

L'état d'urgence sanitaire au Québec : un régime de guerre ou de santé publique ?

Marie-Claude PRÉMONT*, Marie-Eve COUTURE-MÉNARD**
et Geneviève BRISSON***

The Public Health Emergency in Quebec : A War or Public Health Regime?

El estado de emergencia sanitaria en Quebec : ¿un régimen
de guerra o de salud pública?

O estado de urgência sanitária no Quebec : um regime
de guerra ou de saúde pública?

魁北克省卫生紧急状态：战时制度还是公共卫生制度？

Résumé

L'article propose une analyse des pouvoirs d'urgence sanitaire du Québec, déclenchés pour la lutte à la maladie de la COVID-19 provoquée par un coronavirus, une première depuis l'adoption en 2001 de la *Loi sur la santé publique*. Au Québec comme au Canada, les pouvoirs

Abstract

This paper provides an analysis of Quebec's public health emergency powers (*Public Health Act*) triggered for the first time since their enactment in 2001, against the coronavirus disease COVID-19. Public health emergency powers in Quebec as in Canada belong to the larger legal

* Professeure titulaire, École nationale d'administration publique et membre du Barreau du Québec et de l'Ordre des ingénieurs du Québec.

** Professeure agrégée, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

*** Professeure titulaire, Département Sociétés, territoires et développement, Université du Québec à Rimouski.

Les auteures remercient deux assistants de recherche qui ont contribué à la recherche documentaire sous-jacente à cet article. Il s'agit d'Andréjean Luc, étudiant à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, et de George Yeryomin, étudiant à la Faculté de droit de l'Université McGill.

d'urgence sanitaire appartiennent à une famille juridique plus grande, soit la famille générale des pouvoirs d'urgence, qui trouvent eux-mêmes une importante source historique d'inspiration dans les pouvoirs exercés en temps de guerre. L'article pose l'hypothèse que la conception des pouvoirs d'urgence sanitaire du Québec est étroitement modelée sur les pouvoirs d'urgence en temps de guerre, ce qui peut ainsi nous éclairer quant à leur interprétation. Les pouvoirs d'urgence sanitaire du Québec, comme les pouvoirs d'urgence en temps de guerre, se structurent entre deux pôles: d'une part, le pôle de l'amplitude exceptionnelle des pouvoirs déclenchés par l'état d'urgence, allant jusqu'à bousculer le fonctionnement régulier de l'État de droit; et d'autre part, le pôle des contraintes rigoureuses auxquelles doivent se soumettre ces pouvoirs, en contrepartie de leur puissance. La démonstration du caractère exceptionnel des pouvoirs d'urgence sanitaire est complétée en posant qu'ils vont peut-être trop loin sur le sentier guerrier lorsque la société québécoise se prive d'une contribution formelle de l'expertise des autorités de santé publique dans les processus de renouvellement de l'état d'urgence sanitaire et dans la conception des mesures imposées à des millions de personnes.

Resumen

El artículo ofrece un análisis de los poderes de emergencia sanitaria de Quebec, desencadenados por la lucha contra la enfermedad del COVID-19 causada por un coronavirus, una primicia desde la adopción en 2001 de la Ley sobre la Salud Pública. Tanto en Quebec como en Canadá, los poderes de emergencia sanitaria pertenecen a una familia jurídica más amplia, a saber, la gran familia de los

family of emergency powers, historically influenced by wartime emergency powers. This paper suggests that public health emergency powers in Quebec are closely modeled on wartime emergency powers, which may therefore shed light on their interpretation. Quebec's public health emergency powers, like wartime emergency powers, are structured between two poles: their exceptional amplitude disrupting the regular rule of law, and the pole of rigorous constraints, acting as a counterbalance of their breadth. The demonstration of the exceptional nature of health emergency powers is completed by posing that they may go too far on the warlike path, as Quebec society is hence deprived of a formal expert input from public health authorities during such sensitive decision processes of emergency state renewal and determination of the protection measures impacting the lives of millions of people.

Resumo

O artigo propõe uma análise dos poderes de emergência sanitária do Quebec, estabelecidos na luta contra a doença da COVID-19 provocada por um coronavírus, uma novidade desde a adoção em 2001 da *Lei sobre a Saúde Pública*. No Quebec como no Canadá, os poderes de emergência sanitária pertencem a uma família jurídica maior, qual seja a família geral dos poderes de emergência, que têm

poderes de emergencia, que encuentran en sí mismos una importante fuente histórica de inspiración en los poderes ejercidos en tiempo de guerra. El artículo plantea la hipótesis de que la concepción de los poderes de emergencia sanitaria en Quebec está rigurosamente moldeada por los poderes de emergencia en tiempo de guerra, lo que, por lo tanto, puede arrojar luz sobre su interpretación. Los poderes de emergencia sanitaria de Quebec, al igual que los poderes de emergencia en tiempo de guerra, se estructuran entre dos polos: por un lado, el polo de la amplitud excepcional de los poderes activados por el estado de emergencia, que van hasta alterar el funcionamiento regular del Estado de derecho; y, por otro lado, el polo de las rigurosas restricciones a las que estos poderes deben someterse, a cambio de su poder. La demostración del carácter excepcional de los poderes de emergencia sanitaria se completa planteando que van de pronto demasiado lejos por el camino de batalla cuando la sociedad quebequense se priva de una contribución formal de la experiencia de las autoridades de salud pública en el proceso de renovación del estado de emergencia sanitaria y en la concepción de las medidas impuestas a millones de personas.

importante fonte histórica de inspiração nos poderes exercidos em tempos de guerra. O artigo coloca a hipótese que a concepção dos poderes de emergência sanitária do Quebec é estritamente modelada sobre os poderes de emergência em tempos de guerra, o que pode esclarecer quanto à sua interpretação. Os poderes de emergência sanitária do Quebec, como os poderes de emergência em tempos de guerra, se estruturam em dois polos: de uma parte, o polo da amplitude excepcional dos poderes desencadeados pelo estado de emergência, indo ao ponto de esbarrar no funcionamento regular do Estado de Direito; e de outra parte, o polo das restrições rigorosas as quais devem se submeter esses poderes, em contrapartida de sua potência. Completa-se a demonstração do caráter excepcional dos poderes de emergência sanitária com a ideia de que eles vão talvez muito longe no caminho de guerra, privando a sociedade quebequense da contribuição formal que se poderia ter da expertise das autoridades de saúde pública no processo de renovação do estado de emergência sanitária e na concepção das medidas impostas a milhões de pessoas.

摘要

本文分析了魁北克省为应对新冠病毒而动用的卫生紧急权力，这是自2011年《公共卫生法》通过以来首次动用。魁北克省和加拿大一样，卫生紧急权力属于更大的法律范畴——紧急权力范畴，其重要的历史渊源来自战时行使的权力。本文提出魁北克省卫生紧急权力的概念与战时紧急权力密切相关，因此这有助于阐明这些权力的解释问题。魁北克省卫生紧急权力和战时紧急权力一样，需从两方面进行解读：一方面它动摇法治的常规运行，另一方面又对这些权力施以严格的限制。强调卫生紧急权力的特殊性还需指出，它们可能比战时权力走得更远，因为在延长卫生紧急状态和在向几百万民众施加公共限制措施的决策过程中，公共卫生当局并没有向魁北克社会提交正式的专业知识。

Plan de l'article

Introduction	239
I. L'amplitude des pouvoirs d'urgence	245
A. La concentration et l'amplitude du pouvoir (même législatif) entre les mains de l'Exécutif	245
B. Des formalités et des délais réduits à leur plus simple expression	249
C. Un choc avec les droits de la personne et le contrôle judiciaire	250
D. Le bouleversement de l'administration publique et du secteur privé	255
II. Les contraintes des pouvoirs d'urgence	257
A. Sous de strictes circonstances d'exception	257
B. Pendant le seul temps nécessaire, selon l'évaluation de l'Exécutif	260
C. Jamais le Parlement ne doit abdiquer ses pouvoirs	263
D. Un objectif ciblé sur la menace qui les justifie	264
III. Le rôle de l'expertise en santé publique sous l'état d'urgence sanitaire	266
A. La déclaration de l'état d'urgence sanitaire	267
B. L'adoption des mesures d'urgence	269
C. La surveillance et la mise en application des mesures adoptées	273
Conclusion	276

Le hasard a voulu que 50 ans après la crise d'octobre 1970 et la déclaration de la *Loi des mesures de guerre*¹ par Ottawa qui a alors déployé au Québec l'armée canadienne², le Québec vivait à nouveau des heures difficiles sous la houlette d'un état d'urgence déclaré pour affronter une nouvelle menace pour laquelle le gouvernement fédéral a aussi envoyé des militaires, cette fois-ci pour combattre un virus au lieu d'une insurrection dite appréhendée. Quel lien unit ces deux événements séparés par un demi-siècle? Aucun quant au fond. Toutefois, cet article pose l'hypothèse que ces épisodes ont tous les deux fait appel à des pouvoirs d'urgence exceptionnels qui sont intimement apparentés, malgré l'immense fossé qui les sépare. C'est l'hypothèse qui structure l'analyse présentée : les pouvoirs d'urgence sanitaire du Québec sont lourdement teintés par les impératifs des pouvoirs d'urgence en temps de guerre ou d'insurrection. Sans doute trop, au point de ne pas tirer le bénéfice maximum du rôle que pourrait jouer la science de la santé publique pour la gestion de la crise sanitaire.

Pris de court par l'impuissance de la médecine

Pris de court par la course meurtrière du coronavirus SARS-CoV-2, sans que la médecine puisse adéquatement le contenir, les pays ont rapidement mis en place au printemps 2020 des mesures d'urgence sanitaire dans l'objectif de ralentir la contagion des populations par le virus. La réaction du Québec s'inscrit dans le même grand schéma que celui emprunté par plusieurs pays, c'est-à-dire par la *déclaration* de l'état d'urgence sanitaire qui accorde à l'État de larges pouvoirs pour adopter de manière expéditive des mesures qui peuvent être draconiennes.

La vague du virus SARS-CoV-2, qui a provoqué la pandémie mondiale de la COVID-19, a en effet forcé le Québec à recourir au concept juridique jusqu'alors quasi inconnu de l'*état d'urgence sanitaire*, prévu à la *Loi sur la santé publique*³ [ci-après « LSP »]. Il s'agit d'un concept juridique qui ouvre la porte à des changements radicaux dans la gouverne de l'État et qui impose des bouleversements profonds dans le fonctionnement de la société. La

¹ Adoptée le 18 août 1914.

² À la suite de l'enlèvement par le Front de Libération du Québec (FLQ) du diplomate britannique James Cross et du ministre du Travail et de la main-d'œuvre du Québec Pierre Laporte.

³ *Loi sur la santé publique*, RLRQ c S-2.2, art 118 à 130.

déclaration de l'état d'urgence sanitaire a précipité le Québec, comme plusieurs pays, dans un invraisemblable confinement qui a paralysé l'ensemble de la société. Ce confinement du printemps 2020 a été suivi d'un *déconfinement* à l'été puis d'un *reconfinement* à l'automne, dont chaque étape s'avère toujours plus périlleuse, alors que les oppositions aux mesures imposées prennent une ampleur qui s'accroît avec l'étirement dans le temps de l'état d'urgence sanitaire. Nul ne peut prédire, au moment d'écrire ces lignes, ce que nous réservent les prochaines semaines ou les prochains mois quant au maintien de cet état d'urgence sanitaire.

L'analogie de la guerre

Plusieurs dirigeants d'État ont utilisé, dès les débuts de la pandémie, l'analogie de la *guerre* au virus pour expliquer et convaincre la population de l'urgence réelle et du caractère approprié des mesures imposées qui exigent de grands sacrifices de la part de leurs citoyens. Cette analogie n'est pas extravagante en ce qui concerne le Québec, puisque les pouvoirs mis en œuvre appartiennent justement à la même famille de droit que ceux qui ont historiquement été utilisés en vertu de la *Loi des mesures de guerre* du Canada pendant les deux grandes guerres ainsi que pendant la Crise d'octobre 1970 évoquée en liminaire. En plus de confirmer le lien étroit avec les pouvoirs de guerre, l'analogie guerrière souligne la sévérité de la menace à combattre et annonce le chambardement qu'elle provoque de la tête aux entrailles de l'État et de la société.

On a ainsi pu observer, même pour les pays de démocratie libérale, que les Parlements ont prestement été mis en berne pendant qu'une petite garde rapprochée, formée des hauts dirigeants de l'État et des responsables de la santé publique, a pu prendre, sans autre procès ni préliminaire, la direction de la gestion de crise et décréter des mesures de protection d'une ampleur exceptionnelle.

L'article pose l'hypothèse que la conception des pouvoirs d'urgence sanitaire du Québec dans la LSP a été étroitement calquée sur les pouvoirs d'urgence en temps de guerre. La discussion de cette hypothèse est présentée en trois sections. Dans les deux premières sections, les similitudes entre les caractéristiques des pouvoirs d'urgence en temps de guerre et les pouvoirs d'urgence sanitaire de la LSP sont relevées en distinguant le double caractère des pouvoirs d'urgence : son ampleur (I) et ses contraintes (II).

Dans la troisième section, une analyse du rôle réservé à la santé publique sous l'état d'urgence sanitaire souligne sa mise en berne relative, résultat d'un régime sanitaire inspiré trop largement d'un régime de guerre (III).

L'analyse proposée se veut plus exploratoire que définitive, à la lumière de l'apprentissage collectif auquel nous convie la présente crise sanitaire, pour le meilleur et pour le pire.

La constitution canadienne et la guerre

Il importe d'abord de répondre à une première objection qui pourrait être opposée à l'argument présenté. Comment peut-on prétendre qu'un pouvoir de la province, le pouvoir d'urgence sanitaire du Québec, s'inspire et est structuré sur les bases d'un champ de compétence exclusivement attribué à l'État fédéral : le pouvoir d'urgence en temps de guerre ? En effet, la *Loi constitutionnelle de 1867* réserve à l'instance fédérale les compétences en matière de défense du pays⁴, de sorte que seul le fédéral peut agir directement dans ce champ, non seulement quant à la déclaration de la guerre, mais aussi quant à la constitution d'une armée et toutes décisions directement liées à la participation ou la prévention d'une guerre ou d'une insurrection.

C'est sur la base de ce pouvoir que l'État fédéral a adopté en 1914 la *Loi des mesures de guerre*⁵, dont il a proclamé l'application pendant les deux guerres mondiales, lui permettant notamment de mettre en place une réglementation extensive et de nombreux mécanismes de contrôle des prix et du commerce pour une grande variété de biens, parfois même longtemps après la cessation de la guerre, comme pour le contrôle des loyers⁶ ou pour la déportation des Canadiens d'origine japonaise, validée par le Conseil privé⁷.

⁴ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 91(7) : « la milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays ».

⁵ La loi porte alors en anglais le titre suivant : *An Act to confer certain powers upon the Governor in Council and to amend the Immigration Act*, 5 George V, c 2. L'article 1 précise que la loi peut être citée sous *The War Measures Act, 1914*. Dans les lois refondues de 1927, elle porte le nom *Loi ayant pour objet de conférer certains pouvoirs au gouverneur en son conseil dans le cas de guerre, d'invasion ou d'insurrection*, SR 1927, c 206. Le titre abrégé est *Loi des mesures de guerre*.

⁶ *Re Wartime Leasehold Regulations*, [1950] RCS 124.

⁷ *Committee on Japanese Canadian v AG Canada*, [1947] AC 87.

Le Canada étant un État fédéral, l'analyse des pouvoirs d'urgence y revêt une complexité que ne connaissent pas les États unitaires⁸. La Constitution canadienne, à l'instar du droit constitutionnel britannique dont elle s'inspire⁹, a aussi été interprétée comme disposant de pouvoirs d'urgence implicites, découlant de la prérogative royale et de la common law, ainsi que de la doctrine de la loi martiale¹⁰. Ce pouvoir d'urgence appartient tant à l'État fédéral qu'aux États provinciaux dans l'exercice de leurs champs de compétence respectifs, dans la mesure où ils répondent aux caractéristiques qu'impose le droit constitutionnel¹¹, comme nous le verrons à la section suivante.

La compétence en matière de santé publique face à une menace située dans la province et reliée à un champ de compétence provinciale a tôt fait d'être également reconnue de compétence provinciale. Les pouvoirs d'urgence pour y faire face sont du coup également attribués au niveau de l'État provincial, comme en a décidé la Cour du banc de la Reine en 1886¹². Il n'est donc pas contraire au droit constitutionnel que la structuration d'un pouvoir d'urgence conféré à la province dans un domaine (celui de la santé publique) puisse s'inspirer du pouvoir d'urgence exercé par le fédéral dans un autre champ qui lui est propre, soit celui de la guerre.

Précisons que cet article ne vise pas à soutenir que le fédéral pourrait ou devrait exercer davantage de pouvoirs d'urgence en période de crise sanitaire, comme certains auteurs le suggèrent¹³, pendant que d'autres soutiennent que la répartition actuelle des pouvoirs entre le fédéral et les pro-

⁸ Michel Deschênes, « Les pouvoirs d'urgence et le partage des compétences au Canada » (1992) 33 C de D 1181; Keri Gammon, "Pandemics and Pandemonium: Constitutional Jurisdiction over Public Health" (2006) 15 Dal J Leg Stud 1.

⁹ La *Loi constitutionnelle de 1867* du Canada précise à son préambule qu'elle repose sur les mêmes principes que la Constitution du Royaume-Uni.

¹⁰ Deschênes, *supra* note 8; Chantal Lavoie, « L'action administrative en temps de crise: Analyse de la *Loi sur les mesures de guerre* » (1987) 1 Revue de droit des étudiants de l'Université Laval 119.

¹¹ Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Thompson Reuters, Toronto, 2019 aux pp 17-23 à 17-25.

¹² *Rinfret c Pope*, [1886] 12 QLR 303.

¹³ Carissima Mathen, "Resisting the Siren's Call: Emergency Powers, Federalism, and Public Policy", dans Colleen M. Flood *et al.*, dir, *Vulnerable The Law, Policy and Ethics of COVID-19*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2020, chapitre A-7, 115; Amir Attaran et Kumanan Wilson, "A Legal and Epidemiological Justification for Federal Authority in Public Health Emergencies" (2007) 52:2 McGill L J 381.

vinces s'avère favorable à une meilleure prise en charge de la crise sanitaire de façon décentralisée et mieux adaptée à la diversité des situations à travers le Canada¹⁴.

Il importe de préciser aussi que le droit constitutionnel canadien reconnaît au fédéral un pouvoir d'urgence qui lui est exclusif, en tant que branche de son pouvoir de maintien de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement (préambule de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*), par laquelle il peut même aller jusqu'à écarter temporairement certaines compétences provinciales en temps de crise¹⁵.

Les pouvoirs d'urgence associés à une compétence attribuée appartiennent donc autant à l'ordre fédéral que provincial, et ce, chacun dans ses champs de compétences¹⁶. En plus de l'urgence en temps de guerre¹⁷ ou de l'urgence sanitaire ici analysées, l'urgence d'une intervention des pouvoirs publics peut aussi être nécessaire dans d'autres contextes, comme celui de l'urgence civile (provoquée par exemple par des risques d'inondations ou de glissements de terrains)¹⁸.

Hormis l'affaire *Rinfret*¹⁹, qui concerne une loi adoptée sous le Canada-Uni²⁰ et sur laquelle s'appuie le Québec en 1885 pour prendre des mesures face à l'épidémie de variole qui fait rage, nos recherches n'ont pas révélé de décisions de tribunaux québécois qui pourraient mieux nous renseigner spécifiquement sur l'interprétation judiciaire de l'exercice des pouvoirs

¹⁴ Patrick Fafard, Lindsay A. Wilson, Adèle Cassola et Steven J. Hoffman, "Communication about COVID-19 from Canadian provincial chief medical officers of health: a qualitative study" (2020) 8:3 CMAJ OPEN E560; David Robitaille, « La COVID-19 au Canada : le fédéralisme coopératif à pied d'œuvre », dans Colleen M. Flood *et al.*, dir, *Vulnerable The Law, Policy and Ethics of COVID-19*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2020, chapitre A-4, 79.

¹⁵ David Robitaille, « Confinements, déplacements et urgence nationale: le partage des compétences en temps de crise sanitaire » [2020] 98:1 Can Bar Rev 144; Hogg, *supra* note 11 aux pp 17-19 à 17-28.

¹⁶ Deschênes, *supra* note 8.

¹⁷ Selon la *Loi constitutionnelle de 1867*, article 91 paragraphe 7, le fédéral a compétence exclusive en matière de service militaire et défense du pays. La déclaration d'urgence en temps de guerre et les mesures d'urgence adoptées sont donc fédérales. Aujourd'hui, il s'agit de la *Loi sur les mesures d'urgence*, LRC 1985, c 22.

¹⁸ Régie au Québec par la *Loi sur la sécurité civile*, RLRQ c S-2.3.

¹⁹ *Supra* note 12.

²⁰ *Acte concernant la conservation de la santé publique*, 12 Victoria c 8; SR du Canada-Uni, c 38.

d'urgence sanitaire, qu'ils soient exercés sous l'actuelle LSP²¹ ou sous les lois de santé publique qui l'ont précédée, comme la *Loi sur la protection de la santé publique*²² ou son ancêtre la *Loi de l'hygiène publique de Québec*²³. Par contre, les tribunaux canadiens (ainsi que le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres²⁴), ont rendu des décisions déterminantes concernant l'usage des pouvoirs d'urgence au Canada (surtout en temps de guerre), où nous puiserons certains enseignements pour comparer les pouvoirs d'urgence en temps de guerre aux pouvoirs d'urgence sanitaire.

Deschênes a retenu en 1992 quatre attributs qui permettent de caractériser les pouvoirs d'urgence²⁵. Il s'agit des circonstances qui peuvent y donner ouverture; de la durée d'exercice des pouvoirs; de l'étendue des pouvoirs et, enfin, du contrôle judiciaire de leur exercice. Tout en reconnaissant la valeur de ces attributs pour décrire et analyser les pouvoirs d'urgence, nous proposons une classification différente qui retient un constat déterminant comme première distinction. Les caractéristiques des pouvoirs d'urgence sont structurées par une tension importante entre deux pôles: un pôle qui accorde une amplitude distinctive aux pouvoirs d'urgence par rapport aux pouvoirs réguliers, et un pôle opposé qui les encadre et les soumet à des contraintes. Un peu comme un étalon particulièrement fougueux, les pouvoirs d'urgence requièrent en contrepartie de leur puissance des mesures de contrôle parfois uniques. Les deux pôles sont, dans une certaine mesure, la face opposée l'un de l'autre.

Les caractéristiques (ressemblances et différences) des pouvoirs d'urgence en temps de guerre et en temps de crise sanitaire seront en conséquence réparties entre ces deux pôles de l'amplitude et de la contrainte. La section II se penche sur les caractéristiques d'amplitude des pouvoirs d'ur-

²¹ Adoptée en 2001 (LQ 2001, c 60) et entrée en vigueur en 2002. Voir aussi Lara Khoury, « Crises sanitaires et responsabilité étatique envers la collectivité », (2016) 46 RDUS 261. Une recherche quant à des actions collectives de santé publique contre l'État ne révélait que trois causes, mais aucune concernant une maladie infectieuse.

²² LRQ c P-35, abrogée en 2002.

²³ SR 1925, c 186. Deschênes, *supra* note 8, cite une affaire de santé publique du XIX^e siècle: *Municipalité du village de Saint-Louis-du-Mile End c Cité de Montréal*, [1886] 2 MLRSC 218.

²⁴ Ce comité représentait au Canada le tribunal d'appel de dernière instance jusqu'en 1949. D.M.L. Farr, « Le Comité judiciaire du Conseil privé », *L'encyclopédie canadienne*, en ligne: <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/comite-judiciaire-du-conseil-prive>>.

²⁵ Deschênes, *supra* note 8.

gence, tandis que la section III qui suit, souligne les contraintes particulières à leur exercice. On sait que toute typologie ou classification présente ses limites. Il arrivera donc que certaines caractéristiques se moulent moins bien dans l'un ou l'autre de ces deux pôles.

I. L'amplitude des pouvoirs d'urgence

A. La concentration et l'amplitude du pouvoir (même législatif) entre les mains de l'Exécutif

Le phénomène extraordinaire qui survient avec l'exercice de pouvoirs d'urgence en temps de guerre est que le pouvoir législatif de l'État passe, en partie, du Parlement à l'Exécutif. En effet, les pouvoirs d'urgence autorisent l'Exécutif de l'État à adopter, par arrêtés en conseil ou ordonnances, des règles qui peuvent aller jusqu'à contredire la loi, et non seulement la préciser, comme il est régulièrement admis en matière de législation déléguée. Il fallait donc s'attendre à ce que le phénomène soit rapidement soumis à l'examen judiciaire constitutionnel. Dans le cadre de telles contestations, les tribunaux ont été appelés à examiner la légalité du transfert à l'Exécutif de pouvoirs qui appartiennent normalement à l'organe législatif de l'État, et à qualifier la nature de ce transfert. La question devient : s'agit-il d'un transfert de pouvoirs ou d'une délégation de pouvoirs, auquel cas pourrait s'y opposer la règle *delegatus non potest delegare*²⁶.

Dès 1918, avec l'instauration de la conscription obligatoire au moment où le Canada entrait en guerre et devait envoyer sur le territoire européen un corps expéditionnaire, la Cour suprême du Canada a été saisie d'un bref d'*habeas corpus* déposé par un jeune homme qui protestait contre sa conscription obligatoire, imposée par simple règlement adopté par le gouvernement du Premier ministre Borden, alors même que la loi en vigueur lui

²⁶ Un délégué ne peut déléguer. Bora Laskin explique toutefois, en 1943, dans un commentaire d'arrêt, que la décision de la Cour suprême de la même année (*Reference Re Regulations (Chemicals) under War Measures Act*, [1943] 1 DLR 248 à la p 254) avait rejeté la maxime en tant que limite constitutionnelle à la délégation par le gouvernement de ses pouvoirs à l'administration publique, cette règle constitutionnelle ayant été reconnue plus tard : B.L., "Case and Comment. Administrative Law – War – Sub-delegation of legislative power without express statutory authorization", (1943) 21:2 *R. du B. can.* 141 à la p 146.

accordait une exemption du service militaire²⁷. Les juges majoritaires de la Cour suprême ont reconnu que les pouvoirs exercés par le conseil exécutif étaient valides, en raison des circonstances exceptionnelles qui les ont commandés et de la non-abdication des pouvoirs du Parlement. Le juge Rinfret est allé plus loin en ajoutant que l'Exécutif n'agissait pas sur simple délégation de pouvoirs, mais que la *Loi des mesures de guerre* opérait un transfert du pouvoir législatif du Parlement à l'Exécutif. Le gouvernement pouvait alors imposer une règle contraire à la loi, puisqu'elle avait le même statut que la loi²⁸.

Quant au juge Duff, son opinion est plutôt surprenante et intéressante pour l'analyse des pouvoirs d'urgence sanitaire contemporains, puisqu'il semble lire dans la *Loi des mesures de guerre* une formulation qui n'est pas aussi péremptoire qu'il l'affirme, mais qui a été fidèlement reprise dans la LSP, plus de quatre-vingts ans plus tard, sous la formulation « imaginée » par le juge Duff. Il écrit : « "Order" is a proper term for describing an act of the Governor-in-council by which he exercises a lawmaking power... ». Afin d'arriver à sa conclusion que les pouvoirs conférés à l'Exécutif par la *Loi des mesures de guerre* sont de nature législative et non pas réglementaire déléguée, il interprète les mots « orders and regulations » du paragraphe 1 de la loi comme désignant des *ordres* dont les assises sont assez larges pour fonder un pouvoir qui peut aller au-delà de l'acte réglementaire, se situant donc au-dessus de la loi.

Le juge Duff se montre téméraire dans son analyse de validation de la conscription obligatoire en posant que le Gouverneur en conseil est en mesure « d'ordonner » des mesures selon la *Loi des mesures de guerre*, et non pas de simplement adopter des règlements. Or, la *Loi des mesures de guerre* de l'époque prévoit une formulation différente de ce qu'il y lit puisqu'on y parle de l'adoption d'arrêtés et de règlements, selon la version française de la loi. En affirmant que la loi accorde à l'Exécutif de l'État d'*ordonner* les mesures, la loi lui confère un pouvoir législatif, conclut le juge. Sinon, ajoute-t-il, la loi se serait limitée à prévoir que l'Exécutif peut adopter des règlements.

²⁷ *In Re Gray*, [1918] 57 RCS 150.

²⁸ L'article 3, paragraphe 2 de la loi (SC 1927, c 206) disait : « Tous les arrêtés rendus et règlements édictés sous le régime du présent article ont force de loi... ».

L'affaire *In Re Gray* occupe une place particulière dans l'histoire canadienne. Des historiens ont révélé les relations troubles qui pouvaient lier à cette époque le pouvoir exécutif au pouvoir judiciaire du Canada. Dans l'analyse des faits sous-jacents à l'affaire *In Re Gray*, la juriste et historienne Patricia I. McMahon explique que cette affaire, qui a mené à la validation de la conscription obligatoire sous la *Loi des mesures de guerre*, avait été montée de toutes pièces par celui qui était alors sous-ministre de la Justice à Ottawa, Leslie Newcombe, qui a lui-même été nommé par la suite au plus haut tribunal en 1924²⁹.

Il est tout de même frappant de voir que la formulation des pouvoirs d'urgence à la LSP adopte une rédaction similaire à la lecture déterminante qu'avait faite le juge Duff de la *Loi des mesures de guerre* en 1918. En effet, pour accorder de façon péremptoire des pouvoirs extraordinaires en situation d'urgence sanitaire, la LSP autorise le gouvernement du Québec à « ordonner » (paragraphe 1, 2, 3, 5 et 8, article 123 al 1 LSP), « interdire » (paragraphe 4) ou « requérir » (paragraphe 6).

La majorité de la Cour suprême³⁰ entérine dans l'affaire *In Re Gray* ce renversement extraordinaire de l'ordre juridique canadien en le justifiant par les circonstances exceptionnelles dans lesquelles le Canada avait été projeté par l'entrée en guerre du Royaume-Uni.

À l'image des pouvoirs d'urgence en temps de guerre, les pouvoirs exceptionnels sous l'état d'urgence sanitaire prévus à l'article 123 LSP sont également accordés à l'Exécutif de l'État, c'est-à-dire au gouvernement (le conseil des ministres). La LSP autorise le gouvernement à adopter une série de mesures spécifiques, de même que « toute autre mesure nécessaire » (article 123 al 1(8) LSP) afin de protéger la santé de la population, et ce, « malgré toute disposition contraire » (article 123 al 1 LSP). La formule redoutable (« malgré toute disposition contraire ») confirme que des pouvoirs concentrés à la tête exécutive de l'État sont de nature législative, puisque le gouvernement est autorisé à adopter des règles qui seraient contraires à la loi. On a en outre eu la prudence de faire précéder chaque

²⁹ Patricia I. McMahon, « Conscription and the Courts: The Case of George Edwin Grey, 1918 », dans Barry Wright, Eric Tucker et Susan Binnie, dir, *Canadian State Trials: Security, Dissent, and the Limits of Toleration in War and Peace, 1914 – 1939*, vol. 4, Toronto, University of Toronto Press, 2014.

³⁰ Avec la dissidence du juge Idington, appuyé par le juge Brodeur, qui rejette l'idée qu'un simple arrêté en conseil puisse écarter les règles de la *Loi sur le service militaire* de 1917.

catégorie de pouvoir du terme imaginé par le juge Duff dans son interprétation de la *Loi des mesures de guerre*, comme indiqué plus haut.

Par le fait même, le gouvernement peut aussi empiéter sur les compétences accordées à d'autres organisations provinciales ou municipales. Ce renversement phénoménal de la hiérarchie des normes et du principe fondateur de l'État de droit nous démontre l'étroite parenté qui lie les pouvoirs d'urgence sanitaire avec les pouvoirs accordés en temps de guerre. Comme on l'observe sous les pouvoirs accordés en temps de guerre, la LSP propulse donc jusqu'à la plus haute sphère politique de l'État les pouvoirs d'urgence sanitaire de nature législative.

Tout comme les pouvoirs d'urgence en temps de guerre avaient porté profondément leurs actions au sein de l'appareil public et de la société, les pouvoirs d'urgence sanitaire peuvent également atteindre tous les domaines d'activités, autant dans la sphère publique que privée. Les mesures d'intervention sous l'état d'urgence sanitaire peuvent largement dépasser la sphère d'activité des organismes de santé, avec une amplitude tout à fait exceptionnelle. Les pouvoirs d'intervention pour protéger la santé de la population ont une portée allant bien au-delà des pouvoirs réguliers de la santé publique quant aux lieux visés et aux personnes qui y sont soumises. Ces pouvoirs incluent, selon l'article 123 LSP : la fermeture des établissements d'enseignement ou de tout autre lieu de rassemblement, l'interdiction ou l'accès conditionnel à une partie du territoire québécois, l'évacuation des personnes ou leur confinement, la construction de tout ouvrage à des fins sanitaires, l'engagement de dépenses ou la conclusion de contrats jugés nécessaires et même la vaccination obligatoire.

La LSP prévoit en outre que le gouvernement *peut* habiliter le ministre de la Santé et des Services sociaux à exercer un ou plusieurs des pouvoirs d'urgence (article 123 al 1 LSP), une option dont il s'est prévalu dans sa déclaration d'état d'urgence sanitaire du 13 mars 2020³¹, et tout au long de l'état d'urgence (du moins jusqu'au début de novembre 2020). Dès la déclaration d'état d'urgence sanitaire du 13 mars 2020, le conseil des ministres habilite la ministre de la Santé et des Services sociaux à exercer certains pouvoirs spécifiques prévus à l'article 123 LSP, ainsi que le pouvoir résiduaire du paragraphe 8. Par la suite, les formes de délégations varient. Nous avons

³¹ Décret 177-2020 concernant une déclaration d'urgence sanitaire conformément à l'article 118 de la Loi sur la santé publique, D 177-2020, (13 mars 2020) GOQ II, 1101A- 1102A.

identifié trois usages différents de la délégation des pouvoirs du gouvernement à la ministre de la Santé et des Services sociaux, soit : une délégation spécifique à l'une ou l'autre des huit catégories de pouvoirs de l'article 123 LSP; une délégation générale comprenant les huit catégories et une dernière technique de délégation qui apparaît au cours de l'été 2020, pour n'autoriser la ministre qu'à modifier ou préciser les mesures adoptées dans un décret particulier du gouvernement, que nous avons dénommée «délégation encadrée»³².

On sait que les délégations de pouvoirs avaient aussi été nombreuses sous la *Loi des mesures de guerre*, notamment pour le contrôle des biens et du commerce³³.

B. Des formalités et des délais réduits à leur plus simple expression

La *Loi des mesures de guerre* ne prévoyait comme formalité à sa mise en œuvre qu'une simple proclamation émise par Sa Majesté ou sous l'autorité du gouverneur en son conseil, comme preuve concluante de l'état de guerre, invasion ou insurrection, réelle ou appréhendée (article 2). Elle est silencieuse quant aux formalités à observer pour les mesures à adopter. On peut donc penser que les techniques de publication de l'époque prévalaient, quoiqu'on a révélé que certains décrets adoptés en vertu de la *Loi des mesures de guerre* n'auraient jamais été publiés³⁴.

Afin d'en faciliter au maximum la promulgation et la mise en œuvre expéditive, la LSP réduit à sa plus simple expression les formalités et les délais, tant pour la déclaration de l'état d'urgence sanitaire que pour l'adoption des mesures de protection. La déclaration de l'état d'urgence sanitaire se fait par simple décret qui entre en vigueur dès qu'il est exprimé. Notons que les lois et règlements ne peuvent, selon les règles normales, entrer en

³² Une analyse de tous les décrets et arrêtés ministériels adoptés entre le 13 mars 2020 et le 7 octobre 2020 est présentée dans : Marie-Eve Couture-Ménard et Marie-Claude Prémont, «L'exercice des pouvoirs d'urgence prévus à la Loi sur la santé publique pendant la crise de la COVID-19», dans S.F.P.B.Q., vol. n° 485, *Développements récents en droit de la santé* (2020), Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p 29.

³³ *Reference Re Regulations (Chemicals)*, *supra* note 26.

³⁴ Voir Francis Villeneuve Ménard, (2016) 57 C de D 745 pour une recension de l'ouvrage de Wright, Tucker et Binnie, *supra* note 29.

vigueur avant leur publication à la *Gazette officielle du Québec*³⁵. Le gouvernement doit par contre diffuser immédiatement son contenu par les meilleurs moyens disponibles (article 121 LSP)³⁶. C'est ainsi que le 13 mars 2020, le gouvernement a adopté un décret déclarant l'état d'urgence sanitaire sur tout le territoire du Québec pour une période de dix jours³⁷, donnant vie pour la première fois de leur histoire aux articles 118 LSP et 123 LSP. Exceptionnellement, si le gouvernement ne peut se réunir en temps utile (article 119 al 2 LSP), le ministre de la Santé et des Services sociaux peut aussi agir seul, mais pour une période maximale de 48 heures.

On note donc qu'aucun préavis, aucune consultation ni discussion devant l'Assemblée nationale ne sont prévus et que, contrairement à la norme qui veut qu'un acte législatif ou réglementaire ne puisse entrer en vigueur et être opposable avant sa publication, le gouvernement peut « ordonner » ces mesures, « sans délai et sans formalité » (article 123 al 1 LSP).

La contrepartie du caractère expéditif de la prise de mesure se trouve dans la limite de l'intervention toujours possible de l'Assemblée nationale (article 119 LSP), discutée sous le pôle de la contrainte.

C. Un choc avec les droits de la personne et le contrôle judiciaire

Les trois périodes d'utilisation des mesures d'urgence en temps de guerre précèdent toutes l'adoption des chartes canadienne et québécoise de protection des droits individuels. On sait néanmoins que la protection des droits de la personne n'a pas été inaugurée avec les Chartes, de sorte que la question de la protection des personnes s'est posée sous la *Loi des mesures de guerre*, comme nous l'avons vu notamment dans l'affaire *In Re*

³⁵ Un règlement ne peut normalement entrer en vigueur qu'au moins 15 jours après sa publication, et au plus tôt, sur exception à la date de la publication dans la *Gazette officielle*: *Loi sur les règlements*, RLRQ c 18.1, art 15 à 19.

³⁶ Les décrets gouvernementaux et les arrêtés ministériels adoptés sous l'état d'urgence sanitaire sont publiés sur le site du gouvernement du Québec: <<https://www.quebec.ca/sante/problemes-de-sante/a-z/coronavirus-2019/mesures-prises-decrets-arretes-ministeriels/>>.

³⁷ *Supra* note 31.

Gray entendue dans le cadre d'un recours en *habeas corpus*³⁸. La question s'est en outre posée avec beaucoup d'acuité lors des arrestations faites au Québec pendant la Crise d'octobre 1970, comme l'ont récemment rappelé plusieurs, au moment où le 50^e anniversaire de l'évènement était souligné au cœur du présent état d'urgence sanitaire³⁹. Par rapport à la situation qui prévalait sous l'ancienne *Loi des mesures de guerre*, les chartes des droits offrent néanmoins des assises juridiques beaucoup plus solides pour mieux encadrer et resserrer l'exercice des pouvoirs d'urgence⁴⁰.

Les mesures d'urgence adoptées en vertu de la LSP peuvent effectivement aller très loin dans la contrainte des personnes, à qui on a interdit de se rendre sur certains lieux de travail, de recevoir des invités à domicile ou de fréquenter des lieux publics, dont les lieux de culte, pour ne prendre que ces exemples. Dans l'affaire *In Re Gray*⁴¹ touchant des mesures de conscription sous la *Loi des mesures de guerre*, l'étendue des pouvoirs permettant de brimer de façon importante la liberté des individus prévue dans une loi en vigueur était au cœur de la contestation des décisions prises sous les pouvoirs d'urgence déclenchés lors de la Première guerre mondiale. Nous avons vu que la Cour suprême du Canada avait confirmé que le pouvoir d'urgence accordé à l'Exécutif pouvait aller jusqu'à imposer la conscription obligatoire pour une catégorie précise d'hommes. Dans une autre affaire, britannique, décidée par la Chambre des Lords au moment de la Seconde Guerre mondiale, les juges avaient rappelé que la détention préventive autorisée par le Ministre, même si elle heurte les principes fondamentaux du droit criminel, est un procédé qui apparaît bénin lorsque comparé aux vies sacrifiées sur le champ de bataille⁴². En somme, les

³⁸ *In Re Gray*, *supra* note 27. Un livre récent traite des droits absolus et indérogeables de l'ordre constitutionnel canadien, indépendants des Chartes des droits, hérités de la structure constitutionnelle britannique : Ryan Alford, *Seven Absolute Rights*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2020.

³⁹ Daniel Turp, « Une violation de nos droits les plus fondamentaux », *Le Devoir* (30 septembre 2020) ; Jean Gagnon, « Des souvenirs douloureux », *Le Devoir* (10 octobre 2020).

⁴⁰ C'est l'opinion exprimée par Lavoie, *supra* note 8.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Liversidge v Sir John Anderson* [1942] AC 206. Lord Macmillan s'exprime ainsi à la p 257 : "At a time when it is undoubted law of the land that a citizen may be by conscription or requisition be compelled to give up his life and all that he possesses for his country's cause it may well be no matter for surprise that there should be confided to the Secretary of State a discretionary power of enforcing the relatively mild precaution of detention." La dissidence de Lord Atkin demeure célèbre. Il refusait de donner un sens différent aux mots, selon qu'on soit en temps de paix ou en temps de guerre.

pouvoirs d'urgence ont permis de dicter aux individus des comportements et des devoirs ainsi que de brimer leurs droits fondamentaux⁴³, le tout d'une façon qui serait insoutenable en temps normal, confirmant ainsi leur amplitude exceptionnelle.

Dans le cas de l'actuel état d'urgence sanitaire, un recours sous la même forme d'une demande en *habeas corpus* a été entendu et jugé à l'égard des mesures de contraintes imposées par le gouvernement du Québec et la ministre de la Santé et des Services sociaux. Dans l'affaire *Racicot*, un avocat demandait à la Cour supérieure d'invalider un grand nombre de décrets et d'arrêtés ministériels adoptés depuis le 13 mars 2020 en vertu des pouvoirs d'urgence sanitaire de la LSP, en raison de la violation de plusieurs de ses droits fondamentaux, dont la liberté de se réunir, la liberté de culte et de conscience, la liberté de jouir de ses biens et de les faire fructifier par le fruit de son travail, le droit à l'éducation de ses enfants, la liberté de se déplacer, la liberté de travailler et ainsi de suite.

La Cour supérieure⁴⁴ a conclu que la demande de Racicot ne répondait pas aux exigences d'un recours en *habeas corpus*⁴⁵ mais devait plutôt être formulée sous la forme d'un pourvoi en contrôle judiciaire selon l'article 529 CPC. La Cour d'appel⁴⁶ a unanimement confirmé la décision de la Cour supérieure quant au recours approprié pour contester la légalité des décrets et arrêtés ministériels, dans une décision où la Cour formule trois motifs qui convergent vers le rejet de la demande en *habeas corpus*.

Au-delà des strictes dimensions procédurales, la décision nous permet d'entendre la Cour d'appel s'exprimer de façon incidente sur l'enjeu de fond que soulève l'imposition de mesures contraignantes de santé publique dans le contexte très particulier de l'urgence sanitaire provoquée par la COVID-19 et sur le rôle des tribunaux quant au contrôle judiciaire de la

"I protest, even if I do it alone" écrivait-il, en ajoutant qu'il ne connaissait qu'une seule autorité justifiée d'user d'une telle méthode : Humpty Dumpty dans Alice aux pays des merveilles.

⁴³ Ni le Canada ni le Royaume-Uni n'étaient à l'époque des deux grandes guerres soumis à des lois ou chartes dites de protection des droits humains, comme on les entend aujourd'hui, mais leur Constitution respective était néanmoins interprétée comme comportant de façon implicite certaines de ces protections.

⁴⁴ *Racicot c Procureure générale du Québec*, [2020] QCCS 1322.

⁴⁵ L'*habeas corpus* est prévu aux articles 398 et suivants du *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25.01 [ci-après « CPC »].

⁴⁶ *Racicot c Procureure générale du Québec*, [2020] QCCA 656.

réponse gouvernementale à la pandémie. La Cour supérieure avait quant à elle rappelé le principe de base qui veut que toute atteinte à un droit enchâssé n'est pas en soi illégale⁴⁷. Ces décisions nous permettent d'établir de toutes premières bases quant à la qualification des décrets et arrêtés ministériels adoptés en situation d'état d'urgence sanitaire. Il est donc opportun de s'y attarder un peu, même si ni les propos de la Cour supérieure ni ceux de la Cour d'appel à ce sujet ne sont au cœur de la *ratio decidendi* de leurs conclusions respectives.

La Cour d'appel souligne d'abord que les décrets et arrêtés contestés par Racicot constituent des actes normatifs à vocation générale, qui touchent et affectent des millions de personnes⁴⁸. De par leur nature, ces actes gouvernementaux appartiennent à une catégorie particulière. Ils ont une portée beaucoup plus vaste que la seule question posée par le demandeur Racicot d'une possible violation à sa liberté⁴⁹. Si le tribunal devait accorder la demande, cela équivaldrait à conclure que des millions de québécois sont directement et éminemment touchés par la décision judiciaire, tout en menant à l'effondrement des mesures d'état d'urgence sanitaire pour tous ces millions de Québécois, même s'ils n'ont pas demandé une telle conclusion. La Cour d'appel y voit un sérieux problème d'échelle⁵⁰. De surcroît, une telle issue favorable à la demande de Racicot serait instruite par procédure d'urgence, selon les dispositions procédurales applicables à la demande en *habeas corpus*⁵¹.

La Cour d'appel précise que la notion de privation de liberté au sens d'un recours en *habeas corpus* n'est pas extensible à volonté. Sans reprendre ici la discussion de la Cour d'appel concernant les particularités procédurales d'un recours en *habeas corpus*, soulignons que la Cour confirme que le recours ne peut viser les limites, même inconstitutionnelles, à la liberté de culte, de parole, d'association, etc.⁵². La Cour d'appel soutient qu'il faut éviter de confondre tout inconvénient de la vie en société avec une limite à

⁴⁷ *Supra* note 44 au para 27. Le juge Cullen écrit au paragraphe 26 : « L'établissement et le maintien de la cohésion sociale nécessitent l'imposition d'une multitude de normes obligatoires de portée générale qui limitent forcément les libertés individuelles et collectives et, parfois même, les libertés fondamentales. »

⁴⁸ *Ibid* au para 11.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid* aux para 12 et 13.

sa liberté, et particulièrement lorsque d'importants enjeux de santé publique sont en cause. Elle poursuit en énumérant toutes les libertés que laissent à Racicot les mesures de protection imposées, comme celle de poursuivre librement toutes sortes d'activités, y compris ses activités professionnelles, et de faire des promenades extérieures comme il le souhaite. Enfin, pour conclure à une privation de liberté au sens d'un recours en *habeas corpus*, il faut beaucoup plus que les mesures sanitaires imposées, selon la Cour d'appel⁵³.

La Cour d'appel concède toutefois que les mesures sanitaires imposées depuis le déclenchement de l'état d'urgence sanitaire «sont indéniablement fort sévères, du jamais vu, sans doute»⁵⁴. Mais, ajoute la Cour, le risque sanitaire jugé *grave* par le gouvernement du Québec, est un risque *collectif*. La Cour conclut en émettant des doutes quant à une remise en cause de l'ensemble de l'action gouvernementale par un individu qui plaide que sa liberté individuelle serait brimée. Comme l'avocat a confirmé qu'il n'entendait pas poursuivre son recours sous la forme d'un pourvoi en contrôle judiciaire, la Cour d'appel s'est rendue à la demande de la Procureure générale du Québec et a rejeté en même temps la demande pendante en révision judiciaire devant la Cour supérieure⁵⁵.

Le juge Cullen, qui a rendu la décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Racicot*, a bien précisé que le rejet de la demande en *habeas corpus* ne signifie pas que les enjeux de fond soulevés ne sont pas sérieux et importants⁵⁶. Même s'il faudra attendre d'autres décisions quant à la contestation de la légalité, voire de la constitutionnalité des mesures prises sous la LSP, la Cour d'appel a tout de même déjà donné certaines indications d'une réserve judiciaire prudente face à l'exercice des pouvoirs d'urgence sanitaire,

⁵³ *Ibid* aux para 15 et 16.

⁵⁴ *Ibid* aux para 20 et 21.

⁵⁵ Tant la Cour supérieure que la Cour d'appel soulignent que le choix du recours en *habeas corpus* par Racicot ne relève pas d'une erreur de sa part, mais plutôt d'un choix stratégique. En effet, ce recours d'exception aurait donné deux avantages importants au demandeur : une procédure entendue de façon prioritaire, et un renversement du fardeau de preuve, puisque la règle générale voulant que le fardeau de preuve appartienne normalement au demandeur est renversée dans le cas d'un recours en *habeas corpus*, où c'est l'autorité qui impose la contrainte qui doit en démontrer la légalité.

⁵⁶ *Supra* note 44 aux para 38 et 39.

qui ne sont pas sans rappeler la réserve très affirmée des tribunaux en temps de guerre⁵⁷.

En dépit de la formulation large des pouvoirs d'urgence accordés, les exigences constitutionnelles⁵⁸ qui permettent de tolérer une violation des droits individuels dans une « société libre et démocratique », selon l'article 1 de la Charte canadienne et 9.1 de la Charte québécoise, seront analysées à l'égard des mesures multiples adoptées en cours d'urgence sanitaire. Outre les exigences prévues à la LSP, le gouvernement doit limiter les contraintes imposées à ce qu'il estime nécessaire pour rencontrer ses objectifs de protection de la population, en s'assurant d'un lien rationnel entre l'objectif poursuivi et la mesure, en réduisant l'atteinte aux droits de la personne à son minimum et en préservant la proportionnalité entre les avantages escomptés et ses effets préjudiciables.

La LSP prévoit en outre une disposition d'immunité relative pour tout acte accompli de bonne foi dans l'exercice ou l'exécution des pouvoirs d'urgence (article 123 al 2 LSP).

D. Le bouleversement de l'administration publique et du secteur privé

Il va sans dire que l'application des mesures exceptionnelles en temps de guerre a entraîné des bouleversements importants, non seulement dans la gestion de l'appareil public mais aussi dans le fonctionnement de l'industrie, où des réquisitions d'entreprises ont été effectuées, des rationnements imposés quant au commerce de certains biens et des contrôles prescrits sur les prix de produits.

Dans ce type d'interventions de haute nécessité pour protéger le pays et sa population, même l'interprétation régulière de la Constitution du pays a pu être remise en cause. Par exemple, lors de la Première guerre mondiale, les tribunaux ont « découvert » que la répartition, pourtant claire et explicite des compétences entre le fédéral et les provinces, pouvait être

⁵⁷ Le juge Duff disait dans l'affaire *Reference Re Regulations (Chemicals)*, *supra* note 26 que dans l'exercice des pouvoirs d'urgence, l'Exécutif est responsable devant le Parlement et non devant les tribunaux quant à l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires.

⁵⁸ Notamment par les critères de l'affaire *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103.

ré-interprétée par la lecture d'un pouvoir implicite d'urgence du fédéral⁵⁹ qui pouvait s'approprier, le temps que dure l'urgence, certaines compétences des provinces, notamment en matière de propriété et droits civils (article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*)⁶⁰. Les tribunaux ont validé les interventions de nouvelles instances fédérales de contrôle, créées de toutes pièces, le temps de la guerre. Ce fut le cas pour le contrôleur des produits chimiques⁶¹, ou pour le Tribunal du contrôle du papier journal, avec de larges pouvoirs sur la production, la vente, l'exportation, l'importation et le transport de certains produits particulièrement sensibles en temps de guerre, comme les produits chimiques nécessaires à l'industrie de guerre, ou pour assurer la disponibilité à prix raisonnable du papier journal afin de maintenir la publication régulière des journaux pour garder la population informée. L'ampleur des pouvoirs d'urgence peut effectivement aller très loin et dépasser le périmètre de l'État, puisqu'ils autorisent l'Exécutif à intervenir dans le fonctionnement des entreprises privées et la routine des individus. C'est ainsi que l'État peut fermer ou réquisitionner des entreprises, dicter la production de certains biens, exercer des contrôles serrés sur les chaînes d'approvisionnement, donner l'ordre de procéder à certaines ventes ou contrôler les importations et les exportations⁶².

La mise en œuvre des pouvoirs d'urgence peut bouleverser non seulement le rapport entre le législatif et l'exécutif, mais atteindre également le fonctionnement de l'appareil administratif de l'État. L'urgence interpelle l'ensemble de l'appareil étatique susceptible de contribuer à la protection contre la menace. Toutes les sphères de l'appareil public en position d'aider sont donc susceptibles d'être chambardées dans leur fonctionnement régulier⁶³. Les pouvoirs d'urgence sanitaire ont largement servi à déplacer certaines responsabilités ainsi que du personnel entre ministères et organismes afin de mieux répondre aux besoins urgents en main d'œuvre pour faire face aux besoins, notamment dans les CHSLD⁶⁴.

⁵⁹ Dans le préambule de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pour la « paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada ».

⁶⁰ *Fort Frances Pulp and Paper Co. v Manitoba Free Press Co.*, [1923] AC 695.

⁶¹ *Reference Re Regulations (Chemicals)*, *supra* note 26.

⁶² Voir notamment : Yves Tremblay, « La consommation bridée : contrôle des prix et rationnement durant la Deuxième Guerre mondiale » (2005) 58:4 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 569.

⁶³ Deschênes, *supra* note 8.

⁶⁴ Voir, par exemple, l'*Arrêté numéro 2020-008 de la ministre de la Santé et des Services sociaux en date du 22 mars 2020*, A 2020-008, (22 mars 2020) GOQ II, 1148A, al 1 et 4 du dispositif.

II. Les contraintes des pouvoirs d'urgence

Les contraintes des pouvoirs d'urgence sont la contrepartie de leur puissance et de leur ampleur. Nous avons retenu quatre attributs de ce pôle qui permettent de les caractériser.

A. Sous de strictes circonstances d'exception

Seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier le renversement de l'ordre juridique régulier de l'État: "But we are living in extraordinary times which necessitate the taking of extraordinary measures", écrivait en 1918 le juge Anglin⁶⁵. Pendant longtemps, ce renversement sera strictement limité à l'état de guerre ou à l'insurrection⁶⁶, notamment lorsque l'exercice de pouvoirs d'urgence permet de modifier la répartition des compétences entre le fédéral et les provinces, jusqu'à la décision de la Cour suprême du Canada de 1976, validant au nom de pouvoirs d'urgence l'adoption par le fédéral d'une loi pour combattre l'inflation à l'échelle nationale, et ce, en temps de paix⁶⁷. On sait aujourd'hui que des situations d'urgence autres que la guerre ou l'insurrection peuvent survenir, dont l'urgence sanitaire.

Sous la LSP, trois conditions essentielles doivent être réunies pour justifier la déclaration de l'état d'urgence sanitaire (article 118 LSP). Il doit y avoir menace *grave* à la santé de la population, cette menace doit être *réelle* ou *imminente*, et elle doit exiger l'application *immédiate* de mesures de protection prévues à l'article 123 LSP, lesquelles accordent des pouvoirs exorbitants à l'Exécutif de l'État (point 2.1). Si un seul de ces trois éléments manque à l'appel, le gouvernement ne peut pas déclarer l'état d'urgence sanitaire. La situation sanitaire doit d'abord répondre à la définition de « menace à la santé de la population » au sens de l'article 2 al 2 LSP, qui exige « la présence (...) d'un agent biologique, chimique ou physique susceptible de causer une épidémie si la présence de cet agent n'est pas contrôlée ». Au sens de la loi, une épidémie suppose que le nombre de cas observés est supérieur au nombre normalement attendu, sachant qu'un seul cas peut parfois

⁶⁵ *In Re Gray*, *supra* note 27 aux pp 181 et 182.

⁶⁶ Le Québec a vécu un épisode d'activation de pouvoirs d'urgence au moment de la crise d'octobre 1970. Voir *Gagnon c R*, [1971] CA 454.

⁶⁷ *Renvoi Loi Anti-inflation*, [1976] 2 RCS 373.

suffire à conclure à la présence d'une épidémie⁶⁸. Il faut démontrer le risque de transmission ou d'extension de la menace (incluant la notion d'éclosion). La transmission peut s'effectuer entre personnes (ex. influenza) ou à partir d'une source commune de contamination (ex. légionellose)⁶⁹. Certains « risques à la santé » ne sont donc pas des *menaces* au sens de la loi: les agents physiques mécaniques (comme les traumatismes découlant d'accidents de la route) et les épidémies de phénomènes sociaux (comme le suicide)⁷⁰.

La déclaration de l'état d'urgence sanitaire exige que la menace soit *grave*, un caractère qui s'évalue en fonction des *moyens* requis pour protéger la santé de la population⁷¹. En effet, seule une menace suffisamment grave pour exiger l'application de pouvoirs d'urgence prévus à la loi (article 123) répond à ce critère. Sa seule virulence ne peut suffire. On sait d'ailleurs que plusieurs menaces, par leur létalité, morbidité, mode de transmission ou contagiosité chronique si non traitées, mettent gravement en danger la santé de la population. Elles ne justifient pas pour autant le déclenchement de pouvoirs d'urgence lorsque des moyens scientifiques reconnus existent et sont disponibles pour les contrôler (vaccins ou traitements médicaux). En effet, en pareil cas, de telles menaces graves peuvent ainsi être contenues grâce aux pouvoirs d'intervention *ordinaires* des autorités de santé publique et ne justifient donc pas le déclenchement de l'état d'urgence sanitaire. La « gravité » d'une menace, au sens médical, n'est donc pas le propre de l'urgence sanitaire. La LSP y réfère d'ailleurs à plusieurs reprises dans d'autres dispositions que celles relatives à l'état d'urgence sanitaire⁷².

⁶⁸ Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Mieux comprendre la Loi sur la santé publique: une synthèse des principales questions soulevées lors de sa présentation, de janvier à juin 2002*, Québec, Gouvernement du Québec, 2002 à la p 4, en ligne: INSPQ <<http://politiquespubliques.inspq.qc.ca/fichier.php/524/Mieuxcomprendrelaloisurlasantepublique.pdf>> [Mieux comprendre la LSP].

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid* à la p 3. Voir aussi: Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Programme national de santé publique 2015-2025 – Pour améliorer la santé de la population du Québec*, Gouvernement du Québec, 2015 à la p 53 [Programme national de santé publique]; Marie-Eve Couture Ménard, « La santé publique au Québec: organisation et fonctions essentielles », dans Mélanie Bourassa-Forcier et Anne-Marie Savard, dir., *Droit et politiques de la santé*, 2^e éd, LexisNexis, 2018 aux pp 596-597.

⁷¹ Mieux comprendre la LSP, *supra* note 68 à la p 59.

⁷² Art 83(2), 89(1), 103(2) et 106(1)(7^o) LSP.

En outre, même lorsqu'elles dépassent la capacité d'agir du réseau de santé publique, de graves menaces pourront tout de même être maîtrisées par le recours à des mécanismes de coordination au sein du MSSS ainsi qu'avec le réseau ou même d'autres partenaires gouvernementaux⁷³. La structure de la LSP nous démontre que l'état d'urgence sanitaire est un moyen *extraordinaire* pour faire face à *certaines* menaces graves, rarissimes puisque les circonstances de déclenchement exigent la démonstration que les pouvoirs *ordinaires* de la loi ne peuvent suffire. Cette interprétation est appuyée par le fait que ce moyen extraordinaire n'a jamais été utilisé avant la pandémie de la COVID-19, en dépit de la survenance de certains événements épidémiques importants, comme celui du syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS) en 2003-2004 dont aucun cas n'a finalement été déclaré dans la province⁷⁴, ainsi que celui de la pandémie d'influenza A(H1N1) en 2009⁷⁵, lors de laquelle le gouvernement québécois a considéré déclarer l'état d'urgence sanitaire, mais n'a pas eu à le faire, cette première pandémie du 21^e siècle s'étant avérée d'une intensité modérée⁷⁶.

En ne définissant pas l'expression « menace grave » dans le contexte spécifique de l'état d'urgence sanitaire, la loi accorde aux autorités une latitude importante quant aux facteurs à considérer pour conclure à la nécessité de mettre en œuvre des pouvoirs aussi exceptionnels, confirmant en outre le pouvoir discrétionnaire étendu dont jouit alors l'Exécutif de l'État. La nature exceptionnelle des pouvoirs d'urgence et la catégorie particulière des actes gouvernementaux qui en découlent⁷⁷, ainsi que le large éventail

⁷³ Art 116-117 LSP. Voir aussi: MSSS, *Plan d'urgence québécois pour les maladies infectieuses à surveillance extrême: volet santé publique*, Québec, Gouvernement du Québec, 2019 à la p 14 [Plan d'urgence québécois].

⁷⁴ Institut national de santé publique du Québec, *Rapport annuel de gestion 2003-2004*, Québec, INSPQ, 2004 à la p 5, en ligne: INSPQ <<https://www.inspq.qc.ca/sites/default/files/publications/304-rapportannuel2003-2004.pdf>>.

⁷⁵ Dans la province, entre le 16 avril 2009 et le 11 mai 2010, un total de 13 566 cas ont été confirmés, dont 46 hors Québec, 3 064 nécessitant une hospitalisation dont 466 aux soins intensifs et 109 cas de décès. L'épidémie a touché l'ensemble de la province: Institut national de santé publique du Québec, *Bilan épidémiologique de la pandémie d'influenza A(H1N1). Province de Québec – 2009*, Gouvernement du Québec, 2011 à la p 4, en ligne: INSPQ <https://www.inspq.qc.ca/pdf/publications/1212_BilanAH1N12009.pdf>.

⁷⁶ Jocelyne Richer, « Québec pourrait décréter l'état d'urgence sanitaire », *La Presse* (19 octobre 2009), en ligne: La Presse <<https://www.lapresse.ca/dossiers/la-grippe-a-h1n1/200910/19/01-912804-quebec-pourrait-decreter-letat-durgence-sanitaire.php>>.

⁷⁷ Selon ce qu'en dit la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Racicot*, *supra* note 46.

de situations sanitaires hypothétiques susceptibles de mettre en péril la population et même le fonctionnement de la société peuvent justifier une telle latitude accordée à l'Exécutif de l'État.

La déclaration de l'état d'urgence exige, comme seconde condition essentielle, l'application *immédiate* des pouvoirs d'urgence, ce qui est cohérent avec la troisième et dernière condition de la menace grave réelle ou *imminente*.

L'intervention des autorités de santé publique exige normalement une menace réelle ou appréhendée, comme l'indique l'expression « susceptible de causer une épidémie » dans la définition d'une menace⁷⁸. Une menace appréhendée signale la présence mal contrôlée d'un agent (biologique, chimique ou physique) qui *pourrait* menacer la santé de la population. Les autorités concernées pourront alors agir pour analyser la situation ou la maîtriser⁷⁹. La déclaration de l'état d'urgence sanitaire exige un degré de gravité de la menace plus élevé, puisqu'elle doit dépasser le seuil du *probable* pour atteindre l'*imminence*, être réelle ou *sur le point de se produire*⁸⁰. La menace doit donc être *certaine* et exiger l'application de pouvoirs extraordinaires dans l'immédiat. Cette considération temporelle souligne à larges traits le caractère urgent de la situation, ce qui se reflète dans les modalités mêmes de la déclaration.

L'ensemble de ces conditions dont la présence est essentielle à la déclaration et au maintien des pouvoirs d'urgence sanitaire confirme la contrainte particulière qui régit l'exercice des pouvoirs d'urgence, en temps de guerre comme en situation de menace à la santé publique.

B. Pendant le seul temps nécessaire, selon l'évaluation de l'Exécutif

Même en temps de guerre, la question de la période nécessaire à l'exercice des pouvoirs d'urgence n'offre pas de réponse simple et facile. Elle s'est

⁷⁸ L'expression « menace réelle ou appréhendée » est utilisée à plusieurs reprises (art 51.1, 116 et 132 LSP) et est mentionnée dans le Programme national de santé publique, *supra* note 70 aux pp 32 et 53.

⁷⁹ Mieux comprendre la LSP, *supra* note 68 à la p 4.

⁸⁰ Voir la définition d'« imminent » dans le document suivant : Plan d'urgence québécois, *supra* note 73 à la p14.

notamment posée au Canada pour les pouvoirs exceptionnels de contrôle du commerce du papier journal lors de la Première grande guerre⁸¹. Ce contrôle devait-il nécessairement se terminer dès que la guerre était achevée? Comment fixer le point d'arrêt de la guerre? Les producteurs canadiens de papier journal s'opposaient à une réduction du prix du papier dont l'effet se prolongeait jusqu'au 31 décembre 1919. À cette date, soutenaient-ils, les pouvoirs d'urgence ne pouvaient plus s'appliquer. Le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres a reconnu que la définition de la période d'application des pouvoirs d'urgence relève de l'autorité politique du pays et non pas des tribunaux. Le Canada n'avait pas adopté de proclamation de fin de guerre. La signature de l'armistice du 11 novembre 1918, déclarant la fin provisoire des hostilités (puis renouvelée) ou encore la signature du Traité de paix de Versailles le 28 juin 1919 entre les Alliés et l'Allemagne, ne sont pas, en soi, des dates concluantes pour marquer la fin obligatoire de l'exercice des pouvoirs d'urgence par le gouvernement fédéral, avait conclu le Conseil privé. Seule une preuve très claire que le pays n'est plus en situation d'urgence et que l'Exécutif abuse de ses pouvoirs d'urgence pourrait autoriser, écrivait le Vicomte Haldane, l'intervention judiciaire pour exercice *ultra vires* de ces pouvoirs d'exception.

De son côté, la LSP encadre rigoureusement la trame temporelle de l'exercice des pouvoirs d'urgence sanitaire. La déclaration de l'état d'urgence ne peut jamais excéder une période de dix jours, bien qu'elle puisse être renouvelée (article 119 LSP), sans qu'aucune limite quant au nombre de renouvellements soit inscrite à la loi. La rigueur des limites temporelles de la déclaration (ou de son renouvellement) fait partie intégrante de la nature du pouvoir de déclaration. La durée d'application doit être énoncée à la déclaration (article 120 LSP), confirmant la volonté claire du législateur de n'autoriser un tel état que pour la stricte période nécessaire, préférablement en-deçà du maximum des dix jours prévus à la loi pour chaque période d'activation des pouvoirs d'urgence⁸². La rigueur relative de la LSP

⁸¹ *Fort Frances*, supra note 60.

⁸² On remarque que si la déclaration de l'état d'urgence sanitaire le 13 mars 2020 a été faite pour une période de 10 jours et les premiers renouvellements pour cette même période, le gouvernement du Québec a tôt fait d'opter pour une période plus courte de renouvellement de 7 jours, dès le 22 avril 2020: *Décret 478-2020 concernant le renouvellement de l'état d'urgence sanitaire conformément à l'article 119 de la Loi sur la santé publique*, D 478-2020, (29 avril 2020) GOQ II, 1623A.

est conforme à la jurisprudence concernant l'exercice des pouvoirs d'urgence en temps de guerre. "The exercise of legislative functions such as those here in question by the Governor-in-council rather than by Parliament is no doubt something to be avoided as far as possible", écrivait le juge Anglin dans l'affaire *In Re Gray*⁸³.

Le gouvernement peut mettre fin à l'état d'urgence sanitaire (article 128 LSP) dès qu'il estime qu'il n'est plus nécessaire. Le verbe « peut » doit s'interpréter comme un devoir, selon le principe constitutionnel que l'urgence sanitaire, comme tout pouvoir d'urgence, ne doit prévaloir que pendant la stricte période où de tels pouvoirs sont essentiels à la sauvegarde publique.

En effet, l'ampleur exceptionnelle des pouvoirs d'urgence libérés exige que chaque moment sous l'état d'urgence sanitaire soit justifié, puisqu'il fait basculer le fonctionnement régulier de l'État de droit. La LSP s'inscrit dans cette logique. Afin de répondre à un certain équilibre entre rigueur et flexibilité, la loi permet à l'Assemblée nationale (article 119 LSP) de prolonger par simple motion la période accordée à l'Exécutif jusqu'à trente jours, triplant la ligne d'horizon des mesures jugées nécessaires. Cette disposition permet d'assouplir la contrainte à laquelle est soumise l'Exécutif, s'il doit souvent répéter les renouvellements, comme il a dû le faire face au coronavirus qui tient le Québec en haleine depuis le 13 mars 2020. L'Assemblée nationale n'a cependant pas encore cru bon d'utiliser ce mécanisme de prolongation⁸⁴. La déclaration d'état d'urgence sanitaire peut viser tout ou partie du territoire québécois, et doit en tout temps se justifier, précise la loi (article 120 LSP).

En effet, le caractère exceptionnel des pouvoirs d'urgence accordés à l'Exécutif de l'État exige que la période au cours de laquelle ces pouvoirs peuvent être exercés soit limitée à ce qui est nécessaire pour contrôler la menace. La détermination de cette période relève de l'Exécutif lui-même et n'est pas une décision facilement révisable par les tribunaux, comme ceux-ci l'ont aussi rappelé sous la *Loi des mesures de guerre*⁸⁵. Il s'agit effectivement d'une décision politique que les tribunaux ont tendance à éviter de remettre en cause en raison de son caractère intimement lié au fonction-

⁸³ *In Re Gray*, supra note 27, à la p 181.

⁸⁴ Au 9 novembre 2020.

⁸⁵ *Reference Re Regulations (Chemicals)*, supra note 26; *Fort Frances*, supra note 60.

nement même de l'État chargé de l'évaluation de la situation sociale en cours et des mesures nécessaires à sa protection, que ce soit au nom de la sécurité publique ou au nom de la santé publique. Si les tribunaux devront faire preuve de réserve judiciaire quant aux mesures adoptées par l'État⁸⁶, sans doute la même réserve prévaut-elle quant à la détermination de la période pendant laquelle l'état d'urgence sera maintenu. C'est la nature même des pouvoirs d'urgence qui commande la réserve judiciaire face à des décisions confiées au sommet politique de l'État⁸⁷.

C. Jamais le Parlement ne doit abdiquer ses pouvoirs

Malgré le transfert de pouvoir législatif du Parlement à l'Exécutif de l'État, les règles encadrant les pouvoirs d'urgence ne doivent jamais se traduire par une abdication des pouvoirs législatifs du Parlement. Une telle abdication serait totalement inconcevable, comme l'écrit le juge Anglin dans l'affaire *In Re Gray*⁸⁸, ou encore le juge Duff dans l'affaire *Re Regulations (Chemicals)*⁸⁹. Le Parlement doit en tout temps être en mesure de reprendre les rênes du fonctionnement normal de l'État. « The powers granted could at any time be revoked and anything done under them nullified by Parliament », précise le juge Duff dans l'affaire *In Re Gray*, pour pondérer et justifier la reconnaissance du transfert exceptionnel du pouvoir législatif auprès de l'Exécutif.

La LSP prévoit que l'Assemblée nationale peut, en tout temps, désavouer une déclaration de l'état d'urgence sanitaire par un simple vote (article 122 LSP), ce qui est conforme à l'énonciation claire de la Cour suprême du Canada⁹⁰ (et du Conseil privé de Londres) que jamais le Parlement ne doit abdiquer ses pouvoirs législatifs inhérents au bénéfice de l'Exécutif. L'ordre constitutionnel canadien interdit l'abdication des pouvoirs législatifs du Parlement au bénéfice de l'Exécutif, sauf dans le cadre de situations

⁸⁶ *Racicot, supra* note 46.

⁸⁷ Paul Daly, "Governmental Power and COVID-19: The Limits of Judicial Review", dans Colleen M. Flood *et al.*, dir, *Vulnerable The Law, Policy and Ethics of COVID-19*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2020, chapitre B-6, 211.

⁸⁸ Il écrit : "A complete abdication by Parliament of its legislative functions is something so inconceivable that the constitutionality of an attempt to do anything of the kind need not be considered", *supra* note 27.

⁸⁹ *Supra* note 26 à la p 255 : "Parliament abandons none of its powers, none of its control over the Executive, legal or constitutional."

⁹⁰ *In Re Gray, supra* note 27.

exceptionnelles et temporaires comme celles qui commandent l'exercice de pouvoirs d'urgence. L'Assemblée nationale doit donc en tout temps pouvoir mettre fin à l'état d'urgence par simple motion, selon ses procédures propres.

D. Un objectif ciblé sur la menace qui les justifie

Les pouvoirs d'urgence doivent être rigoureusement conçus et ciblés pour répondre à la menace qui a justifié leur déclenchement et mise en œuvre, même si les dispositions habilitantes peuvent parfois être rédigées dans un langage pouvant laisser croire que l'Exécutif peut adopter des mesures très larges susceptibles d'atteindre d'autres objectifs indirects. Ce principe a été énoncé dès 1943 par la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Duff : "It must not, however, be taken for granted that every matter within the jurisdiction of the Parliament of Canada even in ordinary times, could be validly committed by Parliament to the Executive for legislative action in the case of an emergency."⁹¹

Les mesures adoptées en vertu des pouvoirs d'urgence doivent donc être rigoureusement ciblées sur la menace qui a justifié leur déclenchement, afin d'éviter et de contenir toute dérive dans l'utilisation des pouvoirs d'urgence⁹².

À cet égard, les mesures adoptées en vertu des pouvoirs d'urgence sous l'état d'urgence sanitaire doivent être prises dans l'unique but de faire face à la menace grave (article 2 LSP et *passim* LSP) et viser des actions de protection de la santé de la population, telles que définies par l'article 5 LSP. Ainsi, les actions de santé publique doivent toujours être faites dans le but de protéger, de maintenir ou d'améliorer l'état de santé et de bien-être de

⁹¹ *Reference Re regulations (Chemicals)*, *supra* note 26.

⁹² Les crises donnent souvent lieu à de telles dérives où la science peut servir de paravent, comme on l'a vu dans le cas de la crise de la vache folle (Jocelyn Raude, *Sociologie d'une crise alimentaire, les consommateurs à l'épreuve de la maladie de la vache folle*, Coll. Sciences du risque et du danger, Paris, Lavoisier, 2008) ou du sang contaminé (Emmanuelle Fillion, *À l'épreuve du sang contaminé, pour une sociologie des affaires médicales*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2009). Au Québec, la crise du verglas de 1998 a mené à une sévère réprimande des tribunaux contre l'utilisation de l'urgence pour poursuivre d'autres fins, dont l'accélération d'infrastructures destinées à l'exportation de l'électricité vers les États-Unis : *Coalition des citoyens et citoyennes du Val St-François c Québec (PG)*, [1999] RJQ 511.

la population en général et, selon les principes sous-jacents à la santé publique, confirmés par l'article 5 LSP, ces actions ne peuvent viser des individus que dans la mesure où elles sont prises pour le bénéfice de la collectivité ou d'un groupe d'individus.

Le maintien de tels pouvoirs d'urgence sous les contraintes rappelées ici est une question qui intéresse au plus haut point l'ordre juridique québécois et canadien. La tentation peut être grande pour un gouvernement de profiter d'une situation d'urgence pour élargir ses pouvoirs au-delà de ce qu'autorisent les règles de l'État de droit en situation exceptionnelle de mise en œuvre de pouvoirs d'urgence. C'est à cette tentation que, selon nous, avait succombé le gouvernement du Québec, lors du dépôt à l'Assemblée nationale le 3 juin 2020 du projet de loi 61⁹³. Notre analyse du défunt projet de loi nous menait à la conclusion qu'au motif de favoriser un plan de relance économique, l'urgence sanitaire devenait la cause, l'objet et la justification d'un projet de loi qui visait des fins s'écartant de façon dangereuse de la menace de santé publique de la COVID-19, auquel l'état d'urgence devait s'astreindre. Le projet de loi présentait une menace à l'équilibre délicat sur lequel doit s'articuler un pouvoir d'urgence, en raison du dévoiement de la trame temporelle du concept même de l'urgence sanitaire prévue à la LSP, et en proposant un insoutenable élargissement de son périmètre d'action⁹⁴. Si l'exercice des pouvoirs d'urgence en temps de guerre doit cibler son action sur la sécurité de l'État et de sa population, l'exercice de pouvoirs d'urgence sanitaire doit concentrer son action sur la protection de la santé de la population.

Enfin, comme l'État a mis en place depuis le dernier siècle des instances modernes de santé publique, il serait normal de penser que celles-ci sont adéquatement convoquées dans la gestion d'une crise sanitaire vu leur expertise. C'est à cette question ou vérification qu'est consacrée la section III qui suit.

⁹³ PL 61, *Loi visant la relance de l'économie du Québec et l'atténuation des conséquences de l'état d'urgence sanitaire déclaré le 13 mars 2020 en raison de la pandémie de la COVID-19*, 1^{er} sess, 42^e parl, 2020, qui s'est échoué à l'étape de l'adoption du principe, le 12 juin 2020.

⁹⁴ Marie-Claude Prémont et Marie-Eve Couture-Ménard, «Le concept juridique de l'urgence sanitaire : une protection contre les virus biologiques et ... politiques», École nationale d'administration publique, Bulletin A+, vol. 7, no 2, juin 2020, en ligne : ENAP <http://enap.ca/ENAP/docs/L_Universite/Bulletin_A_plus/juin_2020/MCPremont_61.pdf?utm_source=Openfield&utm_medium=email&utm_campaign=M728844>.

III. Le rôle de l'expertise en santé publique sous l'état d'urgence sanitaire

Fidèle aux caractéristiques des pouvoirs d'urgence, l'état d'urgence sanitaire est aussi l'affaire de l'Exécutif de l'État. Comme il s'agit toutefois de santé publique et non plus de sécurité publique, comme en temps de guerre ou d'insurrection, il est pertinent de se pencher sur la contribution de l'expertise de santé publique dans le processus décisionnel de la gestion de la crise. Comme les autorités de santé publique sont les dépositaires de la capacité publique de suivi et de gestion de la santé publique, on devrait s'attendre à ce qu'un rôle formel leur soit confié, comme le consacrent tous les chapitres de la LSP. La question devient : est-ce que la petite section III du chapitre XI de la LSP, intitulée « Déclaration d'état d'urgence sanitaire », et comportant les articles 118 à 130, s'appuie sur l'expertise de la santé publique ?

Or, force est de constater que la loi réserve à l'expertise en santé publique une place incertaine, voire ténue et imprévisible, alors que le gouvernement tient fermement les rênes du pouvoir. Les pouvoirs d'urgence sanitaire vont peut-être trop loin sur le sentier guerrier lorsque la société québécoise se prive d'une contribution formelle de l'expertise de la santé publique pour certaines étapes de la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire. Devant l'importance d'appuyer les actions gouvernementales sur des données probantes émanant de la science de la santé publique, ce constat semble à ce point contre-intuitif qu'il mérite une analyse minutieuse. Par analogie, pourrait-on imaginer une crise civile qui place en veilleuse les autorités de sécurité civile ?

La santé publique désigne plus précisément les *autorités* de santé publique, à savoir le ministre de la Santé et des Services sociaux qui en assume la haute direction, le directeur national de santé publique (DNSP) et les directeurs régionaux de santé publique⁹⁵ (article 2 al 3 LSP), ainsi que l'Institut national de santé publique du Québec (INSPQ), un centre d'exper-

⁹⁵ Au nombre de dix-huit, les directeurs de santé publique oeuvrent chacun au sein d'un centre intégré (universitaire) de santé et de services sociaux (CISSS/CIUSSS) dans leur région sociosanitaire. Ils sont nommés par le ministère de la Santé et des Services sociaux. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, RLRQ c S-4.2, art 372 ; « Coordonnées des directeurs de santé publique », en ligne : MSSS <<https://www.msss.gouv.qc.ca/professionnels/documents/liste-directeurs-santepub.pdf>>.

tise qui relève du ministère de la Santé et des Services sociaux⁹⁶. Les postes de DNSP⁹⁷ et de directeurs de santé publique⁹⁸ sont occupés par des médecins formés en santé communautaire, confirmant le caractère scientifique de la charge. Le rôle que leur confie la loi pendant l'état d'urgence sanitaire sera analysé pour trois étapes déterminantes : la déclaration et le renouvellement de l'état d'urgence sanitaire (A) ; l'adoption des mesures d'urgence (B) ; et, enfin, la surveillance et la mise en application des mesures adoptées (C).

A. La déclaration de l'état d'urgence sanitaire

Nous avons vu que la déclaration de l'état d'urgence sanitaire doit impérativement s'appuyer sur le constat de l'existence d'une menace à la santé de la population⁹⁹, suffisamment grave pour requérir des moyens de protection exceptionnels. Ce pouvoir de déclaration et de renouvellement appartient au gouvernement, soit au conseil des ministres, et non pas à une autorité de santé publique. Certes, la participation du ministre de la Santé et des Services sociaux, supérieur hiérarchique de la santé publique, est implicite à la décision de déclaration de l'état d'urgence sanitaire par le conseil des ministres. Mais l'expertise spécialisée de santé publique peut-elle se déduire ou s'imposer de la seule participation du ministre, dans la mesure où le Québec a jugé essentiel à la conduite scientifique de la santé publique de mettre en place toute une structure dédiée à la santé publique, des directeurs régionaux à l'INSPQ en passant par le DNSP ?

Au Québec, la loi n'exige pas, comme c'est le cas dans certaines provinces canadiennes, que la déclaration soit faite à la suite d'un *avis* du ministre ou, *a fortiori*, du DNSP. Ce scientifique est affublé en outre du titre de sous-ministre adjoint et son rôle est de conseiller et d'assister le ministre en

⁹⁶ *Loi sur l'Institut national de santé publique du Québec*, RLRQ c I-13.1.1.

⁹⁷ Le directeur national de santé publique doit être un médecin avec certificat de spécialiste en santé communautaire : *Loi sur le ministère de la Santé et des Services sociaux*, RLRQ c M-19.2, art 5.1 al 2.

⁹⁸ Un directeur de santé publique doit être un médecin ayant une formation en santé communautaire ou, exceptionnellement, une expérience de cinq ans de pratique en santé communautaire. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *supra* note 95, art 372 al 3.

⁹⁹ En comparaison, le déclenchement de la *Loi sur les mesures de guerre* se fait par une proclamation énonçant la présence réelle ou appréhendée d'une guerre, d'une invasion ou d'une insurrection.

matière de santé publique¹⁰⁰. En Alberta, pour prendre cet exemple, le chef de la santé publique (*Chief Medical Officer*) non seulement participe formellement au processus, mais le gouvernement ne peut déclarer l'état d'urgence sanitaire sans disposer de son avis favorable¹⁰¹. La loi de santé publique terre-neuvienne accorde une place encore plus grande à la santé publique en confiant directement au ministre responsable le pouvoir de déclarer l'état d'urgence sanitaire. Tout comme en Alberta, le ministre doit recevoir l'avis favorable du chef de la santé publique avant d'agir¹⁰².

Le législateur québécois n'a pas jugé bon d'exiger l'obtention de l'avis formel du DNSP avant de déclarer ou prolonger l'état d'urgence sanitaire, même si le Premier ministre Legault a toujours insisté pour dire qu'il ne manquait pas d'être constamment guidé par l'expertise de la santé publique. Le législateur a-t-il jugé que l'urgence d'agir justifie l'absence de sollicitation formelle de l'avis des autorités de santé publique au soutien de la *déclaration* de l'état d'urgence sanitaire laquelle, rappelons-le, ne vaut que pour une période maximale de dix jours? Cette explication peut-elle convaincre concernant le renouvellement ou la terminaison de l'état d'urgence sanitaire, considérant que la détermination du temps nécessaire et de l'étendue du territoire où doivent s'appliquer les mesures sanitaires, souvent draconiennes, exigent forcément une caractérisation scientifique de la menace? Cet exercice peut nécessairement être planifié et anticipé dans les jours suivant la déclaration, avec une force qui augmente avec la prolongation de l'état d'urgence sanitaire. En effet, plus la situation d'état d'urgence sanitaire se prolonge, moins il devient convaincant que l'État plaide l'urgence pour faire l'économie d'études scientifiques des autorités de santé publique pour informer et éclairer le processus décisionnel.

D'autres provinces ont prévu que ces décisions doivent être prises avec le soutien de la santé publique. En Alberta, par exemple, le gouvernement met fin à l'état d'urgence s'il considère, suivant un avis du chef de la santé publique (*Chief Medical Officer*), qu'il n'existe plus d'urgence de santé publique sur le territoire concerné¹⁰³. À Terre-Neuve-et-Labrador, le chef de la

¹⁰⁰ *Loi sur le ministère de la Santé et des Services sociaux*, RLRQ c M-19.2, art 5.1.

¹⁰¹ *Public Health Act*, RSA 2000 c P-37, art 52.1(1).

¹⁰² *Public Health Protection and Promotion Act*, SNL 2018 c P-37.3, art 27(1).

¹⁰³ *Public Health Act*, RSA 2000 c P-37, art 52.8(2).

santé publique de la province doit également donner son avis concernant la décision de renouveler ou de mettre fin à l'état d'urgence sanitaire¹⁰⁴.

B. L'adoption des mesures d'urgence

Une fois l'état d'urgence sanitaire déclaré, le pouvoir d'adopter les mesures de protection jugées nécessaires appartient également au gouvernement, comme discuté à la section I.A., où nous avons démontré l'ampleur et la concentration des pouvoirs d'urgence aux mains de l'Exécutif de l'État. Nous avons aussi vu qu'en raison de l'autorisation législative d'adopter des mesures « malgré toute disposition contraire », ce pouvoir équivalait à l'exercice d'un pouvoir législatif plutôt expéditif, puisque sans les mesures de transparence et d'équilibre des pouvoirs associées à la discussion parlementaire qui est escamotée. La LSP prévoit-elle à tout le moins, une contribution formelle des autorités et spécialistes de la santé publique pour contrebalancer cette concentration du pouvoir législatif entre les mains du conseil des ministres ?

Il est vrai que la loi prévoit que le gouvernement peut habiliter le ministre de la Santé et des Services sociaux à exercer un ou plusieurs des pouvoirs d'urgence (article 123 al 1 LSP), lui déléguant alors un certain pouvoir décisionnel quant aux mesures sanitaires à prendre¹⁰⁵. Cependant, aucune obligation de délégation n'est prévue et, comme nous l'avons relevé plus tôt, le ministre de la Santé et des Services sociaux représente-t-il vraiment l'expertise de santé publique, même s'il en est le chef hiérarchique ? On peut en douter, puisque l'organisation de la santé publique du Québec démontre que l'expertise repose principalement sur l'appareil mis en place sur le territoire, soit les dix-huit directeurs régionaux de santé publique, à qui la LSP confie notamment des pouvoirs *réguliers* afin de vérifier et de contrôler les menaces à la santé de la population de leur région (articles 96 à 115 LSP). La conception des mesures d'urgence sanitaire devant répondre à l'exigence constitutionnelle de gérer la menace de manière mesurée et rationnelle (test de *Oakes*), elle doit donc s'appuyer sur une expertise scientifique qui devrait logiquement être offerte par la santé publique, soit par

¹⁰⁴ *Public Health Protection and Promotion Act*, SNL 2018 c P-37.3, art 27(3)(5).

¹⁰⁵ Certaines délégations sont très encadrées, *supra* note 32. De plus, même si le pouvoir est délégué à un ministre, il n'est pas rare que son titulaire obtienne néanmoins l'autorisation du cabinet avant de procéder à l'édition de l'arrêté. On peut penser que c'est le cas pour un tel pouvoir exceptionnel délégué par le gouvernement.

le directeur national de santé publique, par les directeurs de santé publique régionaux ou par l'INSPQ.

Même si rien n'interdit, bien sûr, tant au gouvernement qu'au ministre de solliciter l'expertise de santé publique, l'état d'urgence sanitaire ne lui accorde qu'un rôle imprévisible, selon le bon vouloir du gouvernement, du type de crise à gérer, et au gré d'aléas qui peuvent fluctuer au fil de l'urgence. Non seulement il est impossible de prédire le rôle du ministre, mais l'incertitude est encore plus grande quant aux autorités de santé publique. Dans le cadre de la pandémie de la COVID-19, nous avons déjà souligné (section I.A.) que trois formes de délégation de pouvoir au ministre ont été observées durant les sept premiers mois de la crise (13 mars au 7 octobre 2020), accordant au ministre un rôle décisionnel important dans l'émission de mesures sanitaires¹⁰⁶. Il est impossible de prévoir la répartition des responsabilités entre le gouvernement et le ministre dans l'avenir, et la contribution qu'y jouera l'expertise de la santé publique.

L'article 124 al 1 LSP prévoit que les pouvoirs réguliers de la santé publique ne sont pas suspendus par la déclaration de l'état d'urgence sanitaire. Mais qu'en est-il du rôle joué par les directions régionales ou par le DNSP quant aux pouvoirs déclenchés par l'urgence sanitaire? La réponse semble se trouver en partie à l'alinéa 2 de ce même article, qui précise que pendant l'urgence sanitaire, « le ministre agit avec l'assistance du directeur national de santé publique et les ordres ou directives donnés par le directeur national de santé publique doivent être exécutés de la même manière que ceux du ministre. » En l'absence d'une interprétation judiciaire de cette disposition, notre interprétation est que lorsque le ministre exerce par délégation du gouvernement un ou plusieurs pouvoirs d'urgence, il doit s'adjoindre l'aide du DNSP, ce qui assure une participation de cet expert scientifique à l'élaboration des mesures sanitaires adoptées par le ministre. Or, il faut s'étonner de l'absence d'une obligation légale analogue lorsque les mesures sont adoptées par le gouvernement.

Ainsi, la LSP ne prévoit l'implication formelle du DNSP que pour les délégations de pouvoirs d'urgence au ministre. Cette articulation des pouvoirs d'urgence exercés par l'Exécutif de l'État sans participation assurée et transparente de l'expertise scientifique de la santé publique tend à confirmer le rôle de fidèle fonctionnaire (*Loyal executive*) du DNSP, selon un

¹⁰⁶ Couture-Ménard et Prémont, *supra* note 32.

modèle proposé par Fafard et ses collègues¹⁰⁷. Dans leur étude, les chercheurs comparent le rôle des chefs de la santé publique fédéral et provinciaux au Canada et les rattachent à trois modèles distincts. Selon le modèle du fidèle fonctionnaire, le chef de la santé publique assume essentiellement un rôle de gestionnaire, de conseiller et d'assistant auprès du ministre et du gouvernement en général, mais ne dispose d'aucune autorité pour s'exprimer publiquement.

La loi québécoise écarte donc le DNSP de toute contribution formelle quant à la formulation des mesures prises par pouvoirs d'urgence sanitaire, à l'exception de celles qui sont adoptées par délégation au ministre de la Santé et des Services sociaux. L'article 124 al 2 LSP mentionne que le DNSP peut émettre des ordres ou des directives qui doivent être exécutés de la même manière que ceux du ministre, un pouvoir qui s'inscrit, selon notre interprétation, dans la surveillance des mesures adoptées et qui ne vise pas la formulation des mesures adoptées en vertu des pouvoirs d'urgence. Cette dimension sera abordée dans la section III.C.

Les directeurs régionaux de santé publique n'exercent pas de pouvoirs d'urgence non plus et ils ne sont pas formellement interpellés en soutien à la conception des mesures d'urgence. Leurs responsabilités restent ancrées dans l'exercice des pouvoirs réguliers de santé publique et leur expertise n'est pas sollicitée par la menace grave associée à l'état d'urgence sanitaire¹⁰⁸. On comprend que leurs pouvoirs réguliers pourraient s'exercer en parallèle avec les pouvoirs d'urgence pour les situations externes à l'état d'urgence, comme par exemple en présence d'un enjeu de contamination de l'eau dans la région ou d'un aménagement routier qui présenterait un danger. Mais qu'en est-il lorsque l'enjeu soulevé dans la région concerne directement la menace qui est sous urgence sanitaire? S'agit-il d'un exercice complémentaire? Si, par exemple, une éclosion survient dans un lieu, le directeur de

¹⁰⁷ Patrick Fafard, Brittany McNena, Agatha Suszek et Steven J. Hoffman, "Contested roles of Canada's Chief Medical Officers of Health" (2018) 109:4 Canadian Journal of Public Health 585 à la p 588.

¹⁰⁸ Les directeurs régionaux de santé publique sont notamment responsables, dans leur région respective, d'informer la population de l'état de santé général des individus dans leur région, des problèmes prioritaires et des interventions qu'ils jugent efficaces, d'identifier les situations susceptibles de mettre en danger la santé de la population et de veiller à la mise en place de mesures de protection, qui se déroulent normalement en temps hors urgence sanitaire. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, supra note 95, art 373.

santé publique de la région concernée peut-il se prévaloir de son pouvoir de fermer ou d'évacuer le lieu en question en toute autonomie? Peut-il informer librement la population sur les interventions qu'il juge les plus efficaces face à un problème lié à l'état d'urgence? Comme les pouvoirs d'urgence sont confiés au gouvernement ou, par délégation, au ministre de la Santé et des Services sociaux, il y a lieu de croire que les directeurs de santé publique s'en trouvent dépouillés. Ils ne disposent d'aucune autonomie décisionnelle quant aux mesures de protection face à l'urgence sanitaire à adopter dans leur région. Ils doivent s'en remettre aux directives émises au sommet. Dans une crise qui perdure comme celle de la COVID-19, qui n'affecte pas toutes les régions sociosanitaires avec la même intensité ni au même moment, et dont les enjeux sanitaires, mais aussi sociaux et économiques, sont complexes et multiples, la centralisation extrême du pouvoir décisionnel peut occasionner des tensions importantes et contre-productives entre les autorités nationales et régionales. Dans ce qui semble être une stratégie pour atténuer ces tensions, le gouvernement a d'ailleurs adopté le Système d'alertes régionales et d'intervention graduelle (COVID-19)¹⁰⁹ permettant de moduler les mesures d'urgence selon les régions, système développé par la santé publique et dévoilé par le ministre de la Santé et des Services sociaux le 8 septembre 2020¹¹⁰. La contribution des directeurs régionaux est sollicitée dans sa mise en application, un point qui sera abordé dans la section III.C.

Enfin, la LSP est également mystérieusement silencieuse quant au rôle de l'INSPQ pendant l'état d'urgence sanitaire. L'organisme a pour mission de soutenir le ministre et les directions de santé publique dans leurs actions, en fournissant une expertise indépendante¹¹¹ pour que les décisions de santé publique soient correctement éclairées par la science. Cette exigence du

¹⁰⁹ Gouvernement du Québec, «Système d'alertes régionales et d'intervention graduelle (COVID-19)», en ligne: Gouvernement du Québec <<https://www.quebec.ca/sante/problemes-de-sante/a-z/coronavirus-2019/systeme-alertes-regionales-et-intervention-graduelle/>>.

¹¹⁰ Gouvernement du Québec, «Pandémie de la COVID-19 – Le gouvernement met en place un système d'alertes et d'interventions régionale», *Nouvelles* (8 septembre 2020), en ligne: Gouvernement du Québec <<https://www.quebec.ca/nouvelles/actualites/details/pandemie-de-la-covid-19-le-gouvernement-met-en-place-un-systeme-dalertes-et-dinterventions-regionale/>>.

¹¹¹ Jean-Frédéric Lévesque et Pierre Bergeron, «De l'individuel au collectif: une vision décloisonnée de la santé publique et des soins» (2003) 9:2 *Ruptures* 73; Carole Clavier et France Gagnon, «L'action intersectorielle en santé publique ou lorsque les institu-

renfort de la science dans les décisions politiques de la santé publique fait écho au courant des données probantes qui, depuis quelques décennies, proclame que la bonne, ou la meilleure, décision doit toujours être fondée sur des données probantes¹¹². Or, ici aussi, le gouvernement n'a aucune obligation de solliciter ou de consulter l'expertise de l'INSPQ, ses avis ou ses recommandations avant de prendre les décisions quant aux mesures de protection à adopter. La loi constitutive de l'INSPQ prévoit tout simplement que lorsque la santé de la population est menacée à la suite d'une « situation particulière ayant un caractère d'urgence »¹¹³, le ministre peut demander à l'Institut d'exécuter des travaux en priorité sur tous les autres. Lorsqu'un état d'urgence sanitaire est déclaré, le ministre peut-il procéder à une telle demande, en l'absence d'une délégation par le gouvernement d'exercer un ou des pouvoirs d'urgence? Encore ici, la LSP ne donne aucune précision sur l'articulation entre l'exercice des pouvoirs ordinaires des autorités de santé publique et l'exercice par le gouvernement ou le ministre des pouvoirs d'urgence sanitaire.

Trop inspirée de l'esprit des pouvoirs d'urgence en temps de guerre qui aspirent dans un mouvement énergique les pouvoirs au sommet exécutif de l'État, la LSP n'a pas su intégrer de façon raisonnée ou mesurée l'expertise pourtant cruciale des autorités de santé publique. Malgré le déclenchement d'une crise sanitaire lors d'une situation d'état d'urgence, les autorités régionales de santé publique sont simplement supposées poursuivre leur travail, comme si de rien n'était, ce qui soulève de sérieuses questions quant à la capacité de l'État à répondre adéquatement au test de *Oakes* (surtout quant aux critères de lien rationnel et de proportionnalité des mesures).

C. La surveillance et la mise en application des mesures adoptées

Le respect des mesures d'urgence par la population est crucial pour réussir à contrôler ou éliminer la menace qui l'afflige. La surveillance des

tions, les intérêts et les idées entrent en jeu » (2013) 18:2 *La Revue de l'innovation: la revue de l'innovation dans le secteur public*.

¹¹² Trisha Greenhalgh et Jill Russell, "Evidence-Based Policymaking: A Critique" (2009) 52:2 *Perspectives in Biology and Medicine* 304.

¹¹³ *Loi sur l'Institut national de santé publique du Québec*, supra note 96, art 20(1).

mesures adoptées est toutefois une tâche fort délicate. Elle comprend à la fois la gestion des transgressions mais aussi l'analyse et la gestion des cas particuliers exigeant une analyse plus fine de la situation pour assurer l'application adéquate d'une mesure. La LSP prévoit des amendes allant de 1 000 \$ à 6 000 \$ pour quiconque, dans le cadre de mesures de protection contre des menaces à la santé de la population, entrave ou gêne les autorités de santé publique ou une personne autorisée à agir en leur nom, refuse d'obéir à un ordre de l'une d'elles, refuse de donner accès ou de communiquer un renseignement, ou cache ou détruit un document ou toute autre chose utile à l'exercice de leurs fonctions (article 139 LSP).

Hormis cette disposition pénale, la LSP ne donne pas d'indications claires sur la participation des autorités de santé publique à la surveillance du respect des mesures de protection. Toutefois, grâce à l'étude des décrets et des arrêtés ministériels émis en vertu des pouvoirs d'urgence dans le contexte de la crise de la COVID-19, nous avons repéré certains mécanismes de surveillance impliquant l'expertise de la santé publique¹¹⁴. Ainsi, le ministre a confié au DNSP le pouvoir d'autoriser une municipalité à déclarer un état d'urgence local en vertu de la *Loi sur la sécurité civile*, pour un motif lié à la pandémie de la COVID-19 et, le cas échéant, de fixer toute condition liée à l'exercice des pouvoirs d'urgence prévus à l'article 47 de cette loi¹¹⁵. De plus, le ministre a autorisé le DNSP ainsi que les directeurs de santé publique à ordonner, dans certaines situations, l'isolement d'une personne contre son gré pour une période d'au plus 14 jours sans une ordonnance de la cour (période réduite à 10 jours en septembre), ainsi que de juger du moment où l'isolement doit cesser, autrement que si un résultat négatif est obtenu à la suite d'un test de dépistage de la COVID-19¹¹⁶. D'autres pouvoirs ont été octroyés par le ministre exclusivement à tous ou certains directeurs de santé publique régionaux, soit celui d'autoriser certaines personnes à accéder ou

¹¹⁴ Couture-Ménard et Prémont, *supra* note 32.

¹¹⁵ Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Arrêté no 2020-014 de la ministre de la Santé et des Services sociaux en date du 2 avril 2020*, A 2020-014, (9 avril 2020) GOQ II, 1231A, al 1 du dispositif.

¹¹⁶ Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Arrêté no 2020-015 de la ministre de la Santé et des Services sociaux en date du 4 avril 2020*, A 2020-015, (9 avril 2020) GOQ II, 1232A, al 14-18 du dispositif; Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Arrêté n° 2020-016 de la ministre de la Santé et des Services sociaux en date du 7 avril 2020*, A 2020-016, (9 avril 2020), GOQ II, 1236A, al 2 du dispositif; Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Arrêté no 2020-061 de la ministre de la Santé et des Services sociaux en date du 1^{er} septembre 2020*, A 2020-061, (3 septembre 2020) GOQ II, 3606B, al 1 du dispositif.

à sortir d'un territoire où les résidents sont confinés¹¹⁷, celui d'ordonner la suspension des visites de proches aidants auprès d'usagers de CHSLD pour protéger la santé de la population¹¹⁸ et celui d'évaluer et d'approuver (ou non) les protocoles sanitaires élaborés par les organisateurs de manifestations dans leur région, ces derniers devant se conformer à cette exigence pour obtenir un permis de la Régie des alcools, des courses et des jeux¹¹⁹.

Par ailleurs, les directeurs régionaux de santé publique contribuent à la mise en œuvre du Système d'alertes régionales et d'intervention graduelle (COVID-19)¹²⁰ qui précise, selon des paliers d'alerte, quelles mesures additionnelles doivent être déployées dans chacune des régions sociosanitaires pour protéger la santé de la population. À la lumière d'un document de travail préparé par la Direction générale de la santé publique au ministère, les paliers d'alertes de chaque région sont établis après analyse et délibération à la Table de coordination nationale en santé publique, en tenant compte d'informations issues des enquêtes et de l'évaluation des directeurs régionaux et sur recommandation du DNSP¹²¹.

À quelle source se rattachent ces pouvoirs de surveillance et de mise en application des mesures d'urgence confiés par le ministre au DNSP et

¹¹⁷ *Arrêté no 2020-016 de la ministère de la Santé et des Services sociaux en date du 7 avril 2020, supra* note 116, al 7 du dispositif. Il s'agit des résidents qui se trouvent sur le territoire de la municipalité de la paroisse de Notre-Dame-des-Sept-Douleurs dans la région du Bas Saint-Laurent. Voir aussi : Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Arrêté 2020-018 de la ministère de la Santé et des Services sociaux en date du 9 avril 2020*, A 2020-018, (16 avril 2020) GOQ II, 1310A, al 6 du dispositif, concernant le confinement des résidents (à leur secteur et non à leur résidence) du secteur de la ville de Boisbriand; Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Arrêté 2020-075 de la ministère de la Santé et des Services sociaux en date du 2 octobre 2020*, A 2020-075, (8 octobre 2020), GOQ II, 4249A, al 3 du dispositif, concernant les territoires de la municipalité Pointe-à-la-Croix et de la communauté de Listuguj, dans la région sociosanitaire de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine.

¹¹⁸ Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Arrêté 2020-022 de la ministère de la Santé et des Services sociaux en date du 15 avril 2020*, A 2020-022, (23 avril 2020) GOQ II, 1497A, al 1 du dispositif.

¹¹⁹ Gouvernement du Québec, *Décret 943-2020 concernant l'ordonnance de mesures visant à protéger la santé de la population dans la situation de pandémie de la COVID-19*, D 943-2020, (10 septembre 2020) GOQ II, 3898A, al 2 du dispositif.

¹²⁰ Gouvernement du Québec, *supra* note 109.

¹²¹ *Ibid*; Direction générale de la santé publique, Ministère de la Santé et des Services sociaux, «Le système d'alertes et d'intervention graduelle: un plan pour la suite de la pandémie», Document de travail (Plan du webinaire) (14 septembre 2020), en ligne: MSSS <<https://www.msss.gouv.qc.ca/inc/documents/ministere/salle-de-presse/webinaire-systeme-alerte-20-09-14.pdf>>.

aux directeurs régionaux? En ce qui concerne le DNSP, ces pouvoirs semblent découler de l'article 124 al 2 de la LSP, qui prévoit qu'il peut donner des ordres ou des directives qui doivent être exécutés de la même manière que ceux du ministre. La loi ne brille toutefois pas de clarté quant à la nature de ces ordres ou directives. Quant aux pouvoirs exercés par les directeurs de santé publique régionaux en contexte d'urgence, aucune disposition légale ne permet d'en rattacher la source. Si leurs pouvoirs « réguliers » incluent notamment celui d'ordonner l'isolement d'une personne contre son gré, un tel ordre ne vaut toutefois que pour une période maximale de 72 heures, après quoi une ordonnance de la cour est requise. Encore ici, la loi ne brille pas par sa limpidité.

*
* * *

Nous avons posé l'hypothèse que les pouvoirs d'urgence sanitaire du Québec prévus à la LSP se structureraient à l'image des pouvoirs d'urgence en temps de guerre, dans une tension entre le pôle de l'amplitude exceptionnelle des pouvoirs et le pôle des contraintes essentielles à la protection de l'État de droit qui s'en trouve bousculé. Plusieurs constats ont permis de donner corps à l'hypothèse, même si les Chartes des droits ont, depuis les applications de l'ancienne *Loi des mesures de guerre*, davantage restreint les pouvoirs discrétionnaires dont peut se saisir l'Exécutif de l'État au nom de l'urgence.

Si nous avons insisté sur les liens de parenté structurels entre ces deux classes de pouvoirs, des distinctions importantes les opposent néanmoins. La différence fondamentale entre les deux tient autant à la *source* de la menace (guerre ou insurrection *versus* épidémie) qu'aux *méthodes d'intervention* et à la logique qui doit les guider. En situation de guerre, l'action de l'État se fonde sur la discipline militaire et se structure au nom de la sécurité nationale (sécurité de l'État et sécurité de toute la population), une forme ultime de la sécurité publique qui se préoccupe, quant à elle, d'évènements plus isolés. En situation d'urgence sanitaire, l'intervention de l'État doit se structurer au nom de la protection de la santé de la population et des principes de la santé publique pour lesquels l'adhésion de la population est essentielle à l'efficacité des mesures¹²².

¹²² Raymond Massé, *Éthique et santé publique. Enjeux, valeurs et normativités*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2003, aux pp 140-142.

L'objectif de sécurité nationale a présidé à l'encadrement des mesures de guerre, avec tout son lot d'une atmosphère contrite dans les secrets d'État, la maîtrise de l'ennemi, non seulement sur le champ de bataille, mais aussi dans la société civile, menant notamment à l'internement des Canadiens d'origine japonaise à la suite de l'attaque du Japon contre la base américaine de Pearl Harbour en 1941. Cette atmosphère de lutte armée devenue guerre froide a aussi laissé ses marques indélébiles dans notre droit, jusqu'au Québec¹²³.

La santé publique pose des exigences qui se démarquent du secret et des mesures guerrières. Contrairement aux mesures de guerre qui doivent se décider derrière les portes closes des arcanes des hautes instances politiques et militaires, le bon fonctionnement de mesures d'urgence sanitaire repose plutôt sur des mesures appuyées par une expertise scientifique qui doit suivre en temps réel le développement de la crise et débattre des enjeux scientifiques et sociaux complexes soulevés par un virus loin d'avoir révélé tous ses secrets¹²⁴. Bref, les mesures de protection adoptées se doivent d'interpeller les meilleures méthodes scientifiques éprouvées pour y répondre. L'efficacité de la guerre au virus ne dépend pas de tactiques obscures décidées dans la discrétion en haut lieu, et axée sur une discipline militaire à tout crin, qui imprime trop sa marque sur les pouvoirs d'urgence sanitaire de la LSP. Au contraire, les bienfaits des mesures d'urgence dépendent d'une large diffusion, non seulement des mesures à prendre, mais aussi des motifs qui les justifient, afin de favoriser l'adhésion la plus étendue de millions de personnes qui doivent les intégrer et les observer.

La LSP a effectivement prévu une diffusion très large des mesures imposées. Le gouvernement du Québec a mis en place un système qui respecte en tout point cette exigence, en allant même peut-être encore plus loin, notamment par les points de presse quotidiens, puis fréquents, du trio qui symbolise la figure du gouvernement derrière le processus décisionnel, c'est-à-dire DNSP – Premier ministre – Ministre de la Santé et des Services sociaux.

¹²³ Andrée Lévesque, "Red Scares and Repression in Quebec, 1919-39", dans Wright, Tucker et Binnie *supra* note 29.

¹²⁴ Geneviève Brisson, Karine Dubé et Sabrina Doyon, « Social Construction of Cyanobacteria Blooms in Quebec » (2017) 7:1 SAGE Open 1.

Au-delà de la diffusion des mesures, la LSP fait une très mince place à l'expertise des autorités québécoises de santé publique, au point où on se demande si les Québécois n'ont pas tendance à tendre davantage l'oreille aux autorités de santé publique d'autres territoires pour obtenir un son de cloche plus indépendant, comme les autorités fédérales canadiennes, ou même le célèbre Dr Fauci qui a réussi à faire connaître ses réserves face aux positions adoptées par la présidence de Donald Trump aux États-Unis. Le modèle québécois de la santé publique en état d'urgence sanitaire soumet trop l'expertise de santé publique à la contrainte du fonctionnaire servile et fidèle, sans voix autonome. Est-ce la meilleure méthode pour obtenir la confiance et l'adhésion de millions de personnes, surtout dans un contexte où l'état d'urgence sanitaire se prolonge bien au-delà de la trame temporelle qu'aurait pu imaginer le législateur de 2001 ?

Dans les faits, on a pu observer que les pouvoirs politiques s'allient publiquement à l'autorité nationale de santé publique, même si la loi ne le prescrit pas, afin d'appuyer et valider les décisions prises. Le Premier ministre du Québec, François Legault, se disait lui-même « docile » aux opinions de la santé publique pour mieux convaincre la population de se soumettre à son tour aux directives imposées¹²⁵. Le trio exposé au public sert à produire un message indisputable que l'expertise de la santé publique soutient les actions prises par l'État devant la menace de la COVID-19. Mais les mesures sont-elles aussi indiscutables que la technique médiatique le laisse entendre ? Le droit de l'urgence sanitaire ne permet pas de répondre à cette question. De plus, quelle sera dans les faits la contribution de l'expertise de santé publique lors d'une prochaine crise sanitaire ?

L'adhésion de toute une population à l'empilement des mesures d'urgence sanitaire pose des exigences qui relèvent beaucoup plus des fondements démocratiques de notre droit que de la force militaire des mesures de guerre. Les mesures implantées en état d'urgence sanitaire doivent « persuader » la population pour être efficaces. Le gouvernement Legault n'a eu cesse de le répéter sous toutes les formes : sans l'adhésion de chacun, on est voués à l'échec des mesures et à la propagation exponentielle du virus à combattre. Pour soutenir le succès des mesures de santé publique en urgence sanitaire, surtout lorsque le temps s'étire, « Ce n'est (...) plus la *coercition* qui doit caractériser le droit, mais bien la *persuasion* nourrie de

¹²⁵ La science peut être performative ; par exemple Jérôme Denis, « Préface : Les nouveaux visages de la performativité » (2006) 29 *Études de communication* 8.

la participation »¹²⁶ [nos italiques], comme nous l'écrivions dans une analyse systémique de la logique juridique. Or, un outil de persuasion essentiel et incontournable dont dispose l'appareil public pour favoriser une meilleure adhésion de la population aux mesures d'urgence «fort sévères», comme l'a dit la Cour d'appel du Québec¹²⁷, repose sur l'expertise des autorités de santé publique, que la LSP place en arrière-plan et dont elle ignore trop le potentiel en situation d'urgence.

L'analyse a permis d'interroger la capacité du régime québécois d'urgence sanitaire à assurer, sur un terme exceptionnellement long pour des pouvoirs d'urgence, la confiance et l'adhésion du public face à une ingérence massive dans les vies des citoyens et des entreprises par les mesures d'urgence sanitaire imposées. Elle propose certaines orientations pour réfléchir à une réforme éventuelle du modèle québécois, que le virus SARS-CoV-2 a soumis à dure épreuve.

¹²⁶ Marie-Claude Prémont, *Tropismes du droit*, Montréal, Liber, 2003, p 85.

¹²⁷ *Racicot*, *supra* note 46.