

ARTICLES

DÉLÉGATION ET FÉDÉRALISME CANADIEN*

par PIERRE BLACHE**

SOMMAIRE

INTRODUCTION	237
Section 1: LA DÉLÉGATION INTERPARLEMENTAIRE	239
Sous-section 1 - Les raisons politiques de son rejet	240
1- L'argument fédéraliste	240
2- L'argument souverainiste	245
3- L'argument de la nature législative des pouvoirs transférés	246
4- L'argument des droits acquis	249
Sous-section 2 - Les raisons exégétiques de son rejet	251
1- L'adverbe " <i>exclusively</i> " aux articles 91 et 92 du <i>B.N.A. Act</i>	252
2- L'article 94 du <i>B.N.A. Act</i>	254
Section 2: LA DÉLÉGATION OBLIQUE	256
Sous-section 1 - La relation de l'organisme subordonné et de son parlement	257
Sous-section 2 - La relation du parlement délégant et de l'organisme délégataire	261

* Le présent article reprend, avec quelques modifications, l'un des chapitres de la thèse de doctorat de l'auteur, intitulée "*Aspects constitutionnels du Statut de l'acte Règlementaire*" et soutenue à l'Université de Montréal à l'automne 1975.

** Professeur titulaire à la Faculté de Droit de l'Université de Sherbrooke.

1-	Une véritable délégation?	262
2-	L'étanchéité de la délégation	269
	1. L'affaire <i>Willis</i>	269
	2. L'affaire <i>Coughlin</i>	272
	1° La pureté de la délégation oblique du pouvoir d'émettre des permis extra-provinciaux	275
	2° Le caractère non abdicatif de l'opération	279
	3° Les autorités invoquées.	279
	CONCLUSION	283

INTRODUCTION

Tout juriste canadien sait que la structure fédérative de l'État assure au Parlement de chaque ordre d'États¹ l'usage exclusif d'un ensemble de compétences législatives dont la somme égale à peu près² le contenu de la souveraineté. Il peut être tenté d'en déduire qu'au Canada, en général, il n'y a qu'un parlement compétent pour chaque loi imaginable. Il commence alors à exagérer la loi d'exclusivisme. Celle-ci n'implique pas nécessairement le rattachement exclusif de toute loi imaginable à un seul législateur, mais le rattachement exclusif de toute compétence législative à un unique législateur. Il en résulte qu'une loi peut très bien relever de deux compétences législatives, respectivement attribuées au Parlement fédéral et aux Parlements provinciaux. Elle relève alors des Parlements des deux ordres d'États qui peuvent l'adopter sous réserve de la priorité fédérale au cas de conflit³.

Il convient donc de ne pas exagérer la portée de l'exclusivisme prévalant au Canada et de rappeler qu'il existe des domaines étendus où le Parlement central et les Parlements provinciaux se retrouvent sur le même terrain. Une telle situation, si elle peut mener à des affrontements plus ou moins stériles ou justifiés, est de nature à favoriser une fructueuse concertation fédérale provinciale sur certains sujets susceptibles d'être décomposés en espèces suffisamment autonomes. Si coopération il y a alors, on doit bien constater qu'elle consiste en une forme de partage des responsabilités inspirée des ambitions et capacités de chaque ordre de parlements. Il s'agit d'un fédéralisme plus ou moins consensuel

-
1. Il s'agit de l'ordre central, dont l'unique parlement est le Parlement fédéral, et de l'ordre provincial dont chaque Parlement provincial fait partie.
 2. Il faut en effet ajouter aux compétences exclusives les quelques compétences communes conférées aux articles 94 (a) (*British North America Act*, 1951 (U.K.), 14-15 Geo. VI, c. 32) et 95 (*British North America Act*, 1867 (U.K.), 30-31 Vict., c. 3) de la Constitution canadienne et les compétences réservées au Parlement britannique en raison du non-rapatriement d'une portion du pouvoir constituant pour rendre totalement compte du contenu de la souveraineté canadienne.
 3. Le lecteur peu familier de ces données du fédéralisme canadien pourra avantageusement consulter à ce propos les excellents articles du professeur Lederman: W.R. LEDERMAN, "Pacification of Laws and the British North America Act", dans *Legal Essays in Honour of Arthur Moxon*, Toronto, 1953, 183; "The Balanced Interpretation of the Federal Destitution of Legislative Power in Canada", dans P.A. CREPEAU et C.D. MAC PHERSON (éd.), *L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto, University of Toronto Press, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1965, 91.

que les autorités canadiennes construisent au fil des années, dans une matière ouverte aux deux ordres d'États, afin d'éviter des chevauchements coûteux⁴. Ultimement, ces domaines communs, que la Cour suprême paraît parfois portée à multiplier⁵, offrent aux partenaires du fédéralisme canadien l'opportunité d'aménager leurs rapports en fonction des besoins de la société contemporaine. Ils constituent une partie maléable de la face du fédéralisme canadien. Il serait cependant faux d'y voir l'unique lieu possible où la créativité puisse marquer la relation fédérative autrement que par l'amendement constitutionnel. Car, dans les cas où la loi imaginable n'est rattachable qu'à une ou des compétences législatives exclusivement fédérales ou provinciales, les cours canadiennes vont accepter que certaines délégations aient lieu⁶. Il est devenu usuel de résumer cet aspect du fédéralisme canadien en soulignant que les parlements canadiens ne peuvent se déléguer aucune espèce de pouvoirs législatifs, mais qu'ils peuvent conférer aux créatures de l'autre ordre de parlement les pouvoirs législatifs qu'ils jugent opportuns de leur attribuer⁷.

Le présent essai concerne cette seconde voie où peuvent s'exprimer les forces d'adaptation dans le fédéralisme canadien. Nous visons à en préciser les réelles possibilités. L'étude des grands arrêts canadiens nous a conduits à deux conclusions majeures. D'une part nous estimons que seule la délégation interparlementaire d'un pouvoir législatif fondamental est visée par la censure judiciaire appliquée dans *Attorney-General of Nova Scotia v. Attorney-General of Canada et Lord Nelson Hotel Co. Ltd*⁸. Il s'agirait essentiellement de cette compétence de poser les normes

-
4. Deux résultats fâcheux d'un refus de partage des domaines communs doivent en effet être distingués. D'une part faut-il regretter le conflit législatif net qui aboutit à l'application de la seule loi fédérale. D'autre part convient-il de regretter aussi les chevauchements non-confluctuels mais qui ont cependant le malheur de multiplier les normes de philosophies différentes s'adressant aux mêmes personnes.
 5. W.R. LEDERMAN, "The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada", (1962-63) 9 *McGill L. J.* 185; D. GIBSON, "And One Step Backward: The Supreme Court and Constitutional Law in the Sixties", (1975) 53 *R. du B. Can.* 626-629.
 6. *P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis*, (1950) 2 R.C.S. 392.
 7. B. LASKIN, *Canadian Constitutional Law*, 4e ed., A.S. ABEL (éd.), Toronto, The Carswell Co. Ltd, 1973, pp. 2-10; G.N. LYON and R. ATKEY, *Canadian Constitutional Law in A Modern Perspective*, University of Toronto Press, 1970, pp. 115-116; pp. 227-228.
 8. (1951) R.C.S. 31.

premières dans un domaine donné. D'autre part nous estimons que, dans l'un des grands arrêts de la Cour suprême du Canada concernant la délégation oblique⁹, la Cour s'est leurrée en prétendant ne pas discerner de délégation interparlementaire de pouvoir législatif fondamental dans l'opération qu'elle était appelée à scruter. Nous chercherons d'abord à justifier notre interprétation de la portée de l'interdiction de délégation horizontale. Ensuite nous nous attacherons à démontrer la fragilité des rationalisations offertes par la Cour suprême au soutien d'une approbation de la délégation oblique de toute espèce de pouvoirs législatifs, et à manifester comment la Cour suprême est arrivée à subrepticement renier son opposition à la délégation de pouvoirs législatifs fondamentaux entre parlements.

Section 1

La délégation interparlementaire.

Le 3 octobre 1950, la Cour suprême du Canada¹⁰ jugea inconstitutionnel un projet de loi de Nouvelle-Écosse¹¹ qui visait à opérer une délégation interparlementaire. Certaines raisons sur lesquelles les juges fondèrent leur conclusion furent à ce point sérieuses que la libéralité que manifesta par la suite le même tribunal à l'endroit de certaines entreprises proches parentes a provoqué un certain étonnement¹², si ce n'est le scandale¹³.

Ces raisons peuvent être groupées en deux catégories. La première comprend les motifs les plus généraux. Il s'agit de considérations prenant principalement leur source dans les principes fondamentaux du constitutionnalisme canadien. Nous les qualifierons

-
9. *B. John D. Coughlin v. The Ontario Highway Transport Board*, (1968) R.C.S. 569.
 10. *A.-G. Nova Scotia v. A.-G. Canada et Lord Nelson Hotel Company Ltd*, (1951) R.C.S. 31.
 11. *An Act respecting the Delegation of Jurisdiction from the Parliament of Canada to the Legislature of Nova Scotia and vice versa*, Bill 136, 2ième session, 43ième législature (N.E.).
 12. Voir en ce sens K. LYSIK, "Constitutional Law - The inter-delegation doctrine: a constitutional Paper Tiger?", (1969) 47 *R. du B. Can.* 271, et Margaret FAIRWEATHER, "The Attitude of the Supreme Court of Canada towards Delegation: *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*", (1970) 5 *U.B.C.L. Rev.* 43.
 13. Voir en ce sens l'opinion du juge Campbell, exprimant l'avis d'une cour unanime, dans *Prince Edward Island Potato Marketing Board v. Sunny Isle Farms Ltd*, (1970) 7 D.L.R. (3d) 263, 265-266, où il conclut: "Parliament has therefore delegated to the provincial Legislature indirectly a jurisdiction which it could not delegate directly".

de "politiques". La seconde comprend des motifs directement rattachés au texte du *British North America Act*. Il s'agit d'arguments exégétiques.

Sous-section 1: Les raisons politiques de son rejet.

Le politique inspira la Cour suprême de deux façons. Celle-ci eut surtout recours aux grands principes du fédéralisme et de la souveraineté du parlement qui lui paraissaient, l'un et l'autre, irréconciliables avec la délégation interparlementaire de pouvoirs législatifs. A ces considérations immédiatement constitutionnelles s'en ajoutèrent cependant quelques autres. D'une part une majorité parut appuyer son refus sur le fait que la délégation sous étude visait le transfert d'un pouvoir législatif non encadré qui faisait du délégué le concepteur suprême dans le domaine auquel s'appliquait la délégation. Le juge Rand invoqua pour sa part les répercussions inévitables des délégations sur l'organisation des institutions et conclut qu'un tel effet rendrait impensable un retrait réel des délégations. A ses yeux, cette conséquence aboutissait à l'assimilation de la délégation et de l'abdication de pouvoir.

Les développements de la présente section visent d'abord à appréhender le plus exactement possible chacun des plans de l'argumentation politique offerte par la Cour suprême pour exclure la délégation interparlementaire du système canadien. Nous y procéderons aussi à une évaluation du mérite de la démarche adoptée par le plus haut tribunal canadien, laquelle révélera la nature et la gravité des failles que nous croyons y avoir décelées.

1) L'argument fédéraliste.

Le fédéralisme apparut à certains juges incompatible avec l'idée de la délégation législative interparlementaire. Il convient de citer l'essentiel des considérations offertes en ce sens par les principaux défenseurs de ce point de vue, afin de faciliter l'intelligence de cet aspect de la thèse exclusiviste et d'en dégager le véritable sens. Nous serons alors en mesure de révéler la portée limitée de cet aspect fondamental des motifs du tribunal et de révéler combien disproportionnées s'avèrent les conclusions généralement tirées de cette partie du jugement. Le juge Rinfret s'exprimait comme suit sur ce point:

"The Constitution of Canada does not belong either to Parliament or to the Legislatures; it belongs to the country and it is there that the citizens of the country will find the protection of the rights to

which they are entitled. It is part of that protection that Parliament can legislate only on the subject matters referred to it by section 91 and that each province can legislate exclusively on the subject matters referred to it by section 92. The country is entitled to insist that legislation adopted under section 91 should be passed exclusively by the Parliament of Canada in the same way as the people of each Province are entitled to insist that legislation concerning the matters enumerated in section 92 should come exclusively from their respective Legislatures. In each case the Members elected to Parliament or to the Legislatures are the only one entrusted with the power and the duty to legislate concerning the subjects exclusively distributed by the Constitutional Act to each of them"¹⁴.

Quant au juge Rand, il abondait dans le même sens comme en témoigne l'extrait suivant de ses propos:

"These bodies were created solely for the purposes of the Constitution by which each, in the traditions and conventions of the English Parliamentary system, was to legislate, in accordance with its debate and judgment, on the matters assigned to it and on no other. To imply a power to shift this debate and this judgment of either to the other is to permit the substance of transfer to take place, a dealing with an in jurisdiction utterly foreign to the conception of a federal organization"¹⁵.

Ces deux opinions aboutissent à deux propositions clefs: l'une à l'effet que le fédéralisme interdit les transferts de pouvoir législatif entre parlements, et l'autre que le projet de loi soumis opère un tel transfert inconstitutionnel. Le juge Rinfret me paraît particulièrement convaincant sur le premier point, et le juge Rand sur le second.

En effet, si l'on scrute le premier texte, l'on constate qu'il est surtout consacré à justifier très solidement la limitation imposée au principe de souveraineté du parlement en contexte fédéral et à faire découler d'une telle justification une interprétation forte de l'expression "*exclusively*" utilisée aux articles 91 et 92 du *British North America Act*.

Selon le juge Rinfret, la portée limitée du principe de souveraineté du parlement dans une fédération tient au fait que le principe de suprématie de la constitution y est supérieur à celui de

14. *A.-G. of Nova Scotia v. A.-G. of Canada*, (1951) R.C.S. 31, 34.

15. *Id.*, 48.

la souveraineté du parlement. Cette supériorité découle pour lui de la structure théorique d'une constitution fédérale selon laquelle la constitution vient du constituant et les pouvoirs parlementaires de la constitution. Aussi écrit-il:

"The constitution of Canada does not belong either to Parliament or to the Legislatures, it belongs to the country..."¹⁶

Une telle conception est remarquable en ce qu'elle ne pose pas le rapport entre la souveraineté du parlement et la suprématie de la constitution comme une relation de principes égaux de laquelle devrait jaillir une interprétation qui réalise une sorte de compromis entre ces deux valeurs quand des doutes surviennent quant au sens à donner à certaines expressions du *British North America Act*. Elle tend à privilégier le sens normal des mots sans chercher à réduire leur portée par souci de conciliation. Il me paraît juste de dire que selon cette vue, la suprématie de la constitution apparaît comme un principe dont l'utilisation précède celle du principe de souveraineté du parlement au lieu de se conjuguer avec lui. Cette justification forte de la limitation du principe de souveraineté du parlement conduit ensuite à une interprétation libérale de l'expression "*exclusively*". Cet adjectif qu'on trouve aux articles 91 et 92 du *British North America Act* pourrait conduire à deux conclusions diamétralement opposées selon qu'on adopte une interprétation qui privilégie le principe de suprématie de la constitution ou que l'on conjugue celui-ci avec le principe de souveraineté du parlement. Opter pour la seconde technique permettrait de conclure que la délégation législative interparlementaire est une forme d'exercice du pouvoir législatif exclusif tout à fait normale pour un parlement souverain et que l'expression n'interdit que l'exercice d'un pouvoir législatif sans le bénéfice d'un transfert. Ainsi les deux valeurs trouveraient leur place sans triompher. Le compromis entre égaux se réaliserait. Le juge Rinfret n'adopte pas ce point de vue mais conclut plutôt que le terme "*exclusively*" n'est pas respecté si un parlement canadien légifère sur un sujet réservé à un autre parlement et ce même au cas où il le fait en vertu d'un transfert du pouvoir législatif. Il n'a tenu aucun compte d'un argument voulant que la délégation législative soit un exercice normal du pouvoir d'un parlement souverain. En cela il s'écarte de l'argumentation contraire qui place le principe de souveraineté du parlement au sommet de la

16. *A.-G. of Nova Scotia v. A.-G. of Canada*, (1951) R.C.S. 31, 34.

hiérarchie des principes constitutionnels canadiens et cherche ensuite si la constitution a pu en réduire la portée. Frank Scott exprimait comme suit ce point de vue "souverainiste" en critiquant l'opinion d'un des juges de première instance à l'effet que le pouvoir de délégation législative interparlementaire n'existait pas s'il n'était pas conféré par le *British North America Act*.

"With respect, Chief Justice Chisholm's approach is the reverse of the true one. Instead of refusing the power to delegate unless it can be found in the B.N.A. Act he should have sought for a reason to impose another limitation on the sovereignty of our Legislatures which is not mentioned anywhere in the Act"¹⁷.

Le juge Rand, pour sa part, consacre l'essentiel de ses explications à faire voir qu'une délégation législative opère un transfert de compétence inconciliable avec l'exigence de législation exclusive du texte du *British North America Act*. Ici encore deux voies s'offraient au tribunal. Il pouvait, d'une part, insister sur un trait déjà évoqué de la délégation, à savoir que celle-ci n'implique à aucun moment l'abandon de sa compétence par l'autorité délégatrice. De là à conclure que celui qui délègue continue à légiférer par personne interposée et qu'il n'y a aucun transfert des compétences exclusives, il n'y a qu'un pas que le juge Duff, dans sa dissidence en Cour de première instance¹⁸, n'avait pas hésité à faire. Le juge Rand opte plutôt pour une vue réaliste des choses en rappelant que l'essentiel d'une compétence législative réside dans le pouvoir d'élaboration et de décision qu'elle comporte. Dans cette perspective, la prétention théorique à rattacher un pouvoir législatif ailleurs qu'au lieu du débat et de la décision lui paraît aberrante. Aussi conclut-il:

"To imply a power to shift this debate and this judgment of either to the other is to permit the substance of transfer to take place, ..."¹⁹.

Comme, dans la délégation interparlementaire d'un pouvoir législatif fondamental, le délégué fabrique les normes sans critères

17. F. SCOTT, "Delegation by Parliament to Provincial Legislature and vice versa - Nova Scotia Bill 136 - The Delegation of Legislative Jurisdiction Act", (1948) 26 R. du B. Can. 984, 987.

18. *Re Bill 136 in the Nova Scotia Legislature*, (1947), *Re Delegation of Legislative Jurisdiction*, (1948) 4 D.L.R. 1, 26.

19. *A.-G. of Nova Scotia v. A.-G. of Canada*, (1951) R.C.S. 48.

restreignant ses choix, il est donc le détenteur du pouvoir législatif au sens fort, au point que le transfert est complété nonobstant le pouvoir d'intervention du délégant ou sa présence théorique dans l'acte du délégué.

Nous estimons que l'attitude de la Cour suprême sur cette question, et particulièrement celle des juges Rinfret et Rand, fut inspirée d'une saine conception du fédéralisme et d'un grand réalisme dans l'appréciation de l'existence d'un transfert alors que les vues qu'on leur opposait trahissaient une surévaluation du rôle du principe de souveraineté du parlement dans un cadre fédératif et une propension exceptionnelle à substituer des vues de l'esprit à une perception fidèle de la réalité quant à la signification de la délégation législative.

Nous croyons toutefois essentiel de marquer dès maintenant les limites du rejet de la délégation interparlementaire nécessairement inclus dans une telle conception. A nos yeux les vues des juges Rinfret et Rand reposent essentiellement sur leur commun respect du droit suprême de la population à voir les normes juridiques ultimes, dans chaque champ législatif, fabriquées par les parlementaires de la législature élue à cette fin. Ce qui leur paraît porter atteinte au sens profond du partage des compétences législatives c'est l'opération par laquelle un parlement, sous prétexte de souveraineté, renonce à tenir le débat et porter le jugement normatif dans le domaine qui lui est réservé. Ainsi le juge Rand définit-il le devoir législatif comme celui de *'legislate, in accordance with its debate and judgment'* sur les sujets réservés à chaque parlement. Lorsqu'il désigne la faute qui lui paraît intolérable il la décrit comme le déplacement de ce débat et de ce jugement d'un ordre législatif vers l'autre, *"to shift this debate and this judgment of either to the other"*. A ses yeux, là réside le transfert substantiel que le fédéralisme ne saurait supporter, ce qui, selon lui, permet à *"the substance of the transfer to take place"*.

Ce vocabulaire fort nuancé nous semble autoriser l'interprète à conclure que le pouvoir législatif dont le déplacement, même temporaire, est à bannir consiste dans ce rôle hautement politique de poser les critères premiers de l'ordre juridique dans un domaine donné. Ce même vocabulaire ne comporte donc pas un rejet simple ou global de toute entreprise de délégation limitée à l'attribution d'une compétence législative moins fondamentale ou moins politique. Il n'entraîne pas, en d'autres mots, la censure

d'une délégation interparlementaire où le parlement délégant, n'abdiquant pas sa responsabilité suprême, établirait des critères suffisamment nets à l'adresse d'un parlement de l'autre ordre, ne conférant alors à ce dernier qu'une compétence normative encadrée qui ne saurait être véritablement assimilée à un pouvoir législatif au sens hautement politique du terme. Pour employer les termes du juge Rand il ne s'agit alors plus d'une délégation qui "*permit the substance of transfer to take place*". Nous mettons un terme ici, pour l'instant, à cette interprétation dont nous démontrerons plus loin qu'elle trouve sa justification dans d'autres considérations²⁰. Il nous a cependant paru opportun de souligner sa légitimité dès maintenant afin de mettre immédiatement le lecteur en garde contre une interprétation trop globalisante de l'argument fédéraliste de la Cour suprême.

2) L'argument souverainiste.

La souveraineté du parlement parut à plusieurs juges irréconciliable avec la subordination inhérente à la délégation. Les juges Rand²¹ et Fauteux²² firent tous deux valoir que la délégation n'était pas une chose qu'on acceptait ou qu'on refusait mais qu'elle comportait une obligation d'agir. Le juge Rand ajouta que l'on ne pouvait concevoir un parlement souverain obligé de cette manière par un parlement souverain et "*No, such duty could be imposed upon or accepted by a coordinate legislature . . .*"²³. Ce raisonnement aboutissait donc à juger impossible la délégation entre parlements de la fédération.

Comme ils reconnaissaient cependant que le projet de loi qui leur était soumis ne répondait pas à cette conception de la délégation, car il "*does no more than to proffer authority to be exercised by the delegate solely of its own volition and, for its own purposes as a discretionary privilege*"²⁴ et que ce qu'il opère "*is not . . . a delegation within the ordinary meaning of the word but a temporary and indirect transfer*"²⁵, l'on ne peut considérer cette partie de leur raisonnement comme un élément de leurs motifs.

20. Voir *infra*, 246-249.

21. *A.-G. of Nova Scotia v. A.-G. of Canada*, (1951) R.C.S. 49.

22. *Id.*, 55.

23. *Id.*, 49.

24. *Id.*, 50.

25. *Id.*, 57.

Cette argumentation prend cependant une dimension importante car elle manifeste l'espèce de dilemme devant lequel les juges plaçaient ainsi les défenseurs du projet de loi de la Nouvelle-Écosse. Ils leur signifiaient que si, d'une part, cette entreprise était qualifiée de délégation, elle tombait sous le coup de l'argument contre la subordination entre parlements souverains et coordonnés. D'autre part, comme je l'ai montré plus haut, ils considéraient que s'il s'agissait d'un transfert réel duquel tout élément de subordination était évacué, ils se heurtaient à l'interdiction découlant de l'exclusivisme du partage des compétences.

L'objection à la délégation interparlementaire fondée sur l'incompatibilité de la subordination entre parlements coordonnés nous paraît peu convaincante. La loi de coordination sur laquelle elle s'appuie découle directement de la loi d'autonomie qui exige que les parlements de chaque ordre de gouvernement d'un état fédératif ne soient en rien dépendants les uns des autres. Comme cette autonomie vise les domaines exclusivement réservés à un parlement la nécessité de coordination perd donc sa justification dès que l'on envisage une situation de subordination d'un parlement en regard d'un sujet non inclus dans son domaine exclusif. Dès lors, l'acceptation d'une délégation par un parlement quant à un tel sujet n'emporte pas perte de sa situation de parlement coordonné sur les autres plans.

Il faut donc conclure que l'utilisation de la souveraineté des parlements canadiens à laquelle eurent recours quelques juges péchait par trop gravement. D'une part elle paraissait inapplicable dans une situation où ces juges avouaient ne pouvoir discerner une véritable délégation en raison de la liberté du délégué. D'autre part, si elle conservait quelque titre à s'appliquer en l'espèce, elle se révélait alors non convaincante puisque la loi de coordination sur laquelle elle reposait ne concerne précisément que les domaines exclusifs au parlement délégué, ceux-là mêmes où il agit sans aucun besoin de délégation subordinatrice.

3) L'argument de la nature législative des pouvoirs transférés.

Au-delà des considérations tirées du fédéralisme et de la souveraineté des parlements la Cour suprême fonda son rejet de la délégation interparlementaire sur l'opinion qu'elle se fit de la nature même des pouvoirs impliqués dans l'opération de délégation. Nous avons déjà signalé cet élément fondamental de la démarche de la cour en circonscrivant la portée de l'argument fédéraliste. Il

s'agit maintenant d'établir plus solidement une proposition qui nous semble se situer à la racine même des conclusions de la cour: les pouvoirs conférés étaient des pouvoirs législatifs au sens le plus élevé du terme.

L'on peut en effet inférer de l'opinion du juge Rand que si le parlement qui délègue établissait lui-même le cadre politique à l'intérieur duquel devait s'exercer le pouvoir délégué, l'interdélégation serait acceptable. Il formule ainsi l'argument auquel j'attribue cette portée:

"In the generality of actual delegation of its own agencies, Parliament, recognizing the need of the legislation, lays down the broad scheme and indicates the principles, purposes and scope of the subsidiary details to be supplied by the delegate: under the mode of enactment now being considered, the real and substantial analysis and weighing of the political considerations which would decide the actual provisions adopted, would be given by persons chosen to present local interests"²⁶.

On peut reprocher au savant juge de pousser un peu loin le caractère ancillaire des pouvoirs exercés par les délégués du parlement central lorsqu'il qualifie de "*subsidiary details*" le fruit de leur travail. L'on ne peut cependant s'empêcher de constater que son point de vue aboutit à valider la délégation d'un pouvoir réglementaire encadré entre parlements.

Ce raisonnement, en des termes aussi exprès, est exclusif au juge Rand et l'on pourrait en conclure qu'il est sans importance. Mais l'examen des opinions d'une majorité de ses collègues nous amène à conclure qu'ils partagent son avis sur ce point. Ainsi, le juge Kerwin s'inspire-t-il surtout de *In re Initiative and Referendum Act*²⁷ où l'interdiction était d'"*endow with its own capacity a new legislative power*" et il conclut que le B.N.A. Act

"divides legislative jurisdiction between the Parliament of Canada and the Legislatures of the Provinces and there is no way on which these bodies may agree to a different division"²⁸.

Le juge Taschereau, quant à lui, rappelle que dans les délégations jugées valides dans le passé, "*the authority delegated its*

26. *A.-G. Nova Scotia v. A.-G. of Canada*, (1951) R.C.S. 31, 49.

27. (1919) A.C. 935.

28. *A.-G. Nova Scotia v. A.-G. Canada*, (1951) R.C.S. 31, 38.

powers to subordinate Boards for the purpose of carrying enactments into operation"²⁹, et il conclut:

"It has never been held that the Parliament of Canada or any of the Legislature can abdicate their powers and invest for the purpose of legislation, bodies which by the very terms of the *B.N.A. Act* are not empowered to accept such delegation, and to legislate on such matters"³⁰.

Pour le juge Kellogg, les problèmes

"involve the one question as to the competence either of Parliament or a Provincial Legislature to delegate one to the other, authority to enact legislation exclusively within the power of the delegating authority under the terms of the *B.N.A. Act*"³¹

Il ajoute:

"if Parliament . . . were to purport to authorize a Provincial Legislature to exercise legislative jurisdiction assigned exclusively to the former, any exercise of such authority by the latter would in fact be an attempt "to make laws" in relation to a matter "assigned exclusively" to Parliament, and consequently prohibited to the Provincial Legislature"³².

Les expressions utilisées par les juges révèlent que l'illégalité de la délégation interparlementaire provient à leurs yeux du caractère radical de la délégation dont ils sont saisis. Il s'agit d'une délégation ou d'un transfert de compétence législative, rien de moins. Elle est telle parce qu'elle ne comporte pas de cadre suffisamment précis qui soit établi par le parlement fédéral et vienne circonscrire le pouvoir normatif de l'organisme provincial. On peut inférer de leur démarche qu'ils envisageraient différemment une délégation interparlementaire moins généreuse qui ne confine pas à ce que le juge Taschereau appelle une abdication de pouvoir.

Les autres juges ne partagent pas cette manière de voir. Pour le juge Rinfret, la délégation interparlementaire est un pouvoir qu'on ne peut exercer car il n'est pas expressément conféré³³.

29. *Id.*, 43.

30. *Id.*, 44.

31. *A.-G. Nova Scotia v. A.-G. Canada*, (1951) R.C.S. 31, 50.

32. *Id.*, 51.

33. Il écrit:

"No power of delegation is expressed either in section 91 or in section

Cela écarte toute possibilité de distinction matérielle entre délégation de pouvoir législatif et délégation de pouvoir réglementaire. Le juge Estey exprime l'avis que le *B.N.A. Act* ne prévoit pas l'éventualité où un parlement soit l'agent d'un autre³⁴. Le juge Fauteux paraît aussi se refuser à accepter toute distinction entre délégation de pouvoir législatif et délégation de pouvoir réglementaire³⁵.

De l'ensemble des arguments avancés par les juges de la Cour suprême en cette affaire, il est donc permis de conclure que la Cour a rejeté la délégation ou le transfert de pouvoirs strictement législatifs entre parlements mais que la délégation de pouvoir réglementaire³⁶ entre parlements n'a subi la censure judiciaire que des juges Rinfret, Estey et Fauteux. Cette conclusion révèle qu'aux yeux de la Cour la délégation interparlementaire heurtait l'essentiel du fédéralisme dans la mesure seulement où elle aboutissait à un déplacement du pouvoir législatif suprême, celui d'établir les normes fondamentales dans les domaines confiés en exclusivité aux parlements fédéral ou provinciaux.

4) L'argument des droits acquis.

Une dernière objection politique à l'encontre de la délégation interparlementaire de pouvoir législatif consiste à invoquer les difficultés que soulèverait le retrait de la délégation pour conclure à

92 nor indeed, is there to be found the power of accepting delegation from one body to the other; and I have no doubt that if it had been the intention to give such powers it would have been expressed in clear and unequivocal language". (*A.-G. Nova Scotia v. A.-G. Canada*, (1951) R.C.S. 31, 34).

34. Il écrit:

"Moreover, the provisions of the British North America Act contemplate these legislative bodies will, at all times, in the exercise of their sovereign jurisdiction, act as principals. There is no express provision nor is there any under which it could be reasonably implied that these bodies were intended to act as agents one for the other".

(*A.-G. Nova Scotia v. A.-G. Canada*, (1951) R.S.C. 31, 54).

35. Il écrit:

"It is difficult to conceive that provinces, so strongly desirous of retaining for themselves the legislative authority they then had with respect to local matters in order to continue each of them to attend to its own diversified interest, would have, at the same time entertained the idea of giving to Parliament any kind of legislative authority - subordinate or original - with respect to such matters". (*A.-G. Nova Scotia v. A.-G. Canada*, (1951) R.C.S. 31, 57).

36. Cette expression réfère à la délégation d'un pouvoir législatif vraiment subordonné et dont le cadre a été déterminé dans la loi mère.

l'inopportunité du procédé. Le juge Rand expose cette thèse ainsi:

"The practical consequence of the proposed measure, a matter which the Courts may take into account, entail the danger, through continued exercise of delegated power, of prescriptive claims based on conditions and relations established in reliance on the delegation. Possession here as elsewhere would be nine points of law and disruptive controversy might easily result. The power of revocation might in fact become no more feasible, practically, than amendment of the Act of 1867 of its own volition by the British Parliament"³⁷

Si l'on songe au déploiement de personnes, de structures, d'immeubles et d'équipement qu'implique l'administration de certaines mesures législatives, on ne peut manquer de mesurer l'impact d'une révocation brutale de délégation de pouvoirs législatifs. Envisager une telle brisure placerait le pouvoir politique devant un dilemme: ou bien la brisure ne se fait pas et alors il faut bien conclure que la non-abdication du pouvoir législatif est une leurre dans le cas d'une délégation radicale³⁸ ou bien elle se fait et alors les réaménagements impliqués sont tels que leur coût risque de vider la réforme de sa valeur, qu'il s'agisse d'une délégation de pouvoir législatif originel ou réglementaire.

J'estime que ce danger évoqué par le juge Rand ne rend que plus nécessaire la conclusion à laquelle il était déjà arrivé par d'autres voies sur l'inconstitutionnalité de la délégation interparlementaire de pouvoir législatif original. L'on peut se demander si elle ne milite pas aussi à l'encontre de la délégation interparlementaire de pouvoir réglementaire. Je ne le crois pas car, dans un tel transfert, les fins et critères de la politique étant formulés au niveau législatif, le risque de voir se développer une structure excessivement complexe à l'insu du délégant paraît moindre. Et s'il subsiste, le législateur déléguant sera mieux placé pour reprocher au parlement délégué d'avoir, sans raison, tiré des conclusions excessives d'une relation où il ne pouvait manquer de percevoir sa subordination.

37. *A.-G. Nova Scotia v. A.-G. Canada*, (1951) R.S.C. 31, 50.

38. Dans le cas d'une délégation de pouvoir réglementaire, l'on peut prétendre encore que l'abdication est absente puisqu'il y a un encadrement législatif du pouvoir réglementaire délégué. Même si le retrait de ce dernier pouvoir est pratiquement impossible, son assujettissement à la loi rend cependant moins convaincante une critique d'abdication.

A ce stade nous sommes presque déjà justifiés de conclure que la censure judiciaire de la délégation de pouvoirs de nature législative entre parlements d'ordres différents au Canada n'était pas absolue. Elle ne touchait au fond que la délégation de pouvoirs législatifs originels, c'est-à-dire non circonscrits par des critères qui les subordonnent vraiment, si l'on s'en tient aux expressions utilisées par les juges et aux caractères de la délégation impliquée dans l'affaire *A.-G. Nova Scotia v. A.-G. Canada*³⁹.

Cette interprétation satisfait en effet à l'argument fondamental sur lequel s'appuyait la Cour suprême pour déclarer la délégation inconstitutionnelle. La délégation y fut jugée répréhensible parce qu'elle conférait à une législature autre que celle habilitée par la constitution les choix politiques dans un domaine donné. Toute délégation entre parlements d'ordres différents qui opérerait les choix politiques fondamentaux ne mériterait pas l'accusation de frustrer le peuple de son législateur constitutionnel et d'attenter ainsi au principe de la suprématie de la constitution.

D'autre part la subordination accrue dont souffrirait le législateur délégué dans une telle hypothèse⁴⁰ ne contredirait pas vraiment le principe de souveraineté du parlement en fédéralisme. Ce principe exige en effet la maîtrise absolue de son domaine législatif sans concurrence aucune. Mais l'état de subordination où se trouve le parlement délégué au cas d'une délégation de pouvoir réglementaire joue à l'extérieur de son domaine exclusif et donc là où ce parlement n'est pas tenu de jouir d'un statut de souveraineté législative.

Une telle conclusion n'en demeure pas moins renversante puisqu'elle va à l'encontre de la perception la plus répandue quant à l'état du droit sur cette question. Voyons si cette conclusion se trouve confirmée par les raisons exégétiques offertes par la Cour suprême.

Sous-section 2: Les raisons exégétiques de son rejet.

Deux arguments d'ordre exégétique furent utilisés par la Cour suprême. Elle insista sur le terme "*exclusively*" employé dans

39. (1951) R.C.S. 31.

40. Car il ne se verrait pas confier la maîtrise absolue des choix politiques fondamentaux en raison des directives de la loi délégatrice.

l'attribution des compétences législatives opérée aux articles 91 et 92 du *B.N.A. Act*. Certains juges invoquèrent aussi l'article 94 de la même loi pour déduire une interdiction générale de délégation interparlementaire.

1) L'adverbe "*exclusively*" aux articles 91 et 92 du *B.N.A. Act*.

Le texte du *B.N.A. Act* offrait lui-même d'excellentes prises à l'interprète désireux d'étayer son rejet de la délégation interparlementaire de pouvoir législatif. Les articles 91 et 92 de la constitution canadienne confèrent des compétences législatives exclusives⁴¹.

Le juge Fauteux s'appuie sur ces textes quand il écrit:

"Had it been the intention of the Imperial Parliament to give to one legislative body the right to delegate to the other, the word "*exclusively*" in both sections would have been omitted. In the context this word is without object unless it is to debar one legislative body from exercising any kind of legislative authority with respect to matters within the jurisdiction of the other"⁴².

Le tribunal pouvait assigner une portée plus ou moins grande au mot "*exclusively*". Ou bien il estimait qu'il ne s'appliquait qu'à la loi au sens fort (le juge Fauteux dirait "*original*" par opposition à "*subordinate*") en donnant aux mots "l'autorité législative" et "légiférer" des articles 91 et 92 un sens qui n'englobe que la loi qui établit les politiques fondamentales. Il s'ensuivait que le pouvoir réglementaire, en tant que matériellement distinct du pouvoir législatif, aurait échappé à l'interdiction de délégation. Les tribunaux auraient alors hérité de la tâche d'élaborer des critères de distinction des pouvoirs législatifs et réglementaires.

41. L'article 91 stipule:

"... Il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition du présent acte) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-après énumérés ...".

L'article 92 commence ainsi:

"Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur les matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés ...".

Le juge Rinfret invoquait expressément ces textes quand il écrivait:

"... the word "*exclusively*" used both in section 91 and in section 92 indicates a settled line of demarcation and it does not belong to either Parliament, or the Legislature, to confer powers upon the other".

(*A.-G. Nova Scotia v. A.-G. Canada*, (1951) R.C.S. 34).

42. *A.-G. Nova Scotia v. A.-G. Canada*, (1951) R.C.S. 58.

À l'opposé, le tribunal pouvait conclure que l'expression "*exclusively*" exigeait qu'on donne un sens très fort aux mots "légiférer" et "autorité législative", qu'elle marquait une sorte d'insistance pour qu'y soit incluse la totalité d'une démarche législative, l'explicitation normative tout autant que l'établissement des normes fondamentales. Cela menait à abolir, ou plutôt à ne pas introduire, de distinction entre loi et règlement puisqu'au sens large la loi comprend le règlement. C'est la conception qu'ont retenue les juges Rinfret et Fauteux. Le premier écrit:

"It does not belong to either Parliament, or the Legislatures, to confer powers upon the other"⁴³.

Le mot "powers" ne laisse en effet place à aucune distinction. Le second écrit que le mot "*exclusively*" a pour effet "*to debar one legislative body from exercising any kind of legislative authority*". L'expression "*any kind of legislative authority*" englobe évidemment le législatif et le réglementaire.

Nous avons fait voir plus haut qu'une majorité des juges de la Cour suprême se sont rangés à l'avis⁴⁴ selon lequel le pouvoir législatif auquel s'applique l'exigence d'exclusivisme posée aux articles 91 et 92 du *B.N.A. Act* doit s'interpréter restrictivement comme ne comportant que celui de poser les normes fondamentales. Il importe toutefois ici d'ajouter aux éléments que nous faisons valoir alors une nouvelle perspective qui manifeste le caractère excessif de l'interprétation de l'adverbe "*exclusively*" offerte par les juges Rinfret et Fauteux. J'estime que ces deux savants juges, dont l'opinion est d'ailleurs minoritaire sur ce point, ont erré. Le mot "*exclusively*" n'a pas été interprété comme imposant aux parlements d'exercer leur pouvoir législatif à la limite, au point que soit interdite la délégation de larges pouvoirs réglementaires à des organismes subordonnés. Comment, dans ces conditions, pourrait-il servir à interdire à ces mêmes parlements la délégation de pouvoirs réglementaires entre eux. Abstraction faite de l'argument de subordination⁴⁵ que nous avons rejeté plus haut⁴⁶, il paraît peu évident que le pouvoir réglementaire, au

43. *A.-G. Nova Scotia v. A.-G. Canada*, (1951) R.C.S. 34, 35.

44. Voir *supra*, 246-249.

45. Ce dernier permettrait de conclure que dans le cas des organismes fédéraux, ils sont subordonnés au parlement qui délègue, alors que le parlement provincial ne peut l'être par son statut de parlement souverain et coordonné.

46. Voir *supra*, 245-246.

sens d'un pouvoir législatif encadré, exercé par le parlement provincial sur des questions fédérales porte davantage atteinte au principe d'exclusivité que quand il est exercé par un organisme de l'état central. La raison en est que l'exclusivité dont il est question aux articles 91 et 92 protège les parlements et non pas l'ensemble de la structure étatique provinciale ou fédérale. J'estime que, de deux choses l'une: ou bien le mot "*exclusively*" exige que le pouvoir législatif entier (original et "*subordinate*" ou législatif et réglementaire) doit être exercé par le parlement provincial ou fédéral, ou ce mot n'exige que l'exercice du pouvoir législatif original par l'un ou l'autre parlement. Au premier cas il faut exclure le rôle réglementaire des organismes subordonnés intraprovinciaux ou intrafédéraux comme des parlements délégués. Au second les uns et les autres peuvent exercer le pouvoir réglementaire. Or l'on a accepté la délégation intraprovinciale et intrafédérale d'un pouvoir réglementaire étendu aux organismes provinciaux et fédéraux. Il faut donc conclure à la constitutionnalité de la délégation interparlementaire du pouvoir réglementaire sans quoi la protection qui découle du droit exclusif de légiférer conféré aux articles 91 et 92 reçoit deux interprétations contradictoires selon qu'il s'agit de délégation de pouvoir réglementaire intra-étatique ou interparlementaire. Une telle contradiction nous paraît injustifiée car, en plus de se heurter au texte même du *B.N.A. Act*, elle ne trouve aucune caution réelle dans le principe du fédéralisme⁴⁷.

2) L'article 94 du *British North America Act*⁴⁸.

Deux juges de la Cour suprême, reprenant en cela un argument avancé par certains membres de la Cour de première instance de

47. A ceux qui invoqueraient le principe de fédéralisme au soutien de cette interprétation nous rappelons que le fédéralisme exige seulement que le parlement à qui est confiée une compétence législative établisse lui-même les normes fondamentales s'inscrivant dans l'aire de souveraineté délimitée par une telle compétence.

48. Cette disposition se lit comme suit: "Nonobstant toute disposition du présent acte, le Parlement du Canada pourra adopter des mesures en vue de l'uniformisation de toutes les lois ou de partie de lois relatives à la propriété et aux droits civils dans Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, et de la procédure devant tous les tribunaux ou l'un quelconque des tribunaux en ces trois provinces; et, à compter de l'adoption d'un acte à cet effet, le pouvoir, pour le Parlement du Canada d'édicter des lois relatives aux sujets énoncés dans un tel acte, sera illimité, nonobstant toute chose contenue dans le présent acte; mais un acte du Parlement du Canada pourvoyant à cette uniformité n'aura d'effet dans une province qu'après avoir été adopté et édicté par la législature de cette province".

Nouvelle-Écosse⁴⁹ ont fait valoir l'article 94 du B.N.A. Act à l'encontre du projet de loi qui leur était soumis, mais en tirant d'une telle disposition des conclusions de portée fort inégales. Le juge Taschereau se contentait de la déduction qui suit:

"The fact that section 94 was considered necessary to provide in certain contingencies for the uniformity in some of the provinces of laws relating to property and civil rights and Court procedure, indicates that an agreement for such a delegation as is here contended for was never intended"⁵⁰.

Le juge Fauteux, plus ambitieux, écrivait, après avoir cité l'article 94 du *B.N.A. Act*:

"The presence of the above provisions in the Act clearly indicates that the right of one of the legislative bodies to delegate to the other, cannot be implied under the Act: otherwise, the section would be useless"⁵¹.

Nous retrouvons l'opposition que nous avons déjà souvent rencontrée. Alors que le juge Taschereau se contentait de conclure à l'inconstitutionnalité de la délégation législative au sens d'une habilitation d'édicter les normes fondamentales (*such a delegation as is here contended for*) le juge Fauteux n'hésitait pas à inférer l'interdiction de toute délégation (*to delegate to the other*) du texte de l'article 94. Il n'est point besoin de préciser pourquoi nous ne voyons rien à reprocher à la prudente proposition du juge Taschereau⁵². La conclusion fort générale du juge Fauteux nous paraît toutefois constituer une déduction que n'autorise pas la portée de l'article 94 du *B.N.A. Act*.

Il nous semble en effet que l'article 94 se réconcilie très bien avec notre interprétation selon laquelle les articles 91 et 92 du *B.N.A. Act* n'empêchent guère une délégation de pouvoirs matériellement réglementaires entre parlements puisqu'il vise de toute

49. Le juge Chisholm aux pages 5 et 6 et le juge Carroll à la page 12 de *Re Bill 136 in the Nova Scotia Legislature, 1947, re Delegation of Legislative Jurisdiction*, (1948) 4 D.L.R., 1.

50. *A.-G. Nova Scotia v. A.-G. Canada*, (1951) R.C.S. 38.

51. *Id.*, 59.

52. Nous n'avons en effet cessé de souligner, dans les pages qui précèdent, l'essentielle distinction entre la délégation du pouvoir d'établir les normes fondamentales tout autant que celles qu'il convient de qualifier de matériellement réglementaires, et celles ne visant que cette dernière catégorie.

évidence une délégation du pouvoir d'édicter les normes fondamentales sur certaines questions. On ne peut l'invoquer au service d'une interprétation qui conclut à l'interdiction de déléguer toute espèce de pouvoirs législatifs entre parlements puisqu'il ne concerne que la délégation proprement législative. Le juge Fauteux paraît s'être laissé emporter par les convictions qu'il avait tirées d'autres arguments que j'ai déjà examinés. L'argument qu'il tente d'utiliser au service de ces convictions est sûrement le plus faible de ceux qu'il ait découverts.

Il est donc permis, au terme de cette exploration des raisons politiques et exégétiques de la Cour suprême, de préciser l'exacte portée de la censure appliquée à la délégation de pouvoirs législatifs entre parlements. Celle-ci ne vise que la délégation d'un pouvoir législatif suprême, celui d'édicter les normes fondamentales sur un sujet. Elle n'englobe vraisemblablement pas un rejet de la délégation interparlementaire de pouvoirs matériellement réglementaires que les textes du *B.N.A. Act* n'excluent pas et auxquels le fédéralisme ne s'oppose pas. A la lumière de cette proposition nous pouvons maintenant aborder l'étude du sort réservé par la Cour suprême du Canada à ce qu'on est convenu d'appeler la délégation oblique.

Section 2

La délégation oblique

Cette expression soulève en réalité beaucoup de difficulté et l'analyse des deux grands arrêts canadiens⁵³ sur la question manifeste la diversité des perceptions qu'en ont eu les juges. La relation qu'elle désigne implique trois parties: un organisme subordonné à un parlement provincial ou à un parlement fédéral, un parlement provincial, et le parlement fédéral. L'opération visée consiste essentiellement dans le fait, pour le parlement fédéral, de déléguer des pouvoirs législatifs à un organisme provincial, ou le fait, par le parlement provincial de déléguer des pouvoirs législatifs à un organisme fédéral. Superficiellement, cette description évoque deux parties seulement à la relation. Cependant, comme le problème constitutionnel est de vérifier si cette opération ne

53. *P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis*, (1952) 2 R.C.S. 392, et *John D. Coughlin v. The Ontario Highway Transport Board*, (1968) R.C.S. 569.

déguise pas en réalité une délégation entre parlements, nous préférons reconnaître immédiatement la présence du parlement duquel relève le délégué. C'est pourquoi nous abordons la question en posant trois parties à la relation.

Parce que la Cour suprême avait interdit la délégation horizontale ou interparlementaire de pouvoirs législatifs fondamentaux la délégation oblique ne pouvait être jugée constitutionnelle que si elle respectait un certain nombre de conditions découlant directement des principes posés dans *A.-G. Nova Scotia v. A.-G. Canada*⁵⁴. Ainsi importait-il qu'il soit impossible d'assimiler l'organisme délégataire et le parlement dont il relevait constitutionnellement (fédéral, s'il s'agit d'un organisme fédéral et provincial, s'il s'agit d'un organisme provincial) et que la délégation soit étanche, c'est-à-dire qu'elle ne camoufle pas de délégation de pouvoirs législatifs fondamentaux entre le parlement fédéral et le parlement provincial.

Par ailleurs, il fallait aussi démontrer qu'existaient les conditions nécessaires d'une délégation. Les tribunaux se sont surtout préoccupés en ce sens du type de contrôle du parlement délégrant sur l'organisme délégataire et de la capacité de ce dernier organisme de bénéficier d'une délégation. Il nous est apparu possible de traiter l'ensemble de ces aspects en explorant, d'une part, la relation de l'organisme subordonné et de son parlement, et, d'autre part, la relation du parlement délégrant et de l'organisme délégataire.

Sous-section 1: La relation de l'organisme subordonné et de son parlement.

Le principe devant régir la relation du parlement et de son subordonné est celui de la dualité d'identité. Considéré *in abstracto*, il exige que l'organisme ne puisse être confondu avec la législature dont il est le subordonné constitutionnel. Toute la question se ramène à déterminer le degré de subordination au-delà duquel la confusion apparaît.

La justification de ce principe est tirée directement de l'arrêt *A.-G. Nova Scotia v. A.-G. Canada*⁵⁵ sur la délégation législa-

54. (1951) R.C.S. 31.

55. *Ibid.*

tive interparlementaire. Cette décision a sûrement établi l'inconstitutionnalité de la délégation de pouvoirs législatifs fondamentaux entre le parlement fédéral et les parlements provinciaux. Il ne peut donc y avoir de délégation de pouvoir législatif fondamental du parlement fédéral à un organisme provincial si l'organisme en cause est en quelque sorte assimilable au parlement auquel il se rattache.

Les juges de la *Supreme Court* de l'Île-du-Prince-Édouard estimèrent que deux approches étaient susceptibles de déterminer s'il convenait ou non d'assimiler l'organisme provincial en cause dans l'affaire *Willis* à la législature de l'Île-du-Prince-Édouard. Certains furent d'avis que l'assimilation pouvait découler de l'importance qualitative des pouvoirs législatifs conférés à cet organisme par la législature provinciale. D'autres considérèrent que le degré de contrôle exercé par la législature provinciale sur l'organisme était le facteur déterminant à considérer pour décider s'il s'agissait ou non d'un organisme assimilable à la législature provinciale. Enfin, certains juges usèrent des deux critères.

L'extrait suivant du juge Tweedy, avec lequel le banc entier se trouvait d'accord, révèle que l'ampleur de la délégation de la législature provinciale à sa créature⁵⁶ influença la Cour dans sa démarche:

"I feel the Parliament of Canada, through its elected representatives, ought to be in a position to acquaint its master, the people, with the exact nature of the legislation; what it is proposed to do, what tax, levy or service charge is to be made and much other information which the people have a right to know. It ought to have some say in the appointment, control and discipline of these people who are given such dictatorial powers"⁵⁷.

Cet extrait est ambigu. Trois données à mon sens paraissent s'y mêler: un souci de mêler le parlement fédéral à la détermination des normes (*the exact nature of the Legislation*), une préoccupation de soumettre l'organisme provincial à un contrôle du parlement fédéral, et enfin, une méfiance à l'endroit des pouvoirs détenus par l'organisme provincial (*such dictatorial powers*). Je retiens que les deux premiers éléments dépendent du dernier

56. La délégation fédérale consistait à autoriser l'organisme provincial à exercer au plan interprovincial et international les compétences réglementaires qu'il détenait de la législature provinciale quant au commerce intraprovincial.

57. *Re Agricultural Products Marketing Acts*, (1951-52) 29 M.P.R. 93, 111.

et que le souci d'établir un contrôle du parlement fédéral sur le domaine et l'organisme découle de la nature des tâches que ce dernier s'est vu confiées par la législature provinciale. On a la nette impression que le savant juge éprouverait moins de scrupule devant la loi délégatrice fédérale si les pouvoirs conférés à l'organisme provincial par sa propre législature, pouvoirs dont quelques-uns pourraient être étendus aux domaines interprovincial et international en vertu de la délégation oblique, n'étaient pas si généreux qu'il se croit autorisé à les qualifier de "*dictatorial powers*". En termes sibyllins, il y a là, au moins tacitement, l'utilisation du caractère législatif des pouvoirs provinciaux de l'organisme provincial comme obstacle à la délégation du parlement ou du gouverneur en conseil. En d'autres mots le savant juge manifeste un scrupule qu'il fonde sur le constat suivant: cet organisme provincial, par ses pouvoirs étendus dans le domaine, est l'équivalent de la législature.

A ce premier point s'ajoute celui fondé sur le contrôle de la législature provinciale sur sa créature. Ainsi le juge Tweedy écrit-il:

"My understanding of a "delegation" is to entrust one with authority or power to be exercised on behalf of those by whom he is appointed. If so, then these schemes, orders and regulations are really the schemes, orders and regulations of the Legislature of this Province"⁵⁸.

La conception de la délégation à laquelle le juge a recours l'amène à assimiler les diverses régies provinciales à la législature. C'est qu'à ses yeux le délégué agit "*on behalf*" de l'autorité habilitante. La nature même de la relation engendre l'assimilation du délégant et du délégué. Ce premier argument est celui du contrôle inhérent à la notion même de délégation⁵⁹.

Plus spécifiquement, le juge Campbell a préféré fonder son opinion sur le caractère exclusivement provincial du contrôle auquel l'organisme provincial était soumis. Ainsi écrit-il:

"In the present case, the ultimate delegate or subordinate agency is constituted, as to personnel and organization, solely under the authority of the Provincial Legislature, is responsible solely to the

58. *Re Agricultural Products Marketing Acts*, (1951-52) 29 M.P.R. 93, 109.

59. De cette assimilation le juge Tweedy tire la conclusion que l'affaire des délégations interparlementaires s'applique à l'espèce dont il est saisi.

Provincial Government and Legislature, and depends upon the continuance of its official existence"⁶⁰.

Il poursuit cette argumentation en dénonçant l'impossibilité d'une véritable allégeance fédérale de la part d'un tel organisme. L'on peut donc conclure de ses propos que l'organisme provincial paraît à ses yeux un prolongement de la législature provinciale en raison même de la part exclusive de la législature provinciale dans son contrôle.

Cette manière de conclure à l'assimilation de l'organisme et de la législature en raison du contrôle contient en puissance le remède au vice qu'elle signale, en ce que le défaut peut être corrigé en instaurant un contrôle fédéral-provincial de l'organisme. L'on peut estimer que ce correctif satisferait aussi les scrupules du juge Tweedy. Celui-ci en effet prétendait que la délégation confiait des pouvoirs "*to be exercised on behalf of those by whom he is appointed*". Comme la nomination dans l'espèce était exclusivement provinciale, il concluait à l'assimilation de la législature et de l'organisme. Une telle confusion ne s'avère-t-elle pas impossible à compter du moment où l'organisme est composé de gens nommés par l'autorité fédérale et l'autorité provinciale? Je le crois. Les deux types d'arguments de contrôle paraissent donc aisément réfutables par le recours à un contrôle organique conjoint qui rend impossible l'assimilation de l'organisme délégataire à l'un ou l'autre des parlements et lui restitue en quelque sorte son identité en le soumettant, organiquement, à deux maîtres⁶¹.

La Cour suprême ne s'est pas le moins du monde embarrassée de ces arguments. Se contentant de rappeler que l'affaire des délégations interparlementaires⁶² concernait le parlement fédéral et une législature provinciale, les juges⁶³ ont simplement indiqué

60. *Re Agricultural Products Marketing Acts*, (1951-52) 29 M.P.R. 93, 117.

61. Le juge Tweedy a évoqué cette hypothèse mais sans l'évaluer comme le révèle l'extrait suivant de son opinion: "... it might arguably happen that Parliament and a Provincial Legislature might, by accident or design, clothe the same individual or group with the power to legislate in their respective fields, or in a particular field from the aspects of each of their respective legislative jurisdictions. Whether, or not, such a twofold legislative responsibility would be constitutionally valid, it is not necessary to decide for in this case Parliament has neither directly nor indirectly established any control over the composition or personnel of the intended agency". (*Re Agricultural Products Marketing Acts*, (1951-52) 29 M.P.R. 93, 116).

62. *A.-G. Nova Scotia v. A.-G. Canada*, (1951) R.C.S. 31.

63. *P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis*, (1952) 2 R.C.S. 392, pp. 394-5 (Rinfret), pp. 403-405 (Kerwin), p. 410 (Taschereau), p. 426 (Estey).

qu'il s'agissait de délégation du parlement fédéral à un organisme provincial subordonné. Les arguments tendant à assimiler les deux affaires furent simplement ignorés.

Il faut regretter que le plus haut tribunal du pays ait manqué à ce point au réalisme dans son évaluation de la situation et se soit laissé enfermer dans les apparences de la dualité. Sans doute l'invocation de l'ampleur ou même du caractère tyrannique des pouvoirs de l'organisme provincial pour conclure à son assimilation à la législature est-elle peu convaincante. Mais s'il était inconstitutionnel pour les législatures canadiennes de se déléguer des compétences législatives, une telle censure ne touche-t-elle pas aussi la délégation par laquelle un parlement habilite un délégataire qui, sans être un parlement, est le prolongement de l'autre législature par sa relation organique à celle-ci?

Sous-section 2: La relation du parlement délégant et de l'organisme délégataire.

La relation du parlement délégant et de l'organisme délégataire doit être telle qu'elle satisfasse aux exigences de la délégation et fasse de l'organisme délégataire le récipiendaire immédiat des compétences de l'autre ordre de gouvernement. Cette norme comporte donc deux aspects. Elle exige que les conditions de la délégation de pouvoirs soient réalisées. Elle exige aussi que le procédé soit étanche, qu'il ne laisse aucune place à la réception d'un pouvoir législatif fondamental par le parlement intermédiaire⁶⁴ lors de l'attribution de compétences du parlement délégant à l'organisme délégataire.

L'exigence de délégation contenue dans cette norme va de soi. Il faut évidemment démontrer que la relation parlement-organisme satisfait aux conditions d'existence d'une délégation. L'exclusion radicale du parlement intermédiaire de l'habilitation est fondée sur la prohibition constitutionnelle de délégation législative interparlementaire découlant de l'arrêt *A.-G. of Nova Scotia v. A.-G. of Canada*⁶⁵. Voyons à quelles conclusions arrivèrent les juges appelés à vérifier le respect de ces conditions et à apprécier la qualité de leurs raisons.

64. Il s'agit du parlement duquel relève organiquement l'organisme délégataire.

65. (1951) R.C.S. 31.

1 - Une véritable délégation?

Deux préoccupations ont retenu les tribunaux dans la vérification des conditions d'existence de la délégation. Ils se sont demandés s'il existait un contrôle organique suffisant des autorités délégatrices sur l'organisme délégataire⁶⁶. Ils se sont aussi demandés si le délégué possédait la capacité d'accepter les pouvoirs qu'on prétendait lui conférer. La *Supreme Court* de l'Île-du-Prince-Édouard a surtout abordé la première de ces questions alors que la Cour suprême s'est plutôt attachée à la seconde.

Le juge Tweedy avait déclaré, en parlant du parlement fédéral:

"It ought to have some say in the appointment, control and discipline of these people who are given such dictatorial powers"⁶⁷.

Mais le juge Campbell fut plus explicite encore. Il posa d'abord le principe devant régir la relation du délégué et de l'organisme habilitant:

"It seems to me that the validity of legislative delegation, or devolution, depends upon the existence of a reciprocal measure of confidence by Parliament in the intended delegate or agency, and of responsibility by the delegate or agency to Parliament"⁶⁸.

Après avoir souligné le rattachement organique exclusivement provincial de l'organisme délégataire, il ajoutait:

"How can a group so constituted, having a single allegiance to the Provincial Legislature and through it to the citizens of the Province in their provincial capacity, owe to the Dominion Parliament "a duty to act either by enacting or exercising a conferred jurisdiction not, at the particular time, to act," which must rest upon a subordinate delegate of legislative powers"?⁶⁹.

L'ensemble du jugement révèle d'ailleurs que la faiblesse sinon l'absence du lien de subordination continue entre le Parlement fédéral et l'organisme provincial joua un rôle déterminant dans la démarche du tribunal de première instance.

66. Cette question très reliée à celle du contrôle organique du parlement duquel relève l'organisme délégataire en principe n'en est pas moins différente car elle vise directement le lien du délégué et du parlement duquel il ne relève pas en principe.

67. *Re Agricultural Products Marketing Acts*, (1951-52) 29 M.P.R. 93, 111.

68. *Id.*, 116.

69. *Id.*, 117.

La Cour suprême parut peu sensible aux considérations qui avaient poussé la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard à juger fatale l'absence de contrôle fédéral sur l'organisme. Deux arguments convainquirent les savants magistrats. D'une part, s'appuyant sur une disposition de la loi fédérale⁷⁰, le juge Estey concluait à la responsabilité de l'organisme à l'endroit du gouvernement fédéral:

"The board, under the scheme is responsible to the respective governments in the discharge of these powers which each has competently conferred upon it"⁷¹.

Ce recours au pouvoir de révocation de l'État central ne convainquit pas le juge Campbell qui l'avait expressément rejeté dans les termes suivants:

"It is true that Parliament, or the Governor in Council, may in the present instance revoke the proposed delegated authority, but it cannot be said that in the interval between the conferring and revocation of authority Parliament retains its power intact, as the board or agency is not responsible to Parliament, and the measure of the authorized powers is "the powers exercisable by such board or agency (by virtue of Provincial enactment) in relation to marketing locally within the Province" "⁷².

L'on voit ici s'affronter deux tests d'inégale rigueur concernant la responsabilité de l'organisme provincial à l'endroit des autorités fédérales. Pour la Cour suprême le pouvoir de révocation conservé par le Gouverneur en conseil suffit. Pour la Cour de première instance, la responsabilité n'existe qu'à deux conditions: si les personnes répondent constamment au Parlement et si la mesure de leur pouvoir est déterminée par l'autorité délégatrice. La question de la détermination fédérale de la mesure des pouvoirs sera abordée ci-après⁷³. Pour le moment, il suffit de retenir, pour s'en tenir aux seuls arguments organiques par opposition à

70. Son article 2(2) se lisait comme suit:

"The Governor in Council may by order revoke any authority granted under subsection one".

71. *Prince Edward Island Potato Marketing Board v. H.B. Willis Inc.*, (1952) 2 R.C.S. 428.

72. *Re Agricultural Products Marketing Acts*, (1951-52) 29 M.P.R. 93, 117.

73. Cf. *infra* 269 et suivantes.

ceux qui ont trait aux pouvoirs eux-mêmes, que la Cour de première instance n'exigeait rien de moins que la responsabilité continue alors que la Cour suprême se satisfaisait d'une responsabilité ultime qui s'exprime toute entière dans un pouvoir de révocation.

L'autre moyen invoqué par les juges de la Cour suprême de façon beaucoup plus générale⁷⁴ consista à faire valoir l'arrêt *Valin v. Langlois*⁷⁵ dans lequel la Cour suprême avait jugée constitutionnelle la loi fédérale⁷⁶ conférant aux Cours supérieures le pouvoir de décider des contestations d'élections fédérales. Comme l'a fait remarquer John B. Ballem⁷⁷, cet argument paraît singulièrement déplacé puisqu'il s'agit de pouvoir judiciaire⁷⁸, que les membres de ces Cours sont nommés par le Gouverneur en conseil, et qu'il était depuis longtemps accepté que les Cours supérieures étaient compétentes pour appliquer le droit fédéral et le droit provincial.

On s'étonne de l'apparente légèreté avec laquelle la Cour suprême a écarté le point de vue des partisans de la responsabilité continue au bénéfice d'une responsabilité instantanée. Cette aisance paraît encore plus surprenante quand l'on considère la part décisive des autorités provinciales dans la délimitation des pouvoirs de l'organisme provincial comme je le souligne plus loin.

L'autre problème relatif à l'existence d'une délégation auquel la Cour suprême consacra une bonne partie de ses efforts regarde la capacité de l'organisme délégataire. La Cour était confrontée à une argumentation sophistiquée aboutissant à nier à l'organisme provincial la capacité de recevoir des pouvoirs fédéraux. L'argument est clairement et succinctement résumé ainsi par le juge Rand:

"The Potato Board is not, under the statute, a corporation, and the contention is this: the power to create such an entity and to

74. *Prince Edward Island Potato Marketing Board v. H.B. Willis Inc. supra*, note 71, Rinfret, p. 393; Kerwin, p. 405; Taschereau, p. 411; Rand, p. 415; Estey, p. 428-429.

75. (1879) 3 R.C.S. 1.

76. *L'Acte des élections fédérales contestées*, S.C. 1874, c. 10.

77. John B. BALLEM, "Marketing Legislation - Delegation by the Dominion Parliament to a Provincial Board", (1952) 30 *R. du B. Can.* 1050, 1054-1055.

78. Or l'affaire dont ils sont saisis concerne un pouvoir réglementaire. La mesure de discrétion caractéristique d'un tel pouvoir est fort différente de celle réservée aux organismes judiciaires d'où la moindre nécessité d'un contrôle organique qui satisfasse aux exigences de l'autonomie des deux ordres de gouvernement en fédéralisme.

clothe it with jural attributes and capacities is derived from head 13 of section 92 of the Act of 1867 which deals with property and civil rights within the province; as the incorporation of companies under head 11 has its source in the prerogative a body so created may have unlimited "capacities"; the prerogative is not drawn on for a body created under any other head than 11; a board created as here can have, then, only a capacity in relation to local law. From this it follows that the purported grant of authority from the Dominion is inoperative"⁷⁹.

Le tribunal ne pouvait oublier le sens de l'arrêt du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Bonanza Creek Gold Mining Company Limited*⁸⁰. On y avait savamment distingué les compagnies créées par charte de celles créées par statuts et formulé les deux règles suivantes:

"In the case of a company created by charter the doctrine of ultra vires has no real application in the absence of statutory restrictions added to what is written in the charter. Such a company has the capacity of a natural person to acquire powers and rights"⁸¹.

"In the case of a company the legal existence of which is wholly derived from the words of a statute, the company does not possess the general capacity of a natural person and the doctrine of ultra vires applies"⁸².

L'argument qu'en tirait le procureur était que la régie provinciale était assimilable à "a company the legal existence of which is wholly derived from the words of a statute" et, partant, incapable de recevoir des pouvoirs non provinciaux.

Les juges de la Cour suprême du Canada adoptèrent deux approches face à cet argument. Les uns qualifièrent la régie de "Legal Entity". Les autres s'y refusèrent, de crainte de ne pouvoir distinguer une telle institution d'une corporation d'origine exclusivement législative, et parlèrent d'un groupe d'individus.

Parmi les premiers, le juge Estey glissa sur la frontière corporation-entité légale comme le fait voir le passage suivant:

"Whatever the precise nature and character of such a statutory unincorporated body, as ultimately determined, may be, it is suffi-

79. *P.E.I. Potato Marketing Board v. H.B. Willis*, (1952) 2 R.C.S. 392, 414.

80. (1916) 1 A.C. 566.

81. *Id.*, 583-584.

82. *Id.*, 584.

cient here to observe that the legislature, in constituting this board as it did, without making it a corporate body, intended that the board should exercise the capacities of natural persons, but restricted the exercise thereof to the powers vested in them as a board"⁸³.

Sa conviction concernant le caractère non corporatif de l'entité légale dont il parle est tiré d'une étude⁸⁴ de l'histoire de la législation de l'Île-du-Prince-Édouard relative à la mise en marché des produits agricoles. Il y fait voir que l'expression "a corporate body" fut abandonnée par le législateur en 1940 et qu'une telle attitude manifeste l'intention de la législature de conférer des capacités illimitées aux régies qu'elle entendait créer. La faiblesse d'une telle opinion me paraît résider dans l'invocation exclusive de l'intention parlementaire provinciale. Il ne s'agit pas de savoir si la Législature provinciale veut conférer des capacités illimitées à l'organisme mais plutôt de décider si elle peut octroyer de tels pouvoirs à une entité légale qui n'est pas une corporation à charte issue de la prérogative⁸⁵. La question de savoir s'il n'y a pas lieu d'assimiler l'entité légale en question et "*a company the legal existence of which is wholly derived from the words of a statute*" est escamotée.

L'opinion du juge Kerwin, qui a pris soin d'affirmer lui aussi que "*such a Board is a legal entity*"⁸⁶ trahit au contraire le scepticisme de son auteur devant la possibilité de distinguer une telle entité d'une corporation d'origine législative. Ainsi préfère-t-il faire valoir que l'affaire Bonanza ne visait que les pouvoirs extra-provinciaux au sens territorial du terme. Il écrit:

"... there is nothing in the reason of Chief Justice Fitzpatrick and Duff J., relied upon by the respondent, to indicate that they were dealing with anything more than the limitation of "provincial objects"⁸⁷.

83. *P.E.I. Potato Marketing Board v. H.B. Willis*, (1952) 2 R.C.S. 392, 427-428.

84. *Id.*, 427.

85. En d'autres mots, il y a confusion ici entre un problème d'interprétation législative et un problème d'interprétation constitutionnelle, la question du pouvoir de la législature provinciale de donner une capacité illimitée à une corporation statutaire ou à un organisme assimilable étant transformée en celle relative à la volonté de la législature quant à un tel organisme qui n'est pas une corporation à charge issue du pouvoir de prérogative.

86. *P.E.I. Potato Marketing Board v. H.B. Willis*, (1952) 2 R.C.S. 392, 405.

87. *Id.*, 406.

En d'autres mots, le juge Kerwin prétend que la capacité des corporations d'origine législative est limitée à la province en vertu de l'arrêt Bonanza, mais qu'il ne s'ensuit pas que la capacité de ce genre d'entité légale soit limitée dans la province par les compétences législatives provinciales. Cette opinion paraît pourtant contraire à l'économie générale du jugement du Conseil privé. Celui-ci a paru en effet opposer les capacités découlant de la prérogative de celles découlant de la loi provinciale en un sens très général ainsi que le révèlent les extraits cités précédemment où la doctrine de *ultra vires* est expressément mentionnée. Or celle-ci ne concerne pas que la question des "*provincial objects*" mais aussi celle des pouvoirs législatifs. Sans doute le Conseil privé s'aventurait-il ainsi au-delà de ce qui faisait l'enjeu du litige mais on ne peut nier qu'il avait la logique de son côté. Le recours du juge Kerwin à une échappatoire aussi fragile témoigne de la difficulté qu'il éprouvait à distinguer les corporations d'origine législatives des entités légales parmi lesquelles il rangeait l'organisme en question et contribue à discréditer d'avantage la voie qu'il avait choisie avec le juge Estey.

L'autre démarche, adoptée par les juges Rand et Kellock, prétend échapper à l'impossible tâche escamotée par leurs collègues. Ils considèrent donc la régie provinciale comme une somme d'individus aux capacités illimitées dont les pouvoirs n'auront de limites que celles que connaissent les parlements qui les habilite.

Ainsi le juge Rand s'en prend-il à la thèse voulant que le groupe de personnes constituant la régie provinciale soit une entité. Il écrit:

"These metaphors and symbolisms are convenient devices to enable us to aggregate incidents or characteristics but carried too far they may threaten common sense. What the law in this case has done has been to give legal significance called incidents to certain group actions of five men"⁸⁸.

Le juge Kellock écrit:

"In my opinion, the provincial board is but a name for the individuals that compose it"⁸⁹.

88. *Id.*, 414.

89. *Id.*, 420.

Puis il conclut:

"I therefore think that there is no question of incorporation in the case of the provincial board, and that the principle to which Mr. Farris called our attention does not apply. There is accordingly, no lack of capacity on the part of the individuals, from time to time, who make up to potato board to receive authority from Parliament"⁹⁰.

La caractéristique dominante de ces deux solutions est de réduire le débat à celui d'un choix entre deux qualifications. Ou bien la régie est une corporation législative et donc sans capacité au-delà des compétences provinciales, ou elle est un agrégat d'individus doté des capacités illimitées de ces individus. La prudence a conduit ces deux juges à ne pas qualifier l'organisme d'entité légale. Le procédé manque à convaincre. On voit mal comment le tribunal peut soutenir un tel point de vue alors que des objections du même genre ont déjà été écartées par la même Cour dans un arrêt relatif au caractère d'entité légale, pour fins de poursuites judiciaires, de commissions de relations de travail⁹¹, et ce en conformité d'une jurisprudence anglaise identique concernant les *Trade Union*⁹². Seul le souci d'éviter l'obligation de distinguer l'entité légale de la corporation d'origine législative semble expliquer le jeu de l'autruche pratiqué avec une telle obstination.

Considérées dans leur ensemble, les explications offertes par les membres de la Cour suprême⁹³, pour conclure à la capacité illimitée de l'organisme provincial, semblent donc étrangement faibles. Elles s'avèrent de bien piètres rationalisations au prix de trop d'incohérence pour mériter l'admiration parfois due à ces acrobaties judiciaires.

90. *Id.*, 421.

91. *The Labour Relation Board of Saskatchewan v. Dominion Fire Brick Clay Products Limited and Clay Products Workers Union*, (1947) R.C.S. 336, 341: On y avait écarté une objection faite à l'utilisation du nom collectif d'une commission non incorporée en déclarant que peu importait ce mode de désignation qui ne changeait juridiquement rien.

92. *Taff Vale Railway v. Amalgamated Society of Railway Servants*, (1901) A.C. 426.

93. L'assimilation des individus et du groupe organisé chez Kellock et Rand, le recours à l'intention du législateur chez Estey, l'interprétation restrictive de l'arrêt *Bonanza Creek Gold Mining Co. Ltd.* chez Kerwin.

2 - L'étanchéité de la délégation?

La relation délégatrice doit être immédiate. Ceci exclut la possibilité de la réception de pouvoirs législatifs fondamentaux⁹⁴ par le parlement intermédiaire à l'occasion de l'habilitation du délégué. Si ce parlement bénéficiait de la sorte en effet l'on devrait conclure à une délégation législative interparlementaire directe ou indirecte⁹⁵ contraire aux principes posés dans *A.-G. of Nova Scotia v. A.-G. of Canada*⁹⁶.

Cette question n'a été tranchée qu'en 1968 par la Cour suprême du Canada⁹⁷. Dans l'affaire *P.E.I. Potato Marketing Board v. H.B. Willis*⁹⁸, on n'avait pas vraiment abordé ce problème mais seulement la question de la nécessité d'un contrôle parlementaire immédiat sur l'organisme provincial par opposition à celle d'un contrôle indirect qu'exercerait le Gouverneur en conseil.

Je désire d'abord justifier cette interprétation de l'affaire *Willis* avant d'étudier la décision *Coughlin* sur cette question.

1 - L'affaire *Willis*.

La portée de l'arrêt *Willis* sur ce point n'est intelligible qu'à la lumière des textes en jeu. La disposition législative délégatrice⁹⁹ se lisait comme suit:

“Le Gouverneur en conseil peut, par arrêté autoriser tout office ou organisme auxquels la législation d'une province permet d'exercer

94. L'expression “pouvoirs législatifs fondamentaux” indique que la délégation de pouvoir réglementaire échapperait à l'exclusion de l'affaire *A.-G. of Nova Scotia v. A.-G. of Canada* dans l'hypothèse où l'interprétation de cet arrêt soumise dans la première section du présent article serait juste. Cette interprétation considère interdite la seule délégation de pouvoir législatif au sens strict entre parlements.

95. Cette distinction réfère à la différence entre le cas d'une délégation de parlement à parlement comme dans l'affaire *Coughlin* et le cas d'une délégation d'un délégué à un parlement comme dans l'affaire *Prince Edward Island Potato Marketing Board* où le délégant fédéral était le Gouverneur en conseil.

96. (1951) R.C.S. 31.

97. *John D. Coughlin v. The Ontario Highway Transport Board*, (1968) R.C.S. 569.

98. (1952) 2 R.C.S. 392; (1951-52) 29 M.P.R. 93.

99. *Loi visant le placement des produits agricoles sur le marché interprovincial et dans le commerce d'exploitation*, S.C., 1949, c. 16, a. 2(1). Il importe de prendre nettement conscience du fait que cette délégation est intrafédérale et que c'est la délégation que fera éventuellement le Gouverneur en conseil qui habilitera l'organisme provincial.

des pouvoirs de réglementation sur la vente de tout produit agricole, localement dans les limites de la province, à régler (regulate) le placement de ce produit agricole en dehors de la province, sur le marché inter-provincial et dans le commerce d'importation et, pour ces fins à exercer tout pouvoir semblable à ceux que l'office ou organisme en question *peut* exercer quant au placement dudit produit agricole, localement, dans les limites de la province"¹⁰⁰.

La caractéristique essentielle de ce texte est de situer la délégation interétatique oblique du Gouverneur en conseil à un tel moment que ce dernier saura quels pouvoirs il délègue à l'organisme provincial. L'on ne dit pas qu'un organisme provincial exercera les pouvoirs interprovinciaux et internationaux semblables à ceux qu'il peut exercer intraprovincialement au moment de l'exercice¹⁰¹, ce qui donne au palier provincial la discrétion quant à l'étendue de ces pouvoirs. On prévoit plutôt qu'une autorité exécutive fédérale, prenant connaissance des pouvoirs intraprovinciaux d'un organisme provincial, décidera d'étendre tous ou quelques-uns d'entre eux au domaine interprovincial ou international. C'est ce qui entraîne le juge Ritchie à qualifier ainsi le problème de l'affaire *Willis* dans l'affaire *Coughlin*:

"... it is to be noted that in the case of the *Agricultural Products Marketing Act* the extent to which the provincial powers to regulate were adopted, to be exercised in the extra-provincial field, remained within the control of the Governor in Council and in fact the order in council granting such authority to the Prince Edward Island Potato Board was restricted by reference to a selected number of provincially authorized regulations"¹⁰².

L'on peut mettre en doute la justesse de ce point de vue en signalant que l'arrêté en conseil fédéral¹⁰³, s'il énumérait spécifiquement les pouvoirs extra-provinciaux qu'il délèguait à l'organisme provincial, se terminait toutefois par l'expression "as

100. *Loi visant le placement des produits agricoles sur le marché interprovincial et dans le commerce d'exploitation, supra*, note 99.

101. C'est ce que fera le texte législatif fédéral en litige dans l'affaire *Coughlin* et qui se lisait comme suit: "La Commission provinciale de transport, dans chaque province, peut, à sa discrétion, délivrer à une personne un permis d'exploiter une entreprise extra-provinciale en pénétrant dans la province ou en passant à travers celle-ci, aux mêmes conditions et de la même manière que si l'entreprise extra-provinciale y exploitée était une entreprise locale" (Art. 3(2) de la *Loi concernant le transport extra-provincial par véhicules à moteurs*, S.C. 1953-54, c. 59.).

102. *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, (1968) R.C.S. 569, 581.

103. C.P. 5159, 25 octobre 1950.

amended from time to time". Cette ouverture n'est-elle pas de nature à infirmer la proposition du juge Ritchie selon laquelle les pouvoirs provinciaux adoptés par le Gouverneur en conseil "*remained within the control of the Governor in Council*"? Et si oui, cette ouverture était-elle permise par l'habilitation faite au Gouverneur en conseil de déléguer "tout pouvoir semblable à ceux que l'office ou l'organisme en question peut exercer quant au placement dudit produit agricole, localement, dans des limites de la province". J'estime quant à moi que le qualificatif "semblable" opère au moment de la délégation du Gouverneur en conseil et restreint la portée de cette délégation. L'autre interprétation qui contrarierait l'évaluation du juge Ritchie fait jouer le qualificatif "semblable" au moment de l'exercice du pouvoir délégué par l'organisme provincial et arrache donc au Gouverneur en conseil le contrôle de la mesure des pouvoirs de réglementation de la régie provinciale.

De toute manière, même en supposant que les deux interprétations soient également défendables si l'on s'en tient aux seules lumières de l'interprétation grammaticale¹⁰⁴, il me semble que l'intervention extérieure déterminante que suppose la seconde est tellement exceptionnelle qu'on doive l'écarter dans tous les cas où elle n'est pas expressément envisagée. Mais alors ne faut-il pas conclure que l'arrêté en conseil fédéral était *ultra vires* puisqu'il prévoyait les amendements que la législature provinciale pourrait apporter. Je ne le crois pas. Le fait que l'arrêté ait expressément désigné les pouvoirs intraprovinciaux adoptés pour fins extra-provinciales implique que les amendements dont il s'agit ne devront pas comporter l'insertion de nouveaux pouvoirs mais seulement une extension de pouvoirs déjà mentionnés. L'on peut donc conclure que l'autorité fédérale, par le Gouverneur en conseil, conservait le contrôle de l'étendue des pouvoirs délégués dans l'affaire *Willis*. L'intervention législative provinciale était écartée.

Le seul aspect relié au caractère immédiat de la délégation interétatique qui ait fait l'objet de critiques décisives dans l'affaire *Willis*, et seulement en Cour de première instance, avait trait au niveau auquel devait se situer le contrôle fédéral que je

104. Dans ce cas, le Parlement sera considéré comme ayant signifié ou bien que le Gouverneur en conseil devrait s'en tenir aux pouvoirs utilisables provincialement au moment où il délègue ou bien qu'il pourrait déléguer des pouvoirs dont la portée ne serait déterminable qu'au moment de leur exercice par le délégataire.

viens de manifester. Le juge Tweedy parut désireux d'assurer une détermination parlementaire des pouvoirs de la régie provinciale. Il écrivait:

"I feel the Parliament of Canada through its elected representatives, ought to be in a position to acquaint its master, the people, with the exact nature of the legislation; what it is proposed to do, what tax, levy or service charge is to be made and much other information which the people have a right to know"¹⁰⁵.

J'ai montré précédemment comment ce tribunal avait conclu à l'inconstitutionnalité de la délégation en raison de l'absence de contrôle organique de l'état central sur le délégué¹⁰⁶. Ce facteur ayant été déterminant, la part qu'a jouée la sous-délégation dans la décision de cette Cour est difficile à préciser. De toute façon, cette objection se ramenait à nier la délégation fédérale intrastatique de nature législative à l'adresse du Gouverneur en conseil. Une telle prétention est aujourd'hui parfaitement indéfendable. L'étanchéité de la relation du parlement délégrant et de l'organisme subordonné relevant d'un autre ordre de gouvernement n'implique donc pas vraiment l'absence de déléataire intermédiaire qui relève constitutionnellement du parlement délégrant. Seule importe l'absence du parlement intermédiaire duquel relève en principe le délégué. Voyons comment l'arrêt *Coughlin* a permis l'affrontement de ce problème et sa solution.

2 - L'affaire *Coughlin*.

Le texte législatif de l'interprétation duquel dépendait l'issue de l'affaire *Coughlin* était le suivant:

"La Commission Provinciale de Transport dans chaque province, peut, à sa discrétion, délivrer à une personne un permis d'exploiter une entreprise extra-provinciale en pénétrant dans la province ou en passant à travers celle-ci, aux mêmes conditions et de la même manière que si l'entreprise extra-provinciale y exploitée était une entreprise locale."¹⁰⁸

Cette délégation diffère d'abord de celle considérée dans l'affaire *Willis* en ce qu'elle est directe puisqu'elle habilite immédiatement les régies de transport provincial et non pas le Gouverneur en conseil.

105. *Re Agricultural Products Marketing Act*, (1951-52) 29 M.P.R. 93, 111.

106. *Cf. supra*, 259-260.

107. *Reference as to the Validity of the Regulations in Relation to Chemicals*, 1943 R.C.S. 1.

108. *Loi concernant le transport extra-provincial par véhicules à moteur*, S.C. 1953-54, c. 59, art. 3(2).

D'autre part, une autre caractéristique concerne la formulation même des critères de délimitation des pouvoirs conférés. Alors que la loi en cause dans l'affaire *Willis*¹⁰⁹ autorisait la délégation de pouvoirs "semblables à ceux des régies provinciales en matière provinciale", l'on parle ici d'émission de permis "aux mêmes conditions et de la même manière que si l'entreprise extra-provinciale y exploitée était une entreprise locale".

La dernière caractéristique a donné lieu à une contestation à l'effet que ces expressions obligeaient les régies provinciales non pas à demeurer dans les limites des normes applicables au transport intraprovincial quand elles statuaient sur des demandes de permis extra-provinciaux, mais à soumettre les détenteurs de permis extra-provinciaux aux conditions qui étaient de fait imposées aux détenteurs de permis intraprovinciaux. En 1972, la Cour suprême décida à l'unanimité que tel n'était pas le sens de la délégation et que des conditions différentes pouvaient de fait régir les permis intraprovinciaux et extra-provinciaux pourvu que les permis extra-provinciaux respectent les conditions que pouvaient imposer, et non pas, qu'imposaient, les régies provinciales aux détenteurs de permis intraprovinciaux¹¹⁰. Nous nous trouvons en parfait accord avec cette interprétation qui nous paraît respecter l'objet de la loi et satisfaire à la règle voulant qu'une loi s'interprète de façon à lui donner son plein effet.

La première caractéristique a, par contre, un effet direct sur la question de la participation du parlement provincial à la délégation de pouvoirs fédéraux puisqu'elle dissipe toute ambiguïté quant au moment où il convient de se placer pour appliquer les critères de délimitation de l'habilitation. En effet, le texte de la loi exige qu'on se place au temps où s'exerce le pouvoir d'émettre le permis pour déterminer les conditions auxquelles peuvent être soumis les requérants de permis extra-provinciaux et non pas au moment de la délégation du parlement fédéral. Ceci implique

109. *Loi visant le placement des produits agricoles sur le marché interprovincial et dans le commerce d'exportation*, S.C. 1949, c. 16.

110. *Regina v. Smith*, (1972) 21 D.L.R. (3d), 222: Le juge Martland y exprimait ainsi l'essence de l'opinion de la Cour: "My conclusion is that the *Federal Act* as a matter of federal legislation, empowered the Board, when issuing licence to an extra-provincial undertaking, to impose any terms and conditions which it had power to impose in respect of a licence for a local undertaking under the *Public Service Vehicles Act*, irrespective of whether or not it was in the practice of imposing such terms and conditions in respect of local undertaking" (p. 228).

donc une perte du contrôle fédéral sur les conditions que pourrait introduire la législature provinciale entre le moment de la délégation oblique et celui de l'exercice du pouvoir conféré. Sur ce point, la Cour suprême du Canada fut unanime dans l'affaire *Coughlin* ainsi que le révèlent les extraits suivants de l'opinion du juge Cartwright et de l'opinion minoritaire du juge Ritchie:

"... as matters stand at present the question whether a person may operate the undertaking of an interprovincial carrier of goods by motor vehicle within the limits of the Province of Ontario is to be decided by a Board constituted by the Provincial Legislature and which must be guided in the making of its decisions by the terms of the statutes of that Legislature and the regulations passed thereunder as they may exist from time to time"¹¹¹.

"... in providing for the granting of licences to extra-provincial undertaking in the like manner as if they were local undertakings, Parliament must, I think, be taken to have adopted the provisions of the provincial statutes in question as they may be amended from time to time... I can only read this as meaning that the licensing regulations for extra-provincial transport may be governed by decisions made from time to time by the Lieutenant-Governor-in-Council without any control by, or reference to the federal authority"¹¹².

Cette convergence des vues majoritaires et minoritaires sur l'effet concret de la délégation obligea les uns et les autres à décider si une telle opération comportait ou non une délégation de pouvoirs législatifs du parlement fédéral au parlement provincial. La question se posait alors dans les termes suivants: le parlement fédéral en conférant à la régie provinciale le pouvoir d'émettre des permis de transport routier extra-provinciaux conformément aux normes que pourraient établir de temps à autre les autorités provinciales quant au transport routier intraprovincial n'a-t-il pas indirectement conféré à la législature provinciale le pouvoir de régir le transport routier extra-provincial?

La réponse offerte à cette question par la Cour suprême me paraît pécher sous plusieurs aspects comme le croyait alors le juge Ritchie. Dans les paragraphes qui suivent, j'entends faire une analyse critique de la solution jurisprudentielle exprimée dans l'opinion du juge Cartwright.

111. *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, (1968) R.C.S. 569, 574, par Cartwright.

112. *Id.*, 583, selon Ritchie.

Ce dernier, exprimant un avis partagé par ses collègues Abbott, Fauteux, Judson et Spence, résumait ainsi sa pensée sur ce point:

“In the case before us the respondent Board derives no power from the Legislature of Ontario to regulate or deal with interprovincial carriage of goods. Its wide powers in that regard are conferred upon it by Parliament. Parliament has seen fit to enact that in the exercise of those powers the Board shall proceed in the same manner as that prescribed from time to time by the legislature for its dealings with intraprovincial carriage. Parliament can at any time terminate the powers of the Board in regard to interprovincial carriage or alter the manner in which those powers are to be exercised. Should occasion for immediate action arise the Governor General in Council may act under s. 5 of the *Motor Vehicle Transport Act*.

“In my opinion, there is here no delegation of law-making power, but rather the adoption by Parliament, in the exercise of its exclusive power, of the legislation of another body as it may from time to time exist, a course which has been held constitutionally valid by this Court in *Attorney-General for Ontario v. Scott* and by the Court of Appeal for Ontario in *Regina v. Glibbery*”¹¹³.

Les trois éléments cruciaux de ce raisonnement me paraissent être l'insistance sur le rôle exclusif du parlement fédéral dans l'attribution de pouvoirs fédéraux à la régie provinciale, l'invocation du caractère non abdicatif de l'acte législatif fédéral, et le recours à des arrêts relatifs à la législation - renvoi. Apprécions la justesse des vues de la majorité sur chacune de ces questions.

- 1) La pureté de la délégation oblique du pouvoir d'émettre des permis extra-provinciaux.

Le développement qui suit vise à révéler les fautes de l'analyse théorique implicite dans la première partie de l'argumentation du juge Cartwright. A ces fins, il me semble opportun de procéder d'abord à une petite introduction aux instruments conceptuels d'une telle critique. Elle repose sur trois distinctions qui n'apparaissent nulle part dans les opinions judiciaires. La première consiste à discerner deux délégations sous le couvert de la délégation apparemment purement oblique opérée par la loi fédérale: celle d'un pouvoir d'émission de permis extra-provinciaux et celle

113. *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, (1968) R.C.S. 569, 575.

d'un pouvoir d'établir des critères d'émission des permis extra-provinciaux. La seconde consiste à discerner deux éléments constitutifs de la délégation de pouvoir législatif: l'attribution du pouvoir et la définition du pouvoir attribué. Enfin la troisième consiste à rappeler que la qualification d'une loi comprend deux aspects: la définition de la matière des normes et la définition du domaine auquel elles s'appliquent. Ces distinctions sont tour à tour utilisées dans les paragraphes qui suivent afin de dissiper la confusion engendrée par une analyse qui en est restée à la périphérie de l'opération complexe effectuée par la disposition délégatrice rappelée plus haut.

A première vue, l'argument Cartwright est irréfutable. Comment prétendre qu'il puisse y avoir une délégation interparlementaire de pouvoirs fédéraux si la régie "*derives no power from the Legislature of Ontario to regulate or deal with the interprovincial carriage of goods*"; si "*its wide powers in that regard are conferred upon it by Parliament*"? Le parlement intermédiaire n'a, dans ces conditions, aucun rôle à jouer, la délégation est purement oblique. Mais la proposition charnière de cette argumentation est fautive. La législature provinciale est en réalité associée à la délégation de pouvoirs extra-provinciaux à la régie provinciale puisque celle-ci n'émet les permis extra-provinciaux qu' "aux mêmes conditions et de la même manière que si l'entreprise extra-provinciale y exploitée était une entreprise locale"¹¹⁴. Elle ne confère pas le pouvoir puisque le parlement lui-même l'a attribué mais elle le définit. Dans ces conditions, ne convient-il pas de s'inspirer de la définition suivante de la loi:

"The enactment of law involves both the determination of what the rule shall be and that such rule shall have the force of law"¹¹⁵.

Si c'est le cas, ne peut-on définir la délégation comme comprenant l'attribution et la délimitation des pouvoirs. L'affirmation du juge Cartwright est donc trop absolue. La régie provinciale voit ses pouvoirs définis par la Législature provinciale. A cette critique, le juge Cartwright opposerait sans doute la prétention que la définition provinciale n'a rien à voir avec les permis extra-provinciaux puisque la formule fédérale réfère à la défini-

114. *Loi concernant le Transport extra-provincial par véhicules à moteur*, S.C. 1953-54, c. 59, art. 3(2).

115. H. ROTTSCHAEFER, *Constitutional Law*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1939, p. 73.

tion des pouvoirs de la régie pour fins provinciales. Cette prétention limite, à mon sens, la portée d'un texte à son seul contenu matériel et laisse dans l'ombre son domaine d'application. Si au contraire l'on tient compte, dans la qualification d'un pouvoir législatif, du domaine auquel il s'applique, l'on doit constater qu'ici les normes apparemment provinciales prennent une dimension fédérale puisqu'elles en viennent à régir l'émission des permis extra-provinciaux alors qu'elles ne sauraient viser que les permis intraprovinciaux en l'absence de la loi fédérale. Prétendre que la législature provinciale définit le seul pouvoir d'émission de permis intraprovinciaux sous prétexte que ces normes s'adressent à ces seuls cas à s'en tenir aux seules dispositions provinciales, c'est nier la seconde dimension qu'elles acquièrent en raison du texte fédéral. S'il peut sembler difficile de percevoir nettement le rôle de définisseur des pouvoirs extra-provinciaux attribué au parlement provincial, en raison du renvoi pur et simple du fédéral aux normes à vocation intraprovinciale que le Parlement adoptera éventuellement, la distinction de la matière et du domaine oblige à conclure que la législature provinciale définit des pouvoirs extra-provinciaux.

L'analyse qui précède révèle qu'il est faux que la régie provinciale bénéficie d'une délégation purement oblique du pouvoir d'émission de permis extra-provinciaux. Il faut voir que l'attribution du pouvoir d'émission des permis se fait obliquement mais que la délimitation de ces pouvoirs est faite par la législature provinciale. La proposition du juge Cartwright (*Its wide powers in that regard are conferred upon it by Parliament*) s'avère fautive. Ce seul fait peut paraître ne pas autoriser à conclure à l'existence d'une délégation interparlementaire du pouvoir d'émettre des permis extra-provinciaux puisqu'en réalité nous discernons alors simplement une délégation mixte, oblique quant à l'attribution, verticale quant à la définition du pouvoir d'émission de permis extra-provinciaux. J'estime toutefois que cette démonstration conduit à la découverte d'une délégation interparlementaire si l'on en mesure exactement la portée. A cette fin, il me paraît essentiel de distinguer deux types de délégations dans cette complexe opération: celle du pouvoir d'émission de permis, et celle du pouvoir d'établissement des normes d'émission de permis. De la première nous savons qu'elle est mixte. De la seconde nous devons montrer l'existence et nous verrons bien alors qu'elle est interparlementaire.

J'ai fait voir plus haut que la législature provinciale fixait les normes d'émission de permis de transport routier extra-provinciaux, que le refus de constater ce fait ne pouvait se fonder que sur une réduction inadmissible de la qualification législative à la seule matière des normes, sans référence à leur domaine d'application. Les mêmes normes peuvent avoir une portée intraprovinciale ou extra-provinciale ou avoir l'une et l'autre portée. Ces différences en font des normes différentes. Or le pouvoir ainsi exercé quant à la réglementation du transport routier extra-provincial n'est pas un pouvoir que la législature provinciale possède exclusivement ou même en commun avec le parlement fédéral. L'arrêt *Winner*¹¹⁶ est formel sur ce point: il s'agit d'une compétence exclusive du parlement fédéral. Il faut donc conclure que le parlement fédéral a conféré un pouvoir de légiférer sur le transport extra-provincial aux législatures provinciales. L'objection à laquelle peut se heurter une telle conclusion suivrait les mêmes sinuosités que celles qui tendent à nier la définition provinciale des normes d'émission de permis extra-provinciaux.

L'on pourrait en effet prétendre qu'il y a eu attribution du pouvoir de légiférer mais que la délimitation de ce pouvoir n'a pas été faite par le fédéral puisqu'on a référé purement et simplement aux "*terms and conditions*" que le parlement provincial pouvait imposer aux permis intraprovinciaux. Cet argument consiste à prétendre que le parlement fédéral n'a pas vraiment délégué au parlement provincial de pouvoir de légiférer sur le transport extra-provincial puisqu'on n'a pas défini le pouvoir qu'on déléguait. En réalité, il n'en est rien puisque le fédéral définit clairement quoique largement la compétence qu'il confère. Il connaît l'étendue des pouvoirs législatifs intraprovinciaux en matière de transport. Il choisit cette mesure pour établir les limites de la compétence qu'il octroie à la législature provinciale en transport extra-provincial. La coïncidence qui en résulte entre la délimitation de la matière des pouvoirs extra-provinciaux et intraprovinciaux ne doit pourtant pas cacher le fait que la limite, quant à l'extraprovincial, est bel et bien fixée par le Parlement central. On ne peut donc sérieusement affirmer que l'attribution et la définition sont l'oeuvre de parlements différents en ce qui a trait à la compétence d'établissement des normes d'émission de permis extra-provinciaux de transport routier.

116. (1954) A.C. 541.

Sous l'apparence d'une pure délégation oblique de pouvoirs extra-provinciaux se cachent donc d'une part une attribution oblique et une définition verticale des pouvoirs d'émission de permis extra-provinciaux, et, d'autre part, une délégation interparlementaire du pouvoir d'établir les normes d'émission des permis extra-provinciaux.

2) Le caractère non abdicatif de l'opération.

Après avoir cherché à nier toute délégation interparlementaire, le juge Cartwright est amené à rappeler le contrôle du parlement fédéral sur l'organisme provincial en ces termes:

"Parliament can at any time terminate the powers of the Board in regard to interprovincial carriage or alter the manner in which those powers are to be exercised"¹¹⁷.

Il veut confirmer par là que le parlement fédéral est l'unique délégant puisqu'il peut mettre un terme à ces pouvoirs ou les modifier. Le seul commentaire que mérite cette proposition c'est que la persistance d'un contrôle ultime du parlement central sur les pouvoirs de régie et d'émission de permis ne démontre en rien l'absence de la délégation interparlementaire. En effet, le juge souligne que les normes extra-provinciales régissant l'exercice du pouvoir de la régie pourront être modifiées en tout temps par le parlement central "*alter the manner in which these powers are to be exercised*". Nous venons de démontrer que ces normes sont en réalité établies par le parlement provincial et que leur application au domaine extra-provincial ne peut s'expliquer que par la délégation de cette compétence au parlement provincial par le parlement fédéral. Le fait que le parlement fédéral puisse évidemment mettre un terme à la portée extra-provinciale de ces normes ne démontre en rien que le pouvoir de les établir n'a pas été conféré subrepticement au parlement provincial. Bien au contraire.

3) Les autorités invoquées.

Enfin, dans un dernier temps, le juge invoque l'autorité de deux arrêts canadiens, dont l'un fut rendu par la Cour suprême¹¹⁸ et l'autre par la Cour d'appel de l'Ontario¹¹⁹. La

117. *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, (1968) R.C.S. 569, 575.

118. *Ontario v. Scott*, (1956) R.C.S. 137.

119. *Regina v. Glibbery*, (1963) 1 O.R. 232.

question se posait, dans le premier de ces arrêts, de décider si une législation par référence *ad futurum* constituait une délégation ou une abdication inconstitutionnelle de la législature ontarienne. La loi étrangère à laquelle référerait la loi ontarienne était une loi anglaise. Il me semble que cet arrêt ne constitue pas une autorité valable pour la décision d'une affaire relative à des relations fédérales-provinciales puisqu'il ne concernait pas ce problème¹²⁰.

Quant à l'affaire *Glibbery*, elle fut décidée par une Cour d'appel et ne s'impose donc pas à la Cour suprême du Canada. Il s'agissait de déterminer si le fait de référer dans un texte réglementaire fédéral, à la législation ontarienne relative à la conduite des véhicules automobiles, constituait une délégation inconstitutionnelle dans la mesure où le pouvoir visait la loi provinciale telle qu'elle pourrait être modifiée de temps à autre par le législateur provincial. Le pouvoir ne s'appliquait par ailleurs qu'à la conduite des véhicules automobiles sur le territoire d'un camp militaire, propriété de la Couronne fédérale. Une distinction cruciale entre ce litige et le problème soulevé dans l'affaire *Coughlin* concerne la compétence de la législature provinciale sur le domaine eu égard auquel il y a renvoi. Alors que dans l'affaire *Coughlin* le transport routier extra-provincial échappe aux compétences provinciales, la réglementation de la conduite automobile sur le territoire du camp Borden tombait dans un domaine commun et relevait de la compétence provinciale. Le parlement fédéral pouvait sans doute contredire les dispositions provinciales s'il le jugeait opportun, et alors ses normes auraient eu priorité sur celles de la province. Il n'en demeurerait pas moins que le domaine relevait des deux parlements.

Le juge McGillivray, exprimant l'opinion unanime de la Cour d'appel d'Ontario, dissipa tout malentendu sur ce point dans les termes suivants:

"There is not here any delegation by Parliament to a Province of legislative power vested in the Dominion alone by the *B.N.A. Act* and of a kind not vested by the *Act* in a Province. . .

120. Le juge Ritchie invoque cet argument quand il écrit: "No question of delegation between federal and provincial authorities of powers conferred by the British North America Act was at issue in this case . . ." (*Coughlin v. Ontario Transport Board*, (1968) R.C.S. 569, 584).

The power here sought to be delegated was not of such a type but was in relation to a matter in which the Province was independently competent"¹²¹.

Dans l'affaire *Coughlin*, le prétendu renvoi aux normes provinciales a un sens tout différent, puisque le domaine auquel on les applique n'est pas commun aux deux parlements mais exclusivement fédéral.

Quand le juge Cartwright conclut à l'inexistence d'une délégation interparlementaire puisqu'il s'agit de l'adoption

"... of the legislation of another body as it may from time to time exist, a course which has been held constitutionally valid by this Court in *Attorney-General for Ontario v. Scott* and by the Court of Appeal for Ontario in *Regina v. Glibbery*"¹²²,

il élargit donc considérablement la portée de ces arrêts. Le premier d'entre eux ne se prononçait pas sur l'adoption de la loi d' "another body" généralement mais sur celle d'une législature étrangère ce qui n'entraîne aucune modification aux rapports du parlement fédéral et d'une législature provinciale. Le second, s'il concernait des rapports fédéraux-provinciaux, touchait l'adoption d'une loi qui faisait déjà autorité dans le domaine où légiférait le parlement adoptant, ce qui confine à la non-adoption.

La conclusion s'impose donc. La Cour a manqué à procéder à une analyse sérieuse des implications de la délégation de pouvoir d'émission de permis extra-provinciaux. Elle s'est contredite en insistant pour voir une abdication dans un geste où elle ne consentait même pas à déceler une délégation. Elle a déformé le sens des décisions qu'elle invoquait au soutien de ses conclusions.

Tant de maladresse étonne et sans doute faut-il en trouver l'explication dans l'évocation des réalités de la politique et des consentements des états comme le laissent supposer ces quelques lignes du jugement:

"Before parting with the matter I wish to call attention to the fact that in each of the proclamations whereby the Motor Vehicle Transport Act was brought into force in the various provinces it is recited that this action had been requested by the government of the Provinces concerned. It seems plain that the Government of

121. *Regina v. Glibbery*, (1963) 1 O.R. 232, 236.

122. *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, (1968) R.C.S. 569, 575.

Canada in cooperation with the Governments of the Provinces concerned has sought to achieve a satisfactory manner of regulating the transport of goods by motor vehicle"¹²³.

Si tel est le cas, l'on doit cependant noter un abandon radical de la philosophie constitutionnelle selon laquelle

"The constitution of Canada does not belong either to Parliament or to Legislatures; it belongs to the country and it is there that the citizens of the country will find the protection of the rights to which they are entitled"¹²⁴.

L'appelant *Coughlin* a dû percevoir dans cette évocation discrète de l'entente fédérale-provinciale la ratification de l'inégalité si difficile à cacher entre l'État et le citoyen.

Au terme de cette évaluation des qualifications jurisprudentielles de la relation triangulaire caractéristique des délégations dites obliques, trois conclusions s'imposent donc à nous. La Cour suprême du Canada a négligé de vérifier s'il convenait ou non d'assimiler la régie provinciale à la législature provinciale et a pris la dualité d'identité pour acquise. La nature nettement législative des pouvoirs provinciaux exercés par la régie dans l'affaire *Willis*, de même que l'exclusivisme du contrôle provincial dans les deux affaires constituaient pourtant à mon avis des facteurs non négligeables favorisant une toute autre conclusion.

Cette même cour s'est contentée de l'existence d'un contrôle organique ultime et instantané du délégant sur l'organisme provincial pour exorciser les quelques scrupules que pourrait provoquer l'exercice de pouvoirs législatifs fédéraux fondamentaux par un organisme que la responsabilité continue ne rattachait qu'aux autorités provinciales. Elle a de plus manqué à sa tâche d'offrir des arguments qui convainquent du bien-fondé de la distinction pour fin de capacité entre une entité légale du type de la régie en cause dans l'affaire *Willis* et une corporation dont l'existence soit totalement tirée d'un statut. Ceux de ses membres qui évitèrent cette difficulté furent conduits à réduire la régie à un agrégat d'individus aux capacités illimitées. Malgré ces faiblesses, elle persista à déceler une délégation admissible entre le parlement fédéral et l'organisme provincial dans l'affaire *Willis*.

123. *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, (1968) R.C.S. 569, 575.

124. *A.-G. Nova Scotia v. A.-G. of Canada*, (1951) R.C.S. 31, 34.

Enfin elle poussa le simplisme jusqu'à assimiler la délégation au seul fait de conférer un pouvoir sans tenir compte du "*situs*" du pouvoir de définir les compétences ainsi conférées, à fonder la qualification des lois sur la seule matière des normes sans souci de leur domaine d'application, et à sous-estimer la distinction essentielle du pouvoir d'émission de permis et du pouvoir d'établir les normes le régissant, pour conclure à la pureté d'une délégation oblique d'émettre des permis. L'analyse de l'opération révèle pourtant que la délégation du pouvoir d'émettre les permis, dans l'affaire *Coughlin*, était mixte, et qu'elle camouflait une délégation interparlementaire du pouvoir d'établir les normes d'émission des permis extra-provinciaux.

On ne peut manquer de supposer qu'elle s'est vraisemblablement bornée à ratifier une entente prétendue ou réelle entre l'état fédéral et les états provinciaux, s'aventurant ainsi audacieusement dans la voie de l'amendement constitutionnel. Il est malheureux qu'elle ait dû s'abaisser à de si piètres justifications.

CONCLUSION

De ce qui précède le lecteur peut, à juste titre, conclure qu'une grande confusion a marqué l'oeuvre de la Cour suprême canadienne en ce qui concerne la délégation inter-étatique. L'édifice jurisprudentiel laisse perplexe et révèle certaines faiblesses dont nous espérons avoir manifesté la gravité. Nous nous sommes bornés ici à braquer nos lumières sur les imperfections des solutions en vigueur sans proposer de droit constitutionnel canadien idéal sur le sujet. Chacun aura compris toutefois notre sympathie pour une solution qui s'appuierait sur la reconnaissance d'un pouvoir de délégation horizontale limité à des pouvoirs législatifs encadrés. Cette vue nous semble d'ailleurs rejoindre celle qu'une analyse attentive de l'arrêt de 1951 attribue à la Cour suprême du Canada. Elle s'oppose cependant à l'acceptation d'une délégation horizontale de pouvoirs législatifs fondamentaux résultant de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Coughlin*, laquelle porte atteinte aux exigences essentielles du fédéralisme. Elle aurait l'avantage aussi de nous débarrasser d'un droit qui aboutit à justifier la délégation, à des organismes administratifs, de pouvoirs qu'on interdit de déléguer au parlement duquel ils dépendent, et ce, sans raison valable.

On peut même se demander si les excellentes raisons invoquées par les procureurs à l'encontre des délégations obliques ne doivent pas mener à n'accepter celles-ci qu'au cas où le délégué répond organiquement aux deux parlements. Certains s'opposent à une telle vue en rappelant que la délégation horizontale comporte elle aussi l'attribution de pouvoirs à un organisme dont le personnel échappe totalement au délégant et qu'il ne faut donc pas se scandaliser devant une délégation de pouvoirs fédéraux ou provinciaux à un organisme à personnel exclusivement provincial ou fédéral. Cette analogie nous semble boiteuse. Dans le cas du parlement les députés sont les élus de la population alors que le personnel de l'organisme délégué, au cas de délégation oblique, est nommé par le gouvernement. De toute manière il nous paraît plus illusoire d'espérer des correctifs jurisprudentiels sur ce point. La Cour suprême a en effet manifesté beaucoup plus de fermeté dans son acceptation de la délégation oblique que dans le traitement qu'elle a fait subir à la délégation horizontale. Seule une rupture nette avec ses décisions pourrait aboutir à l'exigence d'une dualité de contrôle organique. On peut douter qu'elle pousse l'audace à ce point.