comment les organes parlementaires surveillent-ils la législation exécutive?.....	134
A. Action législative et examen des projets de loi.....	135
B. Procédures de résolution.....	138
1. Nature et origines.....	138
2. Canada.....	140
3. Constitutionnalité.....	141
C. Examen de la législation exécutive par des comités.....	142
1. Caractéristiques générales.....	142
2. Étendue de l'examen.....	145
i. Examen technique.....	145
ii. Examen du bien-fondé.....	147
D. Efficacité de l'examen parlementaire.....	149
1. Action législative et examen des projets de loi.....	149
2. Procédures de résolution.....	151
3. Examen de la législation exécutive par des comités.....	153
III. Comment les tribunaux exercent-ils un contrôle sur la législation exécutive?.....	156
A. Motifs de contrôle.....	157
B. Normes de contrôle.....	158
C. Considérations supplémentaires.....	161
IV. Comment l'examen législatif et le contrôle judiciaire s'articulent-ils?...	162
Conclusion.....	168

INTRODUCTION

Dans le système de gouvernement s'inspirant du modèle de Westminster, les branches législative, exécutive et judiciaire de l'État exercent des fonctions distinctes (élaborer les lois, appliquer les lois, trancher des différends en fonction du droit). Ces branches s'entrecroisent relativement à une forme de droit élaboré en vertu d'un

pouvoir que les organes parlementaires (parlements et assemblées législatives) délèguent à la branche exécutive, soit la législation exécutive¹ :

- La branche législative en tant que délégant du pouvoir législatif détermine son étendue et conserve la responsabilité de son exercice en ce qu'elle peut modifier ou retirer le pouvoir en cause ou l'exercer elle-même.
- La branche exécutive en tant que délégataire exerce le pouvoir et est aussi responsable de son exercice.
- La branche judiciaire tranche les différends concernant la légalité de l'exercice de ce pouvoir, en délimitant son étendue et en se prononçant sur des recours intentés en cas d'exercice excessif (*ultra vires*) de ce pouvoir.

Cet entrecroisement produit des tensions lorsque la branche législative ou la branche judiciaire limite les actes que l'exécutif pose dans l'exercice de son pouvoir délégué. D'un côté, l'exécutif est mandaté pour exercer ce pouvoir, et les autres branches devraient respecter cette délégation et ne pas dicter à l'exécutif comment il devrait l'exercer. D'un autre côté, les organes parlementaires sont législativement souverains et responsables de leur délégation de pouvoir. Enfin, il incombe aux tribunaux de déterminer les limites juridiques du pouvoir délégué et d'assurer le respect de la primauté du droit. En conséquence, les branches législative et judiciaire doivent surveiller l'exercice du pouvoir législatif délégué.

Le présent article se penche sur les fonctions de surveillance des branches législative et judiciaire au Canada, plus particulièrement à l'échelon fédéral. Il examine également ces fonctions dans des systèmes juridiques comparables (Royaume-Uni, Australie et Nouvelle-Zélande) afin d'offrir une perspective comparative.

Les questions importantes auxquelles nous tentons de répondre sont les suivantes : (1) ces fonctions sont-elles incompatibles ?, et (2) ces fonctions sont-elles exécutées de manière à assurer la réalisation des objectifs d'équilibre entre les pouvoirs de l'État et la responsabilité démocratique se rattachant au pouvoir législatif délégué ? Ces questions

1. Cette forme de législation est également souvent appelée législation « déléguée », « subordonnée » ou « secondaire ». Ces expressions incluent la législation élaborée par des organes locaux et municipaux. L'expression « législation exécutive » est appropriée lorsqu'il est question exclusivement de cette législation élaborée par la branche exécutive.

n'ont jamais été aussi opportunes étant donné que le Canada et d'autres pays font actuellement face à l'urgence sanitaire mondiale la plus importante des 100 dernières années. Les assises des organes parlementaires ont été significativement réduites et le pouvoir législatif s'est largement déplacé vers la législation exécutive. Les contrôles de cette forme de législation méritent un examen.

Nous concluons que l'examen parlementaire et le contrôle judiciaire de la législation exécutive sont mutuellement compatibles et qu'ils peuvent maintenir l'équilibre entre le pouvoir de l'État et la responsabilité démocratique. À cet égard, leur efficacité soulève toutefois des préoccupations. Les parlementaires et les juges devraient examiner de près s'ils s'acquittent de leurs fonctions connexes, compte tenu surtout de l'examen généralement plus approfondi qui est fait dans les systèmes juridiques comparables que nous étudions dans le présent article.

I. DÉLÉGATION DU POUVOIR LÉGISLATIF

Dans les démocraties parlementaires comme celle du Canada, les constitutions établissent des organes pour élaborer la législation primaire, comme le parlement ou l'assemblée législative (« organes parlementaires »)², et leur donnent le pouvoir souverain de le faire. Cependant, il est reconnu depuis longtemps que leur souveraineté législative leur permet de déléguer des pouvoirs, y compris le pouvoir législatif³. Même si des arguments au sujet des limites constitutionnelles applicables à cette délégation continuent à être avancés⁴, peu ont été couronnés de succès⁵.

2. Dans le présent article, l'expression « organes parlementaires » vise les parlements, assemblées législatives et autres organes représentatifs qui élaborent la législation primaire.

3. Voir, à titre d'exemple, John Mark Keyes, *Executive Legislation*, 3^e éd, Markham (ON), LexisNexis, 2021 aux pp 58 et s [Keyes, *Executive Legislation*]; Guy Régimbald, *Canadian Administrative Law*, 2^e éd, Markham (ON), LexisNexis, 2015 aux pp 141 et s.

4. Voir *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, 428 DLR (4^e) 68; *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, 455 DLR (4^e) 68 [*Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution*]; Lorne Neudorf, « Reassessing the Constitutional Foundation of Delegated Legislation in Canada » (2018) 41:2 Dal LJ 519.

5. Le seul exemple notable au Canada est *Nova Scotia (AG) v Canada (AG)*, [1951] CSC 31, [1950] 4 DLR 369, concernant la délégation de pouvoir à une législature provinciale par le Parlement, et vice versa. La Cour Suprême a récemment rejeté les arguments avancés au soutien de l'invalidité de la délégation dans les *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution*, *supra* note 4 aux para 83–88.

Les motifs de délégation du pouvoir législatif varient, mais les principaux sont liés aux processus parlementaires d'adoption de projets de loi qui sont généralement longs et comportent de nombreux risques politiques. Les processus réglementaires ne sont habituellement pas aussi complexes et ne font pas l'objet d'un examen politique ou médiatique aussi approfondi. Sur le plan politique, il est souvent avantageux de répondre législativement par ce moyen généralement plus rapide, moins visible et moins litigieux. En outre, la nature plus technique d'une grande partie de la législation exécutive pose des défis à bon nombre, voire la plupart, des membres des organes parlementaires qui ne possèdent pas les compétences leur permettant de comprendre pleinement les enjeux soulevés par le sujet en question.

Des préoccupations quant aux us et abus de la législation exécutive ont été soulevées au moins depuis l'époque de l'invective de Lord Hewart en 1929 contre la montée de l'État réglementaire, qu'il a qualifiée de « nouveau despotisme »⁶. La préoccupation principale est que la législation exécutive est utilisée pour contourner les processus législatifs dans une démocratie représentative et donne trop de pouvoirs à des fonctionnaires non élus. Ce transfert de pouvoir législatif porte atteinte à la responsabilité démocratique en diminuant le rôle des représentants élus par vote populaire qui consiste à exprimer les intérêts et la volonté de leurs électeurs relativement à une forme majeure de législation⁷. Les préoccupations concernant cette érosion de la responsabilité démocratique sont accentuées par le contrôle substantiel qu'exerce généralement l'exécutif sur les organes législatifs primaires dans les systèmes s'inspirant du modèle de Westminster, selon lequel le gouvernement majoritaire tend à être la norme, les lois adoptées émanant, pour la plupart, de l'exécutif. Bien qu'il existe au Royaume-Uni⁸ et au Canada⁹ des exemples de directives gouvernementales internes qui restreignent la rédaction de dispositions habilitantes, les

6. Gordon Hewart, *The New Despotism*, Londres (R-U), E Benn, 1929. Voir aussi Michael Taggart, « From "Parliamentary Powers" to Privatization: The Chequered History of Delegated Legislation in the 20th Century » (2005) 55:3 UTLJ 575 aux pp 576–81.

7. Pour une déclaration faisant autorité sur la démocratie en tant que principe constitutionnel, voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, 161 DLR (4^e) 385 aux para 61–69.

8. R-U, Cabinet Office, *Guide to Making Legislation*, juillet 2017, en ligne : <www.gov.uk/government/publications/guide-to-making-legislation> [*Guide to Making Legislation*].

9. Canada, Bureau du Conseil privé, *Lois et règlements : l'essentiel*, 2^e éd, n^o de catalogue J2-8/2001F-IN, Justice Canada, 2001, en ligne : <www.canada.ca/en/privy-council/services/publications/guide-making-federal-acts-regulations.html> [*Lois et règlements*].

gouvernements ont tendance à chercher des pouvoirs étendus pour s'accorder la flexibilité nécessaire pour gouverner comme bon leur semble¹⁰. Alors, comment répondre aux préoccupations suscitées par cette trop grande délégation du pouvoir législatif ?

La réponse comporte deux volets : l'examen parlementaire et le contrôle judiciaire.

II. COMMENT LES ORGANES PARLEMENTAIRES SURVEILLENT-ILS LA LÉGISLATION EXÉCUTIVE ?

Les principes constitutionnels de la souveraineté et de la démocratie parlementaires sous-tendent les fonctions des organes parlementaires consistant à examiner la délégation du pouvoir législatif et son exercice. Le Comité mixte permanent d'examen de la réglementation du Sénat (CMPER) et de la Chambre des communes du Canada a déclaré ce qui suit au sujet des règlements et des autres textes réglementaires :

Le Parlement n'en est pas moins responsable des lois du pays et, dans la mesure où les règles et les règlements en question ne sont pas soumis à la vérification du Parlement, celui-ci abdique son droit réel d'édicter des lois auxquelles doivent se soumettre les citoyens¹¹.

Le fondement de l'examen parlementaire découle également de la relation établie par la délégation. Celle-ci exige du délégant qu'il supervise l'exercice de ce pouvoir pour s'assurer qu'il est exercé comme prévu et pour le modifier ou le révoquer si nécessaire. La délégation exige aussi du délégataire qu'il rende compte au délégant de l'exercice de son pouvoir.

Un dernier fondement proposé pour justifier la surveillance parlementaire est l'amélioration de la qualité de la législation exécutive¹², à laquelle se rattache l'objectif de réduction du nombre de contestations judiciaires basées sur des questions relevant de l'examen parlementaire,

10. Voir John AG Griffith, « The Place of Parliament in the Legislative Process » (1951) 14:4 Mod L Rev 279; Keyes, *Executive Legislation*, supra note 3 aux pp 116-120.

11. Journaux du Sénat, 30-2 vol 122 (3 février 1977) à la p 208, en ligne : <parl.canadiana.ca/view/oop.SOC_3002_122_01/188 ?r=0&s=1>.

12. Voir CMPER, 40-2, 4^e Rapport (Rapport N° 85 — *Rapport au Comité au sujet de la Conférence australo-néo-zélandaise sur l'examen législatif*) (29 octobre 2009) (John Wallace, Andrew Kania, coprésidents) à la p 11, en ligne : <www.parl.ca/Committees/fr/REGS> [« Rapport n° 85 »].

notamment le caractère suffisant du pouvoir législatif autorisant la législation exécutive et la cohérence avec les droits et libertés protégés constitutionnellement. Étant donné que l'accès aux tribunaux présente un défi financier considérable pour la majorité de la population, cet objectif est convaincant.

Les organes parlementaires sont des institutions complexes ayant pour fonctions de délibérer, de légiférer et d'exiger une reddition de comptes de la part de l'exécutif¹³. Ils sont composés de membres jouissant de droits particuliers (principalement le droit de parole et le droit de vote) ; ils disposent de comités exerçant des fonctions et des pouvoirs particuliers, mais ils exercent leurs fonctions législatives collectivement, à la majorité des voix exprimées par les membres. Pour s'accomplir, ce processus nécessite une certaine formalité, ce qui explique pourquoi l'examen parlementaire de la législation exécutive prend trois formes principales.

La première est l'adoption de lois déléguant le pouvoir législatif (législation habilitante) ou remplaçant occasionnellement le pouvoir délégué et élaborant la législation qu'un déléguant aurait autrement élaborée (*action législative*). La deuxième porte sur l'exercice du pouvoir législatif délégué et entraîne l'approbation ou le rejet de la législation exécutive au moyen de procédures de résolution (*procédures de résolution*). La troisième fait intervenir des comités pour examiner l'exercice du pouvoir de législation exécutive et soumettre un rapport sur celui-ci (*examen par des comités*). Pour soutenir l'examen parlementaire, il est nécessaire de transmettre la législation exécutive aux parlementaires ou autrement de la mettre à leur disposition¹⁴.

A. Action législative et examen des projets de loi

L'action législative comporte l'adoption de lois déléguant le pouvoir législatif. Elle peut aussi modifier, abroger ou valider la législation

13. Voir *Canada (Chambre des communes) c Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 RCS 667 au para 46.

14. Voir, en général, Keyes, *Executive Legislation*, *supra* note 3 ; Dennis Pearce et Stephen Argument, « Parliamentary Review » dans Dennis Pearce et Stephen Argument, *Delegated Legislation in Australia*, 5^e éd, Butterworths, LexisNexis, 2017 aux pp 57 et s ; Ross Carter, Jason McHerron et Ryan Malone, *Subordinate Legislation in New Zealand*, Wellington, LexisNexis NZ, 2013 aux pp 24–27.

exécutive adoptée antérieurement¹⁵, y compris avec un effet rétroactif¹⁶. Même si la délégation de pouvoir législatif est assujettie à peu de contraintes constitutionnelles, elle doit néanmoins appliquer des principes constitutionnels, ce qui suggère un pouvoir législatif ayant un effet significatif. Par exemple, un empiètement sur des droits fondamentaux devrait être effectué par des institutions établies constitutionnellement et dont les membres sont élus démocratiquement. La délégation de ce pouvoir à des organes subordonnés mine la souveraineté parlementaire et la responsabilité démocratique en matière d'élaboration des lois¹⁷. L'énoncé de ces principes et les directives au sujet de la délégation de pouvoirs législatifs figurent dans la *Legislative Standards Act*¹⁸ et dans les directives du Cabinet du Royaume-Uni¹⁹ et du Canada²⁰.

Au Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle-Zélande, les comités législatifs ont le mandat d'examiner les dispositions des projets de loi qui délèguent des pouvoirs et de soumettre un rapport sur leur légitimité. Au Royaume-Uni, le *Delegated Powers and Regulatory Reform Committee* (DPRRC) de la Chambre des lords examine « si les dispositions de tout projet de loi délèguent irrégulièrement le pouvoir législatif ou si elles assujettissent l'exercice du pouvoir législatif délégué à un degré de surveillance parlementaire inapproprié » [notre traduction]²¹. De la même façon, au Parlement australien, le *Senate Committee for the Scrutiny of Bills* examine les projets de loi pour déterminer s'ils « délèguent des pouvoirs législatifs irrégulièrement » ou

15. Pour des exemples de lois modifiant la législation exécutive, voir *Broadcasting Amendment (N° 2)*, 1990 (N-Z) 1990/2; *Loi de 2018 abrogeant la Loi sur l'énergie verte*, LO 2018, c 16; *Loi modifiant certaines lois et un règlement relatifs aux armes à feu*, LC 2019, c 9. Pour un exemple de validation de loi, voir *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, LC 2001, c 6, art 107.

16. *Régie des rentes du Québec c Canada Bread Company Ltd*, 2013 CSC 46, [2013] 3 RCS 3 [Régie des rentes]. Cependant, les alinéas 11g) et i) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11 [Charte canadienne], limitent la rétroactivité de la législation relative à la responsabilité des sanctions pénales.

17. Carter, McHerron et Malone, *supra* note 14 au para 3.1.

18. Australie (Queensland), 1992/26, art 4.

19. *Guide to Making Legislation*, *supra* note 8.

20. *Lois et règlements*, *supra* note 9.

21. Ruth Fox et Joel Blackwell, *The Devil Is in the Detail: Parliament and Delegated Legislation*, Londres (R-U), Hansard Society, 2014 aux pp 69–71. Voir aussi R-U, *Delegated Powers and Regulatory Reform Committee, Guidance for Departments on the Role and Requirements of the Committee*, juillet 2014, en ligne : <publications.parliament.uk/pa/ld5801/ldselect/downloads/Guidance-for-Departments.pdf> [Guidance for Departments].

« assujettissent l'exercice du pouvoir législatif à la surveillance parlementaire de manière insuffisante » [notre traduction]²². À son tour, le *Regulations Review Committee* (RRC) du Parlement de la Nouvelle-Zélande examine les projets de loi « pour déterminer si la délégation du pouvoir législatif du Parlement est appropriée et définie clairement » [notre traduction]²³.

Au Canada, le CMPEP a, à maintes reprises, attiré l'attention sur la nécessité de l'examen parlementaire des dispositions habilitantes²⁴, mais ses recommandations n'ont jamais été suivies et cette question n'est abordée que dans des commentaires occasionnels exprimés devant les comités d'examen des projets de loi, lesquels abordent rarement l'étendue de ces dispositions²⁵. Ce problème est illustré dans l'échange suivant, qui s'est déroulé au sein du Comité sénatorial permanent de l'énergie, de l'environnement et des ressources naturelles au sujet des dispositions du projet de loi sur le budget fédéral de 2012 traitant des études environnementales :

Le président : Est-il juste de dire qu'une grande partie de ces mesures sont des dispositions habilitantes qui permettront de prendre des règlements d'application générale ? Pouvons-nous nous attendre à une abondante réglementation ?

Jay Khosla, sous-ministre adjoint, Bureau de gestion des grands projets, Ressources naturelles Canada : Merci de votre question. Il viendra certainement des règlements après un projet

22. Voir Pearce et Argument, *supra* note 14 au para 9.2.

23. Voir Carter, McHerron et Malone, *supra* note 14 au para 9.6.

24. Voir, à titre d'exemple, CMPEP, 32-2, 3^e Rapport (Rapport n° 84 — *Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion*) (15 juin 2009) (John Trevor Eyton, Andrew Kania, coprésidents) [« Rapport n° 84 »]; « Rapport n° 85 », *supra* note 12 à la p 9 :

Le Parlement canadien n'a pas l'équivalent d'un comité d'examen des projets de loi. Est-ce à dire que le Canada accuse un retard sur l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni ? Chose certaine, on porte trop peu d'attention aux dispositions des projets de loi qui accordent des pouvoirs de réglementation et autres à l'exécutif. Reste à savoir s'il faut remédier à cette insuffisance par la création d'un comité d'examen des projets de loi.

25. Voir, à titre d'exemple, Sénat, *Délibérations du Comité sénatorial permanent de l'Énergie, de l'environnement et des ressources naturelles, Fascicule 22 – Témoignages du 10 mai 2012* (10 mai 2012) (David Angus, président), en ligne : <sencanada.ca/fr/Content/Sen/committee/411/enev/22eva-49539-f>, traitant d'un projet de loi important qui incluait des modifications à la législation sur l'évaluation environnementale. Bien que le président du comité ait remarqué l'étendue des dispositions habilitantes des règlements, le comité s'est concentré sur l'échéance des règlements, leur interaction avec la législation provinciale et les coûts qu'ils imposeraient aux collectivités réglementées. Le comité n'a pas remis en question l'étendue des dispositions habilitantes.

de loi aussi vaste. Beaucoup de modifications que nous apportons se trouvent en même temps dans les textes législatifs. Je dirais que les délais sont en grande partie établis par voie législative, mais il y a d'autres éléments qui seront précisés dans les règlements après l'adoption du projet de loi. Notre objectif est de prendre les règlements le plus rapidement possible, mais il doit y avoir des consultations au préalable. En un mot, vous avez raison.

Le président : Les Canadiens qui suivent ces délibérations n'ont pas idée de la complexité de ce projet de loi. Il compte environ 412 pages, mais il ne fait qu'effleurer la surface. De volumineux règlements suivront pour en assurer l'application. Du reste, certains sont déjà en place. Voilà pourquoi il y a autant de fonctionnaires réunis ici. Le projet de loi touche de nombreux secteurs du tissu canadien et de l'économie. Le comité est enchanté que vous soyez tous ici. Les sénateurs rongent leur frein. Ils ont hâte de poser des questions²⁶.

Les sénateurs ont poursuivi en s'intéressant aux délais d'adoption des règlements, à leur interaction avec la législation provinciale et aux coûts qu'ils imposeraient aux collectivités réglementées. Ils n'ont pas remis en question l'étendue des dispositions habilitantes. La remarque du président du comité au sujet de la complexité de la législation fournit un indice quant au défi que représente l'examen efficace des dispositions habilitantes et des règlements qui en résultent.

B. Procédures de résolution

1. Nature et origines

Les résolutions d'organes parlementaires n'ont généralement pas d'effet juridique²⁷, mais la législation peut les en assortir. Certains des plus anciens exemples sont les lois autorisant une chambre législative à adopter des résolutions déterminant si la législation exécutive entre ou reste en vigueur. Ce type de législation est apparu au Royaume-Uni

26. *Ibid.*

27. Voir Marc Bosc et André Gagnon, « Les étapes du débat » dans Marc Bosc et André Gagnon, dir, *La procédure et les usages de la Chambre des communes*, 3^e éd, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, en ligne : <www.noscommunes.ca/About/procedureAndPractice3rdEdition/index-f.html>. Voir aussi David Natzler, dir, *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 25^e éd, Londres (R-U), LexisNexis, 2019 au para 20.96.

au 19^e siècle, en même temps que les exigences de dépôt de la législation exécutive au Parlement²⁸. Depuis, des procédures de dépôt et de résolution ont été adoptées ponctuellement dans une grande variété de lois déléguant le pouvoir législatif²⁹. L'Australie³⁰ et la Nouvelle-Zélande³¹ ont aussi de vieux antécédents de procédures de résolution adoptées dans des lois particulières.

Les procédures de résolution touchent généralement l'effet de la législation exécutive de l'une des trois façons suivantes. Premièrement, l'adoption d'une résolution peut être nécessaire pour donner effet à la législation exécutive. Cette technique est habituellement appelée procédure de résolution *affirmative*³². Un deuxième type de procédure intervient une fois que la législation exécutive est entrée en vigueur et est requise pour la maintenir en vigueur. Elle est aussi généralement qualifiée de procédure de résolution *affirmative*³³. La troisième façon dont les procédures de résolution peuvent toucher l'effet de la législation exécutive est son abrogation au moyen de l'adoption d'une résolution. Cette technique est habituellement appelée procédure de résolution *négative*³⁴.

Au Royaume-Uni, des procédures « renforcées » ou des « superprocédures » sont apparues plus récemment relativement à de la législation exécutive nécessitant un examen parlementaire approfondi, notamment celles élaborées en vertu de dispositions autorisant la modification de la législation primaire (clauses Henry VIII)³⁵. Ces procédures de résolution exigent le dépôt d'une proposition de texte réglementaire en vue d'une consultation publique. Une fois la période de consultation (habituellement de 60 jours) terminée, une ébauche du texte réglementaire peut être déposée de manière à déclencher une résolution affirmative ou négative³⁶.

28. Voir Sir Cecil Carr, « Legislative Control of Administrative Rules and Regulations: Parliamentary Supervision in Britain » (1955) 30 NYU Law Review 1045 ; John Edgar Kersell, *Parliamentary Supervision of Delegated Legislation*, Londres (R-U), Stevens, 1960 à la p 15.

29. Voir R-U, *House of Lords Library Briefing: Brexit and Delegated Legislation* (Library Briefing), Heather Evennet, 29 mars 2019 à la p 1.

30. Voir Pearce et Argument, *supra* note 14 aux para 3.7 et s.

31. Voir Carter, McHerron et Malone, *supra* note 14 aux pp 199 et s.

32. Par exemple, *Loi sur l'assurance-emploi*, LC 1996, c 23, art 5(5).

33. Par exemple, *Tarif des douanes*, LC 1997, c 36, arts 32, 78(3), 132(2).

34. Par exemple, *Loi sur les textes réglementaires*, LRC 1985, c S-22, art 19.1.

35. Voir Natzler, *supra* note 27 au para 31.14.

36. *Ibid.*

2. Canada

Au Canada, les antécédents en matière de procédures de résolution ne sont pas aussi riches. À l'échelon fédéral, un nombre limité de procédures de résolution ont été incluses dans la législation habilitante³⁷. Quelques-unes existent depuis longtemps³⁸; d'autres ont été adoptées plus récemment, à la fin des années 1990 et au début des années 2000³⁹. Toutefois, plusieurs d'entre elles ont aujourd'hui été abrogées dans le cadre d'initiatives de modernisation de la réglementation, probablement parce qu'elles ont été remplacées par des procédures de résolution d'application générale⁴⁰.

En 1986, des procédures générales de résolution furent instituées au niveau fédéral par le *Règlement de la Chambre des communes*⁴¹. Elles prévoient le dépôt d'un rapport par le Comité mixte permanent d'examen de la réglementation contenant une résolution portant abrogation des réglementations. Bien que ces résolutions n'aient pas de valeur juridique, elles ont eu un peu d'effet politique en encourageant le gouvernement à abroger ces règlements⁴².

Les dispositions du *Règlement de la Chambre des communes* ont aussi mené à l'adoption de procédures de résolution dans la *Loi sur les textes réglementaires* en 2003⁴³. Elles diffèrent des procédures du *Règlement de la Chambre des communes* sur deux points importants. Premièrement,

37. En 1980, CMPER, 32-1, 42^e Rapport (Rapport au parlementaire – textes réglementaires n^o 10) (17 juillet 1980) (coprésidents: John M Godfrey, Perrin Beatty) [Rapport n^o 10], le CMPER a trouvé seulement 21 cas de pouvoir statuaire pour les procédures de résolution parlementaire (p 9).

38. Par exemple, *Loi sur les exportations*, LRC 1985, c E-18, art 5; une version antérieure est abordée dans Kersell, *supra* note 28 à la p 25.

39. Plusieurs ont été ajoutées à des lois en matière de santé comme la *Loi sur le tabac et les produits de vapotage*, LC 1997, c 13, art 42.1, la *Loi sur la procréation assistée*, LC 2004, c 2, art 66, et la *Loi sur les agents pathogènes humains et les toxines*, LC 2009, c 24, art 66.1.

40. Voir *Loi modifiant la Loi sur le tabac*, la *Loi sur la santé des non-fumeurs et d'autres lois en conséquence*, LC 2018, c 9, art 52, abrogeant l'art 42.1 de la *Loi sur le tabac et les produits de vapotage*, *supra* note 39; *Loi n^o 1 d'exécution de budget de 2019*, LC 2019, c 29, art 221, abrogeant l'art 66.1 de la *Loi sur les agents pathogènes humains et les toxines*, *supra* note 40.

41. Chambre des communes, *Règlement de la Chambre des communes*, art 123 [*Règlement de la Chambre des communes*].

42. Voir, à titre d'exemple, CMPER, 37-1, 4^e Rapport (Rapport n^o 69) (6 décembre 2001) (coprésident: Gurmant Grewal), concernant le *Règlement sur les rennes des Territoires du Nord-Ouest*, CRC 1978, c 1238, para 15(5), qui a été abrogé par la *Loi sur le transfert de responsabilité aux Territoires du Nord-Ouest*, LC 2014, c 2 au para 69.

43. *Loi sur les textes réglementaires*, LRC 1985, c S-22, art 19.1, modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur les textes réglementaires (procédure de désaveu des règlements)*, LC 2003, c 18.

elles sont juridiquement contraignantes⁴⁴. Deuxièmement, les résolutions portant abrogation doivent être adoptées par le Sénat et la Chambre des communes⁴⁵. Malgré ce chevauchement, les procédures de résolution du *Règlement de la Chambre des communes* n'ont pas été abrogées. Il est également important de noter que, depuis l'adoption des procédures réglementaires, aucune résolution n'a été adoptée en vertu du *Règlement de la Chambre des communes* ou de la *Loi sur les textes réglementaires*.

À l'échelon provincial au Canada, les procédures de résolution étaient inconnues avant 1986⁴⁶. Cependant, elles ont depuis été adoptées par la législation générale au Manitoba⁴⁷, au Québec⁴⁸ et en Saskatchewan⁴⁹. Toutefois, elles semblent aussi n'avoir été invoquées que rarement, voire jamais⁵⁰.

3. Constitutionnalité

Les procédures de résolution peuvent être considérées comme une déformation du processus législatif nécessitant l'action concertée de tous les éléments constitutifs d'un parlement ou d'une assemblée législative, et non d'une seule chambre sans l'assentiment de la Couronne. Cependant, le principe de la souveraineté parlementaire et l'étendue de la compétence parlementaire lui permettant de déléguer des pouvoirs l'emportent vraisemblablement sur toute objection fondée sur cette base, du moins au Royaume-Uni. Cette conclusion est renforcée par l'absence de contestation de la constitutionnalité de ces procédures au cours d'une période de 100 ans, ainsi que par la

44. *Loi sur les textes réglementaires*, *supra* note 43. L'article 19.1(9) nécessite que l'autorité législative abroge le règlement.

45. *Ibid.*

46. René Dussault et Louis Borgeat, *Administrative Law: A Treatise*, 2^e éd, Toronto, Carswell, 1986 à la p 403.

47. *Loi sur les textes législatifs et réglementaires*, CPLM c S-207, art 22(3).

48. *Loi sur les règlements*, LRQ c R-18.1, art 21.

49. *Loi sur la législation*, LS 2019, c L-10.2, art 4-16.

50. L'Assemblée nationale du Québec n'a jamais adopté de résolution abrogative en vertu de la *Loi sur les règlements*, *supra* note 48, art 21 depuis son entrée en vigueur en 1986; voir Lucie Lauzière, « L'élaboration des lois et des règlements au Québec », (2011) Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe Pigeon, n 39, en ligne: <www.redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/sites/redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/files/lauziere-lelaboration_des_lois_et_des_reglements_au_quebec_2011.pdf>.

reconnaissance de la validité de la *Parliament Act* de 1911, qui a modifié le processus d'élaboration de la législation primaire⁵¹.

Au Canada, il est également peu probable qu'une contestation constitutionnelle des procédures de résolution soit couronnée de succès. Il existe peu de limites à la capacité du Parlement et des assemblées législatives provinciales de déléguer le pouvoir législatif ou de déterminer son mode d'exercice⁵². Si une telle délégation est constitutionnelle, il est difficile de voir pourquoi le fait de conférer à une chambre législative le pouvoir d'approuver ou de rejeter la législation exécutive ne le serait pas également. Cette délégation ne modifie pas les fonctions vice-royales ni la nature du Parlement ou d'une assemblée législative en tant qu'organe législatif ; au contraire, il s'agit d'un mécanisme visant à aider les organes parlementaires à exécuter leur fonction constitutionnelle consistant à exiger une reddition de comptes des gouvernements⁵³.

C. Examen de la législation exécutive par des comités

1. Caractéristiques générales

Au moment où la demande croissante de législation a contraint les organes parlementaires à déléguer leurs fonctions législatives, la nécessité d'exercer leurs fonctions d'examen par l'intermédiaire de comités est apparue. La quantité et la complexité grandissantes de la législation exécutive et les exigences de temps imposées aux députés ont nécessité une approche systématique⁵⁴. Ce phénomène est confirmé par l'expérience des assemblées législatives ne disposant pas de comité d'examen actif, qui illustre les cas où des procédures de résolution négative ne sont jamais invoquées⁵⁵.

51. *Parliament Act (R-U)*, 1911, 1 & 2 Geo V, c 13. Voir aussi *Jackson & Ors v Her Majesty's Attorney General*, [2005] UKHL 56, [2005] All ER 1253.

52. Voir *supra*, notes 3 à 5.

53. Voir Rob Walsh, *On the House*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2017 aux pp 133–158.

54. Kersell, *supra* note 28 aux pp 32 et 43–46.

55. Canada, Bibliothèque du Parlement, *Parliamentary Committee Review of Regulations* (étude générale) n° 2005-63-E, par Peter Bernhardt et Michael Dewing Ottawa, Parliamentary Information Research Service, 2012, en ligne : <lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2005-63-F.pdf> [Bernhardt, *Parliamentary Committee Review of Regulations*].

Le rôle de la plupart des comités consiste à la chambre législative à donner des conseils sur la manière dont elle devrait exercer ses fonctions. Les comités peuvent aussi convoquer des témoins et recueillir des preuves⁵⁶. Ils interagissent principalement avec des fonctionnaires chargés de l'élaboration de la législation exécutive. Les observations des membres du public sont rares, mais elles ont été entendues à l'occasion⁵⁷. En outre, plusieurs comités publient les procès-verbaux de leurs délibérations, ainsi que leur correspondance et leurs rapports sur les résultats de leurs échanges avec les fonctionnaires responsables de la législation exécutive ; la plupart de ces documents sont maintenant accessibles en ligne⁵⁸.

Les membres des comités d'examen sont habituellement assistés par des conseillers juridiques qui attirent leur attention sur certains enjeux et les aident à préparer leur correspondance et leurs rapports⁵⁹.

Des comités ont été mis sur pied pour examiner la législation exécutive en Australie⁶⁰, au Canada⁶¹ et en Nouvelle-Zélande⁶². Le

56. Voir, à titre d'exemple, *Subordinate Legislation Committee Act* - Tasmanie, art 10; JD Hayhurst et Peter Wallington, « The Parliamentary Scrutiny of Delegated Legislation » (1988) 4 Public Law 547 à la p 556, traitant des comités au Royaume-Uni; et G Eglinton, « Scrutiny of Delegated Legislation in Canada » (1978) 59 The Parliamentarian 273, traitant des comités au Canada.

57. Voir Peter O'Keefe, « Scrutiny of Delegated Legislation in the Australian Senate » (1988) 69 The Parliamentarian aux pp 111-13 [O'Keefe, « Scrutiny »]. Pour le Canada, voir Procès-verbal du comité mixte permanent sur les règlements et les autres textes réglementaires, (32-1) à 41:43 (27 et 29 octobre et 3 novembre 1981) concernant les coupes budgétaires dans le transport ferroviaire.

58. Par exemple, *l'Australian Senate Committee for the Scrutiny of Delegated Legislation* publie le *Delegated Legislation Monitor* de façon hebdomadaire, ainsi que des rapports annuels. Voir aussi R-U, Joint Committee on Statutory Instruments, *Government Response to Parliamentary Scrutiny of Statutory Instruments*, 8 mars 2019 [*Government Response to Parliamentary Scrutiny of Statutory Instruments*].

59. Au Canada, le CMPEP du Sénat et de la Chambre des communes est appuyé par le personnel fourni par la Bibliothèque du Parlement, tandis que le Comité permanent des règlements et des projets de loi d'intérêt privé de l'Ontario bénéficie du soutien des conseillers juridiques du Service de recherche de l'Assemblée législative. L'Australian Senate Committee retient les services d'un avocat qui n'est pas un fonctionnaire, à titre de conseiller juridique : voir Pearce et Argument, *supra* note 14 à 3.18.

60. *Ibid*, c 3-10.

61. Voir Donald L Revell, « Rule-Making in Ontario » (1982) 16 L Soc'y Gaz 350-65; Bernhardt, *Parliamentary Committee Review of Regulations*, *supra* note 55; Lorne Neudorf, « Rule by Regulation: Revitalizing Parliament's Supervisory Role in the Making of Subordinate Legislation » (2016) 39:1 Can Parliamentary Rev 29.

62. Voir Carter, McHerron et Malone, *supra* note 14, c 9-10.

Parlement du Royaume-Uni a établi divers comités d'examen⁶³, y compris très récemment un European Statutory Instruments Committee pour examiner les résolutions négatives proposées en vertu de l'*European Union (Withdrawal) Act*⁶⁴. Dans certaines assemblées législatives, la législation exécutive est renvoyée devant les différents comités pertinents de la Chambre⁶⁵.

Aucune base législative n'est requise pour permettre aux comités d'examiner la législation exécutive et plusieurs de ces comités siègent en vertu du règlement propre à la chambre dont ils sont issus⁶⁶. Toutefois, certaines lois établissent des procédures de reconnaissance des comités par la législation exécutive en prévoyant le renvoi de cette législation exécutive devant ceux-ci⁶⁷, ce qui en soi n'entraîne pas une obligation pour ces comités d'examiner la législation exécutive⁶⁸. D'autres lois vont plus loin et prévoient la création de comités⁶⁹, définissent leurs rôles et mettent sur pied l'appareil administratif nécessaire à l'exercice de leurs fonctions⁷⁰.

63. Voir Natzler, *supra* note 27 aux para 31.1–31.50.

64. *Ibid*; Evennett, *supra* note 29 à la p 4.

65. Selon Ian Brown, chef du conseil de la Couronne législative de la Saskatchewan, il s'agit de la pratique à l'Assemblée législative de cette province. Cette pratique est également prévue dans des lois fédérales au Canada : voir *Loi de 1992 sur le transport des marchandises dangereuses*, LC 1992, c 34, arts 30(3)–(4); *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27, art 5; et *Loi sur les armes à feu*, LC 1995, c 39, art 118.

66. Par exemple, le Standing Committee for the Scrutiny of Delegated Legislation du Sénat australien est régi par Austl, Commonwealth, Senate, *Standing Orders*, art 23 [*Standing Orders*]. Le CMPEP du Parlement canadien est constitué pour chaque session du Parlement et est reconnu dans la *Loi sur les textes réglementaires*, *supra* note 43, art 19, *Règlement du Sénat du Canada* (septembre 2017), c 8, art 12–4 [*Règlement du Sénat*], et le *Règlement de la Chambre des communes*, *supra* note 41, art 104(3). Le Joint Committee on Statutory Instruments au Parlement britannique est constitué en vertu du *Règlement 73* de la Chambre des lords et du *Règlement 151* de la Chambre des communes.

67. *Loi sur les textes réglementaires*, *supra* note 43, art 19; *Loi sur les droits de surface*, CPLM 1987, c S-235, art 22(2); *Loi sur la législation*, *supra* note 49.

68. Voir *Scott v Canada (AG)*, 2013 BCSC 1651, [2013] BCJ No 1973 (QL) au para 172. Cette conclusion n'a pas fait l'objet d'un appel : voir 2017 BCCA 472 au para 32.

69. *Loi de 2006 sur la législation*, LO 2006, c 21, annexe F, art 33.

70. *Legislation Review Act, 1987* (NSW), art 4; *Subordinate Legislation Committee Act, 1969* (Tasmanie); *Parliamentary Committee Act, 2003* (VIC), arts 5(k) et 17. Notez que la législation semblable en Australie-Occidentale, *Legislative Review and Advisory Committee Act, (WA) 1976/109*, a été abrogée en 1987.

2. Étendue de l'examen

Dans l'ensemble, les comités sont remarquablement dépourvus de politiques partisans⁷¹ et sont souvent présidés par des membres des partis d'opposition⁷². Ce phénomène reflète la forme relativement limitée d'examen que la plupart des comités effectuent. Cet examen est souvent qualifié de « technique », par opposition à l'examen du « bien-fondé » de la législation exécutive⁷³.

i. Examen technique

L'examen technique est invariablement basé sur une série de critères. Ces critères sont souvent formulés par le comité lui-même⁷⁴, mais ils peuvent être assujettis à l'approbation de la chambre ou des chambres dont ils sont issus⁷⁵. Autrement, les critères peuvent être définis par des règlements⁷⁶ ou des lois⁷⁷.

Les critères de l'examen technique se concentrent sur les questions de pouvoirs juridiques et de protection des droits et des intérêts

71. Voir Pearce et Argument, *supra* note 14 au para 3.15; Eglinton, *supra* note 56 à la p 276; Hayhurst et Wallington, *supra* note 56 à la p 557.

72. Natzler, *supra* note 27 au para. 31.32, commentant le Joint Committee on Statutory Instruments au Royaume-Uni. Au Canada, le CMPEP a toujours eu un siège pour chaque chambre. Le siège aux Communes est occupé par un membre de l'Opposition, alors que le siège au Sénat est occupé par un membre du gouvernement. Cependant, le *Règlement du Sénat* australien nécessite que son comité soit présidé par un sénateur du gouvernement: voir Pearce et Argument, *supra* note 14 au para 3.15.

73. Voir Natzler, *supra* note 27 au para 31.32; Pearce et Argument, *supra* note 14 para 3.4; *Loi de 2006 sur la législation*, *supra* note 69, art 33(3):

Le comité permanent examine les règlements, notamment quant à l'étendue et au mode d'exercice du pouvoir de législation délégué, sans toutefois tenir compte du bien-fondé de la politique ou des objectifs visés par les règlements ou les lois habilitantes. Il étudie toute autre question que lui renvoie l'assemblée.

74. Voir, à titre d'exemple, les critères d'examen dans Sénat et Chambre des communes, CMPEP, 42-1, Premier rapport (24 mars 2016) (Harold Albrecht et Pana Merchant, coprésidents) [« Rapport du 24 mars 2016 »].

75. Voir, à titre d'exemple, CMPEP, 43-2, Premier rapport (22 mars 2021); Anne Lynch, « Fiftieth Anniversary of the Australian Standing Committee on Regulations and Ordinances » (1982) *The Table 70* à la p 71.

76. Voir, à titre d'exemple, Assemblée législative de l'Ontario, *Règlement de l'Assemblée législative de l'Ontario* (octobre 2021), art 111(1); Assemblée législative de la Saskatchewan, *Règlement de l'Assemblée législative de la Saskatchewan* (8 décembre 2020), art 172(2); et *Standing Orders*, *supra* note 66.

77. *Legislation Review Act*, *supra* note 70, art 9(1)(b); *Subordinate Legislation Committee Act*, 1969 — Tasmanie, art 8.

individuels. Ils peuvent être énoncés en termes très concis⁷⁸, mais ils sont plus souvent élaborés de manière détaillée et incluent des enjeux allant au-delà de ceux qui attireraient l'attention des tribunaux⁷⁹. Au Canada, les critères du CMPER sont élaborés de manière à savoir si un texte réglementaire :

1. n'est pas autorisé par les dispositions de la législation habilitante ou n'est pas conforme à toute condition prescrite dans la législation ;
2. n'est pas conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸⁰ ou à la *Déclaration canadienne des droits*⁸¹ ;
3. a un effet rétroactif en l'absence d'autorisation formelle dans la législation habilitante ;
4. impose des frais au Trésor public ou exige qu'un paiement soit versé à la Couronne ou à toute autre autorité, ou prescrit le montant quelconque de ces frais ou paiements, en l'absence d'autorisation formelle dans la législation habilitante ;
5. impose une amende, une peine d'emprisonnement ou une autre pénalité en l'absence d'autorisation formelle dans la législation habilitante ;
6. tend directement ou indirectement à exclure la compétence des tribunaux en l'absence d'autorisation formelle dans la législation habilitante ;

78. Voir, à titre d'exemple, Austl, WA, *Legislative Council, Standing Orders of the Legislative Council of Western Australia* (septembre 2021) Sch 1, art 10.6 :

10.6 In its consideration of an instrument, the Committee is to inquire whether the instrument –

- (a) is within power;
- (b) has no unintended effect on any person's existing rights or interests;
- (c) provides an effective mechanism for the review of administrative decisions; and
- (d) contains only matter that is appropriate for subsidiary legislation.

79. Voir Natzler, *supra* note 27 au para 31.32 pour les critères utilisés par le Joint Committee on Statutory Instruments au Royaume-Uni, et le *Règlement de l'Assemblée législative de l'Ontario*, *supra* note 76, art 111(i) pour les critères de son comité d'examen. Le nombre des critères d'examen du Standing Committee for the Scrutiny of Delegated Legislation du Sénat australien a récemment été augmenté à la suite de la recommandation formulée dans Austl, Commonwealth, *Parliamentary Scrutiny of Delegated Legislation, Parl Paper no 179* (2019), recommandation 7 à la p xii.

80. *Charte canadienne*, *supra* note 16.

81. SC 1960, c 44.

7. n'est pas conforme à la *Loi sur les textes réglementaires* sur le plan de la transmission, de l'enregistrement ou de la publication ;
8. paraît pour une raison quelconque enfreindre le principe de la primauté du droit ;
9. empiète indûment sur les droits et libertés de la personne ;
10. assujettit indûment les droits et libertés de la personne au pouvoir discrétionnaire de l'Administration ou n'est pas conforme aux règles de justice naturelle ;
11. utilise de manière inhabituelle ou inattendue les pouvoirs que confère la législation habilitante ;
12. représente l'exercice d'un pouvoir législatif de fond qui devrait faire l'objet d'une loi par le Parlement ;
13. est défectueux dans sa rédaction ou, pour toute autre raison, nécessite des éclaircissements quant à sa forme ou à son objet⁸².

Les critères tels que le non-respect de la primauté du droit, l'empiètement indu sur les droits et libertés de la personne, l'utilisation de manière inhabituelle ou inattendue de pouvoirs et la rédaction défectueuse entraînent des questions d'une certaine importance juridique, mais ils ne constituent pas en soi des motifs justifiant l'intervention des tribunaux⁸³.

ii. Examen du bien-fondé

Des efforts pour étendre l'examen au « bien-fondé » de la législation exécutive ont généralement fait l'objet de résistance⁸⁴. L'examen du bien-fondé est ouvert et est plus susceptible de soulever des divergences politiques⁸⁵. Il peut servir à rouvrir des débats ayant eu lieu au

82. Les critères d'examen du comité sont généralement établis dans son premier rapport de chaque session, par exemple, « Rapport du 24 mars 2016 », *supra* note 74.

83. Voir la section du présent texte « Comment les tribunaux exercent-ils un contrôle sur la législation exécutive ? » ; voir aussi Daniel Greenberg, dir, *Craies on Legislation*, 11^e éd, Londres (R-U), Sweet & Maxwell, 2017 au para 6.2.20, suggérant ce qui suit : « Très souvent, le concept "d'utilisation inhabituelle" n'est pas vraiment distinguable du concept d'*ultra vires* » [notre traduction].

84. Par exemple, dans son Rapport n^o 10, *supra* note 37 à 7, le CMPER a recommandé que l'examen du bien-fondé soit ajouté à son mandat, mais cette recommandation ne fut pas incluse dans les rapports subséquents et n'a jamais été adoptée. Voir aussi Pearce et Argument, *supra* note 14 au para 11.14.

85. O'Keefe, « Scrutiny », *supra* note 57 aux para 111–13.

moment de l'adoption de la loi habilitante et risque de submerger l'examen technique. Toutefois, le débat quant à sa place dans l'examen parlementaire de la législation exécutive persiste⁸⁶. L'examen du bien-fondé est envisagé spécifiquement par les critères du New South Wales Committee⁸⁷ et est effectué par le Secondary Legislation Scrutiny Committee de la Chambre des lords établi en 2003⁸⁸. Cet examen est également envisagé dans plusieurs lois fédérales au Canada⁸⁹ et il s'est occasionnellement infiltré dans l'examen technique⁹⁰. Ce phénomène n'est pas vraiment surprenant étant donné la généralité de certains de ces critères, notamment le fait d'« utiliser de manière inhabituelle ou inattendue les pouvoirs que confère la législation habilitante ».

Une autre forme d'examen sur le fond a été établie au Royaume-Uni en ce qui concerne les ordonnances prises en vertu de la *Legislative and Regulatory Reform Act 2006*⁹¹. Cette loi confère des pouvoirs étendus de modifier la législation primaire pour « supprimer ou réduire des fardeaux » ou « promouvoir des principes réglementaires » [notre traduction]⁹². Les ordonnances prises en vertu de ces pouvoirs sont assujetties à l'une des trois procédures de résolution (négative, affirmative et superaffirmative). Les projets d'ordonnance sont renvoyés devant les comités de réforme réglementaire établis dans chaque chambre⁹³. Le ministre parrain du projet d'ordonnance recommande la procédure à appliquer, mais un comité peut suggérer une procédure « améliorée » et sa recommandation produit des effets, à moins que la chambre en cause ne la rejette. Les comités examinent aussi les projets d'ordonnance pour assurer le respect des conditions énoncées dans la loi et aussi à l'égard de questions qui pourraient autrement être

86. Pearce et Argument, *supra* note 14 au para 11.14, et M Aronson, « Subordinate Legislation: Level Scrutiny or Politics in Seclusion » (2011) 26:2 Australasian Parliamentary Review 4.

87. *Legislation Review Act*, *supra* note 70, art 9(1)(b)(ii) et (vi), prévoit une révision au motif « que le règlement pourrait avoir un effet négatif sur les affaires de la collectivité » [notre traduction] et « que l'objectif du règlement aurait pu être atteint par d'autres moyens plus efficaces » [notre traduction].

88. Voir Natzler, *supra* note 27 aux para 31.1–31.50; Evennett, *supra* note 29 aux pp 8–9.

89. *Supra* note 65.

90. Voir, à titre d'exemple, T St John Bates, « Parliament, Policy and Delegated Power » (1987) 7:2 Stat L Rev 114 à la p 119, et Gary Levy, « Delegated Legislation and the Standing Joint Committee on Regulations and Other Statutory Instruments » (1979) 22:3 Can Pub Admin 349 aux pp 362–63.

91. *Legislative and Regulatory Reform Act 2006* (R-U), c 51 [*Reform Act 2006*].

92. *Ibid* aux arts 1–2.

93. Voir Natzler, *supra* note 27 au para 31.36.

examinées par le Joint Committee on Statutory Instruments. Si un comité ne recommande pas de poursuivre la procédure à suivre en vertu du projet d'ordonnance ou advenant une procédure négative voulant que le ministre ne prenne pas l'ordonnance telle qu'elle est formulée dans le projet, celle-ci ne peut être prise que si la chambre en cause, au cours de la même session, rejette la recommandation du comité⁹⁴.

D. Efficacité de l'examen parlementaire

1. Action législative et examen des projets de loi

Il pourrait sembler qu'un questionnement parlementaire approfondi sur la nécessité des pouvoirs législatifs délégués proposés et l'examen des dispositions habilitantes contribueraient dans une certaine mesure à répondre aux préoccupations relatives à l'exercice du pouvoir législatif délégué. Cependant, les commentaires sur l'efficacité des comités d'examen de projets de loi suggèrent un bilan mitigé, bien qu'il soit difficile d'évaluer leur efficacité⁹⁵.

Au Royaume-Uni, Fox et Blackwell affirment que le DPRRC de la Chambre des lords :

s'est bâti une réputation formidable, laquelle est liée à l'expertise constitutionnelle et juridique de plusieurs de ses membres. Le Comité estime qu'entre 80 et 85 % de ses recommandations de modifications à des projets de loi sont subséquentement introduites par des amendements gouvernementaux [note traduction]⁹⁶.

Ces auteurs poursuivent en soulignant que les recommandations générales du DPRRC sur la rédaction de dispositions habilitantes figurant dans son *Guidance for Departments on the Role and Requirements of the Committee*⁹⁷ ont été intégrées au *Guide to Making Legislation* du Conseil des ministres⁹⁸. Le *Guide to Making Legislation* fait valoir les avantages de prendre en considération l'opinion du DPRRC et

94. *Reform Act 2006*, *supra* note 91, art 16.

95. Voir « Rapport n° 85 », *supra* note 12 à la p 9.

96. Fox et Blackwell, *supra* note 21 à la p 71.

97. *Guidance for Departments*, *supra* note 21.

98. *Guide to Making Legislation*, *supra* note 8.

mentionne que les conseillers du DPRRC sont disposés à être consultés au sujet des projets de loi avant leur adoption⁹⁹.

Les comités d'examen de projets de loi d'autres pays n'ont pas connu le même succès que le DPRRC dans son renforcement de l'examen législatif des dispositions habilitantes. En Australie, Pearce et Argument font la remarque suivante :

[...] peut-être que le mieux que l'on puisse dire au sujet des comités d'examen de projets de loi est qu'ils garantissent qu'on ne puisse dire du parlement qu'il a adopté ces dispositions sans avoir préalablement été averti des difficultés éventuelles susceptibles de découler de l'énonciation des pouvoirs législatifs de l'exécutif dans le projet de loi. Les comités ne semblent pas avoir réussi à persuader les députés de changer la formulation des projets de loi sur lesquels les comités font un rapport [notre traduction]¹⁰⁰.

Toutefois, ils poursuivent en relevant l'« influence invisible que les comités d'examen ont » par l'intermédiaire du rôle que jouent les rédacteurs législatifs du gouvernement « qui soutiennent et accroissent le rôle des comités d'examen législatif » [notre traduction]¹⁰¹. Les bureaux gouvernementaux de rédaction législative ont tendance à observer de près les comités d'examen, étant donné que les ministères clients les consultent habituellement au sujet des questions soulevées par les comités. Ces bureaux appliquent également des critères d'examen qui sont en grande partie semblables à plusieurs des critères, particulièrement ceux de nature juridique, qu'utilisent les comités¹⁰².

À mi-chemin entre les expériences des comités d'examen des projets de loi du Royaume-Uni et de l'Australie se trouve celle du RRC de la Nouvelle-Zélande. Carter, McHerron et Malone font la remarque suivante :

Malheureusement, aucune analyse numérique ou substantielle n'a été effectuée pour donner un aperçu de la proportion des recommandations du RRC qui sont acceptées par les autres comités. Néanmoins, la preuve anecdotique suggère que le RRC réussit la plupart du temps à persuader les comités

99. Fox et Blackwell, *supra* note 21 à la p 71.

100. Pearce et Argument, *supra* note 14 au para 9.8.

101. *Ibid* au para 11.18.

102. Voir, à titre d'exemple, *Loi sur les textes réglementaires*, *supra* note 43, art 3(2).

concernés d'adopter ses recommandations. Le RRC a lui-même mentionné ce qui suit : « les comités acceptent habituellement nos recommandations et la législation est modifiée en conséquence » [notre traduction]¹⁰³.

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, les appels à l'établissement d'un examen systématique de la législation habilitante au Canada sont restés sans réponse¹⁰⁴. En 2009, le CMPEP a fait les commentaires suivants :

Le Parlement canadien n'a pas l'équivalent d'un comité d'examen des projets de loi. Est-ce à dire que le Canada accuse un retard sur l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni ? Chose certaine, on porte trop peu d'attention aux dispositions des projets de loi qui accordent des pouvoirs de réglementation et autres à l'exécutif. Reste à savoir s'il faut remédier à cette insuffisance par la création d'un comité d'examen des projets de loi¹⁰⁵.

Il est difficile de dire ce qui explique l'absence d'examen des projets de loi au Canada. Des préoccupations au sujet de l'étendue du pouvoir législatif délégué sont exprimées sporadiquement, par exemple relativement à l'adoption de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹⁰⁶, en 2001. Cependant, dans chaque cas, elles ont été traitées par l'adoption de procédures de dépôt de projet de règlement pour étude par le comité¹⁰⁷. Les parlementaires canadiens se sont montrés peu enthousiastes à répondre systématiquement à ces préoccupations.

2. Procédures de résolution

Il semblerait que les procédures de résolution les plus efficaces soient celles du Parlement australien. Le Sénat a adopté toutes les recommandations de résolution de son comité d'examen¹⁰⁸. Cette réussite est attribuable à la nature non partisane de celui-ci. Toutefois, le fait que les membres du Sénat sont élus et que l'opposition a

103. Carter, McHerron et Malone, *supra* note 14 à la p. 9.6.3.

104. *Supra* note 24.

105. Voir « Rapport n° 85 », *supra* note 12 à la p 9.

106. *Supra* note 65. Pour plus d'exemples, voir *Loi sur les armes à feu*, *supra* note 65, art 118, *Loi sur le financement des petites entreprises du Canada*, LC 1998, c 36, art 14, et *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*, LC 2010, c 21, art 38.

107. *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, *supra* note 65, art 5.

108. Pearce et Argument, *supra* note 14 au para 3.19.

tendance à détenir la majorité dans cette Chambre constitue peut-être un autre facteur de cette réussite.

Ailleurs en Australie¹⁰⁹, ainsi qu'au Canada, au Royaume-Uni et en Nouvelle-Zélande, les procédures de résolution n'ont pas été invoquées aussi fréquemment et avec autant de succès.

Au Royaume-Uni, Fox et Blackwell ont remarqué une baisse constante du recours aux mécanismes pour débattre des résolutions négatives¹¹⁰. Ils attribuent cette baisse aux contraintes de temps strictes, ainsi qu'à la complexité grandissante des procédures de résolution introduites pour traiter les mesures de la législation exécutive qui devraient peut-être être incluses dans la législation primaire¹¹¹.

En Nouvelle-Zélande, Geoffrey Palmer, en tant que président du Legislation Advisory Committee du gouvernement¹¹², a laissé entendre que les pouvoirs d'abrogation de la Chambre des représentants avaient été sous-utilisés, notant en 2010 qu'aucune motion abrogative n'avait été adoptée¹¹³. Depuis, deux résolutions ont été approuvées¹¹⁴.

Au Canada, à l'échelon fédéral, le faible nombre de résolutions adoptées est attribuable à la rareté des procédures et aux difficultés procédurales associées à celles-ci. Depuis l'adoption des procédures de résolution générales dans le *Règlement de la Chambre des communes* de 1986, seulement neuf résolutions abrogatives ont été présentées (et aucune depuis 2001), bien que le gouvernement se soit conformé à huit d'entre elles¹¹⁵. Deux rapports sur l'abrogation ont été déposés en vertu des dispositions ajoutées à la *Loi sur les textes réglementaires, en 2003*, mais aucun n'a été mis en œuvre¹¹⁶. Ce maigre résultat s'explique par la crainte d'un vide juridique qu'engendrerait l'abrogation

109. *Ibid.* Pearce et Argument mentionnent peu de choses sur l'adoption de résolutions dans les états et les territoires.

110. Fox et Blackwell, *supra* note 21 aux pp 177–80.

111. *Ibid* aux pp 171 et s.

112. Ce comité conseille le gouvernement néo-zélandais en vue d'améliorer la qualité de l'élaboration des lois. Il est formé de membres provenant de l'intérieur et de l'extérieur du gouvernement. En 2015, ce comité a été recréé sous le nom suivant: Legislation Design and Advisory Committee.

113. Geoffrey Palmer, « A View of the Legal Debate » (2010) 6:2 Policy Quarterly 33, cité dans Carter, McHerron et Malone, *supra* note 14 à la p 11.0.6.

114. *Ibid* aux pp 11.0.8 [5] et [8].

115. Voir Bernhardt, *Parliamentary Review of Regulations, supra* note 55 à la p 5.

116. *Ibid.*

d'un règlement¹¹⁷. Les résolutions ont aussi tendance à être considérées comme un dernier recours pour régler des problèmes sérieux après de longues discussions avec les organes du pouvoir exécutif et un débat au sein du Comité.

3. Examen de la législation exécutive par des comités

Même si peu de comités d'examen ont le pouvoir d'approuver ou d'abroger la législation exécutive, ils ont néanmoins souvent une influence considérable en vertu de leur pouvoir d'interroger les fonctionnaires et de présenter leurs conclusions dans un rapport. Au Royaume-Uni, cette influence a été observée particulièrement en ce qui a trait à l'examen technique¹¹⁸. Comme Wade et Forsyth l'ont mentionné, les comités « rendent les ministères pleinement conscients qu'un regard critique est posé sur eux » [notre traduction]¹¹⁹. Ils peuvent interroger les fonctionnaires chargés de la législation exécutive et leur transmettre leurs critiques. Dans plusieurs cas, les comités ont convaincu ces fonctionnaires que la législation exécutive était défectueuse¹²⁰. Dans certains États, les gouvernements doivent aussi répondre aux rapports des comités dans des délais prescrits¹²¹. Cependant, ces exigences ne s'appliquent pas à la correspondance avec des fonctionnaires et, au Canada, le comité d'examen fédéral fait fréquemment face à de longs délais avant de recevoir des réponses et avant

117. Voir Peter Bernhardt, « Parliamentary Scrutiny of Delegated Legislation in Canada: Too Late and Too Little? » (2014) 3 *The Loophole* 73 à la p 78 [Bernhardt, « Parliamentary Scrutiny »].

118. Voir Edward Page, *Governing by Numbers – Delegated Legislation and Everyday Policy-Making*, 1^{re} éd, Oxford, Hart Publishing, 2001, aux pp 161 et s.

119. William Wade et Christopher Forsyth, *Administrative Law*, 11^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2014 à la p 760.

120. Voir, à titre d'exemple, *Government Response to Parliamentary Scrutiny of Statutory Instruments*, *supra* note 58 au para 8 :

Cela dit, bien que nous soyons heureux d'annoncer que le gouvernement a agi en réponse à la majorité des instruments signalés par le comité, des améliorations sont possibles. Nous attendons du gouvernement qu'il veuille à ce qu'il n'y ait pas de cas où une recommandation est simplement ignorée, et nous rappelons au gouvernement que le comité et les chambres attendent des ministres, pendant les débats sur les instruments, qu'ils répondent à toutes les questions soulevées par le comité, et cela, afin que les membres de chaque chambre aient l'occasion d'interpeller le gouvernement à leur sujet [notre traduction].

121. Voir, à titre d'exemple, *Règlement du Sénat*, *supra* note 66, et *Règlement de la Chambre des communes*, *supra* note 41, art 109.

que des engagements pour corriger les problèmes qu'ils découvrent ne soient pris et respectés¹²².

L'influence des comités parlementaires en Australie est sans doute la plus encourageante¹²³. Commentant sur le Comité du Sénat australien, Pearce et Argument ont noté que « les problèmes du Comité sont, la plupart du temps, résolus par correspondance et des engagements ministériels, et les recommandations abrogatives sont relativement rares » [notre traduction]¹²⁴. De manière plus générale, ils ont conclu ce qui suit :

En raison de l'expérience qu'ils ont acquise et du bon travail qu'ils ont fait sur une période de 80 années d'existence, les comités d'examen législatif placent l'Australie à un rang élevé sur la scène internationale dans l'exercice de sa fonction d'examen législatif [notre traduction]¹²⁵.

La Nouvelle-Zélande semble également avoir un examen par comité efficace, comme l'indique la description détaillée que font Carter, McHerron et Malone des activités et rapports du RRC¹²⁶. Ils notent aussi que le RRC n'est pas préoccupé par la vaste majorité des instruments déposés en Chambre, ce qu'ils attribuent « aux connaissances grandissantes en matière de législation exécutive » [notre traduction] figurant dans les rapports du RRC, ainsi que dans divers documents gouvernementaux, lesquels « reflètent la volonté des ministres et des fonctionnaires d'adhérer aux principes exposés dans ces documents » [notre traduction]¹²⁷.

Au Canada, Andrew Green a mis en doute l'efficacité de l'examen par des comités, principalement parce que les parlementaires ne disposent pas de l'information et de l'expertise nécessaires pour examiner la législation exécutive¹²⁸. Ces observations sont étayées par l'absence de comité d'examen dans l'ensemble des provinces et des territoires

122. Voir « Rapport n° 85 », *supra* note 12 aux pp 4–7.

123. Pearce et Argument, *supra* note 14, c 11.

124. *Ibid* au para 3.19. Voir aussi O'Keefe, « Scrutiny », *supra* note 57 à la p 112.

125. Pearce et Argument, *supra* note 14 au para 11.19.

126. Carter, McHerron et Malone, *supra* note 14, c 8-11.

127. *Ibid* à 164.

128. Voir Andrew Green, « Chapter 8. Delegation and Consultation: How the Administrative State Functions and the Importance of Rules » dans Colleen Flood et Lorne Sossin, *Administrative Law in Context*, 3^e éd, Toronto, Emond-Montgomery, 2017 à la p 331.

canadiens, sauf deux. Cependant, en ce qui concerne les comités fédéraux et ontariens, cette absence est discutable.

Le CMPER du Sénat et de la Chambre des communes examine assez activement la législation exécutive fédérale et donne suite aux préoccupations du Comité à leur sujet¹²⁹. Au cours de la 42^e législature (2015–2019), il s’est réuni 48 fois. La majorité des règlements et des autres textes réglementaires sont consignés après examen sans commentaire¹³⁰, mais un nombre important (habituellement de 10 à 20) sont discutés à chaque réunion, et très souvent au cours de plusieurs réunions, étant donné que les membres du Comité correspondent avec des fonctionnaires pour résoudre les problèmes soulevés¹³¹. De plus, le Comité convoque régulièrement des témoins, principalement des fonctionnaires pour discuter des problèmes en personne. Toutefois, malgré cette activité, son efficacité a été remise en question en raison des longs délais de réponse à sa correspondance et de respect des engagements gouvernementaux¹³². La rareté des résolutions abrogatives et la difficulté à les invoquer peuvent aussi miner l’efficacité du Comité¹³³. Depuis l’élection de septembre 2019, le comité ne s’est pas réuni du tout, probablement à cause de la crise pandémique ayant débuté en février 2020, alors qu’il aurait autrement repris son travail.

En Ontario, le Comité permanent des règlements et des projets de loi d’intérêt privé examine les règlements élaborés en application des lois ontariennes¹³⁴. Il semble être le seul comité provincial ou territorial qui se penche systématiquement sur la législation exécutive au Canada. Il a examiné un total de 537 règlements élaborés en 2018, a écrit aux ministères au sujet de 10 d’entre eux, et en a renvoyé 3 devant

129. Les rapports et les procédures de ce Comité peuvent être consultées en ligne : Parlement du Canada, Comité mixte permanent d’examen de la réglementation, en ligne : <www.parl.ca/Committees/en/REGS?parl=42&session=1>.

130. Voir « Rapport n° 85 », *supra* note 12 à la p 4.

131. Par exemple, lors de sa dernière réunion du 19 avril 2019, le Comité a discuté de 15 règlements et n’avait aucun commentaire à formuler concernant 11 règlements et 11 autres textes réglementaires : Délibérations du Comité mixte permanent d’examen de la réglementation, *Fascicule no 48 – Procès-verbal du 11 avril 2019* (procès-verbal), Ottawa, 11 avril 2019.

132. Voir « Rapport n° 85 », *supra* note 12; Bernhardt, « Parliamentary Scrutiny », *supra* note 16.

133. Voir ci-dessus notre discussion relative aux procédures de résolution.

134. À l’échelle provinciale ou territoriale, le seul comité est le Comité permanent des règlements et des projets de loi d’intérêt privé de l’Assemblée législative de l’Ontario.

l'Assemblée législative¹³⁵. En grande majorité, les règlements ontariens sont adoptés sans commentaire de la part du Comité.

III. COMMENT LES TRIBUNAUX EXERCENT-ILS UN CONTRÔLE SUR LA LÉGISLATION EXÉCUTIVE ?

La législation exécutive se présente souvent devant les tribunaux comme un droit que les parties invoquent au soutien de leurs arguments sur la manière de résoudre un différend. Parfois, les parties réfutent ces arguments en affirmant que les lois ne s'appliquent pas au différend ou qu'elles sont invalides. Lorsque les tribunaux se prononcent sur la validité de la législation exécutive, ils procèdent à ce qui est généralement appelé le contrôle judiciaire¹³⁶.

Le contrôle judiciaire de la législation exécutive consiste à établir si elle a été élaborée conformément à son cadre juridique¹³⁷. Celui-ci inclut non seulement le droit constitutionnel, mais aussi les textes législatifs qui délèguent le pouvoir d'élaborer la législation exécutive ou de prescrire comment elle devrait l'être. Dans l'arrêt *F Hoffman-Laroche v Secretary of State for Trade*, Lord Diplock met en évidence le rôle des tribunaux :

Vos Seigneuries, en droit constitutionnel, une distinction claire peut être faite entre une loi du Parlement et la législation subordonnée, même si cette dernière figure dans une ordonnance élaborée par un texte réglementaire approuvé par des résolutions des deux chambres du Parlement. Malgré cette indication selon laquelle la majorité des membres des deux chambres du Parlement contemporain considèrent que l'ordonnance a été adoptée pour le bien commun, je n'ai aucun doute que les tribunaux sont compétents pour la déclarer invalide s'ils sont convaincus qu'en l'adoptant, le ministre responsable a outrepassé les pouvoirs législatifs qui lui ont été

135. Voir Ontario, Assemblée législative, Comité permanent des règlements et des projets de loi d'intérêt privé, Premier rapport (mars 2019) (président : Kaleed Rasheed) ; Ontario, Assemblée législative, Comité permanent des règlements et des projets de loi d'intérêt privé, Premier Rapport (février 2020) (président : Deepak Anand).

136. Dans le présent article, l'expression « contrôle judiciaire » est employée pour décrire toute procédure judiciaire examinant la validité de législation exécutive.

137. *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 RCS 190 au para 28 [*Dunsmuir*]. Voir aussi Pearce et Argument, *supra* note 14 aux para 12.1 et s ; Carter, McHerron et Malone, *supra* note 14 au para 3.3.3.

conférés par la précédente loi du Parlement en vertu de laquelle l'ordonnance en cause a censément été adoptée, et ce, que l'ordonnance soit *ultra vires* de par sa teneur (défaut apparent) ou en raison de vices dans la procédure suivie avant son adoption (vices cachés) [notre traduction]¹³⁸.

Ce passage indique le caractère distinctif de l'examen parlementaire et du contrôle judiciaire. Les tribunaux effectuent leur contrôle indépendamment de tout contrôle parlementaire qui aurait pu avoir été effectué.

A. Motifs de contrôle

Le contrôle judiciaire de la législation exécutive, comme le contrôle de l'exercice des autres pouvoirs délégués, est traditionnellement axé sur les *motifs* de contrôle : les bases sur lesquelles les tribunaux établissent si cette législation exécutive est invalide (*ultra vires*). Les motifs de contrôle suscitent des questions visant à établir si un tribunal devrait invalider ou modifier une action gouvernementale contestée au moyen d'une procédure de contrôle judiciaire.

Les motifs de contrôle sont basés sur des normes constitutionnelles, des exigences législatives ou des éléments de la *common law*. Dans l'arrêt *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, les juges Bastarache et LeBel ont résumé ces motifs en termes « de légalité, de rationalité et d'équité »¹³⁹. Ils suscitent des questions relatives à l'action gouvernementale : est-ce autorisé par la loi ? Est-ce raisonnable ? L'action a-t-elle été prise de manière équitable pour les personnes touchées par la loi ? Ces questions générales peuvent être subdivisées en questions plus particulières relatives à l'action gouvernementale en cause. Ces motifs plus particuliers sont généralement regroupés dans deux catégories mentionnées dans le passage susmentionné de Lord Diplock (*contenu et procédure*)¹⁴⁰.

138. *F Hoffman-Laroche v Secretary of State for Trade and Industry*, [1975] AC 295, [1974] 2 All ER 1128 HL à la p 365 [Hoffman-Laroche]. Voir aussi *R (on the application of The Public Law Project) v Lord Chancellor* [2016] UKSC 39, [2016] HRLR 17 au para 22.

139. *Dunsmuir*, *supra* note 137 au para 28. Voir aussi *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1984] UKHL 9, [1985] AC 374 à la p 410.

140. Voir aussi *Catalyst Paper Corp c North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, 340 DLR (4^e) 385 au para 12 [Catalyst Paper], où la juge en chef McLachlin les a formulés en termes de substance et de procédure.

Dans l'arrêt *Katz Group Canada Inc c Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, la Cour suprême du Canada a très récemment formulé les motifs applicables au contrôle de la législation exécutive en termes d'incompatibilité avec « l'objectif de sa loi habilitante ou avec le cadre du mandat prévu par la Loi »¹⁴¹. L'accent mis sur la loi habilitante souligne l'importance de l'interprétation législative pour déterminer les limites des pouvoirs législatifs délégués, qui à leur tour nécessitent un examen du texte de la législation habilitante, ainsi que de son contexte et de ses objectifs¹⁴². Cette méthodologie interprétative a engendré une grande variété de motifs de contrôle plus particuliers exposés dans plusieurs textes portant sur la législation exécutive¹⁴³. Au nombre de ces motifs figurent les suivants :

- le dépassement de la portée du pouvoir habilitant (*ultra vires*) ;
- la mauvaise foi ou des fins illégitimes ;
- l'imprécision ou l'incertitude ;
- la sous-délégation ou la transformation de pouvoirs législatifs ;
- la discrimination ;
- l'incohérence avec la législation habilitante ou une autre loi.

B. Normes de contrôle

Une autre dimension du contrôle judiciaire au Canada est la *norme de contrôle*. Les motifs de contrôle laissent souvent beaucoup de place au débat sur la question de savoir s'ils justifient une intervention judiciaire. Les normes de contrôle visent à gérer la tension inhérente au contrôle judiciaire, que la Cour suprême a décrit comme suit :

Le contrôle judiciaire s'intéresse à la tension sous-jacente à la relation entre la primauté du droit et le principe démocratique fondamental, qui se traduit par la prise de mesures législatives pour créer divers organismes administratifs et les investir de larges pouvoirs. Lorsqu'elles s'acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice

141. *Katz Group Canada Inc c Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, 366 DLR (4^e) 62 au para 24 [*Katz Group*].

142. Voir la discussion de l'interprétation législative dans la section « Comment les organes parlementaires surveillent-ils la législation exécutive ? » du présent texte.

143. Voir, à titre d'exemple, *Keyes, Executive Legislation*, *supra* note 3 ; *Pearce et Argument*, *supra* note 14 ; et *Carter, McHerron et Malone*, *supra* note 14.

doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d'éviter toute immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur¹⁴⁴.

Au Canada, cette tension est gérée au moyen du concept de déférence judiciaire. Les *normes de contrôle* calibrent la déférence dont les cours et les tribunaux de contrôle doivent faire preuve à l'égard de ceux dont ils contrôlent les actions¹⁴⁵. Elles déterminent le degré de rigueur avec lequel les motifs de contrôle doivent s'appliquer. Les normes de contrôle peuvent également être qualifiées de mesure de la force d'un argument juridique au sujet des motifs de contestation de l'action gouvernementale et de celle qu'un argument doit avoir pour justifier l'intervention du tribunal.

L'arrêt récent rendu par la Cour suprême dans *Canada c Vavilov* établit l'intention du législateur comme facteur déterminant de la norme de contrôle. Toutefois, en l'absence d'une intention clairement exprimée, la norme de contrôle présumée est celle de la décision raisonnable pour les questions non procédurales¹⁴⁶. L'autre norme, plus stricte, soit celle de la décision correcte, est présumée s'appliquer seulement dans un nombre limité de circonstances concernant des appels, des questions de droit constitutionnel, des questions d'importance capitale pour le système juridique, et des questions concernant les limites des compétences entre deux ou plusieurs organismes administratifs¹⁴⁷. La norme de la décision correcte semble s'appliquer aux questions procédurales, la Cour ayant auparavant déclaré leur assujettissement à cette norme¹⁴⁸.

144. *Dunsmuir*, *supra* note 137 au para 27. Dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65, 441 DLR (4^e) 1 au para 2 [*Vavilov*], le tribunal a déclaré que « le cadre d'analyse révisé est encore guidé par les principes en matière de contrôle judiciaire qu'a énoncés la Cour dans l'arrêt *Dunsmuir* ».

145. Voir Louis LeBel, « Some Properly Deferential Thoughts on Deference » (2008) 21:1 C J Admin L & Prac 1 aux pp 10–12.

146. *Vavilov*, *supra* note 144 aux para 10, 23. Cette présomption semble s'appliquer au contrôle judiciaire de la législation exécutive, malgré la tendance des tribunaux, avant *Vavilov*, à appliquer la norme de la décision correcte : voir John Mark Keyes, « Judicial Review of Delegated Legislation: The Road Beyond *Vavilov* », à être publié dans (2022) RCDAP [Keyes, « Judicial Review »].

147. *Vavilov*, *supra* note 144 aux para 32 et 53 et s.

148. *Canada (Citizenship and Immigration) c Khosa*, 2009 CSC 12, 304 DLR (4^e) 1 au para 43. Cependant, on trouve des arguments pour la déférence judiciaire également dans ces instances : voir Paul Daly, « The Scope and Meaning of Reasonableness Review » (2015) 52:4 Alta L Rev 799 aux pp 806 et s.

L'application de la norme de la décision raisonnable comme norme par défaut signale un changement important. Par le passé, les tribunaux ont le plus souvent appliqué la norme de la décision correcte pour contrôler la législation exécutive¹⁴⁹, ce qui entraîne une forme de contrôle plus strict accordant généralement une moins grande marge de manœuvre à l'exercice de pouvoirs délégués.

Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême a décrit la norme de la décision correcte comme suit :

La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n'acquiesce pas au raisonnement du décideur ; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision doit se demander dès le départ si la décision du tribunal administratif était la bonne¹⁵⁰.

Par ailleurs, dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a formulé la norme de la décision raisonnable comme suit :

Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable vise à donner effet à l'intention du législateur de confier certaines décisions à un organisme administratif, tout en exerçant la fonction constitutionnelle du contrôle judiciaire qui vise à s'assurer que l'exercice du pouvoir étatique est assujéti à la primauté du droit¹⁵¹.

Elle a ensuite caractérisé la décision raisonnable comme étant une décision qui « doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et est justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti »¹⁵².

La Cour a ensuite suggéré deux types de lacunes fondamentales susceptibles de rendre une décision déraisonnable : « [l]a première est le manque de logique interne du raisonnement. La seconde se

149. Voir, à titre d'exemple, *Council of Independent Community Pharmacy Owners v Newfoundland and Labrador*, 2013 NLCA 32, 360 DLR (4^e) 286 au para 13 ; *West Fraser Mills v British Columbia (Workers' Compensation Appeals Tribunal)*, 2016 BCCA 473, 405 DLR (4^e) 621 au para 51 [*West Fraser*].

150. *Dunsmuir*, *supra* note 137 au para 50.

151. *Vavilov*, *supra* note 144 au para 82.

152. *Ibid* au para 85.

présente dans le cas d'une décision indéfendable sous certains rapports compte tenu des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur la décision»¹⁵³.

Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour a réellement intégré dans les normes de contrôle une grande partie de ce qui constituait traditionnellement les motifs de contrôle, poursuivant une évolution qui peut être retracée au fil des jugements qu'elle a rendus dans une série d'affaires antérieures et qui intégraient plusieurs éléments des motifs de contrôle traditionnels, plus particulièrement l'étendue des pouvoirs délégués par la législation habilitante¹⁵⁴, dans la norme de contrôle de la décision raisonnable.

C. Considérations supplémentaires

Il reste à savoir avec quelle rigueur la norme de la décision raisonnable est appliquée au processus de raisonnement et aux contraintes factuelles et juridiques (essentiellement les motifs de contrôle) qui pèsent sur la législation exécutive. La Cour suprême a souligné dans l'arrêt *Katz Group* quatre obstacles supplémentaires à la réussite d'une contestation de la validité de la législation exécutive :

1. la présomption de validité¹⁵⁵ ;
2. l'« interprétation téléologique large »¹⁵⁶ ;
3. le seuil d'incompatibilité avec l'objet de la loi : la législation exécutive doit être « sans importance », « non pertinente » ou « complètement étrangère » à l'objet de la loi¹⁵⁷ ;
4. l'indifférence du tribunal quant à « l'examen du bien-fondé » de la législation exécutive¹⁵⁸.

153. *Ibid* au para 101.

154. *Catalyst Paper*, *supra* note 140 au para 10 ; *Green c Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 RCS 360 au para 26 ; *West Fraser*, *supra* note 149 au para 10.

155. *Katz Group*, *supra* note 141 au para 25.

156. *Ibid* au para 26.

157. *Ibid* au para 28.

158. *Ibid* au para 27.

La présomption de validité est également reconnue au Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle-Zélande¹⁵⁹, tout comme la méthode d'interprétation axée sur l'objectif¹⁶⁰. Ces considérations protègent la législation exécutive contre le contrôle judiciaire et augmentent réellement les pouvoirs délégués¹⁶¹. Par exemple, les décisions rejetant les contestations ont fréquemment cité les commentaires de l'arrêt *Katz Group* sur la présomption de validité¹⁶². Cependant, le lien entre, d'une part, la présomption de validité et le seuil d'incompatibilité avec l'objet de la loi et, d'autre part, la déférence inhérente à la norme de contrôle de la décision raisonnable, n'est pas du tout évident : est-ce qu'ils la dédoublent ou l'augmentent ? Également, le lien entre l'interprétation téléologique large et les critères de l'examen parlementaire est flou, ce qui porte à croire que certaines mesures législatives seront validées uniquement si elles sont exprimées dans un langage explicite¹⁶³. Finalement, il est difficile de voir comment les tribunaux peuvent être complètement indifférents à l'égard de l'examen du bien-fondé, étant donné que plusieurs motifs de contrôle, notamment les limites téléologiques, nécessitent une certaine compréhension de l'examen sous-jacent à la législation exécutive¹⁶⁴. Ces aspects méritent d'être reconsidérés¹⁶⁵.

IV. COMMENT L'EXAMEN LÉGISLATIF ET LE CONTRÔLE JUDICIAIRE S'ARTICULENT-ILS ?

La description précédente de l'examen parlementaire et du contrôle judiciaire démontre un chevauchement entre les critères d'examen et les motifs de contrôle. Par exemple, les 10 premiers critères du CMPER canadien traitent des questions que les tribunaux prendraient en

159. Voir *R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport*, [1990] UKHL 7, [1991] 1 All ER 70 (HL (Eng)) au para 119; Pearce et Argument, *supra* note 14 au para 14.6; Carter, McHerron et Malone, *supra* note 14 au para 12.0.4.

160. Voir Greenberg, *supra* note 83, c 18; Dennis Pearce et Robert Geddes, *Statutory Interpretation in Australia*, 6^e éd, Sydney, LexisNexis Buttersworth à la p 27; Ross Carter, *Burrows and Carter Statute Law in New Zealand*, 5^e éd, Wellington, LexisNexis New Zealand, 2015, c 8.

161. Voir Green, *supra* note 128 aux pp 333 et s.

162. Voir Keyes, « Judicial Review », *supra* note 146.

163. Voir aussi la discussion de ces critères ci-dessous, dans la prochaine section du présent texte.

164. Voir Keyes, « Judicial Review », *supra* note 146; Paul Daly, « Wednesbury's Reason and Structure », (2011) 2 Public Law 218 à la p 258.

165. Voir Keyes, « Judicial Review », *supra* note 146.

considération¹⁶⁶. Même si certains des critères, comme « enfreindre la primauté du droit », sont peut-être plus exigeants que les motifs que les tribunaux appliquent, ils sont incontestablement de nature juridique¹⁶⁷. Le dernier critère portant sur l'imprécision et l'ambiguïté est également une question que les tribunaux résolvent généralement, quoique par l'interprétation plus que par l'invalidation. Pour avoir une meilleure idée de la façon dont ce chevauchement se manifeste, il est utile d'examiner deux exemples de questions qui ont été soumises à la fois au Comité et aux tribunaux.

La première concerne l'imposition de frais. Dans une série de rapports, le Comité a évalué les montants que les titulaires de licences de radiodiffusion devaient payer¹⁶⁸. Bien que la *Loi sur la radiodiffusion* confère le pouvoir de prescrire des « droits »¹⁶⁹, le Comité soutenait que les montants prescrits constituaient des taxes pour lesquelles il n'existait pas de pouvoir exprès. Cette question a aussi été soumise à la Cour fédérale dans l'affaire *Association canadienne des radiodiffuseurs c Canada*¹⁷⁰. Au procès, le tribunal a pris en considération les rapports du RRC de la Nouvelle-Zélande et du Comité canadien¹⁷¹. La Cour fédérale a fait remarquer ce qui suit :

Les commentaires du Comité canadien mixte permanent d'examen de la réglementation ont été formulés par des députés fédéraux qui avaient de l'expérience en matière de législation déléguée et qui étaient chargés de l'examen de pareille législation ; ils indiquaient sans doute les attentes législatives des députés en ce qui concerne :

(a) le sens et l'emploi du mot « droit » dans la législation¹⁷².

La Cour fédérale a conclu qu'il n'existait pas de pouvoir permettant de percevoir les montants en question parce que ceux-ci n'étaient pas suffisamment liés au schème réglementaire et, par conséquent, qu'il

166. Voir les critères du CMPER, *supra* note 82.

167. Il a été reconnu que certains aspects de la primauté du droit ont une force normative, mais il y a un débat considérable à propos des autres motifs : voir *Colombie-Britannique c Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] RCS 473 aux para 57–61.

168. CMPER, 37-2, 3^e Rapport (Rapport n^o 73 — *Droits de licence de radiodiffusion*) (28 octobre 2003) (Gurmant Grewal, coprésident) ; 39-1, Rapport n^o 5 (21 mars 2007) (Paul Szabo, John Trevor Eyton, coprésidents), et « Rapport n^o 84 », *supra* note 24.

169. *Loi sur la radiodiffusion*, LC 1991, c 11, art 11(2).

170. 2006 CF 1482, [2007] 4 RCF 170.

171. *Ibid* aux para 50–66.

172. *Ibid* au para 64.

s'agissait bel et bien de taxes. Cependant, concluant que les droits constituaient des frais réglementaires et étaient par conséquent autorisés, la Cour d'appel fédérale a infirmé cette conclusion¹⁷³. Dans ses motifs, elle n'a pas mentionné les commentaires des comités parlementaires¹⁷⁴. Dans un rapport subséquent, le Comité a remis en question le raisonnement de la Cour d'appel fédérale et a exprimé son souhait de voir cette question clarifiée au moyen d'un pourvoi devant la Cour suprême du Canada. Bien qu'il y ait eu désistement, la Cour suprême a tout récemment, dans les *Revois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, mentionné avec approbation l'approche relative aux frais réglementaires, formulée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Association canadienne des radiodiffuseurs c Canada*¹⁷⁵.

Le deuxième exemple concerne des règlements obligeant les titulaires de permis de pêche à respecter les conditions de leurs permis, les exposant ainsi au risque d'engager leur responsabilité pénale en cas de contravention aux règlements¹⁷⁶. Le Comité a rejeté l'argument du gouvernement selon lequel ces règlements étaient autorisés par l'article 43 de la *Loi sur les pêches*¹⁷⁷. Bien que cet article prévoie le pouvoir général de prendre des règlements « concernant la gestion et la surveillance judiciaires des pêches en eaux côtières et internes », le Comité a soutenu qu'une autorisation expresse était nécessaire afin d'imposer efficacement des sanctions pénales pour le non-respect des conditions du permis¹⁷⁸. Il a également rejeté des arguments au soutien de la validité du règlement qui étaient fondés sur un arrêt de la Cour d'appel fédérale concernant des règlements sur la délivrance de permis en vertu d'une autre loi¹⁷⁹, déclarant ce qui suit : « [L]e fait

173. *Association canadienne des radiodiffuseurs c Canada*, 2008 CAF 157, [2009] 1 RCF 3 [*Association canadienne des radiodiffuseurs* (CA)].

174. Pour une discussion plus poussée de la question en cause, voir Keyes, *Executive Legislation*, *supra* note 3 aux pp 76-78.

175. *Association canadienne des radiodiffuseurs* (CA), *supra* note 173, cité dans *Revois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution*, *supra* note 4, au para 216.

176. *Règlement de pêche de l'Ontario de 1989*, DORS/89-93, art 36(2), abrogé par *Règlement de pêche de l'Ontario*, DORS/2007-237, art 46.

177. LRC 1985, c F-14.

178. CMPER, 36-2, 2^e Rapport (Rapport n^o 66) (23 mars 2000) (Céline Hervieux-Payette, Gurmant Singh Grewal, coprésidents); 39-1, 4^e Rapport (Rapport n^o 78 — *Abrogation*) (7 février 2007) (Paul Szabo, John Trevor Eyton, coprésidents) [« Rapport n^o 78 »].

179. *Barnett c Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)*, (1996) [1997] 1 CF F-67, 1996 CanLII 3931.

[que la Cour n'ait pas] vérifié en premier lieu s'il existait une disposition habilitante pour les articles 10 (1)a) et 160.1 du *Règlement sur la santé des animaux* jette un sérieux doute sur la valeur de l'affaire *Barnett* comme précédent »¹⁸⁰.

Le Comité était également en désaccord avec les décisions des tribunaux provinciaux qui n'ont pas cherché à savoir si les règlements étaient autorisés¹⁸¹ ou qui ont jugé que l'autorisation était suffisante¹⁸².

Les opinions divergentes du Comité et des tribunaux dans les exemples précédents peuvent sembler poser un problème en ce que deux acteurs étatiques se contredisaient. La séparation constitutionnelle des pouvoirs s'y oppose-t-elle ? Considérant que les tribunaux ont la fonction constitutionnellement établie de trancher les questions de droit, la séparation des pouvoirs empêche-t-elle les parlementaires de se prononcer aussi sur celles-ci ? Toutefois, cette conception de leurs fonctions et du mode de fonctionnement du système juridique est erronée.

Les organes parlementaires n'ont une incidence sur le droit commun qu'au moyen de l'adoption de lois, laquelle, dans de telles circonstances, se produit parfois lorsque les tribunaux rendent des décisions que les législateurs jugent inacceptables. Dans l'arrêt *Régie des rentes du Québec c Canada Bread Company*, la Cour suprême a jugé que les organes parlementaires peuvent adopter des lois pour infirmer une décision judiciaire pourvu qu'ils le fassent clairement et qu'ils respectent les limites constitutionnelles de leur pouvoir législatif¹⁸³.

Il est aussi clair que les organes parlementaires n'ont pas le pouvoir de trancher une question de droit, exception faite de l'adoption de la législation habilitante et des questions relevant de leur privilège parlementaire. Dans l'une des décisions rendues par les cours provinciales au sujet des règlements relatifs à la pêche susmentionnés, *R v Norum*, le premier rapport du CMPER a été soumis à l'examen de la Cour supérieure¹⁸⁴. Celle-ci était disposée à considérer qu'il faisait partie de

180. « Rapport n° 78 », *supra* note 178, annexe C.

181. *R v Ivey Fisheries Ltd*, 2006 NSPC 5, 245 NSR (2^e) 349 au para 27.

182. *R v Norum*, 2004 BCPC 609, [2004] BCJ n° 3018 au para 37, et *R v Murray*, 2005 BCPC 511, [2006] BCWLD 1103 aux para 28–36.

183. *Régie des rentes*, *supra* note 16.

184. *R v Norum*, *supra* note 181 au para 14.

l'argumentation présentée au soutien de la défense de l'accusé¹⁸⁵, mais elle a rejeté la thèse selon laquelle le point de vue d'un comité d'examen parlementaire sur la légalité d'un règlement la liait¹⁸⁶. Cette opinion correspond à des décisions rendues par des tribunaux australiens¹⁸⁷ et britanniques, notamment l'arrêt *R (on the application of Javed) v Secretary of State for the Home Department*, dans laquelle Lord Phillips, maître des rôles, a déclaré ce qui suit :

La validité de la législation subordonnée provient de la législation en vertu de laquelle elle est élaborée. La législation primaire qui exige que la législation subordonnée soit approuvée par chaque chambre du Parlement ne transfère pas, des tribunaux aux deux chambres du Parlement, la fonction d'établir la validité de la législation subordonnée [notre traduction]¹⁸⁸.

Il a été allégué que l'existence de dispositions d'examen parlementaire réduit la nécessité de contrôle judiciaire et justifie une plus grande déférence judiciaire¹⁸⁹. Le contraire a également été soutenu : que l'absence de procédures d'examen parlementaire justifie un contrôle judiciaire plus rigoureux¹⁹⁰.

Ces arguments ont été rejetés en grande partie en Australie¹⁹¹, au Canada¹⁹² et au Royaume-Uni¹⁹³, notamment en ce qui concerne les

185. Les rapports du Comité ont aussi été pris en considération dans *Vancouver Island Peace Society c Canada*, [1994] 1 FC 102, [1993] FCJ N° 601 ; *R v Kapp* 2003 BCPC 279, [2003] BCJ N° 1772 au para 232 ; *Buenaventura c Syndicat des travailleurs(euses) en télécommunications* 2012 CAF 69, 428 NR 358 au para 12.

186. *R v Norum*, *supra* note 182 aux para 15 et 17.

187. *Golden-Brown v Hunt* (1971), 19 FLR 438 ; *Clark v Vanstone*, [2004] FCA 1105, 211 ALR 412 au para 117. Voir, en général, Pearce et Argument, *supra* note 14 au para 26.11.

188. *R (on the application of Javed) v Secretary of State for Home Department*, [2001] EWCA Civ 789, [2001] INLR 645 [Javed] : Lord Philips, au para 37, a aussi rejeté l'argument basé sur le *Bill of Rights* (R-U), 1688, 1 Will, c 2, art 9 (les procédures de mise en accusation ou de remise en cause par les tribunaux au Parlement). Voir aussi *Hoffman-Laroche*, *supra* note 138 à la p 365.

189. Voir, à titre d'exemple, *R v Secretary of State for the Environment ex p Nottinghamshire CC*, [1985] UKHL 8, [1986] AC 240 [Nottinghamshire] ; *Victorian Chamber of Manufacturers v Commonwealth*, [1943] HCA 21, 67 CLR 413 à la p 418.

190. *Evans v Minister of Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, [2003] FCAF 276, 135 FCR 306.

191. *Golden-Brown v Hunt*, *supra* note 187 ; *Clark v Vanstone*, *supra* note 187 au para 117. Voir généralement Pearce et Argument, *supra* note 14 au para 26.11, qui notent que ce point de vue prévaut pour la révision « sauf peut-être sur le motif du caractère déraisonnable ». [notre traduction]

192. *R v Norum*, *supra* note 182 aux para 15–17.

193. *Javed*, *supra* note 188.

exigences procédurales¹⁹⁴ et le caractère déraisonnable en tant que motifs de contrôle¹⁹⁵. Dans l'arrêt *Javed*, Lord Phillips, maître des rôles, a indiqué que le degré de déférence dont il faut faire preuve dans le cadre d'un examen du caractère déraisonnable est tributaire de la nature politique des enjeux en cause dans ces contestations plutôt que de l'existence d'un examen parlementaire¹⁹⁶. Toutefois, dans l'arrêt *Her Majesty's Treasury v Ahmed & Ors*, Lord Hope, de la Cour suprême britannique, souligne l'absence de procédures d'examen parlementaire au sujet d'une ordonnance de mise en œuvre d'une résolution antiterrorisme de l'ONU. Il a également mentionné que les autres pays avaient mis en œuvre cette résolution au moyen de la législation primaire¹⁹⁷. Les motifs lui permettant de conclure que la disposition habilitante n'autorisait pas l'ordonnance étaient principalement fondés sur l'effet qu'elle aurait sur les droits fondamentaux, mais l'absence de procédures d'examen a clairement contribué à cette conclusion¹⁹⁸.

Étant donné que les organes parlementaires, sauf pour l'adoption de la législation habilitante, ne supplantent pas le pouvoir judiciaire permettant de statuer sur les questions de droit, il est difficile de voir quelque problème que ce soit, constitutionnel ou autre, relatif à l'examen parlementaire de la législation exécutive. Cet examen parlementaire vise à s'assurer que le pouvoir législatif délégué est exercé dans les limites établies par le parlement déléguant¹⁹⁹. Les parlementaires examinent les questions juridiques à partir de leur propre point de vue, et non celui des tribunaux. Cette méthode est appliquée particulièrement lorsqu'il s'agit de déterminer si la législation exécutive est assez clairement autorisée par sa législation habilitante. Les parlementaires sont, après tout, ceux qui, en l'adoptant, ont investi cette législation d'une valeur juridique. Le fait d'exiger un degré élevé de clarté et de certitude à ce sujet ne diminue ni n'exclut la fonction des tribunaux consistant à se prononcer sur les mêmes questions dans le

194. Voir *R v Secretary of State for Health, ex p United States Tobacco International Inc*, [1991] 3 W.L.R. 529, 543 (Q.B. D.)

195. *Nottinghamshire*, *supra* note 189; *R v Secretary for the Environment, Ex parte Hammersmith LBC, ex p Hammersmith and Fullam LBC*, [1991] UKHL, [1991] 1 AC 521 [*Hammersmith*].

196. *Javed*, *supra* note 188 au para 49.

197. *Her Majesty's Treasury v Ahmed & Ors*, [2010] UKSC 2, [2010] 2 WLR 378 aux para 48–49.

198. *Ibid* aux para 43–44 et 61.

199. Voir CMPER, «Rapport de la deuxième conférence du Commonwealth sur la législation déléguée» (1983) (John Morrow Godfrey, Henry Perrin Beatty, coprésidents) à la p 17.

cadre des instances dont ils sont saisis²⁰⁰. Même si le contraire (exiger que la législation exécutive soit opérante malgré la violation de normes juridiques) entraînerait des conflits avec le système judiciaire, cette situation est difficilement imaginable.

Il n'y a également pas de difficulté si les opinions des comités d'examen sur ces questions sont mises en œuvre au moyen de procédures de résolution établies en vertu de la loi. Le simple fait qu'un tribunal ne trouve pas de motifs juridiques lui permettant de remettre en question la législation exécutive ne signifie pas qu'un organe parlementaire est dans l'impossibilité de le faire. De plus, si une loi peut être adoptée pour exiger l'approbation parlementaire de la législation exécutive dans le cadre d'une politique, il n'y a aucune raison d'empêcher les motifs juridiques d'être pris en considération, particulièrement lorsque les organes parlementaires examinent régulièrement des questions juridiques dans le cadre de leur examen des projets de loi.

CONCLUSION

L'examen parlementaire et le contrôle judiciaire de la législation exécutive n'entrent pas en conflit. Une préoccupation plus grande est leur efficacité pour garantir la responsabilité démocratique relative à l'exercice du pouvoir législatif par l'exécutif.

L'examen parlementaire comporte plusieurs facettes et varie considérablement selon les États étudiés dans cet article (Canada, Royaume-Uni, Australie et Nouvelle-Zélande). Il est sans aucun doute le plus faible au Canada pour ce qui est de l'examen de l'adoption de la législation habilitante, ainsi que de l'exercice du pouvoir qu'elle délègue. En particulier, au Canada, il n'y a pas d'examen systématique des dispositions habilitantes comme c'est le cas dans d'autres États ; l'examen est aléatoire et très occasionnel. Il y a aussi peu d'examens systématiques de l'exercice du pouvoir législatif par l'exécutif aux échelons provincial et territorial, à l'exception de l'Ontario. À l'échelon fédéral, l'examen par des comités est miné par les longs délais des réponses du gouvernement aux préoccupations des comités, qui prennent des années à se régler, si jamais elles le sont. Une partie de ce phénomène peut être expliqué par l'inefficacité des procédures de résolution offrant un forum pour débattre de la législation exécutive. Elles existent

200. Voir P O'Keefe, « The Minister and the Executive Are: The Enemy » (1987) 68 *The Parliamentary* aux pp 70–74; Pearce et Argument, *supra* note 14 au para 26.11.

sur papier, mais ont peu d'effet pratique. Ainsi, bien qu'il existe des mécanismes d'examen parlementaire, il semble y avoir un grave manque de volonté politique de les employer.

L'expérience dans les pays ayant des systèmes de gouvernement similaires à celui du Canada suggère que cette situation ne peut être attribuée à un aucun obstacle constitutionnel. Il s'agit davantage d'une culture politique qui porte peu attention à la législation exécutive en grande partie technique et qui se concentre plutôt sur des enjeux retenant beaucoup l'attention du public. L'état des mécanismes de responsabilité applicable à la législation exécutive n'est pas près d'attirer cette attention, ou du moins, pas jusqu'à très récemment.

Pour ce qui est du contrôle judiciaire, il s'agit également d'une source de préoccupation au Canada. La présomption d'application de la norme de la décision raisonnable, conjuguée à l'application continue d'autres considérations favorisant la déférence, telle que la présomption de validité, restreint considérablement l'étendue du contrôle judiciaire. Si la rigueur du contrôle judiciaire est fondée sur l'intention du législateur, le fondement permettant de présumer ou d'établir cette intention est loin d'être clair.

La crise sanitaire actuelle a occasionné un déferlement de législation exécutive. Des mesures urgentes et décisives ont été justifiées, mais tandis que le Canada et le monde s'installent dans une nouvelle normalité, des questions relatives à la normalisation des pouvoirs étendus de la législation exécutive méritent d'être posées et de trouver réponse. Un projet de loi récemment adopté en Ontario²⁰¹ et un projet de loi déposé au Québec²⁰² en sont des exemples pertinents.

La *Loi de 2020 sur la réouverture de l'Ontario (mesures adaptables en réponse à la COVID-19)* prévoit la prolongation des ordonnances prises en vertu des articles 7.0.2 et 7.1 de *Loi sur la protection civile et la gestion des situations d'urgence*²⁰³. Autrement, ces ordonnances expireraient après 14 jours. Cette loi permet une prolongation répétée de 30 jours pour un maximum d'un an ; l'Assemblée législative est également investie du pouvoir de prévoir une année de prolongation

201. *Loi de 2020 sur la réouverture de l'Ontario (mesures adaptables en réponse à la COVID-19)*, LO 2020, c 17 [*Loi de 2020 sur la réouverture de l'Ontario*].

202. PL-61, *Loi visant la relance de l'économie du Québec et l'atténuation des conséquences de l'état d'urgence sanitaire déclaré le 13 mars 2020 en raison de la pandémie de la COVID-19*, 1^{re} sess, 42^e lég, Québec, 2020 [PL 61].

203. LRO 1990, c E.9.

supplémentaire²⁰⁴. Plus de 35 règlements ont été adoptés en vertu de cette loi et, en majorité, ils sont encore en vigueur²⁰⁵. Ils traitent d'un vaste éventail de questions relatives aux activités commerciales, à l'accès aux espaces publics, aux installations médicales, aux foyers de soins de longue durée, aux services gouvernementaux et aux délais de prescription. La vérificatrice générale de l'Ontario a publié un rapport spécial très critique de la réponse à la pandémie du ministère de la Santé et a conclu que «le ministère de la Santé (le Ministère) n'avait pas mis en place [...] des systèmes et des procédures efficaces et coordonnés qui pouvaient être facilement rajustés pour effectuer les analyses en laboratoire, la gestion des cas et la recherche des contacts en temps opportun»²⁰⁶. De plus, diverses procédures judiciaires ont été introduites pour contester ces règlements, mais les tribunaux ont jusqu'à maintenant manifesté peu d'empressement à accorder des réparations²⁰⁷.

Le projet de loi du Québec déléguerait le pouvoir de prendre des ordonnances de remplacement ou de dérogation d'une foule d'exigences réglementaires concernant des «projets», définis de manière à inclure une longue liste de projets en cours, ainsi que d'autres projets qui pourraient être proposés à l'avenir. Il prévoit également un examen très limité des projets d'ordonnances par les comités de l'Assemblée nationale²⁰⁸. Le gouvernement du Québec a répondu aux critiques formulées à l'encontre du projet de loi en annonçant qu'il n'y donnerait pas suite, présentant plutôt un autre projet de loi dépourvu de la plupart des éléments controversés²⁰⁹. Ce projet de loi a été adopté à la fin de 2020 et offre une certaine garantie que les préoccupations relatives à des pouvoirs exécutifs trop étendus seront prises au sérieux, même dans une situation d'urgence²¹⁰. Il s'agit d'un développement prometteur démontrant que l'examen parlementaire, complété par une attention médiatique soutenue, peut effectivement améliorer les

204. *Loi de 2020 sur la réouverture de l'Ontario*, *supra* note 201, art 8.

205. Les règlements adoptés en vertu de cette loi peuvent être consultés à l'adresse Web suivante: <www.ontario.ca/laws/statute/20r17>.

206. Bureau de la vérificatrice générale de l'Ontario, *La planification et la prise de décisions face à l'éclosion* (rapport spécial), novembre 2020.

207. Voir *Toronto International Celebration Church v Ontario (AG)*, 2020 ONSC 8027, 154 OR (3^e) 122; *Hudson's Bay Company ULC v Ontario (AG)*, 2020 ONSC 8046, 154 OR (3^e) 103.

208. PL 61, *supra* note 201, art 4.

209. PL 66, *Loi concernant l'accélération de certains projets d'infrastructure*, 1^{er} sess, 42^e lég, Québec, 2020 (sanctionné le 11 décembre 2020).

210. *Loi concernant l'accélération de certains projets d'infrastructure*, LQ 2020, c A-2.001.

choses. Il est regrettable que cette situation semble moins vraie dans d'autres États.

Le recours fréquent à la législation exécutive pour s'attaquer à la pandémie de COVID-19 a donné une importance sans précédent à cette forme de législation. Ce phénomène devrait susciter davantage d'intérêt pour l'examen de celle-ci, particulièrement chez les parlementaires, et pourrait justifier son renforcement. L'avenir nous le dira.