

La lecture des blancs dans le droit et la validité des règles administratives : essai sur deux modèles issus du positivisme juridique

France Houle*

Introduction	53
I. Les fonctions des règles administratives	59
A. Le parachèvement du droit.....	61
B. Le développement du droit	73
C. Le remodelage du droit.....	84
II. La théorie des blancs	95
A. La théorie des lacunes.....	98
1. <i>La théorie de l'espace juridique vide</i>	99
2. <i>La théorie de la norme générale exclusive</i>	102
B. La théorie de la texture ouverte du langage.....	108
C. La théorie des anomalies.....	116
Conclusion	121

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Dans son œuvre, Franz Kafka présente l'Administration – pour reprendre une terminologie d'astronomie – comme un trou noir. Lorsqu'un administré est pris dans son engrenage¹, il ne peut plus avancer : il est suspendu, figé dans l'attente d'une décision de l'Administration qui ne vient jamais². Face à un système aussi absurde, la vie des hommes peut, en fait, être réduite à celle d'un cancrelat³.

Bien sûr, la vie des Tchèques au temps de Kafka et celle des Canadiens d'aujourd'hui sont deux réalités différentes. Notre système administratif est raisonnablement respectueux des administrés. Nous sommes généralement traités comme des personnes – des sujets de droits – et non comme des insectes – des objets inutiles et nuisibles – tel que dans l'imaginaire de Kafka. Ce résultat, nous le devons, du moins en partie, parce que nous vivons dans un État de droit : l'Administration est soumise au droit et est contrôlée par des règles de droit et non par l'arbitraire des décideurs. Une des conséquences de ce principe dans notre système juridique est que l'Administration ne peut pas créer des règles de droit à moins d'être explicitement autorisée par le législateur. Mais il faut bien constater que la réalité est toute autre. L'Administration produit de telles règles sans nécessairement avoir été expressément autorisée par le législateur. Je fais référence ici au phénomène des règles administratives; l'expression « règles administratives » étant utilisée pour

¹ Franz KAFKA, *Un artiste de la faim : À la colonie pénitentiaire et autres récits*, coll. « Folio », Paris, Gallimard, 1990.

² Franz KAFKA, *Le Château*, coll. « Folio », Paris, Gallimard, 1972; Franz KAFKA, *Le Procès*, coll. « Folio classique », Paris, Gallimard, 1987.

³ Franz KAFKA, *La Métamorphose et autres récits*, coll. « Folio », Paris, Gallimard, 1989.

désigner des guides, des manuels, des politiques, des instructions, etc. qui affectent les droits et les intérêts des administrés⁴.

À leur endroit, la jurisprudence et la doctrine ont adopté une attitude nuancée. Du côté de la doctrine on reconnaît que ces actes sont normatifs⁵, mais cette normativité serait insuffisante pour en faire de véritables règles de droit⁶. Dans la jurisprudence, seules les règles allant clairement à l'encontre des objectifs du législateur sont déclarées invalides. Il va sans dire que face à un critère aussi large, peu de règles ont été déclarées nulles⁷. Sur le plan du contentieux administratif où il

⁴ Quant aux règles qui n'affectent pas les droits et les intérêts des administrés, je les range dans la catégorie des « règles de régie interne ». René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. 1, Québec, Presses de l'Université Laval, 1984, p. 418.

⁵ Chez les auteurs de droit administratif, voir entre autres : Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 44 qui utilisent la « "règle" issue de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire »; H. Molot qui les nomme « *rule of policy* » voir : Henry L. MOLOT, « The Self-Created Rule of Policy and Other Ways of Exercising Administrative Discretion », (1972) 18 *R. D. McGill* 310; Hudson N. JANISCH, « The Choice of Decisionmaking Method : Adjudication, Policies and Rulemaking », (1992) *Lectures L.S.U.C.* 259, 265, qui les appelle « *non-binding rules* ».

⁶ P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 5; p. 44. Une étude se démarque par son originalité, et ce, sous deux aspects. Il s'agit d'un article publié par le professeur Mockle qui conteste, d'une part, le point de vue dominant relatif au postulat de non-juridicité des règles administratives et qui propose, d'autre part, une analyse transversale du phénomène : Daniel MOCKLE, « Ordre normatif interne et organisations », (1992) 33 *C. de D.* 965. Voir aussi : Daniel MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, L.G.D.J., 1984, 623 p.

⁷ À noter l'affaire *Dlugosz c. Québec (Procureur général)*, [1987] R.J.Q. 2312, 2317 (C.A.) où les juges ont utilisé un autre argument que la non-conformité avec les objectifs du législateur pour invalider une règle administrative. Ils ont fait valoir que la règle en question était un règlement déguisé. Cette solution est possible au Québec étant donné le libellé de la *Loi sur les règlements*, L.R.Q., c. R-18.1. Il serait cependant plus difficile

s'agit de déterminer la légalité de la décision individuelle s'appuyant sur une règle administrative, les cours n'obligent pas l'Administration à respecter ses règles administratives. Dans la mesure où l'Administration donne la chance à l'administré de faire valoir son point de vue sur l'application ou la non-application d'une règle administrative à son cas particulier et que, par la suite, l'Administration exerce son pouvoir d'appliquer ou non sa règle de bonne foi, c'est-à-dire de manière raisonnable et en tenant compte des faits pertinents, sa décision sera jugée valide⁸.

Compte tenu des effets de ces règles administratives sur les droits et les intérêts des administrés, pourquoi la jurisprudence et la doctrine maintiennent-elles ces règles dans cette zone obscure du quasi droit et où les protections accordées aux administrés sont, somme toute, plus limitées que lorsqu'une « vraie » règle de droit est en cause? Une des

d'invalider une règle issue de l'Administration fédérale car la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), c. S-22, art. 2(1) est particulièrement alambiquée sur la notion d'acte réglementaire.

⁸ *Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, 7; *Dawkins c. Canada (ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 639, 649 (1^{re} inst.); *Glaxo Wellcome PLC c. Ministère du Revenu national*, (1998) 162 D.L.R. (4^e éd.) 433, 445 (C.F.A.); *Leddy c. Saskatchewan Government Insurance Office*, (1964) 45 D.L.R. 445, 457 (C.A. Sask.); *Re Hopedale Developments Ltd. c. Town of Oakville*, (1965) 47 D.L.R. 482, 486 (C.A.O.); *Breton c. Bureau de la révision de la santé et de la sécurité au travail*, [1984] R.D.J. 1, 5; *Fédération québécoise des directeurs d'école c. La Commission scolaire du Long-Sault*, [1983] C.S. 354, 358; *British Oxygen Co. c. Minister of Technology*, [1971] A.C. 610, 625; *R. c. Secretary of State, ex parte Asif Khan*, (1984) 1 W.L.R. 1337, 1348 (Lord Parker); *In re Findlay* (1984) 3 W.L.R. 1159, 1173 (Lord Scarman); *Dale Corp. c. Rent Review Commission*, (1984) 2 Admin. L.R. 260, 278 (C.A. N.-É.); *Rex c. Port of London Authority, Ex parte Kynoch Ltd.*, [1919] 1 K.B. 176, 184 (Lord Bankes); *Padfield and others c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food and others*, [1968] 1 All. E.R. 694, 701 (Lord Reid); *Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223, 229; *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 232, 247 (C.F.A).

réponses possibles est que c'est ce point de vue qui est le plus en accord avec notre théorie de l'État de droit démocratique, laquelle exige que nous confinions l'Administration dans un rôle subordonné d'exécution de la volonté du législateur, seule autorité dûment autorisée à représenter les citoyens. Puisque les règles administratives ne sont pas tout à fait compatibles avec ce modèle, leur existence est relativement occultée par le droit positif.

Cette perspective a trouvé écho dans deux modèles théoriques qui dominent en droit positif canadien lorsqu'il s'agit d'examiner la validité de règles produites dans l'ordre juridique étatique : les théories positivistes de Kelsen et Hart. Lorsque la doctrine et la jurisprudence appliquent ces cadres théoriques, il s'y entremêle implicitement au moins deux postures épistémologiques. Il y a, d'une part, la logique normative (est-ce que ce phénomène devrait être considéré comme du droit dans notre système démocratique?) et la logique positive des sciences ou logique descriptive (est-ce que ce phénomène est du droit)⁹. Dans ce dernier cas, la connaissance du droit est reconnue pour vraie si elle se fonde sur des faits qui peuvent être observés de l'extérieur, décrits ou expliqués.

Ainsi, lorsque le phénomène des règles administratives est analysé, il se profile, à l'arrière plan, une théorie normative du droit qui dicte l'attitude à adopter face à un tel phénomène et, en avant-plan, une théorie descriptive énonçant les critères de validité servant à déterminer les conditions d'intégration des règles administratives dans le droit. Ces critères étant minimaux, ils laissent pratiquement carte blanche à l'Administration dès que la règle ne va pas clairement à l'encontre de la volonté du législateur ou que l'administré ne conteste pas l'application de la règle dans son cas particulier. Ainsi, sur le plan de la logique normative si l'on se demande qu'elle est l'attitude que les juges adoptent face à ce phénomène, force est de constater qu'ils montrent un laissez-faire inquiétant.

⁹ Jean-Guy BELLEY, « L'avenir du droit et des juristes : trois scénarios », (1999/2000) 30 *R.G.D.* 501, 521.

En effet, en maintenant les règles administratives dans cette zone de pénombre, est-ce que cela n'a pas pour conséquence de donner plus de pouvoirs à l'Administration? Est-ce que l'Administration n'est pas d'autant plus puissante qu'une partie de sa production normative est (quelquefois partiellement, quelquefois complètement) occultée en droit positif? Bien que cette question soit très importante, elle ne fera pas l'objet d'une analyse approfondie dans ce texte mais seulement de quelques commentaires.

Sur le plan de la logique descriptive, le principal problème est l'absence d'une classification fonctionnelle nuancée des règles administratives. Dans l'état actuel du droit positif, il n'y a en vérité qu'une catégorie de règles administratives : celles qui ont pour fonction l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire¹⁰. Dans le droit de tradition de common law, c'est l'Américain Davis qui a le plus clairement formulé la théorie de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire¹¹. Davis était préoccupé par l'arbitraire qui pouvait résulter de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et, pour y remédier, il a entre autres proposé que les administrateurs recourent à la formulation de règles pour structurer, de l'intérieur, l'exercice de leurs pouvoirs. Cette idée de Davis allait, selon les professeurs Issalys et Lemieux, ouvrir la voie vers une conceptualisation plus « dynamique entre droit et pouvoir discrétionnaire » où ces deux domaines sont « englobés dans un réseau intégré de rapports rationnels »¹². Dans cette perspective, les règles administratives ne sont plus envisagées comme un expédient commode pour l'Administration, mais comme un outil de mise en œuvre du droit public. Mais voilà, les

¹⁰ P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 5, p. 44; Au Royaume-Uni, la décision de principe est *British Oxygen Co.*, précité, note 8; au Canada, c'est dans la décision *Capital Cities Communications Inc. c. CRTC*, [1978] 2 R.C.S. 141, 171 que la Cour suprême a expressément fait référence à l'arrêt *British Oxygen*, en France, l'arrêt de principe est *Crédit foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et dame Ader*, [1970] R.C.E. 750.

¹¹ Kenneth Culp DAVIS, *Discretionary Justice, A Preliminary Inquiry*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969, p. 4.

¹² P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 5, p. 43.

juges ne sont pas encore rendus là, alors que l'Administration raffine de plus en plus ses façons de modifier le droit positif par le moyen de règles administratives.

Face à une multiplication de règles administratives faisant l'objet de peu de contrôle, est-ce que Kafka, s'il vivait aujourd'hui, écrirait *Le Château*? Serait-il d'avis que l'Administration agit de façon irrationnelle et incohérente en émettant des règles administratives? Qu'elle favorise l'instabilité de l'ordre juridique? Bref, est-ce que ces actes de l'Administration sont compatibles avec les conditions de validité énoncées dans les théories de Kelsen et Hart?

Pour répondre à cette question, il est utile, dans un premier temps, de mieux comprendre le rôle des règles administratives. À quoi servent-elles? Je ne cherche pas à savoir ici si les règles administratives modifient l'ordre juridique, car mes travaux antérieurs me permettent de conclure le contraire¹³. Il s'agit plutôt de mieux comprendre comment elles modifient le droit positif de l'organisme administratif duquel elles émanent. À partir de l'échantillon de règles que j'ai confectionné pour ces travaux antérieurs, j'ai analysé la relation entre les règles administratives et les règles de nature législative. J'ai construit une classification afin de décrire les différents types de modifications qui peuvent être apportées à l'ordre législatif par des règles administratives. À partir de cette classification, j'examine, dans un deuxième temps, si ces règles remplissent les critères de validité posés par la théorie positiviste.

Selon la théorie dominante de la validité en droit positif, les administrateurs doivent rattacher la règle administrative qu'ils ont conçue au cadre normatif de l'organisme administratif dont ils ont la responsabilité. Le problème ici d'interpréter la portée et les limites des pouvoirs discrétionnaires¹⁴ qui sont conférés aux autorités administratives et qui se

¹³ France HOULE, *Les règles administratives et le droit public : aux confins de la régulation juridique*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, aux pages 105-106.

¹⁴ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 51 et suiv. Depuis l'acceptation de ce texte pour publication

matérialisent dans des règles de compétences. Ces compétences peuvent énoncer des normes si floues qu'elles laissent pratiquement carte blanche à l'autorité administrative¹⁵ alors que d'autres sont si structurées qu'elles lui laissent peu de discrétion¹⁶. Elle ne fera alors que remplir les espaces blancs¹⁷. C'est cette gradation des blancs qui a inspiré la recherche de théories qui pourraient servir à expliquer les diverses façons par lesquelles l'Administration modifie l'ordre juridique par des règles administratives.

I. Les fonctions des règles administratives

Lorsque la question « Qu'est-ce qu'une règle de droit » est posée à un juriste, il répondra bien souvent : une règle de droit est d'abord et avant tout une règle qui impose ou oriente la conduite des acteurs qui y

(été 2001), la *Loi sur l'immigration* a été entièrement changée. Toutefois les principes sous-jacents aux anciennes et nouvelles versions de la loi sont similaires. À noter, de plus, que les exemples de règles administratives donnés dans cet article existent toujours.

¹⁵ Voir par exemple l'art. 114(2) de la *Loi sur l'immigration, 1976*, L.R.C. (1985), c. I-2 et mod., qui confère au ministre le pouvoir d'accorder des dispenses réglementaires pour des motifs humanitaires.

¹⁶ Denis James GALLIGAN, *Discretionary Powers, a Legal Study of Official Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 9; « as the one extreme standards may be drawn with such clarity and precision that whatever element of judgment is involved would hardly be considered to amount to discretion, while in other cases the standards may be so open in meaning and require such a substantial exercise of assessment and judgment as to make them discretionary in a very real sense. » L'expression *legal standards* réfère à un ensemble de critères définis ou indéfinis. Elle peut être employée pour désigner une norme rigide ou souple : David M. WALKER, *The Oxford Companion to Law*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 1172.

¹⁷ De manière générale, on peut référer aux attributions de pouvoirs réglementaires.

sont assujettis. Elle donne un sens, une direction à cette conduite¹⁸. Ce point de vue est très fortement teinté par l'analyse d'un type de règles : les règles primaires. Mais, depuis que Hart a proposé sa typologie des règles, on sait aujourd'hui qu'il existe au moins deux types de normes dans l'ordre juridique : les règles primaires (les règles qui imposent ou orientent la conduite des acteurs) et les règles secondaires (les règles qui confèrent des pouvoirs aux acteurs)¹⁹.

En droit public et plus précisément en droit administratif, les autorités publiques agissent parce qu'elles y sont autorisées par des règles de compétence. Ces règles laissent une marge de manœuvre plus ou moins grande aux autorités administratives pour poser des actes juridiques. Pour ce type de règle, il est plus éclairant de dire qu'elles ont une portée et des limites – qu'elles énoncent un champ de possibilités, un domaine d'action²⁰ – plutôt que dire qu'elles prescrivent un sens, une direction à donner à la conduite de l'Administration, comme dans le cas des règles primaires. C'est dans cet espace, ce jeu, que les règles administratives s'insèrent.

Les autorités administratives conçoivent des règles administratives pour des fins variées. Elles peuvent pallier les lacunes, indéterminations, insuffisances, inadéquations, imprécisions, incertitudes, mais aussi les carences et les déficiences des règles de nature législative régissant le fonctionnement de l'organisme public²¹. Par ses lois, le législateur peut prévoir les actions générales des acteurs, mais il ne peut pas anticiper les événements futurs qui entraîneront des activités normatives étroitement reliées à un contexte très spécifique.

¹⁸ P. AMSELEK, « Le droit dans les esprits », dans Paul AMSELEK et Christophe GRZEGORCZYK, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, coll. « Questions », Paris, P.U.F., 1989, p. 27.

¹⁹ Herbert L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

²⁰ P. AMSELEK, *loc. cit.*, note 18.

²¹ F. HOULE, *op. cit.*, note 13, p. 201.

Un organisme administratif modifie son ordre juridique de diverses manières lorsqu'il crée des règles administratives. En faisant des regroupements des règles contenues dans l'échantillon de recherche, trois fonctions émergent. Les règles administratives contribuent à la construction du droit administratif en le parachevant, en le développant et en le remodelant.

A. Le parachèvement du droit

La fonction de parachèvement du droit correspond à l'idée d'incomplétude ou d'inachèvement des règles de nature législative. Cette idée s'est fortement enracinée en droit administratif depuis l'avènement de l'État providence. En effet, pour expliquer la montée du règlement, la doctrine et la jurisprudence ont dépeint l'image d'un législateur qui ne faisait que créer un cadre normatif lorsqu'il légiférait et laissait le soin à l'Administration d'en compléter les détails. Ce scénario correspond à une forme de division du travail entre les entités étatiques. L'Administration met en œuvre la volonté du législateur en parachevant son droit puisque – conformément à ses vœux – elle fixe les modalités substantielles et procédurales de l'application des règles de nature législative.

Dans le cadre du processus d'attribution d'un marché public par une autorité administrative, le Conseil du Trésor est chargé de l'application des articles 32 à 41 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*²². Ces règles, peu nombreuses, sont complétées par le *Règlement concernant les marchés de l'État*²³ et des règles administratives incluses dans le volume « Marchés » du *Manuel du Conseil du Trésor*, dont la *Ligne directrice n° 10 – appel d'offres et sélection du soumissionnaire*²⁴.

²² L.R.C. (1985), c. F-11 et mod.

²³ *Règlement concernant les marchés de l'État*, DORS/87-402, tel que mod.

²⁴ Canada, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Ligne directrice n° 10 – appel d'offres et sélection du soumissionnaire*, dans *Manuel du Conseil*

Cette règle administrative s'applique lors du processus précontractuel – des démarches préparatoires de l'autorité contractante jusqu'au moment où elle choisit l'entreprise avec laquelle elle désire contracter. Elle sert à résoudre un problème lié à l'incomplétude du *Règlement concernant les marchés de l'État*. Ce dernier énonce les règles de fond pertinentes à la sélection du cocontractant à l'exclusion des règles de forme.

Sommairement, le processus fonctionne comme suit. Le *Règlement concernant les marchés de l'État* édicte la règle générale suivante : un marché doit normalement être adjugé à la suite d'un appel d'offres²⁵. Néanmoins, une autorité administrative (le contractant) peut choisir son cocontractant en utilisant la méthode de sélection de gré à gré, mais seulement si elle peut invoquer une des exceptions qui sont prévues dans le Règlement, telle l'extrême urgence²⁶.

Le règlement prévoit les règles de fond, mais il n'édicte pas la procédure que l'autorité administrative doit suivre lorsqu'elle veut invoquer une des exceptions. Cette procédure joue un rôle central puisqu'elle sert à protéger les droits et les intérêts des entrepreneurs contre une utilisation abusive des exceptions par l'Administration. La *Ligne directrice n° 10 – appel d'offres et sélection du soumissionnaire* prescrit que l'autorité contractante peut invoquer l'une des exceptions, mais seulement après avoir publié un préavis d'adjudication de contrat (PAC). Le préavis indique les motifs justifiant le recours à une exception et doit aussi définir les résultats attendus, « afin de permettre à d'autres fournisseurs éventuels de déterminer s'ils sont en mesure d'y satisfaire ou de les atteindre »²⁷. Si aucune contestation n'est reçue après la publication du préavis, l'autorité contractante peut procéder de gré à gré.

du Trésor, vol. « Marchés », Ottawa, Conseil du Trésor, 1^{er} février 1995 (ci-après citée : *Ligne directrice n° 10*).

²⁵ *Règlement concernant les marchés de l'État*, précité, note 23, art. 5.

²⁶ *Id.*, art. 6.

²⁷ *Ligne directrice n° 10*, précitée, note 24, par. 10.7.15.

Cette situation est comparée à celle où aucune soumission n'est reçue à la suite d'un véritable processus d'appel d'offres. L'autorité contractante peut déduire qu'il n'existait pas de marché concurrentiel; en conséquence, il aurait été inutile de procéder par un appel d'offres²⁸. Si un entrepreneur concurrent estime que l'autorité contractante a agi illégalement, il peut contester cette décision auprès des autorités administratives. Dans le cas où la plainte serait justifiée, l'autorité contractante « doit » procéder par appel d'offres, ce qui a pour conséquence de rétablir le droit de l'entrepreneur-plaignant de soumissionner pour ce marché²⁹. On voit bien ici que c'est l'inachèvement du cadre normatif régissant l'activité administrative qui constitue l'argument central justifiant l'action de l'Administration³⁰.

Un autre exemple de règle administrative établissant une procédure servant à parachever le droit émane de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR)³¹. Ce tribunal administratif est divisé en trois sections³², mais ce sont les règles administratives qui affectent le

²⁸ *Id.*, par. 10.7.13.

²⁹ *Id.*, par. 10.7.17.

³⁰ Un autre exemple de règles administratives établissant des pratiques et des procédures similaires à la *Ligne directrice n° 10* sont les circulaires d'information du ministère du Revenu. Les dispositions législatives et réglementaires régissant l'impôt sur le revenu reconnaissent expressément certains droits aux contribuables et il revient au ministère de dire comment l'administré peut exercer ce droit. CANADA – REVENU CANADA, IMPÔT, Circulaire d'information n° 92-1 : *Lignes directrices concernant l'acceptation des choix tardifs, modifiés ou révoqués*, Ottawa, Sous-ministre du Revenu national pour l'impôt, 18 mars 1992.

³¹ Le tribunal est créé par la *Loi sur l'immigration*, précitée, note 15, art. 57. La Commission de l'immigration et du statut de réfugié est un tribunal administratif composé du président et des commissaires dont la fonction est de rendre des décisions portant sur les demandes des administrés en matière d'immigration et de protection, formulées en vue d'obtenir l'autorisation d'entrer et de circuler légalement sur le territoire canadien.

³² *Id.*, art. 57(1). Il s'agit de la Section d'arbitrage, la Section d'appel de l'immigration et la Section du statut de réfugié.

fonctionnement de la Section du statut de réfugié dont il sera question ici. Il s'agit d'instructions régissant les communications hors de la salle d'audience.

Ces instructions ont vu le jour en raison d'une difficulté liée à la portée du pouvoir d'enquête conféré aux commissaires dans le contexte d'une procédure inquisitoire. Cette précision est utile car les commissaires des tribunaux administratifs possèdent des pouvoirs d'enquête – ils sont nécessaires à l'exécution de leur mandat de quasi-juges – mais le modèle dominant est celui où deux parties s'affrontent. Dans un système contradictoire, le décideur est plus passif : il entend les arguments des deux parties et tranche. Cette relative passivité du décideur est vue comme un élément essentiel à l'impartialité du processus. En revanche, la demande du statut de réfugié n'est pas un *lis inter partes*. Un individu demande à l'État de lui reconnaître le statut de réfugié. La tâche des commissaires est d'en déterminer le bien-fondé sur la base des faits présentés par le demandeur de statut de réfugié. Le ministre de l'Immigration est presque toujours absent lors d'une audience.

En vertu de leur pouvoir d'enquête, les commissaires de la CISR peuvent interroger l'intéressé durant l'audience, mais il leur est difficile de s'engager dans une enquête avant l'audition sans soulever une crainte raisonnable de partialité chez ce dernier. C'est pour cette raison que le poste d'agent chargé du cas (ACR) existe, mais la *Loi sur l'immigration* ne précise pas la portée et les limites du pouvoir d'enquête des ACR. C'est là le rôle des deux règles administratives. La première règle est intitulée *Instructions régissant les communications à l'extérieur de la salle d'audience entre les commissaires de la SSR et les agents chargés de la revendication et entre les commissaires de la section du statut de réfugié et d'autres employés de la commission*³³. Essentiellement, on y

³³ CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Instructions régissant les communications à l'extérieur de la salle d'audience entre les commissaires de la Section du statut de réfugié et les agents chargés de la revendication et entre les commissaires de la section du statut de réfugié et d'autres employés de la commission*, Ottawa,

explique que les commissaires peuvent autoriser les communications entre eux et les ACR à l'extérieur de la salle d'audience et en l'absence des parties au sujet d'un cas qui n'est pas encore réglé.

La deuxième règle administrative est intitulée *Instructions concernant l'obtention et la divulgation de renseignements lors de procédures devant la Section du statut de réfugié*³⁴. Par cette règle, le président autorise la collecte de trois catégories de renseignements (« précis », « généraux » et « ministériels ») et établit la procédure qui doit être suivie pour chacune d'elles. Par exemple, la procédure pour la collecte et la communication des « renseignements précis » fixe les étapes de la recherche. L'ACR doit d'abord présenter une demande provisoire de recherche au président de la formation chargée d'entendre la demande avant d'obtenir des renseignements précis. Par la suite, une copie de cette demande est envoyée au demandeur qui est invité à faire ses observations. Ce dernier peut s'objecter à la collecte des renseignements s'il y a risque de mettre en danger sa vie, sa liberté ou sa sécurité ou celle de toute autre personne. Dans ce cas, le président n'autorisera pas la recherche à moins que le demandeur et l'ACR se soient entendus sur d'autres moyens d'obtenir les renseignements. Si l'intéressé ne s'objecte pas à la recherche, le président signera le formulaire. Une fois l'approbation obtenue, l'ACR transmet la directive à un agent de la Direction générale de l'information, de la recherche et de la documentation (DGIRD) de la CISR³⁵. Lorsque l'agent du Centre a complété la recherche, les renseignements sont versés au dossier et

CISR, janv. 1996 (ci-après citées : *Instructions régissant les communications à l'extérieur de la salle d'audience*).

³⁴ CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Instructions concernant l'obtention et la divulgation de renseignements lors de procédures devant la Section du statut de réfugié*, Ottawa, CISR, fév. 1996.

³⁵ France HOULE, « The Credibility and Authoritativeness of Documentary Information in Determining Refugee Status : The Canadian Experience », (1994) 6 *Int. J. Ref. Law* 6.

l'ACR en remet une copie au demandeur, qui peut alors produire ses observations écrites.

Ces règles élémentaires de *fair play* sont obligatoires surtout dans le contexte d'un processus décisionnel de nature quasi judiciaire³⁶. Dans un processus contradictoire, la recherche des faits corroborant ou contredisant la version du demandeur est faite par la partie adverse. Les commissaires d'un tribunal ne contrôlent pas cette étape préparatoire en vue de l'audience. Lorsque le modèle inquisitoire est utilisé, c'est le décideur qui doit préparer la cause pour l'audience. Par ses instructions, le président de la CISR structure cette étape préparatoire en vue de l'audience afin qu'elle se déroule conformément à la loi. En effet, les commissaires de la CISR sont investis des pouvoirs d'enquête des commissaires nommés sous la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*³⁷, et « sans limiter la généralité de ce qui précède », ils possèdent une marge de manœuvre en matière de procédure en ce qu'ils peuvent faire toute chose nécessaire pour assurer une instruction approfondie de l'affaire³⁸. En vertu de l'article 67(2)c), ils peuvent notamment recueillir la preuve au Canada par commission rogatoire (dans la version anglaise, on précise par commission et par requête). La portée de cette disposition législative est plus claire dans la *Loi sur les enquêtes* qui fait expressément référence à l'utilisation de « quelque autre forme de délégation [à un] fonctionnaire désigné par celle-ci, ou toute autre personne expressément nommée » pour recueillir la preuve³⁹. Cette disposition législative permet aux commissaires de contrôler les enquêtes et de déléguer leur compé-

³⁶ *Kane c. Université de la Colombie-Britannique (Conseil d'administration)*, [1980] 1 R.C.S. 1105, 1115.

³⁷ *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), c. I-11.

³⁸ *Loi sur l'immigration*, précitée, note 15, art. 67(2)d).

³⁹ *Loi sur les enquêtes*, précitée, note 37, art. 9(1). L'art. 9(1) est dans la Partie II de la *Loi sur les enquêtes*, mais c'est la seule disposition dans cette loi qui réfère aux commissions rogatoires. Voir aussi Patrice GARANT, *Droit administratif*, 4^e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 535.

tence de manière plus formelle aux ACR⁴⁰; les instructions fixent les modalités d'application.

En observant ces règles, les commissaires exécutent l'objectif de la loi de statuer sur les demandes de statut de réfugié en conformité avec les règles de la justice naturelle. La règle *audi alteram partem* est respectée en ce que les instructions obligent le tribunal à divulguer tous les faits pertinents à l'administré avant l'audience⁴¹ à la manière d'une conférence préparatoire⁴². Il en est de même avec le principe *nemo iudex in sua causa*, puisque ce ne sont ni les commissaires, ni les ACR qui effectuent les recherches, mais le personnel de la DGIRD. Les fonctionnaires de la DGIRD sont qualifiés pour faire ce type de recherche et les méthodes qu'ils utilisent sont suffisantes pour garantir la fiabilité des résultats⁴³.

Les *Instructions régissant les communications à l'extérieur de la salle d'audience* entrent dans la catégorie des règles de procédure et elles remédient à une difficulté liée à l'incomplétude de la *Loi sur l'immigration* relative au déroulement des enquêtes pré-audiences tenues par la CISR dans le cadre du processus de détermination du statut de

⁴⁰ Puisque les pouvoirs d'enquête sont conférés aux commissaires, ce sont eux qui doivent contrôler l'enquête et, en conséquence, autoriser les membres du personnel à entreprendre toute tâche pertinente à leur mandat. Sur les commissions d'enquête en général, voir le numéro spécial de 1990 du *Dalhousie Law Journal*. Voir en particulier l'article de John SOPINKA, « The Role of Commission Counsel », (1990) 12 *Dal. L. J.* 75 qui discute brièvement du pouvoir des commissaires de diriger le travail de leur conseiller juridique.

⁴¹ La CISR a l'obligation de divulguer tous les faits avant l'audience : *Nrecajc. Canada (Ministère de l'emploi et de l'immigration)*, (1993) 14 Admin. L.R. (2^e éd.) 161 (C.F. div. 1^{re} inst.). Le juge arrive à cette conclusion en appliquant, par analogie, l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

⁴² La conférence préparatoire est prévue dans les *Règles de la Section du statut de réfugié*, DORS/93-45, art. 18(1).

⁴³ F. HOULE, *loc. cit.*, note 35, 24.

réfugié. Bien que les normes fixant les paramètres du pouvoir d'enquêter *durant* l'audience soient établies dans la loi, tel n'est pas le cas pour celles s'appliquant lors des enquêtes pré-audiences. Ces instructions exposent comment la cueillette de renseignements doit s'effectuer avant l'audience.

Pour ce qui est des règles administratives substantielles qui servent à parachever le droit formel édicté par le législateur, deux exemples suffiront à illustrer cette fonction. Le premier est le bulletin d'interprétation du ministère du Revenu national. Pour ne donner qu'un exemple du rôle de ce type de règle administrative dans l'ordre juridique du ministère, citons l'article 144(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* :

« Au présent article, “régime de participation des employés aux bénéfices” s'entend d'un arrangement en vertu duquel un employeur fait des versements, calculés en fonction des bénéfices qu'il a tirés de son entreprise, ou en fonction des bénéfices tirés de l'entreprise d'une société avec laquelle il a un lien de dépendance, à un fiduciaire agissant comme tel au profit de ses cadres ou employés ou de ceux d'une société avec laquelle il a un lien de dépendance (que, de leur côté, les cadres ou employés effectuent ou non des versements au fiduciaire), et en vertu duquel le fiduciaire a depuis la première en date de l'entrée en vigueur du régime et de la fin de 1949, attribué chaque année, avec ou sans réserve, à titre individuel, aux cadres ou aux employés⁴⁴. »

Cette disposition législative ne précise pas le sens de l'expression « calculés en fonction des bénéfices ». Par le *Bulletin d'interprétation IT-280R – Loi de l'impôt sur le revenu : Régimes de participation des employés aux bénéfices : versements calculés en fonction des bénéfices*, le ministère remplit les « espaces blancs » laissés par le législateur :

⁴⁴ L.R.C. (1985), c. 1 (5^e suppl.) et mod., art. 220; *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., vol. X, c. 945 et mod.

« Mentionnée au paragraphe 144(1), l'une des principales conditions d'un RPEB stipule que les versements faits à la fiducie par l'employeur doivent être "calculés en fonctions des bénéfices". Cette condition impose à l'employeur l'obligation exécutoire d'effectuer des versements s'il réalise des bénéfices, conformément à une formule pratique où les bénéfices constituent la principale variable. Il ne suffit pas d'utiliser les bénéfices seulement comme moyen de calculer le montant des versements de l'employeur; en vertu du régime, il faut aussi verser la somme ainsi calculée lorsqu'un bénéfice est réalisé. Les versements "calculés en fonction des bénéfices" doivent être exprimés en pourcentage des bénéfices pour l'année, et le versement minimal permis ne peut pas être moins de 1 % des bénéfices. »

La méthode de calcul contenue dans le Bulletin est une condition d'exercice d'un droit qui est prévu par la loi. Il est clair que le ministère interprète le texte de loi afin de régir une situation qui est incomplètement ou partiellement réglementée par les dispositions de nature législative.

En produisant ces bulletins d'interprétation, le Sous-ministre du Revenu veut garantir, dans la mesure du possible, que tous les fonctionnaires appliquent uniformément et impartialement la *Loi de l'impôt sur le revenu* et les dispositions réglementaires pertinentes lorsqu'ils traitent les dossiers des contribuables⁴⁵.

⁴⁵ CANADA, MINISTÈRE DU REVENU NATIONAL, Circulaire d'information n° 70-1 : *Communiqué – circulaires d'information et bulletins d'interprétation*, Ottawa, sous-ministre du revenu national pour l'impôt, 25 août 1970. Cette responsabilité est d'ailleurs inscrite dans la *Déclaration des droits des contribuables* « adoptée » en février 1985. On peut trouver la Déclaration des droits des contribuables à l'endos du *Guide d'impôt général et déclaration* qui est la trousse générale de déclaration des revenus remises annuellement aux particuliers. Tel qu'énoncé par le ministère, cette Déclaration découle des droits conférés par la *Charte canadienne des droits et libertés*, des lois et de la common law : CANADA, REVENU CANADA

De plus, ces bulletins servent à « aider les contribuables à observer le principe d'autocotisation. Comme son nom l'indique, le rôle du bulletin d'interprétation est de rendre public les interprétations du ministère relatives aux dispositions législatives et réglementaires de l'impôt sur le revenu⁴⁶. En règle générale, les bulletins d'interprétation sont rédigés en termes impératifs, car lorsque le ministère publie un bulletin c'est qu'il est d'avis que son contenu reflète l'interprétation technique correcte de la loi. Cet objectif est particulièrement significatif pour comprendre l'utilité des bulletins dans le domaine de l'impôt. En effet, la *Loi de l'impôt sur le revenu* est d'une complexité telle que seuls des experts fiscalistes en comprennent le sens, la portée et les limites. En vérité, si les bulletins d'interprétation n'existaient pas, la «viabilité du système d'autocotisation serait en jeu»⁴⁷. Les dirigeants du ministère du Revenu national reconnaissent le degré technique très élevé des dispositions législatives, qui ne fait qu'accroître au fil des ans. C'est en raison de ce constat que les dirigeants du ministère s'entendent sur la nécessité de ces interprétations.

Les bulletins d'interprétation ont atteint un tel niveau de crédibilité qu'ils sont considérés, aujourd'hui, comme la source première pour comprendre le sens, la portée et les limites des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'impôt sur le revenu. Tant l'Administration publique fédérale dans son entier que les administrés (contribuables, fiscalistes et administrateurs fiscaux) s'appuient sur les bulletins du ministère du Revenu national pour prendre leurs décisions. D'ailleurs, le sous-ministre du Revenu national pour l'impôt n'hésite pas à écrire sur la

– IMPÔT, *Les rouages de l'impôt*, 1988-1989, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1989.

⁴⁶ CANADA, REVENU, *Bulletin d'interprétation en matière d'impôt sur le revenu, Index, Bulletins d'interprétation et nouvelles techniques en matière d'impôt sur le revenu*, Ottawa, Sous-ministre du revenu national pour l'impôt, 30 décembre 1996.

⁴⁷ Entrevue téléphonique avec la direction des décisions et de l'interprétation de l'impôt. Cette entrevue a eu lieu en 1997 alors que j'effectuais mes recherches pour mes travaux de doctorat.

page couverture de l'index des bulletins d'interprétation que tous peuvent se fier aux interprétations du ministère⁴⁸. Dans la mesure où la rectitude des interprétations n'est pas contestée, le ministère peut utiliser les bulletins pour émettre des avis de cotisation qui ne pourront pas être annulés du seul fait qu'ils sont basés sur l'application d'une règle administrative. La Cour suprême a consacré la crédibilité des bulletins d'information en tant que source d'interprétation, tout en maintenant la fiction selon laquelle les interprétations ne modifient pas le droit. En réitérant le principe général que les cours de justice ne sont pas liées par les interprétations du droit des tribunaux et des organismes inférieurs, le juge de Grandpré décida dans *Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec* que les interprétations du ministère « ont une valeur certaine et, en cas de doute sur le sens de la législation, [elles deviennent] un facteur important »⁴⁹.

Le deuxième exemple émane du Bureau du Premier ministre et du Conseil du Trésor. Il s'agit des codes régissant les conflits d'intérêts⁵⁰ qui s'appliquent lors de la conclusion d'un contrat administratif. Les règles contenues dans ces codes sur les conflits d'intérêts régissent les fonctionnaires durant l'exercice de leur charge publique, mais aussi après avoir cessé leur lien d'emploi avec le gouvernement. C'est ce dernier mécanisme qui fera l'objet d'une description.

⁴⁸ CANADA, MINISTÈRE DU REVENU, *Index, Bulletins d'interprétation et nouvelles techniques en matière d'impôt sur le revenu, op. cit.*, note 46.

⁴⁹ [1978] 1 R.C.S. 851, 858-859. La Cour suprême confirma l'arrêt *Harel* dans la décision *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, 37 (j. Dickson); et plus récemment dans l'affaire *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Min. du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175, 196-197 (j. Wilson).

⁵⁰ Le *Code régissant la conduite des titulaires de charges publiques en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat (1994)* a été émis par le Premier ministre. C'est le Conseil qui dirige l'action des fonctionnaires en ce qui a trait à l'implantation de ces règles d'éthique, mais c'est le Bureau du conseiller en éthique du ministère de l'Industrie qui conseille, surveille et enquête sur toutes questions relevant du *Code sur les conflits d'intérêts (1994)*.

« À la suite de la sélection d'un soumissionnaire par l'autorité contractante, la proposition de marché doit être approuvée par l'autorité compétente et les parties pourront procéder à la signature des documents contractuels. L'appendice G du manuel du Conseil du Trésor sur les marchés oblige l'autorité contractante à inclure une stipulation portant sur les conflits d'intérêts lorsqu'elle conclut un contrat avec un ancien titulaire d'une charge publique ou un ancien fonctionnaire. »⁵¹

Ces prescriptions sur l'après-mandat qui assujettissent les anciens fonctionnaires⁵² et titulaires de charge publique sont essentiellement de même nature, bien que celles s'appliquant à ces derniers soient plus contraignantes.

Après avoir quitté son poste, il est interdit à un ancien titulaire de charge publique ou à un fonctionnaire d'agir au nom ou pour le compte d'une personne, d'une société commerciale ou autre association « relativement à une procédure, à une transaction, à une négociation ou à

⁵¹ Comme il est indiqué avant l'intitulé de l'appendice, les dispositions qui y sont contenues contiennent des dispositions impératives. Cette disposition relative aux conflits d'intérêts se lit comme suit : « Il est entendu qu'une personne assujettie aux dispositions relatives à l'après-mandat du *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat (1994)* ou du *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique (1985)* ne peut bénéficier directement du présent contrat, à moins que cette personne ne se conforme aux dispositions applicables concernant l'après-mandat. » CANADA, BUREAU DU CONSEILLER EN ÉTHIQUE, *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat*, Ottawa, Bureau du conseiller en éthique, 1994, (ci-après cité : *Code de 1994*); CANADA, SECRETARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique*, dans *Manuel du Conseil du Trésor*, vol. « Ressources humaines », Ottawa, Conseil du Trésor, 1^{er} septembre 1991, (ci-après cité : *Code de 1985*).

⁵² Occupant un poste classé au niveau de gestionnaire supérieur ou de niveau supérieur, voir le *Code de 1985*, précité, note 51, par. 141.

une autre cause à laquelle le gouvernement du Canada est partie et dans laquelle il a représenté ou conseillé le gouvernement »⁵³. Il ne doit pas non plus donner de conseils à ses clients, si ces conseils sont fondés sur des renseignements qui ne sont pas publics et qu'il a obtenu durant son mandat. Les *Codes sur les conflits d'intérêts* prévoient une période de restriction qui varie selon le poste occupé. Un ancien titulaire de charge publique, autre qu'un ministre, ne peut pas, dans l'année qui suit la cessation de ses fonctions, tirer profit d'un marché.

Les *Codes sur les conflits d'intérêts* émanant du Conseil du Trésor et du Bureau du Premier ministre interdisent aux fonctionnaires et aux titulaires de charges publiques de contracter s'ils sont dans une situation de conflit d'intérêts. Quant aux anciens fonctionnaires et titulaires de charges publiques, les codes leur imposent l'obligation de divulguer les charges publiques qu'ils ont occupées. En droit public, les contrats administratifs sont valablement formés si, entre autres conditions, l'agent de l'organisme est autorisé à passer un marché. Le conflit d'intérêts est assimilé à une absence d'autorisation.

B. Le développement du droit

Dans cette catégorie, ce n'est plus l'idée du cadre législatif « inachevé » qui peut aider à comprendre ce que l'Administration veut accomplir par les règles administratives, mais plutôt celle du cadre législatif indéterminé – du cadre flou – constitué de règles spongieuses qui absorbent tout ce qui se passe dans l'environnement extérieur de l'organisme administratif. Dans ce scénario, des changements extérieurs – le contexte – affectent profondément le droit de l'organisme administratif si bien que ses agents ne savent plus très bien quelle attitude « juridique » adopter dans un cas particulier. Il peut s'agir de changements dans le contexte factuel et/ou dans le champ des valeurs. Pour rétablir la cohérence entre les normes, les faits et les valeurs, l'Administration adapte son interprétation de la règle de nature

⁵³ *Code de 1994*, art. 29; *Code de 1985*, par. 41, précités, note 51.

législative à ce nouveau contexte. Pour faire une analogie, l'approche interprétative adoptée par l'Administration est similaire à celle qui prévaut en matière constitutionnelle et selon laquelle il faut interpréter la constitution comme un arbre vivant, c'est-à-dire de manière évolutive⁵⁴.

Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC)⁵⁵ réglemente et surveille tous les aspects du système de la radiodiffusion et des télécommunications sur le territoire canadien⁵⁶. Dans le contexte des attributions du CRTC en matière de radiodiffusion, « réglementer » n'est pas utilisé au sens strict (prendre des règlements). Il s'agit plutôt de régulariser le fonctionnement de systèmes complexes, de les maintenir en équilibre de manière à en assurer le fonctionnement correct⁵⁷. Le CRTC dispose d'une gamme d'instrument pour réglementer ses champs d'activités, dont le pouvoir de donner des directives en vertu de l'article 6 de la loi⁵⁸.

⁵⁴ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 365, 366 : « Il revient au pouvoir judiciaire d'interpréter la Charte de façon évolutive en raison de la complexité du processus de modification. Il s'agit d'une interprétation large, animée par un sens des inconnus de l'avenir. » Il reprenait ainsi le principe énoncé par Lord Sankey dans le cadre d'un litige relatif à la *Loi constitutionnelle de 1867* : « L'Acte de l'Amérique du Nord britannique a planté au Canada un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles. » *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, 136.

⁵⁵ *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), c. C-22, modifiée par la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, c. 11.

⁵⁶ *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, c. 38, art. 47; *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 55, art. 5.

⁵⁷ Le paragraphe (2) de l'article 5 de la *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 55, est particulièrement significatif pour ce champ d'activité : « La réglementation et la surveillance du système devraient être souples [...] ».

⁵⁸ *Id.*, art. 9 : Il peut délivrer, renouveler, modifier, suspendre ou annuler les licences et en fixer les conditions qu'il juge nécessaire; il peut prendre des

Le CRTC utilise fréquemment son pouvoir d'émettre des directives de manière à développer la réglementation dans le sens des mouvements économiques et sociaux. Voici un exemple de règle administrative de nature procédurale. La *Politique relative à la radiodiffusion en période électorale*⁵⁹ modifie des lignes directrices antérieures émises par le CRTC et expliquant aux radiodiffuseurs comment remplir leur obligation législative à l'égard de la répartition « équitable » du temps d'antenne aux candidats de chacun des partis politiques lors des élections.

Pour brièvement expliquer l'arrière-plan politique de cette norme étatique, il faut savoir que les radiodiffuseurs ont l'obligation de garantir que les électeurs seraient convenablement informés de la position des partis et qu'ils connaissent les candidats. Il ne leur appartient pas de jouer « un rôle de censeur bienveillant qui peut donner au public uniquement ce qu'il "devrait" savoir, pas plus qu'il leur appartient de décider à l'avance des candidats qui "méritent" du temps d'antenne »⁶⁰. C'est dans cet esprit que le législateur a édicté dans l'article 3(i)(i) de la *Loi sur la radiodiffusion* le principe selon lequel la programmation offerte par les diffuseurs doit être équilibrée. La signification de cet objectif dans le cadre électoral est plus clairement énoncée à l'article 10(1)(e) et aux articles 6 du *Règlement de 1986 sur la radio*⁶¹ et du *Règlement de 1987 sur la télédiffusion*⁶² où il est précisé que les

règlements (*id.*, art. 10 et 11) et rendre des ordonnances qui sont assimilées à des ordonnances judiciaires (*id.*, art. 12 et 13).

⁵⁹ CANADA, CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Politique relative à la radiodiffusion en période électorale*, Ottawa, CRTC, avis public du CRTC 1988-142, 2 septembre 1988.

⁶⁰ CANADA, CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Radiodiffusion en période électorale*, Ottawa, CRTC, avis public du CRTC 1987-209, 23 septembre 1987.

⁶¹ *Règlement de 1986 sur la radio*, DORS/86-982.

⁶² *Règlement de 1987 sur la télédiffusion*, DORS/87-49.

radiodiffuseurs et les télédiffuseurs doivent répartir équitablement le temps d'antennes.

À la suite de la publication d'un avis public en 1987, le Conseil a invité les parties intéressées à lui formuler des observations sur les exigences en matière de radiodiffusion en période électorale. L'objectif de cet examen était de trouver « des solutions aux problèmes qui se sont posés dans le passé, de cerner et de supprimer les politiques et procédures relatives à la radiodiffusion en période électorale qui ne conviennent peut-être plus »⁶³. Le CRTC a posé une série de questions précises aux parties intéressées. Les réponses fournies par ces dernières ont servi à formuler la *Politique relative à la radiodiffusion en période électorale*. Par exemple, le CRTC y précise que le « traitement équitable » des partis et des candidats ne signifie pas nécessairement traitement égal⁶⁴.

Tel que le CRTC l'avait établi dans une ligne directrice antérieure, le titulaire d'une licence devait traiter équitablement tous les partis et candidats lors de la diffusion de ses émissions. Pour ce faire, le titulaire devait tenir compte de l'ensemble des émissions diffusées sans faire de distinction entre les catégories d'émissions : émissions de temps payé ou de temps gratuit, nouvelle et affaires publiques. Ainsi, le Conseil était d'avis qu'une émission d'affaires publiques pouvait être équilibrée par une émission de temps gratuit. Certains participants à la consultation publique ont argumenté que cette façon de procéder était injuste à l'endroit des candidats et des partis politiques. Les téléspectateurs n'écoutent généralement pas toute la programmation d'une station, mais syntonisent plutôt leur appareil pour écouter une émission en particulier. D'autres participants ont fait valoir qu'un titulaire peut favoriser un parti ou un candidat en mettant du temps gratuit à sa disposition et seulement du temps d'affaires publiques à la disposition des autres. En conséquence, le Conseil a modifié la procédure antérieure pour conclure que

⁶³ *Radiodiffusion en période électorale*, avis public du CRTC 1987-209, précité, note 60, p. 1.

⁶⁴ *Id.*, p. 4.

les exigences relatives au traitement équitable doivent s'appliquer à l'intérieur de chacune des catégories d'émissions.

Quant à des exemples de règles de fond, voici deux exemples. Le premier est la directive sur les *Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*⁶⁵ produite par la CISR et applicable dans le cadre d'une détermination du statut de réfugié.

Les critères d'obtention du statut de réfugié sont fixés par la loi. Le « réfugié au sens de la Convention » est défini à l'article 2 de la *Loi sur l'immigration*. Essentiellement, un demandeur du statut de réfugié doit prouver qu'il craint avec raison d'être persécuté par les autorités de l'État qu'il a quitté (qu'il en soit citoyen ou résident permanent), du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques.

Au début des années 90, différents événements sur la scène internationale ont mené de plus en plus de femmes à quitter leur pays et à venir au Canada pour y chercher refuge. Ce qui a été intéressant durant cette période est que ces femmes n'invoquaient pas l'un des 5 motifs prévus à la loi pour établir le fondement de leur demande, mais alléguaient avoir été persécutées en raison de leur sexe. Le sexe n'est pas mentionné comme motif distinct d'une crainte de persécution dans la définition du réfugié, laquelle tire son origine de la *Convention de 1951 relative au*

⁶⁵ CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutée en raison de leur sexe*, Ottawa, CISR, 9 mars 1993, modifiée le 25 novembre 1996. Il existe deux autres directives : CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Civils non combattants qui craignent d'être persécutés dans des situations de guerre civile*, Ottawa, CISR, 7 mars 1996 et CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié*, Ottawa, CISR, 30 sept. 1996. Cette dernière directive porte plutôt sur les questions de preuve et de procédure soulevées lors de l'audition d'une demande de statut faite par un enfant et non sur l'interprétation de la définition.

*statut de réfugiés*⁶⁶. Parmi ces événements, on peut citer le déclenchement de la guerre civile par les Serbes en Bosnie-Herzégovine. Au nombre des stratégies de purification ethnique de l'armée serbe figurait le viol des femmes musulmanes et croates. On peut également citer la violence considérable exercée contre les femmes au nom de la religion islamique. Le cas récent de la jeune fille condamnée à une peine de bastonnade parce qu'elle avait eu des relations sexuelles hors mariage (auxquelles elles n'avaient pas au surplus consenties) est un exemple dramatique.

Avant que cette directive ne soit émise, les commissaires de la CISR recevaient de plus en plus de demande de statut de réfugié provenant de femmes qui alléguaient avoir été persécutées en raison de leur sexe. Or comme le sexe n'est pas un motif explicitement énuméré à l'article 2 et qu'il n'y avait peu ou prou de jurisprudence sur cette question, les commissaires devaient interpréter la loi.

Les commissaires ne s'entendaient pas à savoir si la définition du statut de réfugié pouvaient être interprétée comme incluant le sexe⁶⁷, et,

⁶⁶ 189 *R.T.N.U.* 137.

⁶⁷ Les commissaires du tribunal se demandaient si l'expression « groupe social » pouvait être défini en tenant compte du sexe. Sur ce point, la première version de cette directive faisait référence à l'analyse qui avait été faite dans un *Exposé de position privilégiée* portant sur cette question. Avant 1992, la CISR émettait des documents dont le contenu était similaire aux directives, mais qui étaient intitulés « Exposés de position privilégiée ». Les sujets abordés furent l'interprétation des expressions suivantes contenues dans la définition : « appartenance à un certain groupe social comme motif justifiant la crainte d'être persécuté », « discrimination comme motif justifiant la crainte d'être persécuté » et « poursuites comme motif justifiant la crainte d'être persécuté ». Dans cet *Exposé*, les conseillers juridiques de la CISR s'étaient livrés à un véritable travail d'interprétation pour conclure, tout comme le fera la Cour suprême dans *Ward*, que le sexe peut être interprété comme une caractéristique innée définissant un groupe social. *Ward c. Canada (Ministère de l'emploi et de l'immigration)*, [1993] 2 R.C.S. 689. Cette précision étant apportée, la deuxième version de cette directive ne déroge pas au droit fixé par la jurisprudence de la Cour suprême. Le lien

par conséquent, ils ne s'entendaient pas non plus sur la question de savoir si des traitements violents traditionnellement réservés aux femmes, tels l'infanticide, la mutilation génitale, le viol, l'immolation des épouses par le feu, le mariage imposé et l'avortement forcé constituaient des formes de persécution au sens de la *Loi sur l'immigration*. Sauf en ce qui a trait à la stérilisation forcée⁶⁸, les cours de justice n'avaient pas eu l'occasion, au moment de l'énonciation de la directive, de se pencher sur d'autres types de traitement et de juger s'ils représentaient des formes de persécution⁶⁹. Dans la directive, la présidente de la CISR qui était en poste à l'époque tranche : le sexe est un motif de persécution et les traitements que subissent les femmes en raison de leur sexe sont des formes de persécution.

Cette directive a permis à la CISR de s'ajuster à un nouveau contexte social où il y a eu une nette augmentation de demandes de statut fondées sur le sexe et où le champ des valeurs (les droits des femmes) était en plein essor. En effet, le champ des valeurs en droit interne et

entre le sexe et le groupe social est accepté comme une interprétation juridique valide.

⁶⁸ *Cheung c. Canada (Ministère de l'emploi et de l'immigration)*, (1993) 19 *Imm. L.R.* (2d) 81 (C.F.A.).

⁶⁹ Pour aider les commissaires à prendre position sur la question, la directive indique le test qu'ils doivent appliquer : est-ce que la violence, vécue ou redoutée, constitue une grave violation d'un droit fondamental de la personne? Pour interpréter l'expression « grave violation d'un droit fondamental » on précise que les sources de base sont les instruments internationaux : *Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutée en raison de leur sexe*, précitée, note 65, p. 7, « Les normes sociales, culturelles, traditionnelles et religieuses de même que les lois qui touchent les femmes et qui sont établies par le pays d'origine de la revendicatrice devraient être évaluées d'après les instruments sur les droits de la personne qui permettent de déterminer les normes internationales relatives à la reconnaissance des besoins des femmes en matière de protection. En conséquence, pour déterminer si une conduite donnée de l'agent de persécution envers les femmes est admissible, il y a lieu de s'en remettre à des instruments internationaux [...] ».

international avait considérablement changé depuis 1976. La panoplie des instruments internationaux de protection des droits des femmes avait aussi passablement augmenté en nombre et évolué en termes de compréhension des problèmes que les femmes devaient surmonter dans leur vie quotidienne. De plus, en cette période « post-charte » il était difficile de défendre une interprétation restrictive de la loi. En faisant la promotion d'une interprétation de la notion de persécution qui tienne compte des circonstances particulières qui poussent les femmes à demander protection à un État étranger, la CISR a adopté une interprétation conforme aux articles 7 (le droit à la sécurité⁷⁰) et 15 (le droit à l'égalité) de la Charte⁷¹. En effet, « [II] faut se rappeler que dans

⁷⁰ *Singh c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 1 R.C.S. 177 (j. Wilson).

⁷¹ Un autre exemple émane du CRTC : CANADA, CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux*, Ottawa, CRTC, avis public CRTC 1993-78, 3 juin 1993. Cette politique est le fruit d'un réexamen par le CRTC de sa politique de 1983 (CANADA, CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Politique de 1983 relative à l'attribution de licences à des entreprises de radiodiffusion d'émissions religieuses*, Ottawa, CRTC, avis public CRTC 1983-112, 2 juin 1983). Le Conseil devait modifier sa politique de 1983, car elle violait la liberté d'expression des entreprises de radiodiffusion en contrôlant sévèrement l'accès au marché des radiodiffuseurs désirant radiodiffuser des émissions reflétant un point de vue religieux unique. Cette politique contrevenait non seulement à la Charte mais aussi à l'article 2(3) de la nouvelle *Loi sur la radiodiffusion*, sanctionnée en 1991 : « L'interprétation et l'application de la présente loi doivent se faire de manière compatible avec la liberté d'expression et l'indépendance, en matière de journalisme, de création et de programmation, dont jouissent les entreprises de radiodiffusion. » Dans sa politique de 1983, le CRTC n'autorisait pas la programmation qui véhiculait un message religieux unique. Dans la nouvelle règle administrative, le CRTC a réitéré que les entreprises offrant une programmation exclusive ne peuvent pas demander une licence pour diffuser sur un service de base. Elles peuvent, cependant, obtenir une licence pour diffuser des programmes sur une chaîne dont les services sont offerts sur une base facultative, mais, cette licence est octroyée seulement aux entreprises qui s'engagent à respecter les *Lignes directrices en matière*

le cas où il y a [*sic*] deux interprétations possibles d'une disposition législative, l'une incorporant les valeurs de la Charte et l'autre non, il convient d'adopter la première »⁷².

Le deuxième exemple est le *Programme de contrats fédéraux visant l'équité en matière d'emploi* qui a été établi par une simple décision du Cabinet⁷³, à la suite d'une commission royale présidée par la juge Abella pour enquêter sur l'égalité en matière d'emploi au gouvernement fédéral.

d'éthique pour les émissions religieuses intégrées dans le texte de la politique de 1993.

⁷² *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 660 (j. Gonthier); *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chung*, (1993) 149 N.R. 386 (C.F.A.). La directive crée des règles comparables aux précédents établis par les cours de justice. Les commissaires ne peuvent y déroger à moins de pouvoir faire du « *distinguishing* ». Dans une note de service intitulée « Modalités pour élaborer des directives – par. 65(3) et (4) de la *Loi sur l'immigration* », le président explique aux commissaires le caractère obligatoire des directives : « On s'attend a [*sic*] ce que les commissaires de la section du statut, de la section d'appel et de la section d'arbitrage se conforment aux directives à moins qu'il n'existe des raisons impérieuses ou exceptionnelles pour s'en écarter et adopter une analyse différente. Les particuliers sont en droit de s'attendre à ce que les directives soient suivies à moins qu'il n'existe des raisons impérieuses ou exceptionnelles de s'en écarter. Parallèlement, les directives ne sont pas obligatoires parce que les commissaires et les arbitres peuvent exercer le pouvoir discrétionnaire d'adopter une approche différente lorsque cela est justifié, pourvu que la raison pour laquelle ils s'écartent des directives soit justifiée dans leurs motifs de décision. » CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Modalités pour élaborer des directives – par. 65(3) et (4) de la Loi sur l'immigration, note de service*, Ottawa, CISR, 9 mars 1993, aux pages 5-6.

⁷³ CANADA, CONSEIL DU TRÉSOR (Secrétariat), *Programme de contrats fédéraux visant l'équité en matière d'emploi*, Circulaire n° 1986-44, C.T. n° 802984, le 15 août 1986 (ci-après cité : *Programme de contrats fédéraux*). La Circulaire est reproduite à l'appendice D du manuel « Marchés », *op. cit.*, note 24. Par son pouvoir de dépenser, le gouvernement peut conclure des

En réponse au rapport déposé en 1984⁷⁴, le Parlement a édicté une *Loi sur l'équité en matière d'emploi*⁷⁵ qui oblige les entreprises dont les activités sont réglementées par le gouvernement fédéral à mettre en œuvre un programme d'équité en emploi lorsqu'un marché leur est adjugé. Toutefois, un grand nombre de fournisseurs fédéraux sont des entreprises qui agissent dans des domaines de compétence provinciale. Afin de colmater une brèche dans la mise en œuvre de sa réforme visant l'équité en matière d'emploi, le gouvernement fédéral a mis sur pied le *Programme de contrats fédéraux*. Il assujettit ces entreprises (réglementées par les provinces) à des obligations similaires à celles édictées dans la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*. C'est notamment en réponse

engagements financiers dans ses domaines de compétence, puisque ce pouvoir suit les pouvoirs législatifs qui sont attribués à chaque ordre de gouvernement : *Liquidators of the Maritime Bank v. Receiver General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437, 433. Cependant, l'existence juridique du pouvoir du gouvernement fédéral de dépenser dans les champs de compétence provinciale est une question controversée en droit constitutionnel : *Renvoi relatif à l'assurance-chômage (P.G. Canada c. P.G. Ontario)*, [1937] A.C. 355, 366-367; Andrée LAJOÏE, « L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser », dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech, points de vue juridiques et politiques*, Montréal, Éditions Thémis, 1988, p. 163, à la p. 164. Mais les tribunaux tolèrent ces dépenses du gouvernement. *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, 567; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 5, p. 664; Peter W. HOGG, *Constitutionnal Law of Canada*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 1997, p. 158; François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 1039 et suiv.; Gérard V. LA FOREST, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 1969, p. 136 et suiv.

⁷⁴ CANADA, COMMISSION SUR L'ÉGALITÉ EN MATIÈRE D'EMPLOI (juge Rosalie Silberman Abella, Commissaire), *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1984.

⁷⁵ L.R.C. (1985), c. 23 (2^e supp.) sanctionnée le 27 juin 1986. Cette loi a été abrogée et remplacée par la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, c. 44. Voir aussi le *Règlement sur l'équité en matière d'emploi*, DORS/96-470.

aux pressions sociales exercées par des groupes représentant les intérêts des femmes et des minorités et en s'appuyant sur les articles 15(1) et (2) de la Charte que le gouvernement fédéral a pu étendre sa réforme en matière d'équité salariale⁷⁶.

Tous les fournisseurs canadiens et étrangers qui ont des effectifs au Canada de 100 employés ou plus et qui soumissionnent pour un marché de biens et de services dont la valeur estimative est d'au moins 200 000 \$ doivent s'engager à mettre en œuvre l'équité en matière d'emploi en signant une attestation. Cette attestation fait partie des documents obligatoires inclus dans la soumission de l'entrepreneur. Quant à l'autorité contractante, elle s'engage à :

« n'étudier une soumission de 200 000 \$ ou plus présentée par un fournisseur admissible employant 100 personnes ou plus que si le fournisseur a joint à sa soumission une attestation d'engagement acceptable et dûment signée ou la preuve d'une attestation antérieure, à moins que le fournisseur ne soit régi par les lois fédérales »⁷⁷.

Lorsqu'un contrat est adjugé à un entrepreneur certifié, ce dernier doit recenser et supprimer les obstacles artificiels pouvant nuire au recrutement, à l'embauche, à l'avancement et à la formation des femmes, des autochtones, des personnes handicapées et des membres des

⁷⁶ Jusqu'à tout récemment, il n'existait pas de trace législative du *Programme de contrats fédéraux*. La première *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, précitée, note 75, sanctionnée le 27 juin 1986 a été abrogée et remplacée par la *Loi sur l'équité en matière d'emploi* (1995), précitée, note 75. Voir aussi le *Règlement sur l'équité en matière d'emploi*, précité, note 75. Dans la nouvelle loi, le législateur édicte à l'article 42(2) que le ministre du Développement des ressources humaines est chargé de l'administration du programme. Cependant, cette mention dans la loi ne vise qu'à spécifier qui est l'autorité en charge de gérer le Programme. Elle ne donne pas la compétence au ministère de modifier l'ordre juridique institué par ce programme.

⁷⁷ *Programme de contrats fédéraux visant l'équité en matière d'emploi*, précité, note 73, point 2.

minorités visibles. Les entreprises doivent soumettre un plan d'équité en matière d'emploi et des échéances dans la mise en œuvre de ce plan⁷⁸.

Pour comprendre la raison d'être des règles administratives ayant pour fonction de favoriser le développement du droit, les changements dans les valeurs et faits sociaux (le contexte) sont des éléments centraux. Cette précision est importante, car dans le cas de figure précédent – l'action de parachèvement du droit – la fonction des règles administrative pouvait être comprise à partir du seul cadre législatif, sans référence au contexte.

C. Le remodelage du droit

Ici l'Administration va beaucoup plus loin. Elle ne cherche pas à parachever ou à développer le droit, mais à pallier les défauts structurels du cadre législatif régissant l'organisme administratif. Elle remédie aux anomalies législatives. Dans ce scénario, le régime juridique pensé par le législateur ne fonctionne tout simplement pas. Il est inefficace. Évidemment, le problème théorique qui se pose est le suivant : Est-ce qu'un ordre juridique inefficace est un ordre valide⁷⁹?

⁷⁸ *Id.*, points 3 et 4. Le respect de ces plans et échéances fait l'objet de vérifications ponctuelles par les agents du ministère du Développement des ressources humaines et leur non-respect peut entraîner la disqualification de l'entrepreneur, ce qui entraîne la déchéance du droit de soumissionner pour d'autres marchés.

⁷⁹ En effet, pour Kelsen un ordre juridique valide est un ordre généralement efficace. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, (trad. Charles Eisenmann), 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 286. Pour cet auteur, l'efficacité est une condition de la validité, même si elle ne se confond pas avec elle. Dans l'optique institutionnelle, Chevallier souscrit à ce point de vue : l'ordre juridique « n'a de sens et de pertinence que s'il est efficace » : Jacques CHEVALLIER, *Éléments d'analyse politique*, Paris, P.U.F., 1985, p. 252. Un ordre efficace est un ordre qui rencontre généralement les objectifs qu'ils lui étaient impartis : André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 635; Guy

Voici deux exemples de règles administratives qui remédient aux défauts d'une procédure instituée par le législateur.

En 1989, un nouveau processus de demande du statut de réfugié a introduit une procédure de détermination du statut en deux temps. Jusque-là, lorsqu'une personne arrivait à un port d'entrée, un arbitre lui demandait si elle voulait demander le statut de réfugié. Le cas échéant, l'arbitre ajournait l'enquête pour permettre à un commissaire de la CISR de siéger. À ce stade de la procédure, cette demande était évaluée en fonction de sa recevabilité et de son minimum de fondement. Si l'intéressé franchissait avec succès cette étape, sa demande faisait alors l'objet d'une audition sur le fond par deux commissaires de la CISR.

La décision *Sloley c. Canada (Ministère de l'emploi et de l'immigration)*⁸⁰ de la Cour d'appel fédérale a très tôt imposé un fardeau de preuve très peu élevé lors de cette première étape, si bien qu'en pratique la plupart des demandes ont été référées à la CISR. Cette dernière fut vite submergée et incapable de faire face au flot de demandeurs de statut, qui avait doublé depuis la mise en vigueur de la nouvelle loi. En conséquence, les ressources allouées à la CISR étaient insuffisantes puisqu'elles avaient été planifiées en fonction des demandes reçues sous l'ancien régime, soit environ 7 000⁸¹. Tous ces éléments ont

ROCHER, « L'effectivité du droit », dans Andrée LAJOIE (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 133, à la p. 135 : « L'efficacité d'une loi me paraît faire référence au fait qu'elle attend l'effet désiré par son auteur ou, si ce n'est celui-là même, à tout le moins un effet qui se situe dans la direction souhaitée par l'auteur et non pas en contradiction avec elle. » Précisons que pour Rocher, le mot « efficacité » ne doit pas être confondu avec « effectivité » qui a un sens plus large et qui comprend entre autres non seulement les effets attendus (efficacité), mais aussi les effets non prévus.

⁸⁰ (1990) 9 Imm. L.R. (2d) 241.

⁸¹ Le nombre de demandeurs de statut de réfugié n'a cessé d'augmenter depuis que la Commission a été constituée en 1989 pour se stabiliser vers 1995. En 1995, il a augmenté de 18 % par rapport à 1994. En 1995, la Section du statut de réfugié de la CISR a reçu 26 072 demandes. Le délai moyen de

engendré des retards non négligeables dans le traitement des demandes de statut de réfugié. Pour bien comprendre le problème ici, il faut savoir que le nombre de demandes tournait autour de 20 000 à 25 000 par année et qu'environ 200 commissaires avaient été nommés pour siéger à la Commission. En faisant un calcul rapide, on s'aperçoit que chaque formation de deux commissaires avait techniquement entre 1 et 2 jours de travail pour préparer, entendre, décider et rédiger les motifs de la décision pour un cas. Évidemment, il ne s'agissait pas d'un délai réaliste. Aussi, le délai moyen de traitement des cas a rapidement grimpé de quelques mois à 12 mois et même plus. La liste des cas en attentes d'une détermination n'a cessé de s'allonger.

À peine un an après sa mise sur pied, la CISR était en état de crise. Elle devait réagir et durant le cours de l'année 1990, la CISR a implanté sous la forme d'un projet pilote le « processus accéléré » qui vise à améliorer la vitesse de traitement des demandes de statut⁸².

Ce processus accéléré fonctionne comme suit. Un fonctionnaire (ACR) étudie les fiches de renseignements personnels des demandeurs (contenant les détails de la preuve qu'un demandeur entend soumettre) et y relève tout élément permettant de croire que la crainte de persécution

traitement des cas en 1995, de leur transmission à la CISR au prononcé de la décision, était de 11 mois. À la fin de 1995, il y avait près de 26 400 demandeurs qui n'avaient pas encore été entendus ou dont les demandes n'avaient fait l'objet d'aucune décision : CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *1995 – L'année en revue*, Ottawa, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1996.

⁸² Dans le rapport annuel de 1989 de la CISR, le président faisait déjà état du fait que la Commission avait « élaboré un processus accéléré qui fait l'objet d'un projet-pilote mené de concert avec la Section du droit de l'immigration de l'Association du barreau canadien ». CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Rapport annuel*, Ottawa, CISR, 1989, p. 16. Dans le rapport annuel de 1990, le président décrit le fonctionnement du processus accéléré : CANADA, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Rapport annuel*, Ottawa, CISR, 1990, p. 20-21.

est bien fondée. Une fois la demande retenue pour un examen accéléré, le fonctionnaire rencontre l'intéressé et son conseil en entrevue et si le fonctionnaire est d'avis que la demande peut être acceptée, il fait une recommandation en ce sens à un commissaire de la CISR. Les recommandations des fonctionnaires sont acceptées dans 99,9 % des cas. Lorsque le fonctionnaire croit qu'il n'y a pas lieu à une décision favorable, la demande est alors traitée selon la procédure d'audition prévue par la loi.

Contrairement aux fonctions de parachèvement et de développement du droit, ce qu'il y a de particulier avec cette règle administrative est qu'elle n'est clairement pas conforme à la loi, telle qu'elle était libellée à l'époque. En effet, la loi prescrivait que *toutes* les demandes du statut de réfugié devaient être déterminées à la suite d'une audition tenue devant une formation de deux commissaires de la CISR. Quant aux pouvoirs exercés par les fonctionnaires, soit d'appeler des témoins et de les interroger, la loi était silencieuse sur cette question. En conséquence, la CISR ne pouvait pas justifier le transfert du pouvoir d'évaluer la crédibilité de la preuve à un fonctionnaire, alors que la loi précisait que c'était les commissaires qui devaient remplir cette fonction.

En raison de l'incompatibilité de cette règle administrative avec la *Loi sur l'immigration*, la CISR a demandé la modification de la loi. Le projet de loi C-86 est entré en vigueur le 1^{er} février 1993 et a essentiellement codifié le processus accéléré. Deux articles ont été ajoutés à la loi. L'article 69.1(7.1) permet aux commissaires de la CISR de déterminer qu'une personne est un réfugié sans tenir d'audience⁸³. L'article 68.1 précise les pouvoirs d'enquête des ACR, soit d'appeler des témoins et de les interroger. Mais jusqu'au moment où les modifications législatives sont entrées en vigueur, pendant une certaine période de temps de près de deux ans, il y a eu une rupture entre l'action de l'Administration et le rapport de conformité qu'elle est censée maintenir avec le cadre législatif.

⁸³ L.C. 1992, c. 49.

Le projet pilote sur le processus accéléré ne s'intègre pas au droit public, mais il illustre néanmoins une situation particulière : celle où le cadre normatif d'un organisme comporte des défauts structurels. Les moyens attribués aux administrateurs de la CISR étaient inadéquats pour exécuter les objectifs expressément prévus par le législateur. Par le projet pilote sur le processus accéléré, la CISR a développé un processus décisionnel de nature administrative afin de remédier aux lourdeurs législatives et d'accélérer le traitement des cas. Ils ont corrigé les « imperfections » du cadre normatif de leur institution afin d'exécuter leur mission « efficacement »⁸⁴.

Le deuxième exemple de règle administrative apporte un changement de fond au régime législatif. Il s'agit du Programme de conformité qui a été conçu par le Bureau de la politique de concurrence⁸⁵.

Le directeur des enquêtes et recherches du Bureau de la politique de concurrence est chargé de l'application de la *Loi sur la concurrence*⁸⁶. Son mandat est très limité et réside essentiellement dans le pouvoir d'instituer des enquêtes de son propre chef ou sur réception de toute plainte déposée conformément à la loi⁸⁷. Il peut recueillir des faits pour examiner si la conduite sous enquête constitue une violation des

⁸⁴ Le processus accéléré soutient la réalisation d'un des objectifs du législateur qui énonce que les commissaires de la CISR doivent agir de manière informelle et avec célérité.

⁸⁵ G.N. ADDY, « The Bureau of Competition Policy's Compliance Approach », (1993) 38 *R. de D. McGill* 867. Le Programme de conformité a vu le jour avant les modifications de 1999 à la *Loi sur la concurrence*. C'est donc à la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), c. C-34 et mod., que je ferai référence. Cette loi, adoptée en juin 1986, représente une refonte en profondeur de la *Loi relative aux enquêtes et aux coalitions* pour la rendre conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

⁸⁶ Les dispositions législatives régissant le rôle, les fonctions et les pouvoirs du directeur se trouvent aux articles 7 à 30, voir notamment l'art. 26(2) de la *Loi sur la concurrence*, précitée, note 85.

⁸⁷ *Id.*, art. 10.

dispositions législatives⁸⁸. Le directeur n'a pas les pouvoirs d'un commissaire en vertu de la *Loi sur les enquêtes*. Il ne peut pas forcer une personne à se présenter pour un interrogatoire, exiger la production de documents ou de déclarations écrites et effectuer des perquisitions sans obtenir la permission d'un juge⁸⁹. Une fois qu'il a obtenu l'autorisation judiciaire, il exerce le pouvoir qui lui a été accordé conformément aux règles de pratique et de procédure établies par le gouverneur en conseil⁹⁰. Aux termes de l'enquête, lorsque le directeur a des motifs raisonnables de croire que la loi n'a pas été respectée, il réfère le dossier au procureur général qui décide s'il y a lieu d'intenter des poursuites⁹¹. Dans le cas contraire, il peut discontinuer l'enquête et faire rapport au ministre afin de lui divulguer les renseignements qu'il a obtenus et le motif de cette discontinuation. Lorsque les circonstances le justifient, le ministre peut réviser la décision du directeur et lui ordonner de poursuivre l'enquête⁹².

La *Loi sur la concurrence* s'applique à presque toutes les sociétés commerciales canadiennes constituées sous une loi provinciale ou fédérale. Elle instaure un système de surveillance pour certaines activités telles que les fusionnements, l'abus de position dominante et la vente par voie de consignation⁹³. D'autres conduites sont prohibées parce qu'elles sont jugées anticoncurrentielles en soi. Ce sont le complot, le truquage des offres et les pratiques commerciales déloyales. Ces actes sont de nature criminelle et peuvent faire l'objet d'une poursuite par voie de

⁸⁸ Aux fins de cette recherche il peut engager des experts : *id.*, art. 26. Quant à l'autorité des experts d'exercer les pouvoirs du directeur, voir art. 27.

⁸⁹ *Id.*, art. 11 à 21.

⁹⁰ *Id.*, art. 24.

⁹¹ *Id.*, art. 23.

⁹² *Id.*, art. 22.

⁹³ Ces cas sont sujets à un examen par le Tribunal de la concurrence suite à une demande dans ce sens par le directeur. *Loi sur la concurrence*, précitée, note 85, art. 75 et suiv.

mise en accusation⁹⁴. Lorsqu'une compagnie est trouvée coupable d'une de ces infractions, la cour peut infliger une amende ou une peine d'emprisonnement (ou les deux). Le *Programme de conformité* s'applique dans le cadre des infractions relatives aux pratiques commerciales déloyales, et plus précisément en matière de publicité trompeuse.

Une publicité est déloyale lorsque, sur un point important, une entreprise donne des indications fausses ou trompeuses quant au prix, au rendement, à la durabilité ou aux garanties offertes⁹⁵. Puisque ces infractions sont de nature criminelle, le directeur doit être d'avis, au terme de son enquête et avant de référer un cas au procureur général, qu'il est possible de faire la preuve de la violation de la loi hors de tout doute raisonnable. Ce lourd fardeau de preuve implique des enquêtes longues, complexes et coûteuses. De plus, même en reconnaissant l'effet dissuasif des sanctions à caractère pénal, ces mesures ne corrigent pas nécessairement le déséquilibre dans le marché.

Vers la fin des années 80, le Comité permanent de la consommation et des corporations de la Chambre des Communes a été mandaté pour analyser les dispositions relatives à la publicité trompeuse. Plusieurs témoins ont soulevé des doutes de l'adéquation entre les moyens utilisés dans la loi et ses objectifs. Ils ont demandé au Comité qu'un ensemble de mesures administratives de redressement soit mis en place en faisant valoir que ces mesures seraient mieux adaptées « aux besoins des

⁹⁴ Le gouvernement fédéral a légiféré en matière de concurrence en s'appuyant sur sa compétence en matière criminelle (art. 91.27), car le pouvoir de réglementer le commerce (art. 91.2) est interprété de manière restrictive : *The Citizens' Insurance Co. of Canada c. Parsons*, (1881-1882) 7 App. Cas. 96 (C.P.); F. CHEVRETTE et H. MARX, *op. cit.*, note 73, ch. 8. Dans l'affaire *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, le juge Laskin (alors juge en chef) a précisé que la compétence sur la réglementation du commerce ne saurait justifier des procédures purement civiles pour contrer les pratiques commerciales déloyales.

⁹⁵ *Loi sur la concurrence*, précitée, note 85, art. 52.

consommateurs et des milieux d'affaires »⁹⁶. Dans son rapport final, le Comité a recommandé de modifier la *Loi sur la concurrence* afin d'autoriser le directeur à conclure « avec les publicitaires des ententes de consentement ou à leur faire promettre d'observer volontairement la loi [par le moyen des engagements], pour que cessent la publicité trompeuse et les pratiques commerciales dolosives »⁹⁷.

La *Loi sur la concurrence* n'a pas été modifiée, mais le directeur a retenu la suggestion du Comité. Au printemps 1988, il a mis sur pied le *Programme de conformité* afin d'encourager une plus grande soumission volontaire à la loi et pour réagir aux cas de non-conformité de façon plus efficace, sûre, rapide et à moindre frais⁹⁸. Dans le document expliquant le *Programme de conformité*, il est fait référence à quatre instruments de règlement des affaires, mais l'instrument original est l'engagement⁹⁹. L'engagement est utilisé pour éviter de confier une affaire au procureur général lorsque, de l'avis du directeur, cela n'est pas nécessaire et pour rétablir avec plus de célérité l'équilibre dans le marché. Le directeur est en mesure d'inciter les compagnies à demander un règlement « amiable » pour résoudre les cas de non-conformité en faisant miroiter la possibilité d'échapper aux poursuites criminelles¹⁰⁰.

⁹⁶ CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, COMITÉ PERMANENT DE LA CONSOMMATION ET DES CORPORATIONS, *La publicité trompeuse*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 1988, p. 21.

⁹⁷ *Id.*, p. 29.

⁹⁸ CANADA, CONSOMMATION ET AFFAIRES COMMERCIALES, DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES, *Programme de conformité*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1993, p. 1.

⁹⁹ *Id.*, p. 11.

¹⁰⁰ Cette pratique administrative a été développée aux États-Unis par l'agence Federal Trade and Commerce, qui ne l'utilise plus depuis la fin des années 70. Dans le rapport du Comité permanent de la consommation et des corporations, *La publicité trompeuse*, *op. cit.*, note 96, p. 30 on fait état de problèmes survenus à la FTC lorsqu'elle utilisait les engagements : « il peut arriver que l'on oblige les publicitaires à promettre d'observer volon-

À la suite de la réception d'une plainte, le directeur confie le dossier à un agent du Bureau. Dans un premier temps, cet agent détermine, d'une part, si le directeur est compétent pour régler le cas. D'autre part, il examine le dossier afin d'évaluer s'il y a eu violation de la loi. Le cas échéant, il ouvre une enquête formelle en vertu de l'article 10. C'est à ce stade que le directeur avise l'entreprise qu'une enquête est en cours et qu'il la renseigne sur l'existence du *Programme de conformité*. Si l'entreprise désire se prévaloir du programme, elle doit présenter une demande par écrit. Elle doit démontrer qu'elle remplit les critères d'admissibilité (entre autres : qu'il s'agit de la première infraction; que l'entreprise a coopéré au processus d'enquête; qu'elle a respecté un engagement antérieur¹⁰¹). De plus, l'entreprise doit soumettre une proposition d'engagement « suffisante » pour rétablir l'équilibre dans le marché. Cette proposition n'est étudiée que si le Comité d'examen des demandes constitué au sein du Bureau juge que l'entreprise est admissible au programme. Si le Comité accepte la proposition, les représentants de l'entreprise rencontrent un agent du Bureau afin de rédiger la version définitive de l'engagement.

L'engagement comprend un aveu de l'entreprise reconnaissant la publicité comme trompeuse, une promesse qu'elle ne recourra plus à ce type de publicité et des mesures de redressement telles que la publication de rectificatifs dans les journaux. Un résumé de la teneur de

tairement la loi dans des cas où cette mesure ne convient pas, simplement pour montrer que les efforts au niveau de l'application de la loi sont fructueux. Du reste, aux États-Unis, c'est principalement parce que la FTC avait tendance à gonfler de cette façon les statistiques relatives à l'application de la loi qu'elle a cessé d'utiliser cette mesure vers la fin des années 70 pour appliquer plutôt la procédure plus stricte de l'ordonnance de consentement. » Une autre raison ayant motivée la FTC à mettre un terme à la pratique des engagements est qu'elle craignait que les autorités réglementaires adoptent une attitude intimidante en forçant les publicitaires à observer volontairement la loi sous peine d'être poursuivis en justice.

¹⁰¹ *Programme de conformité, op. cit.*, note 98, p. 14. Dix critères y sont énumérés dans le document et il est précisé que cette liste n'est pas exhaustive.

l'engagement est publié dans le *Bulletin sur la publicité trompeuse*¹⁰² et dans le rapport annuel du directeur¹⁰³. Lorsque les discussions sur la teneur de l'engagement n'aboutissent pas, le directeur réfère le dossier au procureur général.

L'utilisation du procédé de l'engagement unilatéral est intéressant, car il s'agit d'un acte qui n'a pas force légale en droit positif canadien¹⁰⁴. Même si l'engagement de conformité n'a pas de force exécutoire, il ne faut pas conclure que sa violation ne produit pas d'effets. Lorsque l'entreprise ne respecte pas son engagement, le directeur met un terme à la discontinuation de l'enquête initiale pour la poursuivre et ainsi terminer son travail¹⁰⁵. De plus, l'engagement peut être utilisé par le procureur général à l'étape du plaidoyer sur sentence pour obtenir une peine plus lourde.

¹⁰² CANADA, MINISTÈRE DE L'INDUSTRIE, DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET DES RECHERCHES, *Bulletin de la publicité trompeuse*, Ottawa, Bureau de la politique de concurrence, 1995, n^{os} 1-2, p. 23.

¹⁰³ CANADA, MINISTÈRE DE L'INDUSTRIE, DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET DES RECHERCHES, *Rapport annuel (1995)*, Ottawa, Approvisionnements et services, 1996, aux pages 60 et suiv.

¹⁰⁴ La notion l'engagement unilatéral a été développée par l'Autrichien Siegel. N'exigeant aucun accord de volontés, il serait unilatéral dans sa formation comme dans ses effets : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, par. 248. Voir aussi Jean-Louis BAUDOIN, *Les Obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, par. 566. Nous n'avons pas retrouvé la trace de ce type d'acte en common law : P. J. COOKE et D. W. OUGHTON, *The Common Law of Obligations*, Butterworths, Londres, 1989.

¹⁰⁵ *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, 862 : « il ne faudrait pas appliquer le principe [*functus officio*] de façon stricte lorsque la loi habilitante porte à croire qu'une décision peut être rouverte afin de permettre au tribunal d'exercer la fonction que lui confère sa loi habilitante. »

Le *Programme de conformité* institue un changement important dans le droit de la concurrence dans le champ des activités commerciales déloyales. En effet, les dispositions législatives telles qu'elles existaient au moment de la conception du programme prévoyaient que la publicité trompeuse était une infraction criminelle qui nécessite la preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea*. Dans le cadre du programme lorsqu'une entreprise signe un engagement, elle reconnaît avoir commis l'acte prohibé, mais non une intention coupable. Le Directeur a modifié le régime de responsabilité criminelle.

À l'instar du projet pilote sur le processus accéléré, le *Programme de conformité* ne s'intègre pas au droit public. De même, l'Administration a institué un cadre normatif qui s'est appliqué parallèlement aux dispositions législatives pendant une dizaine d'années. En effet, depuis 1999, soit l'année de l'adoption du projet de loi C-20¹⁰⁶, le Tribunal de la concurrence (et non plus le Bureau de la politique de concurrence) peut rendre des ordonnances, similaires aux engagements¹⁰⁷, lorsqu'une « personne a ou a eu une conduite susceptible de révision » en matière de pratiques commerciales trompeuses¹⁰⁸.

* * *

En résumé de cette première partie, trois catégories de règles administratives émergent de l'échantillon qui a été retenu pour les fins de cette recherche. Ces règles ont notamment pour fonction de parachever, de développer et de remodeler les règles de nature législative régissant l'organisme administratif duquel elles émanent. Cette classification

¹⁰⁶ *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et une autre loi en conséquence*, L.C. 1999, c. 2. Mort au feuillet, le projet de loi C-67 était une première tentative de codification législative du Programme : *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et une autre loi en conséquence*, projet de loi C-67 (1^{re} lecture), 2^e session, 35^e législature (Canada).

¹⁰⁷ *Id.*, art. 74.1(1).

¹⁰⁸ *Id.*, art. 74.01 à 74.19.

soulève une question théorique : est-ce que la théorie positiviste de la validité des normes (Kelsen, Hart) – qui présuppose le rattachement de la règle au cadre normatif de l'organisme dont les administrateurs ont la responsabilité – peut expliquer de telles initiatives de parachèvement, de développement et de remodelage du droit? En effet, le critère de validité se traduit en droit public par le principe de légalité : tout acte juridique est valide seulement si l'organisme possède l'autorité pour agir en droit. Dans la mesure où les normes sont compatibles avec la structure normative propre à un organisme administratif, elles sont valides pour les juristes de droit administratif et de leur point de vue. Cependant, l'échantillon de règles administratives montre qu'il est vain de perpétuer le mythe du législateur omniscient et il est possible que les modèles proposés par Kelsen et Hart ne soient pas en mesure d'expliquer ces diverses manifestations juridiques émanant du droit administratif contemporain.

II. La théorie des blancs dans le droit

Les professeurs Issalys et Lemieux placent les règles de compétence – le pouvoir discrétionnaire – au centre de leur réflexion sur le droit administratif : le pouvoir discrétionnaire fait partie intégrante du processus de formation du droit¹⁰⁹. En adoptant ce point de vue, Issalys et Lemieux créent un espace de réflexion sur le rôle du pouvoir discrétionnaire en droit qui n'est pas sans rappeler la théorie de Galligan sur le pouvoir discrétionnaire¹¹⁰. Selon Galligan, la théorie du pouvoir discrétionnaire signifie, dans son sens plus fort, la possibilité de produire des *standards*.

¹⁰⁹ P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 5, p. 46.

¹¹⁰ D. J. GALLIGAN, *op. cit.*, note 16; voir aussi Denis James GALLIGAN, « The Nature and Function of Policies within Discretionary Powers », (1976) *P.L.* 332.

Pour étayer sa théorie de l'objet du pouvoir discrétionnaire, Galligan conçoit le processus décisionnel de la manière suivante : « [...] there are three primary element to the decision : (a) finding facts, (b) settling the standards, (c) applying the standards to the facts. »¹¹¹ Il estime que le pouvoir discrétionnaire ne se manifeste pas dans la troisième phase du processus décisionnel (comme chez De Laubadère¹¹²), mais au stade de la détermination du droit. Le pouvoir discrétionnaire « in its more central sense relates to (b) ». Le pouvoir discrétionnaire permet à l'Administration d'établir les paramètres des choix qu'une autorité peut effectuer pour statuer sur le fond de la demande de l'administré. En posant que le pouvoir discrétionnaire consiste dans le choix de balises permettant d'évaluer si les demandes des administrés peuvent être acceptées ou refusées, Galligan qualifie le choix de l'acte : il s'agit d'un acte normatif. Ce choix peut se matérialiser sous diverses formes d'instruments normatifs, sous réserve des dispositions législatives spécifiant le mode d'exercice du pouvoir discrétionnaire¹¹³.

¹¹¹ D. J. GALLIGAN, *op. cit.*, note 16, p. 9.

¹¹² André De LAUBADÈRE, Jean-Claude VÉNÉZIA et Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 1, 14^e éd., Paris, L.G.D.J., 1996, n° 892. « Une autre remarque importante est que les notions de pouvoir discrétionnaire ou lié ne se réfèrent pas à n'importe quel élément mais seulement à l'objet de l'acte et encore de façon plus précise à la correspondance de cet objet avec les motifs (ou circonstances de fait). Dans l'hypothèse du pouvoir lié, la loi dit à l'administrateur : vous ne pouvez prendre telle décision que pour tel ou tel motif (c'est-à-dire si telle ou telle circonstance de fait se trouve réalisée). Dans l'hypothèse de pouvoir discrétionnaire, la loi dit à l'administrateur : vous pourrez prendre telle ou telle décision et apprécierez vous-même dans quel cas vous devrez prendre l'une plutôt que l'autre. » Voir aussi : Jean-Claude VÉNÉZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, L.G.D.J., 1959, p. 48-49. P. Garant analyse très brièvement cette manière d'aborder le pouvoir discrétionnaire, voir P. GARANT, *op. cit.*, note 39, p. 349.

¹¹³ P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 5, p. 103. Lorsqu'un pouvoir doit être exercé par règlement, il ne peut pas faire l'objet d'une directive : *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Papeterie Reed Ltée*, [1988] R.J.Q. 1199, 1203 (C.A.).

Dans cette optique, on peut poser l'hypothèse que le phénomène des règles administratives résulte de la dynamique suivante : lorsqu'un organisme administratif est opérationnel, les administrateurs ne peuvent plus compter sur le gouvernement ou le législateur, du moins en temps utile, pour intervenir et régler les différents problèmes qu'ils rencontrent lors de l'exécution de leur mission et, pour ce faire, un des instruments qu'ils utilisent est la production de règles administratives. Ainsi, les règles de compétence (règles secondaires) constituent un point de départ de l'action normative des organismes administratifs, alors que les règles de conduite (règles primaires) doivent plutôt être conçues comme un point d'arrivée. C'est à partir de ce cadre conceptuel qu'il est utile de faire référence à la lecture des blancs dans le droit lorsqu'il est question d'interpréter la portée et les limites des règles de compétence, c'est-à-dire du pouvoir discrétionnaire¹¹⁴. En droit public, la « théorie des blancs » s'intéresse à la validité des multiples types d'actes résultant de l'exercice des règles de compétence.

En conséquence, la question qui se pose est la suivante : dans le cadre de la théorie positiviste, est-ce que la marge de manœuvre dont dispose les autorités administratives en vertu de leurs règles de compétence peut être utilisée par celles-ci pour limiter leur champ d'activités (la fonction de parachèvement), pour en étendre la portée (la fonction de développement) et pour le modifier (la fonction de remodelage)? Est-ce que la théorie positiviste peut expliquer ces pratiques que l'on observe en droit administratif? J'analyserai successivement trois justifications issues de la doctrine ou de la jurisprudence qui pourraient être avancées dans le cadre de la théorie positiviste pour expliquer le parachèvement, le développement et le remodelage du droit par le moyen

¹¹⁴ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 14, aux par. 51 et suiv., la juge en chef explique qu'il est inexact de parler d'une dichotomie stricte entre les décisions « discrétionnaires » et les décisions « non discrétionnaires » et, par conséquent, il n'est plus utile d'aborder le contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires séparément de décisions sur l'interprétation du droit.

de règles administratives. Il s'agit des théories des lacunes, de la texture ouverte du langage et des anomalies.

A. La théorie des lacunes

Avec le mouvement de codification et à la perspective rationaliste qui a accompagné ce mouvement, les théoriciens du droit ont postulé la complétude du système juridique. Mais ce postulat a rapidement fait l'objet d'une dénonciation : il est impossible pour le législateur de tout régler, de tout prévoir, même implicitement. Comme l'a écrit Portalis dans son discours préliminaire, « *Tout simplifier* est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. *Tout prévoir* est un but qu'il est impossible d'atteindre¹¹⁵ ». Cette prise de conscience a donné lieu à l'énonciation de la théorie des lacunes vers le XVIII^e siècle¹¹⁶.

Certains théoriciens acceptaient l'idée qu'il puisse exister des lacunes dans le droit, mais seulement à titre très exceptionnel. Par contre, d'autres théoriciens récusait cette idée, car, selon eux, elle ne pouvait pas logiquement coexister avec la théorie positiviste. Ces derniers ont reformulé le concept de lacune pour lui substituer ceux d'incomplétude et d'inachèvement du droit. C'est cette reformulation qui s'est finalement imposée et deux théories ont émergé pour expliquer l'incomplétude du

¹¹⁵ Jean-Étienne-Marie PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet du Code civil », dans *Discours et rapports sur le Code civil*, (1844), coll. « Bibliothèque de philosophie politique et juridique », Centre de philosophie politique et juridique URA-CNRS, Université de Caen, 1992, p. 1 à la page 6. En droit civil québécois, voir le jugement de la Cour suprême dans *Cie Immobilière Viger c. L. Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, 76 où le juge Beetz s'est exprimé en ces termes : « On peut également trouver un tel support [à l'enrichissement sans cause] dans une extrapolation des multiples dispositions du Code civil qui n'en sont que des applications particulières. Le Code civil ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la doctrine et à la jurisprudence d'en assurer la fécondité. »

¹¹⁶ A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 79.

droit. Ces dernières pourraient servir à comprendre la raison d'être des règles administratives servant à parachever le droit. La première est celle de l'espace juridique vide; la deuxième, de la norme générale exclusive.

1. *La théorie de l'espace juridique vide*

La théorie de l'espace juridique vide signifie que tout ce qui n'est pas juridiquement réglé est juridiquement *irrelevant*¹¹⁷. En conséquence, tout ce qui est produit par une institution pour remplir les vides n'intéresse tout simplement pas le droit. C'est à cette théorie que les juges font référence lorsqu'ils refusent de donner effet à une directive en faisant valoir qu'elle ressort de la régie interne. L'arrêt *Martineau c. Institution de Matsqui*¹¹⁸ de la Cour suprême est un exemple de l'application de la théorie de l'espace juridique vide dans le domaine des règles administratives.

Cette affaire impliquait deux détenus, Martineau et Butters, qui avaient été accusés de deux infractions à la discipline, soit d'avoir été tous les deux dans la même cellule et d'avoir commis un acte indécent. À la suite d'une audition tenue par le comité de discipline des détenus, Martineau et Butters ont été condamnés à une période de 15 jours dans une cellule d'isolement. Ils ont contesté cette décision devant la Cour

¹¹⁷ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1975, p. 88. Romano conçoit les institutions comme des entités relativement autonomes qui possèdent « la capacité de se clore sur [elles-mêmes] ». Elles peuvent néanmoins interagir sur différents plans, tout en restant distinctes et autonomes. Il nomme ces interactions « rapports de *relevance juridique* ». Le terme *relevance* signifie « non pas le sens vague qu'un ordre "importe" à un autre, mais celui que, d'une manière ou d'une autre qui restent à préciser, un ordre *tient ou non compte* de l'existence d'un autre ». Un rapport de *relevance juridique* est établi si l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre est conforme aux conditions mises par un autre ordre. *Id.*, aux pages x et xi. En italiques dans le texte.

¹¹⁸ *Martineau et Butters c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118.

d'appel fédérale en alléguant que le comité avait le devoir, en tant qu'organisme rendant des décisions de nature quasi judiciaire, de respecter les principes de la justice naturelle. Plus précisément, ils alléguaient avoir droit aux protections procédurales sous-jacentes à la règle *audi alteram partem*, protections procédurales inscrites dans des règles administratives et élaborées en vertu d'une disposition législative autorisant expressément l'énonciation d'instructions dans le but de régir les détenus.

Les juges de la Cour suprême devaient déterminer la compétence de la Cour d'appel fédérale pour entendre la demande des détenus en vertu de l'ancien article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ils devaient décider si ce type de processus décisionnel était de nature quasi judiciaire ou administrative. Pour ce faire, les juges ont examiné la disposition de la *Loi sur les pénitenciers* attribuant le pouvoir exprès de donner des instructions. Les juges majoritaires de la Cour suprême, représentés par le juge Pigeon, ont décidé que le législateur n'avait pas l'intention d'instituer un processus quasi judiciaire. C'est laconiquement que le juge Pigeon a affirmé que le pouvoir exprès d'énoncer ces instructions était indicatif de l'existence d'un pouvoir administratif, car il était d'avis que ces directives relevaient de la gestion interne du pénitencier et qu'en raison de cela elles n'intéressent pas le juge. En conséquence, les détenus n'ont pas pu bénéficier de l'application de ses directives dans leur cas particulier.

Il est loin d'être évident qu'une affaire semblable recevrait la même réponse aujourd'hui, d'autant plus que cette solution n'est pas logique sur le plan de la théorie positiviste. En effet, en postulant qu'une directive sert à la régie interne, il faut dès lors admettre qu'elle fait partie d'une chaîne de validité distincte de celle instituée par le législateur (on pourrait alors dire que la directive est juridiquement *irrelevante* en droit positif). En conséquence, cette directive ne peut pas affecter les droits et les intérêts des administrés, puisque la protection de ces droits et intérêts constituent l'enjeu même du système de droit administratif institué par le législateur. À l'inverse, lorsqu'une directive affecte les droits et les intérêts des administrés, il faut conclure qu'elle est juridiquement *relevante* dans ce système.

En somme, la théorie de l'espace juridique vide ne peut pas servir à expliquer le phénomène des règles administratives dès lors que l'on définit les paramètres de cette notion en incluant uniquement les règles qui affectent les droits et les intérêts des administrés. Ceci ne signifie pas, cependant, que cette théorie ne pourrait pas expliquer le phénomène des règles de régie interne. Mais il faudrait pour cela fixer les contours de cette notion de manière à y exclure les règles administratives qui n'affectent pas les droits et les intérêts des administrés¹¹⁹. Par exemple, on pourrait y inclure les règles qui sont produites par le Conseil du Trésor en vue d'établir des contrôles sur la gestion administrative et financière des organismes fédéraux¹²⁰, telle la *Politique sur les responsabilités et l'organisation de la fonction de contrôleur*¹²¹. Un autre

¹¹⁹ R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 4, p. 418. Il s'agit de « règle de conduite de portée interne, édictée par une autorité administrative en vertu d'un pouvoir général de direction, dans le but d'encadrer l'action de ses subordonnés, et dont l'inobservation est passible de sanction administrative et non judiciaire ». Étant particulièrement extensive, cette classification ne favorise pas la différenciation entre les types de règles administratives et, en conséquence, une compréhension plus fine des questions juridiques qu'elles soulèvent lorsqu'elles ont des effets de droit sur une catégorie d'administrés. Voir également la *Loi sur les règlements*, précitée, note 7, art. 3 qui dispense expressément certains règlements québécois des formalités du processus réglementaire, par exemple les règlements « portant sur la régie interne » ou « sur l'exercice d'un pouvoir d'emprunt ou sur la gestion des ressources humaines ».

¹²⁰ *Loi sur la gestion des finances publiques*, précitée, note 22. Le Conseil du Trésor est constitué par cette loi. Les articles 5 à 13 prévoient la structure, la mission et les compétences du Conseil. Les membres du Conseil exercent les attributions édictées à l'article 7 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Ils fixent les grandes orientations pour l'Administration fédérale. Notamment, ils organisent l'Administration, ils établissent les contrôles relatifs à la gestion financière des organismes fédéraux (dont les engagements financiers), ils examinent les plans et les programmes de dépenses annuels des institutions administratives et ils gèrent le personnel de la fonction publique fédérale.

¹²¹ CANADA, SECRETARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Politique sur les responsabilités et l'organisation de la fonction de contrôleur*, dans *Manuel*

exemple est celui du règlement administratif tel celui élaboré par le CRSH en vertu de l'art. 13(1) de la *Loi sur le Conseil de recherche en sciences humaines*¹²². Cette disposition législative édicte qu' : « [avec] l'approbation du gouverneur en conseil, le Conseil peut, par règlement administratif, régir la conduite de ses travaux et celle de ses activités en général et, notamment, constituer des comités : spéciaux, permanents et autres. » Les règlements administratifs issus de l'exercice de ce pouvoir prévoient des dispositions relatives à la procédure pour la tenue des réunions ordinaires et extraordinaires du conseil. D'autres règles y sont prévues pour la formation de différents comités. Elles décrivent leurs pouvoirs et leurs fonctions, la procédure pour la tenue des réunions, les personnes qui peuvent assister aux réunions, les présider et prendre des décisions. Ce type d'acte n'a pas pour objet d'engendrer des droits ou d'imposer des obligations aux administrés, mais plutôt de régir des questions internes liées à l'organisation des travaux d'un organisme¹²³.

2. La théorie de la norme générale exclusive

La théorie de la norme générale exclusive postule que tout ce qui n'est pas juridiquement réglé est juridiquement permis. C'est Kelsen qui, avec sa théorie pure du droit, a fortement contribué à l'essor de cette théorie¹²⁴.

du Conseil du Trésor, vol. « Fonction de contrôleur », Ottawa, Conseil du Trésor, 10 avril 1996, c. 1-2.

¹²² *Loi sur la gestion des finances publiques*, précitée, note 22.

¹²³ R. DUSSAULT et L. BERGEAT, *op. cit.*, note 4, p. 139 : « relèvent de la gestion interne des questions comme le mode de fonctionnement de l'organisme, la répartition des pouvoirs et des attributions au sein de sa structure, la fixation d'un quorum pour ses décisions, la fréquence de ses séances et autres. »

¹²⁴ A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 79.

À partir du principe de Hume¹²⁵, Kelsen procède à la construction d'un système juridique pur, basé sur la rationalité formelle¹²⁶. Afin de rompre toute relation entre les normes juridiques et les autres normes sociales, Kelsen explique la notion de norme juridique en recourant à l'idée de jugement hypothétique qui exprime un lien spécifique entre une « condition juridique » et une « conséquence juridique »¹²⁷. De cette relation d'imputation entre ces deux types de normes, il est possible d'inférer l'existence d'une règle juridique¹²⁸.

¹²⁵ Hume a posé le principe qu'un « *ought* » ne peut pas être dérivé d'un « *is* », car les actions, étant ni vraies, ni fausses, ne peuvent pas être des objets de raisonnement : « Now 'tis evident our passions, volitions, and actions are not susceptible of any such agreement or disagreement [...] 'Tis impossible, therefore, they can be pronounced either true or false, and be either contrary or comfortable to reason [...]. Whatever, therefore, is not susceptible of this agreement or disagreement, is incapable of being true or false, and can never be an object of our reason. » Citation reproduite de l'ouvrage de Hans KELSEN, *General Theory of Norms*, (trad. Michael Hartney), New York, Clarendon Press, 1991, p. 86 et tirée de *Treatise of Human Nature*, p. 458.

¹²⁶ Ce qu'il importe de comprendre c'est la cohérence logique des règles juridiques dans le système par le contrôle de l'intellect où la généralisation, l'interprétation logique du sens et la systématisation sont mis en relief, voir Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, coll. « Droit et Société », Paris, L.G.D.J., 1995, p. 49.

¹²⁷ H. KELSEN, *op. cit.*, note 79, p. 23 : « Just as laws of nature link a certain material fact as cause with another as effect, so positive laws [in their basic form] link legal condition with legal consequence (the consequence of a so-called unlawful act). Just as an effect is traced back to its cause, so a legal consequence is traced back to its legal condition. The legal consequence, however, cannot be regarded as having been caused by the legal condition. Rather, the legal consequence [...] is linked by imputation to the legal condition. [...] Laws of nature say : 'if *A* is, then *B* must be.' Positive laws say : 'if *A* is, then *B* ought to be. »

¹²⁸ H. KELSEN, *op. cit.*, note 79, p. 113 : « L'imputation qui s'exprime dans la notion de capacité d'imputation est la connexion entre une certaine conduite, le délit, et une sanction. Par la suite, l'on peut dire : la sanction est imputée au délit, alors que l'on ne pourrait pas dire qu'elle est provoquée par le délit

Pour reconnaître si une norme appartient à un système juridique déterminé, il explique d'abord que le droit ne peut pas être construit à partir du principe de la causalité développé par Comte pour expliquer les sciences de la nature¹²⁹. Le droit ne peut pas faire l'objet d'une vérification des « lois » effectives qui unissent les éléments par le lien de cause à effet parce qu'il n'est pas un fait empirique, mais un ensemble de normes juridiques unies par un lien d'imputation. Il conclut que l'ordre juridique est une structure, c'est-à-dire une totalité dont les éléments n'ont de sens que les uns par rapport aux autres et par rapport au tout. Ainsi, la pluralité des normes forme une unité si la validité de ces normes peut être retracée jusqu'à une norme unique constitutive du système : la norme fondamentale. Pour préserver l'acquis du positivisme, c'est-à-dire que l'ordre posé est l'ordre valide, la norme fondamentale est conçue comme une norme procédurale et non comme une norme matérielle, telle que la Justice. La norme fondamentale « opère institution de l'élément fondamental des opérations de création du droit. [...] Elle est le point de départ d'une procédure : de la procédure de création positive du droit »¹³⁰.

Kelsen explique que dans un système particulier il existe plusieurs manières de produire des normes juridiques¹³¹. Dans le cas des normes générales, il fait référence à la coutume et à la loi; dans le cas des normes individuelles, aux actes décisionnels et aux transactions de droit privé. Les normes, qu'elles soient issues d'un acte général ou individuel, sont

comme un effet est provoqué par sa cause. Que la science du droit ne vise pas à une explication causale des phénomènes juridiques délit et sanction, cela va de soi. Dans les propositions juridiques par lesquelles elle décrit ces phénomènes, elle n'applique pas le principe de causalité, mais un principe que – comme le montre l'analyse qui précède – on peut nommer : imputation. »

¹²⁹ Auguste COMTE, *Cours de philosophie positive*, 2 vol., Paris, Hermann, 1975.

¹³⁰ H. KELSEN, *op. cit.*, note 79, p. 263.

¹³¹ *Id.*, p. 56.

des actes de création et d'application du droit pour Kelsen¹³² et bien que les procédures les autorisant diffèrent d'un type d'acte à l'autre, elles doivent exister dans le système pour certifier la validité des règles produites. Dans le cas contraire, la règle est invalide car toutes les règles doivent être liées entre elles. Kelsen affirme que l'unité du système consiste en une chaîne qui émerge en traçant une ligne verticale entre la norme produite et celle qui autorise son élaboration. De là dérive la propriété unique du droit : le droit gouverne sa propre création¹³³. Il s'agit d'un système fermé et il est organisé selon un ordre hiérarchique¹³⁴.

Dans l'esprit de Kelsen, l'action valide est celle qui découle de la règle qui lui est supérieure d'un point de vue de la hiérarchie des normes. En conséquence, les insuffisances de la loi équivalent automatiquement à une permission octroyée aux acteurs pour agir. Ainsi, dans la mesure où une règle administrative découle d'une interprétation rationnelle/formelle où l'interprète identifie l'intention du législateur à partir du texte de la règle qui confère la compétence, cette règle administrative est valide dans le cadre de la théorie de Kelsen. Dans cette optique, il est possible de justifier l'existence des règles administratives qui ont pour fonction de parachever le droit, telles la *Ligne directive n° 10* du Conseil du Trésor, les Instructions régissant les communications à l'extérieur de la salle d'audience de la CISR, les Bulletins d'interprétation du ministère du Revenu ainsi que les codes régissant les conflits d'intérêts émanant du Bureau du Premier ministre et du Conseil du Trésor, en ayant recours à la théorie de la norme générale exclusive de Kelsen.

De plus, Kelsen postule une spécification toujours plus grande des règles au fur et à mesure que l'on descend dans la chaîne hiérarchique de la validité des normes. En consolidant les assises de la théorie de la

¹³² *Id.*, p. 70.

¹³³ *Id.*, p. 63.

¹³⁴ *Id.*, aux pages 261-266.

gradation des normes, Merkl¹³⁵ reconnaît que l'exécution de la loi ou du règlement peut se faire par la règle administrative¹³⁶. Il attribue le caractère de règle de droit valide à ces dernières en expliquant que « l'activité administrative tout entière ne peut se mouvoir et se développer qu'en exécution de règles de droit préexistantes, en sorte que toutes les règles qu'elle produit puisent dans cette exécution même une légitimité leur imprimant le caractère de règle de droit »¹³⁷. La fonction de parachèvement du droit par les règles administratives est reconnue dans le droit administratif puisque la théorie de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire vise au moins cette catégorie de règles¹³⁸.

¹³⁵ Adolf MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienne et Berlin, Springer, 1927. Les écrits de Merkl n'ont pas été traduits, mais on peut trouver des comptes rendus dans F. WEYR, « La doctrine de M. Adolf Merkl », (1926) 28 *Rev. int. de théorie du Droit* 215; Roger BONNARD, « La théorie de la formation du Droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl », (1928) *R.D.P.* 669; Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du Droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le Droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933.

¹³⁶ R. BONNARD, *loc. cit.*, note 135, 681.

¹³⁷ R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, note 135, p. 127; D. MOCKLE, *op. cit.*, note 6, p. 474 et suiv. C'est dans cette optique que s'inscrit le raisonnement du juge Lutfy dans *Hunter c. Canada (Commissaire du service correctionnel)*, [1997] 3 C.F. 936, 976 (1^{re} inst.). Il a fait valoir qu'il « n'y a pas de rupture dans la chaîne des pouvoirs d'origine législative entre la Loi et le Règlement et les restrictions imposées dans la Directive du commissaire n° 085. »

¹³⁸ La doctrine et la jurisprudence utilisent fréquemment le terme « directives » pour nommer les règles administratives issues de la théorie de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire. À l'origine le terme « directives » a désigné les critères d'admissibilité élaborés pour la mise en œuvre de programmes de subvention gouvernementale : voir *Maple Lodge Farms Ltd.*, précité, note 8. Toutefois, la portée de cette expression est plus incertaine de nos jours. Elle semble désigner tous types de règles par lesquelles l'Administration structure son pouvoir discrétionnaire, sans établir des distinctions entre les genres de règles administratives (procédurales ou substantielles) ou les catégories fonctionnelles. Il résulte de cette situation

La fonction de parachèvement du droit par le moyen de règles administratives est cohérente avec la théorie positiviste de Kelsen puisqu'elle s'inscrit dans un rapport de linéarité (qui est reflétée par le lien d'imputation chez Kelsen), de fixité et de stabilité du droit étatique. Elle est également cohérente avec le concept de gradation des normes puisque l'Administration recourt à ce type de règles administratives pour préciser la conduite des personnes qui sont sous sa gouverne en invoquant la théorie de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire. Cependant, la théorie de la norme générale exclusive de Kelsen peut difficilement être utilisée pour justifier des initiatives administratives, telles la création de règles servant à développer le droit parce que ces règles ne s'inscrivent pas dans une logique rationnelle/formelle, mais une logique pragmatique/formelle qui est étrangère à la théorie de Kelsen¹³⁹.

une confusion importante en droit positif, notamment sur le plan des motifs de contestation des décisions individuelles basées sur des règles administratives. À cet égard, le contentieux administratif gagnerait à être plus nuancé.

¹³⁹ En effet, Kelsen a cherché à résoudre une antinomie relative au fondement du droit issue des deux théories du droit qui dominaient au début du XX^e siècle : la théorie du droit naturel représentée par les philosophes du droit et la théorie empirico-positiviste représentée par les *jurisprudents*. Pour les premiers, le droit était nécessairement sujet à des contraintes morales; chez les seconds, le droit était vu comme faisant partie du monde des faits. Puisque les auteurs qui représentent ces courants estiment que ces deux théories rendent respectivement compte de la totalité du domaine du droit, ils étaient d'avis que ces dernières ne pouvaient pas être juxtaposées sans engendrer une antinomie. Contrairement à ces auteurs, Kelsen soutient qu'il existe une troisième voie pour expliquer le droit. Sa théorie « pure » du droit est axée sur la connaissance de son objet, le droit en lui-même, libérée de ces éléments étrangers introduits par les deux autres théories. Voir l'introduction de Stanley L. Paulson de l'ouvrage de Hans KELSEN, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. XXV.

B. La théorie de la texture ouverte du langage

Le scénario envisagé ici n'est pas, on se souviendra, l'inachèvement du droit, mais son indétermination qui se reflète dans des règles de compétence floues. Ce flou engendre un espace spongieux capable d'absorber les changements extérieurs (le contexte) et les intégrer dans l'environnement juridique de l'organisme administratif. Ce contexte constitué de faits et de valeurs affecte directement la signification du champ des possibilités des règles de compétence. C'est ici que l'on s'éloigne de la théorie de Kelsen, car l'Administration n'interprète pas son champ d'action en recourant à une approche rationnelle/formelle. En intégrant les faits et les valeurs comme éléments pertinents lors de l'interprétation du champ des possibles, l'Administration adopte une approche pragmatique et formelle : l'intention du législateur s'interprète en tenant compte du contexte. Mais peut-on néanmoins expliquer la production des règles administratives qui ont pour fonction de développer le droit par le moyen de la théorie positiviste? La réponse est affirmative. Toutefois, c'est à la théorie de Hart qu'il faut recourir.

Hart postule – tout comme Kelsen – que le législateur ne peut pas tout prévoir. Mais contrairement à Kelsen, l'hypothèse de travail pour Hart n'est pas l'incomplétude du droit, mais l'indétermination du droit. Pour Hart, l'idée selon laquelle le droit est un système de normes dont la validité repose sur la norme fondamentale est contestable. Sa critique repose sur l'idée selon laquelle les systèmes juridiques naissent d'actes sociaux d'un type particulier : les normes primaires qui créent les obligations¹⁴⁰.

Pour déterminer si une règle existe, Hart explique que le point de vue de l'observateur externe n'est pas suffisant, car il permet seulement de constater la régularité du comportement. Cette régularité peut être le

¹⁴⁰ H.L.A. HART, *op. cit.*, note 19, p. 89. Pour une présentation succincte de la vie et de l'œuvre de Hart, voir François BLAIS, « La philosophie du droit de H.L.A. Hart », (1993) 8 *R. can. Droit & Soc.* 1.

reflet d'une règle, mais aussi d'une simple habitude¹⁴¹. Il s'agit donc d'adopter un point de vue interne : lorsqu'un individu à qui s'adresse la proposition comprend qu'il a l'obligation de l'observer¹⁴², on peut affirmer qu'il s'agit d'une règle. Si l'individu décide de violer la prescription, mais qu'il reconnaît que l'obligation posée par l'auteur de la norme constitue le motif pour justifier une réaction hostile, il y a alors une règle. Pour en évaluer le caractère obligatoire, Hart n'analyse pas si le destinataire éprouve un sentiment de compulsion face à l'application possible d'une sanction, mais s'il voit la règle comme un standard de conduite qui doit être observé indépendamment du fait qu'il décide ou non de la respecter. Les violations à la règle appelleront des critiques et un appel à la conformité qui seront approuvés par le destinataire parce qu'ils seront justifiés rationnellement¹⁴³. MacCormick estime que la théorie de la norme de Hart implique l'analyse de deux éléments : cognitif et volitif¹⁴⁴. Premièrement, il faut comprendre quelle est la conduite demandée et, deuxièmement, déterminer si l'attitude face à

¹⁴¹ H.L.A. HART, *op. cit.*, note 19, p. 55.

¹⁴² Ainsi, il ne s'agit pas de montrer que l'individu *est obligé* de l'observer ce qui implique l'idée subjective de crainte : H.L.A. HART, *op. cit.*, note 19, p. 85; Joseph VINING, *The Authoritative and the Authoritarian*, Chicago, University of Chicago Press, 1986, p. 218.

¹⁴³ H.L.A. HART, *op. cit.*, note 19, p. 88 : « What the external point of view, which limits itself to the observable regularities of behaviour, cannot reproduce is the way in which the rules function as rules in the lives of those who normally are the majority of society. These are the officials, lawyers, or private persons who use them, in one situation after another, as guides to the conduct of social life, as the basis for claims, demands, admissions, criticism, or punishment, viz., in all the familiar transactions of life according to rules. For them the violation of a rule is not merely a basis for the prediction that a hostile reaction will follow but a *reason* for hostility. »

¹⁴⁴ Neil MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Stanford (Californie), Stanford University Press, 1981, p. 38.

cette attente marque une préférence à la conformité, et ce, indépendamment de l'appréciation morale qui en est faite¹⁴⁵.

Pour déterminer si la règle est valide dans l'ordre juridique, Hart affirme, tout comme Kelsen, qu'une norme juridique est celle qui fait partie d'un système juridique. Contrairement à Kelsen, cependant, Hart estime qu'il est possible d'identifier un système juridique par la présence de normes secondaires et non par l'existence de contraintes. Ce dernier explique que l'ensemble des normes primaires peut *témoigner* de l'existence d'un système juridique et, en conséquence, du caractère juridique des normes qui en font partie. Toutefois, ce n'est que lorsque l'on est en mesure de constater la présence d'un autre type de normes, les règles secondaires, qu'il est possible de *certifier* l'existence d'un système juridique et d'affirmer le caractère juridique des règles issues de ce système.

Pour Hart, la hiérarchie des normes n'explique pas l'organisation des systèmes juridiques de façon satisfaisante. Sans rejeter l'idée de la fermeture normative des systèmes juridiques, Hart n'est pas convaincu que la création du droit suit toujours une route verticale¹⁴⁶ : une règle primaire est valide si elle est unie à une règle secondaire¹⁴⁷. Cependant,

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ En tenant compte du fait que Hart est issu de la tradition de common law, il est possible de mieux comprendre pourquoi il peut difficilement accepter le principe de la hiérarchie des normes. En effet, ce droit a été, dans un premier temps, construit empiriquement, à travers l'action des cours. D'ailleurs pour Thomas Glyn WATKIN, *The Nature of Law*, coll. « European Studies in Law », Oxford, North-Holland Publishing Co., 1980, p. 127, les systèmes juridiques ont émergé à la suite de l'institutionnalisation des mécanismes de règlements des conflits. Ce n'est que plus tard qu'une pensée formelle s'est ajoutée à la construction du common law par les juges. B. Simpson explique que l'élaboration de règles et de principes gouvernant l'utilisation des précédents et leur statut de règles faisant autorité est relativement moderne dans le common law. Brian SIMPSON, « The Common Law and Legal Theory », dans William TWINING (dir.), *Legal Theory and Common Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1986, aux pages 8-25.

¹⁴⁷ H.L.A. HART, *op. cit.*, note 19, p. 91.

union ne signifie pas *subordination*, mais *derivation*¹⁴⁸. Les règles secondaires sont celles qui confèrent des pouvoirs aux officiers publics. Il s'agit des règles de reconnaissance, de changement et de décision. Les règles de reconnaissance déterminent « un ou plusieurs traits qui peuvent être considérés comme indiquant d'une manière positive et décisive que la règle [primaire] visée qui les possède »¹⁴⁹ est valide. Les règles de changement habilite « un individu ou un corps de personnes à introduire de nouvelles règles primaires pour la direction de la vie du groupe, ou d'une catégorie au sein de celui-ci, et à éliminer les règles anciennes »¹⁵⁰. Les règles de décision autorisent des « individus à résoudre d'autorité la question de savoir si, en des circonstances particulières, une règle primaire s'est trouvée transgressée »¹⁵¹. Les règles secondaires ne sont pas étanches les unes des autres. Ainsi, une règle de reconnaissance peut être comprise dans une règle de changement ou dans une règle de décision.

En réintroduisant une dimension sociologique dans le droit, la théorie de Hart se distingue de celle de Kelsen et peut servir à expliquer les règles administratives qui ont pour fonction de développer le droit (tout comme celles servant à parachever le droit) puisqu'il est possible de tenir compte d'autres éléments que les normes du système lui-même, notamment les circonstances et les intérêts concurrents, pour comprendre la création de règle dans l'ordre juridique. C'est ce que Hart appelle la « texture ouverte » du langage.

Il est intéressant de noter que Hart a élaboré sa théorie en ayant à l'esprit la problématique du développement du droit positif par des règles administratives. En effet, Hart fait directement référence à ce rôle de

¹⁴⁸ *Id.*, p. 98.

¹⁴⁹ Herbert L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. Michel Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 120.

¹⁵⁰ *Id.*, p. 121.

¹⁵¹ *Id.*, p. 122.

l'organe administratif lorsqu'il explique la notion de « texture ouverte » du langage :

« La texture ouverte de la règle de droit signifie qu'il existe, en effet, des domaines de la conduite pour lesquels on laisse aux tribunaux ou à l'administration le soin de développer de nombreux points, en établissant une balance, à la lumière des circonstances, entre des intérêts concurrents dont les poids varient d'une espèce à l'autre. [...] que ce soit à la frange des règles ou dans les domaines laissés ouverts par la théorie des précédents, les tribunaux remplissent une fonction de création de règles que les organes administratifs exercent principalement dans l'élaboration de directives variables. »¹⁵²

La théorie de la texture ouverte du langage est utile pour intégrer des règles administratives – telles la *Politique relative à la radiodiffusion en période électorale* du CRTC, la directive sur les *Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe* de la CISR ou encore le *Programme de contrats fédéraux visant l'équité en matière d'emploi* établi par le Cabinet – dans le droit positif. D'ailleurs, une décision récente de la Cour suprême pourrait servir d'appui à la reconnaissance de ce type de règle en droit administratif. Il s'agit de l'arrêt *Baker*¹⁵³.

¹⁵² H.L.A. HART, *op. cit.*, note 149, aux pages 167-168. Il est également intéressant de citer un autre passage du discours de J.-E.-M. PORTALIS, *op. cit.*, note 115, page 15 dans lequel il fait référence à « l'expérience » comme facteur central pour expliquer le développement du droit (non pas par l'administration cependant, mais par les juges) : « C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples *se font avec le temps*, mais, à proprement parler, *on ne les fait pas*. » (les italiques sont dans le texte).

¹⁵³ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 14.

Cet arrêt porte, notamment, sur l'application de lignes directrices fixant des critères pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre de l'Immigration en vertu de l'article 114(2) de la *Loi sur l'immigration*¹⁵⁴. Ce pouvoir permet au ministre de suspendre l'application des règlements pour des motifs humanitaires, mais dans les faits ce pouvoir est exercé par les agents d'immigration. Dans l'affaire *Baker*, il s'agissait de déterminer si l'agent d'immigration aurait dû accepter la requête de Madame Baker visant à lui permettre de faire sa demande de résidence permanente au Canada, plutôt qu'à l'extérieur du pays tel que le règlement le prescrit. Pour justifier sa demande, Madame Baker a, entre autres, invoqué l'intérêt de ses enfants nés au Canada.

Cet argument est basé sur un des critères contenus dans les lignes directrices du ministère et qui ont été élaborées pour le bénéfice des agents d'immigration afin de les guider dans le processus de prise de décision. Cet argument est également fondé sur la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* qui, au moment de la décision, avait été ratifiée par le Canada en 1992, mais non incorporée en droit interne. En Cour suprême, la majorité des juges fut d'avis que les lignes directrices reconnaissaient et révélaient les valeurs et la démarche énoncées dans la Convention¹⁵⁵. Ces valeurs sont une reconnaissance de « l'importance d'être attentif aux droits des enfants et à leur intérêt supérieur dans les décisions qui ont une incidence sur leur avenir »¹⁵⁶.

Par ailleurs, il faut noter que la Cour suprême n'a pas fait référence à la théorie de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire dans sa décision et que cette absence est significative dans la mesure où il est incertain qu'il soit possible d'étendre cette théorie au-delà des règles adminis-

¹⁵⁴ *Loi sur l'immigration*, précitée, note 15, art. 114(2) : « Le gouverneur en conseil peut, par règlement, autoriser le ministre à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe (1) ou à faciliter l'admission de toute autre manière. »

¹⁵⁵ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 14, par. 72.

¹⁵⁶ *Id.*, par. 71.

tratives qui ont pour fonction de parachever le droit. Deux obstacles pourraient être invoqués.

Le premier est que les règles servant à développer le droit ne fixent pas une « limite » au pouvoir discrétionnaire, contrairement aux règles qui ont pour fonction de parachever le droit. Par ses lignes directrices, le ministère élargit la portée du pouvoir discrétionnaire d'accorder des dispenses pour des motifs humanitaires au-delà de ce qui a vraisemblablement été voulu par le législateur, du moins lorsqu'il a édicté la *Loi sur l'immigration* en 1976. Cet « élargissement » a fait l'objet d'une codification dans le projet de loi C-11 – *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, qui a été adopté par la Chambre des communes le 13 juin 2001 :

« À sa discrétion, le ministre peut étudier le cas de l'étranger interdit de territoire, ou qui ne se conforme pas à la présente loi, et lui octroyer le statut de résident permanent, ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des circonstances d'ordre humanitaire relatives à l'étranger – compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché – ou l'intérêt public le justifient. »¹⁵⁷

Le deuxième est l'inadéquation du régime juridique relatif à l'examen de leur validité. En effet, à l'heure actuelle la validité d'une règle administrative issue de la théorie de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire est examinée à la lumière de sa conformité avec le droit seulement, ce qui est cohérent avec le principe de la hiérarchie des normes de Kelsen et de la logique rationnelle/ formelle. Cependant, pour les règles administratives qui ont pour fonction de développer le droit, ce qui est central à leur création est la volonté de l'Administration de rétablir la cohérence entre les normes et le contexte.

¹⁵⁷ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, projet de loi C-11, art. 25.

Lorsqu'un juge examine la validité de ce type de règle administrative, c'est une méthode contextuelle de l'interprétation qui pourrait utilement expliquer la raison d'être de ce type d'initiatives. À cet égard, la Cour suprême a ouvert des avenues intéressantes, notamment dans l'arrêt *Baker* où elle précise que la validité d'un acte administratif, en l'occurrence une décision individuelle, s'analyse en tenant compte des limites imposées par le libellé de la loi, les principes de la primauté du droit, de la Charte et du droit administratif, et d'autres facteurs tels les valeurs fondamentales de la société canadienne qui peuvent notamment être inscrites dans des instruments internationaux et des lignes directrices¹⁵⁸. Elle poursuit en déclarant que cet examen requiert « une analyse contextuelle [...] comme l'exige en général l'interprétation des lois »¹⁵⁹. Ce point de vue se reflète dans l'approche pragmatique et formelle (où il est postulé que l'intention du législateur peut être identifiée, mais à partir du contexte de la norme) que l'Administration adopte en produisant ce type de règle administrative.

Si ce changement dans l'examen de la validité des règles administratives (et non des décisions individuelles qui ont pour fondement une règle administrative) s'imposait, cela pourrait entraîner une modification importante de notre conception de l'ordre juridique et de la logique normative qui la sous-tend. En effet, force serait de reconnaître que le rapport entre l'Administration et le législateur est un peu moins linéaire, stable et certainement plus indécis si l'on admet qu'il ressort d'une autorité administrative de prendre l'initiative de développer le droit.

¹⁵⁸ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 14, voir notamment les par. 56 et 67.

¹⁵⁹ *Id.*, par. 67. Elle cite deux autres jugements de la Cour : *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux par. 20 à 23.

Les règles administratives qui ont pour fonction de favoriser le développement du droit s'inscrivent aussi dans la logique descriptive de la théorie positiviste. Toutefois, les choix normatifs de l'Administration peuvent être mieux expliqués en ayant recours à la *sociologie descriptive* proposée par Hart puisqu'il conçoit un espace pour intégrer les faits et les valeurs émanant du contexte entourant l'élaboration de la norme lors de l'interprétation de la portée et des limites des règles de compétence. Mais la question se pose à nouveau : est-ce que cette théorie est suffisante pour expliquer les règles administratives qui ont pour fonction de remodeler le droit positif?

C. La théorie des anomalies

Les règles administratives ayant pour fonction de remodeler le droit opèrent une rupture dans la chaîne de validité tel que conçue chez Kelsen et Hart. Tant ces modèles théoriques que leur concrétisation en droit positif, dans la théorie de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire (du moins pour les règles qui ont pour fonction de parachever le droit), ne peuvent pas servir à intégrer ce type de règles administratives dans le droit positif.

En droit administratif, il n'existe pas de jurisprudence où cette fonction des règles administratives a fait l'objet d'une analyse. Par contre, le rôle des pratiques à titre d'outil pour remédier aux anomalies structurelles de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été reconnu par la Cour suprême en matière constitutionnelle dans le *Renvoi : résolution pour modifier la constitution*¹⁶⁰.

Dans cette affaire, l'anomalie dont il était question était l'inadéquation de la formule d'amendement de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le gouvernement fédéral voulait « rapatrier » la constitution canadienne sans avoir obtenu le consentement des gouvernements provinciaux. Afin de contester la validité de ce « coup de force fédéral »

¹⁶⁰ *Renvoi : résolution pour modifier la constitution*, [1981] 1 R.C.S. 754.

devant la Cour suprême, les provinces ont invoqué l'existence d'une convention constitutionnelle. Aux termes de cette convention, la chambre des Communes et le Sénat devaient obtenir le consentement des provinces avant de demander à la Reine de déposer devant le Parlement de la Grande-Bretagne un projet en vue de procéder à une modification de la Constitution qui les affectait.

La Cour a conclu à l'existence d'une telle convention. Elle a reconnu que les structures constitutionnelles pouvaient être remodelées pour s'adapter à des contextes changeants. Les juges ont justifié leur point de vue en argumentant que la finalité de ces conventions est de permettre à la Constitution d'atteindre son but : [ces pratiques sont un] « produit de l'expérience politique dont l'adoption permet au processus politique de fonctionner d'une façon acceptable pour la collectivité. »¹⁶¹ Comme Hogg l'explique :

« Conventions brings outdated legal powers into conformity with current notions of government (consistent with representative democracy). Each convention takes a legal power that would be intolerable if it were actually exercised as written, and makes it tolerable. If the convention did not exist, the legal power would have to be changed. [...] But the legal powers can continue to exist, so long as they are invariably exercised in conformity with the conventions that assure democratic control of the powers. Thus, the conventions allow the law to adapt to changing political realities without the necessity for formal amendment. »¹⁶²

La Cour ajoute que la violation d'une convention ne peut pas faire l'objet d'une sanction judiciaire, mais d'une sanction politique. Elle explique que ces conventions sont maintenues à l'extérieur du droit parce qu'elles entrent généralement en conflit avec les règles juridiques¹⁶³. Ces

¹⁶¹ *Id.*, 858.

¹⁶² P. W. HOGG, *op. cit.*, note 73, p. 27.

¹⁶³ *Renvoi : résolution pour modifier la constitution*, précité, note 160, 880-881
« Peut-être la raison principale pour laquelle les règles conventionnelles ne

remodelages vivent donc en marge du droit, tout comme dans le cas des deux règles administratives que j'ai décrites.

Il n'est pas impossible que la Cour suprême reconnaisse un jour l'existence de telles pratiques en droit administratif puisque, dans le système étatique, l'Administration est l'organe le mieux placé pour réagir aux dysfonctions des organismes administratifs et pour proposer des formules de rechange. En instituant un autre cadre décisionnel par des règles administratives, l'Administration ne fait pas cesser les effets des dispositions législatives qu'elle juge inefficaces. Ces règles sont destinées à s'appliquer de manière parallèle à la structure législative tant et aussi longtemps que le législateur n'a pas formellement modifié la loi. Ce type de règle administrative est intéressant, car il montre encore mieux que les deux autres catégories, que l'élaboration du droit n'est pas un processus allant toujours du haut vers le bas. Le mouvement inverse, du bas vers le haut, peut également se produire.

Toutefois, ce qui importe surtout de souligner ce sont les conséquences qu'il faut tirer de l'existence de ce type de règles au niveau de l'application des modèles théoriques de Kelsen et Hart. En effet, c'est parce qu'ils postulent l'existence d'un système juridique moniste – où les normes produites par les différents organes de l'État (y compris « l'organe » administratif) sont relativement cohérentes les unes par rapport aux autres – que ces modèles ne peuvent pas expliquer

peuvent être appliquées par les tribunaux est qu'elles entrent généralement en conflit avec les règles juridiques qu'elles postulent. Or les tribunaux sont tenus d'appliquer les règles juridiques. Il ne s'agit pas d'un conflit de genre qui entraînerait la perpétration d'illégalités. Il résulte du fait que les règles juridiques créent des facultés, pouvoirs discrétionnaires et droits étendus dont les conventions prescrivent qu'ils doivent être exercés seulement d'une façon limitée, si tant est qu'ils puissent l'être. » Quant aux conditions fixées par la Cour suprême pour reconnaître l'existence d'une telle convention, elle en énonce trois : 1. Y a-t-il des précédents? 2. Les acteurs dans les précédents se croyaient-ils liés par une règle? 3. La règle a-t-elle sa raison d'être? *Id.*, 888.

l'existence de ce troisième type de règles qui sont le reflet d'un droit étatique complexe, indécis, variable... et pluraliste plutôt que moniste.

En effet, en produisant ces règles les autorités administratives créent une rupture avec l'ordre juridique institué par le législateur (A), mais le nouvel ordre juridique auquel appartiennent ces règles (B) sert quand même à déterminer les droits et les obligations des administrés qui sont l'enjeu du système juridique institué par le législateur (A'). En d'autres termes, ces règles administratives issues d'un autre système (B) opèrent une césure avec la chaîne normative instituée par le législateur (A), mais non avec l'enjeu (la protection des administrés) (A').

Cette situation engendre une boucle de validité qui est étrangère à la théorie positiviste, telle que conçue par Kelsen et Hart et qui se reflète dans l'approche qui est utilisée pour justifier l'existence de ces règles administratives. Les autorités administratives n'inscrivent pas leurs actions dans une logique rationnelle et formelle (le scénario du parachèvement du droit) ou dans une logique pragmatique et formelle (le scénario du développement du droit), mais dans une logique pragmatique et fonctionnelle. On tient compte du contexte pour interpréter la signification du droit. Cependant, cette signification n'est plus recherchée dans l'intention du législateur mais dans cette idée d'un fonctionnement efficace de l'ensemble de l'organisme administratif.

Le fonctionnalisme n'examine pas ce que le droit *est*, mais ce qu'il *fait* – comment il fonctionne dans la société¹⁶⁴. De ce point de vue, le droit est une institution sociale qui peut être améliorée, développée et remodelée, car son utilité réside dans la régulation « of factual social problems and relationships »¹⁶⁵. Dans cette optique, les administrateurs produisent des règles administratives qui remédient aux anomalies de la

¹⁶⁴ David M. WALKER, *The Oxford Companion to Law*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 508.

¹⁶⁵ T.P. VAN REENAN, « Major Theoretical Problems of Modern Comparative Legal Methodology (1) The Nature and Role of the Tertium comparationis », (1995) 28 *Comp. & Int'l L.J. Southern Afr.* 175, 186.

structure normative instituée par le législateur afin de répondre à des problèmes spécifiques qui affectent le fonctionnement de l'organisme dont ils ont la charge.

En conséquence, l'existence de ce type de règle pourrait être expliquée – à titre d'hypothèse – à partir d'une théorie qui adopte un point de vue holiste, plutôt qu'atomiste (les théories normativistes de Kelsen et Hart). De brèves remarques sur les théories institutionnelle et systémiste serviront de point de repère pour des recherches ultérieures.

Dans le cadre de la théorie institutionnelle de Weinberger et de MacCormick¹⁶⁶, la validité des normes s'évalue à partir des informations théoriques et pratiques. Ils expliquent que l'institution est l'unité centrale où s'opère le décodage de ces informations et leur transformation en décisions dont certaines prendront la forme de normes¹⁶⁷. Ils affirment que c'est notamment par l'interaction constante entre ces événements qui affectent l'institution et les solutions normatives qu'elle produit en réponse à ces événements que l'institution maintient la cohésion de l'environnement social qu'elle régleme. La théorie institutionnelle de MacCormick et Weinberger offre une perspective qui aide à mieux comprendre l'ouverture cognitive des organismes administratifs sur le monde extérieur et comment cette connaissance est utilisée par ces derniers pour adapter leurs structures normatives au contexte changeant tout en conservant leur individualité propre. Le projet central de MacCormick et de Weinberger rappelle, à certains égards, celui de Romano. Ces théoriciens s'intéressent de manière prépondérante aux rapports de *relevance juridique* entre les institutions¹⁶⁸ plutôt qu'à la formalisation des ordres juridiques, projet qui préoccupe davantage les théoriciens systémistes.

¹⁶⁶ Neil MACCORMICK et Ota WEINBERGER, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, coll. « E. Story-Scientia », Paris, L.G.D.J., 1992; Ota WEINBERGER, « Les théories institutionnalistes du droit », dans P. AMSELEK et C. GRZEGORCZYK, *op. cit.*, note 18, p. 68.

¹⁶⁷ O. WEINBERGER, *op. cit.*, note 166, p. 82.

¹⁶⁸ S. ROMANO, *op. cit.*, note 117.

Le débat central dans le cadre des théories systémistes porte sur le caractère autopoïétique des systèmes¹⁶⁹. En droit, les théoriciens systémistes s'interrogent sur le degré de fermeture ou d'ouverture normative des systèmes juridiques¹⁷⁰. Par exemple, Teubner estime qu'un système devient progressivement autopoïétique au terme d'un processus d'autonomisation¹⁷¹. Les systèmes affirment leur autonomie par rapport au monde extérieur en produisant leurs propres normes. Ils « finissent par produire leurs propres éléments, les actes juridiques, qui, à leur tour, reproduisent le système de production »¹⁷². D'un point de vue descriptif, la théorie systémiste est intéressante, car elle explique la transformation des organismes administratifs en des ensembles qui tendent vers une fermeture normative de plus en plus importante face aux autres systèmes étatiques, notamment législatif, et sociaux.

Conclusion

À partir de l'échantillon de recherche, j'ai pu distinguer trois types de modifications que les autorités administratives apportent au cadre normatif structurant leur action par le moyen de règles administratives.

¹⁶⁹ André-Jean ARNAUD et Pierre GUIBENTIF, *Nicklas Luhmann observateur du droit*, Coll. « Droit et Société », Paris, L.G.D.J., p. 20.

¹⁷⁰ Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, p. 149. Pour une synthèse des idées principales de Luhmann, voir François OST, « Le droit comme pur système », dans Pierre BOURETZ (dir.), *La Force du droit, panorama des débats contemporains*, Série « Philosophie », Paris, Esprit, 1991, p. 139, aux pages 140-143.

¹⁷¹ F. OST, *loc. cit.*, note 170, 143; Gunther TEUBNER, « Evolution of Autopoietic Law », dans Gunther TEUBNER, *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, New York, Walter de Gruyter, 1988, p. 217.

¹⁷² F. Varela estime que « l'établissement d'un système autopoïétique n'est pas graduel : un système est autopoïétique ou ne l'est pas. », voir F. OST, *loc. cit.*, note 170, 143; Francisco VARELA, *Principles of Biological Autonomy*, New York, North Holland, 1979, p. 27.

Elles servent à le parachever, à le développer et à le remodeler. À partir de cette classification, j'ai entrepris une analyse des conditions de validité énoncées dans deux modèles théoriques issus du positivisme juridique afin de mieux comprendre dans quelle mesure ces règles peuvent être intégrées en droit positif. Ces modèles sont construits à partir des éléments normatifs de l'ordre juridique. Il s'agit de la perspective normativiste de Kelsen et Hart.

À la suite de mes analyses, il est possible de tirer les conclusions suivantes. Tout d'abord, la validité des règles administratives ayant pour fonction de parachever le droit positif peut être expliquée par la théorie normativiste de Kelsen. La doctrine et la jurisprudence invoquent la théorie de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire pour justifier une lecture des règles de compétence. Selon cette lecture, l'Administration peut rationnellement remplir les espaces laissés blancs par le législateur. Implicitement, cette théorie postule une préexistence des normes. L'Administration ne fait que les expliciter en créant des règles administratives.

En second lieu, les règles administratives ayant pour fonction de développer le droit positif ne sont pas compatibles avec le modèle théorique de Kelsen, mais elles le sont dans le cadre de la théorie normativiste de Hart. Cette théorie est d'ailleurs plus large que celle de Kelsen puisqu'elle peut également expliquer les règles administratives qui ont pour fonction de parachever le droit.

La doctrine et la jurisprudence ne se sont pas explicitement penchés sur la problématique de l'intégration des règles servant à développer le droit. Il en résulte une incertitude sur la question de savoir si la théorie de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire peut être utilisée pour intégrer ces règles dans le droit administratif.

Deux obstacles pourraient être invoqués. Ces règles administratives n'ont pas pour fonction de limiter le pouvoir discrétionnaire, mais d'en élargir la portée au-delà de ce qui a vraisemblablement été voulu par le législateur. De plus, le régime juridique relatif à l'évaluation de leur conformité avec le cadre législatif serait trop limitatif pour favoriser

l'incorporation de ces règles dans le droit positif. En conséquence, ce type de règles remet en cause, dans une certaine mesure, l'utilité de la théorie de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire pour expliquer une plus grande variété d'initiatives normatives issues de l'Administration.

Finalement, la troisième fonction, soit celle du remodelage du droit, n'est pas compatible avec ces théories positivistes pour lesquelles la validité d'une norme s'infère de son lien d'imputation avec une norme supérieure (Kelsen) ou de son union à une norme secondaire (Hart) de l'ordre juridique. Dans le contexte du droit administratif, l'existence même de ce type de norme rappelle que les institutions administratives sont des réalités dynamiques qui se construisent, se déconstruisent et se reconstruisent. Ces règles instituent une dualité de mécanismes juridiques s'appliquant à des situations identiques, ce qui soulève des questions intéressantes en droit public. Assiste-t-on à l'émergence d'une Administration en tant que quatrième pouvoir étatique? À cet égard, Bergeron nous invite à prendre des distances avec des catégories plus conventionnelles, telle la séparation des trois pouvoirs, et à imaginer l'émergence d'un « réseau interfonctionnel de la gouverne » où quatre fonctions distinctes, mais complémentaires, animent l'État : gouverner, légiférer, administrer et juger¹⁷³.

Les analyses de Bergeron sont un point de départ utile pour chercher une théorie mieux adaptée afin de décrire le droit contemporain, à tout le moins au droit administratif contemporain. Aussi, une perspective plus holiste faisant l'économie de concepts tels l'institution, la transformation du droit et le triptyque « normes-faits-valeurs » m'apparaissent être des éléments indissociables pour débiter cette réflexion. À cet égard, les théories institutionnelle et systémiste sont des pistes utiles pour expliquer plus complètement l'émergence et l'intégration de cette catégorie de règles dans les organismes administratifs. En effet, du point de vue de la logique descriptive, ces théories postulent que les ensembles, telles les institutions et les systèmes, sont des entités vivantes et dynamiques. Elles

¹⁷³ Gérard BERGERON, *L'État en fonctionnement*, P.U.L., Sainte-Foy (Québec), 1993, aux pages 37-55.

soulèvent toutefois des questions importantes du point de vue de la logique normative, dont celle du rapport entre le Droit et la Démocratie, notamment quant au rôle du législateur et de l'Administration dans l'organisation des rapports État/société civile. Quel rôle l'institution parlementaire peut-elle efficacement jouer dans la production du droit public contemporain¹⁷⁴?

Il est de plus en plus difficile de faire comme si ce phénomène des règles administratives était marginal et « quasi juridique ». Afin d'éviter qu'un Kafka réincarné réécrive un jour *Le Château*, il est urgent de repenser ces rapports puisque l'enjeu du droit administratif est de garantir une protection adéquate et réelle aux administrés. Même s'il est vrai que la reconnaissance de la pluralité des formes et des sources du droit administratif se heurte à un obstacle majeur – la notion de règlement (et plus largement celle de règle de droit) qui constitue le foyer de l'analyse de la juridicité des actes administratifs unilatéraux de portée générale et impersonnelle – il n'est pas insurmontable. En effet, une première réforme législative évidente serait de modifier les lois édictant les critères de reconnaissance des actes réglementaires ainsi que les processus d'élaboration, de consultation et de publication de ces actes¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Ce type de questionnement se reflète parfois dans des projets de loi. Par exemple, dans le projet de loi C-62 (qui est mort au feuillet), le gouvernement aurait suspendu les effets d'un règlement validement édicté pour y substituer des normes dont le contenu aurait été élaboré par le secteur privé. À la suite de l'acceptation de cette proposition par le gouvernement, un accord administratif aurait été signé avec l'industrie en question : *Loi permettant de substituer à certains règlements de nouvelles normes et de conclure des accords administratifs pour la réalisation des objectifs de la réglementation*, projet de loi C-62 (1^{re} lecture), 1^{re} session, 35^e législature.

¹⁷⁵ Voir la *Loi sur les textes réglementaires* et la *Loi sur les règlements*, précitées, note 7; F. HOULE, *op. cit.*, note 13, aux pages 27 à 88; France HOULE, « La zone fictive de l'infra-droit : l'intégration des règles administratives dans la catégorie des textes réglementaires », (2001) 47 *McGill L.J.* 161.