Mémoire présenté à la

Commission de la santé et des services sociaux

Assemblée nationale du Québec

Consultations particulières et auditions publiques du projet de loi n° 28

Loi visant à mettre fin à l'état d'urgence sanitaire

Le projet de loi nº 28 : une solution à court terme

Par :

Patrick Taillon

Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval

Québec (Québec)

5 avril 2022

PRÉSENTATION DE l'AUTEUR

Patrick Taillon est professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval. Il y enseigne le droit constitutionnel, les droits et libertés ainsi que le droit administratif depuis 2007. Il est en outre codirecteur du Centre d'études en droit administratif et constitutionnel (CEDAC) et codirecteur de l'axe « Institutions, justice sociale et territoires » du Centre de recherche interdisciplinaire sur la diversité et la démocratie (CRIDAQ).

On peut l'entendre en chronique, tous les lundis, à l'émission d'Antoine Robitaille, *Là haut sur la colline*, diffusée sur les ondes de QubRadio.ca. Sur les réseaux sociaux, il anime une revue de presse quotidienne de l'actualité du droit public: "*La veille du droit administratif et constitutionnel du CEDAC*". En France, Patrick Taillon est un collaborateur régulier des travaux de l'Institut Louis Favoreu de l'Université Aix-Marseille et il rédige les rapports et chroniques sur le Canada dans l'*Annuaire international de justice constitutionnelle* (AIJC). Dans le cadre de ses recherches, M. Taillon s'est vu décerner le prix de thèse du Sénat français, le prix Dupin Aîné de la Chancellerie des universités de Paris, le Prix de la jeune recherche en droit comparé, remis par la Société française de législation comparée, de même que le prix de thèse de l'Association québécoise de droit comparé.

Ses travaux portent sur la démocratie, le constitutionnalisme, le fédéralisme ainsi que sur les pratiques référendaires en droit canadien et en droit comparé. Son principal ouvrage a été publié dans la collection « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle » des éditions Dalloz, en 2012, et s'intitule *Le référendum, expression directe de la souveraineté du peuple ? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*.

EXPOSÉ GÉNÉRAL SOUS FORME DE RÉSUMÉ EXÉCUTIF

Comprendre le projet nº 28 en distinguant la forme du fond à travers trois périodes clés

Le projet de loi nº 28 est **opportun et nécessaire**, mais perfectible. Il devra surtout être éventuellement **complété par d'autres réformes législatives**. Certes, il serait juridiquement possible de sortir de l'état d'urgence sans l'adoption d'une nouvelle loi. Néanmoins, dans le cadre de la crise actuelle, cela compromettrait de toute évidence l'intérêt public.

Pour bien comprendre le sens et la portée du projet de loi nº 28, il faut circonscrire **trois périodes**. La **première** correspond au déconfinement préalable à son adoption, où le gouvernement abroge la vaste majorité des restrictions et des règles adoptées sous le régime de l'état d'urgence. La **deuxième** période est celle d'une phase transitoire. Puis, la **troisième**, celle suivant le mois de décembre 2022, met fin à l'application de l'ensemble des décrets. Ainsi, les deuxième et troisième périodes prévues par le projet de loi reflètent un pari qui, à moyen et à long terme, comporte un risque : celui d'un retour à la case départ en cas de recul de la situation pandémique. En d'autres termes, le projet de loi nº 28 repose sur l'idée qu'il serait possible de tourner la page, progressivement et irréversiblement, sur les règles sanitaires.

Il faut aussi **distinguer la forme et le fond**. Sur le plan de la forme, la mise en place d'une phase transitoire durant laquelle un nombre précis et délimité de décrets continue de produire des effets est salutaire. Elle impose au gouvernement le devoir d'impliquer l'Assemblée pour l'adoption de toutes éventuelles modifications législatives qui seraient requises dans le cadre de la lutte contre la propagation de la COVID-19. Autrement dit, elle établit **un « gel », un « moratoire » ou un « cran d'arrêt » à la gouvernance par décret**. C'est là le principal avantage du projet de loi 28. Si ce dernier est adopté, il faudra dorénavant recourir au Parlement lorsque le droit commun (ou le droit ordinairement applicable) l'impose.

Sur le fond des choses, cette phrase transitoire modifie peu de choses. Elle a pour effet de consolider le déconfinement déjà entrepris en identifiant, avec précision, les règles exceptionnelles qui continueront de produire temporairement leurs effets. Or, ici, l'approche du « gel » ou du « cran d'arrêt » rencontre potentiellement des limites. En cas de nouvelle vague, provoquée, par exemple, par un variant plus dangereux, et dans l'éventualité où la capacité de soin maximale du réseau de la santé était compromise, le projet de loi n^{o} 28 placerait le gouvernement dans une situation politiquement difficile durant la phase transitoire, mais loin d'être insurmontable sur le plan juridique. De deux choses l'une, soit le gouvernement serait alors contraint de pratiquer un « retour à la case départ », c'est-à-dire une nouvelle déclaration d'état d'urgence qui viendrait interrompre les effets bénéfiques du projet de loi n^{o} 28, soit il devrait saisir l'Assemblée d'un projet de loi urgent transposant, dans la législation, des règles restrictives qui, depuis plus de deux ans, étaient adoptées par décret pris sous l'effet de la « déclaration d'urgence ».

Le refus de prévoir le pire au cœur de la vision à court et à long terme du projet de loi n^{o} 28

Le projet de loi à l'étude repose sur une noble intention : sortir progressivement et irréversiblement de l'état d'urgence. En contrepartie, il s'avère très **peu imaginatif en ce qui concerne le développement de nouveaux outils juridiques** permettant d'inscrire, dans la « nouvelle normalité », une capacité pour le pouvoir exécutif de réintroduire certaines restrictions sanitaires, advenant que l'optimisme actuel s'estompe à l'arrivée d'un autre variant plus dangereux.

L'exemple du port du masque dans les transports publics témoigne de ce besoin réel de codifier dans le droit commun (ou le droit normalement applicable) de nouvelles délégations de pouvoirs vers l'exécutif. Si jamais, en décembre prochain, l'intérêt public commandait le port obligatoire du masque dans les transports publics, le projet de loi n^{o} 28 placerait le gouvernement devant des choix difficiles sur le plan procédural.

La première option serait vraisemblablement perçue comme un échec. Elle consisterait à pratiquer un retour à la case départ en adoptant une nouvelle déclaration d'urgence et en décrétant les restrictions qui s'imposent. La deuxième option viserait à présenter un projet de loi et à espérer son adoption rapide, à l'image de ce qu'a fait cette assemblée avec le projet de loi nº 105 (*Loi établissant un périmètre aux abords de certains lieux afin d'encadrer les manifestations en lien avec la pandémie de la COVID-19*). Encore faudrait-il toutefois que les phases administratives, gouvernementales et parlementaires préalables à la préparation, à la délibération et à l'adoption d'un tel projet de loi se déroulent en temps utile. **Entre ces deux options, il en existe une troisième** qui consiste à **anticiper et à édicter**, dès que cela sera raisonnablement possible, **des dispositions législatives déléguant au gouvernement la capacité de réintroduire certaines restrictions sanitaires lorsque les circonstances le justifient, en l'occurrence, le port du masque dans les transports publics**.

En somme, le projet de loi nº 28 est un projet de loi crépusculaire qui s'inscrit dans une politique de « *fade out* » ou de *decrescendo* des mesures sanitaires. Il s'appuie sur une forme d'optimisme, de foi en la capacité du système de santé d'affronter de nouvelles vagues. Il agit, par conséquent, comme un engagement en faveur d'un retour à la normale. Pour ce faire, une période transitoire s'impose. À ce sujet d'ailleurs, la modification du titre du projet de loi s'avère hautement pertinente afin de mieux refléter l'intention du législateur. Prévoir une sortie progressive, complète et irréversible de l'état d'urgence est certainement souhaitable, surtout après plus de deux ans d'état d'urgence. Toutefois, le rôle des parlementaires est également de prévoir le pire et, ce faisant, **de réfléchir aux outils juridiques — entre autres, des pouvoirs délégués circonscrits et encadrés — auxquels on pourra recourir en cas de recul de la situation épidémiologique**.

Sans cet effort d'anticipation, sans ce débat sur les outils à mettre en place pour éviter le retour à la case départ par l'adoption d'une nouvelle déclaration d'état d'urgence, l'adoption du projet de loi nº 28 risque de conduire les parlementaires à **d'autres rendez-vous législatifs**, et ce, aussi rapidement que l'automne prochain.

Certes, il peut sembler très sage de se laisser davantage de temps pour un examen parlementaire plus approfondi de la question après la prochaine élection. Les parlementaires auront alors plus de renseignements sur l'évolution de la situation sanitaire. Après tout, inscrire dans la nouvelle normalité, comme je le propose, des solutions qui se voulaient, à l'origine, temporaires et exceptionnelles est un exercice qui peut comporter des écueils. Toutefois, il demeure qu'**après la dissolution de l'Assemblée**, en cas de recul grave de la situation épidémiologique, **le gouvernement sera dans l'impossibilité de convoquer les parlementaires pour l'adoption de mesures d'urgence. Il sera donc contraint de pratiquer l'option du « retour à la case départ », c'est-à-dire l'adoption d'une déclaration d'urgence**. Il s'agit d'un remède plus radical et qui, dans un contexte électoral hautement polarisé par les débats partisans, pourrait s'avérer politiquement complexe. Bien sûr, ce dernier scénario est hypothétique ; il suppose un recul significatif, compromettant la capacité de soin du système de santé, et ce, dès le mois de septembre prochain. Il n'empêche que la crise de la COVID-19 a connu suffisamment de revirements imprévisibles pour justifier une réflexion sur ce genre de scénario hypothétique. J'ai néanmoins la conviction qu'un tel retour à la case départ serait vécu par plusieurs au Québec comme un échec collectif, une aggravation de la crise susceptible d'effriter la cohésion nationale.

À plus long terme, une réforme des règles qui encadrent l'état d'urgence s'impose, notamment quant au rôle de l'Assemblée en temps de crise

Parallèlement à la sortie de l'état d'urgence, un bilan et des réformes s'imposent. Sans retarder davantage la nécessaire adoption du projet de loi n^{o} 28, il faut que les parlementaires de tout horizon s'engagent — avant, pendant et après la prochaine élection — dans une réflexion, à long terme cette fois, sur les réformes appropriées aux règles qui encadrent l'état d'urgence, entre autres, en ce qui concerne le rôle de l'Assemblée nationale en temps de crise.

Certes, une telle réforme ne peut s'improviser rapidement. Elle requiert, **d'abord et avant tout, un bilan** du recours à l'état d'urgence. Considérant la durée et l'ampleur de la crise, celui-ci devrait dépasser les exigences minimales de reddition de compte actuellement prévues à l'article 129 de la *Loi sur la santé publique*. En ce sens, il pourrait **s'inspirer du comité d'examen et de l'enquête parlementaire** exigés par les articles 62 et 63 de la *Loi [fédérale] sur les mesures d'urgence*.

À cet égard, rien n'empêche le gouvernement et les membres de l'Assemblée d'expérimenter et de **s'imposer, dès maintenant et volontairement, des standards qui vont au-delà des exigences** de la *Loi sur la santé publique.* À terme, ces derniers pourraient être transposés dans les normes juridiques d'une éventuelle réforme législative.

Dans un contexte où l'autonomie constitutionnelle du Québec a souvent été fragilisée par l'exercice de la compétence d'urgence du Parlement fédéral, il faut par ailleurs affirmer et consolider la compétence d'urgence de l'Assemblée nationale dans l'ensemble des matières qui relèvent de sa compétence législative. Il en va de la défense des intérêts constitutionnels du Québec. À cet égard, la modernisation des règles sur le recours à l'état d'urgence sanitaire **devrait aussi être étendue aux autres formes d'état d'urgence relevant de la compétence du Québec**, notamment la sécurité civile, environnementale, locale, etc. Sur le plan procédural, une réforme des règles encadrant l'état d'urgence sanitaire devrait minimalement incorporer une réforme équivalente dans la *Loi sur la sécurité civile* (articles 42 et suivants). Après tout, la notion d'urgence de compétence provinciale va au-delà des questions de santé publique. Au même titre que la doctrine Gérin-Lajoie a permis de démontrer, par la pratique, que le Québec détient le prolongement extérieur de ses compétences intérieures, la gestion de l'état d'urgence par les provinces, à l'occasion de la présente crise, a opéré une rupture avec l'illusion, erronément véhiculée par plusieurs, d'un « monopole » fédéral sur les situations d'urgence.

Toujours sur le plan procédural, une modernisation du rôle de l'Assemblée nationale en temps de crise doit s'inscrire **en complémentarité avec le droit parlementaire** normalement applicable. Le droit parlementaire prévoit déjà des interpellations et des motions ; la *Loi sur la santé publique* ajoute un pouvoir considérable, celui de désavouer l'état d'urgence (article 122). Bref, cette réforme ne doit pas faire table rase des instruments parlementaires qui existent actuellement. Elle doit plutôt les **bonifier**, notamment **en s'inspirant** de ceux prévus dans la ***Loi sur les mesures d'urgence*** **du Parlement fédéral**.

À ce chapitre, deux modifications mineures au pouvoir de désaveu de l'article 122 de la *Loi sur la santé publique* pourraient très significativement changer le rôle de l'Assemblée en temps de crise. Il suffirait, d'une part, de **prévoir un temps d'examen et de délibération obligatoire et approprié des motions de désaveu** de la déclaration d'urgence. D'autre part, **une portée sélective ou partielle du pouvoir de désaveu pourrait être aménagée — ciblant le contenu précis de certains décrets** — afin de moderniser en profondeur le dispositif actuel, et ce, sans affecter l'efficacité de l'exécutif en temps de crise. En effet, dans sa teneur actuelle, le pouvoir de désaveu de l'article 122 a pour effet de coincer les parlementaires dans une approche « tout ou rien », où l'action de l'exécutif est à prendre ou à laisser. Autrement dit, il oblige les parlementaires à désavouer ou à confirmer l'entièreté du dispositif : la déclaration d'urgence et l'ensemble des décrets adoptés sous celle-ci. Il est actuellement impossible d'isoler une ou quelques normes adoptées par le gouvernement en régime d'urgence, sans, pour autant, attaquer les autres mesures associées à ce dispositif.

Des **votes de confirmation parlementaire** pourraient également être énoncés. La *Loi* [fédérale] *sur les mesures d'urgence* le prévoit à juste titre. Cela dit, un pouvoir de désaveu qui permet, à tout moment, une sanction parlementaire sur une portion ou sur la totalité du dispositif d'urgence demeure un outil de contrôle parlementaire plus robuste. L'un n'empêche pas l'autre, mais le désaveu vise des résultats similaires tout en procurant d'autres avantages, entre autres, sur le plan temporel.

À l'instar de la *Loi* [fédérale] *sur les mesures d'urgence*, il serait opportun de mieux exploiter les fonctions délibératives de l'Assemblée et de ses commissions en temps de crise. Pour ce faire, une réforme pourrait **prévoir la tenue de débats obligatoires** à l'Assemblée **durant l'état d'urgence**, l'**étude détaillée du contenu des décrets en commission**, de même qu'un dispositif d'**enquête parlementaire** dressant un bilan *a posteriori* de l'exercice du pouvoir d'urgence. Toutefois, pour ne pas entamer l'efficacité de l'action gouvernementale en temps de crise, les parlementaires québécois devraient, à l'instar de leurs homologues fédéraux, effectuer ces études détaillées du contenu des décrets en commission **sans une présence continue et obligatoire du ministre responsable**. En clair, il faut créer les aménagements institutionnels rendant possible la participation accrue des parlementaires durant la crise, sans générer pour autant un effet paralysant sur l'agenda des membres de l'exécutif, lesquels sont, du même coup, aux commandes d'une situation d'urgence souvent inédite.

Le pouvoir actuel de l'Assemblée de **convoquer des témoins** devrait, en temps de crise, être aménagé afin de garantir une capacité réelle pour les membres des oppositions d'y recourir. Ce droit, idéalement reconnu à une minorité des députés ou de membres d'une commission, devrait être raisonnablement balisé, dans le temps et dans sa forme, pour éviter de servir d'instrument d'obstruction des travaux parlementaires.

Du reste, une réforme des règles qui encadrent le recours à l'état d'urgence devrait imposer à l'exécutif d'**offrir aux parlementaires et aux citoyens une codification administrative ou une consolidation des normes contenues dans les décrets en vigueur**. Cette offre serait réitérée à chaque renouvellement de l'état d'urgence ou dès qu'un décret est modifié durant l'état d'urgence. Qu'elle soit officielle ou officieuse, une telle codification administrative du contenu des décrets s'impose afin de rendre plus accessible et compréhensible la lecture des normes adoptées par l'exécutif.

Enfin, parmi l'ensemble des idées de changements législatifs envisageables, il faut **éviter, le plus possible, d'ajouter des exigences qui complexifieraient le déclenchement de l'état d'urgence ou qui en délimiteraient le périmètre d'application**. En somme, une éventuelle réforme doit préserver deux types d'actions concurrentes et complémentaires : d'un côté, celle de l'exécutif qui doit être facilitée et simplifiée afin de pouvoir gérer efficacement la crise et, de l'autre, celle des parlementaires d'examiner, d'enquêter et de débattre à rebours et souvent a posteriori de l'action du gouvernement. Du moment où une éventuelle réforme préserve la capacité de l'exécutif d'agir promptement et efficacement pour déclencher et conduire l'état d'urgence, l'ajout, en contrepartie, de mécanismes de contrôle, de même que tous les procédés visant à accroître la capacité des parlementaires de délibérer sur la conduite de l'état d'urgence sont possibles. Dès lors que ces procédés n'entravent pas déraisonnablement l'efficacité de l'action gouvernementale en temps de crise, ils doivent être adoptés.

Un tel débat ne peut toutefois s'improviser. Un bilan et une réflexion approfondie de la part des parlementaires s'imposent au préalable. En outre, trop organiser les règles en fonction de la dernière crise seulement comporte un risque important ; un dispositif efficace et équilibré doit être en mesure de s'adapter à des crises qui sont, aujourd'hui, totalement imprévisibles.