

Mémoire de recherche
DCL 7066

Travail présenté à
Alain-François Bisson

L'incorporation par renvoi de directives au *Code de discipline militaire* en application de
l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale*

par

Nathalie Caron
795802

Université d'Ottawa
Faculté de droit
Études supérieures en droit

Le 1^{er} août 2001

Table des matières

Mise en garde au lecteur	1
Introduction	2
A. Le régime disciplinaire en deux volets	6
B. L'article 129 de la <i>Loi sur la défense nationale</i>	8
C. La technique de l'incorporation par renvoi	12
D. Notre sujet	14
Partie I – Le cadre théorique et les exigences de validité de l'incorporation par renvoi	17
A. La validité de la technique de l'incorporation par renvoi	17
B. Les exigences de validité de l'incorporation par renvoi	20
1. La subdélégation de pouvoir législatif	21
2. La langue	29
3. L'accessibilité et l'intelligibilité	31
a. <i>Accessibilité</i>	32
b. <i>Intelligibilité</i>	33
4. Les formalités prévues à la <i>Loi sur les textes réglementaires</i>	34
Partie II – Application de la théorie à l'incorporation par renvoi des directives du chef d'état-major de la défense au Code de discipline militaire	35
A. La subdélégation de pouvoir législatif	35
1. Pouvoir législatif	37
2. Pouvoir administratif	41
B. Langue	47
C. Accessibilité et intelligibilité	48
Conclusion	52
Bibliographie	54

MISE EN GARDE AU LECTEUR

Ce mémoire de recherche ne reflète pas les opinions officielles et ne lie d'aucune manière le Cabinet du Conseiller juridique auprès du Ministère de la Défense nationale et des Forces canadiennes, le Cabinet du juge-avocat général, les Forces canadiennes, le Ministère de la défense nationale ou le Gouvernement du Canada sur les sujets ou les questions juridiques qui y sont traités. L'auteure est la seule responsable des opinions qu'elle exprime.

Introduction

L'article 91 de la *Loi Constitutionnelle de 1867*¹ est la source de l'existence des forces armées au Canada. Ainsi, « [l]a milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays » relèvent de l'autorité législative exclusive du parlement du Canada. C'est en application de cette compétence constitutionnelle que le Parlement du Canada a adopté la *Loi sur la défense nationale*².

Le *Code de discipline militaire*, prévu à la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, en est l'élément central. Il se veut l'outil permettant d'assurer la discipline dans les Forces canadiennes. Ce *Code de discipline militaire* comporte plusieurs sections relatives à la compétence en matière disciplinaire, les infractions d'ordre militaire, les peines, les pouvoirs d'arrestation, l'organisation et les procédures des tribunaux militaires, les appels et les révisions faisant suite à des procès³.

Le but ultime du système de justice militaire est de maintenir et d'encourager la discipline car la capacité d'assurer la discipline est essentielle à toutes forces armées. Ce

¹ 30 & 31 Vict, R.-U., c. 31.

² *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5 [ci-après LDN].

³ PARTIE III – CODE DE DISCIPLINE MILITAIRE

Section 1 – Compétence des Forces canadiennes en matière disciplinaire

Section 2 – Infraction d'ordre militaire et peines

Section 3 – Arrestation et détention avant procès

Section 4 – Début des poursuites

Section 5 – Procès sommaires

Section 6 – Procès devant une cour martiale

Section 7 – Troubles mentaux

Section 8 – Dispositions applicables à l'emprisonnement et à la détention

Section 9 – Appels

Section 10 – Mise en liberté pendant l'appel

Section 11 – Révision du verdict et de la peine

Section 12 – Dispositions diverses

besoin de discipline a été exprimé comme suit devant le *Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquête de la police militaire* :

« Lorsqu'un particulier s'engage à servir au sein des Forces canadiennes, il risque à n'importe quel moment de se blesser ou de mourir en servant son pays. Comme les Forces canadiennes doivent toujours être prêtes à remplir leur mission dans de très brefs délais, la formation doit être la plus réaliste possible...

Un militaire peut être appelé à exécuter des tâches exigeantes sur le plan physique pendant de longues périodes et dans des conditions atmosphériques extrêmement difficiles, ou encore à servir, loin de son foyer et de sa famille, dans un lieu isolé et dans des conditions stressantes, durant des périodes prolongées. Toutes ces exigences existent même en temps de paix, mais elles sont accentuées lors des périodes de grande tension...

En temps de paix, les militaires doivent continuellement s'exercer dans des conditions réalistes; c'est donc dire qu'ils sont exposés aux conditions rigoureuses du milieu opérationnel, ainsi qu'aux machines et à l'équipement de guerre.

Durant les périodes de conflits armés et de tension internationale, et lors des opérations de maintien de la paix, le milieu opérationnel est une réalité bien concrète, et les interventions exigées impliquent trop souvent une responsabilité illimitée.

En dernière analyse, les décisions et les actions des militaires supposent l'acceptation d'un vaste éventail de conséquences possibles, y compris leur propre mort ou celle des autres.

L'une des qualités essentielles qui permettent aux membres des Forces canadiennes de remplir leurs tâches dans le cadre des missions difficiles est la discipline. Sans celle-ci, les Forces canadiennes ou n'importe quelle autre force militaire ne pourraient fonctionner efficacement; elles risqueraient par ailleurs de mettre en danger non seulement leurs propres membres, mais également d'autres personnes. (Traduction libre). »⁴

En raison de cette exigence unique d'assurer la discipline, « les membres des Forces canadiennes [sont] assujettis non seulement aux lois du pays comme tout autre citoyen

⁴ Canada, *Rapport du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquêtes de la police militaire*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 25 mars 1997 (Président : B. Dickson), aux p. 6-7 [ci-après *Rapport JM&SEPM*] qui cite le Capitaine (M) Reed, témoignage devant la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie, 20 juin 1995. Transcription : p. 441-443.

mais aussi à un code de discipline militaire stipulant de nombreuses « infractions d'ordre militaire » qui témoignent des besoins uniques des forces armées, par exemple, l'absence sans permission et l'insubordination. »⁵ Ce besoin unique des Forces canadiennes de maintenir la discipline a été reconnu par la Cour suprême du Canada en 1980 dans l'arrêt *MacKay*⁶, qui a également reconnu, dans l'affaire *Généreux*, la nécessité de disposer d'un système de justice militaire distinct⁷ :

« Le but d'un système de tribunaux militaires distinct est de permettre aux Forces armées de s'occuper des questions qui touchent directement à la discipline, à l'efficacité et au moral des troupes. La sécurité et le bien-être des Canadiens dépendent dans une large mesure de la volonté d'une armée, composée de femmes et d'hommes, de défendre le pays contre toute attaque et de leur empressement à le faire. Pour que les Forces armées soient prêtes à intervenir, les autorités militaires doivent être en mesure de faire respecter la discipline interne de manière efficace. Les manquements à la discipline militaire doivent être réprimés promptement et, dans bien des cas, punis plus durement que si les mêmes actes avaient été accomplis par un civil. Il s'ensuit que les Forces armées ont leur propre code de discipline militaire qui leur permet de répondre à leurs besoins particuliers en matière disciplinaire. En outre, des tribunaux militaires spéciaux, plutôt que les tribunaux ordinaires, se sont vu conférer le pouvoir de sanctionner les manquements au Code de discipline militaire. Le recours aux tribunaux criminels ordinaires, en règle générale, serait insuffisant pour satisfaire aux besoins particuliers des Forces armées sur le plan de la discipline. Il est donc nécessaire d'établir des tribunaux distincts chargés de faire respecter la discipline militaire. Je souscris, à cet égard, aux observations du juge Cattanach dans l'affaire *MacKay c. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233 (1^{re} inst.), aux pp. 235 et 236 :

Sans code de discipline militaire, les Forces armées ne pourraient accomplir la fonction pour laquelle elles ont été créées. Vraisemblablement ceux qui s'enrôlent dans les Forces armées le font, en temps de guerre, par patriotisme et, en temps de paix, pour prévenir la guerre. Pour qu'une force armée soit efficace, il faut qu'il y ait prompt obéissance à tous les ordres licites des supérieurs, respect des camarades, encouragement mutuel et action concertée; il faut aussi respecter les traditions du service et en être fier. Tous les membres des Forces armées se soumettent à un entraînement rigoureux pour

⁵ *Rapport JM&SEPM, ibid.* à la p. 7.

⁶ *MacKay c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 379.

⁷ Pour un historique de l'origine de la nécessité d'une justice distincte pour les militaires dans le droit anglais au 17^e siècle, voir M. Léveillé, *L'évolution de la justice pénale militaire et de l'office du Juge-avocat général*, thèse de maîtrise en droit, 1997 [non publiée], p. 25 et ss.

être à même, physiquement et moralement, de remplir le rôle qu'ils ont choisi et, en cela, le respect de la discipline est d'une importance capitale.

Plusieurs infractions de droit commun sont considérées comme beaucoup plus graves lorsqu'elles deviennent des infractions militaires, ce qui autorise l'imposition de sanctions plus sévères. Les exemples en ce domaine sont légion, ainsi le vol au détriment d'un camarade. Dans l'armée la chose est plus répréhensible puisqu'elle porte atteinte à cet « esprit de corps » si essentiel, au respect mutuel et à la confiance que doivent avoir entre eux des camarades, ainsi qu'au moral de la vie de caserne. Pour un citoyen, en frapper un autre, c'est se livrer à des voies de faits punissables en tant que telles, mais pour un soldat, frapper un officier supérieur, c'est beaucoup plus grave; c'est porter atteinte à la discipline et, en certains cas, cela peut équivaloir à une mutinerie. À l'inverse, l'officier qui frappe un soldat commet aussi une infraction militaire sérieuse. Dans la vie civile, un citoyen peut à bon droit refuser de travailler, mais le soldat qui agit ainsi commet une mutinerie, ce qui est une infraction des plus graves, passible de mort en certains cas. De même, un citoyen peut quitter son emploi en tout temps, sa conduite ne sera entachée que d'inexécution d'obligations contractuelles mais, pour un soldat, agir ainsi constitue une infraction sérieuse, qualifiée d'absence sans permission et, s'il n'a pas l'intention de revenir, de désertion.

Un tel code de discipline serait moins efficace si les Forces armées n'avaient pas leurs propres tribunaux pour le faire respecter. »⁸

On peut résumer ainsi les thèmes communs justifiant la nécessité pour les Forces canadiennes de disposer d'un système de justice militaire distinct :

- « - sans le *Code de discipline militaire*, les Forces canadiennes (FC) ne pourraient accomplir les fonctions pour lesquelles elles ont été créées;
- la nécessité de favoriser une discipline rigoureuse, l'efficacité et le bon moral dans les FC afin de permettre la réalisation de la mission militaire;
- les objectifs de la justice militaire vont considérablement au-delà de ceux du régime pénal civil;
- le caractère spécifiquement militaire de certaines infractions au *Code de discipline militaire*, comme la désertion ou l'insubordination, qui n'existent pas dans le régime civil;

⁸ R. c. *Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, 293-294. Le passage de cette citation traitant du degré de gravité des voies de faits qui varie selon que l'acte est commis par un citoyen envers un autre citoyen ou par un soldat envers un officier supérieur, n'est pas sans rappeler Aristote dans l'Éthique de Nicomaque qui nous enseigne cette même distinction. Selon Aristote, celui qui frappe un magistrat mérite une punition supplémentaire car il porte atteinte à l'ordre de la cité, Aristote, *Éthique de Nicomaque*, trad. par J. Voilquin, Paris, G.F. Flammarion, 1965, p. 133.

- pour des raisons de discipline et de moral, les manquements au *Code de discipline militaire* peuvent exiger qu'il soit tenu compte de considérations différentes en matière de détermination de la peine de celles utilisées par un tribunal civil;
- le recours aux tribunaux criminels ordinaires est insuffisant pour satisfaire aux besoins particuliers des FC sur le plan de la discipline. »⁹

Le besoin de maintenir un système de justice militaire distinct est, selon la Cour suprême du Canada, compatible avec la primauté du droit¹⁰. Il est de plus reconnu que « [m]ême s'il faut disposer d'un code de discipline militaire distinct et d'un système de tribunaux particulier pour traiter des infractions à ce code, le système de justice militaire ne peut être séparé complètement des règles qui gouvernent la société dans son ensemble. En outre, ce système doit être conforme à notre constitution, y compris la *Charte canadienne des droits et libertés*. »¹¹

A. Le régime disciplinaire en deux volets

Comme nous avons vu, la nécessité pour les Forces canadiennes de maintenir la discipline est bien établie en droit canadien¹². Nous avons de plus établi que c'est en application de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* que le Parlement a adopté la *Loi sur la défense nationale*. Afin de mieux comprendre l'intérêt du sujet, une brève présentation du régime disciplinaire est de mise.

⁹ http://www.dnd.ca/jag/hl_ip_rationale_f.html

¹⁰ *Rapport JM&SEPM*, supra note 4, à la p. 9.

¹¹ *Ibid.*

¹² Ce besoin de discipline est une notion universelle pour les armées : « La discipline faisant la force principale des armées, il importe que tout supérieur obtienne de ses subordonnés une obéissance entière et une soumission de tous les instants (Préambule au Service intérieur des Armées) », *Le nouveau petit Robert*, 1993, s.v. « discipline ».

Le système de justice militaire établi par la *Loi sur la défense nationale* prévoit un système de justice à deux volets : le système de procès sommaires et le système des cours martiales. Les procès sommaires servent à régler la plupart des questions liées à la discipline et sont moins formels que les procès devant les cours martiales. Une cour martiale est une cour militaire formelle présidée par un juge militaire ayant une formation juridique¹³ alors que le procès sommaire est présidé par des commandants¹⁴ qui n'ont pas nécessairement de formation juridique¹⁵. Il existe plusieurs différences au niveau de la procédure applicable à ces deux types de tribunaux militaires¹⁶, en ce que le procès sommaire se déroule selon une procédure qualifiable de « quasi-judiciaire », alors que la cour martiale suit une procédure dite « judiciaire ».

Il existe également une différence importante quant aux peines qui peuvent être prononcées par un tribunal militaire. En effet, la *Loi sur la défense nationale* limite les peines qui peuvent être prononcées au terme d'un procès sommaire. Ainsi, le président d'un procès sommaire ne peut pas toujours infliger la peine maximale prévue pour une infraction. Par exemple, l'article 83 de la LDN prévoit une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité pour désobéissance à un ordre légitime toutefois, les

¹³ *Loi sur la défense nationale*, supra note 2, para. 165.21(1) « le gouverneur en conseil peut nommer juge militaire tout officier qui est avocat inscrit au barreau d'une province depuis au moins dix ans. ».

¹⁴ Un procès sommaire peut être présidé par un commandant, un officier délégué ou un commandant supérieur, *Loi sur la défense nationale*, supra note 2, para. 163(1) et (4) et art 164.

¹⁵ La *Loi sur la défense nationale* n'exige pas que l'officier présidant un procès sommaire ait une formation juridique. Toutefois, l'article 101.09 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* [ci-après ORFC] exige de ces officiers une formation sur les procès sommaires offerte par le Juge avocat général.

¹⁶ L'expression « tribunal militaire » est définie comme étant aussi bien une cour martiale qu'une personne présidant un procès sommaire, *Loi sur la défense nationale*, supra note 2, art. 2, définition de « tribunal militaire ». L'assimilation d'un procès sommaire à un tribunal embrouille les notions puisqu'il ne semble pas naturel de considérer la personne présidant un procès sommaire comme un tribunal dans le sens courant de ce terme.

paragraphe 163(3) et (4) et 164(4) de la LDN limitent les peines qui peuvent être prononcées à une peine maximale d'une période de détention de 30 jours.

B. L'article 129 de la Loi sur la défense nationale

Les infractions passibles de la discipline militaire sont prévues à la section 2 du *Code de discipline militaire*. Parmi ces infractions, on retrouve des infractions à la *Loi sur la défense nationale*, au *Code criminel*¹⁷ et à toute autre loi fédérale¹⁸. L'infraction disciplinaire qui nous intéresse plus particulièrement est celle énoncée à l'article 129 de la LDN, cette infraction étant considérée comme une infraction de nature strictement militaire¹⁹.

Les paragraphes 129(1) et (2) de la LDN sont ainsi rédigés :

Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline

« 129. (1) Tout acte, comportement ou négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline constitue une infraction passible au maximum, sur déclaration de culpabilité, de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté.

(2) Est préjudiciable au bon ordre et à la discipline tout acte ou omission constituant une des infractions prévues à l'article 72, ou le fait de contrevenir à :

- a) une disposition de la présente loi;
- b) des règlements, ordres ou directives publiés pour la gouverne générale de tout ou partie des Forces canadiennes;
- c) des ordres généraux, de garnison, d'unité, de station, permanents, locaux ou autres. »²⁰

¹⁷ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

¹⁸ *Loi sur la défense nationale*, *supra* note 2, article 2 « infraction d'ordre militaire ».

¹⁹ Canada, *Rapport annuel du Juge-avocat général au ministre de la Défense nationale sur l'administration de la justice militaire dans les Forces canadiennes : une revue du 1er septembre 1999 au 31 mars 2000*, Ottawa, Cabinet du Juge-avocat général, 30 mai 2000, à la p. 20.

²⁰ L'article 72 de la *Loi sur la défense nationale* prévoit la participation aux infractions et les tentatives.

Le paragraphe 129(1) de la LDN crée une infraction selon laquelle un militaire ne doit pas se conduire de façon préjudiciable au bon ordre et à la discipline, alors que le paragraphe 129(2) de la LDN crée une présomption de ce qui est préjudiciable au bon ordre et à la discipline. Ainsi, le fait de contrevenir à un règlement, ordre ou directive est présumé être préjudiciable au bon ordre et à la discipline. L'incorporation par renvoi des ordres et directives publiés pour la gouverne générale de tout ou partie des Forces canadiennes et des ordres généraux, de garnison, d'unité, de station, permanents, locaux ou autres, au *Code de discipline militaire* par le biais du paragraphe 129(2) de la LDN, a pour effet de donner force de loi à ces ordres et directives.

Les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* et les règlements pris en application de cette Loi ont déjà force de loi en raison de leur nature puisqu'il s'agit de texte de nature législative. Il en est autrement pour les autres textes puisque ceux-ci ne sont pas édictés dans l'exercice d'un pouvoir législatif. Ce qui est donc particulier à cette disposition législative, c'est que par l'effet de l'incorporation par renvoi au *Code de discipline militaire*, elle donne force de loi à des textes qui ne sont pas de nature législative.

L'article 129 de la LDN permet de porter des accusations contre un militaire qui contrevient à un ordre ou une directive publié pour la gouverne générale de tout ou partie des Forces canadiennes. La peine maximale, prévue à l'article 129 de la LDN, est la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté. Le paragraphe 139(2) de la LDN prévoit que lorsque « l'auteur d'une infraction, sur déclaration de culpabilité, encourt

comme peine maximale une peine donnée, l'autorité compétente peut lui imposer, au lieu de celle-ci, toute autre peine qui la suit dans l'échelle des peines. »

L'échelle des peines est prévue au paragraphe 139(1) de la LDN.

Peines

« 139. (1) Les infractions d'ordre militaire sont passibles des peines suivantes, énumérées dans l'ordre décroissant de gravité :

- a) emprisonnement à perpétuité;
- b) emprisonnement de deux ans ou plus;
- c) destitution ignominieuse du service de Sa Majesté²¹;
- d) emprisonnement de moins de deux ans;
- e) destitution du service de Sa Majesté;
- f) détention;
- g) rétrogradation;
- h) perte de l'ancienneté;
- i) blâme;
- j) réprimande;
- k) amende;
- l) peines mineures. »

²¹ La conséquence de la peine de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté, qui est une forme de stigmatisation, est que le militaire n'est plus admis à servir de nouveau Sa Majesté tant comme civil que comme militaire. Cette peine peut être concomitante à une peine d'emprisonnement. En effet, les paragraphes 140.1(1) et 141(2) de *Loi sur la défense nationale*, supra note 2, prévoient : « 140.1(1) Lorsqu'elle condamne un officier ou un militaire du rang à l'emprisonnement à perpétuité ou à un emprisonnement de deux ans ou plus, la cour martiale peut en outre, malgré toute autre disposition de la présente section, prononcer sa destitution, ignominieuse ou non, du service de Sa Majesté. »; « 141(1) La peine de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté infligée à tout officier ou militaire du rang peut, malgré toute autre disposition de la présente section, être accompagnée d'une peine d'emprisonnement de moins de deux ans. »

C'est donc dire que les peines possibles pour un manquement à une directive peuvent aller d'une peine mineure²² à la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté en passant par l'emprisonnement de moins de deux ans.

Les Forces canadiennes et le ministère de la Défense nationale utilisent un large éventail de documents pour transmettre les politiques et les instructions aux militaires. Certains sont éphémères alors que d'autres sont d'un caractère plus permanent. Dans cette deuxième catégorie nous retrouvons un très grand nombre de documents comme les *Ordonnances administratives des Forces canadiennes* qui sont remplacées progressivement par des *Directives et ordonnances administratives de la Défense* (DOAD). La collection des DOAD est maintenant « le moyen utilisé au sein du MDN et des FC pour publier les lignes directrices administratives de la Défense qui ont une application générale »²³.

Ces DOAD ne sont pas des textes réglementaires²⁴, mais elles font toutefois l'objet d'un examen avant leur approbation quant à la forme et à la légalité par les Services législatifs et réglementaires du Cabinet du Conseiller juridique auprès du Ministère de la Défense nationale et des Forces canadiennes²⁵. Afin de s'assurer de la légalité d'une DOAD, l'avocat responsable de cet examen ne peut ignorer les questions fondamentales que

²² L'alinéa 104.13 des ORFC prévoit : « Les peines mineures suivantes peuvent être imposées à l'égard d'infraction d'ordre militaire :

- a) consigne au navire ou au quartier;
- b) travaux et exercices supplémentaires;
- c) suppression de congé;
- d) avertissement. »

²³ DOAD 1000-2 « Communication de politiques au sein du MDN et des FC ».

²⁴ *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. 1985, c. S-22, a. 2, « texte réglementaire ».

²⁵ « Guide d'élaboration des Directives et ordonnances administratives de la Défense (DOAD) ».

soulève leur incorporation par renvoi au *Code de discipline militaire* ainsi que le fait qu'un militaire risque une peine d'emprisonnement s'il contrevient à une DOAD.

C. La technique de l'incorporation par renvoi

L'incorporation par renvoi se veut une technique de rédaction législative permettant à une autorité législative d'incorporer, à un texte qu'elle adopte ou édicte (le texte primaire), les dispositions d'un autre texte qui s'avèrent de son ressort ou du ressort d'une autre autorité, sans avoir à les reproduire. Cette incorporation donne force de loi au texte ainsi incorporé bien qu'il ne soit pas reproduit dans le texte primaire. Ainsi, le texte primaire oblige le lecteur à se reporter à d'autres textes²⁶, les règles incorporées font alors partie de ce texte comme si elles y étaient reproduites²⁷. « Il ne s'agit pas d'une simple *référence* à ce document, mais bien de son *incorporation* »²⁸ dans le texte primaire.

L'objectif de cette technique, outre l'allègement du texte, est d'attribuer un caractère obligatoire au texte incorporé, évitant de cette manière la répétition de celui-ci²⁹. Un autre objectif de cette technique peut être le parallélisme des normes³⁰ tel qu'illustré par l'affaire *Glibbery*³¹ dans laquelle la loi fédérale prévoyait l'application du droit provincial régissant la circulation routière sur des propriétés de la Défense nationale. Cette forme d'incorporation par renvoi peut également permettre la suppression du fardeau de

²⁶ P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^eéd., Montréal (Qc.), Thémis, 1999, à la p. 94.

²⁷ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212, 228 [ci-après *Re Manitoba*] et J. Desjardins et J. Legault, « L'incorporation par renvoi dans l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon fédéral », (1991) 70 R. du B. can. 244 à la p. 247 [ci-après *Incorporation par renvoi*].

²⁸ Ministère de la Justice Canada, *L'incorporation par renvoi dans les règlements*, Formation juridique permanente, 6 juin 2000, p. 1.

²⁹ J.M. Keyes, *Executive Legislation – Delegated Law Making by the Executive Branch*, Toronto (On.), Butterworths, 1993 à la p. 269 [ci-après *Executive Legislation*].

³⁰ *Incorporation par renvoi*, *supra* note 27, à la p. 246.

publication de normes techniques très volumineuse dont la mise à jour par l'État, ne relevant pas de ses domaines d'expertise, serait trop exigeante³².

L'incorporation par renvoi est une technique qui comporte plusieurs caractéristiques. En effet, l'incorporation par renvoi peut être globale ou spécifique³³ : elle est globale lorsqu'elle incorpore le droit d'une autre juridiction applicable dans un domaine du droit semblable³⁴, et spécifique lorsqu'elle identifie un texte en particulier contenant précisément la norme voulue³⁵.

Une seconde caractéristique propre à cette technique est que le texte incorporé par renvoi peut être un document interne ou externe. Un document externe est un document établi par une entité indépendante ou un organisme non gouvernemental, tel une autre province, un autre pays ou une association de normalisation, en vertu d'un pouvoir qui lui est propre et pour la poursuite de ses propres objets³⁶. La validité de l'incorporation par renvoi de documents internes, quant à elle, fait l'objet de plusieurs limites qui seront étudiées plus en détail à la section traitant de la subdélégation.³⁷

³¹ *R. c. Glibbery* (1963), 1 O.R. 232 (C.A.).

³² *Re Manitoba*, *supra*, note 27, à la p. 230.

³³ *Executive Legislation*, *supra* note 29, à la p. 269.

³⁴ Exemple : *R. c. Glibbery*, *supra*, note 31.

³⁵ *Executive Legislation*, *supra* note 29, à la p. 269.

³⁶ Ministère de la Justice Canada, *supra* note 28, à la p. 8.

³⁷ Voir la partie II A, ci-dessous. Il est à noter que le terme « subdélégation » a été choisi plutôt que le terme « sous-délégation » qui, bien qu'il soit plus connu, ne correspond pas à la terminologie utilisée par le ministère de la Justice dans Ministère de la Justice Canada, *supra* note 28. Ce terme semble être un anglicisme mais il n'en est rien, voir *Le nouveau petit Robert*, *supra* note 12, s.v. « subdéléguer » et mieux encore, G. Cornu. *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., Paris (France), Presses universitaires de France, 1996, s.v. « subdélégation ».

Une dernière caractéristique de l’incorporation par renvoi, est qu’elle peut de plus opérer une incorporation statique ou dynamique³⁸. Ainsi, un document peut être incorporé tel qu’il existe à une date déterminée ou avec ses modifications successives.

D. Notre sujet

Le sujet de notre étude étant l’analyse des critères d’examen d’une directive incorporée par renvoi au *Code de discipline militaire*, nous ne traiterons pas de la légalité de l’article 129 de la LDN³⁹. Ainsi, le volet pénal de cette disposition législative ne sera pas étudié puisqu’il déborde de notre sujet et qu’il pourrait faire l’objet d’une recherche en elle-même. Pour nos fins, nous présumons la validité de cette disposition⁴⁰.

De plus, l’incorporation par renvoi à l’article 129 de la LDN des autres dispositions de la *Loi sur la défense nationale* et de ses règlements ne posant pas de problème juridique puisque ces textes sont de nature législative et ont déjà force de loi, notre étude portera uniquement sur l’incorporation des autres documents, plus particulièrement les ordres et les directives⁴¹.

³⁸ *Executive Legislation*, supra note 29, à la p. 270; R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, t. 1, 2^e éd., Ste-Foy (Qc.), Les Presses de l’Université Laval, 1984, à la p. 536; *Incorporation par renvoi*, supra note 27, à la p. 248; R. Tremblay, *Le renvoi*, SOQIJ, Légistique – Bulletin de rédaction législative et réglementaire, Québec (Qc.), 1987, à la p. 17.

³⁹ On pourrait par exemple se questionner à savoir si cette disposition législative, tout en prévoyant la possibilité d’une peine d’emprisonnement, remplit les critères établis par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486.

⁴⁰ P.A. Côté, supra note 26, aux p. 468 et ss.

⁴¹ Afin de faciliter la lecture, le terme « directive » sera utilisé pour désigner les ordres et directives publiés pour la gouverne général de tout ou partie des Forces canadiennes visés à l’alinéa 129(2)b) de la *Loi sur la défense nationale*, supra note 2.

La DOAD 5012-0 intitulée « Prévention et résolution du harcèlement »⁴², publiée le 20 décembre 2000, servira d'exemple tout au long de cette étude. Cette DOAD a été choisie car, bien qu'il s'agisse d'un document administratif interne, elle établit une norme de conduite pour les militaires tout en incorporant par renvoi un autre document administratif interne intitulé : *Lignes directrices sur la prévention et la résolution du harcèlement*. L'objectif du présent travail étant l'analyse des critères d'examen des directives incorporées par renvoi au *Code de discipline militaire*, la légalité de cette DOAD en particulier ne sera pas remise en question. Celle-ci servira uniquement à des fins d'illustration et ne sera pas examinée quant à sa forme et à sa légalité.

Nous nous pencherons sur les questions juridiques que soulève l'incorporation par renvoi de directives au *Code de discipline militaire*. L'effet du paragraphe 129(2) de la LDN, en permettant l'incorporation de documents internes, est de donner force de loi à des textes normalement de nature administrative. Est-ce que cette forme d'incorporation par renvoi peut-être considérée comme étant une subdélégation illégale de pouvoir législatif ? Devons-nous appliquer les limites reconnues de l'incorporation par renvoi ? Considérant la présomption du paragraphe 129(2) de la LDN, transformons-nous une norme de nature administrative en une norme de nature législative ? Quelle est la nature des directives émises par le chef d'état-major de la défense ?

L'approbation quant à la forme et la légalité d'une directive dépend des réponses à ces questions fondamentales puisqu'elles détermineront les critères d'examen applicables.

⁴² Il est à noter que le titre de cette DOAD gagnerait à être modifié puisqu'il semble ambitieux de prétendre résoudre le harcèlement plutôt que de résoudre des cas de harcèlement.

Afin de déterminer ces critères d'examen, nous procéderons à une étude en deux volets. Nous débuterons par une présentation du cadre théorique de la technique de rédaction de l'incorporation par renvoi et des exigences de validité de cette technique à savoir : la subdélégation, le bilinguisme de la norme incorporée, son accessibilité, son intelligibilité et les formalités prévues à la *Loi sur les textes réglementaires*. La seconde partie consistera en une application de la théorie et des exigences de validité de l'incorporation par renvoi aux directives émises par le chef d'état-major de la défense.

Première partie – Le cadre théorique et les exigences de validité de l’incorporation par renvoi

A. La validité de la technique de l’incorporation par renvoi

La validité de l’incorporation par renvoi a maintes fois été reconnue par les tribunaux qui en ont décrit les caractéristiques et les limites. C’est en 1955, dans l’arrêt *Scott*⁴³, que la Cour suprême a reconnu la distinction entre la délégation et l’incorporation par renvoi. Il s’agissait d’une loi ontarienne, le *Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act*⁴⁴, qui permettait à un non résident de forcer l’exécution d’une ordonnance alimentaire obtenue dans une autre province ou un autre pays. Cette loi prévoyait que le débiteur pouvait s’opposer à cette ordonnance en soulevant, devant le tribunal ontarien, les mêmes défenses qu’il aurait pu invoquer devant le tribunal étranger qui a émis l’ordonnance. Unanimentement, la Cour a conclu qu’il ne s’agissait pas d’une délégation de pouvoir législatif à une autre province ou État, mais plutôt de la reconnaissance du droit d’un autre État, tel qu’il peut exister de temps à autre, et circonscrit à un seul droit : le droit aux aliments entre époux. Dans ses motifs, le juge Rand explique : « The action of each legislature is wholly discrete and independent to the other, a relation incompatible with delegation; and that it is a case of adoption is equally clear. »⁴⁵

Dans cette même affaire, le juge Locke, reconnaissant également la validité de cette technique de rédaction, a écrit : « The provisions of the *Summary Conviction Act of Ontario* which incorporate Part XV and certain other specified sections of the *Criminal Code*, as

⁴³ *Ontario (P.G.) c. Scott*, [1956] R.C.S. 137.

⁴⁴ R.S.O. 1950, ch. 334.

amended and reenacted from time to time, appears to me to well illustrate such legislation by adoption, if it may properly be so described, and to be valid. »⁴⁶

Dans l'arrêt *R. c. Glibbery*⁴⁷, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu la validité du renvoi dynamique et de l'incorporation de mesures législatives par voie réglementaire. Dans cette affaire, la Cour a reconnu la légalité du *Règlement relatif à la circulation sur les terrains du gouvernement*⁴⁸ qui incorporait par renvoi le *Highway Traffic Act*⁴⁹ de l'Ontario à la réglementation fédérale régissant la conduite automobile sur les propriétés fédérales. Ainsi, la Cour a approuvé cette technique de rédaction « qui avait pour but d'éviter la répétition et d'assurer le parallélisme du droit applicable. »⁵⁰

Dans l'affaire *Coughlin*⁵¹, la Cour suprême du Canada devait se prononcer sur la validité de l'incorporation par renvoi de normes provinciales dans une loi fédérale portant sur le transport interprovincial. La majorité de la Cour, sous la plume du juge Cartwright, a rejeté le pourvoi puisqu'il s'agissait de l'adoption par le Parlement, dans l'exercice de son pouvoir exclusif, de la législation d'une autre entité législative telle qu'elle peut exister de temps à autre, ce qui avait été jugé constitutionnellement valide par cette même Cour dans l'affaire *A.G. for Ontario v. Scott*, [1956] R.C.S. 137, et par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Glibbery*, [1963] 1 O.R. 232.⁵²

⁴⁵ *Ontario (P.G.) c. Scott*, *supra* note 43, à la p. 142.

⁴⁶ *Ibid.* à la p. 152.

⁴⁷ *Supra* note 31.

⁴⁸ C.P. 4076, 1952 DORS 894.

⁴⁹ R.S.O. 1960, ch. 172.

⁵⁰ *Incorporation par renvoi*, *supra* note 27, à la p. 248.

Cette décision a été suivie de plusieurs autres, telles l'arrêt *Smith*⁵³ dont les faits sont très similaires à ceux de l'arrêt *Coughlin*, où la Cour suprême a conclu à la validité d'une loi fédérale conférant à une Commission provinciale le pouvoir d'imposer à une entreprise extra-provinciale de transport toutes les conditions qu'elle a le pouvoir d'imposer à une entreprise locale, même si elle n'a pas l'habitude d'imposer de pareilles conditions aux entreprises locales⁵⁴.

Dans ses motifs, la Cour cite des passages de l'arrêt *Coughlin*⁵⁵ :

« Il ressort de ce bref examen de la législation pertinente que, dans l'état actuel des choses, la question de savoir si un voiturier inter-provincial peut exploiter une entreprise de transport routier de marchandises en Ontario relève d'une commission constituée par la Législature provinciale, laquelle commission doit se fonder, pour rendre sa décision, sur le texte des lois de cette législature et sur les règlements d'application en vigueur au moment pertinent.

* * *

Il est bien établi que le Parlement peut conférer à une commission constituée par la province un pouvoir de réglementation dans un domaine qui est exclusivement de la compétence du Parlement. Sur ce point, il suffit de se reporter aux motifs prononcés dans l'affaire *P.E.I. Potato Marketing Board c. H.B. Willis Inc.*, (1952) 2 R.C.S. 392 (...).

En l'espèce, la commission intimée n'a reçu de la Législature ontarienne aucun pouvoir de réglementation ou de regard sur le transport intra-provincial de marchandises. Ses pouvoirs étendus en la matière lui sont conférés par le Parlement. Le Parlement a jugé bon d'édicter que, dans l'exercice de ces pouvoirs, la commission procédera de la manière prescrite de temps à autre par la Législature en ce qui concerne le transport intra-provincial....

⁵¹ *Coughlin c. The Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569.

⁵² *Ibid.* à la p. 571.

⁵³ *La Reine c. Smith*, [1972] R.C.S. 359.

⁵⁴ La disposition législative en cause est l'article 3(2) de la *Loi sur le transport par véhicule à moteur*, 1953-54 (Can.), c. 59, qui se lit ainsi:

“3(2) 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.”

⁵⁵ *Coughlin c. The Ontario Highway Transport Board*, *supra* note 51.

A mon avis, il ne s'agit pas ici d'une délégation de pouvoir de légiférer, mais plutôt de l'adoption par le Parlement, dans l'exercice de son pouvoir exclusif, de la législation d'un autre corps législatif, telle qu'elle peut exister de temps à autre, et cette façon de procéder a été jugée constitutionnellement valide par cette Cour dans *Attorney General for Ontario c. Scott*, (1956) R.C.S. 137, (...) et par la Cour d'appel d'Ontario dans *Regina v. Glibbery*, (1963) 1 O.R. 232, (...). »⁵⁶

Il n'y a pas que la validité de l'incorporation par renvoi de normes législatives et réglementaires qui ait été reconnue⁵⁷. En effet, dans l'affaire *Denison Mines*⁵⁸, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré valide l'incorporation, dans le droit provincial régissant les valeurs mobilières, de la définition de l'expression « principes comptables acceptés » contenue dans une publication de l' « Institut canadien des comptables agréés (ICCA) ». ⁵⁹

B. Les exigences de validité de l'incorporation par renvoi

Ayant été reconnue à maintes reprises par la Cour suprême du Canada, la légalité de l'incorporation par renvoi, comme technique de rédaction législative, ne fait plus de doute. Toutefois, cette légalité est subordonnée au respect de cinq exigences. Celles-ci, dont certaines sont imposées par la *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁰, se rapportent à la subdélégation de pouvoir législatif, à la langue, à l'accessibilité, à l'intelligibilité et au respect des formalités prévues à la *Loi sur les textes réglementaires*. La première limite, relative à la subdélégation de pouvoir

⁵⁶ *La Reine c. Smith*, *supra* note 53, aux p. 365-366.

⁵⁷ *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; Keyes, J.M., « Power Tools : The Form and Function of Legal Instruments for Government Action » (1997) 10 C.J.A.L.P. 133, à la p. 151 [ci-après *Power Tools*].

⁵⁸ *Re Denison Mines Ltd and Ontario Securities Commission*, (1981), 32 O.R. (2d) 469 [ci-après *Denison Mines*].

⁵⁹ Ces expressions sont des principes acceptés, la Cour suprême a reconnue le sens ordinaire de ce type d'expressions propres au domaine fiscal et défini par le monde des affaires. Voir 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, no 180 à 182.

⁶⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur la Canada* (R.-U.), (1982), c. 11.

législatif, est particulièrement rigoureuse dans les cas d'incorporation par renvoi de documents internes.

1. La subdélégation de pouvoir législatif

Afin de mieux comprendre l'exigence se rapportant à la subdélégation de pouvoir législatif, nous débuterons notre étude par une présentation plus générale portant sur la théorie applicable en matière de délégation de pouvoir législatif. Les premières difficultés impliquant la problématique de la délégation datent de la fin du siècle dernier. La validité de la délégation d'un pouvoir législatif par une législature en faveur d'un organisme créé par elle-même (délégation verticale) a été reconnue par le Conseil Privé dans l'arrêt *Hodge*⁶¹ dès 1884.

La Cour suprême est même allée jusqu'à reconnaître, dans l'affaire *Re Gray*⁶², la validité d'une sous-délégation de pouvoirs législatifs sans habilitation expresse, soit en vertu de la *Loi sur les mesures de guerres de 1914*⁶³. La question de la délégation verticale est traitée par le juge en chef Charles Fitzpatrick, qui écrit :

« The practice of authorising administrative bodies to make regulations to carry out the object of an Act, instead of setting out all the details in the Act itself, is well known and its legality is unquestioned »⁶⁴.

⁶¹ *Hodge c. La Reine*, (1883-1884) 9 A.C. 117.

⁶² *Re Gray*, (1918) 57 R.C.S. 150. La portée de cet arrêt est contestée par différents auteurs tels Dussault et Borgeat, *supra* note 38, à la p. 532, note 523 : « le caractère exceptionnel de la Loi sur les mesures de guerre ne permettrait pas d'établir le principe qu'il est possible de sous-déléguer un pouvoir législatif sans une habilitation expresse à cet effet. ».

⁶³ *Loi sur les mesures de guerres*, S.C. 1915, ch. 2.

⁶⁴ *Re Gray*, *supra* note 62, aux p. 156-157.

C'est en vertu du principe de la souveraineté parlementaire qu'une législature peut déléguer un pouvoir législatif à l'exécutif ou à une créature du législateur, plus précisément à une autorité qui lui est subordonnée. Cette affirmation est en partie fondée sur l'arrêt *Nouvelle Écosse (P.G.) c. Canada*⁶⁵, alors que la Cour suprême devait se prononcer sur la question de savoir si la législature de la Nouvelle-Écosse pouvait déléguer des compétences législatives au Parlement du Canada et *vice versa*. La Cour conclut unanimement que cette délégation, dite « horizontale », serait *ultra vires*, confirmant ainsi l'opinion majoritaire de la Cour d'appel de cette province⁶⁶.

Dans ses motifs, le juge Rand étudie la question sous deux angles : le fond et la forme. Sur le fond, cette délégation serait inconstitutionnelle, car on ne peut modifier le partage des compétences législatives effectué par la Constitution. La Législature et le Parlement sont sur un pied d'égalité et une délégation de pouvoir législatif entre eux entraînerait le transfert à une autre autorité du pouvoir de légiférer aux termes de ses débats. Quant à la forme, il faut s'assurer que le processus de mise en vigueur est conforme aux règles.

Le juge Rand traite également de la nécessité de l'existence d'un lien de subordination constitutionnelle entre le délégant et le délégataire. La Législature et le Parlement n'étant pas des entités subordonnées l'une à l'autre, ni respectivement une de leur créature, il ne peut y avoir de délégation entre eux. Enfin, il qualifie de « constitutionnel » ce lien de

⁶⁵ [1951] S.C.R. 31.

⁶⁶ Cette affaire se distingue de l'arrêt *Re Gray*, *supra* note 62, où la délégation était en faveur d'un organisme subordonné au Parlement. Dans *Nouvelle Écosse (P.G.) c. Canada*, *ibid.* à la p. 35 : « Delegation such as were dealt with in *Re Gray* and it the Chemical Reference, were delegation to a body subordinate to Parliament and were of a character different from the delegation meant by the Bill now submitted to the Court. » [Nos italiques].

subordination, lequel serait différent du lien ordinaire présent dans la délégation, à savoir qu'il est préexistant et non créé par la délégation elle-même.

Dans une affaire subséquente et portant sur la capacité pour une province d'incorporer par renvoi la législation d'un autre pays, le juge Rand s'exprime ainsi :

« The action of each legislature is wholly discrete and independent of each other, a relation incompatible with delegation. »⁶⁷

Cette nécessité d'un lien de subordination constitutionnelle est reprise par J.M. Keyes qui écrit que la subordination est : « one of the fundamental characteristics associated with delegation »⁶⁸. Cette nécessité est également reprise par Bora Laskin qui écrit :

« it has been clear that the *maxim delegatus non potest delegare* has no constitutional significance relative to the delegation of legislative power by Parliament or provincial legislature to some other *subordinate agency* (...). The real question has been whether there can be delegation as between Parliament and a provincial legislature; that is, can each be a *subordinate agency* of the other within the meaning of the Hodge Rule. »⁶⁹

Une assemblée législative peut donc déléguer des pouvoirs législatifs à une autorité qui lui est constitutionnellement subordonnée comme un organisme qu'elle a créé, mais d'après cet arrêt et certains auteurs⁷⁰, elle ne pourrait le faire en faveur d'une autre assemblée législative car celles-ci ne sont pas liées par un lien de subordination constitutionnelle.

⁶⁷ *Ontario (P.G.) c. Scott*, *supra* note 43, à la p. 142.

⁶⁸ *Executive Legislation*, *supra* note 29, à la p. 41; voir aussi *Nouvelle Écosse (P.G.) c. Canada*, *supra* note 65, les motifs du juge Taschereau à la p. 43 et ceux du juge Fauteux, à la p. 55.

⁶⁹ B. Laskin, *Laskin's Canadian Constitutional Law*, t. 1, 5^e éd., par N. Finkelstein, Toronto (On.), Carswell, 1986, à la p. 42 [nos italiques].

⁷⁰ H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1990, à la p. 658; G.V. La Forest, « Delegation of Legislative Power in Canada », (1975) 21 McGill L.J. 131, à la p. 133; P.W. Hogg, *Constitutional Law in Canada*, 3e éd., Toronto (On.), Carswell, 1992, à la p. 344.

Cette même exigence qui a comme conséquence qu'il ne peut y avoir de délégation sans subordination, sert également à distinguer la délégation de la représentation.

L'élément de la subordination constitutionnelle est essentiel à la délégation alors qu'il n'est pas du tout pertinent pour la représentation. L'élément de contrôle diffère également de l'une et l'autre. En effet, pour qu'il ait délégation, le délégant doit avoir un contrôle direct et immédiat sur l'organisme titulaire du pouvoir délégué (contrôle qualifié de subordination constitutionnelle), alors que pour la représentation, le contrôle est sur la personne tel un agent, en raison d'un lien contractuel d'emploi ou autre. Le représentant et le représenté font, compte tenu du lien qui les unit, partie du même organisme.

En matière de représentation, le représenté conserve un pouvoir concurrent⁷¹, pouvoir qui n'existe plus lorsqu'il y a délégation⁷². Le responsable de la décision est, dans un cas, le représenté⁷³ ou celui qui confie le pouvoir et, dans l'autre, le délégataire ou celui qui reçoit le pouvoir⁷⁴. Cette dernière distinction a un impact important sur l'identification du titulaire de la responsabilité légale de la décision.

Cet aperçu des principes entourant la notion de délégation établit qu'il ne peut y avoir de transfert de pouvoirs législatifs entre un délégataire et un délégant en l'absence d'un lien de subordination entre eux. C'est pour cette raison que l'incorporation par renvoi, même

⁷¹ J.M. Evans, *De Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4^eéd., London, Stevens & Sons, 1980, à la p. 30 : "in agency, the principal retains concurrent powers."

⁷² W. J. Atkinson et M.-C. Lévesque, « Délégation de pouvoirs et délégation de signature: l'exercice par des fonctionnaires des pouvoirs confiés à leur ministre » (1982) 42 R. du B. 327 à la p. 338.

⁷³ Evans, *supra* note 71, p. 301 : "the agent acts on behalf of his principal and in its name, and the acts done by the agent within the scope of his authority are attributable to the principal."

⁷⁴ Atkinson et Lévesque, *supra* note 73 aux p. 338-339.

dynamique, n'opère pas de délégation de pouvoir législatif étant donné qu'il n'y a aucun transfert de pouvoir entre un délégataire et un délégué⁷⁵. Cette position a été confirmée par la Cour suprême du Canada à trois reprises dans les arrêts *Coughlin*⁷⁶, *Smith*⁷⁷ et *Dick*⁷⁸.

C'est également pour cette raison, soit l'absence de lien de subordination entre le titulaire du pouvoir législatif et le créateur d'une norme externe, que l'incorporation par renvoi n'est pas considérée comme une subdélégation de pouvoir législatif. La décision du plus haut tribunal de l'Ontario dans *Denison Mines*⁷⁹, porte sur la validité d'un règlement de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario qui référerait aux principes comptables acceptés dans le *Handbook of the Canadian Institute of Chartered Accountants (CICA)*⁸⁰. Sous la plume du juge Robins, la Cour statue qu'il ne s'agit pas d'une délégation de pouvoir à l'ICCA mais plutôt d'une incorporation par renvoi des principes comptables acceptés par un organisme professionnel. L'ICCA ne possède aucun pouvoir de décision concernant les états financiers exigés par la loi, ni aucun pouvoir discrétionnaire sur les attributions de la Commission. Le pouvoir ultime sur le contenu et la forme à respecter demeure toujours entre les mains de la Commission. Selon la Cour, le règlement en cause procure des normes raisonnables, flexibles et professionnelles tout en précisant le contenu de l'expression

⁷⁵ *Incorporation par renvoi*, supra note 27, à la p. 251; *R. c. Smith*, supra note 53, à la p. 366; *Calder c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 C.F. 842, 852; *Meherally c. M.R.N.*, [1987] 3 C.F. 525, à la p. 531; *Denison Mines*, supra note 58, à la p. 476.

⁷⁶ *Coughlin c. The Ontario Highway Transport Board*, supra note 51, à la p. 575.

⁷⁷ *R. c. Smith*, supra note 53, à la p. 366.

⁷⁸ *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309 à la p.328.

⁷⁹ *Denison Mines*, supra note 58.

⁸⁰ Institut canadien des comptables agréés (ICCA). Source de la traduction : R.P. Barbe, *La réglementation*, Montréal (Qc.), Wilson & Lafleur, 1983, à la p. 180.

« principes comptables acceptés » et ce, sans qu'il soit nécessaire de reprendre le contenu du manuel de l'ICCA dans le règlement.

En traitant de l'affaire *Kingston c. Ontario Racing Com'n*⁸¹, dont les faits sont similaires à l'affaire *Denison Mines* qui lui est soumise, la Cour écrit :

« There it was held that the Ontario Racing Commission was not guilty of improperly delegating its authority by adopting the rules of the Canadian Trotting Association: Merely to embody the rules of another organisation into its own is not in any way delegating the authority to make such rules. »⁸²

Dans l'affaire *Meherally*⁸³, la Cour fédérale d'appel statue dans le même sens : la Commission d'assurance-chômage pouvait adopter par renvoi des mesures législatives provinciales concernant les employés de la province. À l'argument de la délégation, le juge Urie répond :

« *Il ne s'agit pas d'un transfert de compétence* comme le soutiennent les requérants. Il s'agit de l'insertion dans la législation fédérale de la législation du seul organisme ayant le pouvoir de déterminer quelles personnes ont les qualités requises pour être les employés d'une province, c'est-à-dire la législature d'une province. »⁸⁴

Après un examen approfondi de la jurisprudence, le juge Urie résume ainsi les principes applicables en matière de renvoi et de délégation :

« premièrement est valide l'adoption par référence, par le Parlement, de mesures législatives provinciales afin d'éviter leur répétition dans l'exercice d'un pouvoir fédéral. (...).

Deuxièmement, le Parlement peut, dans l'exercice régulier des pouvoirs qui lui sont conférés sous le régime de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (...), déléguer à des organismes administratifs provinciaux chargés de la réglementation des industries intra-provinciales le pouvoir de réglementer les mêmes industries dans la mesure où le commerce interprovincial et d'exportation est concerné (...).

⁸¹ *Kingston c. Ontario Racing Com'n*, [1956] 2 O.R. 10.

⁸² *Ibid.*, à la p. 478.

⁸³ *Meherally c. M.R.N.*, *supra* note 75.

⁸⁴ *Ibid.* à la p. 531 [Nos italiques].

Troisièmement, le gouverneur en conseil peut, par règlement, adopter valablement par référence des mesures législatives provinciales actuelles visant un domaine à l'égard duquel les provinces sont compétentes sur le plan constitutionnel (...).

Quatrièmement, le Parlement a le droit d'adopter, dans l'exercice de son pouvoir exclusif de légiférer, les modifications éventuelles qui peuvent être apportées à la législation d'un autre corps législatif (...). »⁸⁵.

Le juge Urie en se référant à l'affaire *Gliberry*⁸⁶, écrit :

« Premièrement, je suis d'avis que l'arrêt *Gliberry* a été rendu correctement par la Cour d'appel de l'Ontario, et qu'il appuie mon opinion. Deuxièmement, je ne vois pas comment il peut exister une distinction entre la présente affaire et l'affaire *Gliberry* uniquement parce que, dans cette dernière, le gouverneur en conseil avait le pouvoir de faire des règlements alors qu'en l'espèce, le gouverneur en conseil était tenu simplement d'approuver les règlements établis par la Commission. »⁸⁷

Les quatre arrêts clefs démontrant la validité de l'utilisation de la technique de l'incorporation par renvoi de documents externes sont : *Lord's Day Alliance*⁸⁸, *Meherally*⁸⁹, *Denison Mines*⁹⁰ et *Gliberry*⁹¹. Ces quatre décisions démontrent en effet que l'incorporation par renvoi de documents externes ne constitue pas une subdélégation de pouvoir législatif. Mais qu'en est-il de documents internes ?

Il y a très peu de jurisprudence portant sur l'incorporation par renvoi de documents internes. Il est admis que l'incorporation par renvoi de documents internes techniques sera valide; « le pouvoir de l'établir peut être considéré comme étant de nature administrative car le fait d'apporter des précisions à un plan réglementaire au moyen de

⁸⁵ *Ibid.* à la p. 530-531.

⁸⁶ *R. c. Gliberry*, *supra* note 31.

⁸⁷ *Meherally c. M.R.N.*, *supra* note 75, à la p. 531.

⁸⁸ *Lord's Day Alliance of Canada c. Colombie Britannique (P.G.)*, [1959] R.C.S. 497.

⁸⁹ *Meherally c. M.R.N.*, *supra* note 75.

⁹⁰ *Denison Mines*, *supra* 58.

⁹¹ *R. c. Gliberry*, *supra* note 31.

l'incorporation par renvoi n'équivaudrait pas à un acte législatif. »⁹² Cette position est fondée sur l'arrêt *R. c. Perimeter Aviation*⁹³. Dans cette affaire la Cour provinciale du Manitoba devait déterminer si le ministre des Transports pouvait valablement déléguer à un administrateur de son ministère le pouvoir de publier un manuel prescrivant des normes d'entretien, ce manuel étant incorporé à un ordre du ministre pris en vertu du paragraphe 6(2) de la *Loi sur l'aéronautique*⁹⁴. La Cour a rejeté l'argument qu'il s'agit d'une subdélégation illégale de pouvoir législatif du ministre à l'administrateur, et conclu que les normes contenues dans le manuel étaient de nature administrative plutôt que législative. La Cour utilise un passage tiré de *S.A. de Smith*⁹⁵ repris par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *B.C. Dev. Corp. c. Ombudsman*⁹⁶ et exprimant la distinction entre un pouvoir administratif et un pouvoir législatif :

« Une distinction que l'on fait souvent entre les actes législatifs et les actes administratifs est celle qui existe entre le général et le particulier. Un acte législatif est le résultat de la création et de la promulgation d'une règle de conduite générale indépendamment de cas particuliers; il est impossible de donner une définition exacte d'un acte administratif, mais il comprend l'adoption d'une politique, l'établissement et l'imposition d'une directive spécifique, et l'application d'une règle générale à un cas particulier conformément aux exigences de la règle de conduite ou pour des raisons de convenance ou de pratique administrative »⁹⁷.

Le juge Minuk écrit :

« Thus, the granting by the minister to his official to publish the Engineering and Inspection Manual was not a delegation of legislative authority but merely an indication of how the minister should exercise his responsibility to control and regulate air traffic in Canada. »⁹⁸

⁹² Ministère de la Justice Canada, *supra* note 28, à la p. 8.

⁹³ [1986] 6 WWR 110 (C. prov. Man.) [ci-après *Perimeter Aviation*]; *ibid.* et *Re Peralta* (1985), 49 O.R. (3e) 705 (C.A.); *conf. par* 66 O.R. (3e) 543 (C.S.C.).

⁹⁴ L.R.C. 1970, c. A-3.

⁹⁵ *Perimeter Aviation*, *supra* note 93, à la p.125.

⁹⁶ *B.C. Development Corp. c. Friedmann (Ombudsman)*, [1984] 2 R.C.S. 447.

⁹⁷ La version française de cette citation est tirée de *Canadien Pacifique ltée c. Commission canadienne des transports*, [1985] 2 C.F. 136. (C.A.), aux p. 149-150 [ci-après *C.P. c. C.C.T.*].

⁹⁸ *Perimeter Aviation*, *supra* note 93, à la p.126.

À la lumière de cette affaire, il serait donc légal d'incorporer par renvoi un document interne si celui-ci est de nature administrative.

2. Langue

Une seconde exigence de validité de l'incorporation par renvoi est qu'elle doit respecter l'obligation de bilinguisme imposée par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹⁹.

En effet, on ne peut se servir de cette technique de rédaction pour éviter l'obligation de publication dans les deux langues. Dans l'affaire *Collier*¹⁰⁰, la Cour suprême a déclaré la nullité de deux lois qui incorporaient des documents sessionnels unilingues français¹⁰¹. La Cour évoque, comme premier motif, que les textes incorporés constituent la substance de la législation :

« Ces deux lois elles-mêmes ne contiennent rien ou presque qu'on pourrait isolément considérer comme une mise en œuvre des buts qu'elles poursuivent. Tout est donc contenu dans les documents sessionnels et rien dans le texte même de la loi, si ce n'est la référence aux documents sessionnels eux-mêmes. Ces documents sont donc, à mon avis, l'essence et la substance même des lois 70 et 105, lesquelles, sans ces documents, n'ont plus leur raison d'être. »¹⁰²

La Cour évoque comme second motif le fait que les documents sessionnels ont été produits par le gouvernement lui-même¹⁰³.

⁹⁹ *Québec (P.G.) c. Collier*, [1985] R.J.Q. 559 (C.S.), à la p. 562 [ci-après *Collier*] et *Re Manitoba*, *supra* note 27, à la p. 229.

¹⁰⁰ *Collier*, *ibid.*, conf. [1990] 1 R.C.S. 260.

¹⁰¹ Dans *Collier*, *ibid.* à la p.562, le juge Paré explique :

« Le Procureur général soutient que la technique législative utilisée dans les deux lois contestées est valable. Je ne vois pas d'objection à cet énoncé pourvu cependant qu'elle n'ait pas l'effet, volontaire ou involontaire, de rendre inopérantes les dispositions de l'article 133 de l'Acte constitutionnel. Autrement, cette technique deviendrait un moyen simpliste de contourner les exigences linguistiques de la constitution en dépouillant de tous ses effets l'article 133. »

¹⁰² *Ibid.*

Quelques années plus tard, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*¹⁰⁴, la Cour suprême a proposé une analyse en deux étapes afin de déterminer si un texte incorporé doit être accessible dans les deux langues.

À la première étape, il faut d'abord se demander si le texte primaire est une loi de la législature et ensuite déterminer s'il s'agit d'une incorporation véritable. La seconde étape consiste à déterminer s'il existe une raison légitime d'incorporer le texte sans le traduire. À cette fin, « il faut examiner l'origine du document et le but de son incorporation »¹⁰⁵. « Pour que la raison soit légitime, les avantages de l'incorporation dans une seule langue devront contrebalancer l'atteinte que constituera l'incorporation au principe d'égalité d'accès aux lois et à l'objectif de maintien et d'épanouissement des collectivités de langue officielle. »¹⁰⁶

Ainsi, un document interne doit être traduit, si ce n'est déjà fait, alors que pour les documents externes, il faut examiner le but recherché par l'incorporation. Il faut regarder si l'incorporation par renvoi est un moyen utilisé pour éviter les obligations linguistiques. La Cour donne l'exemple d'une assemblée législative qui incorporerait en bloc de la législation d'un autre ressort. Si elle peut l'adopter elle-même, l'incorporation d'un texte non traduit ne satisfera pas le critère de la raison légitime. Il en sera autrement s'il s'agit de permettre une collaboration intergouvernementale¹⁰⁷.

Selon la Cour, les normes établies par des « organismes normatifs non gouvernementaux » représentent un autre exemple où l'incorporation sans traduction satisfait au critère de la

¹⁰³ *Ibid.* à la p. 563.

¹⁰⁴ *Supra* note 27.

¹⁰⁵ *Ibid.*, à la p. 229.

¹⁰⁶ Ministère de la Justice Canada, *supra* note 28, à la p. 6 et *R. c. Beaulac* [1999] 1 R.C.S. 768, à la p. 791.

raison légitime de par leur caractère technique et les problèmes pratiques que poserait leur traduction¹⁰⁸.

3. Accessibilité et intelligibilité de la norme

La *Charte canadienne des droits et libertés* impose deux autres exigences à la technique de l'incorporation par renvoi. Il s'agit de l'intelligibilité et de l'accessibilité du document incorporé. Ces deux exigences sont semblables en ce sens qu'elles se complètent l'une et l'autre. L'accessibilité fait référence à l'aspect matériel du document incorporé alors que l'intelligibilité réfère à l'aspect cognitif. Or, le document incorporé doit être disponible et compréhensible.

Ces deux obligations dérivent du principe de la primauté du droit qui prévoit « que le droit doit être de nature à pouvoir servir de guide aux gens »¹⁰⁹. Ainsi, « le droit doit être tel que les gens puissent en connaître les règles pour pouvoir s'y conformer »¹¹⁰. Donc même en l'absence de règles précises qui s'appliquent à l'accessibilité et l'intelligibilité d'un document incorporé par renvoi, l'obligation de respecter le principe de la primauté du droit demeure.

¹⁰⁷ *Re Manitoba*, *supra* note 27, aux p. 229-230.

¹⁰⁸ L'application de cet unique critère de la raison légitime ouvre la porte aux plus grands abus dans le cas de normes non techniques. Nous croyons que la traduction doit être disponible lorsqu'elle aura pour effet de garantir l'accessibilité du document. La Cour écrit : « Dans les cas où des normes internationales ou nationales sont utilisées, les traductions sont parfois déjà disponibles. Toutefois, lorsqu'elles ne le sont pas, il serait contraire à l'objet de l'incorporation d'un document externe d'exiger la traduction conformément à l'art. 23 et, de toute façon, il est peu probable que cette traduction garantisse l'accessibilité de documents qui, en pratique, sont déjà inaccessibles à la majorité des citoyens en raison de leur nature technique. » *Re Manitoba*, *ibid.* aux p. 230-231; voir aussi *Executive Legislation*, *supra* note 29, à la p. 276 et J.M. Keyes, « Perils of the Unknown – Fair Notice and the Promulgation of Legislation », (1993) 25 *Ottawa L.R.* 580, à la p. 598 [ci-après *Perils of the Unknown*].

a. Accessibilité

Les tribunaux ont depuis longtemps reconnu qu'un document incorporé par renvoi n'a nul besoin d'être publié avec le texte primaire pour que l'incorporation soit valide¹¹¹. Le texte incorporé doit toutefois être accessible, avec ses modifications successives¹¹², afin de respecter le principe de la primauté du droit¹¹³.

L'affaire *R. c. Houniet*¹¹⁴ illustre bien ce principe. Il s'agit de l'appel d'une décision d'acquiescement d'une infraction pour ne pas avoir porté un casque de sécurité en bicyclette. Le juge de première instance a acquitté l'accusé parce qu'il n'était pas possible de déterminer la norme applicable.

« The second point upon which he made his decision is that the law contains uncertainty about how a cyclist can conclude whether any helmet in his possession complies with the regulations under the *Motor Vehicle Act* and whether such inability to form a conclusion violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. »¹¹⁵

Selon la cour, il faut se demander si l'accusé pouvait déterminer qu'elle était la norme applicable : « the question was whether the ordinary citizen such as the respondent in this case could ascertain what those standards are. »¹¹⁶ Le règlement en question prévoyait que la norme était établie par les cinq publications énumérées en annexe du règlement. La rédaction du Règlement faisait en sorte que le cycliste devait se conformer aux cinq

¹⁰⁹ *Incorporation par renvoi*, supra note 27, à la p. 257.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Denison Mines*, supra note 58; *Re Manitoba*, supra note 27; *R. c. Sims*, [2000] B.C.J. No. 1486 (2000 BCCA 437), au para. 29.

¹¹² Ministère de la Justice Canada, supra note 28, à la p. 5.

¹¹³ *R. c. Ross* [1945] 3 D.L.R. 574 (C. comté C.-B.) et *R. c. Catholique* (1980), 49 C.C.C. (2^e) 65 (CSTN-O).

¹¹⁴ (1985), 21 C.R.R. 176 (Co. Ct. C.-B.)

¹¹⁵ *Ibid.* aux p. 176- 177.

¹¹⁶ *Ibid.* à la p. 177.

normes et que puisqu'elles n'étaient pas toutes disponibles, la Cour dû conclure à une violation de l'art 7 de la Charte :

« The reason I have read all that is because the learned trial judge found that at least one and possibly two of the publications which are conjunctively joined in the schedule are not readily available or determinable by the persons who are subject to wearing helmets on motor cycles and the ordinary person cannot determine the safety standards set out in the regulation. »¹¹⁷

b. Intelligibilité

L'obligation d'intelligibilité repose également sur le principe de la primauté du droit. Comme nous l'avons vu précédemment, « le droit doit être tel que les gens puissent en connaître les règles pour pouvoir s'y conformer »¹¹⁸. Ainsi, un texte primaire qui incorpore un document, qui à son tour incorpore un document, risque d'être considéré comme inintelligible. Il en serait de même pour un texte primaire qui incorporerait un document publié uniquement dans une langue étrangère. Ces affirmations doivent toutefois être nuancées. L'atteinte au principe de la primauté du droit doit être analysée en tenant compte de l'auditoire visé par le document incorporé. En effet, certaines normes hautement techniques sont inintelligibles pour la grande majorité de la population, alors qu'elles pourraient être parfaitement comprises du technicien visé par le document. J.M. Keyes écrit, relativement aux documents techniques rédigés par les organismes normatifs non gouvernementaux : « [i]n these situations, the incorporated legislation or documents have some currency apart from their incorporation and are presumably well enough known by those affected... »¹¹⁹.

¹¹⁷ *Ibid.* à la p. 178.

¹¹⁸ *Incorporation par renvoi, supra* note 27, à la p. 257.

¹¹⁹ *Perils of the Unknown, supra* note 108, à la p. 598.

4. Les formalités prévues à la *Loi sur les textes réglementaires*

La dernière exigence de validité de l'incorporation par renvoi est le respect des formalités prévues à la *Loi sur les textes réglementaires*. Nous ne nous pencherons pas sur cette dernière exigence, puisque les directives du chef d'état-major de la défense incorporées au *Code de discipline militaire* par le biais de l'article 129 de la LDN ne sont pas des textes réglementaires au sens de la définition de « texte réglementaire » prévue à l'article 2 de la *Loi sur les textes réglementaires*, soit :

- « a) Règlement, décret, ordonnance, proclamation, arrêté, règle, règlement administratif, résolution, instruction ou directive, formulaire, tarif de droits, de frais ou d'honoraires, lettres patentes, commission, mandat ou autre texte pris :
 - (i) soit dans l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale, avec autorisation expresse de prise du texte et non par simple attribution à quiconque – personne ou organisme – de pouvoirs ou fonctions liés à une question qui fait l'objet du texte,
 - (ii) soit par le gouverneur en conseil ou sous son autorité, mais non dans l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale; (...) »¹²⁰

Les directives du chef d'état-major de la défense incorporées au *Code de discipline militaire*, n'étant pas émises avec autorisation expresse de prise du texte, ne sont pas considérées comme des textes réglementaires. Celles-ci sont émises en application du paragraphe 18(2) de la LDN qui prévoit :

« (2) Sauf ordre contraire du gouverneur en conseil, tous les ordres et directives adressés aux Forces canadiennes pour donner effet aux décisions et instructions du gouvernement fédéral ou du ministre émanent, directement ou indirectement, du chef d'état-major de la défense. »

¹²⁰ *Loi sur les textes réglementaires*, supra note 24 [nos italiques]. Il est intéressant de comparer cette définition avec la définition de « règlement » prévue à la *Loi d'interprétation*, L.R.C., c. I-23 : « Règlement proprement dit, décret, ordonnance, proclamation, arrêté, règle judiciaire ou autre, règlement administratif, formulaire, tarif de droits, de frais ou d'honoraire, lettres patentes, commission, mandat, résolution ou autre acte pris :

- a) soit dans l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale;
- b) soit par le gouverneur en conseil ou sous son autorité. »

Les directives émises par le chef d'état-major de la défense, malgré qu'elles ne soient pas des textes réglementaires au sens de la *Loi sur les textes réglementaires*, sont des règlements au sens de la *Loi d'interprétation*. Les principes d'interprétation énoncés dans cette loi s'appliquent, à moins d'indication contraire, à l'interprétation des directives émises par le chef d'état-major de la défense.

Deuxième partie – Application de la théorie à l’incorporation par renvoi des directives du chef d’état-major de la défense au *Code de discipline militaire*

À la lumière de ce que nous venons de voir, il nous est possible d’affirmer que les directives émises par le chef d’état-major de la défense sont véritablement incorporées par renvoi au *Code de discipline militaire* par l’effet de l’article 129 de la LDN, puisqu’il ne s’agit pas d’une simple référence. Ces directives font partie du *Code de discipline militaire* comme si elles y étaient reproduites¹²¹. Nous pouvons qualifier l’article 129 de la LDN de texte primaire, opérant une incorporation par renvoi globale et dynamique¹²² de documents internes. Tout manquement à une directive, par exemple la DOAD 5012-0, est ainsi considéré préjudiciable au bon ordre et à la discipline¹²³. C’est pour cette raison qu’il est important, avant l’approbation quant à la forme et la légalité d’une directive, de s’assurer que celle-ci satisfait aux exigences de validité de l’incorporation par renvoi. À cette étape de notre analyse nous appliquerons les exigences de validités de l’incorporation par renvoi aux directives émises par le chef d’état-major de la défense.

A. La subdélégation de pouvoir législatif

Lorsque l’article 129 de la LDN incorpore par renvoi les directives publiées pour la gouverne générale de tout ou partie des Forces canadiennes, il incorpore par renvoi les textes émanants du chef d’état-major de la défense en application de l’article 18 de la LDN. L’article 18 de la LDN prévoit :

¹²¹ *Re Manitoba*, supra note 27, à la p. 228.

¹²² Le paragraphe 40(2) de la *Loi d’interprétation*, supra note 120, prévoit, qu’en cas de silence du législateur, le renvoi est dynamique : « Les renvois à un texte ou ses mentions sont réputés se rapporter à sa version éventuellement modifiée. »

« (1) Le gouverneur en conseil peut élever au poste de chef d'état-major de la défense un officier dont il fixe le grade. Sous l'autorité du ministre et sous réserve des règlements, cet officier assure la direction et la gestion des Forces canadiennes.

(2) Sauf ordre contraire du gouverneur en conseil, tous les ordres et directives adressés aux Forces canadiennes pour donner effet aux décisions et instruction du gouvernement fédéral ou du ministre émanent, directement ou indirectement, du chef d'état-major de la défense. »

L'article 1.23 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces*

canadiennes encadre le pouvoir du chef d'état-major de la défense et prévoit :

**1.23 – POUVOIR DU CHEF D'ÉTAT-MAJOR DE LA DÉFENSE
D'ÉMETTRE DES ORDRES ET DIRECTIVES**

(1) Sous réserve de l'alinéa (2), le chef d'état-major de la défense peut émettre des ordres et directives qui ne sont pas incompatibles avec la *Loi sur la défense nationale* ni avec les règlements pris par le gouverneur en conseil, le Conseil du Trésor ou le ministre :

a) soit dans l'accomplissement de ses fonctions en vertu de la *Loi sur la défense nationale*;

b) soit pour expliquer les règlements ou les mettre à exécution.

(2) Aucun ordre ou aucune directive touchant à la comptabilité des fonds publics ne sera émis en vertu de l'alinéa (1) sans l'assentiment préalable du Conseil du Trésor.

Le chef d'état-major de la défense faisant partie des Forces canadiennes¹²⁴, ses directives sont des documents internes. Par exemple, la DOAD 5012-0 se veut une directive publiée sous la gouverne du chef d'état-major de la défense en vertu de son pouvoir établi au paragraphe 18(2) de la LDN. Cette DOAD, de par son incorporation par renvoi, fait partie du *Code de discipline militaire*.

¹²³ R. c. *Latouche* (2000), 190 D.L.R. (4th) 73, 79 (C.A.C.M.) : « Section 129 merely requires the contravention of a published regulation, order or instruction, and then statutorily deems such contravention to constitute an act to the prejudice of good order and discipline. ».

¹²⁴ Voir paragraphe 18(1) de la *Loi sur la défense nationale*, *supra* note 2.

Afin d'éviter le reproche de la subdélégation illégale de pouvoir législatif lors de l'incorporation par renvoi d'un document interne, il a été établi que celui-ci doit être de nature administrative. La légalité de l'incorporation par renvoi au *Code de discipline militaire* des directives émises par le chef d'état-major de la défense en application du paragraphe 18(2) de la LDN dépend donc de la nature de ces directives. En effet, si on qualifie les ordres et directives du chef d'état-major de la défense de nature législative, il s'agira vraisemblablement d'une subdélégation illégale, alors que si on les qualifie d'administrative, l'incorporation par renvoi de ces directives sera permise.

L'étude des caractéristiques des pouvoirs législatifs et administratifs nous permettra d'analyser la nature des directives du chef d'état-major de la défense. Il est à noter que la nature du texte n'est pas modifiée du fait de son incorporation par renvoi¹²⁵ puisque celles-ci sont émises en vertu d'un pouvoir distinct, soit le paragraphe 18(2) de la LDN. Ainsi, la nature des directives émises par le chef d'état-major de la défense ne changera pas du fait qu'elles sont incorporées au *Code de discipline militaire*. Ces directives seront donc valides tant qu'elles seront émises dans le respect de l'article 18 de la LDN.

1. Pouvoir législatif

Le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*¹²⁶ est l'arrêt clé en la matière.

Dans cette affaire, la Cour suprême a établi les critères indicatifs d'une nature législative.

Ces critères non cumulatifs se divisent en trois rubriques : la forme, le contenu et l'effet.

¹²⁵ Voir généralement *R. c. Sims*, *supra* note 111, au para. 33; *R. c. Secraty of State for Social Services, ex p. Camden London Borough Council*, [1987] 2 All E.R. 560 (C.A.); *Incorporation par renvoi*, *supra* note 27, à la p. 255.

Le critère de la forme avait déjà été traité dans l'affaire *P.G. (Québec) c. Blaikie et al.*¹²⁷, où la Cour avait souligné l'importance du rapport entre la législation et le texte. « [D]ans notre régime constitutionnel, les mesures édictées par le gouvernement doivent être assimilées aux mesures adoptées par la Législature »¹²⁸. La Cour en avait conclu « qu'un rapport suffisant est établi lorsque, en vertu de la loi, le texte est adopté par le gouvernement ou lorsqu'il est soumis à l'approbation du gouvernement ou, en bref, lorsqu'« une action positive du gouvernement est nécessaire pour [lui] insuffler la vie » (p.239) »¹²⁹.

Quant au contenu et à l'effet, la Cour a repris la définition du mot règlement proposée dans le rapport sur les instruments statutaires du *Comité MacGuigan*¹³⁰ comme point de départ d'une définition générale de l'expression « de nature législative ». La Cour s'arrête sur trois expressions qui déterminent les éléments du contenu et de l'effet. La Cour écrit :

« Les expressions sur lesquelles il faut s'arrêter dans le citation qui précède, en ce qui concerne le contenu et l'effet des décrets, sont « règle de conduite », « force de loi » et « un nombre indéterminé de personnes ». Une « règle de conduite » peut être décrite comme une règle qui fixe des normes de conduite, qui détermine de quelle manière des droits sont exercés et des responsabilités sont remplies. Si on rattache à l'expression « force de loi », la règle doit être unilatérale et avoir un effet juridique obligatoire. Finalement, elle doit également s'appliquer à « un nombre indéterminé de personnes », c'est-à-dire, qu'elle doit s'appliquer de façon générale plutôt que viser des personnes ou des situations précises. »¹³¹

¹²⁶ *Supra* note 27.

¹²⁷[1981] 1 R.C.S. 312

¹²⁸*Ibid.* à la p. 329.

¹²⁹*Re Manitoba, supra* note 27, à la p. 224.

¹³⁰Canada, *Troisième rapport du Comité spécial sur les instruments statutaires*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, à la p. 14 : «un règlement est une règle de conduite, décrétée par une autorité réglementante conformément à une loi du Parlement, qui a force de loi pour un nombre indéterminé de personne».

¹³¹ *Re Manitoba, supra* note 27, aux p. 224-225.

Cette décision de la Cour suprême reprenait donc la doctrine quant au critère de la règle de droit ayant force de loi et visant un nombre indéterminé de personnes pour le contenu et l'effet. La Cour suprême nous enseigne également qu'il faut observer l'ensemble du processus législatif pour déterminer la nature des actes. Ce principe a été élaboré dans l'affaire *Sinclair c. Québec (P.G.)*¹³², où la Cour devait statuer sur l'application de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* à différents décrets, avis et lettres patentes portant sur la fusion des villes de Rouyn et de Noranda. Ces textes avaient été imprimés et rédigés en français seulement. Après avoir déterminé que chacun des textes étaient de nature législative, la Cour a conclu qu'« [o]n ne peut se soustraire aux exigences de l'art. 133 au moyen de la fragmentation artificieuse du processus législatif en une série d'étapes distinctes, pour ensuite prétendre que chaque étape, étudiée séparément, n'est pas de nature législative. »¹³³

Dans l'affaire *Fédération canadienne de la faune c. Canada*¹³⁴, il a été jugé que le caractère obligatoire d'un texte législatif est une condition essentielle à la détermination de sa nature. Il est nécessaire que ce texte ait une portée générale, donc qu'il lie également son auteur¹³⁵. Ce critère de l'effet, en raison de la force obligatoire d'un texte, a été repris dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Canada*¹³⁶, où la Cour se prononçait sur la nature d'une directive. Selon la Cour, il ne faut pas s'arrêter au terme « directive » pour en déterminer la nature; il faut plutôt regarder l'effet véritable de la

¹³² [1992] 1 R.C.S. 579.

¹³³ *Ibid.* p. 593.

¹³⁴ *Fédération canadienne de la faune c. Canada* [1989] 3 C.F. 309 (1re inst.), conf. par [1989] 3 C.F. F-24 (C.A.F.).

¹³⁵ Voir la discussion plus approfondie de cet élément à la p.44, ci-dessous.

¹³⁶ [1992] 1 R.C.S. 3

disposition. Dans cette affaire, la Cour conclut « que le législateur fédéral a opté pour l'adoption d'un mécanisme de réglementation auquel on est soumis « légalement » et dont on peut obtenir l'exécution par bref de prérogative »¹³⁷. Il est à noter que c'est « parce que ces directives avaient force de loi (et donc en raison de leur contenu et de leur effet) que la Cour a conclu à leur nature législative. Le processus (la forme) n'aura servi qu'à la seule fin d'interpréter l'intention du législateur d'autoriser la prise d'un texte ayant force de loi »¹³⁸. En effet, selon la Cour :

« il s'agit d'une directive qui n'est pas simplement autorisée par une loi, mais qui doit être officiellement adoptée par "arrêté" et promulguée en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, sur approbation du gouverneur en conseil. Ce processus contraste vivement avec le processus habituel d'établissement de directives de politique interne ministérielle destinées à exercer un contrôle sur les fonctionnaires relevant de l'autorité du ministre. À mon avis, il s'agit là d'une distinction essentielle »¹³⁹.

La Cour suprême du Canada s'était déjà prononcée sur la nature d'une directive dans l'arrêt *Martineau c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*¹⁴⁰.

Dans cette affaire, la question était de déterminer si un comité était légalement soumis à une directive concernant les mesures disciplinaires prises contre les détenus. La majorité de la Cour a statué que le comité en question n'était pas lié par les directives, le critère déterminant ici étant que la directive n'avait pas force de loi. En considérant les directives, le juge Pigeon indique à la page 129 :

« Il est *significatif qu'il n'est prévu aucune sanction pour elles* et, bien qu'elles soient autorisées par la Loi, elles sont nettement de nature administrative et non législative. Ce n'est pas en qualité de législateur que le commissaire est habilité à établir des directives, mais en qualité d'administrateur. Je suis convaincu qu'il

¹³⁷ *Friends of the Oldman River Society c. Canada, ibid*, à la p. 36.

¹³⁸ J. Legault et J. Desjardins, « Commentaires d'arrêt – Droit administratif – Législation déléguée – Critères indicatifs de la nature législative d'un texte : Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba » (1994) 73 R. du B. can. 573 à la p. 580.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ [1978] 1 R.C.S. 118.

aurait l'autorité d'établir ces directives même en l'absence d'une disposition législative expresse »¹⁴¹.

On peut donc dire que le pouvoir législatif est de nature discrétionnaire et qu'il établit une règle de conduite d'application générale. Cette règle a force de loi, elle lie son auteur et les personnes qu'elle vise.

2. Pouvoir administratif

Certains auteurs qualifient le pouvoir administratif de « résiduaire en ce sens qu'est administratif le pouvoir qu'on ne peut qualifier de pouvoir lié ni de pouvoir quasi judiciaire »¹⁴². Les principales caractéristiques du pouvoir administratif sont qu'il est de nature discrétionnaire et qu'il adapte un schème législatif à des cas individuels, soit de façon *ad hoc* ou sur la base de directives n'ayant pas force de loi. Comme le mentionne le juge Dickson dans *B.C. Development Corp. c. Friedmann (Ombudsman)*¹⁴³: « la pierre de touche d'un acte administratif est l'adoption, la formulation ou l'application par le gouvernement d'une politique générale dans des situations particulières. »

Il est important de faire la distinction entre le pouvoir administratif et le pouvoir législatif, car bien que ces deux pouvoirs soient discrétionnaires, ils se distinguent au niveau de la portée; celle-ci étant générale pour le pouvoir législatif et individuelle pour le pouvoir administratif. Dans l'affaire *C.P. c. C.C.T.*¹⁴⁴ le juge MacGuigan fait cette distinction et écrit : « [l]'acte législatif, original ou délégué, et l'acte administratif sont

¹⁴¹ *Ibid.*, à la p. 129 [Nos italiques].

¹⁴² J.-P. Villaggi, « La justice administrative Droit public et administratif » dans *Droit public et administratif - Collection de droit 1996-1997*, t. 7, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 21, à la p. 24.

¹⁴³ *Supra* note 96, à la p. 471.

¹⁴⁴ *Supra* note 97.

étroitement liés: ils décrivent la même réalité. L'acte législatif précède l'acte administratif qui en découle. L'acte législatif établit des critères que l'acte administratif met en application »¹⁴⁵.

Dans cette même affaire, le juge MacGuigan reprend cette distinction qui avait été décrite par S.A. de Smith :

« Une distinction que l'on fait souvent entre les actes législatifs et les actes administratifs est celle qui existe entre le général et le particulier. Un acte législatif est le résultat de la création et de la promulgation d'une règle de conduite générale indépendamment de cas particuliers; il est impossible de donner une définition exacte d'un acte administratif, mais il comprend l'adoption d'une politique, l'établissement et l'imposition d'une directive spécifique, et l'application d'une règle générale à un cas particulier conformément aux exigences de la règle de conduite ou pour des raisons de convenance ou de pratique administrative »¹⁴⁶.

Une seconde distinction existe entre le pouvoir législatif et le pouvoir administratif, à savoir que ce dernier n'a pas force de loi¹⁴⁷. Dans l'affaire *Mead Johnson Canada c. Robillard*¹⁴⁸ la Cour supérieure du Québec a établi la distinction entre un règlement et une directive. Selon la Cour, un règlement est un acte normatif qui pose une règle de conduite, il est édicté en vertu d'une loi, il offre une portée générale et il a force de loi, alors qu'une directive pose une règle de conduite, de contenu normatif interne, sans imposer toutefois une règle légale de comportement ou une obligation chez les administrés, elle est émise en vertu d'un pouvoir général de direction de l'autorité administrative, elle est de portée restreinte et finalement elle n'a pas force de loi¹⁴⁹.

¹⁴⁵ *Ibid.*, à la p. 149.

¹⁴⁶ *Ibid.* aux p. 149-150.

¹⁴⁷ *Martineau c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, supra note 140.

¹⁴⁸ [1995] R.J.Q. 1089 (C.S.).

¹⁴⁹ *Ibid.* aux p. 1101 à 1104.

À la lumière de ce qui précède nous pouvons affirmer que les directives émises par le chef d'état-major de la défense en conformité avec le paragraphe 18(2) de la LDN et de l'article 1.23 des ORFC sont de nature administrative. Ces directives sont émises « pour donner effet aux décisions et instructions du gouvernement fédéral ou du ministre »¹⁵⁰, ce qui fait référence au rôle du chef d'état-major de la défense qui est d'assurer « la direction et les gestion des Forces canadiennes »¹⁵¹. De plus, l'article 1.23 des ORFC prévoit que les directives du chef d'état-major de la défense sont émises, soit dans l'accomplissement de ses fonctions en vertu de la *Loi sur la défense nationale*, soit pour expliquer les règlements ou les mettre à exécution. L'adaptation d'un schème législatif et le fait d'apporter des précisions à un plan réglementaire sont des pouvoirs de nature administrative¹⁵².

Quant à l'élément de la force de loi, il est légitime de se demander si cet élément change la nature des directives du chef d'état-major de la défense. Dans l'affaire *Ainsley*¹⁵³ la Cour a invalidé des directives émises par la Commission des valeurs mobilières, du fait que ces directives étaient de nature législative et que la Commission n'avait pas le pouvoir de prendre des règlements. La Cour a conclu que les directives étaient des textes de nature législative, en raison de leur forme et de la possibilité de sanction. La Cour expose trois limites aux instruments non réglementaires : « [a] non-statutory instrument can have no effect in the face of contradictory statutory provision or regulation (...). Nor

¹⁵⁰ *Loi sur la défense nationale*, *supra* note 2, para. 18(2).

¹⁵¹ *Id.* para 18(1).

¹⁵² Ministère de la Justice Canada, *supra* note 28, à la p. 8 : « Le Ministère est d'avis que si ce document est technique, le pouvoir de l'établir peut être considéré comme étant de nature administrative car le fait d'apporter des précisions à un plan réglementaire au moyen de l'incorporation par renvoi n'équivaudrait pas à un acte législatif. ».

can a non-statutory instrument pre-empt the exercise of a regulator's discretion in a particular case (...). Most importantly, (...) a non-statutory instrument cannot impose mandatory requirements enforceable by sanction; that is, the regulator cannot issue *de facto* laws disguised as guidelines. »¹⁵⁴

Selon la Cour, il faut évaluer si l'effet de la directive est de nature réglementaire. À cette fin, le vocabulaire utilisé n'est pas déterminant. La Cour propose deux facteurs : la forme et le pouvoir de sanction. La Cour écrit :

« The first factor is the format of the statement. Guidelines connote general statements of principles, standards, criteria or factors intended to elucidate and give direction (...). The second factor is the linkage made in Policy Statement 1.10 between the Commission's power to sanction in the public interest and its pronouncement that the practices set out in the policy statement accord with the public interest. That connection gives the Policy Statement a coercive tone. (...) The threat of sanction for non-compliance is the essence of a mandatory requirement. »¹⁵⁵

Il faut toutefois distinguer cette décision du cas des directives émises par le chef d'état-major de la défense puisque la sanction est prévue dans la LDN. J.M. Keyes écrit :

« In *Ainsley* it was clear that the Commission had no authority to make legislation. However, this question may be so easily resolved in other cases. It depends on whether there is anything in the enabling legislation suggesting that the instrument is to have binding effect. As a minimum, an instrument with binding effect must be clearly authorized. However, there must also be some indication of its binding character, for example the provision of penalties for contravention or an enabling provision cast in terms of some instrument that generally has a mandatory character, such as a « regulation » or « order ». The nature of the person or body authorized to make the instrument is also relevant: instruments made by upper level bodies, such as the Cabinet, are more likely to have a binding character than those made by lower level officials. »¹⁵⁶

¹⁵³ *Ainsley Financial Corp. c. Ontario (Securities Commission)* (1994), 21 O.R. (3d) 104 (C.S.Ont.).

¹⁵⁴ *Ibid.* à la p. 109.

¹⁵⁵ *Ibid.* à la p. 111.

Dans le cas des directives émises par le chef d'état-major de la défense, il ressort clairement de la LDN que le Législateur, en adoptant l'article 129 de la LDN, avait l'intention de leur donner force de loi à l'égard des militaires soumis au *Code de discipline militaire*. Toutefois, on ne peut dire que ces directives ont force de loi dans le sens prévu par la jurisprudence, puisqu'elles ne lient pas leur auteur. En effet, le chef d'état major de la défense peut déroger à ses directives dans des cas particuliers. Le professeur Patrice Garant précise le sens de cet élément :

« Que signifie l'expression « ayant force de loi »? Cela signifie non seulement que l'acte a un effet normatif et décisif ou exécutoire *erga omnes* ou à l'égard des tiers, comme on l'affirme généralement, mais qu'il lie également son auteur.

Le véritable règlement lie son auteur en ce sens que l'autorité réglementaire *ne peut en écarter l'application* dans un cas particulier. »¹⁵⁷

De plus, les directives du chef d'état-major de la défense ne répondent pas au critère de la forme, c'est-à-dire que ces directives ne nécessitent pas une action positive du gouvernement pour leur insuffler la vie¹⁵⁸.

La force obligatoire des directives du chef d'état-major de la défense à l'égard des militaires soumis au *Code de discipline militaire* existe en raison de l'effet de l'article 129 de la LDN et non pas en raison de la nature des directives, qui demeurent administrative.

C'est donc dire que ces directives, tout en conservant leur nature administrative, ont force de loi à l'égard des militaires soumis au *Code de discipline militaire* par l'effet de

¹⁵⁶ *Power Tools*, supra note 57, à la p. 150.

¹⁵⁷ P. Garant, *Droit administratif*, t. 1, 3^e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991, à la p. 349 [nos italiques].

l'article 129 de la LDN. La ligne est parfois difficile à tracer entre un pouvoir administratif et un pouvoir législatif¹⁵⁹. Il est donc essentiel que les directives du chef d'état-major de la défense respectent les limites des pouvoirs administratif et législatif. Celui-ci doit également porter une attention particulière au respect des pouvoirs réglementaires du ministre, du Conseil du Trésor et plus particulièrement du gouverneur en conseil¹⁶⁰, puisque le pouvoir d'émettre des normes de nature disciplinaire lui a été attribué par le paragraphe 12(1) de la LDN¹⁶¹.

La DOAD 5012-0 décrit la politique des Forces canadiennes relativement au harcèlement dans le milieu de travail. Cette DOAD prévoit les modalités d'application de la politique mais aussi qu'« aucun membre des FC (...) ne doit harceler autrui dans le milieu de travail. »¹⁶² Il ne fait pas de doute que les modalités d'application de la politique sur la prévention et la résolution du harcèlement est de nature administrative et qu'elle est un exercice valide du pouvoir du chef d'état-major de la défense d'émettre des directives.

¹⁵⁸ *P.G. (Québec) c. Blaikie et al.*, supra note 127, à la p. 239.

¹⁵⁹ *Perimeter Aviation*, supra note 93, à la p. 125 : « The cases I have been referred to indicate that there is sometime a fine line to be drawn between powers that are legislative or administrative. »

¹⁶⁰ *Fédération canadienne de la faune c. Canada*, supra note 134 et *Swan c. Canada* (1990) 31 F.T.R. 241, *Brant Dairy Co. c. Milk Comm. of Ontario*, [1973] R.C.S. 131 et *Power Tools*, supra note 57, à la p. 154.

¹⁶¹ *Loi sur la défense nationale*, supra note 2, a. 12.

« 12. (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements concernant l'organisation, l'instruction, la discipline, l'efficacité et la bonne administration des Forces canadiennes et, d'une façon générale, en vue de l'application de la présente loi.

(2) Sous réserve de l'article 13 et des règlements du gouverneur en conseil, le ministre peut prendre des règlements concernant l'organisation, l'instruction, la discipline, l'efficacité et la bonne administration des Forces canadiennes et, d'une façon générale, en vue de l'application de la présente loi.

(3) Le Conseil du Trésor peut, par règlement :

a) fixer les taux et conditions de versement de la solde des juges militaires;

b) fixer, en ce qui concerne la solde et les indemnités des officiers et militaires du rang, les suppressions et retenues;

c) prendre toute mesure concernant la rémunération ou l'indemnisation des officiers et militaires du rang qu'il juge nécessaire ou souhaitable de prendre par règlement pour l'application de la présente loi. »

Cette conclusion ne semble pas aussi évidente lorsqu'il s'agit de l'obligation pour les militaires de ne pas harceler autrui dans le milieu de travail. Pouvons-nous qualifier cette directive de nature administrative ? Est-ce que le chef d'état-major de la défense pourrait écarter l'application de cette directive dans un cas particulier ? S'agit-il d'une norme de nature disciplinaire qui relève du gouverneur en conseil ? Comme il ne s'agit pas ici d'analyser la légalité de cette DOAD, mais plutôt de s'en servir comme exemple, nous ne proposerons pas de réponse à ces questions.

B. Langue

À la lumière des principes établis par la Cour suprême dans l'arrêt *Manitoba*¹⁶³, il ne fait aucun doute que les directives incorporées par renvoi à l'article 129 de la LDN doivent être accessibles dans les deux langues officielles. En effet, l'article 129 de la LDN est un texte législatif, l'incorporation est véritable et le document incorporé est produit par le gouvernement fédéral. Face à une DOAD unilingue, l'article 129 de la LDN serait vraisemblablement sans effet.¹⁶⁴

Qu'en est-il lorsque la DOAD incorpore à son tour un autre document ? Selon les critères de la Cour suprême dans l'arrêt *Manitoba*¹⁶⁵, l'obligation de bilinguisme s'applique lorsque le texte primaire auquel le document s'incorpore est un texte législatif. Une DOAD n'étant pas un texte de nature législative, l'obligation de bilinguisme ne s'appliquerait pas au texte incorporé. En effet, un pouvoir distinct permet l'émission de

¹⁶² DOAD 5012-0 « Prévention et résolution du harcèlement ».

¹⁶³ *Re Manitoba*, *supra* note 27.

¹⁶⁴ Ministère de la Justice Canada, *supra* note 28, à la p. 6; *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba* [1985] 1 R.C.S. 721; *Collier*, *supra* note 99; *Perils of the Unknown*, *supra* note 108, aux p. 598-599.

ces documents¹⁶⁶. Cette conclusion représente l'état du droit tel qu'il existe à la lumière de l'arrêt Manitoba¹⁶⁷. Cependant, certaines réserves doivent être faites. La jurisprudence a déjà reconnu que l'incorporation par renvoi ne peut servir à éviter l'obligation constitutionnelle de bilinguisme¹⁶⁸. Donc, si nous prenons pour exemple la DOAD 5012-0 qui incorpore par renvoi les *Lignes directrices sur la prévention et la résolution du harcèlement*, nous croyons qu'il serait fort difficilement justifiable de ne pas rendre ce texte disponible dans les deux langues officielles, puisqu'il s'agit d'un document interne produit par le gouvernement. Une telle pratique pourrait être considérée comme portant atteinte au principe de la primauté du droit¹⁶⁹.

C. Accessibilité et intelligibilité

La *Loi sur la défense nationale* prévoit un mécanisme de publication des ordres et des directives du chef d'état-major de la défense. L'article 51 de la LDN prévoit que les formalités de publication des ordres et directives sont prévues par règlement¹⁷⁰. En vertu de ce qui suit, une directive incorporée par renvoi qui respecte les formalités de la *Loi sur la défense nationale* et des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC) sera vraisemblablement accessible. Les dispositions pertinentes des ORFC sont les suivantes :

¹⁶⁵ *Re Manitoba*, supra note 27.

¹⁶⁶ *R. c. Sims*, supra note 111, au para. 33; voir ci-dessus, à la p. 43.

¹⁶⁷ *Re Manitoba*, supra note 27.

¹⁶⁸ *Collier*, supra note 99, à la p. 562.

¹⁶⁹ *Incorporation par renvoi*, supra note 27, aux p. 257-258.

¹⁷⁰ *Loi sur la défense nationale*, supra note 2, para. 51(1) : « Il suffit, pour que les règlements ainsi que les ordres et directives destinés aux Forces canadiennes soient considérés comme régulièrement notifiés, qu'ils aient été publiés de la manière réglementaire, dans l'unité – ou tout autre élément – où sert l'intéressé. »

Article 1.12 – Règlements et ordres mis à la disposition des militaires

« Un commandant doit tenir à la disposition de tous les militaires intéressés les règlements pris et les ordres émis en application de la Loi sur la défense nationale. »

Article 1.21 – Notification par réception des règlements, ordres et directives

« Sous réserve du paragraphe 51(2) de la *Loi sur la défense nationale* (voir l'article 1.20 – *Notification des règlements, ordres et directives – force de réserve*), tous règlements, ordres et directives émis aux Forces canadiennes sont censés avoir été publiés et régulièrement notifiés à toute personne intéressée si :

a) d'une part, ils sont reçus à la base, l'unité ou l'élément où cette personne est en service;

b) d'autre part, le commandant de la base, de l'unité ou de l'élément prend les mesures qui lui paraissent pratiques pour s'assurer que les règlements, ordres et directives sont portés à l'attention et mis à la disposition des personnes qui peuvent y trouver intérêt. (*Voir l'article 4.26 – Circulation des règlements, ordres, directives, correspondance et publications.*) »

Article 4.26 – Circulation des règlements, ordres, directives, correspondance et publications

« (1) Un commandant s'assure que tout règlement, ordres, directive, correspondance et publication touchant les militaires, soit quant à l'accomplissement de leurs fonctions ou quant aux conditions de leur service, reçoivent une publicité de nature à permettre à ces militaires de les étudier et se familiariser avec leur contenu.

(2) Les ordres relatifs à toute question exigeant des explications particulières sont lus et expliqués aux militaires du rang dès leur réception. »

Si la procédure de notification et de publication prévue à la *Loi sur la défense nationale* et aux ORFC est respectée, les directives devraient normalement être accessibles aux militaires. L'article 1.21 des ORFC crée une présomption de notification et de publication pour les directives qui satisfont les conditions de cette disposition. Cette procédure permet d'assurer le respect du principe de la primauté du droit relatif à la publication d'un document incorporé par renvoi, si le document incorporé est une

directive. Cette même procédure s'applique si le document incorporé incorpore à son tour un règlement ou un autre document.

Quant aux autres types de document qui pourraient être incorporés par renvoi, l'article 4.26 des ORFC prévoit l'obligation du commandant de les rendre publics. Cette obligation faite au commandant ne peut être considérée comme faisant partie de la procédure réglementaire visée à l'article 51 de la LDN, puisqu'il ne s'agit pas d'un règlement, mais d'un ordre émis par le chef d'état major de la défense. Cette obligation faite au commandant permet également d'assurer l'accessibilité des autres types de documents pouvant intéresser les militaires.

La DOAD 5012-0 incorpore le document intitulé *Lignes directrices sur la prévention et la résolution du harcèlement*. En application de l'article 4.26 des ORFC, cette publication devrait être accessible aux militaires. Ne s'agissant pas d'une directive visée par l'article 1.21 des ORFC, la présomption de notification et de publication ne s'appliquera pas à ce document. En dépit de ce qui précède, en cas d'accusation portée contre un militaire, la preuve devra être faite que le texte était suffisamment accessible¹⁷¹.

Les *Lignes directrices sur la prévention du harcèlement et la résolution du harcèlement* incorporées à la DOAD 5012-0 n'incorporent pas d'autres documents. On y retrouve

¹⁷¹ *Incorporation par renvoi*, supra note 27, à la p. 258; Ministère de la Justice Canada, supra note 28, à la p. 4 : « Par ailleurs, le règlement doit donner la référence exacte du document incorporé, afin que les administrés puissent en obtenir copie. Le document doit de plus être effectivement accessible. » et *Perils of the Unknown*, supra note 108, aux p. 598-599.

uniquement des références pour information à d'autres documents, ce qui ne constitue pas des incorporations par renvoi véritables.

Conclusion

La nécessité pour les Forces canadiennes de faire respecter la discipline passe par l'obligation imposée aux militaires d'obéir aux ordres. L'article 129 de la LDN est un outil permettant aux Forces canadiennes de faire respecter cette discipline si chère à toute force armée. Cette nécessité de faire respecter la discipline ne donne cependant pas carte blanche aux Forces canadiennes. Celles-ci doivent en effet agir dans le respect des lois qui gouvernent l'ensemble des canadiens. En dépit de ce que nous serions portés à croire à première vue, l'article 129 de la LDN ne permet pas d'incorporer valablement n'importe quel document.

Nous avons vu que l'effet de l'article 129 de la LDN est de donner force de loi, à l'égard des militaires soumis au Code de discipline militaire, aux directives émises par le chef d'état-major en incorporant celles-ci au *Code de discipline militaire* et que le chef d'état-major a le pouvoir d'émettre des directives administratives.

En analysant individuellement chaque élément, nous avons établi que l'article 129 de la LDN permet d'incorporer par renvoi valablement des directives du chef d'état-major de la défense à la condition que celles-ci soient de nature administrative. La nature du document incorporé ne change pas du fait de son incorporation; ce n'est pas parce qu'une directive du chef d'état-major de la défense est incorporée au *Code de discipline militaire* par le paragraphe 129(2) de la LDN qu'elle change de nature et devient de nature législative. La directive demeure émise en vertu d'un pouvoir distinct; le paragraphe 18(2) de la LDN.

Nous avons également établi que l'incorporation par renvoi des directives du chef d'état-major de la défense doit se faire dans le respect des exigences de validité concernant la subdélégation, la langue, l'accessibilité et l'intelligibilité.

C'est donc dire que la *Loi sur la défense nationale* incorpore au *Code de discipline militaire* les ordres et directives validement émises par le chef d'état-major de la défense. Cette incorporation par renvoi respectera l'exigence se rapportant à la subdélégation tant qu'il s'agira de l'exercice d'un pouvoir de nature administrative et elle sera validement incorporée tant qu'elle respectera les trois autres limites de l'incorporation par renvoi. Pour être valide, les directives du chef d'état-major doivent être de nature administrative et ne pas empiéter sur les pouvoirs des différents titulaires de pouvoirs réglementaires, tout particulièrement celui du gouverneur en conseil de prendre des règlements concernant la discipline.

Il est donc primordial, voir même « vital », que le juriste qui approuve une DOAD, quant à la forme et la légalité, s'interroge sur toutes ces questions. Ainsi, même si nous avons établi que la jurisprudence autorise l'incorporation par renvoi de directives administratives internes, les trois autres limites – langue, intelligibilité et accessibilité – doivent s'appliquer pour l'évaluation de la légalité d'une incorporation par renvoi. Mais avant tout, le juriste doit s'assurer que la directive du chef d'état major de la défense est validement émise dans le respect du pouvoir attribué au chef d'état-major de la défense par l'article 18 de la LDN.

Bibliographie

LÉGISLATION

Lois

- Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-23.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5.
Loi sur l'aéronautique, L.R.C. 1970, c. A-3
Loi sur le transport par véhicule à moteur, 1953-54 (Can.), c. 59
Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. 1985, c. S-22.
Loi sur les mesures de guerres, S.C. 1915, ch. 2.
Highway Traffic Act, R.S.O. 1960, ch. 172.
Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act, R.S.O. 1950, ch. 334.

Lois constitutionnelles

- Loi Constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict, R.-U., c. 31.
Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur la Canada* (R.-U.), (1982), c. 11.

Règlements

- Règlement relatif à la circulation sur les terrains du gouvernement*, C.P. 4076, 1952 DORS 894.
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes.

JURISPRUDENCE

- Ainsley Financial Corp. c. Ontario (Securities Commission)* (1994), 28 Admin L.R. (2d) 1 (C.S.Ont.).
B.C. Development Corp. c. Friedmann (Ombudsman), [1984] 2 R.C.S. 447.
Brant Dairy Co. c. Milk Comm. of Ontario, [1973] R.C.S. 131.
Canadien Pacifique ltée c. Commission canadienne des transports, [1985] 2 C.F. 136. (C.A.).
Calder c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1980] 1 C.F. 842.
Catholique c. R., [1980] 1 W.W.R. 166 (C.S.T.N.-O.).
Coughlin c. The Ontario Highway Transport Board, [1968] R.C.S. 569.
Dick c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 309.
Fédération canadienne de la faune c. Canada, [1989] 3 C.F. 309.
Friends of the Oldman River Society c. Canada, [1992] 1 R.C.S. 3.
Hodge c. La Reine, (1883-1884) 9 A.C. 117.
Kingston c. Ontario Racing Commission (1965), 2 O.R. 10 (H.C.J.).

Dussault, R. et Borgeat, L., *Traité de droit administratif*, t. 1, 2^e éd., Ste-Foy (Qc.), Les Presses de l'Université Laval, 1984.

Evans, J.M., *De Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4^e éd., London, Stevens & Sons, 1980.

Garant, P., *Droit administratif*, t. 1, 3^e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991.

Hogg, P.W., *Constitutional Law in Canada*, 3e éd., Toronto (On.), Carswell, 1992,

Keyes, J.M., *Executive Legislation – Delegated Law Making by the Executive Branch*, Toronto (On.), Butterworths, 1993.

Laskin, B., *Laskin's Canadian Constitutional Law*, t. 1, 5^e éd., par N. Finkelstein, Toronto (On.), Carswell, 1986.

Tremblay, R., *Le renvoi*, SOQIJ, Légistique – Bulletin de rédaction législative et réglementaire, Québec (Qc.), 1987.

Ouvrages collectifs

Villaggi, J.-P., « La justice administrative Droit public et administratif » dans *Droit public et administratif - Collection de droit 1996-1997*, t. 7, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 21.

Articles

Atkinson W.J. et Lévesque, M.-C., « Délégation de pouvoirs et délégation de signature: l'exercice par des fonctionnaires des pouvoirs confiés à leur ministre », (1982) 42 R. du B. 327.

Desjardins, J. et Legault, J., « L'incorporation par renvoi dans l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon fédéral » (1991) 70 R. du B. can. 244.

Desjarins, J. et Legault, J., « Commentaires d'arrêt – Droit administratif – Législation déléguée – Critères indicatifs de la nature législative d'un texte : Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba » (1994) 73 R. du B. can. 573.

Keyes, J.M., « Power Tools : The Form and Function of Legal Instruments for Government Action » (1997) 10 C.J.A.L.P. 133.

Keyes, J.M., « Perils of the Unknown – Fair Notice and the Promulgation of Legislation », (1993) 25 Ottawa L.R. 580.

La Forest, G.V., « Delegation of Legislative Power in Canada », (1975) 21 McGill L.J. 131.

Thèses

Léveillé, M., *L'évolution de la justice pénale militaire et de l'office du Juge-avocat général*, thèse de maîtrise en droit, 1997 [non publiée].

Documents gouvernementaux

Canada, *Troisième rapport du Comité spécial sur les instruments statutaires*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969 (Président : M. MacGuigan).

Canada, *Rapport annuel du Juge-avocat général au ministre de la Défense nationale sur l'administration de la justice militaire dans les Forces canadiennes : une revue du 1er septembre 1999 au 31 mars 2000*, Ottawa, Cabinet du Juge-avocat général, 30 mai 2000.

Canada, *Rapport du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquêtes de la police militaire*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 25 mars 1997 (Président : B. Dickson).

Ministère de la Justice Canada, *L'incorporation par renvoi dans les règlements*, Formation juridique permanente, 6 juin 2000.

Autres documents

DOAD 1000-2 « Communication de politiques au sein du MDN et des FC ».

DOAD 5012-0 « Prévention et résolution du harcèlement ».

« Guide d'élaboration des Directives et ordonnances administratives de la Défense (DOAD) »