

L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes néo-réglementaires en droit public

Daniel Mockle

Volume 44, numéro 3, 2003

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043756ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/043756ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Mockle, D. (2003). L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes néo-réglementaires en droit public. *Les Cahiers de droit*, 44(3), 297–360. <https://doi.org/10.7202/043756ar>

Résumé de l'article

Cette étude est la suite d'un texte publié en 2002 : « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation » (43 *Cahiers de Droit* 143). Il avait pour objet d'analyse la diversité des nouveaux mécanismes de régulation dans le champ des actes non réglementaires. Cette nouvelle étude reprend le thème de l'évincement du droit pour mesurer l'originalité de ces mécanismes par rapport aux lois et règlements. Si la réinsertion de ces mécanismes néo-réglementaires dans la théorie des normes n'apporte guère de réponse concluante, elle montre en revanche une nette différence entre les modèles de référence et les modèles finalisés par objectifs. Cependant, comme la législation et la réglementation offrent également des procédés de ce type, ce mimétisme montre l'importance des enjeux formels liés à l'élimination des contraintes de forme et de procédure dans l'élaboration de ces mécanismes dits « alternatifs ». La primauté accordée aux résultats par le nouveau management public et la gouvernance accentue ainsi la désuétude apparente des critères de forme et de procédure associés à la légalité et à la validité. Il en résulte des dispositifs normatifs inclassables dans les catégories officielles du droit. La prééminence trop exclusive du modèle classique et centralisé de la loi explique également la recherche de solutions mieux adaptées à la transformation des politiques publiques et des modes de gouvernance.

Si cette évolution traduit la prépondérance de l'effectivité et de la performance dans le choix de procédés réduits à des « outils de gouvernance », elle n'annonce pas pour autant l'apparition d'une contre-catégorie homogène dans le vaste champ des actes non réglementaires. En dépit de cette diversité, le dédoublement du champ normatif en droit public constitue une hypothèse plausible à laquelle les juristes ne peuvent plus répondre par le mode habituel de l'inclusion/exclusion (droit versus non-droit). Ces mécanismes néo-réglementaires sont largement le produit du droit officiel qui les institue et les exclut du domaine réglementaire en vue de répondre aux objectifs induits par le management et la gouvernance. Le droit produit ainsi un double fonctionnel pour instaurer une gouvernance néo-juridique dans la formulation des politiques publiques. Les rapports de l'État avec son propre droit deviennent plus complexes, ce qui oblige à revoir la théorie normative de l'État sur une base évolutive et plus contemporaine.

L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes néo-réglementaires en droit public*

Daniel MOCKLE**

Cette étude est la suite d'un texte publié en 2002 : « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation » (43 Cahiers de Droit 143). Il avait pour objet d'analyse la diversité des nouveaux mécanismes de régulation dans le champ des actes non réglementaires. Cette nouvelle étude reprend le thème de l'évincement du droit pour mesurer l'originalité de ces mécanismes par rapport aux lois et règlements. Si la réinsertion de ces mécanismes néo-réglementaires dans la théorie des normes n'apporte guère de réponse concluante, elle montre en revanche une nette différence entre les modèles de référence et les modèles finalisés par objectifs. Cependant, comme la législation et la réglementation offrent également des procédés de ce type, ce mimétisme montre l'importance des enjeux formels liés à l'élimination des contraintes de forme et de procédure dans l'élaboration de ces mécanismes dits « alternatifs ». La primauté accordée aux résultats par le nouveau management public et la gouvernance accentue ainsi la désuétude apparente des critères de forme et de procédure associés à la légalité et à la validité. Il en résulte des dispositifs normatifs inclassables dans les catégories officielles du droit. La prééminence trop exclusive du modèle classique et centralisé de la loi explique également la recherche de solutions mieux adaptées à la transformation des politiques publiques et des modes de gouvernance.

* L'élaboration de l'étude qui suit a été possible grâce à une subvention du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada sur le thème « *Les modes alternatifs de réglementation* » (titre officiel du projet de recherche). L'auteur remercie Marcel Bertrand Paradis pour la conception graphique du schéma qui figure dans la conclusion.

** Professeur, Faculté de science politique et de droit, Université du Québec à Montréal.

Si cette évolution traduit la prépondérance de l'effectivité et de la performance dans le choix de procédés réduits à des « outils de gouvernance », elle n'annonce pas pour autant l'apparition d'une contre-catégorie homogène dans le vaste champ des actes non réglementaires. En dépit de cette diversité, le dédoublement du champ normatif en droit public constitue une hypothèse plausible à laquelle les juristes ne peuvent plus répondre par le mode habituel de l'inclusion/exclusion (droit versus non-droit). Ces mécanismes néo-réglementaires sont largement le produit du droit officiel qui les institue et les exclut du domaine réglementaire en vue de répondre aux objectifs induits par le management et la gouvernance. Le droit produit ainsi un double fonctionnel pour instaurer une gouvernance néo-juridique dans la formulation des politiques publiques. Les rapports de l'État avec son propre droit deviennent plus complexes, ce qui oblige à revoir la théorie normative de l'État sur une base évolutive et plus contemporaine.

This paper is a follow-up to an initial paper published in 2002 : "Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation" [Governing without Law ? Changing Norms and New Regulatory Mechanisms] (43 Cahiers de Droit 143). The purpose of this initial research was to analyze regulatory diversity in areas of non-regulatory acts. The new analysis presented here returns to the "ousting of the law" theme in order to fathom the originality of these mechanisms as contrasted with statutes and regulations. If the reinsertion of such neo-regulatory mechanisms into the theory of norms does not provide a conclusive answer, it does nonetheless show a sharp difference between referral models and objective-oriented models. Yet, since legislation and regulations also offer techniques of this kind, this imitating demonstrates the importance of the formal stakes related to the elimination of form and procedure in developing these so-called "alternative" mechanisms. The primacy granted to results by new public management and governance thereby emphasizes the obvious obsolescence of the criteria of form and procedure associated with legality and validity. The results take the form of unclassifiable instruments within the official categories of the legal system. The overly exclusive pre-eminence of the classic and centralized legislative model also explains the research for solutions better adapted to changes in public policies and methods of governance.

If this evolution evidences the preponderance of effectiveness and performance in the choice of techniques reduced to “governance tools”, it does not necessarily hail the appearance of a homogeneous counter-category in the vast area of non-regulatory acts. Despite this diversity, duplication in the normative area in public law is a plausible hypothesis against which legal scholars can no longer set up the usual pattern of inclusion/exclusion (law versus non-law). These neo-regulatory mechanisms are to a great extent the product of the official legal framework that institutes them and excludes them from the area of regulatory law so as to respond to objectives induced by management and governance. The legal system thereby produces a bi-functionality to institute a neo-juridical orientation in the formulation of public policies. The relationship of the State with its own legal system becomes more complex, which raises the need to review the State’s normative theory on an evolutionary and more contemporaneous basis.

	<i>Pages</i>
1 La réinsertion des nouveaux mécanismes de régulation dans la théorie des normes	309
1.1 La place relative du droit dans la fonction normative	310
1.2 Les modèles de référence et les modèles finalisés par objectifs	316
2 Les enjeux formels et matériels	325
2.1 Les normes et l’ordre juridique : les dimensions de forme et de procédure dans la production des normes	328
2.2 La transformation des modèles induits par la loi dans le choix des mécanismes de substitution	339
3 Entre le droit et le non-droit : la question de la « justiciabilité »	347
Conclusion	354

Outils de gouvernance¹ ? Mécanismes de substitution ? Normes de rechange ? Si ces expressions reflètent la prépondérance des logiques

1. Si la gouvernance est conforme à la terminologie française, l’expression « outils de gouvernance » est inspirée de l’anglais (*tools of government*). Elle reflète l’importance de l’utilitarisme et de l’instrumentalisme dans l’élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques. L’utilitarisme relève de la philosophie politique.

instrumentales dans l'élaboration des politiques publiques, elles annoncent également une rupture qui résulte de l'élimination du droit. Le thème de la gouvernance rejoint désormais la dynamique des solutions de rechange en vue de servir de cadre de référence pour l'élaboration de ces modes d'intervention désignés également comme « instruments de gouvernance » ou « mécanismes de régulation ». Les autorités sont à la recherche de procédés² qui apparaissent comme des solutions de rechange ou des « outils de gouvernance » par rapport au modèle traditionnel de la législation-réglementation (lois et règlements)³. Dans un contexte de gouvernance instrumentale, l'évincement du droit accentue la complexité des rapports de l'État à l'égard de l'objet « droit⁴ ».

De tels procédés n'en restent pas moins des dispositifs normatifs qui ouvrent de nouvelles perspectives pour la théorie normative de l'État. Des études montrent la croissance de formules de rechange qui échappent aux catégories connues du droit public et qui, dans l'attente de solutions ou de réponses, sont reléguées dans la vaste série des « actes non réglementaires » : plans stratégiques, chartes d'usagers, normes de substitution, normes intégrées par renvoi, codes de conduite et codes de bonnes pratiques, certification par tierce autorité, contractualisation des normes et auto-réglementation plus ou moins intégrale⁵. En ordre dispersé, ils offrent aux

-
2. R.B. STEWART, « Regulation, Innovation and Administrative Law: A Conceptual Framework », (1981) 69 *California Law Rev.* 1256, 1312 (*alternative tools*) et 1364 (*regulatory tools*); C.C. HOOD, *The Tools of Government*, Londres, Macmillan Press, 1983, p. 2: « We can imagine government as a set of administrative tools » et p. 115: « Government as a Tool-Kit »; M. HOWLETT, « Policy Instruments, Policy Styles and Policy Implementation: National Approaches to Theories of Instrument Choice », *Policy Studies Journal*, vol. 19, n° 2, 1991, p. 1; B.G. PETERS, « The Politics of Tool Choice », dans L.M. SALAMON (dir.), *The Tools of Government. A Guide to the New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 552. Ce texte récuse l'approche technicienne des outils de gouvernance pour en souligner la dimension politique.
 3. P. ELIADIS et M. HILL, *Le choix des outils d'intervention en démocratie globale. Projet de recherche sur les politiques*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2003, p. 7. [En ligne], [http://policyresearch.gc.ca/page.asp?pagenm=v6n1_art_15] (22 juillet 2003). Ce texte a fait l'objet d'une première version en septembre 2002 qui a été ultérieurement modifiée.
 4. Le constat de déficit du droit dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques a également été dressé outre-Atlantique par Jacques Caillosse dans D. RENARD, J. CAILLOSSE et D. DE BÉCHILLON, *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 2000, p. 30 (statut mineur du droit dans le traitement des politiques publiques).
 5. P. ISSALYS, avec la collaboration de M. Bourque, *Répartir les normes. Le choix entre les formes d'action étatique. Rapport de recherche*, Québec, Société de l'assurance automobile du Québec, 2002; D. MOCKLE, « Gouverner sans le droit? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43 *C. de D.* 143, 154 (inventaire sélectif de

autorités administratives la possibilité de formuler des règles qui n'ont pas le statut de « règle de droit » selon les exigences du droit public ou encore, par effet de distanciation, de permettre à des acteurs privés de prendre le relais selon des modalités qui échappent en grande partie aux exigences traditionnelles de la réglementation. En droit positif, cette évolution représente une rupture pour la fonction normative qui reste encore étroitement associée à l'existence de règles d'essence législative dans le contexte du couple traditionnel loi-règlement. Par l'utilisation de formules de rechange, les autorités sont visiblement à la recherche de procédés ou de mécanismes qui obligent à repenser la question de la réglementation, du droit, ainsi que l'écart grandissant entre droit et non-droit, tels qu'ils ont été conçus dans le contexte des catégories usuelles de l'orthodoxie positiviste. Ces mutations exigent de revoir le droit public et l'État de droit dans un cadre plus contemporain, évolutif, où la conceptualisation des normes n'est plus du ressort exclusif du droit. La loi n'est plus que le support formel de mécanismes néo-réglementaires qui introduisent de nouveaux dispositifs fondés sur l'efficacité et l'effectivité des politiques publiques.

En dépit des apparences, cette rupture n'est pas une nouveauté pour le droit public. À certains égards, elle pourrait être présentée comme l'approfondissement ou l'élargissement d'une logique de dépassement du droit entamée depuis quelques décennies. Malgré leur hétérogénéité, les procédés associés à la gestion administrative interne du type directive, circulaire, instruction, guide, manuel, règle ou règlement interne forment l'archétype d'une catégorie⁶ progressivement avalisée par le droit administratif, même si des questions récurrentes subsistent sur leur juridicité ou leur intégration potentielle à la réglementation du type réglementaire⁷. Des études les rangent dans la catégorie des règles administratives qui découlent de l'exercice du pouvoir discrétionnaire (autolimitation de la discrétion administrative par des règles)⁸ ou, encore, les associent à des impératifs

nouveaux mécanismes de régulation); J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998 (ouvrage collectif offrant quelques textes sur de nouveaux modes de régulation; cité à plusieurs reprises dans notre texte intitulé: « Gouverner sans le droit? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation »).

6. D. MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, LGDJ, 1984, p. 114 (essai de typologie fonctionnelle) et p. 575 (domaine infraréglementaire).

7. F. HOULE, *Les règles administratives et le droit public: aux confins de la régulation juridique*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 105 (reconnaissance du caractère juridique des règles administratives).

8. M. FILION, « Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration exercé sous forme de normes administratives: les directives », (1979) 20 *C. de D.* 855, 864.

de gestion interne⁹. Ils sont explicitement exclus de la catégorie des normes juridiques¹⁰. En contrepartie, l'attribution du caractère réglementaire dépend, pour l'essentiel, du suivi d'une procédure précise et rigoureuse qui permet aux autorités de faire des règlements « en la forme réglementaire¹¹ ». Cette dimension liée à des exigences de forme et de procédure reste déterminante pour délimiter le champ réglementaire en droit public.

L'unité conceptuelle de cette première catégorie d'actes non réglementaires dépend largement de son caractère « interne¹² » puisque les règles formulées seraient exclusivement destinées aux fonctionnaires et agents dans la perspective de l'application de lois et règlements ou dans le contexte limité de la gestion administrative des organisations publiques. Leur exclusion du champ de la réglementation n'est donc pas exclusivement tributaire de considérations de pure forme, mais elle repose en partie sur une interprétation finaliste et fonctionnelle de leur portée à l'égard des tiers¹³. Compte tenu de l'évolution actuelle où la réglementation fait l'objet d'un vaste questionnement critique dans un contexte de « réforme » (*regulatory reform*)¹⁴, ces arguments traditionnels fondés sur l'idée de « sphère interne » ou de « régie interne » ne sont plus aussi déterminants. Cette

-
9. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. 1, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1984, p. 418 (règles de portée interne).
 10. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 564 (directive : règle de conduite qui ne constitue pas une véritable norme juridique). Par ce constat, les deux auteurs veulent traduire l'état du droit et livrent ultérieurement une position plus nuancée. Sous la rubrique « Rules Made by the Administration », P.P. CRAIG reprend le même constat (*not legally binding*), mais livre en revanche une analyse nuancée de leur statut juridique (*a certain degree of legal force, indirect legal effect*) : P.P. CRAIG, *Administrative Law*, 5^e éd., Londres, Sweet & Maxwell/Thomson, 2003, p. 398-400.
 11. *Loi sur les règlements*, L.R.Q., c. R-18.1, art. 2 : cette loi s'applique à tout projet de règlement. Si le juge prend parfois le relais en attribuant le caractère réglementaire à des directives ou à d'autres textes similaires, c'est en fonction d'un processus de qualification des formalités suivies : *Friends of the Oldman River Society c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 3, 36.
 12. D. MOCKLE, « Ordre normatif interne et organisation », (1992) 33 C. de D. 965, 968 (ordre juridique interne des organisations).
 13. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 10, p. 570-574 (règle qui ne comporte pas de droits ni d'obligations pour les tiers).
 14. I. AYRES et J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation : Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 35 et suiv. (recension de plusieurs modèles de rechange à la réglementation classique) ; M.A. EISNER, *Regulatory Politics in Transition*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1993, p. 8 (mise en perspective des *regulatory regimes*).

catégorie apparaît donc désormais comme la première étape d'un processus de transformation de l'ensemble du champ normatif en droit public.

Par un élargissement progressif de ce champ néo-réglementaire, ces mécanismes relativisent la place du droit dans la fonction normative. En toute orthodoxie, un tel questionnement n'aurait guère de sens, car l'État de droit se confond avec la structure pyramidale, hiérarchisée, centralisée et monopolistique des règles de droit. Dans la perspective unitaire du système juridique, les procédés néo-juridiques sont dépourvus du statut de règlement ou de « règle de droit » par une opération de qualification qui dépend surtout du législateur¹⁵ et du juge¹⁶. Comme c'est une règle de droit qui prédétermine le statut de ces mécanismes de rechange, le système étatique conserve ainsi sa cohérence interne. Les transformations en cours pourraient donc être banalisées par une épuration radicale qui les renverrait à la périphérie du système juridique ou aux confins de la régulation juridique. Le dédoublement progressif de la fonction normative entre un champ proprement juridique et un autre qui ne peut se définir que par défaut (actes non réglementaires / non-droit) exige, sans possibilité d'esquive, un questionnement lucide sur la place du droit dans l'action gouvernementale. « Gouverner sans le droit » n'est pas une hypothèse, mais un constat¹⁷. Les autorités disposent désormais d'un choix stratégique dans la répartition des normes, avec pour conséquence l'apparition de types hybrides ou déviants dont l'inclusion/exclusion, complète ou partielle, du système juridique, sera déterminante pour la formulation des politiques publiques¹⁸.

Ce « choix » peut être l'objet de problématiques contrastées aux fins d'analyse. Sans en faire ici une recension exhaustive, il est utile de rappeler quelques axes qui prédéterminent le sens d'une réflexion. La première interprétation, résolument axée sur la présentation du phénomène et la recension des procédés, montre la diversification croissante des modes d'intervention dans la catégorie des normes dites abstraites, générales et

15. Cette approche avait été retenue dans les défunts projets de loi sur la réforme de la réglementation fédérale : *Loi sur l'efficacité de la réglementation*, Projet de loi C-62, 1^{re} session, 35^e législature (Can.), art. 16 (normes de substitution) ; *Loi sur les règlements*, Projet de loi C-25, 2^e session, 35^e législature (Can.), art. 19 (documents incorporés par renvoi).

16. *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1981] 1 C.F. 500, 513 (C.A.F.) (j. Le Dain), confirmé par *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada* [1982] 2 R.C.S. 2 ; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Ministre de la Justice du Canada*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 1173 (j. Binnie pour la majorité) et 1236 (j. Iacobucci pour la dissidence).

17. D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 5, 146.

18. P. ISSALYS, *op. cit.*, note 5, p. 278.

impersonnelles. L'emploi de formules de rechange dans le champ de la réglementation apparaît ainsi comme la contrepartie des modes non contentieux pour le règlement des litiges et différends. Cette logique de rechange obéit à des motifs analogues fondés sur les limites structurelles de la réglementation (coût, formalités, rigidité, délais), ce qui rendrait inéluctable l'apparition de procédés de substitution pour atteindre des résultats plus convaincants dans la mise en œuvre des politiques publiques. Cette logique de substitution peut être tout à fait compatible avec la réglementation du type réglementaire. Le rapport Issalys livre une analyse des « nouvelles formes de réglementation » qui peuvent être appréhendées comme une bonification optimale de la technique réglementaire en droit public : la réglementation négociée, l'autoréglementation contrôlée, la réglementation par objectifs, la réglementation par renvoi, les dérogations et tolérances et, enfin, les sanctions administratives¹⁹. La richesse de ce thème dépend en grande partie de la diversification des modes d'intervention.

Les modes dits « alternatifs » supposent l'épuisement progressif des procédés classiques, au premier rang desquels apparaissent les deux figures emblématiques de la Loi et du Jugement. Si l'idée de dépassement du droit repose à bien des égards sur des causes proprement systémiques qui renvoient à des impasses réelles dans l'administration de la justice ou l'élaboration de la réglementation, cette explication ne revêt son sens véritable qu'à la lumière des transformations du nouveau management public (*new public management*)²⁰. Un autre axe de réflexion devient ainsi nécessaire pour montrer que la réorganisation des modes de gestion suppose un renforcement des logiques instrumentales. Si l'appareil d'État recherche l'efficacité maximale en matière de gestion, de résultats, de rendement et de contrôle effectif de ses propres services, l'élaboration des normes obéit davantage à une logique maximaliste qui relègue au second plan les impératifs traditionnels de légalité et de validité. Les impératifs d'efficacité²¹,

19. *Id.*, p. 59 et suiv.

20. J. LECLERC, *Gérer autrement l'administration publique. La gestion par résultats*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université du Québec, 2001, p. 129 (présentation critique des bureaucraties mécanistes qui incarnent le vieux modèle).

21. M.J. TREBILCOCK et autres, *The Choice of Governing Instrument/Le choix des instruments d'intervention. Étude faite pour le Conseil économique du Canada*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1982, p. 25 (efficacité technique et choix des instruments). Pour un exemple d'analyse critique de la réglementation en fonction de l'efficacité économique et politique, voir, dans un contexte d'application économétrique, l'ouvrage de C. PONDAVEN, *La théorie de la réglementation. Efficacité économique ou efficacité politique ?*, Paris, LGDJ, 1989. Comme cet ouvrage a pour objet les paradigmes économique et politique de la réglementation, le droit est exclu du champ de l'analyse.

conjugués à ceux de l'effectivité des politiques publiques, où se dessine l'influence du courant *Law and Economics*²², favorisent l'expérimentation de mécanismes hybrides où règne la recherche de propriétés que ne peut offrir, *a priori*, la réglementation traditionnelle du type réglementaire. La diversité des procédés peut donner l'impression que l'Administration conserve la maîtrise complète de ces nouveaux instruments et que tout dépend, en définitive, de son ingéniosité à concevoir des formules de rechange.

Le choix des outils d'intervention est également lié au thème de la gouvernance. En privilégiant les défis pratiques de l'action publique et ses enjeux concrets, la gouvernance assure la primauté des « sciences du gouvernement²³ », avec pour conséquences pratiques une approche instrumentale du droit et l'évincement de la philosophie politique réduite à l'utilitarisme. L'élaboration de formules de rechange traduit cette volonté de restructurer et de renouveler la fonction gouvernementale²⁴. Ces procédés rejoignent ainsi d'autres objectifs liés aux impératifs d'efficacité et d'efficience pour le secteur public, à l'élaboration de nouveaux dispositifs dont la priorité est le service aux usagers, à la réduction du fardeau de la réglementation et des dépenses publiques, ainsi qu'à la mise au point de nouveaux mécanismes de reddition de comptes axés sur les objectifs et les résultats²⁵. Dans la transformation des priorités en matière de gouvernance et de politiques publiques, la réglementation est directement ciblée en vue de la diminution de son volume (dimension quantitative). La croissance des solutions de rechange pourrait être interprétée comme une manifestation tangible de la déréglementation, de la déjuridicisation, bref de l'évincement du droit au profit de mécanismes de substitution que le droit ne pourrait saisir, faute de catégories appropriées. Cette vision pessimiste est confortée, à certains égards, par les documents de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) où règnent l'éclectisme et la diversification des modes d'intervention en vue de favoriser la

22. Le recours à des mécanismes économiques d'incitation et de régulation est une constante dans la littérature du type *Law and Economics*, ainsi que dans celle du *Public Choice*. Cette approche instrumentale a été critiquée par A.I. OGUS, *Regulation : Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 245 (*economic instruments*).

23. J.-P. GAUDIN, *Pourquoi la gouvernance ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2002, p. 27.

24. « Instead of a single form of action, public managers must master a host of different « technologies » of public action, each with its own decision rules, rhythms, agents and challenges » : L.M. SALOMON, « The New Governance and the Tools of Public Action : An Introduction », dans L.M. SALOMON (dir.), *op. cit.*, note 2, p. 1, à la page 6.

25. P. ELIADIS et M. HILL, *op. cit.*, note 3, p. 2 et 9.

concurrence²⁶. Il en résulte une « horizontalisation » des procédés où l'efficacité technique et la performance apparaissent comme des facteurs déterminants. La gouvernance traduirait ainsi la prépondérance du management sur des éléments traditionnellement associés au droit comme la légalité, la légitimité, la transparence, la reddition de comptes, la publicité et l'équité. Sans évacuer complètement la question du droit, la gouvernance en fait une proposition mineure, la majeure étant dictée par l'amélioration des modes de gestion et des outils d'intervention.

La nécessité de réintroduire la question du droit peut être justifiée de deux façons. Dans un premier temps, un rappel de la dimension politique du droit et de ses propriétés peut être présenté comme indispensable pour évaluer des enjeux fondamentaux négligés par l'approche technicienne de la réglementation. Le rapport Issalys présente cette rupture puisqu'il réintroduit des critères de justification de l'action étatique fondés sur un ensemble d'éléments où le droit peut enfin coexister avec l'expertise technique dans le choix des moyens. Parmi ces critères, nombreux sont ceux qui permettent de réintroduire en douceur des dimensions proches de l'État de droit : la maîtrise politique souligne le rôle moteur du Parlement dans l'élaboration des politiques publiques ; l'espace public permet d'affirmer des dimensions propres au fonctionnement de la démocratie politique ; et, enfin, l'équité traduit des exigences de régularité, de publicité et de transparence largement connues en droit²⁷. Dans un second temps, l'abandon de toute convenance formelle dans le choix des outils d'intervention entraîne un « brouillage des catégories juridiques²⁸ », au point que les avancées techniques dans l'élaboration des formules de rechange ne permettent plus de distinguer les frontières du droit. Du seul fait que ces mécanismes entretiennent des rapports complexes et nuancés avec le droit positif, il n'est pas possible de livrer une explication fondée sur une définition en extension du droit (*Quid Juris ?*). À une échelle plus modeste, compte tenu des moyens dont dispose le droit public, il faut déterminer à quel type de droit (*Quid Jus ?*) renvoient ces procédés. S'agit-il d'une transformation subtile de catégories connues, au point de former des sous-catégories composites alliant diverses caractéristiques (de la négociation à la planification dirigiste) ou, au contraire, d'une reconfiguration de certaines techniques qui pourrait être annonciatrice d'un autre type de droit ? Pour cette seconde

26. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation, Synthèse*, Paris, Service des publications de l'OCDE, 1997, p. 43 (large éventail de nouveaux instruments d'action).

27. P. ISSALYS, *op. cit.*, note 5, p. 23.

28. *Id.*, p. 277.

hypothèse, ce ne serait qu'un ajout aux catégories traditionnelles, ce qui confirmerait les tendances à la diversification et à l'éclectisme.

En l'état actuel de la recherche, ce droit supplétif, sorte de « droit au-delà du droit », reste une énigme. La première difficulté découle de l'approche initiale, décrite dans l'ouvrage intitulé : *The Choice of Governing Instrument*²⁹, où il apparaît clairement que la réglementation peut être évincée aux profits de catégories connues en droit administratif : contrats, prêts, avantages fiscaux, dégrèvements, primes (*bonus*), permis, dérogations. Dans un premier temps, c'est l'utilisation de la réglementation qui peut être perçue comme un obstacle pour l'élaboration de politiques publiques qui requièrent flexibilité et adaptation. Ce scénario n'est pas nouveau et ne bouleverse pas les catégories connues du droit positif. Ce « choix » (*Public Choice*) des autorités reste une constante en droit public. En revanche, la mutation de la vaste catégorie des normes abstraites, générales et impersonnelles vers des solutions de rechange introduit divers éléments de rupture et de recomposition pour la réglementation. Avec un programme du type *Changing the Rules*³⁰, il est possible de concevoir des emprunts pour intégrer à l'action gouvernementale des modèles (plans d'entreprise reconvertis en plans stratégiques, codes de conduite, normes techniques) élaborés dans un autre contexte institutionnel que celui de l'État. Une adaptation de modèles préexistants peut également favoriser des mutations vers un autre type de droit (chartes d'utilisateurs, normes de substitution, codes de conduite).

La logique de transfert ou d'emprunt est en grande partie voilée par la fermeture du système juridique qui conserve une maîtrise quasi complète du processus de qualification des normes. Dans la perspective de la clôture autoréférentielle³¹, où la fermeture est avant toute chose celle des processus cognitifs du droit officiel³², les mécanismes néo-réglementaires ne sont

29. Le thème de l'interchangeabilité revient constamment dans cette étude : M.J. TREBILCOCK et autres, *op. cit.*, note 21, p. 110 (notamment pour la réglementation).

30. G.B. DOERN et autres, *Changing the Rules : Canadian Regulatory Regimes and Institutions*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, p. 5 (définition extensive de la réglementation).

31. « Seules des normes juridiques peuvent décider de la pertinence ou de la relevance d'un élément quelconque à l'égard du système juridique » : F. OST, « Le droit comme pur système », dans P. BOURETZ (dir.), *La force du droit*, Paris, Éditions Esprit, 1991, p. 139, à la page 141.

32. À la différence des théories fonctionnalistes qui conçoivent le droit comme un système ouvert à son environnement, l'autoréférentialité implique une forme organisationnelle close, caractérisée par l'autoreproduction récursive de ses processus systémiques ; G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, coll. « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1993, p. 29.

que des actes non réglementaires ou ne constituent pas des règles de droit. Il en résulte une contre-catégorie, non homogène et plus ou moins occulte, qui ne peut être définie « en creux » sur le seul principe de ce qu'elle n'est pas. La croissance des formules de rechange ne peut justifier d'éluder la question de leur rapport au droit. L'écart grandissant entre la régulation du type réglementaire et des formules de substitution peut devenir problématique pour un système politique orienté vers l'ouverture et la transparence. Si cette dualité repose la question récurrente de l'opposition entre droit et non-droit³³, elle soulève également, dans un autre registre, la question ultime de la fonction politique du droit dans la formulation des normes. Le droit reste-t-il encore l'horizon intangible et insurmontable sans lequel la conceptualisation de l'action gouvernementale demeure impensable³⁴? À l'inverse, les impératifs d'efficacité qui alimentent l'expérimentation de mécanismes néo-juridiques permettent-ils d'en faire l'économie, au point de rendre plausible une solution de rechange pour le droit? Une solution fonctionnelle est-elle réellement possible dans un contexte de primauté du droit? Faute de pouvoir envisager une rupture, ne faut-il pas « déjuridiciser » les règles en vue de satisfaire à des logiques instrumentales, quitte à répondre encore aux exigences de validité et de légalité? La transformation interne du droit est-elle annonciatrice de tendances régressives où, faute de pouvoir élaborer des outils qui répondent encore aux exigences universalistes du droit, les gestionnaires pourraient concevoir des mécanismes néo-juridiques plus aptes à satisfaire la rationalité comptable de la gouvernance? En substituant au droit des règles qui tirent leur légitimité de la pure effectivité et de la performance, ne faut-il pas « gérer autrement³⁵ » pour atteindre les objectifs de transformation de l'État? Au-delà des enjeux politiques et administratifs, de pareilles questions réactualisent à des degrés divers des thématiques propres à la théorie juridique de l'État et à la théorie des normes. Cette démarche reste indispensable pour réintroduire la question du droit dans un contexte utilitariste où les normes ne sont plus que des « outils de gouvernance ».

33. Le non-droit correspond à des dimensions contrastées, comme en témoigne le texte connu de Jean Carbonnier qui a pour objet des phénomènes de non-droit très éloignés de la formulation des politiques publiques : J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », dans J. CARBONNIER (dir.), *Flexible droit*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 25, à la page 28.

34. S. GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, coll. « Thémis », Paris, PUF, 1997, p. 165 et suiv. (deux figures : État du droit et État de droit). Dans une perspective postmoderne, J. Chevallier ne mentionne pas la disparition ni le recul du droit mais « les transformations du droit » : J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 2003, p. 89 et suiv.

35. J. LECLERC, *op. cit.*, note 20, p. 79 (prépondérance des instruments de mesure en vue d'atteindre des résultats concrets).

1 La réinsertion des nouveaux mécanismes de régulation dans la théorie des normes

Loin d'englober la totalité de l'action gouvernementale, la question posée (*Quid Jus ?*) ne concerne que le champ des normes abstraites, générales et impersonnelles. Si la réponse est défavorable pour la place du juridique (non-droit), le divorce croissant entre le droit et ces mécanismes néo-juridiques traduirait l'influence croissante de nouveaux dispositifs de pouvoir qui tirent leur efficacité de l'élimination des exigences du droit formel. Sans que ce soit un scénario du type « gouverner sans le droit », cette transformation latente laisse entrevoir qu'une partie non négligeable du corpus législatif se résume à des habilitations en vue d'introduire un rapport distancié au droit dans la formulation des politiques. À l'opposé, si la question du non-droit ne relève que des apparences, la croissance d'un vaste champ intermédiaire montre que cet écart ne peut se réduire à une opposition radicale entre droit et non-droit. Même si les sources officielles du droit public envoient systématiquement le même type de message (absence de règle de droit/acte non réglementaire), l'imbrication entre ce qui peut sembler hors du droit et les avatars multiples de l'objet « droit » sont beaucoup plus complexes qu'il n'y semble.

Peu importe les causes de ce dédoublement, le droit public ne peut échapper au dilemme. Dans le domaine des actes non réglementaires, les solutions de rechange sont-elles, en définitive, du droit (*Quid jus ?*) ou, à défaut de pouvoir rassembler tous les éléments constitutifs de l'objet « droit », un succédané de droit qui ouvre la perspective de mécanismes néo-juridiques ? Pareille démarche ne peut que réintroduire des thèmes classiques propres à la théorie normative du droit et de l'État : juridicité, ordre normatif, système juridique, production des normes, pluralisme. Une réponse négative pourrait signifier qu'une partie non négligeable de la production normative bascule vers un « au-delà » sans retour possible vers le droit, là où le management et l'analyse économique se conjuguent dans la transformation des politiques publiques. Ces deux disciplines postulent la primauté des résultats matériels³⁶, ce qui entraîne corrélativement l'affaiblissement des valeurs et principes du droit qui ne répondent pas à cette logique utilitaire. En contrepartie, toute esquisse destinée à proposer une réponse affirmative soulève des difficultés conceptuelles inédites pour le

36. Sur la primauté des résultats matériels et l'affaiblissement des valeurs non marchandes, voir : B. OPPETIT, *Droit et modernité*, coll. « Doctrine juridique », Paris, PUF, p. 167 (instrumentalisation des règles).

droit public. Ce travail est difficile, car les réponses semblent fragmentaires au vu de la diversité des procédés. La conclusion ne sera pas forcément du type binaire sur le mode inclusion/exclusion (droit versus non-droit). Si la mutation des normes appelle tout autre chose qu'une seule bonne réponse, elle oblige néanmoins à mettre en perspective le droit avec des mécanismes néo-juridiques. Du recyclage de formules connues à l'allègement du droit, de la déréglementation à l'élimination des contraintes du droit, les balises ou certitudes du droit positif ne sont guères utiles. L'« horizontalisation » du droit, l'aplatissement des règles, l'indifférenciation du droit et du non-droit ne sont-ils pas l'expression tangible de la refonte des politiques publiques dans un contexte de gouvernance ? Cette évolution serait-elle l'expression d'une recomposition de la fonction normative où le droit ne serait plus qu'une solution de rechange dans la formulation des politiques publiques ?

1.1 La place relative du droit dans la fonction normative

L'évincement du droit dans la fonction normative ne serait tout au plus qu'un nouveau chapitre de la composition d'un roman à la chaîne digne de la métaphore imaginée par Dworkin³⁷. Avec toutefois une différence notable, car les juges ne sont pas directement en cause ici. Le fait que le normatif ne peut pas relever exclusivement du droit est devenu un constat banal. La multiplication de normes administratives, techniques, professionnelles, scientifiques ou déontologiques ruine la prétention du droit à monopoliser la normativité. Dans cette perspective relativiste, le professeur Jeammaud en tire une conclusion logique en affirmant : « Rien n'autorise [...] à prétendre que la normativité est de l'essence du juridique³⁸. » Il faut toutefois nuancer son constat qui reste véridique : si tout ce qui est normatif n'est pas nécessairement juridique, il est possible de prétendre que tout ce qui est juridique est nécessairement normatif. L'apparition de mécanismes néo-réglementaires exclus de la fonction réglementaire confirme la tendance lourde vers la formulation de normes hors des circuits officiels du droit. L'élargissement de la fonction normative découle de la nature même de ces mécanismes destinés à produire des effets normatifs. Des clarifications sur la question des normes deviennent dès lors indispensables. Cet enjeu est fondamental, car, avant même que surgisse la problématique des solutions de rechange et des « outils de gouvernance », le sort du droit était pour ainsi dire scellé. La dynamique actuelle de mutation et

37. R. DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 250 ; paru en 1986 sous le titre original *Law's Empire*.

38. A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », (1990) *D.* 199.

de mutabilité des normes ne serait tout au plus que la chronique d'une défaite annoncée pour le droit.

La conception générale qui règne dans la littérature savante reste largement du type déontique³⁹ en attribuant à tout énoncé normatif le même objet : déterminer ou orienter un comportement, une action ou une abstention, bref, une règle de conduite⁴⁰, même en sociologie du droit⁴¹. Les travaux du « premier Kelsen », celui de la *Théorie pure du droit*, ont largement contribué à cette association des normes à des règles de conduite humaine. La norme joue ainsi le rôle d'étalon de valeur pour des conduites effectives⁴², ce qui amène inévitablement à attribuer au droit des propriétés spécifiques que n'auraient pas d'autres ordres normatifs (le « pluralisme méthodologique » de Kelsen a été un peu oublié...). La dimension behavioriste est fort répandue en monde nordique ou anglo-américain. Elle transcende toutes les écoles et tous les courants, comme en témoignent les travaux d'Alf Ross⁴³, de Joseph Raz⁴⁴, de G.H. Von Wright⁴⁵ ainsi que ceux du « second Kelsen⁴⁶ ». Dans le monde francophone, la littérature savante a été sensible à la déperdition de sens qui touche indistinctement les termes « loi », « règle » et « norme ». Sur le fondement d'une analyse lexicale, Paul Amselek a montré l'existence d'une notion générale de norme.

39. Issu du grec *deontos* (devoir), ce terme apparaît sous la rubrique « Logique déontique » dans : A.J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 348.

40. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 3^e éd., Paris, PUF, 2002, p. 591 (norme : valeur obligatoire attachée à une règle de conduite) ; H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, p. 382 (norme : règle de conduite) et 475 (règle : ligne de conduite, modèle à suivre) ; G.A. LEGAULT, *La structure performative du langage juridique*, Montréal, PUM, 1977, p. 16 (phénomène légal : un régulateur de l'agir humain).

41. V. POCAR, « Norme (en sociologie du droit) », dans A.J. ARNAUD (dir.), *op. cit.*, note 39, p. 404.

42. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., traduit de l'allemand par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 23.

43. A. ROSS, *Directives and Norms*, New York, Humanities Press, 1968, p. 107 : « Since a norm is a directive, its meaning-content has to be characterized in general as an action-idea presented as a pattern of behaviour. »

44. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1965, p. 9, où les normes sont présentées d'emblée comme *reasons for action*.

45. G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 71, où les normes supposent une chose qui doit être faite ou ne pas être faite, ce qui entraîne une distinction entre l'*ought-character* (*obligation-norms*) et le *may-character* (*permissive norms*).

46. H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, coll. « La Pensée juridique », Paris, LGDJ, 1997, p. 55 (droit : un ordre de la conduite humaine).

L'étymologie révèle la parenté profonde des normes avec les instruments de mesure comme la règle ou l'équerre. Les normes apparaissent ainsi, au sens premier, comme des instruments, des outils, des mesures, des étalons, des modèles⁴⁷. Sur ce point, il rejoint un constat déjà formulé par Kelsen sur la norme « comme étalon de valeur », cette assertion n'étant pas toutefois le centre de la théorie kelsénienne des normes⁴⁸. Les travaux ultérieurs de Jean-François Perrin et d'Antoine Jeammaud confirment l'appréhension des normes sous forme de modèles ou d'instruments, voire de références⁴⁹. La conception déontique est ouvertement critiquée par les deux auteurs qui affirment que les règles ne constituent pas, sans exception, des outils toujours destinés à orienter des comportements humains⁵⁰. Une telle position ne fait pas l'unanimité ainsi que l'atteste le désaccord explicite de Denys de Béchillon qui réaffirme que les normes juridiques prescrivent toujours des modèles comportementaux⁵¹. Cette controverse n'appelle pas de réponse définitive et reste un débat ouvert. Plusieurs indices permettent de douter de la prééminence absolue de la conception déontique puisqu'il existe de nombreuses normes qui concernent le statut des personnes morales de droit public ou privé⁵², la formulation de principes⁵³, certaines règles d'interprétation⁵⁴ ou bien le statut de règles ou de normes par rapport

47. P. AMSELEK, « Norme et loi », (1980) 25 *Archives de philosophie du droit* 89, 90-91.

48. H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, coll. « Léviathan », Paris, PUF, 1996, p. 167.

49. J.-F. PERRIN, « Règle », (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 245, 253 ; A. JEAMMAUD, *loc. cit.*, note 38, 203.

50. J.-P. PERRIN, *loc. cit.*, note 49, 251 ; A. JEAMMAUD, *loc. cit.*, note 38, 200.

51. D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 173.

52. Le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, en offre de nombreux exemples, notamment les articles 298 à 300 relatifs aux modes de constitution des personnes morales et au régime qui leur est applicable. Des dispositions de ce type ne font que souligner la propension du droit à être une discipline de classement, ce qui ne vise pas, *a priori*, des comportements attendus ou défendus. Les catégories du droit ne deviennent pas pour autant de pures abstractions, car, en réalité, elles prédéterminent un champ normatif qui s'impose à toute personne intéressée.

53. Au Canada, la formulation de principes dans la partie introductive d'une loi est une pratique en plein essor, sans toutefois être généralisée. À titre d'exemple, « le gouvernement du Canada s'engage à adopter le principe de la prudence dans le cadre de la conservation et de la gestion du milieu marin » : *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*, L.C. 2002, c. 18, préambule. Dans le même esprit, la *Loi sur les espèces en péril*, Projet de loi C-5, 1^{re} session, 37^e législature (Can.), 49-50-51 Elizabeth II, 2001-2002, énumère dix-huit principes dans un long préambule.

54. Les deux lois d'interprétation (*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, et *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16) ont pour objet premier, mais non exclusif, la législation. Cet objet impersonnel a néanmoins pour destinataires les juristes responsables de l'élaboration des lois, ainsi que les professionnels du droit et les interprètes, juges ou arbitres.

à d'autres normes⁵⁵. Cette approche suppose, avec plusieurs nuances, l'absence apparente de destinataires directs, au sens de personnes physiques, dont le droit voudrait orienter le comportement. En revanche, elle ne tient pas compte du fait que le destinataire ultime serait l'interprète, en l'occurrence le juge, dont le choix est prédéterminé par des règles qui relèveraient davantage des règles secondaires au sens de la théorie de Hart⁵⁶, ou encore le législateur lui-même, s'agissant de règles d'interprétation ou de normes constitutionnelles. Certains pourront néanmoins prétendre qu'il s'agit d'enjeux institutionnels propres à des autorités et que les questions de statut, de compétence et de pouvoir nécessitent une autre approche de la finalité des normes. Ce débat n'est pas dénué de tout intérêt puisqu'il réintroduit la détermination du destinataire de la norme. Dans leur forme la plus répandue, les normes ont malgré tout les personnes physiques comme destinataires plus ou moins directs, même si ce ne sont pas des objectifs comportementaux qui en constituent systématiquement l'objet.

Ce dilemme n'exige pas une solution définitive pour clarifier, en toute dernière analyse, ce que représente une règle ou une norme dans le contexte des « outils de gouvernance ». Les procédés néo-réglementaires ont pour trait commun des visées comportementales qui sont évidentes. En dehors des formules connues de la loi et du règlement, la mobilisation des acteurs en est le ressort principal, peu importe qu'il s'agisse d'agents de l'Administration ou d'usagers : plans stratégiques, déclarations de services, chartes d'usagers, codes de conduite, normes intégrées par renvoi, normes de substitution. Il est certes possible de les concevoir comme des principes ou des références, ce que dément toutefois la gestion par résultats qui réintroduit de multiples dimensions liées à l'efficacité et à l'effectivité. L'élément néanmoins essentiel pour la suite de cette analyse est l'absence de tout lien exclusif entre le droit (la normativité propre au système

55. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* assure la primauté des normes constitutionnelles en rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Cette disposition apparaît comme l'archétype des dispositions qui ne servent qu'à établir des rapports entre normes ou à les qualifier, ce qui constitue l'objet de la présente étude où des règles législatives peuvent évincer de la catégorie des actes réglementaires certains types de règles : *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11), art. 52.

56. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 77. Il ne faut pas pour autant conclure que Hart adhère à une conception behavioriste du droit, puisqu'il constate que les lois attributives de compétences ne sont pas des commandements (p. 30) (distinction faite entre loi « habilitante » et ordre). Sa distinction classique entre les règles primaires et secondaires peut même être invoquée pour réserver aux règles primaires l'orientation directe des comportements.

juridique) et l'énoncé d'un modèle de conduite. Cet élargissement de la dimension déontique à des mécanismes néo-juridiques contribue au dédoublement de la fonction normative compte tenu de la position de quelques auteurs pour caractériser la norme juridique « comme signification d'une proposition indiquant un modèle de conduite qui se décline sur un mode impératif⁵⁷ ». Ce « devoir-être impératif » n'est pas l'apanage exclusif du droit. Nberto Bobbio a démontré l'impossibilité de définir la norme juridique isolément, notamment dans la perspective des énoncés prescriptifs qui ne sont pas propres au droit⁵⁸. Un énoncé fondé sur une proposition majeure (A) emporte couramment une mineure (B) qui représente un « doit être » qui non seulement échappe au droit, mais peut être infiniment plus contraignant. Bobbio avait donné comme exemple comparatif de cette indifférenciation le fait que rien ne distingue l'énoncé suivant : « si quelqu'un vole, il doit être puni par la prison » de « s'il pleut, il faut prendre un parapluie »⁵⁹. Dans la perspective des contraintes naturelles ou climatiques, cet exemple pourrait être revu à la hausse pour refléter les réalités contemporaines : afin de faire une excursion en haute montagne, il faut impérativement suivre des règles de survie, posséder des habilités techniques, ainsi que les connaissances voulues, et se munir de l'équipement indispensable (énumération de règles-conditions). De nombreux exemples de ce type pourraient montrer que l'inobservation de contraintes purement naturelles ou physiques entraîne de graves conséquences pour la vie ou la sécurité des intéressés. Ce type de « devoir-être » dépasse, par son registre de gravité et d'intensité, les plus dures interdictions du droit (domaine du droit pénal), car les sanctions sont rapides et radicales (menaces de mort ou de blessures). Ce rappel montre tout au plus que la prédétermination des conduites ne représente pas l'essence exclusive du droit, bien que ce dernier en fasse le principal objet de ses propositions normatives.

Ce constat réintroduit une approche générique des règles et des normes, voire des « lois », dont plusieurs auteurs, après recension de la littérature savante, soulignent le caractère interchangeable ou synonymique⁶⁰. Un scénario identique caractérise l'évolution du monde anglo-américain, avec une terminologie plus vaste : *pattern, standard, type, regulation, rule,*

57. D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, note 51, p. 171 et 174.

58. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Turin, Giappichelli Editore, 1958, p. 105 (*imperativi categorici e imperativi ipotetici*) et p. 123 (*il problema della imperatività del diritto*).

59. « Se piove, devi prendere l'ombrello » : N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, Giappichelli Editore, 1960, p. 9.

60. P. AMSELEK, *loc. cit.*, note 47, 89 ; J.-F. PERRIN, *loc. cit.*, note 49, 245. Pour la littérature savante au Canada : F. HOULE, *op. cit.*, note 7, p. 2.

law. Peu importe l'origine des contributions ou des études, la typologie des normes ne règle en rien la question de la juridicité. Michel Troper en donne plusieurs exemples, soit en fonction du comportement attendu (obligation, interdiction, permission, habilitation), du degré de contrainte (de la formulation impérative à la recommandation), du caractère écrit ou coutumier ou encore de l'ordre normatif dont elles relèvent (pluralisme)⁶¹. La dualité la plus féconde reste probablement celle qui a été proposée par Paul Amselek entre normes à fonction directive et normes à fonction recognitive⁶² qui reprend, à bien des égards, la distinction de Hart entre les normes primaires et secondaires⁶³. Les typologies proposées peuvent ainsi varier selon les effets, l'objet, la fonction, la finalité ainsi que le mode de formation.

La dimension plurielle est précisément ce qui caractérise les « règles de droit » du système étatique, même lorsqu'elles sont le produit de la loi ou le résultat d'un acte d'interprétation. Elle caractérise également les procédés non réglementaires qui sont, à bien des égards, des succédanés dont l'objet apparent est de transposer sur un mode néo-juridique des propositions normatives directement calquées sur le droit officiel. L'interchangeabilité des normes de rechange rend donc problématique les frontières du droit, car il en résulte une mutabilité qui peut conduire les agents de l'État à les exclure du droit officiel, ou à les y inclure, pour des motifs auxquels le droit ne peut guère apporter de réponse directe, hormis les contraintes traditionnelles de forme et de procédure. Faut-il dès lors conclure que le droit serait peu adapté pour répondre aux exigences de la gouvernance et que tout dépend de la dimension fonctionnelle des « outils de gouvernance » ? Le droit serait-il un ordre de classement⁶⁴ et de référence trop exclusif à l'égard des programmes finalisés (de style téléologique) qui n'offrent que des objectifs et des directions pour l'action gouvernementale ? La fonction première du droit n'est-elle pas la certitude et la prévisibilité, ce qui rendrait problématique l'intégration du modèle induit par la gouvernance ? Les modèles finalisés par objectifs sont-ils compatibles avec le droit ou faut-il les reléguer dans la catégorie des solutions de rechange ?

61. M. TROPER, « Norme (en théorie du droit) », dans A.J. ARNAUD, *op. cit.*, note 39, p. 406. Les problèmes que soulève la définition des normes juridiques sont analysées également dans : M. TROPER, *La philosophie du droit*, coll. « Que Sais-je », Paris, PUF, 2003, p. 69 (« on ne peut pas réellement parvenir à isoler des caractères qui seraient propres aux seules normes juridiques »).

62. P. AMSELEK, *loc. cit.*, note 47, 96.

63. H.L.A. HART, *op. cit.*, note 56, p. 77.

64. Le terme « classement » est plus souple et générique que la « classification » qui suppose une taxonomie par classe, ordre, genre ou espèce. Si le droit a pour objet la classification d'actes ou de conduites par catégorie, il remplit néanmoins une fonction plus générale pour offrir des critères et des références.

1.2 Les modèles de référence et les modèles finalisés par objectifs

Si, en théorie du droit, les normes ne sont en définitive que des instruments, des outils, des mesures, des étalons ou des modèles, le passage vers des procédés, conçus ni plus ni moins comme des instruments de régulation ou des outils normatifs, ne ferait que confirmer la prépondérance de cette dimension instrumentale. Comment dès lors résoudre le problème de la juridicité des normes pour éviter leur indifférenciation, leur interchangeabilité, voire l'aplatissement du champ normatif en fonction de procédés qui échappent, en définitive, aux catégories officielles du droit ? Dans la catégorie des chartes, il y a des chartes d'usagers et des chartes de droits dits « fondamentaux ». Derrière ce mode commun d'énonciation de « droits », seules les propriétés formelles du droit positif sont en cause pour réserver à la seconde une place prééminente dans la hiérarchie des normes. En reprenant sur un autre mode le style déclamatoire des chartes constitutionnelles, le management ne fait que transposer un procédé normatif en vue d'atteindre d'autres finalités. De même, un plan stratégique ne sert qu'à énoncer des objectifs qui constituent « l'idéal-type du programme finalisé » de l'État propulsif⁶⁵.

L'impasse actuelle résulte de la pure circularité du droit positif qui ne peut définir les règles de droit autrement que par leur appartenance au système juridique. En droit canadien, les définitions du terme « règlement » sont exemplaires. Celle que le Québec a retenue en 1986 dans la *Loi sur les règlements* en témoigne : « acte normatif, de caractère général et impersonnel, édicté en vertu d'une loi et qui, lorsqu'il est en vigueur, a force de loi⁶⁶ ». Une définition de ce type est descriptive, car elle assujettit le domaine réglementaire à l'existence de dispositions habilitantes qui ne sont tout au plus qu'une désignation expresse en vue de soumettre des catégories prédéterminées au processus d'élaboration prévu par la *Loi sur les règlements*⁶⁷, et dont le strict respect conditionne l'opposabilité aux tiers dans des conditions largement calquées sur le modèle de la loi (« force de loi »). Elle reste purement descriptive, car ne peut être considéré comme « règlement » ce que le droit officiel énonce comme tel. La définition retenue par la Cour suprême en 1992⁶⁸ est du même type. Elle offre néanmoins une différence intéressante puisque la Cour suprême a pris soin de

65. C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1999, p. 78.

66. *Loi sur les règlements*, précitée, note 11, art. 1.

67. *Id.*, art. 4-20 (examen, publication, entrée en vigueur).

68. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212, 224.

qualifier les critères retenus en fonction de trois « rubriques » : forme, contenu et effet. Prudente, la Cour suprême rappelle que les critères proposés ne sont pas cumulatifs. Si elle associe clairement la forme à l'habilitation (« en vertu de la loi »), le contenu et l'effet représentent l'ébauche d'une définition matérielle (au sens du droit positif). Ces derniers permettraient de clarifier l'expression « texte de nature législative » par trois caractéristiques : « règles de conduite », « force de loi » et « nombre indéterminé de personnes ». Dans la clarification des principes, la définition de « force de loi » reste un critère important puisque « la règle doit être unilatérale et avoir un effet juridique obligatoire⁶⁹ ». Dans le registre des normes abstraites et impersonnelles, cette approche est analogue à celle que le législateur a retenue au Québec. Doit être reconnu comme règlement ce que le législateur désigne comme tel. La circularité autoréférentielle de cette approche ne permet d'appréhender les catégories juridiques qu'en fonction des critères retenus par le droit.

Si de pareilles définitions restent essentielles pour indiquer les critères d'appartenance au système juridique, elles sont peu utiles dans un contexte de dépassement du droit par l'utilisation de formules de rechange. Ces dernières répondent à toutes les conditions énoncées plus haut, à l'exception de « force de loi » puisque de tels mécanismes sont exclus des « règles de droit ». L'insistance de certaines analyses sur la dynamique des sanctions n'est guère convaincante, car elles réduisent l'application de l'objet « droit » à des contraintes proprement juridiques, notamment l'intervention du juge⁷⁰. Faut-il dès lors se résigner à caractériser les normes par les énoncés prescriptifs ou descriptifs offerts par le droit⁷¹ ? La question centrale, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, doit-elle se résumer au constat désabusé qu'une règle est juridique du seul fait de son appartenance à la classe des règles dites juridiques⁷² ?

69. *Id.*, 225-226.

70. J. RIVERO, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », dans *Études L. Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1974, p. 457. Philippe Jestaz raffine cette approche en affirmant que la sanction n'est autre que le « tarif » fixé par la règle, la sanction n'étant plus une malédiction répressive mais l'ensemble des conséquences précises attachées à la règle. Cependant, c'est encore le juge qui détermine ce tarif (effets justiciables) : P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnu du droit », (1986) D. 1986, 198, p. 202.

71. Les définitions du type « interne », propres au droit, sont nombreuses, mais elles ne revêtent qu'une valeur descriptive qui ne donne pas l'essence de la juridicité. Voir, à titre d'exemple, X. LABBÉE, *Les critères de la norme juridique*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1994, p. 12-13 (autorité habilitée, publicité officielle, caractère exécutoire). D'autres ordres normatifs peuvent revendiquer de tels critères.

72. D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, note 51, p. 244.

Si le droit peut être directement concurrencé dans son propre domaine de spécialisation, qui peut être désigné par simple commodité comme le champ normatif, ce serait faute de pouvoir dégager l'essence du normatif autrement que sous sa forme juridique. Comme les autres ordres normatifs, le droit offre avant toute chose des modèles de classement. Par des critères et des références, il permet de classer des substances, des objets, des conduites, des personnes, des associations, des organisations et d'autres réalités aux fins de qualification. La littérature anglo-américaine est sensible à cette dimension puisque l'analyse du droit y est largement orientée vers le travail des juges. Dans la formulation des principes de la common law, les règles constituent pour P.S. Atiyah et R.S. Summers des références indispensables en vue du classement⁷³. Ces deux auteurs n'en montrent pas moins que la position des juges britanniques et américains diffèrent sensiblement puisque ces derniers seraient davantage portés à considérer la règle comme une indication (*mere guideline*)⁷⁴. En dépit du sort qui peut être réservé aux règles, la tendance dominante a été de considérer l'ordre juridique comme une réalité, voire la réalité elle-même. Même si ce travers est dénoncé pour rappeler que l'ordre juridique n'est qu'une projection de la pensée⁷⁵, la tendance dominante n'en demeure pas moins de le considérer comme le classement ordonné de la réalité. Pour les professionnels du droit et de nombreux usagers de l'objet « droit », les codes et les lois constituent l'expression achevée d'un effort de systématisation de la réalité pour la catégorisation, le classement et la référence. En supposant que pareille proposition puisse être tenue pour « vraie », le droit ne serait tout au plus qu'un ordre descriptif en concurrence avec ceux des sciences pures ou appliquées qui offrent des grilles plus raffinées de classement des réalités naturelles. Si le droit entre parfois en conflit avec d'autres ordres normatifs pour le classement des choses, ou les avalisent à divers degrés pour des questions de preuve ou d'expertise, il n'en reste pas moins que le classement des conduites constitue le principal objet de ses propositions normatives et que la vraie concurrence paraît plus claire dès qu'il s'agit d'ordres normatifs, religieux, professionnels, techniques, qui ont pour objet d'interdire, de prescrire, de recommander autrement que par le droit.

73. « A rule may be defined [...] as a norm which applies to a class of cases. Thus a rule must be general in some respect, and this generality can relate to classes of persons, objects, events, and circumstances, or some combination of these »: P.S. ATIYAH et R.S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 71.

74. *Id.*, p. 88.

75. C. GRZEGORCZIK, « Ordre juridique comme réalité », (2002) 35 *Droits* 103, 111.

Avec l'apparition de la gouvernance, la cassure par rapport au modèle des normes de référence est plus explicite. Le partenariat et la coopération de tous les acteurs deviennent désormais indispensables dans l'atteinte d'objectifs qui, à défaut d'être systématiquement négociés, font davantage consensus. La *Loi sur l'activité physique et le sport* en offre un bon exemple avec l'énumération d'objectifs dans son préambule, notamment le dernier, où le gouvernement fédéral affirme « qu'il désire encourager, en vue de promouvoir l'activité physique et le sport, la coopération entre les différents ordres de gouvernement, le secteur privé et les milieux de l'activité physique et du sport⁷⁶ ». En dépit de sa relative banalité, cet objectif montre l'ampleur des défis auxquels doivent faire face les gestionnaires publics pour les questions de santé. Si le système public de santé est devenu un gouffre financier pour les États occidentaux, c'est en partie pour des raisons liées à la piètre condition de la population et à son hygiène de vie. La question de la santé dépasse largement les moyens dont disposent les États. À défaut d'être des États autoritaires, ils ne pourront progresser sur ce plan que par la coopération de tous les acteurs visés, ce qui suppose davantage le partenariat que des normes imposées. La gouvernance exige de repenser les politiques publiques à une tout autre échelle, faute de pouvoir corriger certains problèmes par un règlement ou une loi (modèle de l'exécution directe). Le phénomène suppose la participation des tiers, ce que L.M. Salamon tente d'expliquer sous forme de nouveau paradigme, par la formule du *third-party government*⁷⁷. Le secteur public, limité en fait de moyens et de budget, ne peut qu'étendre la sphère d'élaboration des politiques publiques à d'autres institutions, d'où la négociation, l'adhésion, la contractualisation, en vue de « *Gouverner par contrat* »⁷⁸. Par ce type de raisonnement, les promoteurs de la gouvernance désirent une expansion de l'action publique sans que cette finalité entraîne un accroissement de l'appareil d'État. Sur fond de limites budgétaires, de raréfaction des ressources et de déficits accumulés, les politiques publiques doivent relever davantage du travail d'équipe. Contrairement aux prétentions des partisans de la privatisation, la « nouvelle gouvernance » fait appel à une intervention accrue de l'État, désormais promu au rang de « coordonnateur » ou de

76. *Loi sur l'activité physique et le sport*, Projet de loi C-12, 2^e session, 37^e législature, 51 Elizabeth II, 2002, désormais L.C. 2003, c. 2. Pour un exemple du même type, voir le dernier objectif qui figure dans le préambule de la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*, précitée, note 53.

77. L.M. SALAMON, « The Tools Approach and the New Governance : Conclusion and Implications », dans L.M. SALAMON (dir.), *op. cit.*, note 2, p. 602.

78. J.-P. GAUDIN, *Gouverner par contrat : l'action publique en question*, Paris, Presses de Sciences Po, 1999, p. 38 (dynamiques des politiques contractuelles).

« chef d'équipe »⁷⁹. À défaut de contractualisation généralisée, la collaboration devient indispensable⁸⁰ dans la perspective d'un management en réseau (*network management*)⁸¹, ainsi que dans divers modèles proposés par le nouveau management public⁸². La technique contractuelle, par la participation et la coopération du secteur privé, devient progressivement un outil de gouvernement en vue d'intégrer les autres partenaires à l'élaboration des politiques publiques, ce qui aurait pour effet induit de responsabiliser par reddition de comptes les mêmes acteurs (objectif de la gouvernance)⁸³. C'est dans cette perspective bilatérale et relationnelle que Martin Shapiro avait esquissé, dès 1983, une « nouvelle discrétion » afin de repenser l'unilatéralité qui a dominé le modèle traditionnel, notamment en vue d'introduire d'autres partenaires dans l'élaboration des politiques publiques (*cooperative forms of regulation*)⁸⁴. La contractualisation de l'action publique pour répondre à de nouveaux modèles d'administration a également été commentée dans la littérature francophone outre-Atlantique⁸⁵.

Cette coopération privilégie les programmes finalisés par objectifs, d'où une part non négligeable d'indétermination dans le contenu des politiques publiques. Cette indétermination offre une plus grande ouverture

79. L.M. SALAMON, *loc. cit.*, note 77, 608.

80. J. FREEMAN, « Collaborative Governance in the Administrative State », (1997) 1 *Un. of California in Los Angeles L. Rev.* 1, 21 (*normative model of collaboration*).

81. « This form of management involves mutual adaptation through bargaining and interaction rather than the command-and-control characteristic of public administration or the independent action characteristic of markets » : L.M. SALAMON, *loc. cit.*, note 77, 601.

82. J.-E. LANE, *New Public Management*, Londres, Routledge, 2000, p. 201 (*public governance and contracting*).

83. P. VINCENT-JONES, « Contractual Governance: Institutional and Organizational Analysis », (2000) 20 *Oxford Journal of Legal Studies* 317, 332 (*responsiveness*). Pour le Québec, voir l'étude de F. SAINT-MARTIN, « L'utilisation des contrats comme mode de participation des parties privées à la détermination des normes », dans *Actes de la xve Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, 61, à la page 73 (pratique actuelle et tendances récentes).

84. M. SHAPIRO, « Administrative Discretion: The Next Stage », (1983) 92 *Yale Law Journal* 1487, 1512.

85. C.-A. MORAND, « La contractualisation du droit dans l'État providence », dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1991, p. 139, à la page 143 (contractualisation de la formation du droit) ; G. TMSIT, « L'administration : vers un nouveau modèle ? », dans G. TMSIT (dir.), *Archipel de la norme*, coll. « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1997, p. 43, à la page 54 (arrangements négociés et techniques conventionnelles) ; F. OST, « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », dans G. TMSIT, A. CLAISSE et N. BELLOUBET-FRIER (dir.), *Les administrations qui changent. Innovations techniques ou nouvelles logiques ?*, coll. « Politique d'aujourd'hui », Paris, PUF, 1996, p. 73, à la page 80.

pour le choix des moyens, notamment pour des instruments souples de guidage de l'action administrative et des autres partenaires (associations, entreprises, personnes morales de droit public extérieures à l'État) associés à l'action gouvernementale. Les procédés plus adaptés à la formulation d'objectifs, tels les plans stratégiques, les déclarations de service, les directives, les chartes d'usagers, les codes de conduite ou les codes volontaires et les guides, correspondent à ce nouveau modèle de gouvernance *ex post* (gouvernance axée vers les résultats). Dans le modèle de gouvernance *ex ante* (gouvernance axée vers la prédétermination des conduites) qui correspond pour l'essentiel au modèle wébérien, prédominent les règles de référence, la prévisibilité et l'anticipation, la légalité et l'autorité⁸⁶. Une observation attentive des transformations en cours montre que la plupart des projets actuels de transformation du secteur public combinent les deux approches⁸⁷. Le modèle de gouvernance *ex post* n'en correspond pas moins aux caractéristiques du nouveau management public qui est structuré sur des éléments finalistes du type « évaluation », « objectifs », « flexibilité », « adaptation », « efficacité »⁸⁸. À cet égard, le nouveau management public correspond aux priorités de la « nouvelle gouvernance ». Même si ces changements n'invalident pas les anciens paradigmes sur lesquels le droit administratif est largement calqué, ils offrent un modèle de rechange qui augure des mutations ou des transformations pour l'action gouvernementale.

Dans la perspective du droit, la question qui reste en suspens porte sur l'étendue des changements dans la gamme des moyens proposés. Les normes-objectifs peuvent-elles prétendre au statut de nouveau modèle ? Les impératifs de l'efficacité et de l'évaluation rétroactive des politiques en font des procédés orientés surtout vers les résultats au détriment de moyens définis *a priori*. En réalité, les objectifs laissent une grande latitude au destinataire de la norme qui peut ou pourrait avoir le choix des moyens. Au Québec, un rapport du Secrétariat à l'allégement réglementaire favorise la réglementation par objectifs en vue d'éliminer des contraintes onéreuses pour les entreprises et les rendre ainsi plus concurrentielles grâce à la flexibilité et l'économie de moyens⁸⁹. Encore faut-il que l'objectif ne soit pas un objectif quantifié, car la parenté avec l'autre modèle, celui de la norme de

86. E. LANE, « Pays scandinaves : la gestion par objectifs et les agences. De la gouvernance *ex ante* à la gouvernance *ex post* », dans G. TMSIT, A. CLAISSE et N. BELLOUBET-FRIER (dir.), *op. cit.*, note 85, p. 17, à la page 20.

87. *Id.*, 21.

88. J. LECLERC, *op. cit.*, note 20, p. 100 (vocabulaire relatif à la gestion par résultats).

89. GROUPE DE TRAVAIL JUSTICE, *La réglementation par objectifs. Propositions du Groupe de travail Justice*, Québec, Secrétariat à l'allégement réglementaire, 2001, p. 5.

référence devient manifeste. Un objectif quantifié permet de réglementer une activité en précisant un seuil (à titre d'exemples, une concentration de particules, des décibels, des facteurs de résistance au bruit ou à la chaleur) qui ne peut être dépassé. Cela revient, somme toute, à une réglementation de facture classique. En contrepartie, l'objectif qui n'est pas quantifié réintroduit l'indétermination caractéristique de la nouvelle gouvernance. La simple indication du résultat à atteindre, surtout en vue d'éliminer des nuisances ou de prévenir des accidents, pose en revanche le problème de l'évaluation administrative des moyens qui auront été retenus en fin de compte. Sur ce chapitre, le Secrétariat à l'allégement réglementaire préconise dans son rapport des guides de bonnes pratiques⁹⁰, ce qui revient à substituer à la réglementation traditionnelle des codes de conduite. Si ces derniers reflètent des standards internationaux, ils peuvent servir de passerelle pour l'application du droit supranational en droit interne. Ils reflètent une logique de transfert vers des règles de rechange qui peuvent émaner d'organismes nationaux et transnationaux de normalisation ou de certification. Ces nouveaux modes de régulation rejoignent ainsi la problématique de la mondialisation.

Peu importe les mérites ou les démérites de cette approche, il est difficile de l'insérer, en théorie et en pratique, dans un contexte générique d'évincement du droit. La technique de la réglementation par objectifs progresse considérablement, tant pour les lois que pour la réglementation. De plus en plus, le législateur a recours à l'énumération d'objectifs au début des lois comme en témoignent la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (dix-sept objectifs)⁹¹, la *Loi sur les produits antiparasitaires* (dix objectifs)⁹², la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada* (neuf objectifs)⁹³ ainsi que la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (cinq objectifs pour le recours aux mesures extrajudiciaires)⁹⁴. Ces lois ne font pas nécessairement appel à des mécanismes de substitution à la réglementation classique, comme le montre la *Loi sur les produits antiparasitaires*. Dans son préambule, cette loi présente des objectifs centrés sur des résultats (prévention des risques inacceptables, instauration d'un système d'homologation national, promotion du développement durable, diminution des risques sanitaires), lesquels acquièrent une

90. *Id.*, p. 15.

91. *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.C. 1999, c. 33, art. 2 (1).

92. *Loi sur les produits antiparasitaires*, Projet de loi C-8, 2^e session, 37^e législature, 51 Elizabeth II, 2002; devenu L.C. 2002, c. 28, préambule.

93. *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*, précitée, note 53, préambule.

94. *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, art. 5.

valeur pédagogique par l'énoncé de la direction prise en matière de pesticides, de larvicides et d'autres produits similaires. L'étude des règlements fédéraux montre la même évolution, à la différence que le choix que doivent faire les autorités fédérales entre l'imposition d'un moyen précis ou de règles quantifiées⁹⁵, par opposition à des objectifs non quantifiés, devient incontournable. En retenant un exemple tiré du domaine le plus sensible (santé-salubrité-sécurité), les autorités fédérales, après de longues études et consultations de l'industrie pharmaceutique, ont réglementé en 2003 le vaste marché des produits naturels de santé. Pour l'application de la *Loi sur les aliments et drogues*⁹⁶, le projet concernant le *Règlement sur les produits de santé naturels* a été présenté en janvier 2002 et promulgué en juin 2003⁹⁷. Sous la rubrique « Bonnes pratiques de fabrication », la partie 3 de ce projet de règlement offre de nombreux exemples d'objectifs où l'industrie resterait libre du choix des moyens, notamment pour les locaux (art. 45 : conçus et entretenus dans des conditions hygiéniques), l'équipement (art. 46 : fabriqué, entretenu et utilisé de façon à permettre le nettoyage efficace des surfaces et à prévenir la contamination du produit), la teneur du programme d'hygiène (art. 48) ainsi que pour l'exploitation (art. 49 : nécessité de méthodes d'exploitation normalisées écrites) et la stabilité du produit (art. 52 : le fabricant reste libre de déterminer la période requise). Les obligations qui incomberaient à l'industrie pharmaceutique sont donc énoncées avec peu de précisions sur certains aspects de la fabrication. Outre la nécessité de formuler des normes de référence eu égard au contexte, la réglementation par objectifs laisse en suspens le délicat problème des sanctions administratives et de la nature des contrôles, ce qui confère une grande discrétion aux autorités. Dans les domaines liés à des questions de salubrité, de qualité et de sécurité, l'énoncé d'objectifs par voie réglementaire, sans être généralisé, est en progression depuis deux décennies⁹⁸.

95. Pour un exemple de règlement fondé sur des normes de référence détaillées, voir le *Règlement sur les produits chimiques et contenants de consommation*, (2001) 135 Gaz. Can. II, 1473, n° 16 (édicte en vue de l'application de la *Loi sur les produits dangereux*, L.R.C., c. H-3). Ce règlement n'est pas pour autant de facture purement traditionnelle, puisque, pour la définition des « bonnes pratiques scientifiques », il associe les « pratiques de laboratoire » aux pratiques analogues à celles qui ont été énoncées dans les principes de l'OCDE. Pour certains produits ou substances, les normes, très détaillées, peuvent aussi bien avoir une origine proprement canadienne que supranationale.

96. *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C., c. F-27.

97. *Règlement sur les produits de santé naturels*, (2003) 137 Gaz. Can. II, 1484, n° 13.

98. Ce constat apparaît dans GROUPE DE TRAVAIL JUSTICE, *op. cit.*, note 89, p. 7 (objectifs non quantifiés avec plusieurs exemples issus de règlements), ainsi que dans P. ISSALYS, *op. cit.*, note 5, p. 91-92 (exemples de normes de résultat ou de performance issues de règlements).

Comme l'objet de cette étude n'est pas l'évaluation critique de tous les avantages et désavantages liés à la formulation des objectifs, il est difficile de faire un bilan critique. Tout dépend de l'objet visé et des fins recherchées. Dans certains domaines où l'État n'intervient pas directement dans la réglementation, il est manifeste que les chartes et les codes de conduite ou de bonnes pratiques ne sont que des invitations à rectifier des attitudes⁹⁹. Ce qui importe toutefois, c'est de constater, à la suite de Pierre Issalys, que la formulation d'objectifs par textes législatifs ou réglementaires est devenue une pratique familière¹⁰⁰. Plus que tout autre procédé associé à la nouvelle gouvernance, elle soulève le délicat problème de la compatibilité avec la nature juridique des lois et règlements, ne serait-ce que par l'effet de dilution normative et d'indétermination qui en résulte (sans qu'il y ait nécessairement imprécision). Toutefois, avec la propension à développer cette technique de réglementation, ces questions fondamentales sont souvent éludées. Il en découle le phénomène d'indifférenciation déjà mentionné en introduction, dans la mesure où le droit positif intègre ou avalise des procédés qui ne correspondent pas à la réglementation classique. Le brouillage des catégories rend donc impossible, en pratique, leur exclusion du champ du droit. Tout au plus faut-il constater que ce sont des mécanismes non réglementaires qui resteront des instruments privilégiés en vue d'introduire des programmes finalisés par objectifs. Le droit officiel ne reste pas étranger à cette évolution et intègre, comme il le fait déjà pour les modes non contentieux de règlement des différends¹⁰¹, des solutions nouvelles dans le champ de la réglementation.

Enfin, ce problème récurrent subsiste pour d'autres mécanismes de régulation. Le même constat peut être dressé pour les normes de substitution ou les normes intégrées par renvoi dans la mesure où la frontière entre ce qui constitue officiellement du « droit » et du « non-droit » devient encore plus problématique puisqu'il s'agit du modèle dominant de la norme de référence. Si la « porosité de la normativité étatique¹⁰² » est un phénomène incontestable, la catégorisation des normes entre un champ

99. Dans quelques cas, ces codes n'échappent pas pour autant à la technique réglementaire, comme en témoigne le *Code de conduite du skieur alpin* élaboré par règlement du ministre responsable des sports : *Loi sur la sécurité dans les sports*, L.R.Q., c. S-3.1, art. 46.4.

100. P. ISSALYS, *op. cit.*, note 5, p. 91-94.

101. « En matière familiale et de recouvrement des petites créances, il entre dans la mission du juge de favoriser la conciliation des parties » : art. 4.3 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25 (réforme de 2002); art. 120-124 de la *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3, avec les modifications de 2002 : *Loi modifiant la Loi sur la justice administrative et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, c. 22, art. 12-14.

102. P. ISSALYS, *op. cit.*, note 5, p. 14.

proprement juridique et d'autres champs devient illusoire ou artificielle pour la nature des procédés. Ce phénomène explique la tendance lourde du management à ne concevoir que des « outils de gouvernance » où les procédés acquièrent leur autonomie propre en fonction des propriétés formelles ou fonctionnelles qui leur sont associées à des fins d'efficacité et de renouvellement de l'action gouvernementale. En définitive, la question de la juridicité ne peut être réduite à la nature des procédés et des mécanismes.

2 Les enjeux formels et matériels

Les transformations induites par le nouveau management public, ainsi que par l'efficacité et la rationalisation du coût, ont graduellement érigé l'utilitarisme en facteur déterminant dans le choix des outils d'intervention¹⁰³. Dans ce contexte pragmatique où les normes de rechange font figure de dispositifs normatifs, les dimensions formelles du droit pourraient être marginalisées, voire discréditées pour cause de désuétude. Si les procédés et les instruments deviennent une finalité non reliée au droit, les enjeux traditionnels de forme et de procédure peuvent être éliminés au profit de l'efficacité, de la performance, de la souplesse, de l'effectivité, du rendement, ce qui pourrait expliquer le retrait relatif du droit dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques.

Ce n'est en réalité qu'une illusion, car les modes dits « alternatifs » tirent leur efficacité autant, sinon davantage, de considérations de forme et de procédure par rapport aux modes classiques d'élaboration du droit, au premier rang desquels figurent les modèles de la Loi et du Jugement. Le droit public reste tributaire du droit formel de l'État et les questions de forme y revêtent des proportions singulières, ne serait-ce que pour les exigences de publicité qui conditionnent l'opposabilité des normes aux tiers. Malgré des apparences de rupture, les formules de rechange, tant pour la réglementation que le règlement des différends, plaintes ou litiges, réactivent des enjeux de droit formel du seul fait de l'altération ou de l'élimination de contraintes de forme et de procédure en vue d'atteindre des objectifs qui privilégient autre chose que de simples garanties formelles. La contradiction latente qui caractérise l'expansion des formules de

103. Ce constat de « nouveauté » pourrait être contesté sur le fondement des travaux de Robert Summers qui associe l'évolution du réalisme américain à l'instrumentalisme. Oliver Holmes, Roscoe Pound, Karl N. Llewellyn et plusieurs autres sont présentés à titre de *pragmatic instrumentalists*. Dans cette perspective, l'évolution actuelle du droit des politiques publiques ne serait que l'exacerbation des méthodes préconisées par le courant réaliste ; R.S. SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, Cornell University Press, 1982, p. 22.

rechange paraît ainsi limpide : est-ce réellement la fin ou la désuétude de la forme au profit du fond ou, tout au contraire, l'amorce d'un processus de déqualification des propriétés intrinsèques du droit au profit de dimensions formelles qui seraient, en définitive et tout compte fait, un enjeu devenu essentiel ? Un acte non réglementaire (code de conduite, plan stratégique, charte d'usagers, directive) n'est-il pas l'exemple de l'importance déterminante que revêtent désormais les dimensions formelles dans le choix des outils d'intervention, car c'est en éliminant la forme réglementaire que des mécanismes de substitution peuvent être expérimentés en vue d'atteindre des objectifs centrés sur les résultats ? Le fond (le procédé normatif) dépendrait ainsi largement d'une altération des exigences formelles, au point qu'il soit possible de renverser la perspective initiale, en supputant que le fond soit en réalité tributaire de la « déformalisation » partielle du droit. Dans le domaine de la réglementation, l'existence de formules de rechange ne peut être dissociée de considérations de forme et de procédure. Faut-il voir dans cette évolution une progression d'un « modèle », celui des modes informels (*informalism*) dans la formulation des normes¹⁰⁴, ce qui réduirait en partie l'évolution actuelle à une bonification optimale du critère formel par sa dénaturation ? La plus-value de la mutation du droit vers des normes néo-juridiques dépend largement de leur retrait (apparent) du droit officiel. Ce phénomène aurait pour conséquence ultime d'exacerber les enjeux de forme et de procédure (la « procéduralisation ») dans l'élaboration de ces nouveaux procédés. En définitive, est-ce le fond (les procédés normatifs) ou la forme (les exigences formelles versus la « déformalisation ») qui détermine les transformations de la fonction normative ? Ou, encore, une pondération subtile de ces deux dimensions dans les choix que font les gestionnaires ?

La réponse est loin d'être évidente, car le champ d'investigation reste miné. En théorie du droit, ou pour une réflexion critique sur le droit, ce qu'il serait convenu d'appeler « la forme » (forme et procédure du droit formel) souffre d'un large discrédit. Le formalisme présente une « connotation absolument négative », car il reconnaît une importance trop exclusive ou excessive aux dimensions formelles du droit¹⁰⁵. Le formalisme est

104. Il ne faut pas confondre les « pratiques juridiques alternatives » et les « pratiques juridiques informelles », comme le rappelle A.-J. ARNAUD (dir.), *op. cit.*, note 39, dans un petit *addendum* sous la rubrique « Formalisme juridique ».

105. M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Milan, Giuffrè, 1980, p. 3 ; M. JORI, « Formalisme juridique », dans A.J. ARNAUD (dir.), *op. cit.*, note 39, p. 26 ; M. STONE, « Formalism », dans J. COLEMAN et S. SHAPIRO (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 166 (commentaires introductifs). Sur le rôle et les objectifs du formalisme, voir également : J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, coll. « Thémis », Paris, PUF, 2001, p. 62-72.

à l'origine d'un stéréotype qui suppose que la règle existe en tant que telle. Dans cette perspective, le sens des normes serait clairement définissable, car leur forme pourrait exprimer de façon appropriée leur contenu axiologique ou téléologique¹⁰⁶. De même, le fait de pouvoir attribuer la juridicité à un acte en fonction du respect de conditions de forme et de procédure renvoie aux pires avatars du positivisme et de l'impossibilité corrélatrice des professionnels du droit de concevoir l'objet « droit » autrement que par les exigences internes du droit. La fermeture autoréférentielle du système juridique dépend largement de l'existence d'une procédure formalisée. Cette dernière n'est qu'un mode d'indication des normes où les acteurs seraient, en principe, dispensés de toute interrogation du type prédétermination dès que les conditions de validation et d'appartenance au système juridique sont remplies¹⁰⁷. En droit public contemporain, ces enjeux formels restent essentiels pour comprendre le processus de qualification de plusieurs types de normes (domaine réglementaire et infraréglementaire). Ce formalisme découle de contingences historiques puisque le pouvoir réglementaire reste conditionné par une opération d'attribution (législation déléguée) et le respect d'une procédure d'élaboration. En montrant que la formulation des politiques publiques dépend largement du choix des instruments, les réflexions amorcées sur les transformations de la réglementation ne font que refléter l'éclectisme des autorités. Si la répartition des normes est le résultat d'un « choix entre les formes d'action étatique¹⁰⁸ », il en résulte inévitablement une réactivation des conditions de forme comme enjeu politique et juridique. L'apparition de nouveaux procédés normatifs repose en partie sur un brouillage des catégories traditionnelles. Ce phénomène altère les rapports respectifs du fond et de la forme sans qu'il y ait possibilité *a priori* de déterminer ce qui, de la forme ou du fond, conditionne l'essor de l'« alternormativisme ».

En posant clairement l'opposition latente de la forme et du fond, notre investigation peut paraître limitée à la rationalité interne du droit. Les rapports d'exclusion/inclusion entre l'ordre juridique et l'élaboration des normes, la recherche de propriétés nouvelles par rapport au modèle centralisé de la loi, la relative indifférenciation des normes ainsi que la prépondérance de l'effectivité projettent l'image de thèmes axés sur les

106. Sur cette critique du formalisme, voir A. BERTEN, « Préface », dans J. DE MUNCK, *Les mutations du rapport à la norme. Un changement dans la modernité ?*, Bruxelles, De Boeck, 1997, p. 5.

107. « Seules des normes juridiques peuvent décider de la pertinence ou de la relevance d'un élément quelconque à l'égard du système juridique » : F. OST, *loc. cit.*, note 31, 141.

108. P. ISSALYS, *op. cit.*, note 5, p. 308.

transformations internes du droit. En dépit de ces dimensions qui privilégient les propriétés formelles du droit, le choix des acteurs, leur attitude, leurs préférences, voire leur embarras, alimentent à des degrés divers ces transformations de la technique juridique, ce qui réintroduit, sur un autre plan, les dimensions de forme ou de fond, devenues contraintes ou avantages dans l'usage du droit.

2.1 Les normes et l'ordre juridique : les dimensions de forme et de procédure dans la production des normes

Dans les études qui ont pour objet l'efficacité de la réglementation ou de la loi, la question des destinataires devient si exclusive qu'elle évince le rôle de ceux qui ne sont pas directement ciblés. L'auteur de la norme (législateur ou Administration), de même que les interprètes autorisés (Administration ou juge) et les agents responsables de son exécution, deviennent des éléments quasi secondaires dans un contexte où l'effectivité et l'efficacité deviennent le pivot de l'évaluation des politiques publiques. Les « acteurs » ne sont trop souvent que ceux dont un certain comportement est attendu du seul fait de la formulation d'un énoncé prescriptif. Comment pourrait-il en être autrement puisque la question des « véritables destinataires » (fonctionnaires ou administrés) est une constante dès qu'il s'agit de procédés normatifs qui dérogent au modèle de la loi (pluralité abstraite de destinataires qui forment en tout ou en partie la collectivité non moins abstraite du grand public) ?

Les catégories du droit ne sont-elles que le reflet de cette logique behavioriste ? Les formules de rechange à la réglementation dépendent étroitement de la question des destinataires. Dépourvus par le droit officiel du statut de « règle de droit », ces procédés de rechange ne concerneraient pas les tiers (entendus ici comme les usagers ou les administrés) ni, à la limite, les juges qui seraient conduits à faire un simple constat de non-juridicité. Les choses ne sont pourtant pas si simples. Si plusieurs procédés (plans stratégiques, chartes d'usagers, instructions, manuels, guides, règles internes) renvoient à l'univers clos des organisations, d'autres (normes de substitution, normes intégrées par renvoi, directives, contractualisation des normes, énoncés de politique) sont envisagés comme des substituts fonctionnels de la réglementation. Dans cette perspective, il faut réintroduire le processus complet de production des normes avec une analyse des « stratégies normatives » recherchées par les autorités. Afin de clarifier ces enjeux, Gérard Timsit propose une analyse « systémale¹⁰⁹ » des règles qui

109. G. TIMSIT, « Sept propositions pour une définition systémale du droit », (1989) 10 *Droits* 93.

montre la diversité des lieux de décodage : le précodage par l'auteur de la règle, le cocodage par les destinataires visés par l'application ou l'interprétation, avec la présence d'un surcodage qui alimente le support interprétatif. La juridicité devient tributaire de certaines propriétés afférentes à la norme, comme l'intensité de son caractère obligatoire, sa prévisibilité, la compétence de l'auteur, son champ d'application, et, surtout, de sa mise en contexte par la détermination du champ de réception et des conditions de décodage¹¹⁰.

L'approche de Timsit montre que le rattachement à l'ordre juridique peut être « reconstruit » sans tenir compte de façon systématique de la nature ou du sens que l'émetteur de la norme (en l'occurrence, l'Administration) voulait initialement lui assigner. La recherche du « sens initial » correspond largement à la méthode positiviste d'interprétation des sources du droit en vue d'attribuer, à titre d'exemple, un caractère réglementaire ou non réglementaire à un acte administratif. À l'opposé, la reconstruction *a posteriori* par une approche ouverte et contextuelle soulève un problème méthodologique dans le contexte des modes dits « alternatifs ». Ces procédés ont le statut de formules de rechange parce que l'auteur (le législateur ou l'Administration) cherche visiblement à leur retirer certains attributs traditionnels de la juridicité afin de privilégier d'autres objectifs dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques. C'est en quelque sorte un retour forcé vers les intentions ou les buts recherchés par les autorités, ce qui réintroduit la dimension « arbitraire » ou subjective du choix. L'objet du droit n'étant pas une réalité naturelle (au contraire de ceux de la botanique ou de la biologie), ses catégories, voire l'absence plus ou moins voulue de catégories, restent largement des constructions ou des choix stratégiques. L'absence de règles de droit dans l'élaboration de certains procédés normatifs peut ainsi correspondre au désir des autorités d'instaurer un registre non juridique (ou faiblement juridicisé) dans l'élaboration des politiques publiques.

L'obligation de tenir compte du choix initial des autorités ouvre ainsi trois perspectives : la première en amont, qui privilégie les propriétés constitutives des normes, la deuxième qui ne retient que les éléments formels et matériels qui conditionnent ce rite de passage de la règle vers le droit, et, enfin, la troisième, en aval, qui oriente l'analyse vers les effets et les destinataires.

110. G. TIMSIT, « Sur l'engendrement du droit », (1988) *R.D.P.* 39, 71 : technique de surdétermination dans le cas des directives, car l'autorité hiérarchique fixe les limites et la nature du champ dans lequel doivent agir les autorités subordonnées ; G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, coll. « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1991, p. 183 (juridicité et décodage des normes).

La première perspective réactive de façon directe la question du libre choix par la détermination des éléments qui conditionnent *a priori* le statut ou la nature des normes. Dans la perspective du « libre choix », toute forme de rationalisation du processus de production des normes pourrait être perçue comme inutile ou illusoire. Ce « radicalisme méthodologique » est lié à l'évolution de la pensée scientifique, notamment quant à la possibilité ou à l'impossibilité d'appréhender des catégories abstraites autrement que par une approche empirique. Le droit devient une proie facile pour ce type d'analyse, car les catégories juridiques, ainsi que les normes constituées en normes juridiques, ne sont pas des réalités naturelles. Il n'y aurait donc pas de vérité ni de connaissance absolue. Un tel repli méthodologique reflète les prémisses du nominalisme qui permet d'attribuer à des mots ou à des énoncés une signification particulière. Dans la perspective d'une définition nominale, les normes deviennent des règles de droit parce que l'autorité responsable de leur élaboration leur a attribué ce caractère juridique par de simples énoncés. Le défaut du nominalisme est évidemment de retirer aux choses toute réalité en les réduisant à des mots. Il montre en revanche que les énoncés normatifs peuvent correspondre à de simples propositions descriptives, comme l'illustre la théorie du droit d'Alf Ross¹¹¹. Les énoncés du droit deviennent contingents et donc susceptibles de falsification empirique. Pour Ross, ce constat ruine toute prétention de la soi-disant « science juridique » à devenir une science véritable¹¹². Sa position est trop radicale, car, en définitive, le droit serait dépourvu de tout attribut spécifique et sa « normativité », purement lexicale, ne pourrait être distinguée des autres propositions normatives, notamment celles des sciences pures et appliquées. Fait plus problématique, le droit ne pourrait faire l'objet d'aucune rationalisation par sa réduction à une simple pratique politique. Le rattachement à l'ordre juridique dépend nécessairement de procédés que Hart a traduits par l'idée de reconnaissance (*rule of recognition*)¹¹³. Le caractère vrai ou faux des thèses juridiques n'aurait ainsi qu'une importance relative, car ce sont des procédés conventionnels¹¹⁴ qui déterminent la validité, ainsi que la véracité, des catégories du droit. Une convention reste tribu-

111. A. ROSS, *op. cit.*, note 43, p. 82.

112. R. GUASTINI, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », dans P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, coll. « Léviathan », Paris, PUF, 1994, p. 249.

113. H.L.A. HART, *op. cit.*, note 56, p. 97.

114. Le conventionnalisme reste un âpre objet de débats en théorie et en philosophie du droit, car il est l'un des éléments constitutifs du positivisme juridique : K.E. HIMMA, « Inclusive Legal Positivism », dans J. COLEMAN et S. SHAPIRO (dir.), *op. cit.*, note 105, p. 125, à la page 129 (*conventionality theses*).

taire d'une acceptation ou d'un consensus, le droit devenant ainsi un ensemble de principes ou de catégories choisis pour la commodité d'une description systématique de faits ou d'actes auxquels le droit attribue, par une opération spécifique de reconnaissance, la juridicité. Dans cette perspective, toute interrogation sur le caractère « vrai » ou « faux » des catégories juridiques, et plus particulièrement des propriétés constitutives des normes qui en découlent, serait vaine.

Afin de résoudre cette impasse, Michel Troper propose une définition « stipulative » du droit dans le contexte de l'interprétation réaliste du droit. Tout comme pour une recherche, sa définition répond aux mêmes impératifs : la nécessité d'une décision de classement d'objets, de comportements ou de faits présentant un certain caractère, exige leur intégration dans l'ensemble « droit »¹¹⁵. Ce choix dépend uniquement du type de problème que l'auteur de la norme entend traiter, et la priorité revient par conséquent à la méthode de classement propre à cette discipline qu'est le droit. Dans ce contexte, les propriétés formelles du système juridique sont déterminantes, car ce sont ses seules exigences internes qui permettent d'inclure ou d'exclure des normes. Cette approche « réaliste » répond à une nécessité propre à la science du droit : l'explication de la méthode dogmatique du positivisme traditionnel qui n'appréhende en réalité qu'un certain type de normes qui seront considérées comme « règles de droit ». L'influence du « second Kelsen » est perceptible dans la mesure où le système juridique est perçu comme un système doté de normes hypothétiques qui ont la spécificité d'être juridiques¹¹⁶. La théorie de l'interprétation réaliste revient à présenter le droit comme une spécialisation dans l'exercice du pouvoir politique de l'État. Le droit ne serait que la mise en forme juridique des politiques publiques, rendue nécessaire parce que l'auteur (le législateur, le gouvernement, l'autorité administrative) vise des résultats qui ne peuvent être obtenus que par les propriétés formelles du droit. Dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques, le droit devient un outil stratégique, ce qui peut expliquer, *a contrario*, qu'il soit possible de rechercher la distanciation à l'égard de l'objet « droit » en vue d'atteindre d'autres objectifs.

Ce scénario fondé sur des choix stratégiques se conjugue sans difficulté avec la méthode positiviste qui privilégie les éléments de forme et de procédure dans la qualification des normes. Il est essentiel de mesurer l'importance de la deuxième approche, celle du rite de passage vers le droit,

115. M. TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », (1989) 10 *Droits* 101, 102.

116. H. KELSEN, *op. cit.*, note 48, p. 23 : les normes générales de la morale positive et du droit positif sont toujours des normes hypothétiques.

car elle est déterminante pour comprendre la nature des débats contemporains relatifs à l'exclusion des directives et d'autres formules de rechange du statut de « règle de droit ». La suprématie des dimensions de forme et de procédure élimine en quelque sorte toute possibilité de spéculation sur le fond du droit, en l'occurrence, la nature des normes, hormis quelques dimensions génériques (généralité, abstraction, unilatéralité) propres aux normes générales et impersonnelles. Cette prépondérance de la forme sur le fond n'est pas propice à une conception essentialiste du droit. Dans *La pensée juridique*, Michel Virally résume ainsi la démarche positiviste :

Le juriste doit d'abord se demander si la règle qui l'occupe a bien été « posée » suivant une procédure régulière. Dans l'affirmative, il doit la considérer comme valable quel que soit son contenu et la traiter comme telle. L'appréciation de validité ne comporte un examen du contenu que pour vérifier sa conformité avec celui d'une règle supérieure elle-même régulièrement posée¹¹⁷.

Cette attitude oriente largement l'enseignement du droit, ainsi que la dogmatique juridique, vers la recherche des sources du droit aux fins d'inventaire, de classement et de hiérarchisation. La formation donnée aux étudiants se limite ainsi à la question de la validité, ce qui ne laisse guère d'autre choix que l'utilisation d'un codage du type binaire (légal/illégal, vrai/faux, valide/invalid) pour appréhender le droit. Il n'est pas nécessaire de réactiver ici les nombreux débats qui ont montré les insuffisances et les dangers de cette approche. Compte tenu de l'objet de notre étude, il faut néanmoins constater le peu d'importance accordé aux éléments de fond (nature des normes ou nature du droit) en vue de ne considérer que les éléments de forme et de procédure dans la qualification des normes. Ce formalisme méthodologique propre au positivisme repose sur un postulat épistémologique qui n'a guère changé : une seule réponse correcte est possible, car le droit procède d'un langage univoque qui peut faire l'objet d'une connaissance objective¹¹⁸.

Le diptyque « actes réglementaires/actes non réglementaires » en constitue un exemple éloquent puisque ce sont des lois, la *Loi sur les textes réglementaires*¹¹⁹ et la *Loi sur les règlements*¹²⁰, qui déterminent les

117. M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. VII. À titre comparatif, pour le droit britannique, voir : R.A. SHINER, *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 19, qui, sans être aussi limpide sur la démarche positiviste, propose une distinction pertinente entre *simple positivism* et *sophisticated positivism*.

118. V. PETEV, « Quelle méthode ? La méthodologie juridique au seuil du XXI^e siècle », (1990) *R.R.J.* 757, 758.

119. *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C., c. S-22.

120. *Loi sur les règlements*, précitée, note 11.

conditions d'élaboration des règlements. Si la première ne postule, en pratique, que la nécessité de l'habilitation législative dans une perspective de législation déléguée, la seconde offre une définition générique qui est très proche de celle qui a été dégagée par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*¹²¹ et qui a été à l'origine de la définition proposée dans le défunt projet de loi C-25 : « Texte d'application générale pris sous le régime d'une loi fédérale et établissant unilatéralement des règles de conduite ayant force de loi¹²² ». En dépit de l'abandon de ce projet de loi, cette définition est une bonne illustration de l'approche dominante qui fait appel à quelques éléments de fond (généralité et unilatéralité, règles de conduite) qui ne permettent pas de distinguer les normes réglementaires du modèle générique des normes, mais qui, en revanche, montrent la prépondérance des éléments formels dans l'attribution du caractère réglementaire (une habilitation législative qui confère expressément ce pouvoir). L'« ayant force de loi » (l'opposabilité directe) dépendait de l'« application du processus réglementaire » (procédure formelle d'élaboration) pour lequel le projet C-25 contenait de nombreuses dispositions qui formaient l'essentiel du dispositif de la loi et qui n'instauraient pas de façon systématique la prépublication (*notice and comment*) comme c'est le cas au Québec. En vertu de l'article 4, le « processus réglementaire » aurait été applicable à tout règlement pris en vertu d'une disposition habilitante qui le désigne comme tel, ou à tout autre texte (décret, arrêté, règle, ordonnance, liste ou directive) qui aurait pu constituer l'exercice du pouvoir réglementaire. Cette condition préliminaire, résolument axée sur le principe de l'habilitation, projette l'image d'une conception purement nominale du pouvoir réglementaire (est un règlement ce que la loi désigne comme tel) et n'offre que peu de latitude à l'interprète autorisé (le juge) afin de concevoir des actes réglementaires sur la base de caractéristiques intrinsèques. Le juge doit limiter son examen à la validité des conditions de forme et de procédure en vertu desquelles un règlement est élaboré.

Cette ligne de partage dépend du choix des autorités. Dès que l'opération d'inclusion/exclusion (droit/non-droit, acte réglementaire/acte non réglementaire) a été faite, une analyse *a posteriori* est non seulement possible mais essentielle. Si le droit apparaît comme un objet construit ou déterminé de toutes pièces pour satisfaire les attentes de l'auteur de la norme, une relecture permet de réintroduire des questions de fond. Dans cette perspective, l'attribution du caractère réglementaire dépend d'une qualification

121. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 68, 224.

122. *Loi sur les règlements*, précitée, note 15.

de la norme utilisée par les autorités, l'habilitation devenant un élément périphérique puisque l'autorité administrative a la compétence requise sur la matière. C'est en raisonnant de la sorte que les juges ont dégagé des interstices du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi la possibilité pour une autorité administrative de formuler des règles générales sous forme de directives. Dans cette perspective résolument dynamique pour la production de règles administratives perçues comme non juridiques, les juges ont en quelque sorte dégagé d'une compétence générale sur un domaine une autre compétence dont la ressemblance avec la fonction réglementaire a été maintes fois soulignée.

Dans la réévaluation *a posteriori* de la nature des normes utilisées par l'Administration, l'analyse contextuelle n'offre pas de véritable rupture avec les principes et notions du droit positif. Nous l'avons utilisée dans notre thèse afin de mettre en lumière des éléments de fond (recension des pratiques, détermination des effets en fonction des destinataires, typologie liée à la fonction de l'acte, recherche du fondement, enjeux stratégiques, transformation du pouvoir réglementaire, élaboration de nouveaux procédés, inventaire de catégories infraréglementaires, obstacles à l'attribution du caractère réglementaire), notamment dans le but de souligner « la nécessité d'une conception objective de la règle de droit » afin de montrer la valeur normative de plusieurs procédés administratifs qui constituent un élargissement de la fonction réglementaire¹²³. Notre distanciation critique par rapport aux dimensions de forme et de procédure n'en reposait pas moins sur une interrogation quant à « l'importance paradoxale de la forme » et son impact sur les choix administratifs¹²⁴. Dans une étude subséquente, d'autres éléments de fond ont été abordés (dynamique institutionnelle et normes internes, sphère interne et organisations, évaluation critique de l'expression « règle de droit », ébauche d'une définition matérielle pour les actes réglementaires) pour mettre en évidence la fragilité de cette ligne de partage entre les actes réglementaires et non réglementaires, avec, comme conclusion, le constat d'un fossé grandissant entre le droit officiel et la mutation des normes¹²⁵. Ce type d'analyse est une illustration des querelles classiques entre le fond et la forme/procédure dans la qualification des actes. L'apparition de la catégorie des directives dans le champ des normes abstraites, générales et impersonnelles a eu pour conséquence directe de réactiver des éléments de fond, comme en témoigne le développement

123. D. MOCKLE, *op. cit.*, note 6, p. 221.

124. *Id.*, p. 39.

125. D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 12, 1056.

consacré par Pierre Issalys et Denis Lemieux à cette notion¹²⁶. Leur ouvrage offre des perspectives nouvelles par l'attribution d'éléments constitutifs (éléments de fond) en vue de reconnaître le caractère distinct et original de la « notion de directive », ainsi que le régime juridique applicable. En dépit d'une ligne de partage qui obéit encore à des éléments de forme et de procédure, la réflexion donc a évolué vers la nature spécifique de ces normes de rechange, ce qui nécessite une mise en perspective beaucoup plus critique et nuancée pour départager les actes réglementaires et non réglementaires. Si les directives présentent « un caractère concrètement normatif¹²⁷ », le phénomène normatif ne peut plus être réduit comme auparavant au modèle de la loi qui exerce encore une forte emprise sur la conceptualisation des « règles de droit ».

L'heure est donc propice aux bilans critiques. La multiplication des mécanismes néo-réglementaires dans le champ de la réglementation en est la cause première puisque l'Administration relativise les conditions de forme et de procédure dans le but d'élaborer de nouveaux procédés dans la formulation des normes. Le « normatif » devient un champ ouvert à l'expérimentation, ce qui relègue les actes réglementaires à des exigences de forme et de publicité de plus en plus associées à des délais, à des contraintes et à de la rigidité. La déperdition toute relative de la forme a pour effet de réactiver des interrogations critiques sur l'étendue de la fonction réglementaire devant l'ampleur des procédés de substitution. Les travaux de France Houle constituent une illustration de cette tendance où domine la réévaluation critique du droit positif. Sa démarche consiste, selon ses propres termes, à « comprendre pourquoi les règles administratives ne sont pas considérées comme des règles proprement juridiques¹²⁸ ». La première explication découle du cadre théorique dominant, encore largement conditionné par des pesanteurs historiques liées à la théorie du pouvoir discrétionnaire, avec pour toile de fond la tradition diceyenne du droit administratif¹²⁹. Des similarités matérielles (contenu, effet) entre les règlements, les directives quasi réglementaires et les règles administratives ont également été soulignées pour montrer la fragilité du critère formel et la nécessité de faire prévaloir une qualification proprement matérielle des règles élaborées par l'Administration. Ce déplacement de l'analyse vers le fond (au détriment de la forme) a été radicalisé dans une étude subséquente en vue d'illustrer

126. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 10, p. 563 (notion de directive et éléments constitutifs).

127. *Id.*, p. 597.

128. F. HOULE, *op. cit.*, note 7, p. 205.

129. *Ibid.*

le caractère fictif de l'infradroit où seraient reléguées, faute de véritable solution de rechange, les règles administratives¹³⁰. Le droit positif est de nouveau contesté sur deux plans. Le paradigme dominant qui repose sur l'existence d'une frontière entre le juridique et le non-juridique est critiqué pour son caractère artificiel et l'impossibilité corrélative d'établir une démarcation cohérente. La *Loi sur les textes réglementaires*¹³¹ est également visée pour son effet réducteur, car elle restreint « la normativité administrative à la reconnaissance de quelques instruments réglementaires, appelés « textes réglementaires », sans que les justifications soient convaincantes sur le plan théorique¹³² ». L'ampleur du fossé qui sépare désormais la conceptualisation du phénomène de la réglementation en droit public par rapport aux transformations de la fonction normative devient plus manifeste, ce qui suppose, en fin de compte, un constat d'inadéquation.

Dans le but de relativiser davantage le droit positif, l'analyse peut être résolument orientée vers les destinataires des normes (peu importe le statut législatif, réglementaire ou administratif de ces normes) en insistant sur la complexité et l'imprévisibilité des effets sur les acteurs. Dans une perspective proche des tendances nouvelles du droit vivant ou du droit relationnel, les catégories du droit officiel n'auraient qu'une utilité limitée en vue d'établir des liens trop exclusifs entre, d'une part, le rang et le statut d'une norme formulée par les autorités et, d'autre part, le décodage et l'utilisation qu'en font les destinataires apparents. Dans une étude dont le titre est évocateur à propos des vicissitudes croissantes du droit légiféré (le droit « statutaire » du monde anglo-américain), le professeur R.A. Macdonald critique les prémisses et les postulats du droit formel, lequel resterait largement tributaire des conceptions universalistes du XVIII^e siècle¹³³. Les idéaux rationalistes des Lumières ont exercé et exercent encore une influence déterminante sur l'élaboration de la loi. Cette approche serait en partie désuète¹³⁴, car elle confère au seul énoncé de la norme une effectivité et une intelligibilité sans faille, à l'image de la Parole divine dont est issu le

130. F. HOULE, « La zone fictive de l'infra-droit : l'intégration des règles administratives dans la catégorie des textes réglementaires », (2001) 47 *R. D. McGill* 161.

131. *Loi sur les textes réglementaires*, précitée, note 119.

132. F. HOULE, *loc. cit.*, note 130, 164.

133. R.A. MACDONALD, « The Fridge-Door Statute », (2001) 47 *McGill L.J.* 11, 21 (critique de Lon Fuller).

134. L'étude du professeur R.A. Macdonald a été en quelque sorte prédéterminée par le droit statutaire des autorités fédérales au Canada. À l'exception du Code pénal (*Code criminel*, L.R.C., c. C-46), ce droit n'est pas codifié. Le constat d'inadaptation des postulats classiques qu'il pose devrait être plus nuancé à l'égard des systèmes qui privilégient la codification, laquelle réactive les idéaux de clarté, de lisibilité, de cohérence, d'accessibilité et de simplicité qui ont conduit à l'élaboration des premiers codes. La codification

modèle légicentrique. Outre l'accent mis sur l'impossibilité pratique que pose une clôture trop hermétique du contenu normatif déterminé par la norme (le message normatif), Macdonald insiste sur des éléments structurels qui conditionnent davantage le devenir de la loi que son contenu proprement textuel : passage de la sémantique à la sémiotique, rôle pédagogique de la loi, expérimentation et révision et, enfin, dans une perspective relationnelle de droit vivant, le caractère interactif de la norme posée pour des destinataires fort variés (réactivation du modèle pluraliste)¹³⁵. Son analyse est intéressante, car elle déplace le champ de l'observation vers les acteurs, « de telle sorte que la manière dont le message est reçu devient plus importante que la forme même du message ». Ce décentrement de l'analyse aurait pu justifier un constat d'irréalité ou d'indétermination de la norme¹³⁶, ce que Macdonald n'a pas fait comme tel en assignant à la même norme une fonction d'initiation à un long processus dont le devenir échappe en grande partie à son auteur (le législateur). Par rapport à des activités réglementées ou interdites, les normes pourraient être ainsi ravalées au statut peu flatteur de simples feux de circulation, de l'autorisation (vert) à l'interdiction définitive (rouge). Les acteurs, devenus intelligents et vivants, et non pas réduits à la stricte conformité, peuvent élaborer divers calculs et scénarios de rechange aux fins d'adaptation du droit formel. La réalité du droit vivant condamne ainsi le droit formel à une quasi-irréalité. Ce n'est toutefois que l'image inversée de la disqualification du droit vivant par le droit formel, comme en témoignent le contrôle de légalité et certaines contraintes inhérentes à la procédure judiciaire où le juge a la responsabilité, le cas échéant, de (re)qualifier les faits en dépit des prétentions des parties¹³⁷.

est présentée comme un facteur de démocratisation du droit et de renforcement de l'État de droit : S. LAMOUROUX, « La codification ou la démocratisation du droit », (2001) *Rev. fr. dr. const.* 803, 819. Encore faut-il que la codification puisse remédier à la surabondance des textes, car, si tel n'est pas le cas, le verdict posé par Macdonald reste pertinent.

135. R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 133, 29 et suiv.

136. Ce constat d'indétermination de la règle de droit a été fait par plusieurs auteurs du mouvement des *Critical Legal Studies*, comme le rappelle Andrée Lajoie à propos des travaux de Karl Klare et de Stanley Fish : A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, coll. « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1997, p. 128 et 155.

137. Pour un exemple tiré du droit français : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et aux actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Il peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties » ; *Nouveau Code de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2002, art. 12, p. 17.

L'approche de Macdonald sera sans doute perçue comme une réactivation savante du thème récurrent de l'effectivité¹³⁸, avec un déplacement de l'analyse vers les destinataires au détriment de l'élaboration des procédés normatifs, ces derniers étant relégués au second plan, voire négligés à cause de la prépondérance du modèle de la loi¹³⁹. Si, à la suite de tant d'autres, Macdonald soulève le problème systémique de la relative ineffectivité du droit formel fondé sur des modèles imposés, des prescriptions, voire de simples énoncés formulés sur le mode de la révélation des Livres sacrés, il ne faut pas être étonné outre mesure que les premiers intéressés, haute fonction publique, gestionnaires et juristes de l'État, soient réceptifs à des stratégies de rechange dans l'élaboration des normes. C'est précisément pour contraindre davantage les destinataires que des procédés normatifs axés sur l'efficacité, le rendement, la conformité, voire une logique de proximité institutionnelle (entre gestionnaires et employés/usagers) connaissent un essor indéniable. La question des destinataires acquiert ainsi une plus-value éminemment politique dans l'élaboration de nouveaux instruments de pouvoir, ce qui explique en partie la relativisation des enjeux proprement juridiques.

Avec pour toile de fond une exacerbation de la rationalité behavioriste et tayloriste qui caractérise le nouveau management public, l'élaboration de ces outils normatifs servirait à transposer sur un autre registre la question récurrente de l'efficacité des normes. La primauté accordée aux résultats accentue la désuétude apparente et toute relative des critères de forme et de procédure associés à la légalité et à la validité, voire le retrait du droit¹⁴⁰. Ces formules de rechange n'en sont pas moins des imitations du droit formel. C'est précisément parce ce dernier n'offre pas certaines solu-

138. J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », dans J. CARBONNIER (dir.), *op. cit.*, note 33, p. 25, à la page 136 ; F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », dans CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (CURAPP) (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 126, à la page 128 (notion d'effectivité) ; G. ROCHER, « L'effectivité du droit », dans A. LAJOIE et autres (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 1998, p. 133, à la page 135 (notion d'effectivité).

139. Dans l'étude de J. Carbonnier, c'est l'« impuissance des lois » qui serait en cause : J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », dans J. CARBONNIER (dir.), *op. cit.*, note 33, p. 25, à la page 137. Pierre Lascoumes livre une tout autre analyse du thème de l'effectivité en signalant, à juste titre, l'hétérogénéité des dispositifs normatifs de l'action publique : P. LASCUMES, « L'analyse sociologique des effets de la norme juridique : de la contrainte à l'interaction », dans A. LAJOIE et autres (dir.), *op. cit.*, note 138, p. 152, à la page 156.

140. D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 5, 147.

tions que des avantages sont escomptés en jouant sur de pures considérations de forme (retrait de la forme réglementaire). Favorisés et reconnus ouvertement par le législateur, ces « outils normatifs » entraînent un retour obligé sur la totalité du processus de création des normes. Dans la dynamique de l'engendrement des normes, chaque étape est importante, tant pour ce qui conditionne *a priori* le choix des outils que pour le rite de passage en fonction des exigences du droit formel et, enfin, pour les conséquences *a posteriori* où dominant des critères matériels et des considérations liées à l'effectivité. Cependant, compte tenu de la prépondérance accordée à la nature de l'outil et à son inclusion/exclusion corrélative des catégories du droit officiel, ne faut-il pas conclure encore une fois « à l'importance paradoxale de la forme¹⁴¹ », même à la primauté du critère formel ? À titre de contrepartie, seul un retour obligé sur les propriétés matérielles (et non pas formelles) des nouveaux mécanismes peut offrir quelques éléments de réponse. La prépondérance plus ou moins exclusive du modèle unique de la loi dans la conceptualisation de la fonction normative n'est-elle pas la cause première de la diversification des procédés normatifs ? Sur fond d'expérimentation, la recherche de mécanismes néo-juridiques peut être expliquée comme une tentative de dépassement de ce modèle.

2.2 La transformation des modèles induits par la loi dans le choix des mécanismes de substitution

Inclassables, défiant les catégories officielles de l'orthodoxie positiviste, les nouveaux procédés traduisent une recomposition des éléments de forme et de fond qui conditionnent l'action gouvernementale et administrative. Cette évolution porte atteinte à l'unité originelle de la loi à titre de figure emblématique du phénomène normatif¹⁴². Il est inutile de revenir sur la sacralisation de la loi dans les systèmes romanistes¹⁴³, notamment en France, et également pour le Québec qui reste proche de cette mouvance. Fait révélateur, la France est désignée en Chine sous l'appellation *Fa Guo* : le « pays de la loi ». Même en droit anglo-américain, l'importance de la législation se traduit par le rôle déterminant de la loi (droit « statutaire »)¹⁴⁴ et,

141. D. MOCKLE, *op. cit.*, note 6, p. 39.

142. D. MOCKLE, « Crise et transformation du modèle légicentrique », dans J. AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *L'amour des lois*, Paris/Québec, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, 1996, p. 17, à la page 22 (centralité du modèle légicentrique).

143. F. OST, « L'amour de la loi parfaite », dans J. AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *op. cit.*, note 142, p. 53, à la page 56 (langue et lois sacrées).

144. G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1982, p. 7 (prépondérance du droit statutaire).

par extension, de la législation déléguée (actes réglementaires), en vue d'une modification directe et unilatérale de l'ordonnement juridique par des règles explicites, abstraites, générales et impersonnelles. La loi reste en principe une référence incontournable qui renvoie à un modèle unitaire et centralisé dans la production des normes, au point que toute autre solution semble impossible dans ce registre de droit encodé ou codifié par des règles. Le processus législatif et réglementaire apparaît comme une sorte de paradigme insurpassable dans l'organisation centralisée et hiérarchisée d'un corpus précis de règles (loi ou règlement) aux fins de systématisation, de clarté, de transparence et de publicité. Ce rappel des propriétés formelles associées à la production officielle des normes milite en faveur de la prééminence de la loi, ce qui en fait déjà un modèle avant même que soit abordée la légitimité dont elle reste porteuse dans un espace politique orienté vers l'ouverture et la démocratie.

Ces idéaux n'opèrent pas de la même façon si les concepteurs des politiques publiques sont des experts qui relèvent d'autres disciplines : sciences de la gestion, comptabilité, science économique, sciences pures ou appliquées. La banalisation de la loi apparaît dès lors irréversible dans le choix des instruments. Au modèle centralisé succèdent la dispersion et la compartimentation des techniques qui ne sont plus guère que des outils de gouvernance. La diversification des modes de production des normes, l'éclatement des catégories connues pour des formules hybrides, ainsi que l'hétérogénéité des techniques et des procédés, introduisent des éléments de rupture et de mutation pour le droit public. Contrairement aux modes non juridictionnels pour le règlement des différends, où les solutions retenues renvoient à des modèles répandus en droit public (ombudsmans, recours administratifs, mécanismes de plaintes, conciliation), les transformations induites par ces mécanismes néo-réglementaires sont peu conformes aux représentations traditionnelles des normes et des règles.

L'impasse est en fait le résultat de la prééminence du modèle classique et centralisé de la loi qui peut être caractérisé selon la règle des cinq « uni » : unicité, unilatéralité, univocité, universalité, uniformité. Le préfixe « uni » traduit l'absence d'altérité en explicitant ce qui est un ou unique au sens du grec *monos*. L'*unicité* représente l'exclusivité, la centralité et l'autorité que confère la possibilité de formuler la norme dans un mode d'énonciation vertical et hiérarchisé qui assure, en monde romaniste, la primauté de principe de la loi. À défaut de pouvoir reconnaître un statut similaire à la loi, les systèmes de common law aboutissent à un résultat semblable dans la mesure où le droit statutaire « amende » la common law et assure ainsi une primauté fonctionnelle au droit légiféré. L'*unilatéralité*, connue depuis longtemps en droit public pour caractériser la législation et la réglemen-

tation¹⁴⁵, exclut sur le plan des principes la réciprocité par le pouvoir d'imposer la norme sans l'assentiment de ses destinataires. L'*univocité* exclut la pluralité et la confusion de sens grâce à l'existence de mécanismes de décodage, au premier rang desquels figurent les règles d'interprétation. Un interprète autorisé (juge ou arbitre) peut dégager, à chaque étape du litige, en première instance ou en appel, une seule signification, ce qui permet d'établir un rapport univoque entre des termes et des catégories¹⁴⁶. Malgré l'existence de divergences potentielles sur le choix d'une méthode d'interprétation (méthode contextuelle, exégétique, littérale, téléologique, historique, pour ne donner que quelques exemples), la logique unitaire de l'approche positiviste n'autorise qu'une seule lecture officielle pour le dénouement d'un litige (ce qui n'exclut pas des dissidences en droit anglo-américain). L'*universalité*, issue directement des idéaux rationalistes des Lumières, exprime les attributs traditionnels de la loi qui exige un contenu général et impersonnel pour établir des catégories abstraites. Encore ne s'agit-il que du contenu minimal de l'universalité, puisque ce terme revêt une tout autre signification dans la perspective des transferts de droit, de l'exportation des droits occidentaux et des débats récurrents sur le relativisme culturel. Enfin, l'*uniformité* exclut sur le plan des principes la possibilité d'un traitement particulier ou différencié si rien n'a été prévu à cet effet dans la loi, ce qui renvoie à l'égalité de tous devant la loi.

Les cinq propriétés permettent donc de mesurer les ambitions du droit positif afin que le phénomène normatif puisse être confondu avec le droit officiel de l'État, ce qui renvoie à un monisme largement dénoncé dans les études orientées vers le pluralisme. L'unitarisme propre au modèle de la loi et de la législation déléguée (réglementation) n'est à vrai dire que le reflet d'une tradition où la législation n'est que le prolongement de textes sacrés (Parole révélée, venue d'en haut)¹⁴⁷. Cette filiation explique en grande partie l'existence du modèle centralisé que représente la loi. Il suffit de reprendre les cinq propriétés en vue de formuler le principe contraire pour qu'une autre réalité apparaisse en creux. À l'unicité peuvent être opposés le pluralisme ainsi que la diversité des procédés et des techniques. Pour

145. L'unilatéralité avait été retenue comme critère dans la définition du terme « règlement » : « Texte d'application générale [...] établissant unilatéralement des règles de conduite » ; *Loi sur les règlements*, précitée, note 15, art. 2 (1). Sur ce point, la définition proposée reprenait les critères énoncés par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 68, 224.

146. Si un terme fait l'objet d'emplois différents dans un même texte, le principe de l'uniformité d'expression en matière d'interprétation permet de rétablir la cohérence interne du texte : P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 419.

147. G. TIMSIT, *loc. cit.*, note 110, 12 (loi héritière de la Parole divine).

l'unilatéralité, la contrepartie traditionnelle repose sur l'accord consensuel et la négociation qui caractérisent le modèle contractuel¹⁴⁸. L'univocité ne peut plus être invoquée dès qu'il y a perte de contrôle du sens par l'interprète autorisé au profit des destinataires (objectifs, codes de conduite), ou dès qu'il y a prolifération d'interprètes non autorisés en vertu des règles attributives de compétence en droit public. Par ailleurs, l'universalité perd toute signification si des normes de substitution ou des règles négociées ont pour objet d'établir des régimes particuliers au détriment de la généralité et de l'abstraction de la loi. Dans le même esprit, la perte de l'uniformité se traduit par la multiplication des dérogations ou des régimes spéciaux qui semblent annoncer le retour d'une *Lex Privata* dont le terme « privilège » tire son origine.

Ce renversement de perspective, qui pourrait être perçu comme le revers du modèle de la loi, ne suscite pas pour autant une contre-catégorie homogène. Si la tendance à l'hétérogénéité annonce la fin du modèle classique de la loi¹⁴⁹, elle ne se traduit pas par l'apparition d'un nouveau paradigme qui pourrait servir de modèle. Les formules de rechange sont trop hétéroclites pour qu'une solution globale puisse s'imposer. L'enjeu fondamental n'en reste pas moins la production de normes abstraites, générales et impersonnelles, et c'est davantage dans les processus d'élaboration et d'application que des changements notoires sont visibles avec, en définitive, un retour obligé vers les questions de forme et de procédure. Deux tendances se démarquent ainsi pour l'élaboration des textes. Si la première correspond à la logique de l'emprunt (normes intégrées par renvoi), la seconde introduit la négociation dans un vaste éventail de formules plus ou moins contraignantes (réglementation négociée, normes de substitution, codes de conduite lorsqu'il y a consultation des salariés ou du groupe ciblé). Pour l'élaboration des normes en droit public, la contractualisation revêt néanmoins une importance antérieure aux principes de la nouvelle gouvernance, tant au Canada¹⁵⁰ qu'en France¹⁵¹, ainsi que dans le monde

148. Les fonctions du contrat sont multiples, comme en témoignent les travaux de J.-G. BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 198 (contractualisation/réflexivité de l'échange et coopération institutionnelle) et 237 (rationalités multiples du contrat); J. CAILLOSSE, *Introduire au droit*, coll. « Clefs », Paris, Montchrestien, 1993, p. 101 (vers un ordre juridique conventionnel ?).

149. G. TIMSIT, « La loi : à la recherche du paradigme perdu », dans G. TIMSIT (dir.), *op. cit.*, note 85, p. 14.

150. A. LAJOIE, *Les contrats administratifs ; Jalons pour une théorie*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 5 (le contrat devenu instrument de régulation); P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 10, p. 1093.

151. En France, les techniques administratives conventionnelles sont largement utilisées depuis l'Ancien Régime en droit public, et davantage encore depuis quelques décennies :

anglo-américain¹⁵². Pour leur application, de nouvelles approches annoncent l'élaboration de stratégies résolument orientées vers le comportement des destinataires. La formulation d'objectifs peut être confiée aux organismes eux-mêmes avec supervision du Conseil du trésor et consultation, à des degrés divers, des principaux gestionnaires pour établir des indices de performance réalistes et adaptés à la nature de l'organisme de même qu'à sa mission. Les objectifs sont taillés sur mesure pour chaque ministère et organisme en vue de mettre en œuvre la gestion par résultats. Dans le même esprit, les chartes d'usagers et les codes de conduite ont pour objet de modifier « en douceur » des comportements ou des attitudes dans le but d'atteindre des objectifs variés (service à la clientèle ou aux usagers, rapports plus harmonieux au sein d'un établissement ou organisme, gestion des risques, développement durable, protection de l'environnement, pour ne donner que quelques exemples). Dans l'élaboration des normes, des changements sont perceptibles en amont (élaboration) et en aval (application), d'où cet attrait pour des formules de rechange.

Le constat de diversification ne résout pas pour autant la question qui fait l'objet de cette étude. Force est de constater que cette diversité influe directement sur la loi, qui non seulement peut intégrer de nouvelles formules (objectifs), mais qui est mise à contribution en vue d'offrir un fondement tangible pour l'expérimentation de ces nouveaux mécanismes¹⁵³. Ces

J.-F. SESTIER, *Le développement des techniques administratives conventionnelles*, Thèse de doctorat d'État en droit, Lyon, Université Jean-Moulin-Lyon 3, 1988, p. 265 (utilisation de la technique conventionnelle comme cadre d'action globale); M. HECQUART-THÉRON, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », (1993) *A.J.D.A.* 451, 452 (choix empirique du procédé contractuel); P. LASCOUMES, « Négocier le droit, formes et conditions d'une activité gouvernementale conventionnelle », *Politiques et management publics*, vol. 4, 1993, p. 47, 61 (analyse de la politique contractuelle); J.-P. GAUDIN, *op. cit.*, note 78, p. 19 (politique du contrat); L. RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », (2003) *A.J.D.A.* 973, 974-975 (bilan critique).

152. C. TURPIN, *Government Contracts*, Londres, Penguin Books, 1972, p. 244 (*procurement as an instrument of policy*); T. DAINTITH, « Regulation by Contract: The New Prerogative », (1979) 32 *Current Legal Problems* 41 (distinction entre pouvoirs précontractuels et contractuels); C. GRACE et P. WILKINSON, *Negotiating the Law; Social Work and Legal Services*, Londres, Routledge & Kegan, 1978, p. 60 (rôles respectifs du savoir professionnel et du droit-ressource); H. COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 56 et suiv. (analyse de l'efficacité et de l'effectivité du droit privé des contrats comme technique de régulation). Cette évolution culmine en droit américain avec la *Negotiated Rulemaking Act* de 1990, *Public Law* 101-648, 104 *Stat.* 4969.

153. Ce constat découle de l'inventaire dressé par D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 5, 199 (exemple des codes de conduite).

derniers ne seraient dès lors que l'approfondissement d'une tendance qui touche la totalité du champ normatif, jusqu'ici largement monopolisé par la loi dans le registre des sources écrites du droit. Faire état d'une tendance, c'est constater des causes ou des phénomènes sans pouvoir pour autant parvenir à résoudre la question initiale (*Quid Jus ?*). Les causes (transformation des modes de gestion, évaluation technicienne de la performance des outils de gouvernance, instrumentalisme, recherche de l'efficacité, déclin relatif de la loi, mutation des politiques publiques, influence du droit supranational, engouement pour des formules de rechange) offrent la possibilité d'une analyse contextuelle, mais elles ne règlent pas de ce fait la question de ce néo-droit.

Le thème connu du pluralisme est une bonne illustration de la prépondérance de la causalité à titre de grille d'analyse. Dans l'éventail des techniques de rechange, le procédé du renvoi soulève sans équivoque la question de l'harmonisation de normes techniques avec l'ordre juridique étatique. Comme ces normes (recommandations, codes de conduite, principes directeurs, standards, lignes directrices) sont produites par une multitude d'organismes nationaux et internationaux, publics ou privés, les autorités seraient à la remorque de l'évolution techno-scientifique et n'auraient guère d'autre solution que de les avaliser ou de les reconnaître. Cette situation correspond aux exigences du pluralisme puisqu'il s'agit, en définitive, de délimiter des ordres normatifs ou des ordres juridiques qui dépassent largement les possibilités d'intervention de l'État (en réalité ses moyens budgétaires). Les frontières entre le droit étatique et des ordres normatifs concurrents deviendraient plus perméables. Il en résulterait une dynamique d'échanges ou de transfert qui a été commentée en fonction des thèmes de l'internormativité¹⁵⁴, du droit soluble¹⁵⁵ et de la porosité du droit¹⁵⁶. Peu importe leur caractère juridique ou non juridique, ces réseaux normatifs échappent en grande partie à l'ordre juridique étatique, ce qui engendre une invisibilité favorable à leur exclusion du droit officiel, ainsi que leur insertion indistincte dans cette zone de non-droit. Les actes non

154. J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 251. Ce chapitre reprend le texte paru en 1977 : J. CARBONNIER, « Les phénomènes d'internormativité », (1977) *European Yearbook in Law and Sociology* 42.

155. J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1996, p. 12 (introduction).

156. H.L.A. HART, *op. cit.*, note 56, p. 120 (*open texture of law*). Deux auteurs suggèrent un changement de paradigme afin de souligner le désenclavement du droit sous la pression d'autres phénomènes : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 13.

réglementaires ne seraient que le reflet de ce découpage, car le rite de passage vers le droit étatique se solderait automatiquement par un constat de non-droit ou de non-juridicité. Il s'agit bien d'une explication du type causal.

Dans cette perspective de mouvement et d'échanges, il faut éviter une interprétation territoriale du pluralisme qui répondrait ainsi aux attentes et principes du droit positif, lequel repose sur la fermeture et l'exclusion des normes qui ne satisfont pas à ses critères d'appartenance. C'est dans la mutabilité qu'il faut rechercher la logique qui préside au choix des outils d'intervention. L'inventaire des nouveaux procédés montre que l'Administration sélectionne, recycle ou s'approprie des formules de rechange qui peuvent être directement intégrées au droit positif ou, au contraire, pour des raisons de pure commodité, être évincées du droit. Le simple constat de diversité ne peut servir d'explication globale, ce qui incite des chercheurs, comme Andrée Lajoie, à raffiner cette dynamique de transfert afin de montrer l'existence de « trajets normatifs » orientés par des facteurs structurels du type précodage¹⁵⁷. Pour certains mécanismes (technique du renvoi, code de conduite), l'idée de transfert offre des perspectives intéressantes. Elle introduit des dimensions de mouvement ou de mutation généralement absentes dans l'étude figée des sources du droit. Divers scénarios peuvent être envisagés en vue d'une exclusion progressive du droit réglementaire au profit de formules de rechange, ou en faveur d'une remontée de règles expérimentales vers le champ réglementaire.

Aux fins de qualification, de nombreux mécanismes font appel à des degrés divers à la coopération des destinataires (participation-contractualisation) qui deviennent des acteurs au même titre que l'État-incitateur. Dans les systèmes subissant l'influence de la tradition allemande, cette évolution est interprétée comme une étape subséquente qui marque la transformation des programmes finalisés en programmes relationnels¹⁵⁸. La « réflexivité¹⁵⁹ » (le droit réflexif) permettrait ainsi d'assurer un couplage

157. A. LAJOIE, « La normativité professionnelle dans le droit : trajets et spécificité formelle », dans J.-G. BELLEY (dir.), *op. cit.*, note 155, p.159, aux pages 179-180.

158. C.-A. MORAND, *op. cit.*, note 65, p. 132.

159. G. TEUBNER, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris/Bruxelles, LGDJ / Bruylant, 1996, p. 19 (tableau synthèse des trois types et dimensions de la rationalité, formel / matériel / réflexif du droit moderne). Le droit réflexif présente une orientation procédurale qui a été commentée et analysée par J. LENOBLE, « Droit et gouvernance. Pour une procéduralisation contextuelle du droit », (2002) 17 *Rev. can. Droit et Société* 1, 26 (« procéduralisation » contextuelle du droit et gouvernance démocratique).

entre l'État et la société civile. Comme les programmes finalisés, les programmes relationnels reposent sur des objectifs, des mécanismes et des processus d'évaluation. Par contre, le mode de formation diffère puisque la contractualisation plus poussée de l'action gouvernementale permet d'envisager que l'État et des groupes privés puissent devenir, à des degrés divers, coauteurs d'un règlement (autoréglementation contrôlée ou délégation dirigiste de pouvoir réglementaire) et de plusieurs mécanismes qui font l'objet de notre étude : chartes d'usagers, codes de conduite, normes de substitution, normes intégrées par négociation. Le couplage des politiques publiques entre l'État-coordonnateur et divers partenaires privés répond à la logique de la gouvernance. Le droit des programmes relationnels correspond à une transformation de l'intervention gouvernementale, sans toutefois qu'il y ait présupposition quant à la nature juridique ou non juridique des moyens utilisés. Le professeur C.-A. Morand en fait le bilan critique en signalant le caractère peu transparent de ce droit, ainsi que sa propension à la sectorialisation/parcellisation de la réglementation qui ne reflète que les intérêts des groupes cooptés au détriment des tiers¹⁶⁰.

Peu importe les éléments de causalité, la « déformalisation » ou la déjuridicisation du champ normatif laisse augurer une autre configuration, celle de l'évitement du droit. « Gérer autrement » ne consiste-t-il pas à abandonner les contraintes usuelles de la forme réglementaire au profit de nouveaux instruments, promus au rang d'outils de gouvernance ? La dynamique de dépassement du droit est un pur produit du droit officiel puisque les gestionnaires se servent ostensiblement de la loi pour légitimer et « légaliser » ces formules de rechange. Il en résulte des procédés qui, comme la directive en droit administratif, sont « concrètement normatifs », sans pour autant contenir des « règles de droit ». Ce glissement vers la pure effectivité et la performance de procédés réduits à des outils introduit un mode de régulation fondé sur le dédoublement du droit officiel (figure du double). Pour la production des normes, ce dernier renvoie une image dualiste des actes réglementaires et de leurs substituts. Par l'élaboration de dispositifs normatifs qui sont relégués aux confins du droit, la gouvernance privilégie des mécanismes néo-réglementaires, devenus de simples succédanés de la réglementation. La plupart des procédés ne sont que des pastiches (chartes d'usagers, plans stratégiques, codes de conduite) de catégories reconnues par le droit positif (chartes ou proclamations de droits fondamentaux, plans d'aménagement et d'urbanisme, usages). À la différence de l'infraréglementaire qui connote un positionnement dans la hiérarchie des normes, le néo-

160. C.-A. MORAND, *op. cit.*, note 65, p. 149.

réglementaire montre que la régulation relève d'un autre registre, non pas celui d'un droit devenu simple ersatz, mais d'une évolution plus proche de la logique des modes non juridictionnels de règlement des différends où existent des circuits de dérivation dans le traitement juridique du contentieux. Ce scénario d'un dédoublement du champ normatif vers le néo-juridique est confirmé par la propension de la gouvernance à déplacer le centre de gravité des politiques publiques vers une combinaison nouvelle où le droit ne joue qu'un rôle de validation en vue d'introduire de nouveaux mécanismes. La recomposition ainsi obtenue montre à quel point le droit n'est qu'une mise en forme juridique de la puissance politique de l'État. Il suffit de le diluer pour qu'aussitôt resurgisse cette puissance sous forme de rationalité comptable et de gestion scientifique, ce qui reflète un déplacement des questions de légitimité vers une gouvernance instrumentale.

3 Entre le droit et le non-droit : la question de la « justiciabilité »

L'évincement du droit reste relatif, car trois niveaux de lecture sont en cause. Dans un premier temps, le législateur peut lui-même retirer le statut de « règle de droit » à des normes ou à des mécanismes qu'il institue¹⁶¹. Dans un deuxième temps, c'est l'Administration (ministères et organismes) qui impose sa propre lecture en retirant expressément la qualité de règlement ou de texte réglementaire à un vaste éventail de normes de rechange, allant du manuel et de la directive jusqu'au code de bonne conduite¹⁶². En définitive, c'est néanmoins la lecture qu'en fait le juge qui est déterminante, au point d'être considérée comme seule « lecture authentique » dans le contexte de la théorie réaliste de l'interprétation¹⁶³, ou comme « lecture ultime » en associant la détermination de la juridicité aux organes juridictionnels¹⁶⁴. Tout le réalisme américain pourrait être invoqué pour valider

161. *Loi sur l'Agence Parcs Canada*, L.C. 1998, c.3 1, art. 5 (1) pour les instructions visées aux articles 4 et 5 ; *Loi sur l'Agence des douanes et du revenu du Canada*, L.C. 1999, c. 17, art. 11 (2) ; *Loi sur l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien*, L.C. 2002, c. 9, art. 4 (4). Pour d'autres exemples, voir *supra*, note 15.

162. Dans le contexte de la prise de décisions opposables aux administrés, cette exclusion est atténuée par un droit de consultation des directives, ce qui montre à tout le moins leur importance dans l'évaluation des dossiers : *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3, art. 4 (4).

163. M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », dans M. TROPER (dir.), *La théorie du droit, le droit, l'État*, coll. « Léviathan », Paris, PUF, 2001, p. 69, à la page 80 : qui est un interprète authentique et qu'est-ce qu'une interprétation authentique ?

164. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Juris-Dictio et définition du droit », (1990) 10 *Droits* 53, 54.

cette lecture qui représente le point de vue interne du droit (« le droit est ce que le juge affirme être du droit¹⁶⁵ »).

En droit canadien, la lecture interne permet de réintroduire la question de la « justiciabilité¹⁶⁶ ». En dépit de la position officielle énoncée à quelques reprises sur l'absence de règles de droit à propos des directives et des mécanismes similaires¹⁶⁷, les cours doivent, de façon pragmatique, évaluer la portée, le rôle et la validité de ces règles administratives qui conditionnent la légalité de l'action administrative. La position officielle (non-droit) peut sembler paradoxale, car la tendance dominante montre le souci du juge de prendre en considération tous les éléments qui préparent l'exercice du pouvoir discrétionnaire des autorités. Cette attitude inclut les textes administratifs qui servent à l'application des lois et règlements. Cette orientation montre en réalité que tout dépend de l'objet du litige et que la « lecture » du juge est en réalité dirigée « vers le haut » ou « vers le bas » dans la perspective de la hiérarchie des normes.

Lorsqu'elle est dirigée « vers le haut », la contestation porte directement sur la légalité et la constitutionnalité de la loi qui est à l'origine du processus décisionnel ou, encore, d'un mécanisme administratif de contrôle et de surveillance. L'arrêt *Little Sisters*¹⁶⁸ en est un exemple éloquent puisque ce sont deux « outils » relatifs à l'application du code tarifaire 9956a découlant du *Tarif des douanes*¹⁶⁹ — le *Mémoire D-9-1-1* (Politique d'interprétation et procédure concernant l'application du code tarifaire 9956) et le *Guide d'interprétation de la direction générale des importations prohibées du code tarifaire 9956 et du Mémoire D-9-1-1 relativement à l'obscénité* — qui ont été déterminants pour la gestion déplorable du critère de l'obscénité par des agents des douanes qui prohibaient ou confisquaient de façon quasi systématique des ouvrages et des revues destinés à la librairie gaie et lesbienne la plus connue de Vancouver. Même s'il s'agissait d'un cas patent de mauvaise administration (maladministration) liée à des causes systémiques (absence de formation des douaniers, pauvreté des ressources affectées à la qualité des opérations,

165. A. LAJOIE, *op. cit.*, note 136, p. 121 (le mouvement réaliste américain et sa descendance).

166. « Justiciability : The quality of being capable of being considered legally and determined by the application of legal principles and techniques [...] « Justiciable » is frequently equated with « legal » » : D.M. WALKER, *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 694.

167. *Supra*, note 16.

168. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Ministre de la Justice du Canada*, précité, note 16.

169. *Tarif des douanes*, L.R.C. 1985, c. 41 (3^e suppl.), annexe VII, code 9956 a.

imprécision des critères pour l'évaluation artistique des œuvres, désuétude relative des guides, impossibilité pour les importateurs de présenter des commentaires sur la nature du matériel importé), le litige a été largement orienté vers l'adéquation de la législation douanière avec le critère de l'obsécénité énoncé par l'article 163 (8) du *Code criminel*¹⁷⁰, ainsi qu'avec des garanties énoncées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁷¹. Le centre de gravité du litige ayant été déplacé vers le haut, les guides et mémoires n'étaient tout au plus que des illustrations de cette mauvaise gestion. Au nom des juges formant la majorité, le juge Binnie a estimé que le classement tarifaire était à l'origine de l'atteinte à des droits reconnus par la Charte, et non le guide qui constituait malgré tout « un exemple de gestion publique déplorable¹⁷² ». Dans ce contexte peu favorable pour la valeur normative du « guide-mémoire », la Cour a conclu qu'il ne s'agissait que d'un « outil administratif interne [...] qui n'avait pas force de loi¹⁷³ ». Ce constat n'a pas eu d'impact sur l'issue du litige en dépit des divergences exprimées. Pour les juges formant la majorité, la contestation a été axée sur « le régime législatif tel qu'il a été appliqué par les fonctionnaires », alors qu'en contrepartie le juge Iacobucci parvient à la conclusion que la législation douanière est directement en cause dans la violation des droits reconnus par la Charte¹⁷⁴.

Plus médiatisé et connu, l'arrêt *Baker*¹⁷⁵ projette une image quelque peu contrastée du sort réservé à ces « outils administratifs ». À l'inverse de l'exemple qui précède, le litige reposait sur la légalité de la décision de refus opposée à M^{me} Baker (d'origine jamaïcaine) afin qu'elle puisse obtenir une dispense à propos de l'exigence de présenter, de l'extérieur du Canada, une demande d'immigration, alors qu'elle était déjà en sol canadien depuis 1981 sans aucun statut. Cette dispense pouvait être obtenue pour des raisons d'ordre humanitaire sur le fondement de l'article 114 (2) de la *Loi sur*

170. *Code criminel*, précité, note 134.

171. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], art. 2b) (liberté d'expression) et art. 15 (1) (droit à l'égalité).

172. « C'est toutefois la décision législative, et non le guide, qui a constitué la privation. Il est tout simplement impossible aux tribunaux de contrôler la conformité à la Charte de la multitude de guides et manuels internes préparés par la fonction publique pour assister les fonctionnaires dans leur travail » : *Little Sisters Book and Art Emporium c. Ministre de la Justice du Canada*, précité, note 16, 1173 (j. Binnie).

173. *Id.*, 1173. Le juge Iacobucci, au nom des juges minoritaires, en arrive à la même conclusion (p. 1236).

174. *Id.*, 1170 (j. Binnie) et 1230 (j. Iacobucci).

175. *Baker c. Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration*, [1999] 2 R.C.S. 817.

*l'immigration*¹⁷⁶. La décision de refus ayant été censurée pour absence de motifs, pour violation de la règle *Audi alteram partem* et pour cause de partialité subjective, l'objet du litige était donc orienté « vers le bas » (dans la perspective de la hiérarchie des normes) puisque la décision représente la dernière étape dans l'application de la loi, ce qui obligeait du même coup la Cour à prononcer un jugement allant « vers le haut » en fonction de tous les éléments qui prédéterminent la légalité de la décision. Pour l'appréciation de la portée des directives et autres mécanismes apparentés, ce type de scénario est le plus répandu puisque le juge est dans l'obligation de vérifier si les agents en font une utilisation conforme aux principes qui régissent l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi. À cet égard, l'affaire *Baker* reste exemplaire puisque les deux agents d'immigration n'avaient pas tenu compte des lignes directrices issues du chapitre 9 du *Guide de l'immigration* qui précisaient que deux raisons — les raisons d'intérêt public et les considérations humanitaires — pouvaient mener à une décision favorable¹⁷⁷. Afin de vérifier la légalité de la décision selon le critère de la décision raisonnable *simpliciter*, la Cour souligne l'« utilité » que revêtent les directives¹⁷⁸. Ce constat montre à la fois leur visibilité et leur importance dans le déroulement du processus décisionnel.

L'arrêt *Baker* a introduit l'analyse pragmatique et fonctionnelle en vue de contrôler la légalité des décisions issues d'un processus administratif. Comme la nature et la portée du pouvoir discrétionnaire peuvent varier selon le type de pouvoir conféré, la Cour peut exercer ainsi un plus grand pouvoir d'intervention. La transposition de l'analyse pragmatique et fonctionnelle aux décisions administratives oblige désormais les juges à tenir compte de l'ensemble des facteurs qui conditionnent la régularité du processus décisionnel, notamment les guides, directives et autres outils conçus comme des aides pour les décideurs. L'arrêt *Chamberlain* illustre cette tendance puisque la Cour a annulé la décision d'un conseil scolaire relative à l'utilisation de manuels scolaires sur la base du constat de la violation des exigences de laïcité énoncées par l'article 76 de la *School Act*¹⁷⁹, mais

176. *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, c. I-2. Il s'agit de l'ancienne loi qui a été remplacée par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27.

177. *Baker c. Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration*, précité, note 175, 835. Ces directives reprenaient les « valeurs » exprimées par le droit international humanitaire, notamment la *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992, n° 3.

178. « Les directives sont une indication utile de ce qui constitue une interprétation raisonnable du pouvoir conféré par l'article, et le fait que cette décision était contraire aux directives est d'une grande utilité pour évaluer si la décision constituait un exercice déraisonnable du pouvoir en matière humanitaire » : *Baker c. Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration*, précité, note 175, 862.

179. *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412.

également en tenant compte du fait que les lignes directrices contenues dans des programmes de formation et un guide relevant du ministre de l'Éducation n'avaient pas été respectées¹⁸⁰. Dans ce contexte favorable à l'intervention plus active des juges, il serait inexact d'affirmer que les directives représentent peu aux fins du contrôle judiciaire, qu'elles n'ont pas de valeur intrinsèque et que les cours peuvent, à leur simple discrétion, ne pas en tenir compte. Les conséquences précises que le juge attache à leur respect ou à leur transgression constitue une « sanction » au sens où l'entend Philippe Jestaz¹⁸¹. Cette évolution montre l'étroite parenté de la « justiciabilité » avec la question du droit.

Ce scénario est le plus répandu, car la grande majorité des contestations judiciaires ont pour objet des décisions « négatives », de nature particulière ou individualisée, qui correspondent à des refus. Chaque fois, dans la remontée qu'il effectue vers les sources législatives et réglementaires qui conditionnent la validité de ces décisions, le juge tient compte de la portée de divers outils, guides ou directives. Ceux-ci sont en réalité déterminants pour l'appréciation des dossiers. Plusieurs arrêts récents de la Cour d'appel du Québec en sont de bons exemples, au point que la violation d'un guide administratif puisse constituer la base d'un refus. Ainsi, dans l'affaire *Reliance Power*¹⁸², l'appelante (Reliance) devait se conformer à plusieurs dispositions de la *Loi sur la qualité de l'environnement*¹⁸³ pour mener à terme un projet d'entreposage de biphényles polychlorés (BPC) à Montréal (Pointe-Claire). Ce projet n'a pu aboutir à cause du *Guide d'entreposage des biphényles polychlorés* publié par le ministère de l'Environnement en 1984, lequel prévoyait la négociation avec la ville visée par le site d'entreposage d'un plan d'intervention en cas de déversement et d'incendie avant la délivrance du permis de construction. La Ville de Pointe-Claire ayant refusé toute négociation ainsi que le permis de construction, Reliance a contesté le fait que les conditions du Guide pouvaient lui être opposées. Tout en constatant que le Guide constitue des « directives publiques » qui permettent « au ministre de se fonder sur des normes objectives pour prendre sa décision », la Cour reconnaît que le ministre peut s'inspirer d'outils de gestion publics qu'il a adoptés pour encadrer la discrétion qu'il exerce en vertu de l'article 22 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*¹⁸⁴.

180. *Chamberlain c. Surrey School District No.36*, (2002) C.S.C. 86, paragr. 40 (constat de violation des directives ministérielles).

181. P. JESTAZ, *loc. cit.*, note 70, 202.

182. *Reliance Power Equipment Ltd. c. Ville de Montréal*, [2002] R.J.Q. 2317 (C.A.).

183. *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. C-2, art. 54 (certificat de conformité) et art. 22 (certificat d'autorisation).

184. *Reliance Power Equipment Ltd. c. Ville de Montréal*, précité, note 182, 2323.

Un scénario semblable découle d'une autre affaire¹⁸⁵ où un fabricant de médicaments génériques, Nu-Pharm, a vu 37 de ses médicaments retirés de la liste des médicaments assurés qu'avait dressée le ministre de la Santé et des Services sociaux en vertu de l'article 4 de la *Loi sur l'assurance-maladie*¹⁸⁶. Ce dernier avait fondé sa décision sur une de ses directives qui contenait un critère éliminatoire (le critère 15) pour des motifs liés au prix des médicaments. Dans son analyse basée sur le thème connu de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire, la Cour a reconnu la validité de la directive, ainsi que le fait qu'elle ne constituait pas un défaut ni un abus dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Comme les directives sont associées à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, le contrôle de légalité obéit aux conditions fixées dans l'affaire *Baker*, comme en témoigne un autre arrêt de la Cour d'appel de 2001¹⁸⁷ : la directive n'est pas sujette à sanction judiciaire, à moins qu'elle ne soit adoptée de mauvaise foi, à des fins impropres, selon des principes erronés, que la discrétion repose sur des considérations non pertinentes, injustes, discriminatoires ou arbitraires ou, encore, que la directive soit non conforme à la loi habilitante, ainsi qu'aux chartes canadienne et québécoise¹⁸⁸. Dans l'affaire *Ruel*, le demandeur n'a pas été en mesure de contester la validité des règles budgétaires du ministre de l'Éducation qui permettent aux universités d'imposer des frais de scolarité plus élevés pour les étudiants canadiens non-résidents du Québec. Ces règles budgétaires, fondées sur une discrétion conférée au ministre par l'article 1.3 de la *Loi sur le ministère de l'Éducation*¹⁸⁹, ont été associées à des directives¹⁹⁰. Dans l'affaire *Marina l'Escale*¹⁹¹, le ministre de l'Environnement avait refusé de délivrer le certificat d'autorisation pour la création de la marina en se fondant sur la *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables*¹⁹² dont la mise en œuvre était

185. *Jean Rochon, ès qualité de ministre de la Santé et des Services sociaux c. Nu-Pharm Inc.*, (2000) R.J.Q. 2478 (C.A.).

186. *Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.Q., c. A-29.

187. *Ruel c. Marois*, (2001) R.J.Q. 2590 (C.A.).

188. *Id.*, 2063. Sur ce point, la Cour se réfère à l'affaire *Dlugosz c. Procureur général du Québec*, (1987) R.J.Q. 2312 (C.A.), 2316, ainsi qu'à l'affaire *Baker c. Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration*, précitée, note 175, 853. Pour ce qui relève de l'exercice improprie du pouvoir discrétionnaire, les règles essentielles avaient été énoncées dès l'affaire *Roncarelli c. Duplessis*, (1959) R.C.S. 121.

189. *Loi sur le ministère de l'Éducation et de la Science*, L.R.Q., c. M-15.

190. *Ruel c. Marois*, précité, note 187, 2602.

191. *Ministre de l'Environnement et de la Faune du Québec c. Marina l'Escale inc.*, (2000) R.J.Q. 1375 (C.A.) 1384.

192. *Décret 1980-87 du 22/12/1987*, (1988) 120 Gaz. Can. II, 365.

permise par l'article 2.1 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*¹⁹³. De ces quelques arrêts de la Cour d'appel du Québec, il est intéressant de retenir que le « décideur », trop souvent associé à l'image de l'agent subalterne, n'est nul autre que l'auteur de la règle (le ministre).

Ces exemples illustrent la place singulière de ces « outils de gestion » qui, sans être des règles de droit, ont une influence déterminante sur l'issue des litiges. En dépit de cette exclusion, des conditions d'exercice ont été graduellement fixées par le juge, quitte, le cas échéant, à les sanctionner pour défaut de compétence¹⁹⁴. Comme la directive a pour objet la formulation de critères pour l'évaluation des dossiers, elle correspond à la catégorie des normes de référence. Il est dès lors prévisible que d'autres mécanismes de substitution qui remplissent une fonction analogue soient confondus avec les directives, car ils soulèvent des questions récurrentes relatives à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Si leur rôle (effet normatif) est décisif dans le cas d'un processus décisionnel qui se traduit par une décision défavorable pour le demandeur, la question de la « justiciabilité » se pose dans les mêmes conditions. En revanche, les mécanismes qui reposent sur des objectifs seront assimilés, selon toute vraisemblance, à la gestion interne et l'évaluation qu'en feront les juges sera probablement du type minimal (observation des règles de compétence et respect des chartes). Outre-Atlantique, le verdict posé par le Conseil d'État renoue avec les catégories habituelles sur le statut des circulaires : un code de bonne conduite, promu au rang d'instrument de l'action administrative, ne « comporte aucun caractère réglementaire¹⁹⁵ ». Pour la vaste catégorie des « outils de gouvernance » qui servent de succédanés dans le champ de la réglementation, le premier réflexe des juges, ici ou ailleurs, ira vers une intégration pragmatique dans des catégories préexistantes (ou ce qui en tient lieu). Si la marge d'appréciation laissée aux autorités subalternes constitue l'un des principaux vecteurs de la gouvernance instrumentale, la « justiciabilité » est bien davantage qu'un interstice entre le droit et le non-droit. Elle est devenue un champ ou un espace qui accentue la visibilité de ce qui est invisible dans la hiérarchie des normes.

193. *Loi sur la qualité de l'environnement*, précitée, note 183.

194. *Wilson Lafleur inc. c. La Société québécoise d'information juridique*, (2000) *R.J.Q.* 1086, 1094 : la directive A-1 avait été édictée par la Direction générale des services judiciaires du ministère de la Justice et non par le gouvernement selon les exigences de l'article 224 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16.

195. *Le Code de bonne conduite des interventions des entreprises en milieu scolaire* contenu dans la circulaire du 5 avril 2001 du ministre de l'Éducation nationale (France) ne comporte aucun caractère réglementaire : *C.E.* 6 novembre 2002, M. Molinier, *A.J.D.A.* 2003, 994 (note L. Jégouzo-Viénot).

Conclusion

La recherche de solutions de rechange caractérise l'évolution du droit contemporain, au point d'en être désormais un cliché ou un stéréotype. À l'instar de ce qui se passe dans d'autres domaines du droit, ces mécanismes néo-réglementaires peuvent paraître comme le simple pendant des modes non contentieux de règlement des litiges en droit public¹⁹⁶. Le mimétisme entre ces deux circuits de dérivation du droit officiel, l'un ayant pour objet le modèle de la Loi, l'autre celui du Jugement, ne relève pas que de simples apparences. Des facteurs structurels communs seraient en cause : même dynamique de remplacement des procédés traditionnels, abandon de la procédure formelle du droit officiel dans l'élaboration de l'acte (« déformalisation »), participation accrue des acteurs privés et des principaux intéressés (souvent une communauté unie par des liens institutionnels), progression du modèle contractuel et relationnel, souplesse et adaptabilité. Si cette convergence traduit un infléchissement des techniques du droit, elle ne correspond pas pour autant à un phénomène identique, car les acteurs et les finalités diffèrent. Pour les modes non contentieux, l'État, avec l'appareil des cours et tribunaux, peut être évincé au profit de mécanismes extrajudiciaires qui relèvent entièrement de la volonté des parties¹⁹⁷. Pour plusieurs domaines, la dimension extrajudiciaire n'est toutefois qu'un mythe, car l'administration de la justice offre désormais des mécanismes de conciliation ou de médiation, obligatoires ou facultatifs, qui sont intégrés au déroulement des instances, avec l'assistance d'un personnel spécialisé. Si les solutions issues de ces processus de règlement amiable sont homologuées par le tribunal et rendues publiques afin qu'elles puissent servir de « précédents », les modes non contentieux relèvent, en définitive, des politiques publiques relatives à l'administration de la justice. Le contentieux a été repensé par les sciences de la gestion aux fins de célérité et d'allègement du coût financier, au même titre que la réglementation. Au Québec, la réforme de la procédure civile amorcée en 2003 constitue un exemple de cette tendance où le droit est sous l'influence de la rationalité budgétaire et comptable en vue d'un allègement.

196. Pour le droit administratif : D. MOCKLE, « Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif », dans J.-L. BAUDOUIN (dir.), *Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits : aspects nationaux et internationaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, 85, p. 132 (lien établi avec la transformation des politiques publiques) ; F. HOULE et D. MOCKLE, « Conciliation des litiges et formes alternatives de régulation en droit administratif fédéral », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 703, 768 (formes nouvelles de régulation).

197. G. APPLEBEY, « An Overview of Alternative Dispute Resolution », dans C. SAMSON et J. MCBRIDE (dir.), *Solutions de rechange au règlement des conflits*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 25, à la page 34.

En comparaison, les mécanismes néo-réglementaires présentent des traits distincts. À une échelle plus vaste, l'élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques relève de l'État du fait de l'importance numérique et politique de la régulation du type loi-règlement. Les principaux « usagers » en sont les ministères et organismes, ce qui rend plus aléatoire une comparaison avec le non-contentieux où les justiciables restent en principe les principaux intéressés. Ce constat doit néanmoins être nuancé. La gouvernance modifie ce cadre trop exclusivement étatique, car son objectif central n'en reste pas moins la participation, voire l'intégration à titre d'auteurs de la norme, d'acteurs privés en vue de parvenir à une gestion globale de problèmes qui nécessitent un travail d'équipe. Sur ce plan, les outils de gouvernance représentent des solutions de rechange qui diffèrent des lois et règlements, peu flexibles sur les conditions de fond et de procédure. En dépit de consultations avec les milieux intéressés et du processus des commissions parlementaires, la réglementation officielle offre un terrain moins souple pour l'introduction de mécanismes nouveaux. Du moins en apparence, car plusieurs de ces procédés (énoncés de politique, codes de conduite, normes de substitution, normes intégrées par renvoi, directives, plans stratégiques, chartes et déclarations) puisent le fondement de leur validité dans la loi, d'où cet ancrage dans le droit qui en fait de simples mécanismes de l'action gouvernementale au même titre que d'autres procédés reconnus par le droit administratif : subventions, contrats, prestations, allègements fiscaux, redevances, permis. L'action gouvernementale est par essence diversifiée, car d'autres mécanismes, non juridiques, comme une campagne d'information et de prévention sur des questions de santé et de salubrité, peuvent engendrer des résultats plus significatifs que la réglementation. Les gestionnaires sont donc placés devant des choix. Dans un contexte de pluralité des mécanismes, la dualité entre droit et non-droit peut sembler tributaire de choix stratégiques dans l'élaboration des politiques publiques, ce qui renvoie en apparence la question du droit à un statut mineur. En dépit de ce contexte peu favorable pour la dimension juridique des moyens d'intervention, il faut néanmoins déterminer si ce phénomène de dédoublement correspond à une recomposition de la place du droit, voire un infléchissement de ses propriétés, dans la structuration juridique de l'État.

Ce rapport ambigu n'a laissé jusqu'ici que le choix entre deux modes, du type exclusion/inclusion. C'est en quelque sorte la logique du tout ou rien. L'exclusion correspond au scénario de l'évincement du droit, de l'épuisement progressif de ses procédés et de ses critères, au point que le droit ne semble plus apte à refléter la réalité normative de l'État. Devenu tributaire des modèles induits par le nouveau management public, par la gouvernance, la mondialisation, l'éclatement des espaces normatifs, ainsi que l'harmonisation forcée avec d'autres ordres normatifs, l'État contemporain

conçoit davantage ses choix en termes de politiques publiques, de mécanismes et de procédés¹⁹⁸. Ce qui peut également militer contre le droit, c'est la saturation de certains champs par des règles juridiques dont l'inefficacité supposée fait l'objet de débats récurrents parmi divers spécialistes de la réglementation, toutes disciplines confondues. « Gérer autrement » exige des instruments d'un autre type pour responsabiliser les acteurs par des programmes finalisés suivant des objectifs qui ne sont pas systématiquement définis par une loi ou un règlement. Cependant, au-delà de ces éléments de causalité, l'exclusion est d'abord le choix des autorités et des gestionnaires. Cette plus-value, qui consiste à gouverner au-delà du droit, reflète les nouvelles orientations du droit des politiques publiques. Les mécanismes retenus sont des solutions de rechange du seul fait que le droit formel leur retire la qualité de règle de droit pour trouver d'autres solutions aux catégories officielles. Cette situation correspond aux exigences du positivisme juridique sur lequel les gestionnaires peuvent prendre appui. Toute étude qui a pour objet les mécanismes néo-juridiques ne peut éluder le point de vue interne du droit, car c'est de l'exclusion ou de la transformation des catégories juridiques que résulte l'institutionnalisation progressive d'une zone d'« informalisme ».

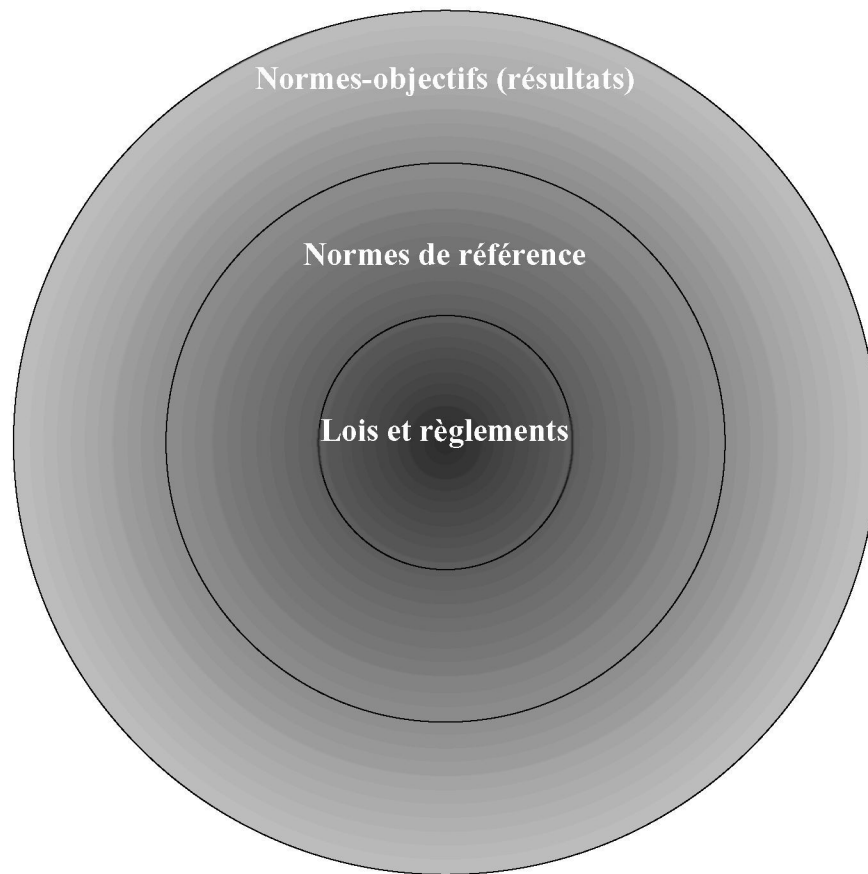
En dépit de la complexité des causes ou des motifs, cette exclusion n'est souvent que le pur produit du droit officiel¹⁹⁹. C'est de cette imbrication que résulte la complexité du phénomène. Même si le juriste tient pour « avérées » ou « vraies » les catégories du droit positif (reconnaissance ou absence de règle de droit), le dédoublement est une opération du droit et doit être appréhendé comme un phénomène juridique. La perspective de l'inclusion laisse augurer de l'expansion du droit officiel sous couvert d'une exclusion de pure convenance. Les mécanismes de substitution, désormais promus au rang d'outils de gouvernance, sont des instruments de pouvoir que le droit avalise pour gouverner au-delà du droit. Ce dernier est utilisé en vue d'instituer son propre double dans le domaine des politiques publiques. Il en résulte deux catégories fonctionnelles qui peuvent être recensées mais qui ne sont pas de véritables « alternatives » (au sens anglais du terme), car elles ne font que reproduire hors du cercle restreint des lois et règlements deux procédés largement représentés dans les mêmes lois et règlements : le modèle des normes de référence et celui des « normes-

198. Ce constat suppose que le droit soit confronté à des limites dans le « guidage sociétal », comme le laissait entendre H. WILKE, « Diriger la société par le droit ? », (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 189, 202.

199. Outre le régime juridique des directives qui permet l'élaboration d'outils de gestion, plusieurs mécanismes sont autorisés expressément par le législateur : D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 5, 148 (modes déjuridicisés par le droit officiel).

objectifs». Hors des circuits du droit dit « légiféré », ces catégories n'existent que par pure commodité dans la configuration des politiques publiques. À leur crédit, il faut reconnaître que ces mécanismes offrent un terrain plus propice à l'expérimentation de formules nouvelles. À des fins pédagogiques, nous proposons un schéma qui permet de mesurer l'élargissement des procédés normatifs (les deux cercles correspondent aux catégories déjà recensées dans notre première étude²⁰⁰).

Le champ d'application des mécanismes néo-réglementaires



- Lois-règlements : normes juridiques directement opposables
- Mécanismes ayant pour objet des normes de référence (normes référentielles)
- Mécanismes ayant pour objet des normes-objectifs (normes programmatrices)

200. *Id.*, 207.

La progression des mécanismes néo-réglementaires reflète une évolution significative du modèle wébérien, où dominent les exigences de légalité, de conformité et de validité²⁰¹. Ils représentent une adaptation qui reprend ces éléments de la théorie wébérienne par l'intégration de quatre dimensions qui font appel, à différents degrés, à une négociation accrue des normes. D'autres dimensions techniques, scientifiques ou gestionnaires sont également en cause. La rationalité induite par la gouvernance laisse augurer la possibilité que plusieurs auteurs, publics et privés, soient associés à la création de la norme. Sur ce plan, la gouvernance correspond à une logique de proximité où les destinataires de la norme sont conviés à sa formulation, ce qui rend ce type de réglementation tout aussi contraignant, à certains égards, que le modèle unilatéral avec un auteur « officiel » (ministère ou organisme public). Des recherches supplémentaires seront nécessaires pour clarifier la dynamique des sanctions applicables au secteur privé, désormais coopté et compromis par des engagements. La seconde dimension, qui a été analysée dans la présente étude, reste tributaire des exigences formelles dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques. L'élaboration de nouveaux mécanismes dépend en grande partie des enjeux de forme et de procédure, lesquels ne font que traduire la transformation de l'action gouvernementale. Si l'élaboration de la norme repose de plus en plus sur la négociation, la participation et la contractualisation, cette dimension conventionnelle est plus difficile à réconcilier avec la technique réglementaire où les règlements ne sont pas des contrats ni des ententes. En apparence plus convivial et démocratique, le modèle conventionnel est également très contraignant pour les parties signataires et fort discutable pour les tiers exclus. Enfin, dernier élément, la question de l'effectivité doit être largement repensée, car ces outils de gouvernance font appel à un type de coercition différent des sanctions administratives et pénales qui caractérisent la réglementation traditionnelle. Pour certains mécanismes, c'est davantage la pression directe sur des catégories institutionnelles formées d'employés ou d'utilisateurs qui engendre une conformité proche de la rectitude (chartes, codes de conduite, plans stratégiques, manuels, instructions). Par contre, s'ils servent de justification pour des décisions administratives dites « négatives », le refus devient une sanction susceptible de contestation judiciaire. La problématique de la « justiciabilité » les rapproche des outils de gestion dont les fins sont similaires (catégorie des directives). La question de l'effectivité constitue l'un des enjeux majeurs de ces mécanismes de gouvernance, car ils ont été conçus aux fins

201. M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, coll. « Droit et société », Paris/Québec, LGDJ/Les Presses de l'Université Laval, 1995, p. 47 (droit formel-rationnel).

d'efficacité en vue de remédier aux limites du droit formel. Leur expansion reflète le déplacement graduel de la légitimité (légalité-validité) vers l'instrumentalisme dans l'évaluation du rôle du droit en matière de politiques publiques. Sans être éliminé, le modèle wébérien est en pleine évolution. Ses prémisses de base, que nous ne saurions qualifier de désuètes, font l'objet d'ajouts ou de raffinements pour le rendre conforme à la transformation des modes de gestion.

Dans le champ de la réglementation (actes réglementaires), ce droit qui n'est pas censé être du droit est donc un double non identique. Si le double procède souvent de la réplique, de la copie ou de la reproduction, ce qui correspond en partie à la logique de ces mécanismes néo-juridiques dans le champ normatif, il emporte comme second sens celui de la contrepartie équivoque, de la duplicité ou, plus simplement, de l'envers, au sens du double visage de Janus. Tout se passe en réalité comme si l'objet « droit » requérait ce double fonctionnel pour que le droit positif puisse affirmer l'existence du « vrai droit » par la négation de la juridicité de son double ou de ses doubles. Contrairement à la figure du double qui hante des œuvres majeures de la littérature universelle²⁰², où le double, indépendant de l'original, finit par exténuer et amincir l'original qui devient progressivement le double de son double, la duplication induite par le recours aux « outils de gouvernance » correspond à une stratégie de dépassement du droit. Ce double reste toutefois tributaire du droit mis à contribution dans la validation et l'élaboration de ces mécanismes. C'est également le droit qui institue ses doubles par des opérations de qualification des normes. L'évincement du droit par le droit relève des modes de fonctionnement du droit. À l'inverse de la figure du double fantastique ou allégorique qui hante les littéraires²⁰³, ce double fonctionnel engendré par la gouvernance sera progressivement avalisé et intégré par le droit, car tel semble le destin un peu singulier des mécanismes néo-réglementaires, cooptées et institutionnalisées par le droit selon des modalités qui varient selon les domaines et le type de procédé. Dans l'attente de cette intégration directe, l'évincement du droit n'est que « le droit de l'exclusion du droit » (le droit détermine les

202. L'œuvre de Dostoïevski est remplie de doubles ou de quasi-doubles, notamment de façon explicite dans *Le double* (1^{re} éd. : 1846) qui a exercé une influence déterminante sur les ouvrages postérieurs : F.M. DOSTOÏEVSKI, *Le double*, Paris, Gallimard, 1989. Chez Balzac, dans *Le père Goriot* (1^{re} éd. : 1835), les personnages sont des doubles des uns et des autres : H. DE BALZAC, *Le père Goriot*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966. Pour en savoir davantage, voir G. CONIO (dir.), *Figures du double dans les littératures européennes*, coll. « Cahiers du cercle », Lausanne, Éditions L'Âge d'Homme, 2001.

203. O. WILDE, *The Picture of Dorian Gray* (1^{re} éd. : 1890), Londres, Dent & Sons, 1975.

modalités de son élimination progressive du champ des politiques publiques) suivant une évolution propre aux procédés de régulation non réglementaire utilisés par l'État. L'évincement du droit est un phénomène organisé par le droit. Dans le champ du droit public, il serait utile de reconnaître l'existence des normes néo-réglementaires, avec les distinctions désormais indispensables entre divers types de procédés. La seule catégorie des directives ne peut refléter de façon juste cet ensemble.

Toutefois, peu importe la réponse au dilemme de l'exclusion ou de l'inclusion des catégories du droit. Dans l'hypothèse où les deux réponses pourraient être valables simultanément (évincement du droit versus mutation du droit des politiques publiques), ce double qui ne cesse de prendre de l'ampleur est une ombre auquel le droit doit faire face, à moins de devenir l'ombre de ce qu'il est censé être dans un système politique fondé sur sa primauté.