

Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation

Daniel Mockle

Volume 43, Number 2, 2002

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043706ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043706ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Mockle, D. (2002). Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation. *Les Cahiers de droit*, 43(2), 143–211.
<https://doi.org/10.7202/043706ar>

Article abstract

« *Governing without law* » has arisen from the growing use of instruments usually excluded from the category of regulatory acts in many fields of administrative action. By resorting to alternative solutions, administrative authorities may now draft rules which are on the fringe of the official legal system. While these new power instruments have a complex arid subtle relationship with positive law, they also set themselves apart from it. Values of efficiency and effectiveness are given precedence over those of legality and validity, the latter's sole function being strickly limited to allowing the use of such instruments. Two fields, the reorganization of management techniques (the new public management), and the issue of regulatory reform, are targeted by managers. Through experimentation with new instruments like strategic plans, users charters, substitution standards, compliance plans and alternative solutions, rules incorporated by reference and codes of practice, the drafting of rules extends far beyond the traditional frameworks of the law and its regulatory applications. This intensifies an evolution that feeds upon the ever-increasing usage of directives, guide-lines, instructions and other infra-regulatory rules.

Since these instruments are or could be explicitly authorized by law, the hypothesis of governance without law may appear somewhat surprising. Despite appearances, the State may now govern from two levels : one being the official law and the other, a law in transition or an invisible law which increases its possibilities for intervention for purposes of reformulating strategic choices and public policies. A divide is widening between the regulation in its strictly legal formulation (laws and regulations) and a « *technician-type* » regulatory action where the Administrative State seeks to occupy new fields with « *dejudiciarized* » rules. Beyond the political issues at stake, these transformations warrant new debates on classical questions regarding the legal theory of the State and public law.

Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation*

Daniel MOCKLE**

« Gouverner sans le droit » découle du simple constat de l'utilisation croissante de mécanismes qui sont exclus de la catégorie des actes réglementaires dans plusieurs champs de l'action administrative. Par des solutions de rechange, les autorités administratives peuvent désormais élaborer des règles en marge du droit officiel. Si ces nouveaux instruments de pouvoir entretiennent des rapports complexes et nuancés avec le droit positif, ils introduisent néanmoins un effet de rupture dans le but de faire prévaloir les exigences de l'efficacité et de l'effectivité, ce qui relègue au second plan la légalité et la validité qui ont pour seule fonction d'en permettre l'utilisation. Ces transformations menées afin de répondre aux attentes des gestionnaires sont visibles dans la réorganisation des modes de gestion (le nouveau management public), ainsi que dans la recherche de solutions de rechange à la réglementation (réforme de la réglementation). Par l'expérimentation de nouveaux procédés — plans stratégiques, chartes d'usagers, normes de substitution, normes intégrées par renvoi, codes de conduite, — la formulation des règles déborde largement les modes traditionnels de la loi et des actes réglementaires. Cette logique de dépassement du droit accentue l'évolution entamée par le recours sans cesse accru aux directives et aux règles infraréglementaires.

* Cette étude découle d'une subvention du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada sur le thème des modes dits alternatifs de réglementation. L'auteur remercie M^e Johanne Renaud, qui y a collaboré à titre de professionnelle de recherche, ainsi que Julie Boisvert, étudiante de deuxième cycle (science politique), pour leur aide précieuse dans le repérage de certaines sources. Il remercie également Marcel Bertrand Paradis pour la conception graphique du schéma qui figure en fin de texte. Pour une première diffusion des résultats de cette recherche, cinq conférences ont été données par l'auteur à Paris, Toulouse et Lyon en mars 2002.

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

Comme ces procédés sont ou pourraient être autorisés explicitement par la loi, l'hypothèse d'une gouverne sans le droit peut sembler étonnante. En dépit des apparences, l'État peut désormais gouverner sur un double registre, celui du droit officiel et celui d'un droit en mutation, sorte de droit invisible qui accentue ses possibilités d'intervention en vue de repenser l'élaboration des choix stratégiques et des politiques publiques. Un clivage progresse entre la régulation en sa forme proprement juridique (lois et règlements) et une régulation technicienne où l'État administratif cherche à investir de nouveaux champs par des règles « déjuridicisées » (apparence de non-droit). Au-delà des enjeux politiques, ces transformations réactualisent plusieurs questions classiques pour la théorie juridique de l'État et le droit public.

« Governing without law » has arisen from the growing use of instruments usually excluded from the category of regulatory acts in many fields of administrative action. By resorting to alternative solutions, administrative authorities may now draft rules which are on the fringe of the official legal system. While these new power instruments have a complex and subtle relationship with positive law, they also set themselves apart from it. Values of efficiency and effectiveness are given precedence over those of legality and validity, the latter's sole function being strictly limited to allowing the use of such instruments. Two fields, the reorganization of management techniques (the new public management), and the issue of regulatory reform, are targeted by managers. Through experimentation with new instruments like strategic plans, users charters, substitution standards, compliance plans and alternative solutions, rules incorporated by reference and codes of practice, the drafting of rules extends far beyond the traditional frameworks of the law and its regulatory applications. This intensifies an evolution that feeds upon the ever-increasing usage of directives, guide-lines, instructions and other infra-regulatory rules.

Since these instruments are or could be explicitly authorized by law, the hypothesis of governance without law may appear somewhat surprising. Despite appearances, the State may now govern from two levels : one being the official law and the other, a law in transition or an invisible law which increases its possibilities for intervention for purposes of reformulating strategic choices and public policies. A divide is widening between

the regulation in its strictly legal formulation (laws and regulations) and a « technician-type » regulatory action where the Administrative State seeks to occupy new fields with « dejudicialized » rules. Beyond the political issues at stake, these transformations warrant new debates on classical questions regarding the legal theory of the State and public law.

	<i>Pages</i>
1 La transformation des modes de gestion	155
1.1 L'impact de la gestion par résultats	158
1.2 L'apparition de nouveaux mécanismes	163
1.2.1 L'élaboration des plans stratégiques	164
1.2.2 Les chartes d'usagers et les déclarations de services	171
2 La recherche de solutions de rechange à la réglementation	178
2.1 Les normes de substitution	182
2.2 Le procédé du renvoi	190
2.3 L'intégration des codes de conduite	197
Conclusion	204

Gouverner sans le droit ? Ce pari semble illusoire dans un contexte où l'État de droit apparaît en situation de prééminence sur toute autre forme d'organisation de l'État¹. Au Canada, la primauté du droit constitue une exigence incontournable pour analyser la validité des moyens et mesures retenus par les autorités publiques, sur le plan tant législatif que gouvernemental². Cette prépondérance du droit correspond à un modèle, celui de l'État de droit, qu'il ne faut pas confondre avec la réalité politique et institutionnelle des États. Malgré ces fortes contraintes qui actualisent en sa

-
1. Sur la diffusion du « thème de l'État de droit », voir : J. CHEVALLIER, « La mondialisation de l'État de droit », dans M. BORGETTO (dir.), *Mélanges Philippe Ardant. Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, p. 325, à la page 327 ; D. MOCKLE, « Mondialisation et État de droit », (2000) 41 *C. de D.* 237, 244.
 2. *Charte canadienne des droits et libertés*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11), préambule.

forme juridique (l'État de droit) le programme politique issu du constitutionnalisme³, les nouveaux mécanismes de gestion et de régulation sont déjà en place, même si, pour certains d'entre eux, leur expérimentation exigera encore quelques années.

L'élaboration de ces formules de rechange est désormais une réalité dans trois champs qui touchent directement la conceptualisation des modes d'intervention de l'État : la transformation en cours du management public (*new public management*), le règlement des plaintes et litiges (problématique des modes dits alternatifs : *alternative dispute resolution*) et, enfin, la réglementation qui fait l'objet d'un vaste questionnement dans un contexte de *regulatory reform*. Le fait que le monde anglo-américain en soit un foyer important témoignerait tout au plus de la relative liberté des décideurs publics dans le choix des modes d'intervention, ce que facilite également son propre droit public, certes contraignant, mais toujours sous l'influence de l'utilitarisme depuis Jeremy Bentham (1748-1832)⁴ et John Stuart Mill (1806-1873)⁵. Ce constat reste toutefois nuancé, car les autres droits occidentaux sont également des laboratoires de transformation des politiques publiques⁶. Cependant, force est de constater qu'en droit anglo-américain l'utilisation croissante des instruments statutaires (*statutory instruments*) aux fins de l'application de lois ou de politiques publiques⁷, ainsi que la recherche de formules de rechange dans tous les domaines, reflète une culture utilitariste axée sur l'efficacité⁸. Les frontières entre le droit et

3. D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 1, 260.

4. J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1996 (1re éd. : 1789), p. 12. Le principe d'utilité représente la mesure de toute chose, ce qui inclut « every measure of government ».

5. J. STUART MILL, *Utilitarianism*, Oxford, Oxford University Press, 1998 (1re éd. : 1861), p. 74. La morale utilitariste possède son propre système de sanctions, ce qui revient, en pratique, à postuler son effectivité propre. Ce constat est important pour la compréhension de l'utilitarisme contemporain.

6. C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1999, p. 132.

7. Les arrêtés d'urgence qui peuvent être substitués à des règlements en sont une illustration récente : *Loi sur la sécurité publique*, Projet de loi C-42 (1re lecture), 1re session, 37^e législature (Can.). Pour ce cas de figure, le renforcement des pouvoirs de l'exécutif résulte de l'utilisation de mécanismes juridiques.

8. L'efficacité et l'utilité ont été érigées au rang de valeurs ultimes par l'école Law and Economics : R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 3^e éd., Boston, Little Brown, 1986, p. 11. Le modèle du « choix rationnel » repose sur des prémisses analogues : T.S. ULEN, « Rational Choice Theory in Law and Economics », dans B. BOUCKAERT et G. DE GEEST (dir.), *Encyclopedia of Law and Economics*, t. I, Northampton (Mass.), Edward Elgar Publishing, 2000, p. 790, à la page 792. Sur ce modèle, voir également les commentaires et la mise en perspective de E. MACKAAY, *L'analyse économique du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 36 et suiv.

plusieurs mécanismes d'exception s'estompent dans une imbrication qui correspond à une reconfiguration des moyens de l'action administrative. De nouveaux modes d'intervention se démarquent des catégories connues du droit pour offrir des solutions de rechange à la régulation classique résultant de la loi et des actes réglementaires.

L'apparition de ces catégories « nouvelles », issues parfois d'un simple recyclage de formules connues, reflète une évolution inéluctable qui repose sur un constat précis : le modèle actuel, qui est l'expression de la modernité politique et juridique⁹, et qui régit encore l'organisation et le fonctionnement de l'État, serait virtuellement épuisé dans ses possibilités d'intervention, tant dans sa dimension proprement administrative (méthodes de gestion) que dans certaines de ses dimensions juridiques (techniques traditionnelles liées à la réglementation et au règlement des litiges). Ce constat reste relatif, car c'est l'action administrative et gouvernementale qui est en cause, et non les fondements du droit public. L'État de droit s'impose encore comme une réalité programmatrice (un programme d'action) qui exige des raffinements supplémentaires, au point de se prolonger dans des formules hybrides qui ne seraient que des démembrements des catégories connues. Quoi qu'il en soit du sort qu'il faut réserver à ces nouveaux mécanismes dans la hiérarchie des normes, le modèle de l'État de droit reste perfectible et peut être bonifié. Si ce modèle est loin d'être totalement exploité dans ses multiples possibilités, il en va tout autant des questions récurrentes qui marquent les débats contemporains¹⁰.

Ce cadre juridique et institutionnel projette encore l'image rassurante d'un gouvernement par le droit. Les nouveaux mécanismes n'invalident pas ce modèle dominant qui peut être décrit, par simple commodité, comme « classique » ou « moderne »¹¹. La thèse de l'invalidation est trop facile même si de nombreux indices reflètent les vicissitudes de deux pôles essentiels de l'action étatique : le règlement des litiges¹² ainsi que le diptyque

9. S. GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, coll. « Thémis », Paris, PUF, 1997, p. 167.

10. En voici quelques exemples : la légitimité de la justice constitutionnelle et la nature des modes de saisine des cours et tribunaux, le contenu des chartes et déclarations de droits et libertés (effectivité et nature des droits reconnus), l'expansion de la justice administrative en monde anglo-américain, les rapports entre la démocratie politique et l'État de droit.

11. S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, coll. « Coursus », Paris, Armand Colin, 1999, p. 7.

12. 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, p. 85, à la page 132.

législation/réglementation¹³. L'étonnante variété des solutions de rechange pour pallier les difficultés de la justice formelle pourrait ainsi être invoquée dans le but de disqualifier et de discréditer la procédure contentieuse des cours et tribunaux, toutes catégories confondues. De même, dans le champ de la réglementation, la diversité des solutions de rechange laisserait augurer de l'ampleur de l'impasse engendrée par le recours exclusif aux prescriptions assorties de sanctions pénales. La recherche de ces solutions témoignerait ainsi de l'insatisfaction des justiciables et des décideurs publics, mais elle ne parvient pas pour autant à oblitérer l'ampleur des transformations nées de l'expansion de la justice constitutionnelle dans tous les pays occidentaux¹⁴ ou des efforts importants pour relancer la codification, notamment en France¹⁵. Ce système, inspiré par la prééminence des cours judiciaires dans le monde de la common law (*judge-made-law*)¹⁶ et par la sacralisation de la figure de la loi au sein du monde romaniste¹⁷, peut connaître certaines difficultés, mais sa pérennité reste un élément déterminant et incontestable. Les modèles classiques de la Loi et du Juge sont encore en expansion¹⁸.

Comment dès lors expliquer cette tentative de dépassement du droit par le droit ou, plus subtilement, par de nouveaux modes de régulation « déjuridicisés » par la seule puissance du droit officiel ? Ces nouveaux mécanismes, utilisés sous forme expérimentale ou déjà effectifs, laissent

-
13. D. MOCKLE, « Crise et transformation du modèle légicentrique », dans J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *L'amour des lois*, Québec, PUL, 1996, p. 17, à la page 49.
 14. Sur la diversité de la justice constitutionnelle et son expansion, voir : M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 1996, p. 17 et suiv.
 15. La revue *Droits* a consacré trois numéros complets au thème de la codification : n° 24 (1996), n° 26 (1997) et n° 28 (1998).
 16. En posant dès le premier chapitre la question « Qu'est-ce que le droit ? », R. Dworkin cible d'emblée les juges et les procès, la législation étant reléguée au chapitre IX : R. DWORKIN, *L'empire du droit*, coll. « Recherches politiques », Paris, PUF, 1994, p. 1.
 17. G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, coll. « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1991, p. 12 ; F. OST, « L'amour de la loi parfaite », dans J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *op. cit.*, note 13, p. 53, à la page 56.
 18. Ces deux figures sont l'expression de la modernité. Même si notre étude sur les nouveaux modes de régulation peut servir à alimenter diverses spéculations sur la postmodernité en droit, il est impossible de généraliser cette approche pour expliquer les transformations en cours comme l'ont tenté L. Borgeat et I. Giroux en ciblant trois phénomènes qui sont en rupture avec la rationalité traditionnelle du droit (dérogations aux régimes généraux, assouplissements à la réglementation et modes différents de résolution des conflits) : L. BORGEAT et I. GIROUX, « Droit et administration publique : entre tradition et postmodernité », (1997) 40 *Adm. publ. Can.* 307, 323.

entrevoir l'émergence d'une autre configuration : gouverner sans le droit¹⁹ par de nouveaux mécanismes qui échappent en partie ou en totalité aux catégories connues de l'orthodoxie positiviste, mais, paradoxe absolu, grâce au droit, qui institue, crée et amplifie ces nouveaux modes d'intervention. En somme, une reconfiguration des techniques d'intervention en vue de répondre aux exigences de l'exécutif qui recherche l'efficacité maximale pour l'appareil d'État en matière de gestion, de résultats, de rendement, de contrôle effectif. Si les exigences traditionnelles de légalité sont respectées, il suffit d'instituer des mécanismes de régulation qui vont au-delà des techniques usuelles du droit public, virtuellement épuisées pour cause d'inefficacité dans la mise en œuvre des politiques publiques²⁰.

Pour les gestionnaires, ces nouveaux dispositifs de pouvoir offrent un avantage insurpassable et qui sera déterminant pour la suite des événements. Déjuridicisés, hors du droit tout en étant créés par le droit, ils ne pourront faire l'objet d'aucune contestation judiciaire, sauf pour des dimensions qui restent marginales compte tenu du réductionnisme dont ils sont l'objet aux fins de droit positif. Dépourvus du statut de « règle de droit » par la loi elle-même ou par le juge, ils reprennent le scénario fort connu de la directive en droit administratif²¹, érigé graduellement en technique de gouvernement pour des mécanismes disparates. Ces nouveaux mécanismes ne sont pas automatiquement des « directives » au sens où l'entend le droit administratif. Ils possèdent néanmoins un statut similaire, car les gestionnaires ont rapidement compris l'immense avantage qu'offre l'utilisation de règles dont le caractère opérationnel ne fait aucun doute, mais qui ne disposent pas, selon le droit positif, du statut de « règle de droit », de « norme juridique » et même du statut de l'acte administratif, lequel suppose la juridicité²². En décembre 2000, la Cour suprême du Canada a tranché sans

19. La seule étude qui envisage cette hypothèse sous forme interrogative est celle de P. DURAN, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *Politiques et management public*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 37 (questionnement sur l'impact de la problématique efficacité/effectivité sur le droit). Cet auteur n'aborde pas la question des mécanismes de rechange qui font l'objet de notre étude.

20. Nous avons formulé ce constat en termes explicites dès 1982 dans notre thèse : D. MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, LGDJ, 1984, à la page 509.

21. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 485.

22. Pour une recension de la littérature savante sur ce point, voir : F. HOULE, *Les règles administratives et le droit public : aux confins de la régulation juridique*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 5.

équivoque en faveur de cette approche²³. Le règlement des différends n'échappe pas à ce cadre d'analyse, car de nombreux mécanismes de plaintes, voire des ombudsmans, sont institués par voie de directives ou de résolutions internes.

Cette évolution était prévisible. Ses manifestations ne sont que trop évidentes dans des champs qui pourraient donner l'impression de n'avoir aucun lien : la gestion de l'appareil d'État, le règlement des différends et la réglementation. Ces trois champs ne sont en réalité que l'expression multiforme de la réorganisation structurelle de l'État. La rationalisation des modes de gestion et la réévaluation critique des moyens d'intervention doivent servir des impératifs d'efficacité pour accroître les possibilités d'intervention et de contrôle de la fonction exécutive. Malgré la complexité des facteurs structurels qui en sont la cause, cette évolution résulte de la conjonction de trois impératifs qui s'alimentent mutuellement : 1) la recherche de l'efficacité maximale dans le choix des mécanismes ; 2) l'instrumentalisation croissante des moyens d'intervention ; et 3) conséquence logique, le développement de l'« alternativisme » et de l'« informalisme »²⁴ en droit public, car une relative « déformalisation » du droit est nécessaire pour obtenir le maximum de résultats. La recherche de l'efficacité maximale ne fait que traduire l'exacerbation de la rationalité budgétaire dans un contexte de crise récurrente des finances publiques. L'instrumentalisation suit une évolution déjà perceptible depuis l'avènement de l'État-providence par l'utilisation de solutions de rechange. La recherche de nouvelles formules favorise la dénaturation des instruments classiques par le recyclage de mécanismes d'exception et, également, par l'apparition de procédés normatifs qui échappent aux catégories connues du droit administratif. Cette distanciation critique par rapport aux mécanismes traditionnels du droit est à l'origine de l'alternativisme (modes dits alternatifs) qui trouve désormais des adeptes dans toutes les couches de la population, des justiciables-

23. *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 minorité). Dans cette affaire, le *Mémoire D9-1-1* utilisé par les agents des douanes « ne constitue pas une règle de droit ». Les juges ont raisonné en fonction du critère de l'obscénité qui constitue « la norme intelligible » énoncée dans l'article 163 (8) du *Code criminel*. Cette vision de l'action administrative est singulièrement irréaliste, car les agents des douanes travaillaient avec des guides, des instructions et des manuels afin de faire la sélection du matériel importé. La piètre qualité de ces guides a été l'une des causes à l'origine des vexations infligées à l'appelante, *Little Sisters Book*.

24. Sur l'informalisme, voir : L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, coll. « Essais & recherches », Paris, Nathan, 1996, p. 190.

usagers-clients-consommateurs jusqu'à la haute fonction publique. Le phénomène dépasse désormais la question du règlement des litiges.

Les impératifs d'une mondialisation néo-libérale pourraient servir d'exutoire en vue d'expliquer les transformations en cours. Les formes de pression induites par ce phénomène favorisent cette recherche de solutions de rechange, mais elles n'en sont pas la cause première. La mondialisation sert de catalyseur pour le recyclage de techniques ou des solutions qui reflètent l'évolution du droit dans les sociétés occidentales. Les causes sont structurelles, car elles sont le fruit d'une réévaluation critique qui, depuis trois décennies, tourne obstinément autour de la même question : l'efficacité (rationalité budgétaire) avec, comme postulat implicite ou explicite, la supposée inefficacité du droit, tant pour la réglementation et le règlement des litiges que pour le fonctionnement quotidien de l'Administration. Les questions dissimulent tant bien que mal des accusations : les « modes classiques » d'intervention (réglementation, tribunaux administratifs) sont-ils efficaces dans la mise en œuvre des politiques publiques ? Quel est leur coût réel pour atteindre des objectifs ciblés ? Les fonctionnaires sont-ils dans l'impossibilité d'innover à cause de la rigidité des règles de toute nature qui paralyserait l'appareil administratif ? Le droit peut-il être remplacé par des outils plus performants ? Tout ou presque se décline sur ce mode pour l'évaluation des mécanismes d'intervention²⁵, même pour des dimensions importantes liées à l'administration de la justice où certaines catégories de tribunaux sont soumises à des exigences de célérité et de rendement (justice administrative).

En dépit de ce contexte utilitariste, peu favorable au droit et aux juristes, les enjeux de droit positif n'en restent pas moins présents, ainsi que quelques questions classiques de théorie du droit qui sont exacerbées par

25. Pour le droit américain, voir : W.E. KOVACIC, « Law, Economics and the Reinvention of Public Administration : Using Relational Agreement to Reduce the Cost of Procurement Regulation and Other Forms of Government Intervention in the Economy », (1998) 50 *Adm. L. Rev.* 141, 144. Pour la France, il est difficile de surpasser le niveau de dénigrement du droit proposé par : J. CAILLOSSE, « Le droit administratif contre la performance publique ? », (1999) *A.J.D.A.* 195, 199. Cet auteur développe la thèse peu vraisemblable d'une subordination totale du juridique à l'économique, thèse qui doit être nuancée compte tenu du fait que la discipline maîtresse ne serait pas les sciences économiques, mais davantage les sciences de la gestion, comme le montre notre étude. Les transformations en cours découlent également d'une appréciation critique des instruments traditionnels faite par les juristes qui en sont les premiers utilisateurs. La dynamique des modes dits alternatifs le montre amplement. Plusieurs facteurs de transformation restent endogènes, en ce sens qu'ils sont propres à l'évolution de la technique juridique et des modes d'intervention du droit.

les transformations en cours : juridicité et validité, système juridique et État, ordre normatif et ordre juridique. L'enjeu principal de notre étude n'en reste pas moins un changement global de perspective. Avec l'État de droit, il s'agit de montrer comment le droit conditionne le fonctionnement de l'État (prédétermination par le droit). À l'inverse, il faut désormais évaluer comment l'appareil d'État se sert du droit pour l'atteinte d'objectifs publics qui nécessitent le dépassement du droit par de nouveaux mécanismes. Ce renversement de perspective constitue la contrepartie inévitable de toute analyse sur la problématique des rapports droit-État. Ce scénario serait même une question classique, voire un passage obligé, pour toute discipline qui a comme objet d'étude l'État. L'essor de la régulation instrumentale introduit néanmoins des dimensions nouvelles pour la théorie juridique de l'État.

La notion même de régulation exige des précisions, à plus forte raison dans la perspective de « nouveaux modes de régulation » ou de « modes alternatifs de régulation ». Cette question de méthode est incontournable compte tenu de la progression du terme dans le droit public des pays occidentaux. Au Canada, dans la littérature juridique francophone, elle est intégrée depuis quelques décennies²⁶ et réapparaît périodiquement au fil de certaines études²⁷. L'emprunt au système administratif américain est explicite et admis, notamment chez les auteurs francophones²⁸. En droit public américain, le terme *regulation* renvoie ultimement à la totalité des techniques juridiques (contrat, subvention, permis, règlement, directive, formulation de politique, acte juridictionnel, sanction administrative et pénale, politique fiscale) dont peut se servir l'État. Ce terme est associé de façon plus précise aux grandes agences administratives qui sont souvent le premier objet d'étude du droit administratif américain²⁹. Son sens premier

26. R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif*, t. I, Québec, PUL, 1973, p. 105. Les organismes à fonction de régulation qui sont décrits par l'auteur correspondent à la catégorie contemporaine des organismes polyfonctionnels ou multifonctionnels, ce qui renvoie au cumul des fonctions et techniques d'intervention au sein d'un même organisme (réglementation, enquêtes, adjudication, administration).

27. F. HOULE et D. MOCKLE, « Conciliation des litiges et formes alternatives de régulation en droit administratif fédéral », (1998) 36 *Osgoode Hall L. J.* 703, 722.

28. R. DUSSAULT, *op. cit.*, note 26, p. 105 ; P. GARANT et autres, « Le contrôle politique des organismes autonomes à fonctions régulatrices et quasi-judiciaires », (1977) 20 *Adm. publ. Can.* 444, 446.

29. « Many agencies are regulatory » : A.E. BONFIELD et M. ASIMOW, *State and Federal Administrative Law*, St. Paul, West Publishing, 1989, p. 1 ; P.L. STRAUSS, « An Introduction to Administrative Justice in the United States », dans A. PIRAS (dir.), *Administrative Law. The Problem of Justice*, t. I, Milan, Giuffrè, 1991, p. 614. Dans cet ouvrage, le terme *regulation* est employé dans le sens pluriel qui est désormais celui du droit contemporain (juxtaposition des techniques d'intervention).

est éminemment juridique, car de nombreux auteurs britanniques et anglo-canadiens sont restés fidèles au contenu originel : le terme *regulation* sert à désigner les règlements ou les actes réglementaires³⁰. La configuration particulière des grandes agences fédérales américaines a néanmoins favorisé la signification extensive qui caractérise désormais le phénomène de la régulation en droit public. Fait plus significatif, d'autres disciplines ont repris ce sens global, notamment les sciences économiques³¹, la sociologie³² et la science politique³³. En revanche, la transplantation du terme en droit administratif français suscite un vaste débat sur le sens véritable de l'expression, faute de consensus sur sa signification précise³⁴. Ces interrogations montrent un glissement ou une déperdition de sens qui transforme progressivement le terme « régulation » en formule générique pour désigner l'action de l'État ou l'intervention d'autres agents économiques³⁵. La diffusion du terme a gagné tous les pays occidentaux, avec les mêmes difficultés sémantiques : *regulacion, regolazione, regulierung*³⁶.

Dans ce contexte où la régulation fait appel à divers modes d'intervention, est-il possible d'y rattacher des solutions de rechange ? Le caractère hétérodoxe du terme « régulation » pourrait potentiellement englober des

-
30. D. MULLAN, *Administrative Law*, 3^e éd., Scarborough, Carswell, 1996, p. 437 ; D.P. JONES et A.S. DE VILLARS, *Principles of Administrative Law*, 3^e éd., Scarborough, Carswell, 1999, p. 101.
 31. R. BOYER, « Aux origines de la théorie de la régulation », dans R. BOYER et Y. SAILLARD (dir.), *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, coll. « Recherches », Paris, La Découverte, 1995, p. 21, à la page 25 (en dépit du caractère multidisciplinaire de la régulation, la dominante reste l'économie).
 32. J. COMMAILLE, « Normes juridiques et régulation sociale. Retour à la sociologie générale », dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1991, p. 17.
 33. G. BOISMENU et J.-J. GLEIZAL (dir.), *Les mécanismes de régulation sociale*, Montréal, Boréal, 1988, p. 15 (apparition de divers types de régulation : régulation étatique, régulation juridique, régulation politique, régulation technicienne).
 34. J. CHEVALLIER, « De quelques usages du concept de régulation », dans M. MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 1995, p. 71, à la page 73 ; J.-L. AUTIN, « L'usage de la régulation en droit public », dans M. MIAILLE (dir.), *op. cit.*, p. 43, à la page 47 ; A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », dans J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1998, p. 47, à la page 69 ; J.-P. COLSON, *Droit public économique*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 513.
 35. Ce sens générique apparaît clairement dans l'ouvrage de A.I. OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994, à la p. 3.
 36. Ce constat est manifeste dans la troisième partie de l'ouvrage de M. MIAILLE (dir.), *op. cit.*, note 34, aux pages 211 et suivantes. Voir également A. JEAMMAUD, *loc. cit.*, note 34, 53.

expériences ou des formules qui échappent aux modes classiques d'intervention, notamment la réglementation³⁷, ainsi que le règlement des litiges sous forme de jugements ou de décisions. En 1998, notre étude menée avec France Houle sur les « formes alternatives de régulation » renvoyait explicitement à la problématique des modes dits alternatifs en droit administratif³⁸, ce qui montre les possibilités d'adaptation et d'intégration du droit lorsque ces mécanismes sont intégrés au fonctionnement des cours et des tribunaux administratifs. En droit public nord-américain, la régulation revêt encore un sens proprement juridique par la combinaison de divers procédés qui sont strictement juridiques, ou étroitement associés au droit pour des questions de validité³⁹. Le terme revient à englober divers moyens associés à la trilogie étatique (législatif, administratif, juridictionnel). La dénaturation progressive du terme montrerait tout au plus l'abandon partiel du sens originel (*regulation* renvoyant à la législation et à la réglementation) au profit de la diversité des moyens offerts par le droit, pour le secteur tant public que privé⁴⁰. Parler de « nouveaux modes de régulation » n'aurait de sens que dans la perspective d'une imbrication plus étroite entre le droit et ce qui semble « hors du droit » ou « au-delà du droit », nouveau droit invisible qui constitue une sorte de doublure du droit officiel.

Pour faire cette analyse, il est utile de suivre une ligne de partage connue en droit administratif, celle qui oppose traditionnellement la gestion administrative interne à la réglementation officielle issue des lois et règlements. Il ne s'agit pas ici d'approuver cette coupure artificielle entre « l'interne » et « l'externe », mais de l'utiliser pour la clarté de la présentation. Seuls les mécanismes qui apparaissent comme des solutions de rechange à la réglementation font l'objet de notre étude, à l'exception des directives et autres règles internes (les règlements internes) qui ont été l'objet de recherches. De même, la question des formules de rechange pour le règlement des litiges, maintes fois reprise dans nos travaux antérieurs, a

37. G. Timsit propose une tierce catégorie qui pourrait échapper au clivage connu en droit administratif français entre l'interprétation et la réglementation du type réglementaire : G. TIMSIT, « La régulation : naissance d'une notion », dans G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, coll. « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1997, p. 161, à la page 188.

38. F. HOULE et D. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 27.

39. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 21, p. 342.

40. G. BORRIE, « The Regulation of Public and Private Power », (1989) *Public Law* 552, 567 (plaidoyer pour l'assujettissement du secteur privé à des mécanismes d'« imputabilité » comparables au secteur public). La définition du terme *regulation* soulève en droit britannique les mêmes difficultés qu'ailleurs, comme en témoigne l'ouvrage de R. BALDWIN, C. SCOTT et C. HOOD, *A Reader on Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 3. Parmi les trois définitions proposées, la deuxième correspond à celle qui a été retenue pour notre étude.

été omise en vue de limiter la présente étude à l'élaboration des règles. Ce premier texte sur le sujet correspond donc à la nécessité de dresser un inventaire sélectif afin d'offrir un aperçu des transformations en cours dans le champ des règles et des normes. L'expérimentation de nouveaux mécanismes transforme, à des degrés divers, les modes de gestion où seuls les agents et fonctionnaires de l'État seraient apparemment visés, ainsi que la réglementation où le grand public est directement en cause. Cette coupure n'est pas étanche, car des mécanismes à forte connotation institutionnelle (chartes d'usagers et codes de conduite) touchent autant le personnel que les usagers-clients.

1 La transformation des modes de gestion

L'étude de l'impact des sciences de la gestion, et plus précisément du management, sur l'évolution du droit administratif (et du droit public) relève encore, pour le Canada, de l'harmonisation virtuelle. Pour des raisons proprement épistémologiques, le droit administratif (encore sous l'influence diceyenne dans plusieurs ouvrages) et l'administration publique (sous l'influence managériale) auraient, de prime abord, peu de points communs d'échange. Cette situation artificielle est à l'origine d'un écart que des études ont réduit en partie durant la dernière décennie⁴¹. Malgré la parution de monographies sur les structures administratives⁴², le management n'a jamais été un objet de réflexion globale pour le droit administratif⁴³. Il

41. Ces études sont, par ordre chronologique : D. MOCKLE, « Zéro contentieux. L'ouverture d'une troisième voie en droit administratif par le règlement amiable des différends », (1991) 51 *R. du B.* 45, 58 (portée du thème de la qualité globale sur le règlement des plaintes) ; L. BERGEAT, « Les enjeux méconnus de l'autre droit administratif », (1994) 73 *R. du B. can.* 299, 315 (mention des enjeux liés à la modernisation de l'administration) ; L. BERGEAT et I. GIROUX, *loc. cit.*, note 18, 309 (influence des transformations de l'administration publique sur le droit) ; S. COMTOIS, « Administrer des lois en marge du droit. Un défi », dans M. CHARH et R. LANDRY (dir.), *La gestion publique sous le microscope*, Québec, PUQ, 1997, p. 127, à la page 129 (déséquilibre engendré par le recours accru aux directives) ; L. BERGEAT et D. MOCKLE, « Les plaintes des citoyens : une revendication de qualité des services publics », (1999) 42 *Adm. publ. Can.* 215, 234 (élargissement de la notion de lésion et mutation de la culture administrative).

42. L. BERGEAT, R. DUSSAULT et L. OUELLET, *L'administration québécoise : organisation et fonctionnement*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1984. Cette contribution fort utile est orientée vers l'analyse des exigences procédurales et des structures.

43. La France reste une exception sur ce plan. Les études ne sont pas pour autant nombreuses. Voir : J. CAILLOSSE, « Le manager entre dénégation et dramatisation du droit », *Politiques et management publics*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 85, à la page 94 ; J.-B. AUBY, « Innovation, légalité et management public », *Politiques et management public*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 147, à la page 156 (hypothèse du rapprochement et non du divorce entre droit et management).

ne faut pas négliger par ailleurs les recherches menées sur les ombudsmans, qui ont été sans doute le seul point de ralliement entre ces deux domaines qui gardent leurs distances.

En dépit de ces recherches, encore marginales, les professionnels du droit ne semblent pas mesurer la portée des modes de gestion sur l'évolution des mécanismes juridiques ou sur les transformations des institutions administratives. Avant même l'adoption de la *Loi sur l'administration publique* (2000)⁴⁴, la gestion par résultats était déjà devenue une priorité dans l'élaboration d'un nouveau cadre juridique pour la justice administrative. Guidé par une rationalité comptable et gestionnaire, le législateur n'a pas hésité à imposer au Tribunal administratif du Québec, créé en 1997, le mécanisme du plan où le président du Tribunal doit présenter, chaque année, au ministre de la Justice, des objectifs de gestion axés sur l'accessibilité, ainsi que la qualité et la célérité de son processus décisionnel⁴⁵. Si légitime que soit l'analyse de ce nouveau tribunal pour le droit administratif, il serait utile, en sens inverse, de mesurer les finalités nouvelles du management pour comprendre l'évolution du droit administratif. Cette approche tayloriste où tout se décline en termes de rendement et de résultats⁴⁶ découle des préceptes du nouveau management public (souvent désigné par son sigle NMP). Toutes les institutions administratives sont indistinctement visées depuis la parution de *Fonction publique 2000* au niveau fédéral⁴⁷ et le démarrage de la réforme de l'administration publique

44. *Loi sur l'administration publique*, L.R.Q., c. A-6.01, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2000.

45. *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3, art. 78. Le mécanisme du plan a également été retenu pour la Commission des lésions professionnelles : *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, art. 427 et 428.

46. L'application de ces principes à des tribunaux administratifs montre en définitive qu'il s'agit bien d'institutions administratives et non de cours. Pour leur indépendance et leur impartialité, cette approche tayloriste paraît néanmoins peu compatible avec les garanties requises pour l'exercice d'une fonction juridictionnelle. La Cour d'appel du Québec a conclu en septembre 2001 que l'évaluation annuelle du rendement des membres du Tribunal administratif du Québec était incompatible avec les exigences de l'indépendance judiciaire sur le plan de la sécurité financière : *Procureur général du Québec c. Barreau de Montréal*, [2001] R.J.Q. 2058, 2098. Au-delà des questions en litige dans cet arrêt, il serait utile de s'interroger sur la compatibilité des préceptes du nouveau management public avec la justice administrative. Si la question de la célérité reste un problème récurrent pour les tribunaux administratifs, les plans de gestion apparaissent, en revanche, comme un anachronisme pour les cours et les tribunaux, toutes catégories confondues.

47. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Fonction publique 2000, Guide de la gestion du changement dans la Fonction publique : les voies de l'innovation*, rapport du Groupe de travail sur l'adaptation de la main-d'œuvre, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1990, p. 7 ; GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le renouvellement de la Fonction publique du Canada*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1990, p. 11.

au Québec en 1996⁴⁸. Le tournant majeur a été la National Performance Review menée en 1993 par l'administration Clinton-Gore en vue de repenser la gestion des affaires publiques, notamment sur le chapitre du management et de la réglementation⁴⁹. Sous l'influence d'un ouvrage largement diffusé et médiatisé, *Reinventing Government*⁵⁰, cette réflexion des autorités américaines a été à l'origine d'un mouvement favorable à l'abandon du modèle bureaucratique traditionnel au profit de la gestion par résultats⁵¹, ce qui ne pouvait être réalisable que par le desserrement des contraintes juridiques pour laisser une plus grande latitude aux gestionnaires. « Making the federal bureaucracy more effective and more efficient » s'est traduit par un abandon du modèle traditionnel au profit des solutions du NMP, mais aussi par divers objectifs (*debureaucratization, extensive deregulation*) qui ont été à l'origine d'une réévaluation critique de la place du droit dans la conduite des affaires publiques⁵². Largement analysée par la littérature du type *Public Administration*⁵³, la National Performance Review a rapidement été relayée par une loi qui sert de modèle, la *Government Performance and Results Act* de 1993⁵⁴. Cette approche a eu un effet direct sur le choix des mécanismes de gestion et de régulation, avec une transformation plus subtile des rapports au droit que peu d'études ont mis en

48. SECRÉTARIAT À LA RÉFORME ADMINISTRATIVE, *La gestion par résultats : document de référence*, Québec, Ministère du Conseil exécutif, 1995, p. 9.

49. OFFICE OF THE VICE-PRESIDENT, U.S. NATIONAL PERFORMANCE REVIEW, *Creating a Government That Works Better and Costs Less: The Report of the National Performance Review*, rapport final, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1994, p. 13 (*cultural change : reinventing the federal government*).

50. D. OSBORNE et T. GAEBLER, *Reinventing Government*, New York, Addison-Wesley, 1992, p. 138. Cette approche a été abondamment commentée par des auteurs américains et les opinions sont partagées.

51. Les principes du nouveau management public ont été mis en application dès 1995 par le vice-président Al Gore (*performance-based organisation initiative*).

52. OFFICE OF THE VICE-PRESIDENT, U.S. NATIONAL PERFORMANCE REVIEW, *From Red Tape to Results, Creating a Government that Works Better and Costs Less*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1993, p. 33 (*eliminating regulatory overkill*) et p. 117 (*improving regulatory systems*). Ce rapport de 1993 a précédé le rapport final de 1994.

53. J.R. THOMPSON, « The Clinton Reforms and the Administrative Ascendancy of Congress », (2001) 31 *American Rev. of Public Adm.* 249 (analyse chronologique des étapes de la réforme). La National Performance Review a fait l'objet d'un numéro thématique de l'*International Journal of Public Administration* en 1997 (no 20) comportant de nombreux articles sur le sujet.

54. *Government Performance and Results Act of 1993*, Public Law, No. 103-62, 107 Stat. 285 (103rd Congress).

lumière. En Amérique du Nord, la seconde moitié de la décennie 90 a donc été marquée par de profondes mutations axée sur l'efficacité et l'utilitarisme.

1.1 L'impact de la gestion par résultats

Le nouveau management public suppose la condamnation du « vieux modèle bureaucratique », centralisé et hiérarchisé, où les gestionnaires ont peu de latitude afin de rendre les organisations plus performantes. La victime propitiatoire afin d'expliquer les vicissitudes du vieux modèle n'est nul autre que Frédéric Taylor (1856-1915), en sa qualité de promoteur de l'organisation scientifique du travail industriel⁵⁵. La division et la compartimentation des tâches dans une structure verticale et dépersonnalisée correspond, pour l'administration publique, au scénario de la relation hiérarchique et « classique » de la décision-exécution. Ce « congédiement » de Taylor est un peu sommaire,⁵⁶ car, en réalité, les principes fondamentaux de l'organisation scientifique du travail ne sont pas remis en cause, tout au contraire. Le nouveau management public est largement orienté vers les questions de production, au point de projeter une image tayloriste quelque peu débridée⁵⁷. Son insistance sur le rendement, la productivité et les résultats réactive les principes fondamentaux du taylorisme. Si Taylor est contesté, c'est uniquement parce que les gestionnaires cherchent à gérer « autrement »⁵⁸. Dans ce curieux procès politique, il aurait été plausible d'inclure Max Weber qui a livré une explication lucide des fondements de la domination bureaucratique sur le mode légal-rationnel⁵⁹. L'absence de Weber se justifie par le fait qu'il a formulé une critique incisive du modèle

55. F. TAYLOR, *The Principles of Scientific Management*, New York, The Norton Library, 1967, (1re éd. : 1911) p. 11 (recherche de l'efficacité maximale pour les travailleurs).

56. J. LE MENESTREL et M. SCHPILBERG, *Au revoir et merci, monsieur Taylor*, Paris, Éditions d'Organisation, 1999, p. 52 (critique du taylorisme) ; P. ZARIFIAN, *La nouvelle productivité*, coll. « Logiques économiques », Paris, L'Harmattan, 1990, p. 59 (limites de l'approche taylorienne de la productivité).

57. *Loi sur la justice administrative*, précitée, note 45, art. 78.

58. J. LECLERC, *Gérer autrement l'administration publique. La gestion par résultats*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université du Québec, 2001, p. 69.

59. M. WEBER, *Économie et société*, t. 1, coll. « Recherches en sciences humaines », Paris, Plon, 1971, p. 294. Dans leur ouvrage sur les organisations publiques, H. F. Gortner, J. Mahler et J. B. Nicholson visent explicitement le modèle wébérien afin de décrire l'approche traditionnelle de la gestion publique : H.F. GORTNER, J. MAHLER et J.B. NICHOLSON, *La gestion des organisations publiques*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1993, p. 83.

bureaucratique⁶⁰ et que, contrairement à Taylor, il n'a pas cherché à imposer un modèle.

Dans la littérature pléthorique sur le nouveau management public, plusieurs thèmes sont récurrents. La gestion publique doit être davantage orientée vers les citoyens, offrir plus de latitude aux gestionnaires pour innover, faire appel à l'étroite collaboration du personnel dans la détermination des priorités et, enfin, être axée sur les résultats et les objectifs⁶¹. Le modèle traditionnel est condamné parce qu'il est trop orienté vers les propres besoins des organisations, trop centralisé et monopolistique, mais surtout *rule-centred*, ce qui constitue une dimension majeure aux fins de la présente étude. Trop de règles paralyseraient les gestionnaires, ce qui nuirait à l'efficacité tant recherchée. L'accumulation des règlements est critiquée, ainsi que leur « sanctification » par les fonctionnaires⁶². Derrière la critique des règles apparaît rapidement la critique du droit :

L'approche de la gestion par résultats constitue un changement culturel important, car le personnel des ministères, tant au Québec qu'ailleurs, a été habitué à penser en termes d'application de lois et de règlements suivant des procédures rigoureuses destinées à assurer la transparence, l'impartialité et l'équité. Encadrés comme ils le sont par des textes légaux et des directives de toutes sortes, les fonctionnaires disposent de peu de flexibilité pour faire de l'efficacité et de l'efficience des préoccupations quotidiennes⁶³.

-
60. M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, coll. « Droit et société », Québec/Paris, PUL/LGDJ, 1995, p. 193 (limites de la domination légale sous sa forme bureaucratique).
61. K. KERNAGHAN, B. MARSON et S. BORINS, *L'administration publique de l'avenir*, Toronto, Institut d'administration publique du Canada, 2001, p. 3 (énumération de dix caractéristiques du type postbureaucratique qui sont opposées à celles du modèle bureaucratique, également au nombre de dix).
62. C. HECKSCHER, « Defining the Post-Bureaucratic Type », dans C. HECKSCHER et A. DONNELLON (dir.), *The Post-Bureaucratic Organization: New Perspectives on Organizational Change*, Londres, Sage Publications, 1994, p. 24.
63. J. LALIBERTÉ, « La planification stratégique au Québec », dans L. BERNIER et E.H. POTTER (dir.), *Business Planning in Canadian Public Administration*, Toronto, Institut d'administration publique du Canada, 2001, p. 27, à la page 30. Cette étude est néanmoins fort intéressante avec une mise en perspective de la planification stratégique au Québec. L'auteur condamne à bon escient la vision affairiste du *business planning* (p. 27) : « Le vocable 'plan stratégique' est préférable à celui de 'plans d'affaires' car le but d'un gouvernement n'est pas de brasser des affaires, mais de rendre des services aux citoyens. » L'expression « plan d'affaires » dénote une influence britannique, alors qu'en contrepartie les Américains ont clairement choisi les plans stratégiques dans la *Government Performance and Results Act of 1993*, précitée, note 54, art. 3 (*strategic planning*).

Ce constat a le mérite de la limpidité. Le droit public et, plus spécialement, le droit administratif seraient des obstacles à l'efficacité ou, à tout le moins, sources de gêne pour des fonctionnaires asphyxiés par des règles surabondantes. Si le rapport au droit est une caractéristique incontestable du « vieux modèle », ce que met précisément en lumière l'œuvre de Max Weber, les ouvrages de management reflètent plus de prudence pour ne pas condamner le rôle du droit dans la gestion des affaires publiques. Certains auteurs n'éliminent pas les valeurs traditionnelles, dont certaines sont avalisées par le droit (neutralité, justice, équité), afin de rajouter les nouvelles valeurs induites par le NMP (innovation, service, qualité, travail d'équipe)⁶⁴. Sans doute conscient des possibilités de dérapage, J. Leclerc affirme, dans sa liste de préceptes, que les gestionnaires publics doivent gérer l'organisation « conformément aux prescriptions de la loi qui les régit⁶⁵ ». Cependant, il reproche aux gestionnaires actuels de perpétuer l'héritage de Taylor en privilégiant les règles, la procédure et les descriptions de tâches au détriment des liens horizontaux dans la gestion des processus⁶⁶.

Si le droit est en partie discrédité pour cause de rigidité, c'est dans le but de promouvoir le service aux usagers et la culture de qualité. Le nouveau management public est sous l'influence du thème de la qualité totale⁶⁷, auquel nous avons fait allusion il y a une décennie⁶⁸. Malgré cette orientation favorable pour les attentes légitimes des citoyens, la recherche de l'efficacité relègue au second plan les préoccupations consuméristes par une fixation obsessionnelle envers la performance, le rendement, les résultats et les objectifs. Même si le NMP cherche ostensiblement à les concilier avec les impératifs du service aux usagers, l'efficacité est devenue la fin ultime pour diminuer le coût des services publics. La restructuration de l'État en est le moteur principal en vue d'introduire de nouveaux mécanismes et de mobiliser le personnel. Une lecture attentive du management public mon-

64. K. KERNAGHAN, B. MARSON et S. BORINS, *op. cit.*, note 61, pages 50 et 52. Dans leur analyse de la « nouvelle approche », H.F. GORTNER, J. MAHLER et J.B. NICHOLSON, *op. cit.*, note 59, p. 88, constatent que la question du droit est ignorée dans le modèle de l'entreprise performante.

65. J. LECLERC, *op. cit.*, note 58, p. 123.

66. *Id.*, p. 129.

67. G. ÉTHIER, *La qualité totale. Nouvelle panacée du secteur public ?*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1994, p. 13 ; G. ÉTHIER, « La qualité des services publics », dans R. PARENTEAU (dir.), *Management public. Comprendre et gérer les institutions de l'État*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1992, p. 553, à la page 571.

68. D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 41, 58.

tre que tout est évalué en fonction du critère de l'efficacité (*improving public management performance*)⁶⁹. Il ne faut donc pas être étonné par l'émergence d'un modèle de gestion axé sur la mesure de performance et l'évaluation d'indicateurs de performance⁷⁰.

L'efficacité n'est pourtant pas une nouveauté, au point d'apparaître comme l'un des objectifs de l'ancien modèle bureaucratique. Ce sont donc les méthodes de gestion qui ont changé pour introduire la planification stratégique par objectifs et l'atteinte de résultats. La généalogie du NMP reste un peu une énigme. La National Performance Review de 1993 ainsi que la parution de *Fonction publique 2000*⁷¹ ont été des étapes majeures, mais ne sont pas à l'origine de ces transformations. Déjà en 1983, l'ouvrage de P. Hussenot montre que les principes et méthodes de la gestion basée sur l'atteinte d'objectifs étaient clairement définis⁷². Il ne fait aucun doute que c'est le modèle de la gestion rationnelle de la grande entreprise industrielle et commerciale qui a été transposé à l'administration publique en vue de la rendre plus efficace, au prix de certains aménagements, car le public et le privé n'ont pas les mêmes finalités⁷³. L'origine du management est proprement américaine avec la parution de l'ouvrage intitulé : *Managerial Revolution* en 1941⁷⁴. Ce n'est toutefois qu'après la Seconde Guerre mondiale que l'analyse quantitative, la planification ainsi que la rationalisation des choix budgétaires sont progressivement introduits dans la gestion militaire⁷⁵ (*planning programming budgeting system*) et ensuite, durant la décennie 60, sur une base proprement administrative et encore largement

69. P. INGRAHAM et A. KNEEDLER, « Dissecting the Black Box : Toward a Model and Measures of Government Management Performance », dans J.L. BRUDNEY, L. O'TOOLE Jr., et H.G. RAINEY (dir.), *Advancing Public Management : New Developments in Theory, Methods and Practice*, Washington (D.C.), Georgetown University Press, 2000, p. 235, à la page 241 ; J.E. LANE, *New Public Management*, New York, Routledge, 2000, p. 59. La revue *Politiques et management public* a consacré deux numéros complets au thème « La performance publique » : vol. 17, nos 2 et 3, 1999.

70. P. VOYER, *Tableaux de bord de gestion et indicateurs de performance*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université du Québec, 1999, p. 61.

71. M. CHARIH, « Le management du troisième type au gouvernement fédéral », dans R. PARENTEAU (dir.), *op. cit.*, note 67, p. 115, à la page 122.

72. P. HUSSENOT, *La gestion publique par objectifs*, coll. « Management public », Paris, Les Éditions d'Organisation, 1983, p. 55.

73. R. PARENTEAU, « Le management public n'est pas le management privé », dans R. PARENTEAU (dir.), *op. cit.*, note 67, p. 49, à la page 59.

74. J. BURNHAM, *L'ère des organisateurs*, Paris, Calmann-Lévy, 1947 (1^{re} éd. : 1941), p. 78.

75. L'origine militaire de cette approche est un fait reconnu : M. PAQUIN, « La planification stratégique dans le secteur public », dans R. PARENTEAU (dir.), *op. cit.*, note 67, p. 389, à la page 390.

occulte (mémoire d'août 1965 du président Johnson), dans la gestion des ministères et des grandes agences fédérales⁷⁶. La France adhère à cette approche dès la fin des années 60, mais, contrairement aux Américains, elle paraît nettement plus en avance par l'élaboration du système de la planification issue des plans que nous examinerons un peu plus loin. Un point est certain : dès 1970, l'étude de l'efficacité d'un système par indicateurs de performance qui peuvent être quantifiés apparaît à titre de reconversion progressive de la gestion publique vers une approche instrumentale et scientifique du management (rationalisation des choix budgétaires). Deux types de gestion vont dès lors coexister, une administration légaliste et rigide, et une solution de rechange qui va s'imposer de plus en plus de 1970 à 1990, l'administration managériale⁷⁷. Si la gestion par résultats a acquis le statut de dogme durant les années 90, c'est pour une raison proprement politique qui n'apparaît pas dans les ouvrages de management. La disparition du bloc socialiste en 1989, qui était l'incarnation même de la planification stratégique par objectifs et résultats, rend désormais « acceptable » une approche naguère fustigée dans un contexte de guerre froide. C'est une hypothèse que nous formulons et que nous commenterons plus loin.

Cependant, peu importe l'origine américaine ou soviétique de la gestion par résultats, il s'agit d'une approche qui institutionnalise de façon radicale la maximisation de l'efficacité par des méthodes techniques et scientifiques. Le droit, avec les instruments classiques de la loi et du règlement, paraît peu adapté, du moins *a priori*, car il peut également être reconverti pour satisfaire aux impératifs d'une gestion instrumentale. Cette reconversion explique la création par voie législative de nouveaux mécanismes de gestion. Leur évolution peut être interprétée dans un sens tout autant défavorable que favorable au droit. Dans un sens peu flatteur, il serait possible d'amorcer un débat polémique sur sa relative désuétude devant l'émergence de mécanismes plus performants dans la conduite des affaires publiques. Toutefois, pour des raisons que nous avons explicitées dans l'introduction, cette interprétation n'aurait guère de sens compte tenu de l'évolution globale du droit dans les sociétés occidentales. Dans un sens plus favorable aux mérites du droit, l'intégration de nouveaux mécanismes par voie législative reflète son potentiel illimité de cooptation et son étonnante capacité d'adaptation. Cependant, comme le montre notre étude, le droit public ne sort pas indemne de cette opération puisque l'objectif ultime est de gouverner en marge du droit ou hors du droit.

76. P. HUSSENOT, *op. cit.*, note 72, p. 24 et 25.

77. H.F. GORTNER, J. MAHLER et J.B. NICHOLSON, *op. cit.*, note 59, p. 82.

1.2 L'apparition de nouveaux mécanismes

Le rapprochement, encore inconcevable il y a peu, du management et du droit administratif est devenu réalité. Dans la foulée de la parution de *Fonction publique 2000*, les autorités fédérales préfèrent toutefois une approche plus proprement administrative, quitte à introduire, sur une base ponctuelle, de nouveaux mécanismes dans les différentes lois sur les agences. À l'inverse, le Québec a institué un cadre général et proprement juridique avec la *Loi sur l'administration publique* (2000)⁷⁸, qui, sans être une copie conforme de la *Government Performance and Results Act* de 1993⁷⁹, en est largement inspiré. Le rôle dirigeant du Conseil du trésor est réaffirmé au chapitre VII⁸⁰, notamment pour déterminer des orientations sur des principes ou des pratiques en matière de gestion (art. 72), prendre des directives sur ces questions de gestion (art. 74), établir des mesures de contrôle (art. 75), ainsi que pour conclure des ententes (art. 79 et 80). Cette loi confère un statut juridique à des mécanismes étroitement associés au nouveau management public : les plans stratégiques, les déclarations de services aux citoyens, ainsi que les conventions de performance et d'obligation de rendre compte (« imputabilité »), plus connues sous le nom de « contrat de performance ». Sans être exhaustive sur la nature des expériences en cours dans le domaine de la gestion des services publics, cette loi offre ample matière à réflexion avec des dispositions précises.

Pour la présente étude, seuls les mécanismes qui semblent, *a priori*, « déjuridicisés » ou hors des catégories connues du droit positif font l'objet de commentaires. Notre choix est dicté par la nature de notre recherche orientée vers des mécanismes de rechange, qui se situent aux confins du droit. Dans cette perspective, les conventions de performance pourraient paraître comme une nouveauté et rejoindre ainsi la logique de rechange propre aux modes dits alternatifs. Cependant, puisqu'il s'agit de conventions, il faut les appréhender tel un élargissement de la technique

78. *Loi sur l'administration publique*, précitée, note 44. Cette loi a été précédée par le dépôt, le 9 juin 1999, à l'Assemblée nationale, d'un énoncé de politique, *Pour de meilleurs services aux citoyens – Un nouveau cadre de gestion pour la fonction publique*, par le président du Conseil du trésor et ministre d'État à l'Administration et à la Fonction publique, Jacques Léonard.

79. *Government Performance and Results Act of 1993*, précitée, note 54.

80. La *Loi sur l'administration financière*, L.R.Q., c. A-6, a été modifiée en conséquence, ainsi que la *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., c. F-3.1 ; *Loi sur l'administration publique*, précitée, note 44, art. 92-98 et 125-146. Les responsabilités du Secrétariat à la modernisation de la gestion publique, ainsi que celles du Secrétariat à la réforme administrative, ont été transférées au Secrétariat du Conseil du trésor en août 2001.

contractuelle⁸¹, ce qui n'introduit pas les effets de rupture voulus ou recherchés par rapport aux instruments classiques du droit. Avec les plans stratégiques, les chartes et les déclarations, l'Administration utilise des règles ou des objectifs qui échappent davantage au cadre traditionnel de la réglementation (actes réglementaires). Ces mécanismes offrent la possibilité de formuler des règles abstraites, générales et impersonnelles qui permettent de dédoubler sur un mode non juridique la formule « classique » des règlements. Il est dès lors indispensable de faire une analyse contextuelle pour en comprendre la finalité, ainsi que le cadre administratif et juridique.

1.2.1 L'élaboration des plans stratégiques

Parmi ces nouveaux mécanismes de gestion, le plan stratégique revêt une importance particulière puisque son élaboration est désormais obligatoire pour les ministères et organismes selon la *Loi sur l'administration publique* (art. 8)⁸². Son contenu, précisé par l'article 9, reflète les principes directeurs de la gestion par résultats : description de la mission de l'organisation ; élaboration des orientations stratégiques, des objectifs et des axes d'action ; indication des résultats visés et énumération des indicateurs de performance. L'élaboration du plan doit répondre aux exigences du Conseil du trésor qui peut indiquer d'autres éléments du type période, forme et périodicité des révisions. En fin de processus, chaque ministre dépose devant l'Assemblée nationale le plan stratégique de son ministère, ainsi que celui de tout organisme dont il a la responsabilité (art. 11). Aucune formalité supplémentaire n'est prévue pour informer le public de l'existence ou de la teneur de ces plans ou inviter des personnes extérieures à l'Administration pour le suivi, ce qui montre la rationalité gestionnaire qui guide les autorités. De toute évidence, les plans relèvent de la gestion interne. Le seul mécanisme d'« imputabilité » est celui de la reddition de comptes qui revêt la forme d'un rapport annuel de gestion (art. 24). Ce dernier doit être déposé devant l'Assemblée nationale (art. 26). Ce rapport remplace le traditionnel rapport d'activité (art. 27). Fait étonnant pour l'« imputabilité », une commission parlementaire (probablement la Commission des institutions) peut entendre au moins une fois par année le ministre responsable, mais seulement « si celui-ci le juge opportun [*sic*] », et selon le cas, le sous-ministre ou le dirigeant d'organisme afin de discuter de leur gestion admi-

81. Sur la contractualisation de l'ordre juridique, voir : J. CAILLOSSE, *Introduire au droit*, coll. « Clefs/Politique », Paris, Montchrestien, 1993, p. 101 et suiv.

82. *Loi sur l'administration publique*, précitée, note 44. Pour éviter des redites inutiles, les articles indiqués dans le texte renvoient au contenu de cette loi.

nistrative (art. 29). Sur le plan de la transparence par rapport aux « vrais destinataires » de ces plans, les citoyens-usagers ou citoyens-clients, rien n'est prévu et tout relève du contrôle exclusif du Conseil du trésor. Certes, il est relativement facile de se procurer des exemplaires de ces plans dans les bibliothèques universitaires ou sur simple demande⁸³, mais il est symptomatique de constater que rien n'a été prévu aux fins de publicité. Le législateur envoie ainsi un message implicite pour accentuer la dimension gestionnaire et administrative de la technique du plan.

Dans le cas des plans d'entreprise des institutions administratives fédérales, ce n'est guère mieux sur le chapitre de la transparence et de l'« imputabilité ». Dans la loi qui institue l'Agence Parcs Canada⁸⁴ pour la gestion des parcs nationaux et des lieux historiques nationaux, le plan d'entreprise est présenté au ministre, et après approbation par le Conseil du Trésor, le ministre dépose un résumé devant chaque chambre du Parlement dans un délai de 30 jours. Ce résumé du plan doit « être accessible au public sur demande » (art. 33 (1)). Le plan doit exposer les objectifs de l'Agence, les stratégies de gestion, les prévisions de résultats et les budgets financiers connexes (art. 33 (2)). Comme au Québec, le Conseil du Trésor supervise étroitement l'élaboration de ces plans. Un cadre similaire est prévu pour l'élaboration du plan d'entreprise de l'Agence canadienne d'inspection des aliments⁸⁵ et de l'Agence des douanes et du revenu du Canada⁸⁶. L'Agence de la consommation en matière financière du Canada échappe à ce canevas, car elle a été conçue comme un organisme de surveillance et de contrôle dans le secteur financier⁸⁷. Cette diversification des fonctions ne modifie pas pour autant l'approche globale retenue par les autorités fédérales. Ces agences ont été créées pour offrir « des régimes de rechange pour la gestion des ressources humaines, l'administration et la

83. À titre d'exemples : MINISTÈRE DES RESSOURCES NATURELLES, *Plan stratégique*, Québec, MRN, 1999 ; DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS, *Plan stratégique*, Québec, DGE, 2001 ; COMMISSION DE LA REPRÉSENTATION ÉLECTORALE DU QUÉBEC, *Plan stratégique*, Sainte-Foy, CREQ, 2001.

84. *Loi sur l'Agence Parcs Canada*, L.C. 1998, c. 31.

85. *Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments*, L.C. 1997, c. 6, art. 22. En vertu de l'article 10, un comité consultatif d'au plus douze membres peut conseiller le ministre sur toute question relative à la mission de l'Agence.

86. *Loi sur l'Agence des douanes et du revenu du Canada*, L.C. 1999, c. 17, art. 47-49. Pour cette agence, le Conseil du Trésor approuve le plan dont un résumé est ensuite transmis au ministre pour approbation, et c'est ce résumé qui est ultérieurement déposé devant le Parlement.

87. *Loi sur l'Agence de la consommation en matière financière du Canada*, L.C. 2001, c. 9, sanctionnée le 14 juin 2001.

gestion financière⁸⁸ », ce qui se traduit par une grande liberté par rapport au cadre traditionnel de la fonction publique, notamment pour les employés qui n'ont plus le statut de fonctionnaires. Même s'il est possible de considérer ces agences comme des solutions de rechange, nous n'avons pas l'intention d'en faire ici une analyse exhaustive pour produire un bilan critique à cet égard. Conçues comme des solutions de rechange par rapport aux structures traditionnelles des ministères fédéraux, ces agences constituent une sorte de mise à distance du modèle bureaucratique traditionnel en vue d'offrir le maximum de liberté, ce qui favorise l'expérimentation de formules nouvelles. Ces organismes n'en restent pas moins des mandataires de Sa Majesté du chef du Canada et doivent se conformer aux instructions générales ou particulières du ministre responsable, lesquelles ne sont pas considérées comme des règlements⁸⁹ au sens de la *Loi sur les textes réglementaires*⁹⁰. Pour des mesures de portée générale, notamment pour le contrôle des aliments, les contraintes de cette loi sur les règlements sont expressément exclues dans le but évident d'en accroître l'efficacité⁹¹. Le législateur a même été plus loin dans le cas de l'Agence de la consommation en matière financière en confiant à l'exécutif le soin de déterminer à sa discrétion ce qui peut faire l'objet d'un règlement⁹².

Il ne faut pas être dupe sur le sens global de cette évolution. Si ces agences disposent d'une grande liberté (par régime de dérogation) en comparaison des mécanismes administratifs et juridiques du type « classique » qui conditionnent le fonctionnement des organismes et ministères fédéraux, elles restent placées sous le contrôle direct de l'exécutif qui est en réalité le grand bénéficiaire de cette « émancipation ».

En revanche, le mécanisme du plan n'est pas une nouveauté absolue en matière de droit positif. Aux fins de gestion et de planification, il est en

88. *Loi sur l'Agence Parcs Canada*, précitée, note 84, préambule (troisième « Attendu que »).

89. *Id.*, art. 5.1 (pour les instructions visées aux articles 4 et 5); *Loi sur l'Agence des douanes et du revenu du Canada*, précitée, note 86, art. 11 (2).

90. *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), c. S-22, art. 2 (1), pour la définition du terme « règlement ».

91. *Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments*, précitée, note 85, art. 19. Une simple mesure administrative peut donc suffire, comme cela a été le cas en octobre et novembre 2000 pour les produits susceptibles d'être contaminés par la maladie de la vache folle.

92. *Loi sur l'Agence de la consommation en matière financière au Canada*, précitée, note 87, art. 32 : « Le gouverneur en conseil peut par règlement [...] b) préciser la façon d'établir ce qui doit ou peut faire l'objet d'une mesure d'ordre réglementaire ». C'est normalement au législateur qu'incombe la responsabilité de déterminer ce qui peut ou doit faire l'objet d'un règlement.

pleine expansion, comme en témoigne l'utilisation de plans directeurs pour les nouveaux parcs et lieux historiques nationaux du Canada⁹³. Dans le domaine de l'aménagement du territoire, les plans d'urbanisme sont largement répandus⁹⁴. Ces deux types de plans obéissent à des rationalités semblables à celles des fins de planification. Dans le domaine de l'aménagement du territoire, il s'agit de déterminer des règles précises pour l'occupation des sols, ce qui confère une dimension relativement statique ou rigide à ces règles, peu importe le caractère réglementaire ou non réglementaire des plans d'urbanisme. Dans le cas des plans directeurs des parcs nationaux, la finalité reste du même type, mais avec néanmoins quelques infléchissements. Le plan directeur d'un parc doit présenter des objectifs et des indicateurs relatifs à l'intégrité écologique, ainsi que des « dispositions » ayant pour objet la protection et le rétablissement du milieu naturel, les modalités d'utilisation du parc par les visiteurs, le zonage, la sensibilisation du public et l'évaluation du rendement⁹⁵. Ce type de plan directeur constitue une formule intermédiaire entre le plan d'urbanisme et le plan stratégique, ce qui permet de les ranger dans la catégorie des programmes dits finalisés⁹⁶. Ces mécanismes se caractérisent par la formulation d'objectifs et de principes directeurs aux fins de rationalisation et de planification. Ce droit instrumentalisé trouve le fondement de sa validité non seulement dans la régularité procédurale à laquelle le courant procéduraliste attache de nombreuses vertus⁹⁷, mais également, sinon davantage, « dans [son] aptitude à atteindre les objectifs de la politique publique⁹⁸ ». Le seul fondement en serait l'efficacité, ce qui correspond à des exigences de performance dans le règlement des problèmes. Cette approche instrumentale privilégie les aptitudes et les moyens sans égard aux catégories classiques du droit, virtuellement condamnées pour obsolescence.

93. *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, L.C. 2000, c. 32, art. 11 ; *Loi sur l'Agence Parcs Canada*, précitée, note 84, art. 32.

94. *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q., c. A-19.1, art. 81 (plan d'urbanisme) et 145.9 (plans d'aménagement d'ensemble).

95. *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, précitée, note 93, art. 11 (1).

96. C.-A. MORAND, *op. cit.*, note 6, p. 74.

97. J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 311 (conception procédurale de la démocratie) ; J. LENOBLE, « Idéal de la raison et raison procédurale », dans J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *op. cit.*, note 13, p. 257, à la page 286 (constat de procéduralisation cognitive du droit et des institutions) et à la page 288 (scepticisme en conclusion) ; J. LENOBLE, « La procéduralisation contextuelle du droit », dans P. COPPENS et J. LENOBLE (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 97, à la page 102 (critique des modèles contemporains de procéduralisation, notamment de celui d'Habermas) et à la page 121 (proposition du modèle de la procéduralisation contextuelle).

98. C.-A. MORAND, *op. cit.*, note 6, p. 95.

Les plans stratégiques répondent ainsi au besoin d'élaborer des règles « finalisées » et programmatrices en vue de produire des résultats concrets, quantifiables. La « planification finalisée » par le recours au système du plan, largement associée au bloc socialiste durant le xx^e siècle, représente un défi nouveau en droit public nord-américain. Ironie des choses, cette volonté de planification est issue d'une transformation globale du management (plan d'affaires ou plan d'entreprise) et pourrait être interprétée comme une technique issue de la gestion des entreprises. En dépit des apparences, la planification n'est pas une technique dont le terreau originel se situerait dans le secteur privé. C'est bien parce que le défunt bloc socialiste ne représente plus une menace que le monde du travail recycle désormais des techniques issues de l'économie planifiée et de l'interventionnisme étatique. Les impératifs de rationalisation de l'action administrative sont par ailleurs déterminants pour l'élaboration des politiques publiques et le choix des moyens⁹⁹. Au Canada et plus particulièrement au Québec, le droit administratif doit désormais composer avec un nouveau mode d'intervention (ou de régulation) : la planification par le système du plan « finalisé » (dit « stratégique »). D'autres types de plans « finalisés » sont également obligatoires pour les ministères et organismes, comme en témoigne « le plan pluriannuel d'allègement des normes de nature législative ou réglementaire¹⁰⁰ ».

Le seul moyen d'en savoir davantage sur la nature juridique (ou non juridique) du plan nécessite une incursion dans le droit public des pays occidentaux qui l'utilisent depuis quelques décennies, notamment la France. À la différence de l'approche soviétique, impérative, rigide et centralisée, la France a élaboré un autre modèle avec le Premier plan de modernisation et d'équipement du 16 janvier 1947, mieux connu sous le nom de *Plan Monnet*¹⁰¹. Tout au long des IV^e et V^e Républiques, plusieurs plans se sont succédé, ce qui a conduit les publicistes français à s'interroger sur la nature juridique de ces plans. La littérature savante sur ce sujet est abondante, et il est impossible d'en faire la recension pour la présente étude. Ce sujet relève principalement du droit public économique. La parution de réflexions savantes sur le régime juridique « des actes juridiques à carac-

99. Sur ce transfert de la technique de la planification et le besoin de rationalisation des objectifs, voir : J. CHEVALLIER, *Science administrative*, coll. « Thémis », Paris, PUF, 1986, à la page 455.

100. Voir *infra*, note 149.

101. Son instigateur, Jean Monnet, figure politique majeure de l'Europe du xxe siècle, a joué un rôle déterminant dans le long processus qui a mené à la création de la Communauté européenne le 25 mars 1957 (Traité de Rome).

tère prospectif¹⁰² » doit être signalée, mais surtout l'existence d'un vaste débat sur la nature juridique des plans. La formule française du plan ressemble beaucoup à celle des plans stratégiques utilisés dans la fonction publique au Québec, ce qui montre l'unité conceptuelle de cette catégorie. L'approche française se caractérise par l'existence d'analyses, de bilans, de recommandations (et non pas des prescriptions comme dans le modèle soviétique), de possibilités d'adaptation (souplesse) et par la concertation. L'élaboration concertée a été confirmée par l'importante loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification¹⁰³ (gouvernement socialiste de Pierre Mauroy, premier septennat de François Mitterrand)¹⁰⁴.

Les mêmes questions peuvent être réactualisées. Les plans sont-ils des actes juridiques ? Sont-ils du droit ? L'évaluation de la nature juridique des plans serait « un problème embarrassant et difficile¹⁰⁵ ». La majorité des auteurs considèrent que le plan est un acte technique et politique, non juridique¹⁰⁶. Son caractère incitatif et optatif le priverait des caractères de l'acte juridique public (prescriptif, impératif, normatif). Ce qui semble décisif, c'est l'impossibilité de modifier l'ordre juridique par l'introduction de normes ou de règles. Ce classement suscite néanmoins des réserves ou un malaise perceptibles dans plusieurs études qui suggèrent de reconnaître la juridicité des plans¹⁰⁷. Parmi ces derniers, H. Jacquot a emprunté aux

102. P. CHAPAL, « Recherches sur la notion et le régime des actes juridiques à caractère prospectif », *A.J.D.A.*, 1968, p. 323, p. 334 (position favorable à l'intégration de la prévision dans le domaine du droit). La notion de normes prospectives a été reprise par R. SAVY, *Droit public économique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1977, p. 102.

103. H. JACQUOT, « La planification : loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 », *A.J.D.A.*, 1982, p. 577, à la page 578 (l'article premier précise que le plan sert à déterminer des choix stratégiques et des objectifs). La loi de 1982 privilégie la concertation et l'approche contractuelle pour mobiliser les partenaires de l'État.

104. Sur l'autorité formelle de la loi de plan, le Conseil constitutionnel a livré une décision lors du processus d'adoption de la loi du 29 juillet 1982. La loi de plan est une loi parlementaire qui ne comporte aucune spécificité juridique, aussi bien du fait de son intitulé que de son contenu : « Décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1982 », *A.J.D.A.*, 1982, p. 652.

105. A. DE LAUBADÈRE et P. DELVOLVÉ, *Droit public économique*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1986, p. 435.

106. Sur ce courant, voir notamment : J.-L. QUERMONNE, « Les effets de la planification au niveau de l'appareil politique et de l'ordonnement juridique », dans CAHIERS DE LA FONDATION NATIONALE DES SCIENCES POLITIQUES, *La planification comme processus de décision*, Paris, Armand Colin, 1965, p. 95, à la page 99 (affirmation de l'absence de force juridique) et à la page 110 (le plan représente un processus décisionnel antithétique au droit).

107. J. RIVERO, « Le plan et le droit », dans CAHIERS DE LA FONDATION NATIONALE DES SCIENCES POLITIQUES, *op. cit.*, note 106, p. 121, à la page 123 (appel en vue de la création de catégories nouvelles en droit) ; A. DE LAUBADÈRE et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, note 105,

juristes soviétiques la notion de « normes-objectifs » qu'il oppose aux « normes-règles »¹⁰⁸.

Ce débat ressemble à plusieurs égards à celui des directives en droit administratif canadien¹⁰⁹. La réponse semble prédéterminée par le peu de considération accordée aux règles administratives qui échappent aux formalités d'élaboration des actes réglementaires. La question du statut juridique des plans stratégiques semble ainsi réglée d'avance. Tout comme ils le font actuellement pour les directives, les juges n'y verront que des règles administratives (non juridiques) ou des instruments de gestion dépourvus des attributs de la juridicité. Ces plans seront considérés comme des documents qui n'offrent pas de « règles de droit » même si la *Loi sur l'administration publique*¹¹⁰ les institue et trace un cadre juridique.

Cet essor de la planification est donc à l'origine de nouveaux mécanismes qui offrent la possibilité de « règles-objectifs » pour la rationalisation de l'action administrative. En dépit de leur statut proprement technique et administratif qui les relègue en marge des catégories officielles du droit public, ces instruments produisent des effets. Leur effectivité est indéniable du seul fait de la mobilisation de l'appareil administratif. Dans cette perspective utilitariste, ces effets relèvent-ils du droit ? Dans quelle catégorie faut-il les ranger puisqu'ils échappent ostensiblement au procédé de l'acte réglementaire ? Ces quelques constats préliminaires permettent de

p. 447. Alain-Serge Mescheriakoff apporte une réponse nuancée afin de résoudre ce dilemme : doivent être considérés comme juridiques les plans formalisés dans ou par un acte juridique, ce qui ne serait pas le cas des plans qui ne sont que des documents administratifs. Pour ces derniers, il leur attribue « une certaine force juridique » en raisonnant par analogie avec le régime des directives en droit administratif (les plans servent de base légale pour des actes administratifs ultérieurs). Dans cette perspective, la planification relève de l'ordre juridique, mais avec une « portée normative limitée » ; A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, coll. « Droit fondamental », Paris, PUF, 1994, p. 182 et 185. Pour une approche plus favorable à la juridicité du plan et de la planification, voir : J.-P. COLSON, *op. cit.*, note 34, p. 373.

108. H. JACQUOT, « Sur la nature juridique des plans français », (1969) *Droit social* 361, 365 ; H. JACQUOT, *Le statut juridique des plans français*, Paris, LGDJ, 1973, p. 224.

109. Les juristes qui ont pris position en faveur de la juridicité des directives forment un groupe restreint de professeurs dissidents : D. MOCKLE, « Ordre normatif interne et organisations », (1992) 33 C. de D. 965, 1036 et 1042 ; P. Issalys et D. Lemieux sont ambivalents dans : P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 21, p. 490 (négarion du statut de « véritable norme juridique ») et p. 520 (reconnaissance du « caractère concrètement normatif de la directive ») : cette ambivalence reflète les ambiguïtés du régime juridique de la directive et débouche sur la proposition d'une juridicisation de la directive, *idem*, p. 520 ; F. HOULE, *op. cit.*, note 22, p. 205.

110. *Loi sur l'administration publique*, précitée, note 44.

renouer avec la problématique des pratiques infraréglementaires et pararéglementaires¹¹¹. La même ambiguïté persiste pour toute intervention administrative qui emprunte certaines caractéristiques de l'acte réglementaire, ne serait-ce que pour formuler des règles de portée générale. Si ces interventions sont des succédanés de chartes ou de déclarations de droit, ce parallélisme correspond à un besoin de dédoublement ou de décloisonnement de la normativité dans des registres proprement institutionnels où la question de l'effectivité supplante les exigences de légalité.

1.2.2 Les chartes d'usagers et les déclarations de services

Les plans stratégiques reflètent une catégorie relativement homogène. En revanche, la prolifération de chartes et de déclarations en tout genre semble défier toute tentative de systématisation, au point qu'une analogie avec les circulaires administratives pourrait être envisagée¹¹². En dépit de cette hétérogénéité, le succès considérable de ces « chartes » peut être expliquée de différentes façons. Le besoin d'énoncer des « droits » sous forme de chartes à l'intention de catégories particulières (contribuables, usagers, patients hospitalisés, étudiants) montre l'influence grandissante des « chartes officielles » dans l'imaginaire politique et juridique. Au Canada, le modèle offert par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹³, ainsi que par la *Charte des droits et libertés de la personne*¹¹⁴ au Québec, explique en partie cet attrait, et le désir de transposition dans des domaines sensibles où des populations captives d'usagers dépendent étroitement de la qualité des services offerts. Le management apparaît néanmoins comme le véritable moteur de cette évolution par l'introduction du thème de la qualité dans le fonctionnement des services publics. Les efforts du gouvernement conservateur de John Major afin de privilégier la qualité des services par la *Citizen's Charter* de juillet 1991¹¹⁵ sont à l'origine d'un modèle qui a gagné progressivement de nombreux domaines de l'action administrative et gouvernementale. Il ne faut donc pas être étonné de la multiplication de chartes en tout genre dans le but de reconnaître des « préceptes

111. D. MOCKLE, *op. cit.*, note 20, p. 267 (problèmes d'intégration à la légalité).

112. *Id.*, p. 64 (la circulaire, notion vide de sens ?).

113. *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 2.

114. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

115. BRITISH GOVERNMENT, *The Citizen's Charter. Raising the Standard*, Londres, HMSO, 1991. Sur ce modèle, voir : R. LOVELL, « Citizen's Charter : The Cultural Challenge », (1992) 70 *Public Administration* 395, 403 (bibliographie sur les ouvrages et articles qui ont précédé la réforme de 1991) ; G. DREWRY, « Mr. Major's Charter : Empowering the Customer », (1993) *Public Law* 248, 252 (analyse du pseudo-constitutionnalisme de la Charte de 1991).

juridicisés » ou des garanties de qualité formulées dans des termes apparentés au droit pour divers groupes d'utilisateurs. Dans certains domaines, notamment celui de la santé, des préoccupations déontologiques sont visibles¹¹⁶. Ce mouvement rejoint également le phénomène des codes de conduite qui sera traité plus loin.

À titre de succédanés des chartes classiques sur les droits et libertés, ces « chartes » ne correspondent à aucune catégorie juridique connue et annonceraient, pour des observateurs, une déperdition du sens du droit : « les chartes ne disposent en elles-mêmes ni de valeur normative ni de validité juridique¹¹⁷ ». Un tel constat n'a évidemment de sens que dans la perspective de l'orthodoxie positiviste, car des liens ambigus unissent ces chartes au droit. Ces documents disposent en effet « d'une qualité réflexive et d'une fonction narrative propres à la structuration juridique¹¹⁸ ». Il est possible, à certains égards, de les rapprocher des codes de déontologie des ordres professionnels puisqu'ils ont pour objet de reconnaître des « droits », ainsi que des standards de qualité, jugés souhaitables pour des catégories d'utilisateurs ou à l'égard de situations délicates qui impliquent de nombreux acteurs (l'environnement par exemple). À la limite du droit, en dehors d'une fonction de réglementation officielle, ce phénomène accentue, par simple mimétisme du droit officiel, la recherche de solutions de rechange. Invoquer la déréglementation n'a guère de sens puisque ces chartes proposent une solution de rechange en vue de combler de nouveaux besoins dans la gestion des organisations. Leur existence souligne ostensiblement les limites de la régulation juridique traditionnelle au profit d'une reconversion axée sur des objectifs de qualité, d'efficacité et de performance, tout en interférant avec le discours des « droits ». La rédaction de ces chartes est directement inspirée de celle des chartes des droits et libertés. En étant juxtaposés au droit officiel, elles en constituent paradoxalement un prolongement pour insérer les destinataires désignés — salariés-exécutants et utilisateurs-consommateurs — dans une normativité « alternative », qui n'est pas officiellement du droit, tout en remplissant la totalité du champ normatif par des règles comportementales de plus en plus serrées.

116. Y. LE DUC, *Déontologie de la relation à l'utilisateur*, Paris, Dunod, 2000, p. 8 (recherche d'une définition de la déontologie adaptée au service public et à la fonction publique) ; P. JEAN, *La charte du patient hospitalisé*, Paris, Berger-Levrault, 1996, p. 37 (analyse de la circulaire DGS/DH n° 95-22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients hospitalisés et comportant en annexe une charte du patient hospitalisé).

117. G. KOUBI, « La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit ? », dans J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *op. cit.*, note 34, p. 165, à la page 174.

118. *Id.*, p. 172.

La multiplication de ces chartes crée un effet de saturation propice à l'investissement total de champs restés inoccupés, parce que souvent trop difficiles à conquérir en matière de droit positif. Pour le droit officiel, ces règles ont la propriété spécifique de ne pas être juridiques. Loin d'être une « non-catégorie » qui ne correspondrait à aucun point de repère connu pour le droit positif, elles répondent à un besoin de reconversion en vue de progresser dans la confection de nouveaux dispositifs de pouvoir. Leur dénominateur commun est de pouvoir produire des effets normatifs « spéciaux » par effet de cooptation ou de pression institutionnelle sur des destinataires captifs appréhendés selon leur statut. Dans des zones sensibles où des liens de proximité unissent exécutants et destinataires des normes pour la qualité des services, le droit officiel perd une part non négligeable de son efficacité par une trop grande distanciation entre la procédure d'élaboration des normes (loi-règlement) et les populations captives d'usagers. Ce « droit qui n'est pas du droit » tire son efficacité de son invisibilité juridique. Il réussit à infléchir les obligations réciproques des destinataires dans un registre périphérique qui surpasse, à certains égards, les propriétés formelles du droit. Malléables à volonté, devenues « solubles »¹¹⁹, ces règles ne peuvent pas être contestées par les usagers-citoyens, car elles leur échappent en grande partie. Élaborées directement par les cadres supérieurs, parfois dans un climat de concertation avec les employés et les usagers, elles proposent des orientations, des intentions, des recommandations ou des programmes d'action qui offrent l'apparence rassurante des normes tout en étant un substitut de réglementation. Pour l'Administration, l'avantage de ce « droit qui n'est pas du droit » est déterminant afin de progresser dans le contrôle effectif de l'espace public par le surinvestissement des ordres normatifs internes¹²⁰. Dépourvues de certains éléments traditionnels associés à la juridicité, les chartes permettent l'affirmation de principes directeurs et de règles téléologiques qui conditionnent étroitement le travail des fonctionnaires tout en échappant aux balises traditionnelles du droit (élaboration, publicité, opposabilité, contrôle juridictionnel). Il s'agit bien d'aller au-delà du droit par de nouveaux dispositifs de pouvoir et de gouvernement. Ce dépassement du droit n'a de sens que par la cooptation de propriétés ou de mécanismes que le droit officiel ne peut offrir.

Leur ambivalence en est la principale caractéristique, pour ne pas dire leur qualité intrinsèque. Cette invention résulte du mélange de valeurs et de principes formulés pour la qualité des services, alors qu'en contrepartie

119. J.-G. BELLEY, « Une métaphore chimique pour le droit », dans J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble*, Coll « Droit et société », Paris, LGDJ, 1996, p. 12.

120. D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 109, 1052 (expansion de l'ordre juridique institutionnel).

coexistent des affirmations de « droits », mais aussi des obligations, qui finissent par se fondre dans des dispositions incantatoires où le lecteur ne sait plus reconnaître le seuil du droit. Cette insaisissabilité offre la possibilité de transcender les limites du droit par une transposition « hors échelle » de l'opposabilité-effectivité dans des dimensions négligées par la réglementation classique. Certes, certaines chartes ne dépassent guère le niveau des prestations ou des services qu'il convient de reconnaître aux fins de l'élé-gance administrative. Tel est le cas de la charte dont l'élaboration incombe au directeur général de l'Agence Parcs Canada pour des questions de prestations et de gestion des ressources humaines¹²¹. Par contre, dans d'autres domaines où des catégories d'usagers sont directement visées, voire toute la population, cette ambiguïté facilite la conquête progressive de l'espace social par des formules annonciatrices d'un droit en devenir (et non en déperdition). Ainsi, l'Université du Québec à Montréal a adopté en 2000, sur simple résolution de son conseil d'administration, la *Charte des droits et responsabilités des étudiantes et des étudiants*¹²². Après un bref énoncé de principes, cette charte ne sert qu'à formuler des « droits », certains ayant pour objet de réaffirmer le principe de la qualité pour la formation et l'environnement (dimension « services »), alors qu'en revanche de nombreux préceptes correspondent à des catégories connues du droit positif : propriété intellectuelle, droit à l'information et à la qualité, droit à la participation, ainsi que des droits procéduraux (version simplifiée des exigences connues en droit administratif). La partie consacrée aux responsabilités des étudiants a pour objet d'inculquer des normes de comportement. Cet assemblage de règles ne peut, en pratique, qu'être appliqué et sanctionné par l'Ombudsman de l'Université, et il est facile d'imaginer la perplexité d'un juge de la Cour supérieure saisi d'une demande de contrôle judiciaire pour la violation de règles qui ne figurent pas dans les règlements de l'Université. Cette charte conditionne étroitement des droits essentiels pour la population étudiante, tous cycles confondus¹²³. Tout en étant dans la mou-

121. *Loi sur l'Agence Parcs Canada*, précitée, note 84, art. 16. Cette charte doit être accessible au public.

122. UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL, *Charte des droits et des responsabilités des étudiantes et des étudiants*, résolution 2000-A-11021, Montréal, UQAM, mai 2000. L'Université Laval a instauré une charte similaire depuis 1989 : *Déclaration des droits des étudiants et étudiantes*, texte approuvé par le Conseil de l'Université Laval à sa séance ordinaire du 15 août 1989 (U-89-150) et modifié à maintes reprises.

123. L'article 16 est le plus important : l'étudiant admis à l'Université doit respecter les règlements, politiques et directives de l'établissement et doit accepter, lors de son admission à un programme d'études, le caractère public, francophone et laïque de l'établissement et les obligations qui s'y rattachent.

vance du droit, le phénomène des chartes offre la particularité d'une reconversion de droits ou d'obligations déjà reconnus par loi ou règlement, ou en attente de reconnaissance par des mécanismes proprement juridiques, tout en étant invisible pour le droit positif¹²⁴.

C'est dans la confusion des genres qu'il faut rechercher l'efficacité et l'effectivité de ces ersatz qui déclinent dans tous les genres et sur tous les modes des préceptes issus directement de l'union impensable du droit administratif et du management. Le *Pacte social* proposé par le Protecteur du citoyen dans son *24^e Rapport annuel* en est un bon exemple¹²⁵. Daniel Jacoby transpose sur un mode narratif du type « chartes » les orientations du nouveau management public, mais également des principes de droit public. L'amalgame des deux courants, repris à des fins pédagogiques (le Protecteur cherche visiblement à éduquer les différentes catégories de personnel qui relèvent de sa compétence), confère une portée inédite à cette énumération de « pratiques », de « devoirs » et de « repères » qui ont pour objet la transparence, l'accès, la légalité et le caractère raisonnable, l'équité procédurale, l'évaluation des attentes et des services, la dignité, ainsi que les moyens requis pour la correction des défaillances. Cette symbiose permet de dépasser les limites du droit administratif, ainsi que celles des droits et libertés, en vue d'offrir une sorte de version juridicisée des principes du management, quitte à les réactualiser et à les bonifier par des exigences issues du droit. Ni le droit administratif ni le management, pris isolément, ne peuvent offrir pareille panacée. L'originalité de ces chartes résulte de cette capacité à intégrer des dimensions non juridiques, venues d'autres disciplines (non seulement l'éthique et le management, mais les sciences expérimentales), et de les reconvertir en les intégrant à des exigences propres au droit positif.

124. Par l'affirmation de principes, il serait toujours possible de prétendre que les organismes qui adoptent ces chartes se compromettent, engendrent des attentes et offriraient ainsi la possibilité, aux fins de contestation judiciaire, de l'expectative légitime. Ce moyen n'est pas valable pour tout ce qui correspond ou s'apparente à l'exercice d'une fonction législative et son application au domaine infraréglementaire est plus qu'aléatoire. Dans l'affaire *Baker*, la juge L'Heureux-Dubé a affirmé que « la doctrine de l'attente légitime ne peut pas donner naissance à des droits matériels en dehors du domaine de la procédure » : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 840. Dans un arrêt plus récent, *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Ministre de la Santé et des Services sociaux du Québec*, [2001] 2 R.C.S. 281, la Cour (j. Binnie) réaffirme que la théorie de l'expectative légitime est restreinte à la réparation procédurale, ce qui correspond aux faits en litige dans cette affaire (procédure de renouvellement de permis).

125. LE PROTECTEUR DU CITOYEN, *24^e Rapport annuel, 1993-1994*, Québec, Le Protecteur du citoyen, 1994, p. 59.

Ces mécanismes néo-juridiques sont potentiellement appelés à devenir des éléments de droit positif. Plus ils se rapprochent du contenu des chartes traditionnelles, plus leur intégration devient inéluctable, *a fortiori* lorsqu'ils reconnaissent des « droits » qui n'ont pas été avalisés par loi ou règlement et qui font figure de « droits nouveaux ». À l'inverse, si leur contenu ressemble à des manuels de gestion conçus pour chiffrer par indicateurs de performance des objectifs de rendement, ils apparaissent comme des mécanismes de pondération de critères et de solutions retenus afin d'offrir aux usagers la *Déclaration de services aux citoyens*. Ces deux « cas extrêmes » méritent quelques commentaires.

Le premier type correspond au *Code de bonne conduite administrative* proposé le 17 juin 1999 à Strasbourg par le Médiateur européen, Jacob Soderman, afin de concrétiser par des balises précises le droit des citoyens de l'Union « à une bonne administration » (article 41 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*¹²⁶). Ce projet de code a été adopté sous sa forme définitive le 6 septembre 2001 par résolution du Parlement européen¹²⁷. Son statut actuel ainsi que la nature de ses dispositions en font une « charte » du même type que celles que nous avons mentionnées plus haut. Dans le texte de la résolution, un député a néanmoins invité la Commission européenne à soumettre un projet de règlement contenant le *Code de bonne conduite administrative* et qui serait fondé sur l'article 308 du *Traité instituant la Communauté européenne*. Par l'intégration du Code dans un règlement, le but serait de souligner pour les citoyens et les fonctionnaires le caractère contraignant des règles et principes énoncés. Ce code pourrait ainsi être avalisé par règlement en 2002 à la suite d'une initiative officielle de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen, suivie d'une proposition de la Commission et de l'accord unanime du Conseil.

À la différence du *Pacte social* du Protecteur du citoyen, ce code a un contenu qui privilégie des dimensions juridiques, la question de la qualité étant limitée à des considérations de courtoisie avec le public. Les droits énumérés correspondent à des enjeux du droit public contemporain : conformité au droit, légitimité, absence de discrimination, proportionnalité, impartialité et indépendance, objectivité, cohérence, équité et caractère

126. La *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* a été proclamée lors du Sommet européen de Nice le 7 décembre 2000 : *Traité de Nice*, Journal officiel c 80 10.03.2001.

127. LE MÉDIATEUR EUROPÉEN, *Code de bonne conduite administrative*, référence : C5-0438/2000 – 2000/2212(COS), [En ligne], 2001, [<http://www.europarl.eu.int>.] (septembre 2001). Ce document est désormais disponible en support papier et diffusé par l'Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2002.

raisonnable, respect de la langue choisie par le citoyen de l'Union. Une partie importante du Code énumère des droits procéduraux pour le traitement des « lettres ou requêtes » transmises au Médiateur européen. En vertu de l'article 25, la Commission européenne a l'obligation de publier et de diffuser le Code « parmi les citoyens sous la forme d'une brochure¹²⁸ ».

À l'opposé, cette fonction déclaratoire peut reprendre la formule du plan stratégique en vue d'offrir au public la *Déclaration de services aux citoyens*, qui consiste non pas à énumérer des « droits », mais à formuler des règles-objectifs sur le niveau et la qualité des services offerts¹²⁹. En énonçant des « normes de qualité », le management ruine la prétention du droit à réserver le terme « normes » aux seules sources officielles du droit positif, et il contribue ainsi au brouillage des pistes par le surinvestissement de règles en tout genre dans la gestion de l'administration publique. La mutabilité de ces standards de qualité est déroutante, car ils peuvent être proclamés sous diverses formes, lois, règlements, chartes, codes et déclarations¹³⁰. Le phénomène des chartes peut ainsi revêtir l'aspect d'engagements unilatéraux dans le domaine de l'environnement, de la protection des consommateurs ou des contribuables, ce qui éveille à juste titre la méfiance des juristes qui subodorent la dénaturation de la notion de charte et la dysfonction des processus classiques d'élaboration du droit¹³¹. C'est justement dans cette propension à offrir un « questionnement » dans un domaine

128. *Id.*, art. 25. L'article 26 réaffirme le droit de se plaindre au Médiateur européen conformément à l'article 195 du *Traité CE* (version consolidée du *Traité sur l'Union européenne* signé à Maastricht le 7 février 1992). Ce qui apparaît néanmoins comme une nouveauté, c'est le droit de se plaindre pour tout manquement d'un organisme ou d'un fonctionnaire (européen) à se conformer aux principes énoncés dans le Code.

129. *Loi sur l'administration publique*, précitée, note 44, art. 6 et 7. Ces objectifs sont formulés sous forme de « normes de niveau et de qualité de prestations de service » qui concernent plus précisément les modalités d'accès, le comportement du personnel, le traitement de la demande de service, ainsi que le mécanisme de traitement des plaintes ; P.A. BÉLANGER, *Guide sur la déclaration de services aux citoyens*, Québec, Secrétariat à la modernisation de la gestion publique, Gouvernement du Québec, 2000, p. 11.

130. L'intégration de préceptes issus du management peut se faire en la forme juridique, au point que l'énonciation de garanties proprement juridiques peut avoir pour objet « d'assurer la qualité, la célérité et l'accessibilité » du service offert ; *Loi sur la justice administrative*, précitée, note 45, art. 1. Si la loi reprend le discours de la qualité, certains critères sont plus ou moins interchangeables, et rien ne permet de les cantonner *a priori* dans le droit ou le non-droit.

131. « Ces techniques [les chartes] accusent le caractère indéfini de la frontière entre actes unilatéraux et actes contractuels, mais aussi la difficulté d'une distanciation entre résolutions négociées et fixations d'objectifs » : G. KOUBI, *loc. cit.*, note 117, 172.

sensible, comme le fait Daniel Jacoby avec le *Pacte social*¹³², qu'il y a rupture avec le droit tout en le réinvestissant par de nouveaux principes et des stratégies d'élaboration inconnues en droit positif. Le résultat correspond à une logique de solution de rechange. Comme dans les plans stratégiques, ce sont les exécutants qui sont visés. À la différence des directives du droit administratif qui ont également pour objet de les encadrer par des règles aux fins de processus décisionnels, les chartes rappellent aux mêmes exécutants que les usagers ont des « droits » dans un spectre élargi qui confond droit et management. Ces chartes sont réellement des dispositifs de pouvoir qui renforcent le pouvoir des autorités (entreprises-organisations) sur leurs salariés par des instruments déjuridicisés qui n'en restent pas moins des mécanismes normatifs (référence directe à des « normes »). En utilisant des « chartes » qui ne peuvent être substituées aux sources classiques du droit, l'État accentue l'invisibilité juridique de ce « droit qui n'est pas du droit ». En principe « inopposable » selon les règles du droit positif, il correspond au besoin grandissant des gestionnaires de gouverner « au-delà du droit » par des règles effectives. Les nouveaux modes de régulation déplacent ainsi l'élaboration des politiques publiques sur le terrain de l'effectivité au détriment de la légalité, réduite à un rôle secondaire.

2 La recherche de solutions de rechange à la réglementation

Ce courant relève de la même mouvance que le nouveau management public puisqu'il est également issu des travaux dirigés par le vice-président Al Gore au début des années 90, lesquels sont à l'origine du rapport intitulé : *Creating a Government that Works Better and Costs Less*¹³³. Comme dans le domaine de la gestion, la recherche d'approches « novatrices » (*innovative approaches*) en constitue le fil conducteur en vue de diminuer le coût de la réglementation, ainsi que pour en améliorer l'efficacité et l'effectivité (*higher compliance*). Ce questionnement s'inscrit toutefois dans le courant plus vaste connu sous le nom de *regulatory reform*, dont les origines remontent au début des années 80¹³⁴. Associé à l'école Law

132. LE PROTECTEUR DU CITOYEN, *op. cit.*, note 125.

133. OFFICE OF THE VICE-PRESIDENT, U.S. NATIONAL PERFORMANCE REVIEW, *op. cit.*, note 49, p. 167 (dix recommandations essentielles pour comprendre les débats contemporains) Voir notamment : *idem*, REG02, « *Encourage more innovative Approaches to Regulation* » ; REG06, « *Encourage Alternative Dispute Resolution when Enforcing Regulations* » ; REG08, « *Improve Regulatory Science* ».

134. L'*Osgoode Hall Law Journal* a publié un numéro sur ce thème en 1982. Voir : J.R.S. PRICHARD, « *Regulatory Reform : An Introduction* », (1982) 20 *Osgoode Hall L. J.* 427. En 1981, le Conseil économique du Canada avait publié un premier rapport : CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA, *Pour une réforme de la réglementation / Reforming*

and Economics¹³⁵ et à la déréglementation, ce mouvement a considérablement évolué, surtout dans la première partie de la décennie 90, pour proposer des solutions de rechange à la déréglementation¹³⁶. En droit américain, des changements avaient déjà été faits en 1990 aux fins de transparence et de consultation¹³⁷, avant même le dépôt du rapport Gore de 1993. Pour le Canada, ce mouvement a rapidement suscité l'intérêt du ministère de la Justice qui a entrepris plusieurs recherches et travaux¹³⁸, ainsi que celui du Comité permanent des finances¹³⁹, suivi de la réponse du Conseil du Trésor¹⁴⁰. Les tentatives de réforme qui ont été entreprises au Canada en 1994 et en 1995 en sont une illustration directe.

Avant de les présenter, il est indispensable de dissiper des sources de confusion. Cette recherche de solutions de rechange ne correspond pas au stéréotype de la déréglementation, qui se caractérise par la suppression de

Regulation, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981, p. 171, pour la version française (liste de recommandations favorables à l'assouplissement et à l'harmonisation de la réglementation, avec des suggestions de déréglementation pour certains secteurs liés au domaine du transport).

135. N.K. KOMESAR, *Imperfect Alternatives, Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, p. 3.
136. L'ouvrage le plus connu est celui de I. AYRES et J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 35 et suiv. (étude de plusieurs modèles présentés comme *regulatory strategies*). Pour une mise en perspective des *regulatory regimes*, voir M. A. EISNER, *Regulatory Politics in Transition*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1993, p. 8.
137. *Negotiated Rulemaking Act of 1990*, Public Law 101-648, 104 Stat. 4969. Cette loi ne vise que les agences fédérales. De façon paradoxale, la décennie 90 ne présente pas de modification majeure sur le plan législatif à cause des divergences entre républicains et démocrates. Un premier projet, *Regulatory Reform Act*, a été introduit devant le Congrès en 1995. En 1997, il a été introduit au Sénat avec un titre récurrent, *Regulatory Improvement Act*, au fil des différentes versions de 1998, de 1999 et de 2000 présentées devant la Chambre des représentants ou le Sénat.
138. Pour la recension de ces travaux, voir l'étude suivante : O.E. FITZGERALD, « Current Directions in Federal Regulatory Reforms : A Practitioner's Perspective », (1996-97) 10 *Can. J. Adm. Law Pract.* 215, 226.
139. SOUS-COMITÉ DE LA RÉGLEMENTATION ET DE LA COMPÉTITIVITÉ, *Réglementation et compétitivité*, 17^e rapport du Comité permanent des finances, Ottawa, Chambre des communes, 1993, p. 45 (évaluation du coût des nouveaux règlements) et p. 76 (intégration des normes par référence dans les règlements). Ce document a exercé une influence considérable sur les questions de réglementation.
140. CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, AFFAIRES RÉGLEMENTAIRES, *Responsive Regulation in Canada/Une réglementation canadienne adaptée aux réalités de l'heure*, réplique du gouvernement au rapport du Comité mixte permanent des finances, Ottawa, Conseil du Trésor, 1993, p. 39.

la réglementation, sans autre possibilité¹⁴¹. Pour le droit anglo-américain, la déréglementation apparaît désormais comme un thème de la décennie 80¹⁴² qui a engendré comme réponse politique et juridique une nouvelle approche aux fins de la *regulatory reform*. Pour l'Union européenne, la suppression de certains monopoles concernant les services publics a engendré un cadre institutionnel et juridique similaire à celui de l'Amérique par la création d'agences ou d'autorités indépendantes de régulation¹⁴³. La possibilité de confusion est réelle et récurrente, car des réformes entreprises dans les années 90, comme celle qui a été menée par le gouvernement conservateur de John Major, la *Deregulation and Contracting Out Act* de 1994¹⁴⁴, sont le fruit direct du « thatchérisme » et du « reaganisme » des années 80. Ce qui ne simplifie en rien la complexité du débat, c'est la parution du rapport *Regulatory Reform* de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) en 1996 qui offre de multiples possibilités en proposant la déréglementation ou des solutions de rechange¹⁴⁵. En dépit du fait que le thème de la *regulatory reform* était

-
141. Pour des études comparatives et de portée générale, voir notamment : INSTITUT FRANÇAIS DES SCIENCES ADMINISTRATIVES, *Les déréglementations. Étude comparative*, Paris, Economica, 1988 ; FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES DE POITIERS/FACULTÉ DE DROIT DE NIMÈGUE, *La déréglementation, Actes du colloque conjoint de mai 1985*, Paris, PUF, 1986, p. 11. La déréglementation serait distincte de l'abrogation pure et simple des règlements.
142. Il est utile de rappeler que le gouvernement conservateur de Margaret Thatcher remonte à 1979 et le gouvernement républicain de Ronald Reagan, à 1981. Pour un bilan, voir : M. AZUELOS (dir.), *La déréglementation des économies anglo-saxonnes. Bilan et perspectives*, Paris, Presses de la Sorbonne nouvelle, 1995.
143. J. McELDOWNEY, « Law and Regulation : Current Issues and Future Directions », dans M. BISHOP, J. KAY et C. MAYER (dir.), *The Regulatory Challenge*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 408, à la page 412 (analyse des nouveaux mécanismes de régulation à la suite des actes de privatisation du gouvernement conservateur).
144. *Deregulation and Contracting Out Act*, Current Law Statutes 1994, vol. 3, c. 40. Le préambule ne laisse place à aucune ambiguïté : « An Act to amend, and make provision [...] in order to remove or reduce certain burdens affecting persons in the carrying on of trades, businesses or professions or otherwise, and for other deregulatory purposes. »
145. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation*, Paris, Service des publications de l'OCDE, 1997 : voir notamment le chapitre 2 du tome 2, plus particulièrement à la page 265 (recommandations). Ce rapport est un recueil d'études largement orientées vers une *market access-oriented regulatory reform* pour reprendre les termes de la version originale anglaise. Voir, entre autres, la liste des recommandations dans le document de synthèse, aux pages 41 et suivantes, en particulier à la page 51 (suppression des obstacles réglementaires inutiles aux échanges commerciaux et à l'investissement).

orienté vers la recherche de solutions de rechange¹⁴⁶, cette réforme a été et reste en définitive un mouvement composite où diverses approches sont offertes « à la carte » en vue d'améliorer l'efficacité et l'effectivité de la réglementation¹⁴⁷. Elle ne peut toutefois être confondue avec le stade initial de la déréglementation auquel le Québec adhère depuis 1986¹⁴⁸, avec une relance en 1996 à la suite de la création par décret d'un secrétariat à l'allègement réglementaire qui relève du ministère du Conseil exécutif¹⁴⁹.

Notre but dans la présente étude n'est pas d'en faire l'inventaire, car de nombreuses solutions sont conformes aux exigences traditionnelles du droit (la fiscalisation de la réglementation en est un exemple par le recours

146. Le désir de dépasser les limites du « vieux débat » polémique réglementation/déréglementation apparaît clairement à la lecture des premiers travaux sur le sujet : S.G. WOOD, D.C. FLETCHER et R.F. HOLLEY, « Regulation, Deregulation and Re-regulation : An American Perspective », (1987) *Brigham Young Un. L. Rev.* 381, 464. Conclusion de cette étude : le nouveau cadre anticipé pour la réglementation sera disparate selon les secteurs, le tout projetant l'image d'un *patch-work*. Voir également : C.R. SUNSTEIN, « Paradoxes of the Regulatory State », (1990) 57 *University of Chicago L. Rev.* 407, 433. L'auteur critique les *self-defeating regulatory strategies* qui engendrent des résultats aberrants et il préconise plusieurs correctifs afin d'améliorer l'efficacité de la réglementation.

147. R.J. SCHULTZ, *Regulatory Reform. A Handbook of Possibilities*, rapport préparé pour Consumer and Corporate Affairs Canada, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1991, p. 38 ; J.M. KEYES, « Power Tools : The Form and Function of Legal Instruments Government Action », (1997) 10 *Can. J. Adm. Law Pract.* 133, 163.

148. *Décret concernant la déréglementation*, (1986) 118 G.O. II. 167 ; CONSEIL EXÉCUTIF, *Réglementer moins et mieux*, rapport final du Groupe de travail sur la déréglementation, Québec, Conseil exécutif, 1986, 2 vol.

149. *Règles sur l'allègement des normes de nature législative ou réglementaire*, décret 1362-96 du 6 novembre 1996, modifié par le décret 391-99 du 14 avril 1999. Ce secrétariat à l'allègement réglementaire est distinct du groupe-conseil, structure consultative composée de non-élus, qui a été et reste vivement contesté : L.-G. FRANCEUR, « Le groupe Lemaire doit cesser d'exister, estiment les environnementalistes », *Le Devoir*, 27 octobre 2000, p. A-4 ; P. MORENCY, « Quand un groupe-conseil se vautre dans le favoritisme », *Le Devoir*, 12 octobre 2000, p. A-9. Quoiqu'on puisse penser de ces controverses, les autorités devraient modifier la *Loi sur les règlements*, L.R.Q., c. R-18.1, afin d'y intégrer le contenu de ces règles qui modifient par simple décret le contenu de cette loi en ajoutant des exigences supplémentaires à certaines de ses dispositions, notamment l'article 10. Cet ajout résulte de la création d'une étude d'impact pour les projets de loi ou de règlement (art. 3 des règles), ainsi que l'obligation faite pour tout ministère ou organisme de déposer, auprès du secrétaire général du Conseil exécutif, « parallèlement à son plan stratégique », un plan pluriannuel d'allègement de ses normes de nature législative ou réglementaire (art. 8 des Règles). Cette approche est plus que problématique, car elle modifie directement une loi par décret. Compte de l'importance de ces enjeux, la *Loi sur les règlements* devrait être modifiée en conséquence. Faute de l'autorité et de la publicité propre au processus législatif, ce processus de filtrage manque de transparence.

à des allègements et à des avantages fiscaux)¹⁵⁰. L'apparition de « formes hybrides¹⁵¹ » est un phénomène plus important, car il reflète l'ampleur des transformations en cours en vue de dépasser le cadre traditionnel du droit public¹⁵². Ce sont ces mutations qui retiennent notre attention, car le mélange des formules et des genres est propice au développement de cette symbiose entre les « normes officielles » issues de la loi et des mécanismes qui ont précisément pour objet de dépasser les contraintes du droit par l'insertion de règles non juridiques. Ces nouveaux instruments de pouvoir introduisent une dynamique nouvelle de dépassement du droit. Nous avons retenu trois catégories dans le seul but de montrer la distanciation progressive recherchée par les autorités et les difficultés corrélatives qu'elles engendrent. L'élimination des contraintes du droit positif pose un redoutable défi pour l'exécutif qui recherche de plus en plus de liberté aux fins d'efficacité et de rationalisation. Ces trois cas de rupture (normes de substitution, procédé du renvoi et codes de conduite) forment une sorte de crescendo dans l'élaboration de formules de rechange. Dans chaque cas, le but ultime est l'introduction et l'utilisation de règles effectives qui, à des degrés divers, introduisent une mise à distance du droit, ou qui proposent un effet de rupture.

2.1 Les normes de substitution

La première solution ne rompt pas totalement avec le cadre traditionnel de la réglementation. Ce ne serait tout au plus qu'un glissement pour y substituer par une procédure d'agrément des normes qui n'auraient pas eu le statut de règlement. Telle était du moins l'intention du Conseil du Trésor lorsqu'il a déposé, en décembre 1994, devant le Parlement fédéral, le très controversé projet de loi C-62, *Loi sur l'efficacité de la réglementation*, qui est mort par la suite au feuillet sans dépasser l'étape de la première lecture. Le titre complet est plus révélateur : *Loi permettant de substituer à certains règlements de nouvelles normes et de conclure des*

150. Dans le respect du cadre traditionnel, les solutions de rechange sont nombreuses : le retrait des sanctions pénales au profit des sanctions administratives, la formulation d'énoncés de politique, le recours à des directives lorsque la loi n'impose aucune obligation pour la forme réglementaire, la signature d'ententes sectorielles (contractualisation des normes).

151. P. ISSALYS, « Figures et avenir de la déréglementation », *Éthique publique*, vol. 1, n° 2, 1999, p. 83, à la page 85.

152. La nécessité de solutions de rechange est invoquée pour dépasser les aberrations de la déréglementation : E.L. RUBIN, « Deregulation, Reregulation and the Myth of the Market », (1998) 45 *Washington and Lee L. Rev.* 1249, 1269.

*accords administratifs pour la réalisation des objectifs de la réglementation*¹⁵³. Le contenu de ce projet reste exemplaire de l'imbrication potentielle entre le « droit officiel » et des règles nommément désignées comme « normes de substitution », lesquelles auraient été en définitive une sorte de démembrement de l'acte réglementaire par la reprise de certains de ses attributs aux fins de sanction (régime pénal et administratif). La notion de démembrement suppose le détachement de certains attributs ou droits rattachés à une notion, ce qui est fort connu des privatistes pour le régime de la propriété¹⁵⁴. À certains égards, le démembrement peut expliquer qu'il soit possible de retrouver certains attributs de l'acte réglementaire dans un régime de rechange, mais il ne peut pas expliquer des dimensions nouvelles qui découlent d'une approche volontariste et contractuelle pour rompre avec l'unilatéralité de l'acte réglementaire. Le démembrement permet d'expliquer la décomposition d'une notion en attributs secondaires, mais non sa transformation ou sa mutation.

En dépit des critiques dont il a été l'objet, le projet de loi C-62 n'était pas en rupture totale avec le droit. Il s'agissait incontestablement d'une formule de rechange dont les difficultés sur le plan des principes avaient été mal évaluées. Son titre, *Loi sur l'efficacité de la réglementation*, annonçait déjà les transformations en cours des politiques publiques puisque sa rationalité première relevait de l'efficacité¹⁵⁵. Au nom de cette priorité, les instruments de réglementation deviendraient potentiellement un vaste champ livré à l'expérimentation de formules nouvelles.

Dans des domaines sensibles comme la santé, la sécurité et l'environnement, le projet de loi C-62 proposait de substituer à certains règlements de nouvelles normes (dont le statut aurait été très ambigu) en vue de « réduire les dépenses associées à la réglementation » à l'échelle des entreprises (objectifs énoncés dans l'article 3). Autrement dit, ce projet de loi reflétait la prépondérance de l'utilitarisme et de l'efficacité¹⁵⁶, quitte à

153. *Loi sur l'efficacité de la réglementation*, Projet de loi C-62, 1^{re} session, 35^e législature (Can.).

154. Très tôt, les privatistes ont été dans l'obligation de concevoir le droit de propriété sous forme d'assouplissements afin d'offrir, grâce à l'emphytéose, l'usufruit, l'usage et les servitudes, des modes d'appropriation moins contraignants que le cadre traditionnel.

155. Sur la généalogie du thème de l'efficacité, voir : B. CHAPMAN et J. QUINN, « Efficiency, Liberty and Equality : Three Ethical Justifications for Regulatory Reform », (1982) 20 *Osgoode Hall L. J.* 512, 513.

156. Cette dimension réintroduit la rationalité dominante de l'école Law and Economics. Pour un « règlement de compte » avec ce courant, voir : R.A. MACDONALD, « Entre l'efficiencia de Justinien et la justice de Locke », (2000) 41 *C. de D.* 171, 174 (l'analyse du droit ne peut se réduire à l'efficiencia économique).

rompre avec les exigences traditionnelles du droit public. En effet, l'objectif de principe était de « rendre plus efficace la réglementation sans compromettre les principes d'égalité, de justice et de responsabilité gouvernementale¹⁵⁷ ». Le décalage entre la version française (normes de substitution) et la version anglaise (*compliance plans*) posait déjà problème pour traduire la portée et la nature de ces « normes de rechange par agrément¹⁵⁸ ».

Pour éviter l'improvisation et une trop grande discrétion en faveur de l'Administration fédérale, quelques garanties avaient été prévues. Dans un premier temps, le gouvernement aurait été dans l'obligation de préciser par règlement, sur recommandation commune du président du Conseil du Trésor et du ministre responsable, les règlements auxquels de nouvelles normes pouvaient être substituées, ainsi que les lois ou règlements pouvant faire l'objet d'accords administratifs. Le ministre responsable aurait été ensuite dans l'obligation de publier dans la *Gazette du Canada* la procédure à suivre pour la présentation d'une « proposition de normes de substitution », ainsi que les « paramètres » de son évaluation. La prépublication de la marche à suivre aurait été la seule formalité dont l'inobservation aurait compromis la validité du processus de substitution (art. 6 (3) et 17). Cette exigence aurait été un préalable obligatoire : toute personne qui se serait intéressée aux règlements visés aurait pu « proposer à l'autorité administrative des normes de substitution compatibles avec les objectifs de ce règlement » (soit le règlement désigné). Cette « personne », dont on ne précisait pas la nature, aurait pu être, en vertu des règles habituelles d'interprétation, une personne physique ou morale¹⁵⁹. Elle aurait été dans l'obligation de préciser le champ d'application, ainsi que « les personnes, biens ou activités visées » (art. 5 (1)). Avant qu'un agrément puisse être donné à une proposition de substitution, le projet de loi C-62 prévoyait que l'autorité administrative « s'efforce de consulter les personnes ainsi que les administrations et organismes publics directement concernés¹⁶⁰ ». Si le règlement visé par la substitution devait être normalement publié dans la *Gazette du Canada*, l'autorité administrative aurait été dans l'obligation de donner avis par le même moyen dans un délai de 60 jours précédant

157. *Loi sur l'efficacité de la réglementation*, précitée, note 153, art. 3c).

158. Le terme *compliance* est polysémique, car il renvoie autant à l'idée d'acquiescement et d'accord qu'à d'autres dimensions liées à la soumission, à la conformité et au respect.

159. *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. I-21, art. 35 (1) définitions.

160. *Loi sur l'efficacité de la réglementation*, précité, note 153, art. 7 : « the designated regulatory authority must make reasonable efforts to consult the persons, governments or government agencies that will be directly affected by the plan or change ».

l'agrément. Cet avis devait contenir, outre le nom de l'auteur de la proposition, un résumé de son objet et des activités visées.

Ces précisions montrent le souci des autorités de respecter certaines exigences de publicité connues en droit public, dans le but déclaré d'introduire une rupture dans les mécanismes de réglementation. Le régime juridique de ces normes de substitution aurait été encore plus étonnant. Il reflète en effet l'étonnante symbiose que cherchait à obtenir le Conseil du Trésor par l'amalgame de règles connues et de solutions de rechange. À l'étape de l'évaluation et de l'agrément, l'autorité administrative aurait eu la possibilité de bonifier la proposition de substitution par des conditions supplémentaires, notamment par l'insertion de normes de qualité¹⁶¹, l'ajout d'un mécanisme de règlement des différends ou d'un système de gestion, ainsi que la communication obligatoire de renseignements qui lui aurait permis de faire le suivi aux fins de contrôle. Lorsque les nouvelles normes auraient été substituées au règlement désigné, ce dernier aurait été suspendu dans son champ d'application. Un avis d'agrément aurait été publié dans la *Gazette du Canada* dans un délai de 60 jours suivant cette reconnaissance, avec des renseignements généraux qui n'auraient pas constitué une publication exhaustive de ces normes de substitution. L'aspect le plus étonnant (ou normal, suivant les points de vue...) est que ces normes de substitution auraient été assujetties au régime pénal et administratif prévu initialement par la loi ou par toute autre loi applicable au règlement visé par la substitution (art. 10 (2)). Un régime répressif « normal » aurait été maintenu pour sanctionner l'inobservation des normes de substitution. Toutefois, contrairement au régime classique où « nul n'est censé ignorer la loi », aucune de ces sanctions n'aurait pu être imposée sans que les intéressés aient été informés de l'existence de ces normes de rechange au moment du fait qui leur aurait été reproché, ou que des « mesures raisonnables » aient été prises aux fins de publicité. À bien des égards, le projet de loi C-62 offrait un régime de transition entre le « régime traditionnel » réservé aux actes réglementaires et des mécanismes de rechange.

Concernant l'étendue du pouvoir discrétionnaire reconnu aux autorités fédérales, le projet de loi C-62 pouvait laisser de nombreux observateurs perplexes. La question de l'accès à ces normes de substitution serait vite devenue un problème majeur, car elles auraient été mises « à la disposition du public » (art. 14), ce qui signifie l'absence de publication officielle,

161. Ces normes sont dites « normes d'assurances de la qualité » ou *quality assurance* dans la version anglaise. Ces normes, qui n'auraient pas été des « règles de droit », seraient venues compléter les normes de substitution : *Loi sur l'efficacité de la réglementation*, précitée, note 153, art. 9 (3).

et moyennant deux exceptions pour englober les secrets industriels et les renseignements confidentiels nécessaires à la préservation de la compétitivité. L'autorité administrative aurait eu également la possibilité de suspendre ou de révoquer par préavis les normes de substitution, de sa propre initiative ou à la demande d'un tiers qui se serait intéressé à leur application. Elle aurait même été en mesure de les révoquer sans délai en cas de contravention à leur égard ou, encore, en cas de menace pour la santé ou la sécurité d'une personne, ou pour l'équilibre de l'environnement (art. 12). Le point le plus significatif pour notre étude est le statut envisagé pour ces normes de substitution. Selon l'article 16, ces normes, ainsi que les textes prévoyant la procédure et les critères relatifs à leur agrément, sans omettre les avis, n'auraient pas été des règlements au sens de la *Loi sur les textes réglementaires*¹⁶². En privant ces normes du statut de « règle de droit », tout en leur reconnaissant certains éléments liés à la juridicité, le Conseil du Trésor s'engageait dans le registre de l'« alternativisme » avec une catégorie nouvelle.

La présentation du défunt projet de loi C-62 ne serait pas complète sans une allusion au régime conventionnel qui avait également été prévu dans l'article 13. Sur ce point, le projet de loi C-62 reflétait la logique de participation et de consensus de la *Negotiated Rulemaking Act* de 1990¹⁶³, qui n'avait pas toutefois comme finalité l'élaboration de régimes dérogatoires et particularisés. Au Canada, l'autorité administrative aurait eu la possibilité de conclure, avec toute personne, ainsi qu'avec toute administration ou tout organisme publics, un accord concernant l'application d'une loi ou d'un règlement visé par une liste ayant fait l'objet d'une publication préalable¹⁶⁴. Le but recherché était limpide. L'Administration fédérale aurait eu la possibilité discrétionnaire de conclure des accords particuliers avec certaines entreprises afin d'assouplir la rigueur de la réglementation. La recherche d'un compromis était manifeste afin que certaines entreprises incapables de respecter la réglementation fédérale puissent bénéficier de certains accommodements. Il en aurait résulté une réglementation « taillée sur mesure » en fonction du destinataire de la norme. Tout comme pour les normes de substitution, il y aurait eu consultation préalable des groupes

162. *Loi sur les textes réglementaires*, précitée, note 90, art. 2 (définition de « règlement »).

163. *Negotiated Rulemaking Act*, précitée, note 137.

164. Cette liste est la même que celle qui a été mentionnée précédemment pour établir l'inventaire des règlements pouvant être l'objet de normes de substitution, ainsi que les lois et règlements pouvant faire l'objet d'accords administratifs. Elle aurait été élaborée directement par le Cabinet (le gouverneur en conseil) : *Loi sur l'efficacité de la réglementation*, précitée, note 153, art. 4 (1).

intéressés, ainsi que la publication d'un avis relatif à la conclusion d'un accord dans la *Gazette du Canada*. Les autorités n'auraient eu tout au plus que le devoir de « s'efforcer » de consulter les tiers intéressés.

Tant pour ces accords que pour les normes de substitution, la rupture avec le droit n'est que relative, car c'est le modèle du contrat, ou de la relation négociée, qui s'impose avant toute chose¹⁶⁵. La finalité reste toutefois plus litigieuse, car les normes de substitution n'auraient pas été des « règles de droit » et les mécanismes envisagés auraient permis de neutraliser la réglementation officielle par un régime de dérogation. En droit public, la négociation revêt un double sens dans la perspective de la réglementation. Pour l'élaboration de règles générales dont la portée est *erga omnes*, elle peut servir d'assouplissement aux fins de consultation et de participation¹⁶⁶. En revanche, la négociation suppose également l'idée d'adaptation en vue de créer des régimes particuliers. Cette logique particulariste est alimentée par la critique du modèle traditionnel qui existe pour la réglementation. Les rares études sur le thème *compliance* montre l'inefficacité des mécanismes classiques de sanctions dans certains domaines de l'action administrative¹⁶⁷. Le modèle traditionnel du *command-penalty-enforcement* est vigoureusement critiqué pour ses aberrations et sa contre-productivité¹⁶⁸. Parmi diverses stratégies de persuasion et d'adhésion volontaire, la promotion des primes et de diverses formes d'avantages (*incentives*)

165. « In this way the Bill would have married the idea of a civil contract to the quasi-criminal regime of regulatory enforcement » : F. SAVAGE, « Bill 62, The Regulatory Efficiency Act : Reform Denied or Delayed ? », (1996-97) 10 *Can. J. Adm. Law Pract.* 251, 256.

166. H.H. PERRITT, « Negotiated Rulemaking and Administrative Law », (1986) 38 *Adm. L. Rev.* 471, 473. Cette approche (*negotiated rulemaking*) est présentée à titre d'*alternative dispute resolution technique*, ce qui montre la judiciarisation latente du processus d'élaboration des politiques publiques au sein des grandes agences fédérales américaines. Comme la négociation suppose des auditions et des consultations en vue de respecter les exigences de la règle *audi alteram partem*, cette solution engendre souvent la formalisation accrue du processus réglementaire et sa judiciarisation.

167. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Droit, objectifs publics et observation des normes*, document de travail 51, Ottawa, CRDC, 1986, p. 87.

168. « A traditional command-penalty enforcement model tends to engender adversarial attitudes between agency staff and regulatees, marked by grievances, judgment, threats of prosecution, licence revocation and litigation, and generally hostile relations » : A. REID, « Seing Regulation Differently : An ADR Model of Policy Formulation, Implementation and Enforcement », (1995-96) 9 *Can. J. Adm. Law Pract.* 101, 110. Pour la critique du modèle contradictoire (*adversarial*), voir également : H.H. PERRITT, *loc. cit.*, note 166, 475. Pour la critique des sanctions, voir : B. MANNIX, *Improving the Cost-Effectiveness of Government : Alternatives to Command-and-Control Regulation*, Paris, OCDE, document non publié mais disponible sur demande, 1994, p. 7 (*alternative approaches to regulation*).

apparaît comme une solution de rechange¹⁶⁹. Un autre courant, plus proche des tendances « holistiques » qui alimentent la rhétorique des modes dits alternatifs, suggère que la négociation raisonnée avec les acteurs sociaux pourrait donner de meilleurs résultats¹⁷⁰. Dans cette perspective relationnelle et communicationnelle où il est possible d'introduire les travaux d'Habermas¹⁷¹, la norme fixée par le législateur, devenue programmatrice et propédeutique, atteindrait un degré de réalisation ultime par sa transposition exacte à des situations factuelles complexes.

Le projet de loi C-62 est resté à l'état velléitaire. Il a soulevé une vive opposition provenant de divers milieux, presse écrite¹⁷², conseillers parlementaires¹⁷³ ou professeurs¹⁷⁴. Plusieurs objections de principe ont été formulées : ce projet aurait eu non seulement pour effet de rétablir un pouvoir d'exemption que le *Bill of Rights* du 13 février 1689 avait rendu illégal¹⁷⁵, mais il aurait été contraire aux exigences de primauté du droit (*rule of law*) en accordant à la fonction exécutive un pouvoir discrétionnaire de dérogation aux lois (procédé du type « clause Henri VIII »)¹⁷⁶, tout en violant le

-
169. R. HOWSE, « Retrenchment, Reform or Revolution ? The Shift to Incentives and the Future of the Regulatory State », (1993) 31 *Alberta L. Rev.* 455, 460 ; S. ROSE-ACKERMAN, « Reforming Public Bureaucracy through Economic Incentives ? », (1986) 2 *Journal of Law, Economics and Organization* 131, 134 et 141 (distinction faite entre les attentes des gestionnaires et celles des usagers ou de la clientèle, ce qui suppose des approches et des mécanismes qui ne sont pas de même nature).
170. J.T. SCHOLZ, « Voluntary Compliance and Regulatory Enforcement », (1984) 6 *Law and Policy* 385, 392. J.T. SCHOLZ, « Deterrence, Cooperation and the Ecology of Regulatory Enforcement », (1984) *Law and Society Rev.* 179, 219.
171. J. HABERMAS, *op. cit.*, note 97, p. 327 (concept de démocratie fondée sur la discussion).
172. M. VALPY, « Bill C-62 : A Repugnant Assault on the Rule of Law », *The Globe and Mail*, 28 avril 1995 ; M. SCANDIFFIO, « Bill C-62 : Shaking the Foundations of Parliamentary Democracy », *Hill Times*, 18 mai 1995.
173. COMITÉ MIXTE PERMANENT D'EXAMEN DE LA RÉGLEMENTATION, *Rapport sur le projet de loi C-62*, Ottawa, Parlement du Canada, 16 février 1995, p. 5-13.
174. D. MOCKLE (dir.), *Réglementation et normes de substitution en droit fédéral*, Rencontre annuelle de la Section de droit administratif de l'Association canadienne des professeurs de droit, Ste-Catherines, Brock University, juin 1996. Cette rencontre n'a pas fait l'objet d'un compte rendu. Pour une condamnation ferme de la logique de substitution, voir : P. HALLEY, « Les ententes portant immunité de poursuite et substitution de norme en droit de l'environnement québécois », (1998) 39 *C. de D.* 3, 33 et suiv. (atteinte au principe de la primauté du droit, manque de transparence, caractère inéquitable du processus de négociation).
175. « Le prétendu pouvoir de l'autorité royale de dispenser des lois ou de l'exécution des lois, comme il a été usurpé et exercé par le passé, est illégal » : H. OBERDORFF (dir.), *Les constitutions de l'Europe des Douze*, Paris, La Documentation française, 1992, à la page 154, sur la partie I, article 2 du *Bill of Rights* du 13 février 1689.
176. Sur la « clause Henri VIII », largement tombée en oubli, voir : R. DUSSAULT, *op. cit.*, note 26, p. 1153. Le procédé était encore utilisé dans des lois britanniques au début du xx^e siècle.

principe de l'égalité devant la loi reconnu par l'article 15 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi que le principe de la responsabilité gouvernementale. Cette controverse est désormais close, mais elle montre l'ampleur des difficultés que soulève la technique de substitution eu égard aux principes fondamentaux du droit public¹⁷⁷. Ces obstacles ont été manifestement sous-évalués par le Conseil du Trésor qui raisonnait trop exclusivement sur la base d'une diminution du coût, de la flexibilité, de l'adhésion des acteurs et de l'attrait d'une approche plus nuancée en matière de réglementation (*new and more enlightened regulatory approach*)¹⁷⁸. Il convient également de signaler, compte tenu du développement qui suit sur la technique du renvoi, la volonté des autorités fédérales de favoriser l'harmonisation du droit canadien avec les « standards » nationaux et internationaux. Par un régime d'agrément, des règles technologiques auraient pu être substituées à certains règlements, devenus obsolètes compte tenu de la pression induite par l'internationalisation des « normes ».

Sous les apparences d'un échec¹⁷⁹, cette expérience aura été décisive. Afin d'obtenir des solutions de rechange, les autorités n'ont guère d'autre choix que d'imaginer des formules plus ingénieuses en vue de dépasser les contraintes du droit public. Pour s'affranchir du droit positif, il faut en quelque sorte concevoir des mécanismes de relais, déjuridicisés et qui seraient, en apparence, « hors du droit ». La technique du renvoi offre cette possibilité de distanciation par l'introduction de règles techniques, ce que

177. Dans ses commentaires sur certaines pratiques en droit de l'environnement au Québec, Paule Halley rappelle avec justesse que « la faculté de créer des normes privées et de suspendre l'effet des lois est un pouvoir exorbitant qui devrait être restreint aux situations qui commandent son utilisation » (l'urgence est donnée comme exemple, ainsi que le droit transitoire) : P. HALLEY, *loc. cit.*, note 174, 35.

178. F. SAVAGE, *loc. cit.*, note 165, 260.

179. Cet échec est très relatif, car les autorités fédérales peuvent parvenir aux mêmes fins en introduisant un mécanisme analogue dans une loi. Ainsi, dans la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.C. 1999, c. 33, plusieurs dispositions ont pour objet des mesures de rechange en matière de protection de l'environnement (art. 295-309). En vertu de l'article 298, des accords peuvent être conclus en vue d'assujettir un contrevenant potentiel à une ou plusieurs des mesures prévues par l'article 291, ce qui répond aux mêmes objectifs que les normes de substitution par l'instauration de régimes dérogatoires et particularisés. Le but est de favoriser, au cas par cas, un régime normatif de rechange. L'Agence canadienne d'inspection des aliments peut négocier et conclure des accords « en vue de l'application des exigences techniques pour les mouvements internationaux de produits ou d'autres choses régis » par les lois ou dispositions dont elle est responsable de l'application : *Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments*, précitée, note 85, art. 14 (2).

le projet de loi C-62 avait précisément tenté de faire en restant trop étroitement cantonné dans le droit. Ce deuxième scénario relève également du recyclage de formules connues.

2.2 Le procédé du renvoi

L'intégration par renvoi est une technique élémentaire dans le domaine de la légistique et de l'interprétation des lois¹⁸⁰. Ce procédé est utilisé depuis quelques siècles¹⁸¹ pour permettre le renvoi par disposition législative au texte d'une autre loi, conçue comme un tout cohérent en vue de l'intégrer, de la modifier ou de l'abroger, ou encore à certaines dispositions d'une autre loi que le législateur a pris soin de sélectionner afin d'en intégrer le contenu ou de le modifier. En droit canadien, cette méthode permet également le renvoi au droit provincial applicable, le plus souvent appréhendé en sa qualité de droit commun, par une loi fédérale¹⁸². La technique du renvoi est décrite par les auteurs britanniques ou anglo-canadiens sous la rubrique « Incorporation by Reference », ou pour la loi elle-même (*referential legislation*)¹⁸³. Sa transposition littérale en français, « incorporation par référence », devrait être évitée, car outre le problème sémantique que pose le terme « incorporation¹⁸⁴ », il existe déjà une expression consacrée propre à la terminologie française du droit : la « technique du renvoi¹⁸⁵ ».

180. À titre comparatif, voir l'étude de N. MOLFESSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », dans N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Paris, Economica, 1999, p. 55, à la page 58.

181. H.E. READ, « Is Referential Legislation Worth While ? », (1940) 18 *R. du B. can.* 415, 416 (pour le Parlement britannique, le procédé remonte au XIII^e siècle). L'expression *referential statute* est souvent employée.

182. L'un des exemples les plus connus est celui de la prescription en droit fédéral. Le législateur fédéral renvoie au droit provincial applicable en matière de prescription, sauf disposition contraire : *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), c. 50, art. 32 (tel qu'il a été modifié par L.C. 1990, c. 8, art. 31). Sur ce sujet, voir : E.A. DRIEDGER, « The Interaction of Federal and Provincial Laws », (1976) 54 *R. du B. can.* 695, 703. À la page 709, l'auteur fait une distinction importante entre *delegated and referential legislation*. Voir également H.E. READ, *loc. cit.*, note 181, 434 et suiv.

183. S.G.G. EDGAR, *Craies on Statute Law*, 7^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1971, p. 29 ; E.A. DRIEDGER, *The Composition of Legislation*, 2^e éd., Ottawa, Department of Justice, p. 123 et suiv. ; G.C. THORNTON, *Legislative Drafting*, 3^e éd., Londres, Butterworths, 1987, p. 127.

184. L'incorporation suppose le mélange, la mixtion ou l'assimilation, ce qui ne correspond pas à la lettre ni à l'esprit de la technique du renvoi qui suppose le respect de l'intégrité des deux textes, notamment de celui auquel le législateur fait référence par renvoi, lequel reste distinct et indépendant, sauf si l'objet du renvoi est de le modifier ou de l'abroger (scénario des renvois interlégislatifs).

185. P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 94.

Dans le contexte le plus usité, celui des renvois interlégislatifs, cette technique soulève de délicates questions qui ont été analysées par le professeur Pierre-André Côté. Il s'agit de dimensions incontournables pour déterminer si le renvoi est « statique et figé ou évolutif et dynamique », ce qui nécessite généralement une évaluation de la volonté du législateur dans la loi visée, ainsi que dans les différentes lois d'interprétation¹⁸⁶. L'article 44 h) de la *Loi d'interprétation fédérale*¹⁸⁷ est souvent présenté comme exemple pour clarifier ces difficultés d'interprétation, ce qui montre en définitive la banalité du procédé dans la rédaction des lois.

Sa transposition dans le domaine réglementaire ouvre de nouvelles perspectives. Dans les rares études consacrées à ce sujet, il ressort que les règles applicables aux renvois interlégislatifs s'appliquent également aux actes réglementaires, avec néanmoins une réserve majeure qui illustre bien les difficultés d'harmonisation avec des documents externes qui échappent aux catégories traditionnelles de la loi et du règlement¹⁸⁸. En effet, que faire des règles classiques d'interprétation si le document externe ne correspond pas à la catégorie « droit » au sens où l'entend le droit positif ? Ce qui paraît manifeste dans le domaine réglementaire, c'est l'intégration par renvoi de « documents externes » qui existent en vertu d'une habilitation distincte du pouvoir réglementaire, qui sont donc indépendants du règlement qui y fait renvoi et qui relèvent d'autres exigences sur le plan de la procédure¹⁸⁹.

La technique du renvoi apparaît ainsi comme une véritable passerelle en vue d'avaliser des règles techniques ou scientifiques dont les origines sont très diversifiées. L'élaboration de ces règles par des institutions extra-, para- ou intra-étatiques dans le domaine biomédical a fait l'objet d'une étude qui en retrace l'émergence et la production dans le contexte de l'autoréglementation et de l'exoréglementation¹⁹⁰. De même, les travaux de

186. *Id.*, p. 97-100.

187. *Loi d'interprétation*, précitée, note 159.

188. J. DESJARDINS et J. LEGAULT, « L'incorporation par renvoi dans l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon fédéral », (1991) 70 *R. du B. can.* 244, 254.

189. *Id.*, 255.

190. I. PANISSET, *Pluralité des mécanismes de réglementation de la production et de la diffusion des innovations biomédicales*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1997, p. 30 et suiv. L'exoréglementation correspond au scénario des transferts technologiques : des organismes para-étatiques créés par les divers gouvernements provinciaux et fédéraux sont composés d'experts (évaluation scientifique) qui les conseillent et qui leur proposent des solutions pour les innovations biotechnologiques, ce qui peut éventuellement se traduire par des recommandations en vue de l'élaboration d'un cadre normatif qui sera intégré au droit positif.

Katia Boustany ont mis en lumière la production de normes sous des formes non orthodoxes (recommandations, codes de conduite, principes directeurs, standards, lignes directrices) par une multitude d'organismes nationaux et internationaux gouvernementaux et non gouvernementaux¹⁹¹. Ces normes techno-scientifiques¹⁹² posent le délicat problème de la normalisation¹⁹³ et de leur réception dans les différents droits nationaux. La multiplication des lieux et des organismes responsables de l'élaboration de normes technologiques réintroduit la question de l'internationalisation aux fins d'équivalence et d'uniformisation¹⁹⁴, avec pour résultat une relative absence de l'État qui entraîne un net décalage et la nécessité corrélative de procéder à des adaptations pour la reconnaissance et l'intégration dans l'ordre juridique interne¹⁹⁵. Déjà, avec le phénomène de la mondialisation, la spécificité du droit étatique peut être minée par des accords commerciaux ou des pratiques transnationales qui ne sont pas réductibles à un territoire national (l'extranéité)¹⁹⁶. Devant ces sources concurrentes, les États n'ont guère d'autre choix que de déterminer les conditions de leur application en droit interne, ce qui constitue un enjeu majeur pour l'opposabilité et la justiciabilité de ces normes, ou, à défaut de statut juridique, de leur caractère proprement fonctionnel à titre de règles techniques¹⁹⁷.

191. K. BOUSTANY, « Technologies et phénomène d'internationalisation des normes », dans R. CÔTÉ et G. ROCHER (dir.), *Entre droit et technique : enjeux normatifs et sociaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 363, à la page 368 (OIG) et à la page 382 (OING).

192. A. LAJOIE, « La normativité professionnelle dans le droit : trajets et spécificité formelle », dans J.-G. BELLEY (dir.), *op. cit.*, note 119, p. 159, à la page 178 (problèmes liés à la qualification juridique de principes scientifiques).

193. L. BOY, « La valeur juridique de la normalisation », dans J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *op. cit.*, note 34, p. 183, à la page 184 (la normalisation est une source du droit).

194. K. BOUSTANY et N. HALDE, « Mondialisation et mutations normatives : quelques réflexions en droit international », dans F. CRÉPEAU (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, coll. « Mondialisation et droit international », Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 37, à la page 41 (processus d'internationalisation de la normalisation).

195. K. BOUSTANY et autres, « Mondialisation et État de droit : quelques réflexions sur la normativité technologique », (1996) *Ann. can. de droit international* 233, 235.

196. D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 1, 276.

197. Sur la problématique des normes techniques, voir : H. COUSY, « Les normes techniques en doctrine et en jurisprudence », dans COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p. 391, à la page 392 (réception des normes techniques en droit par enregistrement ou homologation) et à la page 409 (les normes techniques, à défaut d'être des règles de droit, seraient des usages conventionnels) ; A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, Paris, LGDJ, 1989, p. 177 et suiv. (conditions relatives à l'opposabilité de ces deux catégories distinctes).

Le bref rappel de cette dilatation de la normativité au-delà des modes traditionnels d'élaboration de la loi et des actes réglementaires confère une tout autre dimension à la technique du renvoi. Il s'agit d'une bonne illustration de la transformation potentielle d'une technique « classique » du droit pour satisfaire à des exigences entièrement nouvelles induites par l'essor des normes techniques. Cet enjeu pratique n'a pas échappé aux concepteurs du défunt projet de loi C-25, *Loi sur les règlements*, où la technique de l'« incorporation par référence » était balisée par quatre dispositions (art. 16-19)¹⁹⁸. L'analyse de leur contenu ne laisse subsister aucun doute sur les intentions du législateur. L'article 16 offrait la possibilité du renvoi par règlement vers « tout document » produit par un organisme de normalisation, une organisation commerciale ou industrielle ou encore un gouvernement, un organisme gouvernemental ou une organisation internationale. Le quatrième paragraphe de cette disposition comportait la possibilité du renvoi pour « tout document explicatif ou technique », notamment « des spécifications, classifications, illustrations graphiques ou toute autre information de nature technique » et « des méthodes d'essai, des procédures ou des normes d'exploitation, de rendement ou de sécurité qui sont de nature technique ». Compte tenu du débat mentionné auparavant sur la nature statique ou évolutive des renvois, le cinquième paragraphe statuait sans ambiguïté en faveur de l'évolutionnisme en indiquant que le renvoi pouvait inclure le document avec ses modifications successives. Au sujet de l'accessibilité à ces documents, l'article 17 ne prévoyait tout au plus que « des mesures raisonnables » pour que les intéressés puissent y avoir accès, quitte à mettre à contribution la version électronique de la *Gazette du Canada* (avec ce scénario, des liens hypertextes auraient sans doute été la solution envisagée). L'article 18 proposait comme moyen de défense l'absence de sanction pour le non-respect d'une disposition incluant un renvoi, sauf trois exceptions¹⁹⁹. Enfin, l'article 19 introduisait une nuance essentielle en refusant le statut de règlement aux documents incorporés par

198. *Loi sur les règlements*, Projet de loi C-25, 2^e session, 35^e législature (Can.). Ce projet est mort au feuillet lors de la dissolution du Parlement au printemps 1997. Le projet de loi C-25 constituait la reprise du projet C-84 déposé en mars 1995 : *Loi sur les règlements*, Projet de loi C-84, 1^{re} session, 35^e législature (Can.).

199. Sur ce point, le projet de loi C-25 introduisait une sorte de relativisme fort discutable en prévoyant l'absence de sanction, « sauf s'il est prouvé que, au moment du fait reproché, le contrevenant avait facilement accès au document, des mesures raisonnables avaient été prises pour que les intéressés puissent y avoir accès ou celui-ci était publié dans la *Gazette du Canada* » : *Loi sur les règlements*, Projet de loi C-25, précitée, note 198, art. 18.

renvoi²⁰⁰. Cette disposition montre la volonté des autorités fédérales, le ministère de la Justice en l'occurrence, de maintenir ces normes de renvoi dans un statut de non-droit en leur refusant implicitement le statut de « règle de droit » au sens du droit positif.

La suite de l'histoire est connue. Le Parlement ayant été dissous au printemps de 1997 pour la tenue d'élections générales en mai 1997, le projet de loi C-25 est mort au feuillet et n'a pas été réintroduit par la suite. Son examen en commission parlementaire en novembre 1996 avait suscité de nombreuses critiques. En offrant aux autorités administratives fédérales des possibilités quasi illimitées par l'utilisation de la technique du renvoi dans un règlement, ce projet se heurtait à une difficulté plus ou moins insurmontable compte tenu des contraintes inhérentes au droit canadien. Si un organisme fédéral avait eu la possibilité d'utiliser ce procédé du renvoi pour des documents élaborés à l'extérieur du territoire canadien par des organismes publics ou privés de normalisation, il aurait pu, en pratique, modifier directement (par simple effectivité) le droit interne canadien sans le recours à la procédure traditionnelle d'intégration et de réception propre aux traités et accords internationaux²⁰¹. La technique du renvoi est peut-être adaptée au contexte de l'internationalisation des normes technologiques, mais le droit public a d'autres exigences pour la réception de ce droit externe ou, à défaut de « droit », d'éléments susceptibles de modifier le droit canadien. Autre difficulté, comme la portée de ces renvois était du type évolutif, l'évolution et la transformation du droit canadien auraient été sujettes à des modifications relevant de l'initiative d'autorités « exter-

200. La « valeur juridique » des textes et documents intégrés par renvoi ne dépend que de la nature et de la validité du renvoi (« The adopted provisions as such derive their vitality solely from the referential statute »): H.E. READ, *loc. cit.*, note 181, 422.

201. P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 4^e éd., Scarborough, Carswell, 1997, 11.4 (*implementing treaties: the need for legislation*). Sur la nécessité de la confirmation législative des traités, voir également: H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 662. Les deux auteurs insistent sur la procédure parlementaire de ratification pour que les traités puissent être opposables devant les tribunaux. Pour le processus d'adhésion aux traités et autres accords internationaux, les internationalistes voient les choses un peu différemment en se limitant à la ratification directe par l'exécutif (prérogative royale): J.M. ARBOUR, *Droit international public*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 82. Comme le Canada ratifie de nombreux traités sans juger opportun de suivre la procédure normale de ratification devant le Parlement, il ne faut pas être étonné outre mesure du compromis retenu par la Cour suprême dans l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précitée, note 124, 861 (prise en considération des valeurs et des principes du droit international humanitaire). La Cour réaffirme néanmoins que « les conventions et les traités internationaux ne font pas partie du droit canadien à moins d'être rendus applicables par la loi » (p. 861).

nes » dont la diversité a été indiquée plus haut. Suivant les règles habituelles du droit constitutionnel, le Parlement n'aurait pas été en mesure d'abdiquer à ce point son autorité sur le processus interne de législation et de réglementation. Dans le contexte des consultations référendaires qui ont marqué l'évolution politique du Canada dans le dernier quart du xx^e siècle, il a été reconnu et admis que « [the] primary law-making authority » ne pouvait être exercée que par le Parlement lui-même²⁰², ce qui laisse entendre que, dans un contexte pourtant très favorable à la délégation de pouvoirs (*delegate legislation* par voie réglementaire), le Parlement ne pourrait pas abdiquer au profit de tierces autorités²⁰³ la responsabilité ultime de modifier le droit canadien sans processus ultérieur de ratification²⁰⁴. Il est possible d'argumenter qu'avec le projet C-25 il aurait en quelque sorte tenté une délégation purement technique aux fins de renvoi (le procédé est permis), ce que pourrait confirmer l'analyse des commentaires de P. Hogg sur la portée des renvois (*referential legislation*), notamment sous la rubrique « Anticipatory Incorporation by Reference »²⁰⁵. Toutefois, il reprend la position du juge Laskin à propos de l'arrêt de référence, *Nova Scotia Inter-delegation*²⁰⁶, en soulignant que cette affaire laisse sans réponse la délicate question de la validité d'une délégation législative « to a non-Canadian legislative body »²⁰⁷. Ce qui semble poser problème, c'est un excès de délégation (abandon par anticipation et absence de balises), alors qu'en contrepartie une délégation précise en vue de l'application de dispositions législatives, même si elle était confiée à des acteurs privés, pourrait être considérée comme valide²⁰⁸.

202. P. HOGG, *op. cit.*, note 201, 14.2°).

203. Rappelons ici qu'il s'agit d'autorités qui échappent complètement aux scénarios habituels où le Parlement et les diverses assemblées peuvent déléguer des responsabilités à des autorités publiques ou privées en droit canadien interne. Dans leurs commentaires sur les pouvoirs réglementaires de l'administration, H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 201, p. 726, rappellent que ces pouvoirs peuvent être délégués à des organismes sociaux ou à des chambres professionnelles, ce qui montre l'étendue de ce pouvoir de délégation en droit interne.

204. Dans ses commentaires sur la portée de l'affaire *Re Gray*, (1918) 57 R.C.S. 150, relative à la validité des pouvoirs transférés au Cabinet fédéral par la défunte *Loi sur les mesures de guerre*, P. Hogg constate que malgré l'acceptation de la validité d'un pareil transfert, chacun des quatre juges a pris soin de rappeler que « the power of delegation was not absolute, and that an « abdication », « abandonment » or « surrender » of the Parliament's powers would be invalid » : P. HOGG, *op. cit.*, note 201, 14.1d).

205. *Id.*, 14.4b).

206. A.-G. N. S. c. A.-G. Can., (1951) R.C.S. 31.

207. P. HOGG, *op. cit.*, note 201, 14.4b).

208. Pour l'Ontario, voir *infra*, note 236. Pour l'Alberta, voir : *Government Organization Act*, R.S.A., c. G-8.5, art. 19. Par contre, le projet de loi 57 du 27 octobre 1994, *Delegated Administration Act*, a été abandonné : *Alberta Hansard*, 1994, p. 2637.

Bien que de pareilles difficultés puissent être surmontées, d'autres questions sont restées sans réponse. Si les organismes de normalisation ne sont pas du type « organisme gouvernemental » (OG) par opposition à « organisme non gouvernemental » (ONG), international ou non, le statut de ces règles techniques et de ces documents reste une énigme eu égard aux sources classiques du droit international public. L'accessibilité à ces documents, devenus opposables aux seuls intéressés, introduisait une sorte de droit à deux vitesses, l'un directement opposable parce qu'il résultait de sources officielles²⁰⁹ (« Nul n'est censé ignorer la loi²¹⁰ »), alors que « l'autre », intégré par renvoi dans de futurs règlements, aurait été opposable au cas par cas selon les mesures prises et les circonstances²¹¹. Le problème le plus coriace n'en restait pas moins l'exigence de diffusion du droit fédéral dans les deux langues officielles²¹², ce qui est pour le moins aléatoire puisque le document intégré par référence est censé se fondre dans la loi ou le règlement qui contient le renvoi. En reconnaissant que l'anglais et le français sont les deux langues officielles du Canada, l'article 16 de la *Charte canadienne des droits et libertés* soulève des difficultés considérables pour des renvois vers des règles et documents unilingues. En pareil cas, l'application de la Charte ne soulève pas de difficulté particulière puisque la technique du renvoi tombe dans les catégories de l'article 32, ce qui aurait permis, et ce n'est pas le moindre des paradoxes, l'utilisation de la Charte pour contester *in fine* ces règles élaborées « hors du droit officiel » par la simple application de l'article 52 (primauté de la Constitution sur toute autre règle de droit). Dans cette hypothèse, c'est la validité du renvoi et ses conséquences potentielles sur les droits énumérés dans la Charte qui doivent être directement visées aux fins de contestation judiciaire, ce qui permet indirectement de cibler ces normes techniques qui ne sont pas considérées comme des « règles de droit » au sens de l'article 52. La technique

209. Sur ce chapitre, le projet C-25 subordonnait l'opposabilité des règlements à leur publication dans la *Gazette du Canada*, ce qui correspond à la pratique actuelle; *Loi sur les règlements*, Projet de loi C-25, précitée, note 198, articles 10 et 11.

210. *Nemo jus ignorare censetur*; H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, t. 2, 2^e éd., Lyon, L'Hermes, 1986, p. 684.

211. Déjà, dans le contexte classique des renvois interlégislatifs, G.C. THORNTON, *op. cit.*, note 183, p. 129, résume les critiques les plus courantes : « Much of the criticism is directed at the incomprehensibility of the law resulting from the use of these techniques. If a reader is obliged to refer to and in some cases to adapt further sources there are certain to be communication difficulties of a kind which may only be resolved by the application of professional skill and labour. » Thornton énumère ensuite d'autres critiques peu flatteuses pour la technique du renvoi.

212. *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985), 4^e suppl., c. 31 ; telle qu'elle a été modifiée par L.C. 1998, c. 38, art. 2a) et 7 (1).

du renvoi ne peut être utilisée si, en fin de compte, elle porte atteinte à des droits reconnus par la Charte. Ces possibilités de contestation ne faciliteront pas la tâche des « autorités réglementantes²¹³ » compte tenu de la diversité des droits reconnus par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Ces difficultés d'harmonisation avec le droit positif constituent des obstacles tangibles. Même si le législateur n'a pu parvenir à ses fins pour l'adoption du projet de loi C-25, la technique du renvoi peut être utilisée de façon ponctuelle dans une loi ou un règlement. Contrairement aux normes de substitution, désormais associées aux agences du droit fédéral, cette deuxième possibilité est une réalité. La pression induite par l'essor des règles techno-scientifiques reste en effet considérable, ce que démontre cette première tentative née de la nécessité de baliser la technique du renvoi par un cadre uniforme.

2.3 L'intégration des codes de conduite

Les deux techniques précédentes montrent que le législateur peut parvenir à ses fins en créant des mécanismes qui sont expressément exclus du cadre réglementaire. Il peut potentiellement créer une apparence de « non-droit » en guise de substitut au droit formel. Avec le phénomène des codes de conduite, il ne faut pas être étonné par le silence du législateur dans la perspective d'une intégration de ces codes dans la loi ou de leur absorption par celle-ci. Ces documents ne relèvent pas, *a priori*, du droit positif et ils ne sont pas considérés comme des règles de droit²¹⁴. Ces codes sont étroitement associés à l'autorégulation par la littérature savante²¹⁵. Ils sont très diversifiés puisqu'ils peuvent être créés par des organisations ou institutions internationales provenant des États dans l'ordre international

213. Selon le projet de loi C-25, une « autorité réglementante » est une « autorité investie du pouvoir de prendre un règlement » : *Loi sur les règlements*, Projet de loi C-25, précitée, note 198, art. 2 (définitions et interprétation).

214. Ce constat se dégage des réflexions menées par les internationalistes : G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privées », dans B. GOLDMAN, *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 48, à la page 58 ; P. SANDERS, « Codes of Conduct and Sources of Law », dans B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 281, à la page 294 ; E. DECAUX, « La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite », (1983) *A.F.D.I.* 90, 92.

215. M. PRIEST, « The Privatization of Regulation : Five Models of Self-Regulation », (1997-98) 29 *Ottawa L. Rev.* 233, 245 ; H.L. PITT et K. A. GROSKAUFMANIS, « Corporate Codes of Conduct and Corporate Self-Regulation », dans J.A. SIGLER et J.E. MURPHY (dir.), *Corporate Lawbreaking and Interactive Compliance : Resolving the Regulation-Deregulation Dichotomy*, New York, Quorum Books, 1991, p. 27, à la page 33 (énumération des avantages liés à l'élaboration des codes de conduite dans cette étude dépourvue de tout sens critique).

classique²¹⁶, tout comme leur origine en droit interne, où des organisations de toute nature, publiques ou privées, en font un usage abondant. Dans la première partie de notre étude, l'existence de ces codes a été brièvement mentionnée dans la perspective du renouvellement des mécanismes de gestion. Bien qu'il soit possible d'en faire une catégorie qui transcende tous les domaines du droit, peu importe que ce soit en droit interne ou dans l'ordre international, nous les appréhendons surtout comme « procédé normatif » dans le cadre traditionnel des organisations, et non comme des instruments dénaturés de propagande au service de multinationales en quête de légitimité.

L'association de ces codes de conduite à l'autorégulation est devenue un cliché qui permet d'alimenter diverses spéculations sur l'existence d'« ordres juridiques spontanés » dans l'esprit des réflexions de F. Hayek²¹⁷, qui s'est inspiré des travaux de David Hume (1711-1776) et de Adam Smith (1723-1790), ainsi que sur la *corporate governance*²¹⁸ et sur l'existence de la *soft law*, notamment chez les internationalistes²¹⁹. L'originalité de ces règles découle de la reconnaissance des pratiques reconnues (ou désirables) pour offrir des recommandations formalisées dans des codes, dont la fonction principale serait d'orienter les comportements par des modèles dans une profession, un secteur d'activité ou une organisation envers la clientèle ou les usagers, les salariés, les cocontractants et le grand public²²⁰. Ce ne sont pas des règles assorties de sanctions précises, ce qui explique l'attrait de modèles suggérés et non imposés selon les mécanismes propres au droit positif.

216. X. DIEUX et V. SIMONART, « Droit économique international et autorégulation », dans *L'autorégulation*, « Collection de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles », Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 193, à la page 199.

217. F. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, t. I, Paris, PUF, 1980, p. 43 ; E. MACKAY, « L'ordre spontané comme fondement du droit », (1989) *Rev. int. de droit économique* 247, 249.

218. Les études qui ont pour objet de présenter le thème général de la *corporate governance* n'abordent pas la question des codes de conduite : L. ZINGALES, « Corporate Governance », dans P. NEWMAN (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, New York, Macmillan Reference, 1998, p. 497 ; A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise. La corporate governance », *D.* 1995.2.163, p. 166 (étude des pratiques).

219. P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », (1982) 86 *R.G.D.I.P.* 5, 8 (absence de caractère juridique de la *soft law*). D'autres études offrent des vues plus nuancées : T. GRUCHALLA-WESIERSKI, « A Framework for Understanding Soft Law », (1984) 30 *McGill L. J.* 37, 52 (analyse de plusieurs types d'impact qui dépassent le cadre juridique) ; C. CHINKIN, « The Challenge of Soft Law : Development and Change in International Law », (1989) 38 *International and Comparative Law Quarterly* 850, 851 (distinction intéressante entre *legal soft law* et *non-legal soft law*) et 862 (constat d'un lien avec les formules de rechange dans le règlement des litiges).

220. X. DIEUX et V. SIMONART, *op. cit.*, note 216, p. 202 et 203.

Dans ce contexte, leur association à des mécanismes de rechange dont le choix pourrait être laissé à la discrétion des autorités gouvernementales et administratives peut paraître déroutante. Il faut rappeler que ces codes de conduite connaissent une réelle popularité au sein de toutes les organisations, publiques ou privées. Ils peuvent être réconciliés avec la problématique des sources du droit, ce qui suppose un retour obligé sur les usages et les pratiques²²¹. Peu importe en définitive les origines du « droit spontané », car la constante reste cette faculté de préemption de l'État qui peut intégrer les codes ou les usages au droit positif. Nous avons déjà constaté que tout peut devenir objet de droit positif²²². Dans sa seconde étude sur les codes de conduite, Gérard Farjat tire la même conclusion sur la liberté que conserve le système juridique, que ce soit pour condamner ces codes ou les « officialiser »²²³. Par rapport au droit officiel, ils restent assujettis au principe de la non-contrariété, ce qui rend douteuses les prétentions de l'auto-régulation à « demeurer totalement extérieure au droit »²²⁴. Comme ces codes sont dépourvus de sanctions et que leur effectivité demeure aléatoire, une mise en relation avec l'ordre juridique étatique apparaît, somme toute, comme une nécessité.

Est-ce un paradoxe, car ce sont les Britanniques, plus précisément le gouvernement travailliste de Tony Blair, qui a procédé en 2001 à cette cooptation ? Dans le but de refaire sous des aspects plus avenants la *Deregulation and Contracting Out Act* de 1994²²⁵ (conçue par les conservateurs), la *Regulatory Reform Act* a été adoptée le 10 avril 2001²²⁶. Bien

221. Dans le contexte du droit public français, peu favorable à la reconnaissance des usages et coutumes (à la différence des systèmes de common law), il est intéressant de voir comment les usages sont intégrés par le droit positif : G. TEBoul, *Usages et coutumes dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1989, p. 197 (des usages confirmés aux usages absorbés par la loi).

222. D. MOCKLE, « Deux variations sur le thème des normes », (1997) 38 *C. de D.* 437, 458. L'adage selon lequel « le Parlement peut tout faire » renvoie à cette capacité de préemption : H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 201, p. 615.

223. « La première observation qu'on peut faire est que le système juridique dispose de ses instruments et concepts traditionnels et qu'il conserve toute liberté à l'égard des codes de conduite et de leurs dispositions » : G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », dans J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *op. cit.*, note 34, p. 151, à la page 163.

224. X. DIEUX et V. SIMONART, *loc. cit.*, note 216, 203.

225. Voir *supra*, note 144.

226. *Regulatory Reform Act* (R.-U.), 2001, c. 6. L'utilisation des Codes of Practice par les Britanniques n'est pas une nouveauté comme le montre l'étude de G. APPLEBEY, « British Legislation on Health and Safety at Work : a Reappraisal after Five Years », (1979) 20 *C. de D.* 695, 701 (codes de pratique élaborés à l'initiative des organisations patronales et ouvrières).

qu'elle contienne une partie de l'ancienne loi, de nouvelles dispositions ont été ajoutées pour les codes de conduite sous la rubrique « Enforcement Practice ». Il en résulte une étonnante symbiose entre le droit positif et les codes de conduite, car ceux-ci sont désormais offerts à l'Administration britannique (*a Minister of the Crown*) pour expliciter les pratiques recommandées dans le but de satisfaire aux exigences de conformité liées au respect de lois ou de règlements (art. 9 : « Codes of Practice Relating to Enforcement of Regulatory Requirements »). En étant réquisitionnés pour devenir un substitut des sanctions pénales, les codes de conduite deviennent désormais un outil supplémentaire dans la vaste gamme des moyens d'intervention de l'État. La dimension « modes alternatifs » est évidente, car le but est d'induire des formes de pression plus douces, quasi persuasives, en vue d'obtenir de meilleurs résultats dans l'application de toute disposition législative ou réglementaire qui comporte une restriction, une exigence ou une condition. En cas de violation de ces dispositions législatives ou réglementaires, une cour ou un tribunal peut tenir compte de la violation du code de conduite dans la détermination de la sanction. L'article 10 présente des conditions de forme et de procédure pour l'élaboration des codes de conduite. Outre des exigences de consultation, le ministre doit présenter le projet (*the draft*) devant les deux chambres du Parlement qui disposent d'un délai de 40 jours pour s'y opposer. Au terme de ce délai, le ministre promulgue le code de conduite et le rend effectif par *statutory instrument*. La même procédure s'applique en cas de révision de ces codes.

Dans le contexte du droit britannique, les codes de conduite deviennent un élément de l'action administrative et favorisent ainsi la diversification des modes d'intervention. En comparaison, le Canada a commencé dès 1999 à les reconnaître par voie législative dans le domaine de l'environnement²²⁷. Leur intégration progressive en droit administratif canadien devient une réalité plausible.

En glissant vers la technique du modèle non contraignant, dépourvu de caractère juridique, mais qui est quand même censé modeler les comportements et indiquer les « bonnes attitudes », le droit public accentue cette dimension « holistique » qui caractérise la progression des modes dits

227. En vertu de l'article 54 (1)d) de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, précitée, note 179, le ministre de l'environnement peut créer des codes de pratique concernant la prévention de la pollution. L'Agence de la consommation en matière financière a pour mission « de surveiller la mise en œuvre des codes de conduite volontaires adoptés par ces institutions financières en vue de protéger les intérêts des clients et qui sont accessibles au public » : *Loi sur l'Agence de la consommation en matière financière du Canada*, précitée, note 87, art. 3 (2)c.

alternatifs dans plusieurs domaines de l'action administrative. Ce n'est pas l'autorégulation qui constitue l'enjeu véritable des codes de conduite, mais la façon même de concevoir la contrainte dans l'élaboration d'un « droit en douceur²²⁸ ». Apparemment dépourvus de la force exécutoire des règles du droit positif, ces codes imposent aux acteurs des modèles aux fins de conformité, ce qui constitue une méthode plus subtile que le diptyque ordre/châtiment, devenu trop coercitif dans de nombreux contextes, surtout ceux du type interpersonnel liés au monde du travail (culture de proximité). Les codes de conduite réactualisent sur un mode non juridique l'adhésion volontaire par consensus collectif à des objectifs, ce qui réintroduit ici également la dynamique de la gestion par résultats. Le déviant potentiel qui serait incapable de répondre à une logique de consensus sur le comportement attendu s'expose à l'opprobre de ses pairs²²⁹. Cette « sanction », réduite à un désaveu ou à un blâme, sera ressentie plus durement dans un contexte de collégialité où l'ensemble d'un corps professionnel a participé à l'élaboration de ces règles de conduite. À titre comparatif, la violation d'une règle abstraite issue d'un règlement officiel appelle des sanctions administratives et pénales. Ce processus répressif est généralement lent, impersonnel et bureaucratique, et surtout confidentiel, ce qui permet de conserver une relative discrétion. Si la sanction ultime n'est pas la radiation ni le retrait de permis, le « délinquant » pourra s'en tirer sans déshonneur par le paiement d'une amende, certes désagréable et souvent onéreuse, mais qui n'emporte pas de publicité fâcheuse.

En revanche, pour les usagers ou les clients, ces codes peuvent être considérés comme un net recul puisqu'ils resteront impuissants devant la violation ou la non-application de règles dépourvues du statut de « règle de droit ». Il faut à tout le moins un mécanisme de plainte ou un ombudsman, qui agissent également par voie de recommandations et qui sont associés à la « justice douce ». La logique qui préside à l'élaboration de ces codes ne répond pas aux besoins des consommateurs mais bien aux intérêts de ceux qui, très nombreux, professionnels, salariés ou fonctionnaires, préfèrent de

228. G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur*, Paris, Economica, 2000, p. 87 (idée de dépassement de la réduction de la justice à la loi, considérée comme propre au XIX^e siècle).

229. Cette affirmation suppose des nuances, car les codes de conduite élaborés dans certaines organisations publiques ou privées peuvent refléter la volonté des cadres supérieurs désireux de modifier le comportement de leurs employés. C'est un leurre absolu de concevoir les codes de conduite comme le produit de l'interaction d'acteurs libres. Il est plus réaliste, dans le contexte des organisations, de les associer à la culture de proximité où des valeurs communes et des consensus peuvent être atteints sans que la culture bureaucratique traditionnelle, verticale et hiérarchisée, soit en cause.

simples recommandations ou des « modèles » à de véritables obligations déontologiques. Tout comme pour les directives en droit administratif, les destinataires « apparents » de la règle sont les exécutants. Dans le contexte particulier des codes de conduite, le consommateur ou l'utilisateur du *xxi*^e siècle se trouve en réalité plus démuné que le marchand ou l'artisan du *xvi*^e siècle qui pouvait se plaindre auprès d'un chef de guildes. En droit contemporain, ces enjeux déontologiques sont normalement assumés par les ordres professionnels ou par des comités de discipline à l'échelle des établissements (domaine de la santé et de l'enseignement). Ce qu'il faut comprendre par la création de ces codes, ce n'est pas la volonté de codifier des usages ou des pratiques dont la simple antériorité confère l'aura de l'autorité incontestable. Le but est au contraire de créer l'usage, le bon comportement requis par les exigences du management, quitte à élaborer de nouveaux standards de qualité compte tenu de l'évolution technologique. Les codes répondent ainsi au besoin élémentaire de fixer des règles dans des domaines en pleine évolution et d'offrir, à tout le moins, l'esquisse d'une réponse. Cette configuration est loin d'être nouvelle puisque l'Administration se sert des directives et énoncés de politique aux fins d'expérimentation et d'élaboration depuis plusieurs décennies, ce qui correspond au besoin du « droit à l'essai²³⁰ » pour des problématiques inédites.

Le statut de ces codes ne peut toutefois échapper à la forte emprise du droit positif qui offre des solutions et des réflexions fort savantes sur les pratiques, usages et coutumes. À propos des usages, G. Cornu rappelle à juste titre la dualité de sens qui les caractérise. Si le premier sens est synonyme de coutume (expression coutumière de la règle de droit), le second renvoie explicitement à l'idée de pratique propre à un groupe social, ce qui signifie le comportement habituel²³¹. Dès lors, les codes de conduite ne peuvent échapper à l'ambivalence. Sont-ils le reflet de pratiques établies et reconnues ou, comme certains le prétendent, des projections de pratiques souhaitables eu égard à un état de fait jugé déplorable ? Dans certains cas, il ne faut pas exclure qu'ils relèvent de la simple opération de marketing menée pour dissimuler des pratiques douteuses. Si ces codes sont utilisés aux fins qui leur sont généralement associées, leur prolifération peut représenter un changement notable dans le rapport aux normes. À plusieurs égards, ils reflètent une sorte de responsabilité collective en vue d'atteindre de meilleurs résultats, quitte à fixer des standards ou des modèles en-

230. D. MOCKLE, *op. cit.*, note 20, p. 509. L'expérimentation peut même devenir objet de législation : J. CHEVALLIER, « Les lois expérimentales. Le cas français », dans D. BOURCIER et C. THOMASSET (dir.), *L'écriture du droit. Législation et technologie de l'information*, Paris, Diderot Éditeur, 1996, p. 167, à la page 174.

231. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, p. 807.

dessous desquels l'organisation ne peut descendre sans se discréditer. C'est une collectivisation de la normalité par et pour le groupe de « professionnels²³² » où l'individualisation de la faute ou du manquement ne revêt qu'un aspect secondaire. En cas de ratés ou de carences, il faut imprimer une culture de qualité à l'ensemble du groupe cible, ce qui ramène les codes de conduite à l'univers du management et non de l'éthique appliquée. Ce n'est pas un substitut de déontologie qui en est le moteur principal, mais la promotion de standards par le jeu d'un nouveau rapport aux règles et sanctions. Cette technique différente permet l'affirmation d'une conception irénique²³³ des rapports sociaux où l'idée de Justice (au sens jusnaturaliste) n'est que marginale ou secondaire. Les codes servent à installer de nouvelles attitudes en l'absence de sanctions, ce qui revient encore une fois, dans la logique propre à l'« alternativisme », à faire prévaloir des impératifs d'harmonie et de pacification.

Les codes de conduite, susceptibles d'être avalisés par le droit positif, complètent un ensemble de plus en plus diversifié et raffiné de modes dits alternatifs. La *Regulatory Reform Act* de 2001 confirme leur intégration directe dans l'ensemble des solutions de rechange, ce qui ne leur confère pas pour autant le statut de règles de droit au sens où l'entend le droit positif. Comme l'Administration britannique peut en faire un usage direct pour l'application des lois, quitte à les créer de toutes pièces, il ne s'agit pas d'un scénario de délégation, comme l'ont fait les autorités ontariennes en 1996 par le jeu d'une loi de délégation à des « organismes d'application désignés²³⁴ ». Malgré des apparences de nouveauté, cette solution correspond au scénario classique de la délégation du pouvoir réglementaire,

232. Cette expression est employée comme générique pour cibler des groupes qui sont forcément spécialisés dans l'exécution du travail, ne serait-ce que par la division des fonctions.

233. Dans l'histoire de la pensée, l'irénisme correspond à une attitude de paix et de compréhension dans la discussion des problèmes en vue de rétablir l'harmonie, considérée comme le bien suprême. Les Livres iréniques ont été rédigés dans les premiers siècles pour apaiser les discordes entre chrétiens. Ce mouvement est également lié à la personnalité complexe d'Irène, impératrice d'Orient (797-802). L'irénisme est parfois associé à la négation des différences et des conflits. L'abbé de Saint-Pierre (1658-1743) est à l'origine des termes « irénisme », « iréniste » et « irénique » dans son *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, Paris, Fayard, 1986 (1re éd. : 1713), p. 427 (les termes « irénistes » et « anti-irénistes » servent à désigner les partisans et les opposants au projet politique de l'abbé de Saint-Pierre) qui aura une grande influence sur Kant. Dans l'esprit du XVIII^e siècle, cet ouvrage préfigure la longue gestation du processus politique qui a permis la création de l'Union européenne. La question du règlement des conflits en constitue le thème principal.

234. *Loi prévoyant la délégation de l'application de certaines lois désignées à des organismes d'application désignés et prévoyant certains délais de prescription dans ces lois*,

ce qui ne permet pas d'en faire une solution de rechange ou un mode différent en matière de réglementation. Avec les trois procédés examinés (normes de substitution, procédé du renvoi et codes de conduite), les autorités sont manifestement à la recherche de nouveaux mécanismes par l'harmonisation de règles qui sont aux confins du droit.

Conclusion

Notre étude n'a pas pour objet de dresser un inventaire exhaustif des formules de rechange à la réglementation traditionnelle²³⁵. Les directives et autres pratiques similaires ont été volontairement omises pour mieux circonscrire ce qui peut projeter une image de rupture. Ce cadre d'analyse, malgré ses limites, offre un florilège de différentes pratiques qui constituent une sorte d'anthologie des transformations en cours dans le rapport de l'État à son propre droit, ce qui permet de faire divers constats.

Le premier ne peut éluder la question de l'hétérogénéité. En dépit de leur diversité, ces pratiques correspondent à deux procédés normatifs. Le premier répond au besoin élémentaire de formuler des critères en marge du droit à titre de substituts fonctionnels aux actes réglementaires. La teneur de ces règles ne les distingue en rien des normes officielles du droit positif, si ce n'est la catégorisation purement formelle qui les exclut, aux fins de

L.O. 1996, c. 19. Les organismes d'application sont des personnes morales à but non lucratif dont certains membres du conseil d'administration peuvent être nommés par le ministre responsable de la loi désignée. Cette délégation de pouvoir réglementaire reste assujettie à la ratification d'un accord d'application. Cette loi n'a qu'une portée fort limitée, car si la loi habilitante désigne directement le gouvernement (Conseil des ministres) ou le ministre comme autorité responsable pour l'élaboration des règlements, ce pouvoir ne peut être délégué (art. 3 (4)). Si cette loi introduit des dimensions nouvelles dans la délégation de la fonction réglementaire, elle ne comporte en revanche aucun changement pour la technique réglementaire. Sa nouveauté réside essentiellement dans l'élargissement de la délégation.

235. Le lecteur désireux d'obtenir une analyse plus exhaustive des solutions de rechange offertes par des procédés réglementaires et non réglementaires doit consulter le rapport de recherche du professeur Pierre Issalys (avec la collaboration de M. Bourque), *Répartir les normes. Le choix entre les formes d'action étatique*, Québec, Ministère de la justice du Québec et Société d'assurance automobile du Québec, 2002. Par la formulation de cinq critères de justification des formes d'action étatique (maîtrise politique, qualité de l'espace public, équité, compétence technique, économie de moyens), ce rapport offre un tableau-synthèse (p. 335) qui permet de pondérer les divers procédés de rechange en fonction des cinq critères retenus. Il en ressort un clivage assez net entre ce qui correspond aux attentes des parlementaires (maîtrise politique) et à celles de l'Administration (compétence technique et économie de moyens). Fait plus significatif, les deux critères qui sont plus proches des attentes des citoyens (qualité de l'espace public et équité) aboutissent à des constats peu favorables pour l'utilisation de ces techniques de rechange.

pure commodité administrative, de la classe supérieure des « règles de droit » au sens de l'orthodoxie positiviste. Le procédé de la directive, largement analysé, correspond à un découpage très artificiel²³⁶, les exemples où l'Administration peut agir en toute discrétion par directive ou par règlement étant nombreux²³⁷. Ce qui est décrit sous la rubrique « Directive » par les ouvrages de droit administratif au Québec ne reflète que partiellement la diversité fonctionnelle de ces pratiques internes où, déjà en 1982, sept procédés avaient été inventoriés²³⁸. Il existe de nombreux textes internes qui n'ont pas pour objet la limitation du pouvoir discrétionnaire en vue de l'encadrement d'un processus décisionnel. La « discipline » des usagers par voie de « règlements internes » (régime d'interdictions et de prescriptions) en est un exemple²³⁹, au même titre qu'une multitude de règles qui ont pour objet direct l'organisation et le fonctionnement de l'appareil d'État. Dans la perspective des nouveaux modes de régulation, ce besoin de dédoublement fonctionnel explique le recours à des mécanismes de rechange pour utiliser des normes de substitution ou l'intégration par renvoi de règles techno-scientifiques. Ces procédés ne sont que des mécanismes de relais servant à harmoniser avec le corpus du droit positif des règles dont l'intégration directe est trop lourde, du seul fait de leur nombre et de leur complexité technique. En marge du droit officiel, ces procédés n'offrent aucun élément de rupture avec la figure paradigmatique de la loi, du seul fait qu'ils reproduisent le scénario de la norme abstraite, générale et impersonnelle aux fins de qualification de situation factuelle et d'applicabilité directe par les agents de l'État. Bien que les directives obéissent à un régime juridique distinct de celui des actes réglementaires, cela n'en fait pas pour autant une autre catégorie de règles ou de normes (au sens strict du procédé normatif).

Le deuxième procédé offre en revanche des allures de nouveauté. La technique des « règles-objectifs » gagne progressivement du terrain par

236. D. MOCKLE, *op. cit.*, note 20, p. 458.

237. Lorsque la loi confère des pouvoirs réglementaires à titre de simple faculté (« peut »), l'autorité administrative n'est pas dans l'obligation de recourir à la forme réglementaire pour énoncer des critères ou des règles. Pour un exemple explicite, voir *supra*, note 92.

238. D. MOCKLE, *op. cit.*, note 20, p. 574. Pour une typologie du même type avec huit catégories dans le domaine des règles tertiaires (les règles secondaires correspondent aux actes réglementaires et les règles primaires, au domaine législatif), voir : R. BALDWIN, *Rules and Government*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 81. Le classement proposé par Robert Baldwin est fort intéressant, et il est évidemment possible de faire la comparaison avec notre typologie de 1982. Sa tentative se heurte néanmoins au même problème que celui que nous avons expérimenté dans notre thèse : tous les procédés décrits peuvent être explicités par voie réglementaire ou législative. L'existence de ce domaine « tertiaire » est un fait incontestable, mais son autonomie reste artificielle, car ce sont des solutions de rechange qui demeurent tributaires des choix de l'Administration.

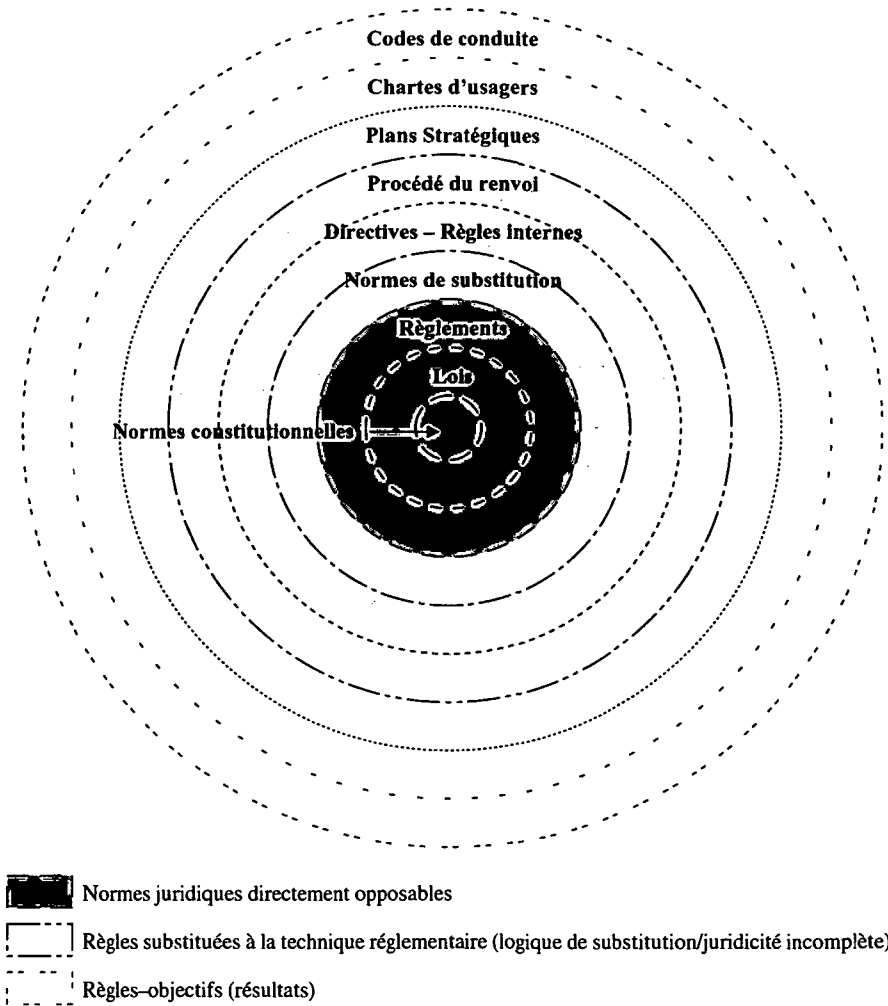
239. D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 109, 1033.

l'élaboration de plans stratégiques, de chartes d'usagers, de déclarations de services et de codes de conduite qui ont pour destinataires apparents les exécutants, toutes catégories de personnel confondues. Pour le droit du travail, le droit de la consommation et le droit administratif, ces pratiques sont loin d'être inoffensives et emportent de lourdes conséquences pour les salariés-usagers-consommateurs. L'idée de mobilisation qui en est le moteur n'échappe pas à l'emprise du droit positif puisqu'au Canada les lois fédérales qui énumèrent des objectifs sont nombreuses. La planification stratégique correspond à la rationalité gestionnaire de l'État-providence. L'introduction du mécanisme du plan par le nouveau management public n'est qu'un nouvel avatar d'une formule à succès parmi les pays occidentaux qui y ont recours depuis quelques décennies. Si la gestion par résultats est désormais à l'origine de « nouveaux » modes de régulation institués par la loi, elle n'offre pas, au sens strict, une rupture dans l'élaboration des procédés normatifs associés à la planification. Faut-il dès lors conclure à l'absence de spécificité de la « règle-objectif », ce qui renverrait en définitive à une conception unitaire des règles ? À défaut de pouvoir résoudre cette question, la véritable nouveauté se situerait davantage dans leur expansion à titre de formules de rechange.

Dans une perspective de droit public interne, la légalité (sources écrites) serait composée de normes constitutionnelles, législatives et réglementaires qui seules pourraient constituer des « règles de droit » aux fins du contrôle judiciaire²⁴⁰. Les deux catégories analysées dans notre étude deviennent ainsi périphériques en démultipliant hors des circuits officiels d'élaboration du droit des règles de rechange. L'image du cercle s'avère plus apte à traduire cette situation que celle, qui est plus connue, de la pyramide. La première catégorie se détache en offrant la possibilité de procédés de substitution à la technique réglementaire classique. La hiérarchisation de ces mécanismes représente des difficultés considérables, car ils empruntent, à des degrés divers, des éléments formels, matériels ou fonctionnels qui relèvent de la juridicité. La seconde catégorie présente les mêmes caractéristiques, avec toutefois une finalité qui la démarque davantage puisqu'il s'agit de produire des résultats par des « règles-objectifs ». Le schéma qui suit a donc été élaboré pour faciliter la compréhension du sujet. Non seulement cet inventaire n'est pas complet, mais il n'a pas pour objet d'établir des catégories. Cette figuration n'en reste pas moins indispensable en vue de progresser dans la typologie de ces modes de rechange.

240. La common law offre également des « règles de droit ». Notre cadre d'analyse ayant été limité à des sources écrites calquées sur le modèle de la loi, l'inventaire complet des sources du droit n'est pas requis aux fins de cette étude.

Typologie des nouveaux modes de régulation dans la catégorie normes et règles



Ces mécanismes apparaissent comme des solutions de rechange du seul fait que les circuits d'élaboration diffèrent à des degrés divers de ceux des actes réglementaires, ce qui réintroduit des considérations de forme et de procédure (critère formel). Leur différenciation est également du type fonctionnel (critère des fonctions) puisqu'ils remplissent des finalités que les normes classiques d'« essence législative » ne peuvent atteindre, à moins d'adaptations majeures. Sans doute par crainte d'un gonflement excessif du corpus réglementaire, les autorités ont grand intérêt à déployer des stratégies de rechange. Ce phénomène résulte également d'un évide-ment du droit législatif, devenu progressivement un simple cadre pour le transfert de pouvoirs sans cesse accrus vers l'exécutif et l'Administration, devenus centres des politiques publiques. Dans la même veine, la technique réglementaire se prête mal à l'expérimentation de nouveaux procédés qui tombent indistinctement dans le périmètre de la gestion administrative et du management. L'expansion de nouveaux mécanismes sous couvert de « gestion interne » dissimule tant bien que mal la régulation technicienne de l'État administratif²⁴¹, laquelle exige des indicateurs de performance, des chiffres, des équations, des standards de qualité, des quotas, des règles comptables, des objectifs, des plans, bref un ensemble de mesures qui permettent un investissement total du social par des règles, là où le droit a atteint ses limites et semble virtuellement épuisé. Loin d'être un constat de la faiblesse du droit, plus que jamais mobilisé pour accroître les pouvoirs de l'exécutif (urgence et sécurité), cette tendance trahit au contraire le désir d'aller toujours plus loin par l'utilisation de règles effectives, car ces solutions de rechange sont intégrées par le droit positif tout en étant hors du droit. Gouverner hors du droit... mais grâce au droit qui institue ces mécanismes et qui offre encore un filet rassurant de protection²⁴².

Évincées de la réglementation officielle, ces pratiques ne correspondent pas pour autant à de la déréglementation. Seule une adhésion inconditionnelle à ce que le droit positif offre de plus artificiel pourrait valider un constat de déréglementation. L'affirmer confère aux seules règles d'essence législative (lois et règlements) la prétention à épuiser le champ de la

241. Cette régulation technicienne reflète une rationalité comptable et budgétaire. Sur ce thème, voir : M. HUFTY (dir.), *La pensée comptable*, coll. « Enjeux », Paris, PUF, 1998, p. 11.

242. Dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 2, l'expression « règle de droit » de l'article 52 ne concerne que les lois, règlements et principes de common law. Malgré cette limite défavorable pour la primauté de la Charte, c'est davantage par l'interprétation de l'article 32 (1) que peut être dégagée la véritable portée de la Charte (action gouvernementale). Toute mesure associée à l'action gouvernementale permet d'invoquer les garanties de la Charte.

normativité, ce qui correspond aux exigences de légalité, mais devient irréal compte tenu des exigences d'effectivité qui priment toute autre considération. Dans cette perspective exclusivement formelle, il serait possible d'évoquer un allègement de la réglementation du seul fait de la multiplication de règles non juridiques. Pour tout spécialiste de la réglementation, l'existence de règles effectives appliquées par des fonctionnaires ou des agents économiques constitue toutefois le seul critère déterminant (l'effectivité), peu importe le statut juridique ou non juridique des règles utilisées. L'instrumentalisation par des mécanismes de rechange est l'illustration directe de la prépondérance de l'effectivité sur des questions de légalité. L'attribution du caractère juridique ou non juridique relève, à la limite, de la casuistique compte tenu de la diversité des mécanismes et de leur positionnement en marge du droit officiel.

La dimension officielle ou « informelle » de ces pratiques soulève le même questionnement. Les modes dits alternatifs sont fréquemment associés à un besoin grandissant d'« informalisme ». Si les directives sont parfois associées à des pratiques « informelles »²⁴³, c'est encore par abus de légicentrisme. Seule l'association exclusive de la règle de droit aux formalités d'élaboration des actes législatifs et réglementaires permet de réduire, par excès de formalisme, à des « pratiques informelles » tout ce qui ne correspond pas aux exigences canoniques de promulgation des lois et règlements. Ces derniers étant directement opposables aux tiers, les textes non réglementaires qui ont pour objet d'expliciter des règles d'une grande précision à l'intention de fonctionnaires ou de diverses autorités administratives seraient, dans cette perspective empreinte de *legal formalism*, des « pratiques informelles ». Notre étude montre au contraire que ces solutions de rechange ne sont que des pastiches ou des dédoublements du droit officiel en vue d'élaborer des moyens plus perfectionnés pour produire des effets réels (pure effectivité) au sein des organismes administratifs, ce qui relègue au second plan les interrogations des juristes. Les autorités ne négligent pas pour autant la question du droit en harmonisant directement ces mécanismes par des dispositions législatives qui seront perçues, à tout le moins, comme des dispositions habilitantes. Le problème de la compétence étant ainsi réglé, les problèmes de qualification deviennent secondaires ou négligeables pour les gestionnaires soucieux de transformation des modes d'intervention. Le nouveau management public exige des instruments fonctionnels et efficaces, sans considération particulière pour les

243. P. MERCER, « Informal Administrative Action in Canada », dans INSTITUT DE DROIT COMPARÉ DE MCGILL, *Droit contemporain 1994*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 788, à la page 790.

catégorisations des juristes. En revanche, le recours accru au droit officiel pour légitimer ces nouveaux mécanismes contribue à la juridicisation latente du management²⁴⁴. Les principes du management deviennent progressivement des préceptes juridiques, et il n'est pas impossible à moyen terme que le management soit rejoint par le droit.

« Gouverner sans le droit » découle du simple constat de la diversification croissante de mécanismes normatifs qui échappent aux catégories traditionnelles du droit public. Ces pratiques entretiennent des rapports complexes et nuancés avec le droit positif. Les dimensions de notre étude ne permettent pas d'approfondir certains thèmes récurrents qui gravitent autour de la question des normes : juridicité, ordre normatif, ordre juridique ou système juridique, pluralisme normatif et pluralisme juridique, de même que des enjeux liés au contrôle judiciaire (« justiciabilité » et pouvoir discrétionnaire). De même, avec regrets, nous n'avons pu évaluer les multiples enjeux politiques liés à l'élaboration et à l'utilisation de ces mécanismes de substitution. Pour plusieurs catégories élaborées en vase clos, le déficit démocratique est manifeste. En dépit de ces limites, notre étude permet néanmoins d'approfondir la question des rapports de l'État au droit, car c'est bien de l'État qu'il s'agit.

Si l'État de droit ne peut échapper au phénomène contemporain de la démultiplication des règles et normes en tout genre, la conséquence ultime n'est pas la déperdition du pouvoir de l'État, tout au contraire. De nombreux juristes raisonnent encore par une association implicite droit-État, comme si le seul enjeu réel était le sort du droit positif dont dépendrait en définitive le sort de l'État. Les spéculations qui ont cours depuis quelque temps sur le pluralisme et la multiplication des normes ont mis en évidence une évolution inflationniste dans la production des règles « hors État », sans pouvoir, à cause même des postulats pluralistes qui les animent, en tirer les conséquences logiques pour l'évolution de l'appareil d'État, réduit à la toute-puissance de l'exécutif dans un contexte de mondialisation. L'État, comme d'autres acteurs privés, peut s'accaparer à des degrés divers ce qui semble « hors du droit », en faire des instruments de pouvoir et en tirer une « plus-value » que ne peut pas lui offrir son propre droit, trop « classique », trop « moderne », et jamais assez efficace pour satisfaire les attentes des gestionnaires. Cette plus-value consiste en une simple faculté de préemption pour introduire de nouveaux raffinements dans le choix des mécanis-

244. Sur cette évolution, voir : J. CHEVALLIER, « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et management public*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 111, à la page 129. Voir également, *supra*, note 130.

mes, ce qui permet d'accroître sa sphère d'intervention sans être visible en matière de droit positif. Afin d'être plus « efficace », il peut désormais gouverner sur deux registres différents en répondant encore aux exigences (de pure forme) de l'État de droit.

Ce double registre, droit et mutation du droit (perçue comme « non-droit » par l'orthodoxie positiviste), ouvre deux perspectives. La première réintroduit le scénario d'une gouvernance autoritaire par une apparence de « non-droit », devenue plus subtile du fait que ces règles sont marginales ou périphériques pour le droit officiel. À toutes fins pratiques, ces règles « invisibles » évoquent le système du panoptique que Michel Foucault a mis en lumière par un retour explicite sur le panopticon de Bentham²⁴⁵. Il ne faut pas être étonné de retrouver ainsi Bentham en fin de texte, car les nouveaux modes de régulation ont pour objet de perfectionner l'exercice du pouvoir par la recherche de l'efficacité maximale. Dans cette perspective inflationniste pour la production de mécanismes dits alternatifs, leur association à une quelconque forme de retrait de l'État serait un leurre.

La seconde perspective montre la dissociation progressive qui résulte de l'utilisation des canaux officiels (lois/règlements) dans l'élaboration des politiques publiques par rapport à la croissance d'un autre champ normatif qui renvoie à la gestion technicienne et consumériste de l'État administratif. La « grande illusion » du droit et du management réside dans leur prétention commune à diluer, voire à nier, la dimension politique et juridique de ce second champ où les citoyens ne sont plus que des consommateurs, des usagers et des clients, à moins qu'ils ne soient déjà exclus d'office du seul fait que les règles techno-scientifiques ne les concernent pas. Ce pari est impossible à tenir, car la crise récurrente des finances publiques réintroduit directement la question des choix, et donc la question de la qualité, devenue précepte de droit.

Si « gouverner sans le droit » reflète l'ascension de la fonction exécutive dans les démocraties occidentales, ce phénomène montre surtout la volonté d'imposer une rationalité technicienne et scientifique qui serait hors du politique et du droit, rêve ultime de l'État administratif.

245. « Le Panoptique est une machine à dissocier le couple voir-être vu : dans l'anneau périphérique, on est totalement vu, sans jamais voir ; dans la tour centrale, on voit tout, sans être jamais vu » : M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 203.