

Aimer nos enfants : Trouver ce qui fonctionne pour les familles des Premières Nations

Chaire de recherche du Canada sur la mise en œuvre des services
à l'enfance et à la famille des Premières Nations 2023-2030



Fiche d'information n° 8

Législation, réglementation et législation non contraignante

Thomas Bissett

Cette fiche d'information présente brièvement les différents types de documents (ou *instruments*) que les Premières Nations peuvent utiliser pour créer, appliquer et administrer des lois sur les services à l'enfance et à la famille. Il existe trois types de documents : les lois, les règlements et les lois non contraignantes. Chacun d'entre eux a un objectif différent.

Qu'est-ce que la législation ?

La législation est une forme de droit écrit créée par divers fonctionnaires de l'État. Comme d'autres sources de droit, la législation crée des règles, des droits et des privilèges qui sont appliqués par les tribunaux de l'État.

Quelle est la relation entre la législation et les autres types de droit ?

La législation interagit avec d'autres sources de droit, notamment la common law, le droit civil (au Québec) et les traditions juridiques autochtones. Parfois, la législation fonctionne avec ces autres sources de droit. Par exemple, *le code pénal* est une loi qui s'appuie sur les définitions de la propriété et du droit de propriété de la common law pour sanctionner le vol.² Les tribunaux doivent donc se référer à la common law lorsqu'ils appliquent les lois sur le vol. Dans d'autres cas, la législation s'écarte d'autres sources de droit. Dans ce cas, la législation est considérée comme faisant davantage autorité.³

En 2016, le Tribunal canadien des droits de la personne a ordonné au Canada de mettre fin à ses pratiques discriminatoires et de réformer le programme des Services à l'enfance et à la famille des Premières Nations (SEFPN). Services aux Autochtones Canada financera les « mesures de prévention et les mesures les moins perturbatrices » à hauteur de 2 500 dollars (ajustés en fonction de l'inflation) par personne vivant dans une réserve et au Yukon jusqu'à ce que la réforme du programme des SEFPN soit achevée. Des inquiétudes ont été soulevées quant à la pertinence et à la mise en œuvre de cette approche de financement par habitant.

Cette fiche d'information fait **partie d'une série**¹ élaborée en collaboration avec la Faculté de droit de l'Université McGill afin de fournir des informations juridiques de base relatives à l'autonomie gouvernementale et à la prestation de services de protection de l'enfance. Il ne s'agit pas d'un avis juridique. Il convient de consulter un conseiller juridique pour obtenir des conseils sur votre situation.

La législation est toujours subordonnée à la Constitution du Canada, y compris la *loi constitutionnelle de 1867* et la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont une partie est la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cela signifie que la législation est invalide dans la mesure où elle est incompatible avec ces instruments.⁴

Qui peut légiférer ?

Pour élaborer des lois valables, reconnues et appliquées par les tribunaux de l'État, une personne ou un organisme doit avoir le pouvoir de légiférer.⁵ Il existe deux types principaux de pouvoirs législatifs.

Principaux organes législatifs

Le pouvoir législatif le plus important est conféré par la Constitution au Parlement du Canada et aux législatures provinciales. La *Loi constitutionnelle de 1867* (articles 91 à 95) autorise le Parlement du Canada et les législatures provinciales à adopter des lois sur divers sujets.⁶ Une loi adoptée par l'un de ces organes dont l'autorité pour légiférer ne peut être retracée dans la *Loi constitutionnelle de 1867* excédera l'autorité ou la compétence de cet organe et sera invalide.

Le Parlement et les assemblées législatives sont appelés *organes législatifs primaires* et la législation qu'ils élaborent est appelée *législation primaire*. La législation primaire est élaborée par le biais d'un processus en plusieurs étapes. Dans une assemblée législative provinciale, un projet de loi ne devient une loi qu'après avoir été « lu » et adopté trois fois par l'assemblée législative et signé par le lieutenant-gouverneur. Au Parlement du Canada, un projet de loi ne devient loi qu'après avoir été lu et adopté trois fois par la Chambre des communes et trois fois par le Sénat du Canada, puis promulgué par le gouverneur général. Bien que les législatures territoriales tirent leur autorité de la législation fédérale et non de la Constitution, leur pouvoir législatif est comparable à celui des législatures.⁷

Autorité déléguée

La législation primaire délègue parfois le pouvoir de légiférer. Diverses personnes ou organismes exercent des pouvoirs délégués, tels que les ministres, le gouverneur général ou les lieutenants-gouverneurs agissant *en conseil* (c'est-à-dire le cabinet fédéral ou provincial), les agences de régulation, les organismes professionnels, les autorités municipales et les conseils de bande.

Il existe des limites au pouvoir de déléguer et aux pouvoirs qui peuvent être délégués. En règle générale, les délégués ne sont autorisés qu'à adopter des lois spécifiques à des fins spécifiques. Un organe législatif principal ne peut déléguer que les pouvoirs qu'il est en mesure d'exercer.⁸

Subdélégation

L'organe législatif principal peut autoriser un délégué à subdéléguer ses pouvoirs à un autre subordonné. L'intention d'autoriser une telle subdélégation doit être clairement indiquée.⁹

Législation provinciale et fédérale

Il arrive qu'un droit fédéral valide et un droit provincial valide (primaire ou secondaire) soient en conflit. Dans ce cas, c'est la loi fédérale qui l'emporte. En raison de ce que l'on appelle la prépondérance fédérale, la loi provinciale devient inopérante dans la mesure du conflit ou de l'incohérence entre la loi fédérale et la loi provinciale. Si la loi fédérale est modifiée ou abrogée de manière à ce que le conflit disparaisse, la loi provinciale deviendra alors applicable et produira ses effets.

Législation dans le cadre du projet de loi C-92

Le projet de loi C-92 prévoit que les Premières Nations peuvent exercer leur pouvoir de légiférer en matière de services à l'enfance et à la famille. De manière cruciale, le projet de loi C-92 stipule que les lois autochtones adoptées sous son autorité auront le statut de lois fédérales. Cela vaut pour les lois et pour les lois déléguées, telles que les

règlements, dûment autorisées et adoptées par les organismes autochtones. Compte tenu de la primauté de la loi fédérale mentionnée plus haut, le projet de loi C-92 garantit que les lois autochtones prévaudront sur les lois provinciales incompatibles. Ce point est important car il est prévisible que les lois autochtones relatives aux services à l'enfance et à la famille soient incompatibles avec les lois provinciales sur la protection de l'enfance ou d'autres questions affectées par les opérations dans ce domaine, telles que la protection de la vie privée.

Le projet de loi C-92 précise également que les lois des Premières Nations prévaudront sur presque toutes les lois fédérales incompatibles.¹⁰

Qu'est-ce qu'un règlement ?

Les règlements sont un type de législation déléguée.¹¹ Ils permettent d'étoffer les règles générales et de mettre en œuvre les régimes réglementaires définis dans la législation primaire.¹² Les règlements peuvent être élaborés ou modifiés plus facilement que la législation primaire, et sont donc souvent utilisés pour des éléments susceptibles d'être modifiés plus souvent que le régime général. Tous les règlements doivent être pris en vertu d'un texte législatif primaire.¹³ Les règlements sont normalement élaborés et adoptés par des autorités déléguées agissant en vertu d'une loi d'habilitation (¾) qui précise l'étendue de leurs pouvoirs.¹⁴ Tout règlement pris en vertu d'une délégation de pouvoir doit respecter l'objectif précis de la délégation énoncé dans la loi d'habilitation.¹⁵ Elle doit également être cohérente avec l'objectif général de la loi d'habilitation.

Qu'est-ce que la législation non contraignante ?

Outre la législation, les autorités déléguées produisent un large éventail de documents établissant des procédures, des directives, des explications, des interprétations et autres, souvent appelés « *droit souple (soft law)* ». Ces documents sont conçus pour faciliter l'administration et l'application de la législation par l'autorité déléguée, ainsi que

pour aider le public à comprendre ses droits et obligations juridiques.¹⁶ Bien que ces documents puissent servir à l'interprétation des lois ou à l'évaluation du caractère raisonnable d'une action ou d'une décision entreprise par un délégué, ils ne déclarent pas la loi et ne sont pas contraignants.¹⁷

Quand utiliser chaque instrument

Chacun des instruments décrits ci-dessus a un objectif différent. Voici un résumé de haut niveau des cas où il convient d'utiliser chacun d'entre eux :

- **La législation** doit être utilisée lorsqu'il est nécessaire de créer, de modifier ou d'abroger une loi. Elle définit le cadre juridique général et les principaux principes et politiques qui régiront un domaine.
- **Les règlements** doivent être utilisés pour préciser les modalités d'application de la loi dans la pratique. Ils sont souvent plus techniques et peuvent être plus facilement mis à jour ou modifiés que la législation, ce qui leur permet d'être plus souples et de s'adapter à l'évolution des circonstances.
- **Les documents non contraignants** doivent être considérés comme des lignes directrices aidant les organes administratifs et d'exécution à accomplir leur travail. Ces documents complètent la législation et la réglementation et ne doivent pas être utilisés à leur place, car ils ne sont pas contraignants.

Qu'est-ce que l'incorporation par référence ?

L'incorporation par référence est une technique de rédaction législative. Elle permet au législateur d'intégrer le contenu d'un document externe dans la législation en cours d'adoption sans avoir à reproduire le texte de ce document.¹⁸ Pour ce faire, le législateur (i) fait référence au document ou à la section d'un document qu'il souhaite incorporer et (ii) exprime l'intention de rendre son contenu contraignant comme s'il avait été effectivement reproduit dans le texte législatif.¹⁹

Les principales raisons d'utiliser cette technique sont de profiter de l'expertise et des initiatives des autres et d'améliorer l'harmonisation au sein des juridictions et entre elles.²⁰ L'incorporation par référence permet également aux législateurs de raccourcir les textes et d'en améliorer la lisibilité. Cependant, l'incorporation par référence rend la législation moins accessible, en particulier lorsque le lecteur n'est pas familier avec le matériel référencé. Cela peut aller à l'encontre du principe de l'État de droit, selon lequel les lois doivent être connues des citoyens.

Les documents incorporés peuvent être législatifs, qu'ils soient adoptés par la même juridiction, une autre juridiction canadienne ou une juridiction étrangère. Le législateur, en particulier le législateur délégué, incorpore souvent des normes réglementaires élaborées par des organisations plus ou moins indépendantes du gouvernement, y compris des organisations étrangères ou internationales. Il est également fréquent que des accords – y compris des conventions internationales,

des accords fédéraux-provinciaux et des traités modernes avec les peuples autochtones – soient mis en œuvre en les incorporant dans la législation. Enfin, il arrive que les législateurs incorporent des documents produits par leur propre pouvoir exécutif.

Les références peuvent également être *statiques* ou *ambulatoires*. Une référence est statique si elle incorpore le contenu tel qu'il est au moment de l'incorporation. Les incorporations statiques ne sont pas controversées. Une référence est ambulatoire si elle incorpore le contenu non seulement tel qu'il existe au moment de l'incorporation, mais aussi tel qu'il est modifié de temps à autre.²¹ L'incorporation ambulatoire de textes législatifs adoptés par d'autres juridictions et l'incorporation ambulatoire de documents non législatifs sont toutes deux controversées, car elles permettent à une entité autre que le législateur de modifier le contenu de la législation sans passer par le processus normal d'amendement.²²

Si vous souhaitez partager des informations sur une initiative de soutien aux enfants et aux familles des Premières Nations dans votre communauté, les chercheurs du projet Aimer nos enfants aimeraient vous entendre. LOCwhatworks@gmail.com

Notes de fin

- 1 <https://cwrp.ca/fr/protection-de-lenfance-autochtone>
- 2 *Code pénal*, RSC 1985, c C-46, s 322(1)(a).
- 3 *Wilson c. Énergie atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 RCS 770 au paragraphe 67.
- 4 *La loi constitutionnelle de 1982*, qui est l'annexe B de la *loi canadienne de 1982* (R.-U.), 1982, c 11, article 52(1), stipule que « la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada et toute loi incompatible avec les dispositions de la Constitution est, dans la mesure de l'incompatibilité, inopérante ».
- 5 John Mark Keyes, *Executive Legislation*, 2^e éd. (LexisNexis Canada, 2010) [“Keyes”], p. 21.
- 6 *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict, c 3.
- 7 Au sens strict, les gouvernements territoriaux exercent leur pouvoir législatif en tant que délégués du Parlement fédéral. Voir Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. (Toronto : Carswell, 2007), p. 14-3, 14-4.
- 8 Keyes, *Executive Legislation*, 2^e éd. (LexisNexis Canada, 2010) [“Keyes”], p. 90-91.
- 9 Ibid. 422-26, 430-34.
- 10 L'article 22(1) du C-92 stipule clairement que les lois autochtones sur les services à l'enfance et à la famille prévalent sur toutes les lois fédérales, à l'exception de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et du C-92 lui-même. Cela signifie que la loi autochtone prévaudra en cas de conflit ou d'incompatibilité avec toute loi fédérale autre que le C-92 ou la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.
- 11 *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct Inc*, 2008 CSC, [2008] 2 RCS 195, paragraphe 62.
- 12 Keyes, supra note 5 au chapitre 1; voir aussi *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 RCS 189 au paragraphe 73.
- 13 Sara Blake, *Administrative Law in Canada*, 6^e éd. (Toronto : LexisNexis Canada, 2017) au paragraphe 5.9 : Le pouvoir d'adopter une législation subordonnée juridiquement contraignante découle uniquement de la loi. Il doit être autorisé par la loi, mais il n'est pas nécessaire de préciser l'autorité statutaire de son adoption.

- 14 René Dussault et Louis Borgeat, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., vol. 1 (Québec : Les Presses de l'Université Laval, 1987), p. 429–31.
- 15 *Shell Canada Products Ltd c. Vancouver (City)*, 1994 CanLII 115 (SCC), [1994] 1 SCR 231.
- 16 Keyes, *Executive Legislation*, 2^e éd. (LexisNexis Canada, 2010), p. 50–56.
- 17 *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2015] SCJ n° 61 au paragraphe 32, 2015 SCC 61. (Les lignes directrices sont utiles pour indiquer ce qui constitue une interprétation raisonnable de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (CAN), SC 2001, c 27, mais elles ne sont pas juridiquement contraignantes et ne se veulent pas exhaustives ou restrictives).
- 18 Keyes, "Incorporation by Reference in Legislation" (2004) 25:3 Stat L Rev 180 à 181.
- 19 Renvoi relatif aux *droits linguistiques au Manitoba*, [1992] SCJ n° 2 au paragraphe 33, [1992] 1 RCS 212 (CSC). Pour un examen des termes utilisés pour exprimer l'intention d'incorporer un contenu externe dans la législation, voir Keyes, *Executive Legislation*, 2^e éd. (LexisNexis Canada, 2010), p. 450–53.
- 20 Keyes, *Executive Legislation*, 2^e éd. (LexisNexis Canada, 2010), p. 448.
- 21 *Ibid.*, p. 455–57.
- 22 *Ibid.*, 476–81; Paul Salembier, *Regulatory Law and Practice*, 2^e éd. (LexisNexis Canada, 2015), 219ff.

