

---

# *La zone fictive de l'infra-droit : l'intégration des règles administratives dans la catégorie des textes réglementaires*

---

**France Houle\***

---

Le phénomène des règles administratives (les directives, les politiques, les guides, les manuels) intéresse de plus en plus les juges et les spécialistes du droit administratif. Aucun des critères posés par le droit positif ne peut servir à établir une distinction opératoire entre le réglementaire et le juridique et le non-réglementaire et le non-juridique. L'article suggère des réponses à la question centrale quant à la nature de l'ensemble des règles juridiques que constituent les règles administratives ayant des effets de droit sur les administrés. En conséquence, la *Loi sur les textes réglementaires* réduit indûment la normativité administrative à la reconnaissance de quelques textes de portée générale sans que les justifications soient convaincantes sur le plan théorique. À partir d'un échantillon de règles administratives issues de différents organismes administratifs, l'auteure identifie deux fonctions à ces règles. Ces règles peuvent servir à la spécification ou à la différenciation des rapports juridiques entre les acteurs de la scène administrative. Cette classification est utile afin de réfléchir aux voies possibles de réforme de la *Loi sur les textes réglementaires*.

The phenomenon of administrative regulations (directives, policies, guides, manuals) is of growing interest to judges and specialists in administrative law. None of the criteria of existing positive law can help establish an operative distinction between the regulatory and the juridical and the non-regulatory and the non-juridical. The author makes suggestions as to the nature of that group of juridical rules that are administrative rules having legal effect upon those administered. Without providing convincing theoretical justifications, the *Statutory Instruments Act* unduly reduces administrative normativity to the recognition of several texts of general application. Using a sample of administrative rules issued by administrative organizations, the author examines two of their functions: administrative rules help both to specify or to differentiate the juridical relations between those actors subject to administration. Such functional classification helps us reflect upon possible reform of the *Statutory Instruments Act*.

---

\* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal ; chercheure associée au Centre de recherche en droit public. L'auteure remercie la Commission du droit du Canada pour son appui financier à la réalisation de cet article.

© Revue de droit de McGill 2001

McGill Law Journal 2001

Mode de référence : (2001) 47 R.D. McGill 161

To be cited as: (2001) 47 McGill L.J. 161

---

## Introduction

### **I. Une critique des fondements de l'acte réglementaire véhiculés par la *Loi sur les textes réglementaires***

- A. *La volonté du législateur*
- B. *Le rôle de l'interprétation administrative*
- C. *La diversité des sanctions*
  - 1. La sanction administrative
  - 2. La sanction judiciaire

### **II. Essai de typologie fonctionnelle des règles administratives**

- A. *Les règles de spécification des rapports entre les acteurs*
  - 1. Les règles conditionnelles
  - 2. Les règles interprétatives
- B. *Les règles de différenciation des rapports entre les acteurs*
  - 1. Les règles de procédure
  - 2. Les règles de pratique

## Conclusion

---

## Introduction

Les mutations de l'organisation politique des sociétés modifient considérablement la donne lorsqu'il s'agit de comprendre l'émergence et l'application du droit. Depuis que le modèle de l'État-nation s'est imposé dans les temps modernes, sa production juridique a dominé la réflexion en théorie du droit. De nos jours, les interactions entre les diverses institutions étatiques et non étatiques se sont tellement diversifiées qu'il est devenu réducteur de prétendre que le droit est exclusivement issu d'une relation hiérarchique entre les appareils législatif, exécutif et judiciaire de l'État. Dans ce contexte, il n'est pas si étonnant de constater l'engouement pour les théories pluralistes du droit. Bien qu'elles aient surtout été utilisées pour examiner la normativité extra-étatique<sup>1</sup>, on ne saurait limiter l'intérêt de ces théories aux seules manifestations non étatiques du droit<sup>2</sup>. Elles peuvent éclairer les rapports entre la régulation étatique et non étatique en mettant en évidence des phénomènes d'inter-normativité<sup>3</sup> ou encore de pluralisme intra-étatique ; c'est à ce dernier phénomène que cette étude est consacrée.

En privilégiant un modèle d'organisation polycentrique, l'État contemporain a encouragé l'éclosion d'une pluralité d'institutions relativement autonomes en son sein<sup>4</sup>. Lorsqu'un organisme administratif est opératoire, les fonctionnaires ne peuvent plus compter sur le gouvernement ou le législateur, du moins en temps utile, pour intervenir et régler les difficultés qu'ils rencontrent dans l'exécution de leur mission. Ils doivent suppléer aux carences et aux déficiences de l'ordre juridique institué depuis la création de l'organisme et même anticiper les crises. Pour maintenir la stabilité de leurs rapports avec les ordres sociaux qu'ils sont appelés à régir, les fonctionnaires produisent notamment des textes, des tableaux, des tables ou des méthodes de calcul rendus explicites dans des directives, des manuels, des guides, des codes de pratique ou politiques. Ces normes qui émanent de l'Administration ne sont pas toujours expressément autorisées par le législateur, mais elles affectent souvent les droits et les intérêts d'une catégorie d'administrés<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir J. Griffiths, «What is Legal Pluralism?» (1986) 24 J. Leg. Pluralism & Unofficial L. 1. Pour un exemple, voir A. Lajoie, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1996.

<sup>2</sup> J.-G. Belley, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique» (1986) 18:1 Sociologie et sociétés 11 à la p. 30.

<sup>3</sup> J. Carbonnier, «Les phénomènes d'inter-normativité» dans J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, 287. Pour Carbonnier, l'inter-normativité signifie l'étude des rapports qui se nouent et se dénouent entre les normes juridiques et sociales.

<sup>4</sup> Voir S. Romano, *L'ordre juridique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1975 ; G. Rocher, «Pour une sociologie des ordres juridiques» (1988) 29 C. de D. 91.

<sup>5</sup> Pour les fins de cette étude, ces normes sont appelées règles administratives.

Il apparaît donc de plus en plus difficile de faire comme si ce phénomène de règles administratives se situait en marge du droit, dans la zone de l'infra-droit. Pourtant, la doctrine souscrit toujours au point de vue dominant véhiculé par les juges : les règles administratives ne sont pas des règles proprement juridiques parce que leur effet normatif est insuffisant<sup>6</sup>. 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. En droit administratif, tant au niveau fédéral que provincial, la qualification d'un acte de règlement comporte des conséquences importantes. L'une d'entre elles est l'assujettissement de cet acte réglementaire à la procédure d'approbation, d'enregistrement, de publicité et de mise en vigueur édictée dans la *Loi sur les textes réglementaires*<sup>7</sup>.

Un des deux objectifs de ce texte est de montrer que la *Loi sur les textes réglementaires* réduit indûment la normativité administrative à la reconnaissance de quelques instruments réglementaires, appelés «textes réglementaires», sans que les justifications soient convaincantes sur le plan théorique. En effet, la portée de la définition des textes réglementaires est particulièrement alambiquée. En comparant les choix du législateur fédéral à ceux du législateur québécois, on ne peut que constater le caractère équivoque du choix du premier. En droit québécois, il n'y a de textes réglementaires que le règlement ; la notion de textes réglementaires n'existe pas dans la *Loi sur*

---

<sup>6</sup> Chez les auteurs de droit administratif québécois et canadien, voir notamment : P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale : précis de droit des institutions administratives*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997 à la p. 44 ; R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1984 à la p. 425 ; P. Garant, *Droit administratif*, vol. 1, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1996 à la p. 395 ; P.P. Mercer, «Informal Administrative Action in Canada» dans *Droit Contemporain : rapports canadiens au Congrès international de droit comparé, Athens, 1994*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1995, 788 ; H.N. Janisch, «The Choice of Decisionmaking Method : Adjudication, Policies and Rulemaking» dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, Administrative Law : Principles, Practice and Pluralism*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1992, 259 à la p. 265 ; M. Filion, «Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé sous forme de normes administratives : les directives» (1979) 20 C. de D. 855 ; D. Mockle, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984 [ci-après Mockle, *Recherches*]. Cette dernière 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. Cette thèse est issue de ses travaux de recherche sur les pratiques pararéglementaires françaises, puis est reprise dans son article sur les normes internes en droit canadien. Pour une analyse transversale du phénomène, voir D. Mockle, «Ordre normatif interne et organisations» (1992) 33 C. de D. 965.

<sup>7</sup> L.R.C. 1985, c. S-22.

les règlements<sup>8</sup>. Par contre, en droit fédéral, la notion de textes réglementaires inclut le règlement, mais aussi d'autres textes auxquels la valeur d'acte réglementaire peut leur être reconnue. L'ambiguïté de la notion de texte réglementaire en droit fédéral donne une certaine latitude aux fonctionnaires pour nuancer leur jugement face à la portée réglementaire des actes qu'ils créent.

Il demeure néanmoins que les critères de qualification utilisés dans le contexte de l'application de la *Loi sur les textes réglementaires* n'ont pas résisté à l'épreuve du temps. Ils ont été imaginés à la lumière de certains modèles étatiques et de leurs modes d'intervention privilégiés : l'État — puissance publique et pourvoyeur — dicte unilatéralement la conduite de ses sujets qui doivent s'y soumettre sous peine de sanction légale. À ces modèles étatiques et instruments d'action se sont superposés d'autres modèles, tels ceux des États propulsifs, réflexifs et incitateurs, où les acteurs agissent par l'intermédiaire d'outils qui diffèrent tant par leurs formes que par leurs sources<sup>9</sup>. Sans prétendre que ces changements étatiques sont la cause déterminante d'une impulsion vers l'usage d'outils normatifs plus souples telles les règles administratives, il s'agit cependant d'un facteur non négligeable, dont il faut tenir compte pour mieux comprendre le droit administratif contemporain.

Il faut repenser la notion d'acte réglementaire car l'État et son droit changent. Les paramètres juridiques actuels servant à interpréter la portée de la *Loi sur les textes réglementaires* ne répondent pas de manière adéquate aux questions récurrentes qui sont soulevées par la diversité normative émanant de l'action administrative. Ce cadre législatif engendre des incohérences lorsqu'il s'agit de déterminer quels actes devraient être créés conformément à une procédure prédéterminée. Cette situation nuit considérablement à la protection effective des droits et des intérêts des administrés. En adoptant une perspective pluraliste intra-étatique, il serait possible d'imaginer des modifications à la *Loi sur les textes réglementaires* qui s'éloigneraient du paradigme théorique dominant en droit positif. Ce paradigme postule, en effet, l'existence d'une frontière entre le juridique et le non-juridique<sup>10</sup>, ce qui a des répercussions au cœur même de l'action étatique.

L'autre objectif est de rendre plus visible la contribution des règles administratives dans la construction de l'ordre juridique de l'organisme administratif qui leur a donné naissance. À cet égard, le rôle du juriste est d'expliquer le phénomène des rè-

---

<sup>8</sup> L.R.Q., c. R-18.1, art. 2-3. L'article 3 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».

<sup>9</sup> Voir C.-A. Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999.

<sup>10</sup> Voir R.A. Macdonald, «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et "inférentielle"» (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 47.

gles administratives. Pour ce faire, il peut présupposer leur inclusion dans le droit, plutôt que leur exclusion. Cette perspective permettrait au juriste de mieux comprendre comment les fonctionnaires font face aux événements quotidiens qui affectent le fonctionnement de l'organisme dont ils ont la charge. Elle permettrait aussi d'analyser dans quelle mesure ces fonctionnaires modèlent leurs actions, notamment celles qui consistent à produire des règles administratives de façon à maintenir ou rétablir la cohésion et la stabilité de l'ordre juridique de cet organisme<sup>11</sup>. C'est dans cet esprit qu'une typologie fonctionnelle d'un échantillon non exhaustif de règles administratives est proposée dans la deuxième partie.

## I. Une critique des fondements de l'acte réglementaire véhiculés par la *Loi sur les textes réglementaires*

Outre deux caractéristiques qui lui sont spécifiques — l'unilatéralité et la portée générale et impersonnelle — la notion d'acte réglementaire renvoie essentiellement au concept plus général de règle de droit. Le juge utilise des critères objectifs pour évaluer la juridicité des normes. Pour être qualifiée de règle de droit, une norme doit revêtir des qualités classiques de forme, de fond et d'effet. Elles ont été pensées à partir du cadre théorique dominant en droit, soit le positivisme.

L'examen de la jurisprudence et de la doctrine de la juridicité des règles administratives montre toutefois que les solutions adoptées par les juges et les juristes vacillent entre d'anciens dogmes positivistes du XIX<sup>e</sup> siècle et la référence ambiguë à des concepts plus nouveaux. Les frontières relatives aux exigences de rattachement, de contenu et de contrainte sont parfois extensibles, parfois rétractables, sans qu'il ne soit possible d'expliquer logiquement les choix que font les acteurs dans le système juridique étatique. En vérité, la même question revient sans cesse : est-il possible de postuler une division étanche entre le droit et le non-droit, surtout lorsqu'il s'agit d'analyser la portée juridique de règles d'origine étatique ? Les théoriciens du droit ont maintes fois répondu à cette question par la négative. La critique est donc loin d'être nouvelle, mais il est utile de rendre visible les difficultés et les incertitudes auxquelles sont confrontés les fonctionnaires fédéraux lorsqu'ils appliquent ces critères

---

<sup>11</sup> «According to the institutionalist view legal dynamics is a mesh of observable facts, institutionalised norms and legal relations of various types. [...] The validity of a norm is in fact grounded in the sociologically identifiable involvement of the system of legal norms with institutions and their working, and in the actual role this system of norms plays in determining the actions of the members of the community» : O. Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics : Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Dordrecht (Pays-Bas), Kluwer Academic, 1991 à la p. 87. Voir aussi N. MacCormick et O. Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit : nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992 ; O. Weinberger, «Les théories institutionnalistes du droit» dans P. Amssek et C. Grzegorzczuk, dir., *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1989 à la p. 69.

de forme, de fond et d'effet afin de déterminer si une règle qu'ils ont créée est assujettie à la *Loi sur les textes réglementaires*.

### A. La volonté du législateur

En droit administratif fédéral, le domaine des actes réglementaires comprend une diversité de normes. Outre les actes formellement nommés «règlements», il existe une autre catégorie constituée des «textes réglementaires» dont le législateur dresse une liste non limitative. Il peut s'agir par exemple de directives, de politiques, de listes, d'instructions ou de circulaires. Toutefois, cette définition ne se limite pas à une simple énumération de genres. Pour être qualifié de texte réglementaire, l'acte doit être créé «dans l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale, avec autorisation expresse de prise du texte»<sup>12</sup>. Si cette condition est remplie, l'autorité réglementante peut alors se demander si ce texte réglementaire constituerait un règlement une fois approuvé. Dans l'affirmative, elle devra soumettre l'acte au processus réglementaire édicté dans la *Loi sur les textes réglementaires*. En cas de doute, elle devra demander l'avis du sous-ministre de la Justice qui tranchera la question en vertu de l'article 4 de cette loi.

Bien que l'existence d'un rattachement formel soit un critère déterminant en vertu de la loi pour qualifier l'acte de texte réglementaire, le sous-ministre de la Justice soutient, avec raison, que l'absence d'un tel rattachement n'est pas déterminante<sup>13</sup>. Un exemple suffira à illustrer le problème. À la suite de l'arrêt *Capital Cities Communications c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*<sup>14</sup>, la *Loi sur les télécommunications*<sup>15</sup> et la *Loi sur la radiodiffusion*<sup>16</sup> ont été modifiées pour inclure des dispositions législatives expresses permettant au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes d'émettre des directives. Ainsi, avant le jugement de la Cour suprême dans *Capital Cities*, ces directives n'auraient pas pu être qualifiées de texte réglementaire. En effet, ces deux lois ne contenaient pas de dispositions législatives au-

---

<sup>12</sup> *Loi sur les textes réglementaires*, *supra* note 7, art. 2(1) «texte réglementaire» a)(i). La loi prévoit aussi alternativement un autre type de rattachement : il s'agit du texte qui a été élaboré par le gouverneur en conseil ou sous son autorité. Cette dernière variété d'actes réglementaires comprend les textes issus de la prérogative royale. Il est exceptionnel que la Couronne recoure à la prérogative royale pour édicter un acte réglementaire. C'est pourquoi Dussault et Borgeat concluent que le pouvoir réglementaire autonome de la Couronne est tombé en désuétude, voir Dussault et Borgeat, *supra* note 6 à la p. 402.

<sup>13</sup> Canada, Ministère de la Justice, *Manuel de la réglementation fédérale*, Ottawa, Ministère de la Justice, 1998 à la p. 6.

<sup>14</sup> [1978] 2 R.C.S. 141, 81 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 609 [ci-après *Capital Cities*].

<sup>15</sup> L.C. 1993, c. 38, art. 58.

<sup>16</sup> L.C. 1991, c. 11, art. 6.

torisant expressément la «prise du texte». Par contre, la conclusion contraire aurait dû être tirée à la suite des modifications législatives<sup>17</sup>.

En somme, l'absence d'un rattachement formel n'est pas indicative d'une règle non juridique pour les autorités fédérales chargées d'appliquer la *Loi sur les textes réglementaires*. Afin de porter un jugement concluant sur la juridicité de la norme sous examen, les fonctionnaires fédéraux doivent se tourner vers la jurisprudence, car contrairement à la *Loi sur les règlements* du Québec, la *Loi sur les textes réglementaires* ne fournit pas d'autres outils conceptuels pour faire cette évaluation. Ils font donc référence aux critères de fond (règle de conduite) et d'effet (force obligatoire) énoncés dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*<sup>18</sup> pour compléter la *Loi sur les textes réglementaires*.

### **B. Le rôle de l'interprétation administrative**

Les règles administratives sont maintenues hors du droit surtout parce que les juges et les juristes acceptent le bien-fondé de l'argument selon lequel la fonction générale des règles administratives est d'interpréter le droit en vigueur. Elles ne modifient pas l'ordonnement juridique. Il ne s'agit pas d'actes décisionnels. Ce postulat rappelle le temps où la théorie officielle de l'interprétation judiciaire des lois énonçait que l'interprète ne faisait que «découvrir» le sens prédéterminé du texte. En droit contemporain, cette théorie officielle est contestée par un nombre important de théoriciens du droit qui désire rendre compte de l'importance de l'interprétation judiciaire dans le processus de création du droit<sup>19</sup>. Si la juridicité de l'interprétation judiciaire semble de plus en plus acceptée, la valeur juridique de l'interprétation administrative, elle, est toujours contestée. Pourtant, l'interprétation est un procédé juridique par lequel on confère un sens à une règle et, par le fait même, la modifie<sup>20</sup>. Dès que

---

<sup>17</sup> À l'instar du Comité mixte permanent d'examen de la réglementation, il faut admettre que ce test formel maintient une «distinction arbitraire et totalement artificielle entre deux catégories de législation déléguée»: Canada, Secrétariat du Comité mixte permanent d'examen de la réglementation, *Commentaire sur le Projet de loi C-25*, Ottawa, 1996. Ces commentaires n'ont pas fait l'objet d'une publication, mais sont disponibles auprès du Secrétariat. Ce comité s'est d'ailleurs officiellement opposé au P.L. C-25, *Loi concernant les règlements et autres textes, y compris leur examen, enregistrement, publication et contrôle parlementaire, et modifiant certaines lois en conséquences*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> Parl., 1996, art. 2(1) entre autres pour cette raison. Voir Sénat du Canada et Chambre des communes, *Délibérations du comité mixte permanent d'examen de la réglementation*, Fascicule n° 9, 31 octobre 1996 à la p. 9.

<sup>18</sup> [1992] 1 R.C.S. 212 aux pp. 224-25, 88 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 385 [ci-après *Renvoi relatif aux droits linguistiques*].

<sup>19</sup> Pour un examen critique des théories de l'interprétation du droit, voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1999 à la p. 22 et s. [ci-après Côté, *Interprétation*].

<sup>20</sup> En droit administratif français, le caractère interprétatif des règles administratives à titre d'argument servant à exclure ces règles hors du droit est contesté par certains spécialistes du droit



l'interprète autorisé par l'institution *fixe* la signification, quelque chose est ajouté à la règle qui n'existait pas avant l'interprétation<sup>21</sup>. Seiller estime même que si un acte se borne à commenter ou à expliciter le droit préexistant, il comporte néanmoins le caractère d'un acte décisionnel «dès lors qu'il impose unilatéralement ladite interprétation»<sup>22</sup> à une catégorie d'administrés.

Plusieurs arguments peuvent être avancés pour réfuter le bien-fondé de l'exclusion des règles administratives du droit sur cette base. Le premier argument est un refus de tout assimiler à l'interprétation. Tout comme les «vraies» règles de droit qui sont multifonctionnelles, les règles administratives jouent divers rôles dans l'ordre juridique d'un organisme public. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques*, la Cour suprême a spécifié que l'objet d'une règle est d'orienter la conduite d'un sujet. Elle comporte deux champs normatifs : les droits et les responsabilités<sup>23</sup>. Un examen du droit positif montre que le contenu de règles reconnues comme de véritables règles de droit déborde le strict cadre de l'attribution de droits ou de l'imposition de responsabilités. Les lois et les règlements peuvent édicter des conditions, des incitations, des définitions, des interprétations, des objectifs ainsi que créer des règles de pratique et de procédure. Comme le lecteur pourra le constater dans la deuxième partie de ce

---

administratif. P. Delvolvé écrit qu'«[u]n acte peut affecter l'ordonnement juridique de deux manières : en le modifiant (...) par la création de droits et obligations supplémentaires ; également par une prise de position sur l'ordonnement existant et donc sur les droits et obligations qu'il comporte, mais sans pour autant y ajouter ou y retrancher» : voir B. Seiller, «Circulaires et légalité» (1997) 13 R.F.D. adm. 1218 à la p. 1221, citant P. Delvolvé, *L'acte administratif*, Paris, Sirey, 1983. La position de Delvolvé ne reflète pas la tendance dominante en droit administratif français, notamment celle du Conseil d'État, sur les facteurs qui peuvent être pertinents pour distinguer les circulaires interprétatives des réglementaires : voir Cons. d'État, 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame-du-Kreisker*, Rec. 1954. 64. Voir aussi G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, t. 1, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 1990 à la p. 259 où la décision du Conseil d'État est résumée comme suit :

[sont] de véritables actes administratifs les circulaires dont le contenu répond à l'une des trois caractéristiques suivantes [...].

— Le ministre sous couvert d'instructions de service prend en réalité lui-même une décision que ses subordonnés doivent exécuter sans avoir de véritable pouvoir de décision [...].

— Le ministre ajoute des prescriptions nouvelles à celles qui résultent des lois et règlements. Mais si les formalités nouvelles imposées aux administrés par la circulaire ne sont pas assorties de sanctions, la circulaire n'est pas réglementaire [...].

— Le ministre impose des sujétions ou accorde des garanties nouvelles aux administrés.

<sup>21</sup> Voir Mockle, *Recherches*, *supra* note 6 à la p. 232 : «Suivant la pensée de Kelsen, il est fort vraisemblable que la plupart des méthodes interprétatives contribuent à créer le droit en conférant un sens nouveau à des dispositions lacunaires».

<sup>22</sup> Voir Seiller, *supra* note 20 à la p. 1223.

<sup>23</sup> *Supra* note 18 à la p. 224. Il est intéressant de noter que la Cour utilise le terme «responsabilités» plutôt que le terme «obligations», plus classique et sans doute plus réducteur.

texte, le contenu des règles de conduite, énoncé dans des règles administratives, est tout aussi diversifié que celui qu'on retrouve dans les «vraies» règles de droit. Au sens strict, les règles administratives n'énoncent pas que des interprétations, or, même si tel était le cas, devraient-elles être exclues du droit étatique pour autant ?

Dans le contexte contemporain du droit public où les lois sont souvent rédigées dans un langage poreux, lequel laisse plus de place à la création, ne faudrait-il pas reconnaître que l'interprétation est intrinsèque à l'application de la législation ? Des milliers de décisions administratives sont rendues chaque année par l'Administration dans lesquelles des interprétations sont proposées ; ces interprétations sont ensuite reprises dans d'autres décisions administratives. Le simple fait que les organismes administratifs appliquent *de facto* leur propre «jurisprudence» ne conduirait-il pas à militer en faveur de la reconnaissance juridique des interprétations administratives ? Par ailleurs, il faudrait tirer toutes les conséquences de la signification du principe de la retenue judiciaire. En droit administratif et plus précisément dans le cadre de l'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle des actes de l'Administration, la Cour suprême a adopté une approche nuancée face à la latitude accordée à un organisme administratif dans l'interprétation de sa loi constitutive. Afin de reconnaître la spécificité de la justice administrative, et aussi la très grande diversité des fonctions et des pouvoirs de ces tribunaux administratifs, la Cour a créé le principe de la retenue judiciaire dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*<sup>24</sup>. Ce faisant, la Cour admettait qu'elle n'était pas toujours aussi qualifiée qu'un organisme administratif pour interpréter certaines règles de droit et acceptait, par le fait même, que certaines interprétations administratives aient tout autant de poids que les interprétations judiciaires.

Par ailleurs, si on examine le problème de la juridicité des règles administratives en adoptant une définition large de l'interprétation — tout, en définitive, est interprétation — d'autres difficultés surgissent. Du point de vue de la logique formelle, deux questions se posent. Premièrement, si tout est interprétation, comment soutenir que les règles administratives se distinguent des «vraies» règles de droit ? Deuxièmement, en postulant que la fonction générale des règles administratives est interprétative, il n'est pas possible d'énoncer une prémisse factuelle telle que «les règles administratives ont une fonction interprétative», et d'imputer à ces règles une conséquence normative : «les règles administratives ne modifient pas l'ordre juridique». C'est un lieu commun

---

<sup>24</sup> [1979] 2 R.C.S. 227, 97 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 417. Le principe de la retenue judiciaire a été énoncé dans ces termes par le juge Dickson : «Dans ce cas, non seulement la Commission n'est-elle pas tenue de faire une interprétation "juste", mais encore a-t-elle le droit d'errer et pareille erreur ne sera pas susceptible de révision étant donné la protection offerte par la clause privative de l'art. 101. [...] Autrement dit, l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire ?» (*ibid.* aux pp. 236-37 [notes omises]).

de référer au principe de Hume pour expliquer l'impossibilité de faire un tel raisonnement : un «ought» ne peut pas être dérivé d'un «is», car les actions, n'étant ni vraies ni fausses, ne peuvent être des objets de raisonnement<sup>25</sup>.

En définitive, il faut convenir que le critère de fond n'est pas particulièrement utile pour distinguer les règles administratives qui constituent des règlements de celles qui n'en constituent pas. Il faut aussi souligner que chez les théoriciens positivistes, la juridicité d'une règle ne s'infère pas de son contenu<sup>26</sup>.

### C. La diversité des sanctions

Les juges de la Cour suprême dans le *Renvoi relatifs aux droits linguistiques* ont été plutôt laconiques lorsqu'ils ont précisé la signification du critère de l'effet. Ils ont simplement décidé qu'une règle de droit devait avoir un «effet juridique obligatoire»<sup>27</sup>. Il aurait été utile que la Cour soit plus explicite puisque les critères jurisprudentiels concernant l'application du concept de «l'effet juridique obligatoire» sont d'une flexibilité remarquable ; tantôt il est fait référence au langage utilisé dans le texte, tantôt à l'existence d'une sanction. Dans le premier cas, les juges feront référence au langage contraignant de la norme dans leurs décisions, mais ce critère n'est pas à lui seul très convaincant pour repérer des règles de droit. En effet, l'interprétation de la volonté de l'auteur d'une norme est une difficulté récurrente en droit, surtout lorsque cet auteur fait usage de la forme permissive dans un texte<sup>28</sup>. Même si l'auteur indique clairement l'existence d'une obligation, l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*<sup>29</sup> nous enseigne que malgré l'usage de l'impératif

---

<sup>25</sup> «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. 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». Cette citation est reproduite de l'ouvrage de H. Kelsen, *General Theory of Norms*, trad. par M. Hartney, Oxford, Clarendon Press, 1991 à la p. 86 et tirée de D. Hume, *A Treatise of Human Nature*, éd. par L.A. Selby-Bigge, Oxford, Clarendon Press, 1888 à la p. 458.

<sup>26</sup> Comme l'explique Mockle, «l'assimilation de l'interprétation au non-normatif n'est pas conforme à la vulgate kelsenienne» : D. Mockle, «Deux variations sur le thème des normes» (1997) 38 C. de D. 437 à la p. 445. En effet, Kelsen donnait une place à l'interprétation dans la théorie de la gradation des normes. Il affirmait que l'interprétation est «un processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit dans sa progression d'un degré supérieur à un degré inférieur» : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962 à la p. 453.

<sup>27</sup> *Supra* note 18 à la p. 225.

<sup>28</sup> Voir Côté, *Interprétation*, *supra* note 19 aux pp. 293-94 où l'auteur écrit que dans la jurisprudence il y a de nombreuses décisions où les juges ont interprété le mot «peut», ou des expressions de même nature, «comme conférant une discrétion» et qu'il y en a autant «où ce mot ou des mots analogues ont été interprétés de manière à exclure la possibilité de ne pas exercer le pouvoir en question».

<sup>29</sup> [1978] 1 R.C.S. 118, 74 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 1 [ci-après *Martineau*].

dans le texte de la règle, celle-ci peut être exclue du droit si elle ne comporte qu'une sanction administrative<sup>30</sup>.

La notion de sanction est polysémique. Jestaz en recense trois significations : la reconnaissance de la règle par l'ordre juridique, les conséquences précises attachées à la règle ou la mise en œuvre autoritaire de ces conséquences, c'est-à-dire la contrainte<sup>31</sup>. Jestaz estime que le critère déterminant est celui de l'existence d'une sanction spécifique attachée à la règle. Il semble bien que ce soit la signification retenue par la Cour suprême du Canada. Toutefois, comme il ressort de l'arrêt *Martineau*, ce ne sont pas tous les types de sanctions qui comptent pour conclure à l'existence d'une règle de droit.

Les juges distinguent entre les sanctions pénales et administratives ; seules les premières indiqueraient avec certitude la présence d'une norme juridique. Quant aux secondes, leur pertinence est plus difficile à évaluer. En définitive, l'examen de la jurisprudence laisse croire que la Cour suprême n'y prête qu'une attention secondaire lorsqu'elle conclut, en dernière analyse, que la règle peut faire l'objet d'une sanction judiciaire.

### 1. La sanction administrative

En droit positif, il est reconnu depuis longtemps que les mesures privatives de liberté ou les amendes indiquent l'existence d'une règle juridique. D'ailleurs, le législateur fédéral a consacré le caractère déterminant de ce critère. En vertu de la *Loi sur les textes réglementaires*, un acte peut être qualifié de règlement si, indépendamment de son rattachement formel, sa «violation est passible d'une pénalité, d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement sous le régime d'une loi fédérale»<sup>32</sup>. Issalys et Lemieux estiment que cet alinéa n'exige pas «que la sanction attachée à la violation du texte ait un caractère pénal : l'existence d'une sanction administrative suffirait à conférer au texte le statut de règlement»<sup>33</sup>. Mais que signifie-t-on par sanction administrative ? La question est importante puisque le domaine de la sanction administrative a été peu exploré par les juristes canadiens<sup>34</sup>.

Contrairement à la sanction pénale, la sanction administrative ne se limite pas à la répression par laquelle on inflige une punition. Elle peut couvrir une gamme de mesures allant du simple avertissement aux amendes, aux interdictions et à l'enfermement.

---

<sup>30</sup> Voir *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3 à la p. 35, 88 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1 [ci-après *Friends of the Oldman River*].

<sup>31</sup> Voir P. Jestaz, «La sanction ou l'inconnue du droit» D. 1986.Chron.197.

<sup>32</sup> *Loi sur les textes réglementaires*, supra note 7, art. 2(1) «règlement» b).

<sup>33</sup> Issalys et Lemieux, supra note 6 à la p. 404.

<sup>34</sup> Voir M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, Paris, Economica, 2000.

Elle inclut aussi toutes mesures disciplinaires, qu'elles soient prévues dans le cadre d'un régime réglementé, telles la suspension et la révocation d'un permis, purement disciplinaire<sup>35</sup> ou contractuel. Ces multiples facettes de la sanction administrative rendent le travail du juge particulièrement difficile lorsqu'il s'agit de distinguer le droit du non-droit à partir du type de sanction. En fait, si l'on adopte la logique de l'arrêt *Martineau*, le type de sanction n'est pas en soi indicatif d'une règle de droit<sup>36</sup>.

Ce n'est donc pas toujours le type de sanction administrative qui commande la qualification d'une règle à titre de règle de droit. Le type de régime dans lequel s'insère la règle aura souvent plus de poids dans le processus de qualification. En effet, lorsqu'il s'agit d'évaluer la juridicité de règles administratives applicables dans le cadre d'un régime réglementaire, les juges préféreront une analyse holistique plutôt qu'atomiste. L'argument se résume ainsi : s'agissant d'un lieu de liberté où s'exercent des activités sociales légitimes, mais qui ont néanmoins fait l'objet d'une intervention du législateur qui a érigé des restrictions à l'intérieur desquelles se déploient les droits des individus, tous les éléments contenus dans cet encadrement réglementaire font partie du droit<sup>37</sup>. Cet argument a compté dans les arrêts *Martineau* et *Friends of the Oldman River*. Dans le premier cas, la Cour a fait valoir que l'intention du Parlement était d'attribuer un pouvoir disciplinaire aux administrateurs de l'institution carcérale qui aurait existé même en l'absence d'une disposition législative expresse autorisant la création de règles. Dans le second cas, la Cour a décidé que le pouvoir de créer des règles impératives s'inférait, notamment, du rôle des règles dans l'exécution générale de la loi<sup>38</sup>. Dans cet arrêt, il s'agissait de règles applicables dans le cadre d'un régime réglementaire, alors que dans l'arrêt *Martineau* les règles s'inséraient dans un régime purement disciplinaire, c'est-à-dire un régime qui n'est pas intégré à un régime réglementaire.

---

<sup>35</sup> Dans ce dernier cas, on peut penser aux mesures coercitives qui sont appliquées lorsque les détenus enfreignent les règles de leur institution pénitentiaire ou encore à l'expulsion des usagers d'un service public qui ne se conforment pas aux règlements internes d'une piscine.

<sup>36</sup> Dans cette affaire, les deux détenus, *Martineau* et *Butters*, 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* furent condamnés à l'enfermement dans une cellule d'isolement pendant une période de quinze jours. Ce type d'infraction au code disciplinaire du pénitencier est une peine de nature pénale.

<sup>37</sup> Voir *Degoffe*, *supra* note 34 à la p. 55.

<sup>38</sup> «On ne doit pas examiner le terme “directives” en vase clos ; il faut interpréter l'art. 6 dans son ensemble. On se rend alors compte que le législateur fédéral a opté pour l'adoption d'un mécanisme de réglementation auquel on est soumis “légalement” et dont on peut obtenir l'exécution par bref de prérogative» : *Friends of the Oldman River*, *supra* note 30 à la p. 36.

S'agissant d'un régime purement disciplinaire, il faudrait exclure la pertinence de toutes sanctions administratives pour évaluer la juridicité d'une règle administrative<sup>39</sup>. Évidemment, ce raisonnement se concilie mal avec les principes de justice fondamentale, d'autant plus que les arrêts *Martineau* et *Friends of the Oldman River* portaient sur le même type de règles, soit des règles de procédure. Dans *Martineau*, il s'agissait de normes codifiant des principes issus des règles de la justice naturelle. Dans le deuxième cas, il s'agissait de règles instituant un processus d'évaluation environnementale. Les droits et libertés individuels et les protections procédurales qui y sont rattachées ont historiquement eu plus d'importance dans l'échelle des valeurs canadiennes que les droits et libertés collectifs. D'ailleurs, la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>40</sup> consacre l'importance de ces droits dits de la première génération, soit les droits civils et politiques. Les droits de la deuxième génération, les droits sociaux et économiques, et les droits de la troisième génération, notamment les droits et les principes énoncés dans le droit de l'environnement, ne font parties des droits fondamentaux protégés par la *Charte*.

Par contre, dans le contexte d'un régime contractuel, les juges tiendront beaucoup plus compte du type de sanction. Dans l'affaire *Dlugosz c. Québec (P.G.)*<sup>41</sup>, une des directives en cause comportait une sanction pécuniaire. L'existence de cette sanction a été déterminante pour convaincre les juges de la juridicité de la règle<sup>42</sup>. Cependant, la présence d'autres types de sanctions liées au non-respect des obligations contractuelles, telle l'exclusion d'un administré d'un programme<sup>43</sup>, ne conférera pas le statut de règle de droit à une règle administrative. De même, toute mesure qui n'est pas une sanction au sens strict, mais qui fait plutôt partie de la catégorie des rétributions, telles

---

<sup>39</sup> L'exclusion de ces sanctions administratives même les plus répressives telles que dans l'arrêt *Martineau* est nécessaire pour suivre le raisonnement de la majorité des juges de la Cour suprême dans les arrêts *Martineau*, *supra* note 29 et *Friends of the Oldman River*, *supra* note 30.

<sup>40</sup> Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*].

<sup>41</sup> [1987] R.J.Q. 2312, [1987] R.D.J. 594 (C.A.) [ci-après *Dlugosz* avec renvois aux R.J.Q.].

<sup>42</sup> *Ibid.* aux pp. 2315-17.

<sup>43</sup> Conseil de recherches médicales du Canada, Conseil de recherches en sciences naturelles et en Génie du Canada et Conseil de recherches en sciences humaines, *L'intégrité dans la recherche et les travaux d'érudition, une politique inter-conseils*, Ottawa, CRM, CRSNG, CRSH, 1994 à la p. 4. Pour un autre exemple, voir Secrétariat du Conseil du Trésor, *Programme de contrats fédéraux visant l'équité en matière d'emploi*, Circulaire n° 1986-44, C.T. n° 802984 (le 15 août 1986). La Circulaire est reproduite dans Conseil du Trésor, *Manuel du Conseil du Trésor*, vol. «Marchés», Ottawa, Conseil du Trésor, app. D. À titre de rappel, un entrepreneur qui ne remplit pas son engagement à mettre en œuvre un plan d'équité en matière d'emploi une fois qu'un contrat lui a été adjugé pourra être déchu de son droit de soumissionner pour d'autres contrats fédéraux. On peut citer les règles relatives à l'usage des bourses et des subventions.

les mesures incitatives<sup>44</sup>, ne sera pas indicative d'une règle de droit. Par exemple, dans l'affaire *Dlugosz*, la validité d'une deuxième directive dans laquelle deux mesures incitatives étaient prévues a été contestée. D'une part, une rémunération de 115% à 120% était accordée au médecin qui acceptait de s'éloigner en région en plus d'autres avantages marginaux. En revanche, la rémunération du médecin qui refusait de travailler en région était réduite de 30% pour les trois premières années de sa pratique<sup>45</sup>. D'autre part, lors de l'étude des dossiers des médecins qui désiraient se spécialiser, le Conseil des ministres demanda aux universités d'accorder une priorité à ceux qui avaient œuvré en région éloignée, le nombre de candidats qui pouvait faire leur entrée en spécialité étant bien entendu limité. Les conséquences d'un refus de s'éloigner en région n'étaient donc pas strictement financières, mais pouvaient également avoir des répercussions importantes sur la carrière d'un médecin<sup>46</sup>. La Cour d'appel a cependant jugé qu'il ne s'agissait pas d'une règle de droit.

Ces quelques remarques suffisent à montrer la confusion entourant la signification de «l'effet juridique obligatoire». C'est peut-être pour cette raison que, bien souvent, la seule sanction qui compte, à toutes fins pratiques, est celle du juge.

## 2. La sanction judiciaire

En insistant sur l'importance de la sanction judiciaire aux fins de la qualification d'une règle juridique, les juges de la Cour suprême émettent un point de vue partagé par les juristes : une norme juridique est celle «dont la violation appelle l'intervention du juge ; de cette intervention, elle tire sa spécificité théorique par rapport aux autres règles de conduite»<sup>47</sup>. Dans le contentieux administratif, le juge s'autorise à examiner

---

<sup>44</sup> Ces mesures prévoient généralement que l'avantage espéré (le plus souvent d'ordre pécuniaire sous forme d'attribution de subventions, de contrats, mais aussi d'avantages fiscaux), ne pourra être obtenu que si l'intéressé s'engage à remplir certaines conditions liées aux objectifs que l'État s'est fixés. Un exemple de mesure incitative se trouve dans le *Programme de contrats fédéraux visant l'équité en matière d'emploi*, *ibid.* Ce programme oblige les entrepreneurs visés à joindre à leur soumission une attestation d'engagement pour mettre en œuvre un plan d'équité en matière d'emploi advenant qu'un contrat leur est adjugé. En l'absence de ce certificat, les fonctionnaires ont l'obligation d'écarter la soumission de l'entrepreneur.

<sup>45</sup> Voir *Dlugosz*, *supra* note 41 à la p. 2318.

<sup>46</sup> *Ibid.* à la p. 2315.

<sup>47</sup> J. Rivero, «Sanction juridictionnelle et règle de droit» dans *Études juridiques offertes à Léon Juliot de la Morandière par ses élèves et ses amis*, Paris, Librairie Dalloz, 1964, 457. Ainsi, le droit est simplement ce que disent les juges : «[a]ux organes juridictionnels revient la tâche de la *juris-dictio* : non seulement trancher les litiges à la lumière du droit, mais aussi, par le fait même, décider de manière ultime, implicitement ou expressément, si une règle ou un principe dont la portée serait incertaine constitue du droit ou non» : F. Ost et M. van de Kerchove, «'Juris-dictio' et définition du droit» (1989) 10 *Droits* 53 à la p. 54.

la légalité des décisions de l'Administration qui sont fondées sur des règles administratives, car il reconnaît qu'elles ont des effets de droit sur les administrés.

En effet, contrairement à l'idée qui domine sur la «justiciabilité» des règles administratives, la revue de la jurisprudence du régime contentieux relatif à la légalité des décisions individuelles et ayant pour fondement une règle administrative montre que ces dernières sont opposables aux acteurs visés par la règle. Cependant, il s'agit d'une opposabilité qui peut varier en raison du contexte normatif et factuel. Ainsi, l'Administration peut opposer sa règle administrative à l'administré qui en conteste l'application, et ce, sans crainte de voir sa décision annulée pour excès de pouvoir dans la mesure où trois conditions sont remplies. Premièrement, le cas doit donner ouverture à l'application de la règle<sup>48</sup>. Deuxièmement, l'administré doit avoir eu l'occasion de faire valoir son point de vue afin d'expliquer les raisons pour lesquelles l'Administration devrait modifier ou faire exception à la règle<sup>49</sup>. L'administré doit faire valoir de bonnes raisons contre l'application d'une règle<sup>50</sup>. Troisièmement, le décideur doit rationnellement motiver sa décision rejetant la demande. Inversement, lorsque la règle est applicable et que l'administré ne la conteste pas, mais que l'Administration ne l'applique pas sans raison valable en droit<sup>51</sup>, l'administré peut se plaindre et obtenir gain de cause<sup>52</sup>. En somme, lors d'une demande de contrôle judiciaire, l'administré doit prouver qu'il a été traité de manière inéquitable et, en conséquence, que

---

<sup>48</sup> Voir *Turcotte c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1991] R.D.F.Q. 218 à la p. 220 (C.Q.).

<sup>49</sup> L'organisme n'a pas le droit de s'en remettre aveuglément à sa politique «[to] "shut his ears to an application"» : *British Oxygen Co. c. Minister of Technology*, [1971] A.C. 610 à la p. 625, 3 All E.R. 165 [ci-après *British Oxygen*]. Voir aussi *Dawkins c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 639 à la p. 649 (1<sup>re</sup> inst.), 45 F.T.R. 198 ; *Glaxo Wellcome PLC c. Canada (M.R.N.)*, [1998] 4 C.F. 439 à la p. 445 (C.A.), 162 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 433 ; *Leddy c. Saskatchewan Government Insurance Office* (1964), 45 D.L.R. (2<sup>e</sup>) 445 à la p. 457, 49 W.W.R. 89 (C.A. Sask.) ; *Re Hopedale Developments c. Town of Oakville* (1964), 47 D.L.R. (2<sup>e</sup>) 482 à la p. 486, 1 O.R. 259 (C.A. Ont.) ; *Re Lloyd c. Superintendent of Motor Vehicles* (1971), 20 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 181 à la p. 186, 3 W.W.R. 619 (C.A. C.-B.) ; *Construction Bérou c. Québec (Ministre de l'environnement)*, [1993] R.J.Q. 507 à la p. 510 (C.S.) ; *Canada Steamship Lines c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1985] C.S. 745 à la p. 752 ; *Société Asbestos c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1984] C.S. 196 à la p. 201.

<sup>50</sup> Voir *R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Asif Khan*, [1984] 1 W.L.R. 1337 à la p. 1348 (C.A.) ; *In re Findlay*, [1984] 3 W.L.R. 1159 à la p. 1173, 3 All E.R. 801.

<sup>51</sup> Voir par ex. *Fédération québécoise des directeurs d'école c. Commission scolaire du Long-Sault*, [1983] C.S. 354 à la p. 358 ; *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] 1 All E.R. 694 à la p. 701 (H.L.) ; *Associated Provincial Picture Houses c. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223 à la p. 229 [ci-après *Provincial Picture Houses*].

<sup>52</sup> Voir *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 232 aux pp. 247-49 (C.A.).



l'application ou l'inapplication de la règle administrative était inappropriée dans son cas<sup>53</sup>.

Les règles administratives sont un procédé normatif étatique utilisé par tous les types d'organismes publics. Un certain degré d'autonomie est attribué à chacun des organismes, ce qui leur permet de s'adapter aux changements et d'organiser leur ordre juridique. La texture ouverte du cadre normatif laisse supposer que le législateur admet, en quelque sorte, qu'il ne possède pas une complète maîtrise de tous les événements actuels et futurs qui influencent l'évolution des secteurs d'activités réglementés et qui nécessitent des ajustements normatifs. Dans les limites des paramètres juridiques institués par leur cadre normatif, les organismes administratifs élaborent des règles administratives afin de remédier à des problèmes spécifiques et concrets qui se posent à eux sous le regard des cours de justice. Ce dernier constat soulève la question suivante : puisque le régime juridique applicable dans le cadre du contentieux des règles administratives n'écarte pas la sanction judiciaire dans certaines circonstances, n'y aurait-il pas là une indication suffisante qu'il existe une règle de droit ?

L'état actuel du droit administratif contemporain ne permet pas d'affirmer qu'il existe des critères objectifs permettant de distinguer avec un degré raisonnable de certitude les règlements des règles administratives. Même si les règles administratives ne comportent pas de contraintes uniformes quant au genre (à l'égard des administrés) et au degré d'opposabilité (à l'égard de l'Administration), elles sont néanmoins un produit de l'État émergeant de l'action de l'Administration. Cette dernière crée des règles de conduite abstraites qui touchent directement ou indirectement les droits, les intérêts et les obligations d'une catégorie d'administrés.

En imposant à l'Administration des contraintes de type processualiste dans le cadre juridique du contentieux des règles administratives, les cours de justice instituent une certaine éthique de la discussion qui laisse peut-être présager l'éventuelle reconnaissance d'une autre forme de réglementation<sup>54</sup>. Ainsi, la diversité des instruments de

---

<sup>53</sup> Voir *Breton c. Bureau de révision de la santé et de la sécurité au travail*, [1984] R.D.J. 1 à la p. 5 (C.S.). Le droit d'être traité équitablement signifie que l'autorité dévoile le contenu de sa politique (voir *Dale Corp. c. Rent Review Commission* (1983), 2 Admin. L.R. 260 à la p. 278 (C.A. N.-É.)), écoute et répond aux arguments de l'administré (voir *Rex c. Port of London Authority, Ex parte Kynoch Ltd.*, [1919] 1 K.B. 176 à la p. 184), mais cela ne signifie pas que l'Administration a l'obligation d'accorder une audition, pas plus que ce principe n'exige qu'elle motive toutes ses décisions portant sur l'application ou la modification de la règle (*Thompson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385 à la p. 402, 89 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 218). L'Administration doit se pencher sur les justifications substantielles et rationnelles d'un administré, mais elle n'a pas à répondre à un argument frivole (voir *Thibeault c. Régie de l'assurance-maladie du Québec*, [1994] R.J.Q. 1764 à la p. 1773 (C.A.)) ni à un motif qu'elle aurait déjà traité et rejeté (voir *British Oxygen, supra* note 49 à la p. 625).

<sup>54</sup> Voir G. Timsit, «La régulation : naissance d'une notion» dans G. Timsit, *Archipel de la norme*, Paris, Presses universitaires de France, 1997 à la p. 161.

réglementation utilisés par l'Administration permettrait de repenser les bases théoriques de la notion d'acte juridique. En effet, en concevant la juridicité non pas comme la chose à mesurer mais comme la mesure elle-même<sup>55</sup>, il serait possible de concevoir plus largement la notion d'actes réglementaires. Cette famille d'actes de portée générale et impersonnelle serait, entre autres, constituée de règlements et de règles administratives. Cette optique permet d'ouvrir le domaine de la règle de droit en tenant compte d'un critère de classification autre que le fond, la forme ou l'effet.

Dans sa thèse de doctorat publiée en 1984, Mockle franchit la première étape<sup>56</sup>. Il propose le caractère décisoire de l'acte comme critère de classification : l'acte décisoire produit un effet autonome et transforme le droit antérieur<sup>57</sup>. Dans un ouvrage publié en 1997, Issalys et Lemieux s'inspirent des travaux de Mockle pour formuler une typologie des actes formée de trois catégories : les actes prédécisionnels, les actes décisionnels et les actes postdécisionnels<sup>58</sup>. Les actes prédécisionnels ont pour fonction de préparer le terrain afin que la décision soit prise de manière éclairée, informée et efficace. Les actes postdécisionnels servent à donner suite à la mesure prise. Quant aux actes décisionnels, ils modifient l'ordonnement juridique. De manière générale, Issalys et Lemieux classent les règles administratives dans les catégories des actes prédécisionnels et postdécisionnels. Cependant, certaines règles sont incluses dans la catégorie des actes décisionnels. Tel est le cas lorsqu'elles émanent d'une «autorité administrative en vue de modifier l'ordonnement juridique par les obligations qu'ils [les actes] imposent ou par les droits qu'ils [les actes] confèrent»<sup>59</sup>. À moins de s'en tenir à une définition très restrictive des catégories de droits et d'obligations<sup>60</sup>, il est difficile de tracer précisément les frontières entre les trois catégories d'actes sur le plan de la juridicité. Il est clair, toutefois, que les auteurs postulent l'existence d'une clôture entre les normes qui ont un effet normatif suffisant et celles qui n'en ont pas, ce qui apparaît difficile à soutenir pour exclure des règles d'origine étatique. Néanmoins, l'élaboration du critère du caractère décisoire de l'acte est une contribution importante à la théorie des actes administratifs ; l'essai de typologie qui suit est une classification fonctionnelle d'un échantillon de règles administratives ayant un caractère décisoire.

---

<sup>55</sup> Voir G. Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 1991. Pour Timsit, la juridicité n'est pas un «état», mais une «propriété, une qualité éminemment variable de la norme» : *ibid.* à la p. 49.

<sup>56</sup> Voir Mockle, *Recherches*, *supra* note 6.

<sup>57</sup> *Ibid.* à la p. 265.

<sup>58</sup> Voir Issalys et Lemieux, *supra* note 6 à la p. 105.

<sup>59</sup> *Ibid.* à la p. 118.

<sup>60</sup> Une définition restrictive serait indûment réductrice étant donné la diversité des contenus des règles de droit qui sont clairement reconnues comme de «vraies» normes juridiques en droit positif.

## II. Essai de typologie fonctionnelle des règles administratives

Pour mieux comprendre l'apport des règles administratives dans la construction du droit de l'organisme public qui a créé la norme, j'ai retenu la notion de fonction pour décrire cette réalité complexe qu'est la réglementation. Utilisée dans un sens large, la fonction de réglementation «englobe tous les actes généraux, unilatéraux et créateurs de règles nouvelles»<sup>61</sup> par laquelle l'Administration établit des rapports avec les administrés. De plus, en postulant que l'étude du droit inclut l'examen des mécanismes que l'Administration utilise pour guider, contrôler et évaluer son action<sup>62</sup>, j'ai examiné un échantillon de règles administratives sélectionné dans divers organismes administratifs fédéraux. Certaines règles sont issues d'organismes centraux, soit du Conseil du Trésor et du ministère du Revenu ; les autres proviennent de trois organismes décentralisés, soit du Conseil de recherche en sciences humaines (CRSH), du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) et de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR).

Les résultats de cette analyse sont présentés selon un plan de classification constitué de deux axes principaux qui servent à faire ressortir les rapports de *relevance juridique*<sup>63</sup> entre l'Administration et les administrés par la création de la règle administrative. Dans cette partie, il s'agit de montrer que les règles administratives engendrent des rapports de *relevance juridique* entre les acteurs institutionnels<sup>64</sup>. À partir de l'échantillon de recherche, il est possible d'identifier deux types de rapports, soit la spécification et la différenciation. À l'intérieur de ces deux grands axes, des sous-catégories de règles administratives sont proposées afin de montrer comment la règle administrative modifie l'ordre juridique.

### A. Les règles de spécification des rapports entre les acteurs

La fonction de spécification signifie que l'Administration complète ou précise la portée de normes substantielles de nature législative ou jurisprudentielle. L'Admini-

---

<sup>61</sup> Voir Mockle, *Recherches*, supra note 6 aux pp. 112-13.

<sup>62</sup> Voir M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992 à la p. 264.

<sup>63</sup> Ce terme provient de Romano, supra note 4. Pour Romano 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 résiste à préciser un ordre qui tient compte ou non de l'existence d'un autre» (*ibid.* aux pp. x-xi).

<sup>64</sup> *Ibid.* à la p. 109. 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. Les rapports de *relevance juridique* quant à l'existence signifient qu'un ordre peut dépendre d'un autre en y étant subordonné ou lorsqu'il est le présupposé nécessaire de cet autre ordre. Quant au contenu, il s'agit de déterminer dans quelle mesure un ordre fixe directement ou indirectement le contenu (substantiel ou procédural) d'un autre ordre, l'influence ou encore pose le régime de son autonomie. Quant à l'efficacité, il s'agit de préciser si une institution peut imposer son ordre juridique dans le domaine qui lui est propre ou si son efficacité dépend d'un autre ordre.

stration peut soit énoncer les conditions relatives à un programme gouvernemental, soit proposer une interprétation des sources législative ou jurisprudentielle du droit administratif.

### 1. Les règles conditionnelles

En créant des règles conditionnelles, l'Administration peut fixer deux types de conditions : initiales ou d'exercice. Par les premières, l'Administration énonce les critères qui doivent être satisfaits au préalable par l'administré afin que ce dernier puisse établir un rapport avec elle. Les conditions d'exercice sont celles que l'administré doit respecter pendant toute la durée de sa relation avec l'Administration. Elles sont notamment utilisées dans le cadre du régime juridique des permis et leur non-respect peut entraîner la suspension ou la révocation du permis initialement octroyé.

L'Administration émet des règles administratives relatives à l'admissibilité aux programmes gouvernementaux lorsque les sources classiques du droit administratif sont muettes sur la question. Ce silence étonne car l'existence de critères d'admissibilité est importante pour garantir le traitement équitable des administrés. En effet, ce type de règle sert à mettre en œuvre le principe de non-discrimination. Au sens procédural du droit administratif, ce principe signifie que les décisions de l'Administration ne doivent pas être guidées par l'arbitraire (l'absence de normes), mais par le principe d'égalité *devant* la loi.

Le guide détaillé du programme de bourses du CRSH joue ce rôle<sup>65</sup>. Toute personne qui désire faire une demande de bourse auprès de l'organisme doit suivre les règles exposées dans ce guide. Le CRSH y énonce notamment les critères d'admissibilité aux bourses<sup>66</sup> ainsi qu'une politique générale de non-discrimination<sup>67</sup>. C'est par la standardisation des renseignements que doivent communiquer les candidats que le CRSH rend la mise en œuvre du principe de la non-discrimination plus concrète. En effet, le CRSH veut éviter que les évaluateurs tiennent compte de faits non pertinents dans le processus d'attribution d'une bourse. L'octroi d'une bourse ne

---

<sup>65</sup> Conseil de recherches en sciences humaines, *Programmes des bourses du CRSH, guide détaillé*, Ottawa, Conseil de recherches en sciences humaines, 1996.

<sup>66</sup> *Ibid.* à la p. 5. Il s'agit d'être citoyens canadiens ou résidents permanents ; de ne pas faire l'objet d'une sanction du CRSH à la suite d'une inconduite en matière de recherches ou de finances ; d'avoir terminé au moins une année d'études de doctorat ou un diplôme de maîtrise ; et de poursuivre des études à plein temps qui conduisent au doctorat ou à un diplôme équivalent.

<sup>67</sup> «Aucune personne répondant aux exigences d'admissibilité des programmes du Conseil de recherche en sciences humaines et recevant des fonds dans le cadre de ces programmes ou activités ne fera l'objet de discrimination. Le CRSH s'attend à ce que les universités qui signent les formulaires de demande des candidats se conforment de même à cette politique de non-discrimination» : *ibid.*

dans l'exercice des droits civils existe<sup>73</sup>, mais il est toutefois difficile d'en apprécier la portée dans le cas de l'obligation de divulgation des officiers publics. En conséquence, ces codes interdisent aux fonctionnaires et aux titulaires de charges publiques de contracter s'ils sont dans une situation de conflit d'intérêts. Par exemple, on oblige les anciens officiers publics à dévoiler les charges publiques qu'ils ont occupées. Ces règles sont particulièrement importantes puisque les contrats administratifs sont valablement formés si, entre autres conditions, l'agent de l'organisme est autorisé à passer un marché. À cet égard, le conflit d'intérêts est assimilé à une absence d'autorisation.

D'autres règles prévoient des conditions liées à l'exercice d'une activité réglementée pour la période de validité durant laquelle la permission est octroyée. En d'autres termes, ces normes établissent non pas les conditions que l'administré doit remplir afin que la qualité de joueur lui soit reconnue, mais les règles qu'il doit respecter durant le jeu. Dans la *Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux*<sup>74</sup>, le CRTC autorise la programmation qui véhicule un message religieux unique. Il annonce aussi qu'il pourra octroyer une licence aux entreprises pour diffuser de tels programmes si elles s'engagent à respecter les *Lignes directrices en matière d'éthique pour les émissions religieuses*<sup>75</sup>. Par ces lignes directrices, le CRTC cherche à protéger les téléspectateurs et les auditeurs contre l'intolérance religieuse et l'exploitation financière. Le CRTC s'attend à ce que les titulaires de licences de radiodiffusion se conforment volontairement à ces règles. En cas de refus, le CRTC peut contraindre les titulaires au respect de ses lignes directrices. En effet, lors du renouvellement de la licence d'un titulaire, le CRTC peut ajouter une condition à la nouvelle licence qu'il émet, soit celle de se conformer aux règles<sup>76</sup>.

## 2. Les règles interprétatives

Les règles interprétatives répertoriées servent à préciser la portée et les limites d'une norme de nature législative. Elles servent à régler trois types de problèmes d'interprétation liés à la complexité technique de la loi, au manque de cohérence décisionnelle au sein d'un tribunal administratif et au caractère flou d'un principe de droit.

---

<sup>73</sup> En droit civil, l'obligation est codifiée aux articles 6, 7 et 1375 du *Code civil du Québec*. En common law, l'obligation serait plus diffuse : voir L. Bélanger-Hardy et A. Grenon, dir., *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Toronto, Carswell, 1997 aux pp. 303-04.

<sup>74</sup> Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, *Politique sur la radiodiffusion à caractère religieux*, Ottawa, Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Avis public Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, 1993.

<sup>75</sup> *Ibid.*, c. 4.

<sup>76</sup> Cette nouvelle licence est valide tant que le titulaire respecte les lignes directrices, dans le cas contraire, elle peut être évoquée : voir *Loi sur la radiodiffusion*, *supra* note 16, art. 24(1).

devrait dépendre de l'identité ni des intérêts des personnes qui ont la responsabilité de choisir les boursiers, mais devrait être fondé sur le mérite d'une candidature.

Cette signification procédurale du principe de non-discrimination a évolué depuis l'avènement des instruments de protection des droits de la personne. De nos jours, un organisme administratif doit non seulement s'abstenir de traiter distinctement les cas similaires, mais il doit également promouvoir l'égalité sans discrimination au sens substantiel. Cette notion plus large de la discrimination s'applique aux règles administratives du CRSH. Tel qu'en témoignent deux jugements de la Cour fédérale, les règles du CRSH doivent être conformes aux droits et libertés garantis par la *Charte*, la *Déclaration canadienne des droits*<sup>68</sup> et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>69</sup>, et ce, même si elles ne sont pas des instruments réglementaires au sens de la *Loi sur les textes réglementaires*. Le premier jugement rend invalide un critère d'admissibilité aux bourses du CRSH sur la base de l'article 15 de la *Charte*<sup>70</sup>; le second révisé une décision de la Commission des droits de la personne relative aux critères de sélection des candidats<sup>71</sup>.

Dans le cadre du régime juridique des actes bilatéraux, on trouve également ce type de règles conditionnelles servant à favoriser un traitement égal des administrés. Les codes sur les conflits d'intérêts émanant du Conseil du Trésor et du bureau du Premier ministre<sup>72</sup> sont des exemples. Avec ces codes, l'Administration a voulu remédier au problème suivant : en droit des obligations, la bonne foi, l'honnêteté et la confiance sont des conditions essentielles au fonctionnement du marché et la divulgation de renseignements qui auraient influencé l'autre partie sur la transaction proposée fait partie de ce devoir. Tant en droit civil qu'en *common law*, l'exigence de la bonne foi

---

<sup>68</sup> L.R.C. 1985, app. III.

<sup>69</sup> L.R.C. 1985, c. H-6.

<sup>70</sup> Voir *Pearkes c. Canada* (1993), 72 F.T.R. 90.

<sup>71</sup> *Arnold c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1997] 1 C.F. 582 (1<sup>re</sup> inst.). Sur la conformité de directives aux droits fondamentaux, rappelons également la récente saga juridique concernant les critères de sélection du programme de subvention pour la promotion des produits culturels canadiens sur la scène internationale, voir A. Lajoie, F. Houle, É. Gélinau et G. Rocher, «L'effet "pervers" des directives Axworthy, ou l'effectivité des instruments juridiques nuls» (1998) 58 R. du B. 439.

<sup>72</sup> 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; Secrétariat 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, 1991. Ces codes s'imposent aux administrés par le moyen de la technique contractuelle. Pour plus de détails, voir C.-A. Morand, «La contractualisation du droit dans l'État Providence» dans F. Chazel et J. Commaille, dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991 à la p. 139; Issalys et Lemieux, *supra* note 6 à la p. 874 et s.

Pour illustrer le cas des difficultés engendrées par des lois complexes, j'ai choisi l'exemple des bulletins d'interprétation du ministère du Revenu. 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 revenu<sup>77</sup>. Ces bulletins servent à aider les contribuables à observer le principe d'autocotisation. 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*<sup>78</sup> est devenue si complexe que seuls les experts fiscalistes sont en mesure d'expliquer son sens, sa portée et ses limites. En vérité, si les bulletins d'interprétation n'existaient pas, le ministère estime que la viabilité du système d'autocotisation serait en jeu.

Les bulletins d'interprétation ont atteint un tel niveau de crédibilité qu'ils sont maintenant considérés comme la source première pour comprendre les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'impôt sur le revenu. D'ailleurs, le sous-ministre du Revenu national pour l'impôt n'hésite pas à écrire sur la page couverture de l'index des bulletins d'interprétation que tous peuvent se fier aux interprétations du ministère<sup>79</sup>. De plus, la Cour suprême a consacré la crédibilité des bulletins d'information en tant que source d'interprétation dans plusieurs décisions<sup>80</sup>.

La *Directive sur les revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*<sup>81</sup> a été émise par la CISR. Elle sert à uniformiser l'interprétation de la définition du réfugié qui est édictée à l'article 2 de la *Loi sur l'immigration*<sup>82</sup>.

Le manque d'uniformité dans l'interprétation des dispositions législatives appliquées par un tribunal administratif n'est pas propre à la CISR. L'incohérence décisionnelle provient de l'application du principe selon lequel les tribunaux administratifs ne sont pas liés par leurs propres décisions. Elles ont, tout au plus, une valeur persuasive. Les jugements issus des cours à la suite d'un contrôle de légalité des décisions administratives sont, bien souvent, les seuls outils permettant d'ordonner le droit administratif de façon plus cohérente. Qui plus est, en raison du nombre restreint de décisions administratives qui font l'objet d'un contrôle par les cours, l'activité judi-

---

<sup>77</sup> M.R.N., Bulletin d'interprétation IT-Index, (30 décembre 1996) à la p. 1.

<sup>78</sup> L.R.C. 1985, c. 1.

<sup>79</sup> *Supra* note 77.

<sup>80</sup> Voir *Harel c. Québec (sous-ministre du Revenu)*, [1978] 1 R.C.S. 851 aux pp. 858-59, 80 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 556 ; *R. c. Nowegijick*, [1983] 1 R.C.S. 29 à la p. 37, 144 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 193 ; *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175 aux pp. 196-97, 53 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 656.

<sup>81</sup> Commission de l'immigration et du statut de réfugié, *Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*, Ottawa, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1993, mod. en 1996.

<sup>82</sup> L.R.C. 1985, c. I-2.

ciaire constitue un moyen très limité pour parvenir à la cohérence décisionnelle dans les tribunaux administratifs<sup>83</sup>. Pour résoudre le problème d'incohérence décisionnelle, perçu à la fois comme un facteur amenuisant la crédibilité du tribunal et comme une source d'iniquité chez les administrés<sup>84</sup>, le président de la CISR assiste les membres de son tribunal par l'émission de directives<sup>85</sup>.

En vertu de la loi, 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 fui (qu'il en soit citoyen ou résident permanent), à cause de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de ses opinions politiques ou de son appartenance à un groupe social. Avant que la directive n'ait été créée, les membres de la Commission ne s'entendaient pas sur l'interprétation qu'il fallait donner à la définition du statut de réfugié lorsqu'il s'agissait de traiter les cas de femmes qui alléguaient avoir été persécutées en raison de leur sexe<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Lorsqu'il s'agit de régler des conflits jurisprudentiels, la révision judiciaire offre des remèdes particulièrement limités. En effet, le conflit jurisprudentiel est qualifié d'erreur intrajuridictionnelle, voir par ex. *Domtar c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, 105 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 385. La Cour suprême distingue le conflit jurisprudentiel qui est une erreur intrajuridictionnelle du conflit opérationnel qui est une erreur juridictionnelle pour laquelle la retenue judiciaire ne s'applique pas : voir *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.)*, [1995] 2 R.C.S. 739, 125 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 443. Un conflit opérationnel survient «lorsqu'en présence de deux décisions de deux tribunaux administratifs différents le respect de l'une emporte violation de l'autre» : Garant, *supra* note 6, vol. 2 à la p. 191.

<sup>84</sup> «[L]a mise en œuvre de directives favorisera l'uniformité dans la prise de décisions ainsi que dans l'établissement de la jurisprudence, ce qui reflètera l'équité du processus de détermination du statut de réfugié» : 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, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1993 à la p. 2 [ci-après *Modalités pour élaborer des directives*]. Dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst Packaging c. Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique*, [1990] 1 R.C.S. 282, 68 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 524, le juge Gonthier émet l'opinion que cet objectif est justifié dans le contexte des relations de travail. Voir aussi l'arrêt *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952 à la p. 971, 90 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 609 où le juge Gonthier dit : «Nous avons vu que la justification de l'institutionnalisation des décisions réside principalement dans l'impératif de cohérence des décisions rendues par les tribunaux administratifs. Que ceux-ci rendent des décisions à haut coefficient politique ou non, ces décisions doivent être compatibles par souci de justice».

<sup>85</sup> La directive crée des règles comparables aux précédents établis par les cours de justice. Les membres ne peuvent y déroger à moins de pouvoir faire du «distinguishing». Dans une note de service, le président explique aux membres le caractère obligatoire des directives : «On s'attend a (sic) ce que les commissaires de la section du statut, [...] se conforment aux directives à moins qu'il n'existe des raisons impérieuses ou exceptionnelles pour s'en écarter et adopter une analyse différente» : *Modalités pour élaborer des directives, ibid.* aux pp. 5-6.

<sup>86</sup> Par exemple, les membres du tribunal se demandaient si l'expression «groupe social» pouvait être définie en tenant compte du sexe et si les traitements violents auxquels les femmes étaient soumises constituaient une forme de persécution.



Par cette directive, le président de la Commission propose des interprétations des expressions « persécution » et « groupe social » allant au-delà de la jurisprudence qui avait jusque-là été établie par les cours de justice. Par exemple, les cours de justice n'avaient pas eu l'occasion, sauf en ce qui a trait à la stérilisation forcée<sup>87</sup>, de se pencher sur les types de traitements infligés aux femmes qui pouvaient constituer des formes de persécution. Dans la directive, le président écrit que certains traitements tels l'infanticide, la mutilation génitale, le viol, l'immolation des épouses par le feu, le mariage imposé, la violence familiale et l'avortement forcé constituent des formes de persécution.

Le troisième exemple est celui où, par le moyen de règles administratives, l'Administration circonscrit les paramètres flous de principes édictés dans les lois et les règlements. Les règles administratives contenues dans la *Politique relative à la radiodiffusion en période électorale*<sup>88</sup> précisent la signification des obligations législatives<sup>89</sup> et réglementaires<sup>90</sup>. Celles-ci incombent aux radiodiffuseurs quant à la répartition équitable du temps d'antenne entre les candidats et les partis politiques lors d'une élection. Par exemple, le CRTC énonce que le traitement équitable des partis et des candidats ne signifie pas nécessairement un traitement égal<sup>91</sup>. Ainsi, bien que le titulaire d'une licence de radiodiffusion puisse tenir compte de l'ensemble des émissions diffusées sans faire de distinction entre les catégories d'émissions<sup>92</sup>, le Conseil estime que les exigences relatives au traitement équitable doivent s'appliquer à l'intérieur de chacune des catégories d'émissions<sup>93</sup>.

### **B. Les règles de différenciation des rapports entre les acteurs**

La deuxième catégorie de règles administratives est constituée de celles qui servent à différencier les rapports entre l'Administration et les administrés. Contrairement à la catégorie précédente, ces règles ne portent pas sur des objets en vertu desquels une relation juridique peut être créée entre les acteurs, mais plutôt sur les façons

---

<sup>87</sup> Voir *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 19 Imm. L.R. (2<sup>e</sup>) 81 (C.F.A.).

<sup>88</sup> Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, *Politique relative à la radiodiffusion en période électorale*, Ottawa, Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, 1988 à la p. 9.

<sup>89</sup> Voir *Loi sur la radiodiffusion*, *supra* note 16, art. 10(1)(e).

<sup>90</sup> Voir *Règlement de 1986 sur la radio*, D.O.R.S./86-982, art. 6 ; *Règlement de 1987 sur la télédiffusion*, D.O.R.S./87-49, art. 6.

<sup>91</sup> *Supra* note 88 à la p. 4.

<sup>92</sup> Les émissions de temps payé ou de temps gratuit, d'affaires publiques ou de nouvelles : *ibid.* à la p. 7.

<sup>93</sup> *Ibid.*

d'engendrer ce rapport. En effet, l'Administration établit une communication avec l'administré par l'application de règles de pratique et de procédure.

En droit judiciaire, les règles de pratique et de procédure édictent, notamment, la manière selon laquelle les droits et les obligations peuvent être reconnus par une cour de justice<sup>94</sup>. Dans la tradition de *common law*, il n'existe pas une distinction très nette entre les règles de pratique et les règles de procédure, les deux expressions étant presque toujours utilisées de manière interchangeable<sup>95</sup>. Néanmoins, il semble bien que le terme «pratique» revêt une signification plus étroite que «procédure». L'expression «règles de pratique» désignerait l'usage habituel, répétitif ou continu d'un ensemble de procédés devant une cour lors d'une poursuite (formes des procédures, plaidoiries)<sup>96</sup>, alors que le terme «procédure» référerait plutôt à la conduite d'une procédure judiciaire, du dépôt de l'action jusqu'à l'exécution du jugement<sup>97</sup>.

En droit judiciaire québécois, le *Code de procédure civile*, comprenant deux parties différentes, reprend cette distinction entre la procédure et la pratique. Il faut toutefois préciser que cette ligne de démarcation n'est pas nettement respectée dans le code. Il s'agit tout au plus d'un guide qui peut servir à expliquer ses deux fonctions générales. Ainsi, la partie qui porte sur les règles de pratique décrit, entre autres, les formes des écrits qui doivent être utilisées pour intenter un recours, alors que les règles de procédure ont pour fonction d'autoriser les recours.

Dans mon échantillon de règles administratives, cette division ressort assez clairement. Les fonctions principales de certaines règles sont de contraindre l'Administration au respect d'une procédure lors de l'exercice de ses compétences, alors que d'autres règles assujettissent les administrés au respect de formalités écrites. Plus précisément, ces dernières règles énoncent les formes que doivent revêtir les demandes des administrés.

## 1. Les règles de procédure

Les deux règles administratives qui servent d'exemples de règles de procédure ont un trait en commun : elles servent à structurer des processus prédécisionnels. Dans le premier cas, l'Administration crée une procédure de publicité que les fonc-

---

<sup>94</sup> Voir *Poyser c. Minors* (1881), 7 Q.B.D. 329.

<sup>95</sup> Voir *Mitchell c. Harris Engineering Co.*, [1967] 2 Q.B. 703, 2 All E.R. 682 (C.A.).

<sup>96</sup> Voir *A-G. c. Sillem* (1864), 10 H.L. Cas 704.

<sup>97</sup> Voir *A-G. c. Sillem* (1863), 2 H&C 431.

tionnaires doivent respecter lors de la phase précontractuelle menant à l'attribution d'un contrat de gré à gré<sup>98</sup>.

Dans le choix d'un cocontractant, les organismes administratifs ont une liberté relative, circonscrite par le *Règlement sur les marchés de l'État*<sup>99</sup>. La règle générale établie dans l'article 5 du *Règlement sur les marchés* énonce que tout marché est adjudgé à la suite d'un appel d'offres, à moins qu'une des quatre exceptions réglementaires ne puisse être invoquée<sup>100</sup>. Si l'autorité contractante se trouve dans l'une des situations décrites, l'appel d'offres n'est pas requis et l'autorité contractante peut choisir un cocontractant en utilisant la méthode de sélection de gré à gré. Cependant, les règlements ne prévoient pas de procédure assurant le respect des règles de fond qui y sont édictées. La *Ligne directrice n° 10* complète le *Règlement sur les marchés* en y ajoutant une procédure de publication des marchés qui atteste que l'autorité contractante entend passer de gré à gré. En effet, lorsque l'autorité contractante invoque l'une des exceptions, elle doit publier un préavis d'adjudication de contrat. Cette procédure sert à protéger les entrepreneurs contre une utilisation abusive des exceptions par l'Administration, mais aussi à garantir la légalité d'une décision d'un agent lorsqu'il convient de procéder de gré à gré. En obligeant l'administrateur-contractant à divulguer ses motifs justifiant le recours à l'une des exceptions et, par conséquent, à l'utilisation de la méthode de sélection de gré à gré, le supérieur hiérarchique de l'administrateur (le contractant) et l'administré (le cocontractant) peuvent examiner ces motifs et les contester (au besoin et si possible) avant la conclusion du contrat.

Dans le deuxième cas, le président de la CISR autorise dans la règle administrative la collecte de faits lors des enquêtes pré-audiences tenues par la CISR dans le cadre du processus de détermination du statut de réfugié.

Les *Instructions régissant les communications hors de la salle d'audience*<sup>101</sup> de la CISR ont vu le jour en raison d'une difficulté liée à la portée du pouvoir d'enquête des membres d'un tribunal administratif dans le contexte d'une procédure inquisitoire. Cette précision est importante car les membres des tribunaux administratifs possèdent des pouvoirs d'enquête — ces derniers sont nécessaires à l'exécution de leur mandat de quasi-juges — mais le modèle dominant est celui où deux parties s'affrontent.

---

<sup>98</sup> Voir Secrétariat du Conseil du Trésor, *Ligne directrice n° 10 — appel d'offres et sélection du soumissionnaire*, dans *Manuel du Conseil du Trésor*, vol. «Marchés», Ottawa, Conseil du Trésor, 1995 à la p. 35 [ci-après *Ligne directrice n° 10*].

<sup>99</sup> D.O.R.S./87-402 [ci-après *Règlement sur les marchés*].

<sup>100</sup> Ces quatre exceptions représentent des cas d'extrême urgence où un retard serait préjudiciable à l'intérêt public ; le prix estimatif du marché est inférieur à un montant fixé par règlement ; la nature du marché est telle qu'un appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public ; le marché ne peut être exécuté que par une seule personne.

<sup>101</sup> Commission de l'immigration et du statut de réfugié, *Instructions régissant les communications hors de la salle d'audience*, Ottawa, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1996.

Dans un système contradictoire, le décideur, plus passif, 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 membres est de déterminer le bien-fondé de la demande sur la base de faits présentés par le demandeur du statut de réfugié.

En vertu de leur pouvoir d'enquête, les membres 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'agents chargés des cas a été créé. Lors d'une audience devant la CISR, les deux membres sont assistés d'un agent ayant pour fonction de faire toute la lumière sur le cas présenté devant les membres, ce qui suppose la vérification des faits allégués par le demandeur avant l'audience lorsqu'un doute subsiste sur leur véracité. Avant l'émission des instructions, les renseignements trouvés par les agents avant l'audience étaient communiqués aux membres à l'insu des intéressés, ce qui posait de graves problèmes relatifs au respect du principe *audi alteram partem*. En effet, les paramètres du pouvoir d'enquêter *durant* l'audience étaient établis dans la loi, mais tel n'était pas le cas pour les pouvoirs qui étaient exercés par le tribunal lors des enquêtes préaudiences.

Pour pallier cette absence de norme, le président de la CISR a créé deux séries d'instructions. Dans les premières instructions<sup>102</sup>, le président explique aux membres qu'ils peuvent autoriser la communication de faits entre eux et les agents 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. Dans la deuxième série d'instructions<sup>103</sup>, le président précise la procédure qui doit être suivie pour la collecte de trois types de renseignements : généraux, précis et ministériels. Par exemple, le président décrit la marche à suivre pour la collecte de «renseignements précis» de la manière décrite ci-après. Il est utile de préciser que ce type de renseignement sert à vérifier la crédibilité des informations divulguées par le demandeur au sujet des événements particuliers l'ayant mené à revendiquer le statut de réfugié.

Lorsque l'agent chargé du cas estime qu'il est nécessaire d'obtenir des renseignements précis, il présente une demande provisoire de recherche au président de la

---

<sup>102</sup> 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, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1996.

<sup>103</sup> 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, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1996.

formation chargée d'entendre la demande. Une copie de cette demande provisoire de recherche est envoyée au demandeur qui est invité à faire ses observations. Il peut s'objecter à la collecte des renseignements s'il montre qu'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'agent s'entendent sur d'autres moyens d'obtenir les renseignements. Si l'intéressé ne s'objecte pas à la recherche, le président signe le formulaire. Une fois l'approbation obtenue, l'agent transmet la directive à un fonctionnaire de la Direction générale de l'information, de la recherche et de la documentation de la CISR<sup>104</sup> qui effectuera la recherche. Les renseignements obtenus sont remis au demandeur qui peut alors produire ses observations écrites quand la recherche est complétée.

Par ces instructions, le président de la CISR structure l'étape préparatoire en vue de l'audience afin qu'elle se déroule conformément à la loi et dans le respect des règles de la justice naturelle. Il ne s'agit pas d'une conférence préparatoire où tous les acteurs, y compris l'administré, sont présents, mais bien d'une réunion entre les membres et les agents qui sert à fixer plus précisément les éléments de la demande devant faire l'objet d'une enquête plus exhaustive lors de l'audience.

Ces deux exemples de règles de procédure créent un cadre d'action pour l'Administration de telle sorte que les décisions qui s'ensuivront seront jugées valides du point de vue du droit administratif, notamment en ce qui a trait au respect de la règle *audi alteram partem*. Ces règles élémentaires de franc jeu sont particulièrement importantes, surtout dans le contexte de la détermination du statut de réfugié où les conséquences d'une décision négative peuvent être dramatiques pour un demandeur<sup>105</sup>. À cet égard, il semblerait inadéquat de classer ces règles dans la catégorie des actes prédécisionnels<sup>106</sup>, c'est-à-dire des actes qui ne font que préparer le terrain à la prise de décision et qui, par conséquent, ne modifient pas l'ordre juridique.

## 2. Les règles de pratique

Les règles de pratique de l'Administration indiquent à l'administré quelles sont les formalités auxquelles il doit s'astreindre pour faire une demande afin d'obtenir un avantage prévu dans une loi ou un règlement. Généralement, les demandes doivent être formulées par écrit : il peut s'agir d'une simple lettre, mais souvent

---

<sup>104</sup> Ce centre de documentation possède un certain degré d'indépendance par rapport au tribunal, voir F. Houle, «The Credibility and Authoritativeness of Documentary Information in Determining Refugee Status : The Canadian Experience» (1994) 6 Int'l J. Ref. Law 6.

<sup>105</sup> Voir *Kane c. Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105 à la p. 1115, 110 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 311 où le juge Dickson, pour la majorité, introduit le test de la crainte raisonnable d'inéquité.

<sup>106</sup> Voir la classification des professeurs Issalys et Lemieux, *supra* note 6 et texte correspondant.

l'Administration prescrira l'usage d'un formulaire. Le premier exemple illustre le cas où l'Administration laisse à l'administré le choix de l'écrit pour présenter sa demande. Dans le second cas, l'usage du formulaire est obligatoire.

Avec les circulaires d'information, le ministère du Revenu indique quels sont les renseignements de fond et de forme qui doivent être fournis par les administrés afin que les fonctionnaires puissent prendre une décision éclairée à partir des demandes. Les dispositions législatives et réglementaires régissant l'impôt sur le revenu reconnaissent expressément certains droits aux contribuables et il revient au ministère d'établir dans quel cadre ils peuvent exercer leurs droits. Par exemple, dans certaines situations expressément prévues dans la loi, le contribuable peut faire un choix de nature fiscale à l'intérieur de certaines limites temporelles et ainsi modifier sa déclaration<sup>107</sup>. Lorsque l'administré veut faire un choix, mais qu'il est hors délai, le ministre peut accepter ou refuser cet exercice tardif du droit et c'est à ce moment que les *Lignes directrices concernant l'acceptation des choix tardifs, modifiés ou révoqués*<sup>108</sup> entre en jeu. La première partie de cette circulaire renseigne le contribuable sur les raisons qu'il peut invoquer à l'appui de sa demande ou celles qui donnent lieu au rejet de cette dernière. Dans la deuxième partie de la circulaire, le ministère informe le contribuable de la manière dont il peut lui transmettre sa demande : celle-ci doit être faite par écrit (soit par lettre, soit en utilisant un formulaire) et contenir les renseignements précisés dans la circulaire, dont les raisons expliquant le choix tardif.

La technique des formulaires est généralement utilisée par l'Administration pour gérer un volume élevé de demandes. Dans le cas des demandes de bourses attribuées par le CRSH, l'usage du formulaire est obligatoire et le défaut de s'y conformer mène au rejet de la demande<sup>109</sup>. Le candidat doit fournir des renseignements personnels<sup>110</sup>, expliquer son projet de recherche et donner une description de son plan de travail. Cette demande doit être accompagnée de formulaires dûment remplis par les répon-

---

<sup>107</sup> Les choix suivants sont des exemples de «choix admissibles» donnant ouverture à l'application de la circulaire 92-1, voir *infra* note 108. Premièrement, le choix de l'actionnaire d'une société étrangère affiliée à l'égard des contre-valeurs de biens expropriés qu'elle reçoit qui lui sont ensuite attribués à titre de dividendes ou de prestations ; deuxièmement, le choix par une fiducie de différer la disposition réputée à tous les 21 ans ; troisièmement, le choix par une société de présumer un règlement de dette en cas de liquidation d'une filiale. CCH, *Le Guide de l'impôt canadien*, Farnham (Qc), Publications CCH, 1997 à la p. 875.

<sup>108</sup> M.R.N., Circulaire d'information IC92-1, «Lignes directrices concernant l'acceptation des choix tardifs, modifiés ou révoqués» (18 mars 1992), en ligne : Agence des douanes et du revenu du Canada <<http://www.cera-adrc.gc.ca/F/pub/tp/921ft/LISEZ-MOI.html>> (date d'accès : 11 décembre 2001).

<sup>109</sup> Voir Conseil de recherches en sciences humaines, *Demande de bourse : formulaire 701 (1996)*, Ottawa, Conseil de recherches en sciences humaines, 1996 à la p. 6. Un autre exemple évident est le formulaire de déclarations de l'impôt sur le revenu.

<sup>110</sup> Par exemple, le nom, l'adresse, l'occupation et le lieu d'études, les diplômes obtenus et le diplôme visé par la demande, l'expérience de travail, les prix et les distinctions obtenus, les publications.

dants et le responsable de l'institution où le candidat est inscrit. Ces personnes donnent une appréciation des qualités de l'étudiant et évaluent la qualité scientifique de son projet de recherche.

Les formulaires jouent un rôle central dans le processus décisionnel d'octroi des bourses puisque la procédure est administrative. C'est par son dossier que le candidat «plaide sa cause», laquelle fait l'objet d'un délibéré et d'une décision écrite et motivée. Comme toute décision de nature administrative, les décisions du CRSH peuvent théoriquement faire l'objet d'une révision judiciaire pour manquement au devoir d'agir équitablement, mais puisque ces décisions portent normalement sur l'évaluation qualitative de plusieurs dossiers, elle est pratiquement illusoire<sup>111</sup>.

Il ne faut pas minimiser l'importance des règles de pratique, notamment celle des formulaires. Elles ne sont pas simplement informatives, mais souvent obligatoires et leur non-respect comporte des conséquences juridiques. Par ces règles, l'Administration se donne les moyens pour recueillir les faits qu'elle juge pertinents à la demande avant la prise de décision. Elle circonscrit les renseignements que l'administré doit fournir pour évaluer la demande et décider si ce dernier peut bénéficier de l'avantage conféré par la loi ou les règlements. D'une certaine manière, l'Administration annonce ses couleurs puisqu'elle avise l'administré de ses paramètres décisionnels et informe, par le fait même, les autorités décisionnelles des facteurs jugés pertinents pour accepter ou refuser la demande<sup>112</sup>. D'autre part, lorsque l'Administration rend l'usage d'un formulaire impératif, les fonctionnaires ont l'obligation juridique de le fournir sur demande expresse ou tacite<sup>113</sup>. Le défaut et le refus de l'Administration d'exécuter cette obligation donnent ouverture au contrôle judiciaire<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> Pour y palier, le CRSH a mis en place des mécanismes internes de protection du droit des administrés à l'équité procédurale et au traitement impartial de leurs demandes, d'une part, en instaurant un processus de sélection très rigoureux et, d'autre part, en créant une procédure de plainte.

<sup>112</sup> La connaissance de ces facteurs est particulièrement importante lorsqu'il s'agit d'évaluer la validité des décisions de l'Administration. Voir *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382, 41 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 6. Baser une décision sur des facteurs non pertinents est un exemple d'erreur de compétence qui n'est pas protégée par une disposition législative limitative des recours, voir *ibid.* à la p. 389 ; *Provincial Picture Houses*, *supra* note 51.

<sup>113</sup> Voir *Nguyen*, *supra* note 52, juge Hugessen.

<sup>114</sup> Voir *Jiminez-Perez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1983] 1 C.F. 163 (C.A.), juge Le Dain ; *Canada (Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration) c. Tsiafakis*, [1977] 2 C.F. 216 à la p. 224 (C.A.), 73 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 139, juge Le Dain : «Puisqu'à défaut d'obtenir le formulaire des autorités de l'immigration, on ne peut exercer ce droit [de faire une demande de parrainage], le devoir corrélatif de fournir ledit formulaire existe».

Les deux catégories de règles administratives qui ont été identifiées servent à maintenir la cohésion et la stabilité des relations entre l'Administration et les administrés. En effet, le législateur peut certes 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. Ainsi, ces règles pallient des problèmes d'insuffisance, d'inadéquation, d'indétermination, d'imprécision, d'incertitude ou encore d'absence de normes de nature législative et réglementaire. Elles engendrent des rapports de *relevance juridique* entre les acteurs institutionnels qui dépassent la simple question de l'organisation du fonctionnement interne de l'Administration. Dès qu'un cas donne ouverture à l'application d'une règle, l'Administration utilise cette règle dans le processus décisionnel afin de déterminer les droits et les obligations des administrés.

## Conclusion

Afin d'embrasser la pluralité des modes d'expression des actes réglementaires (textuelles, graphiques et mathématiques) de l'Administration publique, il faut modéliser un espace de création qui tienne compte de la pluralité des institutions intrastatiques. Il importe de renoncer à l'idée selon laquelle la juridicité est un état s'engager plutôt dans la voie de la reconnaissance de la diversité des formes et des sources des règles étatiques. Ce faisant, il faut résoudre les questions relatives au régime juridique applicable à leur élaboration, puisque cette reconnaissance heurterait de plein front la notion d'État de droit. En effet, cette dernière suppose, entre autres, le développement des contrôles, ce qui inclut les règles de forme prescrivant la manière dont les règles de droit peuvent être créées<sup>115</sup>.

Tout en maintenant le rôle central de la *Loi sur les textes réglementaires* de pourvoir un cadre d'action pour la validation des actes réglementaires, la nouvelle loi pourrait énoncer trois grandes orientations afin de régir cette production normative. Le législateur pourrait reconnaître l'existence de la famille des actes réglementaires, clarifier les fonctions normatives des actes réglementaires et édicter les régimes juridiques d'élaboration de ces actes. À cet égard, les régimes pourraient être distincts selon la fonction des actes réglementaires dans l'ordre juridique.

La distinction entre les règles de spécification et de différenciation est un outil qui mérite d'être plus activement exploité. Même s'il est parfois difficile de distinguer entre les règles de forme et de fond, on peut s'interroger sur la nécessité d'une procédure aussi extensive que celle instituée par la *Loi sur les textes réglementaires* ou la *Loi sur les règlements* dans le cas des règles de pratique et de procédure. En effet, ce

---

<sup>115</sup> Voir D. Mockle, «L'État de droit et la théorie de la *rule of law*» (1994) 35 C. de D. 823 à la p. 834.



type de règle est normalement émis pour protéger les administrés contre les injustices qui pourraient vraisemblablement survenir lors de la détermination de leurs droits et de leurs intérêts si l'obligation de respecter de telles formalités n'existait pas. Pour les règles de pratique et de procédure, la création d'un processus de consultation et la mise sur pied de mesures de publicité pourraient suffire.

En insistant sur la fonction de l'acte dans l'organisme administratif, leur rôle pourrait être mieux mis en valeur indépendamment du contexte dans lequel il s'applique. Cette optique serait particulièrement intéressante dans le cas des règles de différenciation. En effet, dans le cadre actuel de la *Loi sur les textes réglementaires*, le législateur a exclu de la catégorie des textes réglementaires les actes adoptés par les tribunaux judiciaires et par les tribunaux administratifs fédéraux. En conséquence, les règles de pratique et de procédure auraient dû faire partie de cette exclusion puisque «[l']englobement de la catégorie des “règlements” dans celle des “textes réglementaires” implique qu'un acte exclu par la définition du “texte réglementaire” ne saurait en aucun cas être considéré comme un règlement»<sup>116</sup>. Pourtant, le législateur fédéral a explicitement précisé dans cette loi que les règles de pratique et de procédure dont se dotent les tribunaux judiciaires et administratifs font partie de la famille des actes réglementaires et plus précisément de la catégorie des règlements<sup>117</sup>.

On peut reprocher à ces dispositions législatives d'attribuer une importance plus grande aux règles de pratique et de procédure des cours de justice et des tribunaux administratifs. Or, la proposition de réforme ne mène pas à diminuer le rôle central de ces règles dans le fonctionnement de certains organismes administratifs par rapport aux autres. Au contraire, il s'agit plutôt d'accepter la valeur de ces règles quel que soit le contexte (judiciaire, quasi-judiciaire ou administratif) dans lequel elles sont utilisées. Cette perspective ne ferait, d'ailleurs, que consacrer l'orientation de la Cour suprême vers la dilution des frontières entre les types de décisions et des régimes de protection procédurale (justice naturelle et devoir d'agir équitablement) compte tenu de l'importance des droits et des intérêts des administrés qui sont en jeu<sup>118</sup>.

En examinant l'activité interne de l'Administration, il est possible de mieux cerner l'importance des manifestations d'autonomie des organismes publics dans l'utilisation de divers types de régulation, tels les règles administratives, et de rendre visible un autre phénomène : celui de la lente émergence d'un nouveau paradigme de l'Administration qui serait marqué, comme Belloubet-Frier et Timsit l'ont évoqué, par

---

<sup>116</sup> Issalys et Lemieux, *supra* note 5 à la p. 404.

<sup>117</sup> Voir *ibid.*

<sup>118</sup> Voir *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, 88 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 671 ; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, 69 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 489.

l'endogénéité, la subsidiarité et l'universalité<sup>119</sup>. La reconnaissance de ce phénomène offre des pistes intéressantes pour orienter la réflexion théorique vers le développement d'une théorie pluraliste intra-étatique. L'objet d'étude privilégié de cette théorie serait le développement autonome du droit dans les multiples organismes publics — chacun pris isolément de l'ensemble «Administration» — sans toutefois négliger les contraintes étatiques et sociales qui influencent la production normative de cette pluralité d'ordres juridiques administratifs.

---

---

<sup>119</sup> Voir N. Belloubet-Frier et G. Timsit, «L'Administration transfigurée : un nouveau modèle d'administration ?» (1993) 59 R.I.S.A. 623. Dans le contexte de l'État, l'endogénéité signifie que la légitimité de l'Administration se mesure dorénavant à sa capacité de faire osmose, de s'intégrer dans la société : «sa capacité à s'immerger et se fondre dans, au lieu de fondre sur, la société» (*ibid.* à la p. 629). Belloubet-Frier et Timsit explicitent l'expression «subsidiarité» par trois substantifs : complémentarité, flexibilité et utilité. Ainsi, l'Administration supplée «aux carences et aux déficiences constatées», mais elle n'intervient que pour remplacer «les individus et les corps intermédiaires dans les actions qu'ils ne peuvent ou ne veulent assumer» et dans la mesure où l'ingérence est limitée à «l'utilité imposée par des insuffisances sociales» (*ibid.* aux pp. 644-45). Finalement, le mot «universalité» désigne une Administration qui contribue à la réinvention de l'intérêt général en étant porteuse «d'une stratégie de la durée» et «d'une culture du dialogue» (*ibid.* à la p. 657).