



Perspectives institutionnelles sur la consultation lors du processus réglementaire fédéral au Canada

Idil Atak et
France Houle*

« Dans une société expérimentale, en mouvement ininterrompu, qui cherche ses équilibres instables dans une rationalité relationnelle ajustant aussi finement que possible les procédés de coopération et d'auto-régulation, le pluralisme juridique devient la méta-doctrine d'un droit produit et géré de façon hétérarchique par des opérateurs officiels et non officiels en relations organisationnelles. »¹

Introduction

La législation déléguée est un domaine de l'activité étatique qui attise depuis plusieurs décennies les critiques des citoyens, des groupes d'intérêts et des chercheurs. Les mécontentements sont surtout liés au nombre, à la complexité, aux chevauchements et aux incohérences réglementaires, ainsi qu'au déficit de légitimité démocratique du processus réglementaire. Dans cet article, nous nous intéressons aux initiatives gouvernementales ayant pour objectif, du moins à première vue, de pallier au problème de légitimité démocratique du processus réglementaire.

Le problème est le suivant. Étant donné qu'en droit contemporain les lois ne représentent qu'une fraction de l'ensemble des normes juridiques applicables aux citoyens, la légitimité démocratique des règlements a été remise en question en raison du fait qu'ils sont produits en dehors du cadre normal de la délibération parlementaire. Pendant longtemps, le gouvernement a nié ce problème en faisant valoir l'argument selon lequel le législateur lui avait attribué des pouvoirs réglementaires. Puisque les débats entourant la délégation de ces pouvoirs avaient déjà fait l'objet de délibérations durant le processus législatif, la légitimité des règlements issus de cette délégation n'avait pas à être remise en question. Les autorités publiques pouvaient donc exercer leurs pouvoirs sans s'interroger, du moins explicitement, sur les justifications, surtout du point de vue socio-économique, des règlements

* Nous remercions le CRSH pour son soutien financier.

¹ Jean-Guy Belley, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », dans Jean KELLERHALS, Dominique MANAI, Robert ROTH (éds.), *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève / Bâle / Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 135, à la page 151.

qu'elles s'apprêtaient à prendre. Ce contexte—très fortement imprégné d'une culture juridico-formelle—militait peu en faveur d'une discussion plus élargie et explicite sur les justifications sous-jacentes au choix des instruments normatifs. Ainsi et pendant longtemps, les projets de règlements ont d'abord et avant tout été examinés sous l'angle de leur conformité aux lois. D'ailleurs, l'article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires* reflète exactement cette préoccupation juridico-formelle², laquelle a été remise en question entre autres par les chercheurs en science économique et, plus particulièrement, les théoriciens des choix publics³.

Selon une version normative de la théorie des choix publics, les chercheurs visent à déterminer quelles seraient les politiques publiques qui produiraient un résultat désirable si elles étaient implantées. Les 'bonnes' décisions gouvernementales, au sens de la science économique, sont celles prises par le décideur idéal, pleinement rationnel, informé et capable de calculer et d'évaluer le rapport coût-efficacité afin d'atteindre un résultat optimal⁴. La perspective normative de la théorie de la décision s'intéresse aux facteurs qui devraient guider les décideurs à prendre de bonnes décisions ainsi que les modèles normatifs qu'ils devraient considérer afin de se doter d'outils logiques pour la prise de leurs décisions⁵. L'approche normative peut aussi comprendre une composante prescriptive visant à aider les personnes, dans notre cas les fonctionnaires, à prendre de meilleures décisions lorsqu'elles utilisent ces modèles normatifs⁶.

² *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C., chap. S-22. Au Québec, voir la *Loi sur les règlements*, L.R.Q., chap. R-18.1, art. 5.

³ Il s'agit ici d'une traduction de la théorie du *Public Choice*. Certains auteurs traduisent l'expression par théorie des choix publics ou choix collectifs; d'autres, par théorie du choix public. Nous avons choisi 'théorie des choix publics', car c'est cette expression qui semble la plus couramment utilisée en français, même si l'usage de l'expression française n'est pas lui-même établi. Par exemple, Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau utilisent l'expression anglaise dans leur ouvrage *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz/Montréal, Thémis, 2008, p. 161.

⁴ Sur le concept de la rationalité et l'intérêt du modèle pour formuler des généralisations sur le comportement humain, voir E. Mackaay et S. Rousseau, *supra* note 3, paras 98–105. Sur la critique du modèle, voir entre autres : Herbert A. Simon, *Reason in Human Affairs*, Stanford, Stanford University Press, 1983.

⁵ Ward Edwards, Ralph F. Miles et Detlof von Winterfeldt, « Introduction », dans *Advances in Decision Analysis. From Foundations to Applications*, 2007, Cambridge, Cambridge University Press, p. 5. Il existe de nombreux ouvrages qui ont été écrits sur ce sujet. En voici quelques uns : Robert T. Clemen, *Making Hard Decisions: An Introduction to Decision Analysis*, 2nd edition (1996), Belmont CA: Duxbury Press, 1996; Goodwin, P., and G. Wright, *Decision Analysis for Management Judgment*, 3rd edition, Wiley, Chichester, 2004; Hammond, J.S. and Keeney, R.L. and Raiffa, H., *Smart Choices: A Practical Guide to Making Better Decisions* (1999), Harvard Business School Press.

⁶ Il existe également une perspective descriptive qui met l'accent sur la question de savoir comment les vraies personnes forment des jugements et prennent des décisions : Thomas Gilovich, Dale Griffin et Daniel Kahneman, eds., *Heuristic and Biases : The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Kahneman and Tversky 2000; Daniel Kahneman et Amos Tversky (eds), *Choices, values, and frames*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000. Pour un exemple d'un cadre opérationnel expliquant les facteurs pertinents qui sont pris en compte par les fonctionnaires lorsqu'ils prennent des décisions, voir Anthony Downs, *Inside Bureaucracy* [The Rand Corp., Cal., 1966], réimprimé par Waveland Press Inc., Prospect Heights, Illinois, 1994, 292 p.

Ces théoriciens des choix publics ont réussi à faire inscrire leurs préoccupations à l'ordre du jour des gouvernements qui se sont succédé au niveau fédéral depuis le début des années 1980. En effet, depuis ce temps, le gouvernement fédéral a mis en œuvre des directives et des politiques obligeant les organismes de l'administration publique fédérale à produire des études d'impact⁷. En imposant l'usage de cet instrument d'analyse, l'objectif du gouvernement est entre autres d'aider les fonctionnaires à choisir le ou les meilleurs instruments pour la régulation⁸ d'une activité économique ou sociale donnée en adoptant une science non-intuitive de prise de décision⁹. L'étude d'impact permet d'abord au gouvernement de justifier ses interventions réglementaires. Ces justifications sont résumées et rendues publiques dans la première version du Résumé de l'étude d'impacts de la réglementation (RÉIR) publié avec le projet de règlement. À la suite de la prépublication du projet de règlement, les citoyens sont consultés sur le bien-fondé de ces interventions réglementaires et ils peuvent proposer des modifications au projet de règlement. Dans cet article, nous nous intéressons tout particulièrement à cette deuxième ronde de consultation avec les citoyens. Nous disons « deuxième » car, le mécanisme gouvernemental de consultation comporte aussi une première étape.

Lors de cette première étape, l'autorité réglementaire fédérale consulte les parties prenantes au moment où elle élabore les politiques publiques qui sous-tendent le règlement (et qui ont pour objectif de mettre en œuvre la loi). L'autorité réglementaire consulte ses homologues œuvrant dans les autres ministères et organismes fédéraux et provinciaux et dont les programmes pourraient être affectés par les politiques qu'il s'apprête à adopter. Les parties prenantes comprennent aussi des parties civiles

⁷ Dès 1978, une première directive voyait le jour : Canada, Conseil du Trésor, *Directive du Cabinet relative à la production d'une analyse de l'impact socio-économique de la réglementation*, Manuel de la Politique administrative, Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1978, chap. 490, appendice E. Cette Directive constitue la pierre d'assise des initiatives gouvernementales subséquentes obligeant les organismes publics fédéraux à produire ce type d'études. Cette directive s'est transformée en 1986 en Politique de la réglementation, laquelle a été modifiée à trois reprises par la suite : 1992, 1995 et 1995 : Canada, Secrétariat du Conseil du Trésor, *Politique de réglementation*, Ottawa, Conseil du Trésor du Canada, 1995. Elle a finalement été remplacée par la Directive du Cabinet sur la rationalisation de la réglementation : Canada, Gouvernement du Canada, *Directive du Cabinet sur la rationalisation de la réglementation*, Ottawa, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, 2007, 16 p. La Directive est disponible en format électronique sur le site du gouvernement du Canada : <http://www.regulation.gc.ca/Directive/Directive00-fra.asp> (dernière visite le 23 août 2008). Ces différentes moutures de la politique réglementaire du gouvernement fédéral ont toutes pour point focal l'obligation de produire des études d'impact.

⁸ Le mot « régulation » est employé au sens nord-américain et fait référence aux instruments de « contrôle, permis, surveillance, élaboration de Politiques et réglementation, contrats » : Daniel Mockle, « La gouvernance publique et le droit », (2006) 47 *Les Cahiers de Droit* 89, par. 54 dans la version électronique du document, voir <http://www.lexisnexis.com/ca/legal/search/journalsubmitForm.do> (dernière visite le 19 août 2008).

⁹ Bruce F. Baird, *Introduction to Decision Analysis*, North Scituate, Mass. Duxbury Press, 1978, voir chap. 1 sur les concepts fondamentaux et plus particulièrement la p. 7; *Managerial Decisions under Uncertainty. An Introduction to the Analysis of Decision Making*, Wiley Series in Engineering & Technology Management, New York, John Wiley & Sons, Inc., 1989, chap. 1, p. 5. Pour les avancées dans ce domaine, voir : *Advances in Decision Analysis. From Foundations to Applications*, supra note 5.

(des entreprises, des ONG et des personnes physiques). Une fois les orientations politiques du futur règlement établies, l'autorité réglementaire rédige (avec les fonctionnaires du ministère de la justice) une version bilingue du projet de règlement.

Le projet de règlement est ensuite prépublié dans la partie I de la *Gazette du Canada* avec son Résumé de l'étude d'impacts de la réglementation. Ce dernier comprend entre autres un résumé de la consultation qui a eu lieu lors de la première ronde. Cette prépublication est le facteur déclencheur de la deuxième ronde de consultation auprès des citoyens du grand public. Les parties prenantes de la société civile ayant déjà été consultées lors de la première ronde de consultation peuvent également participer à la deuxième ronde. À la fin de la période de consultation (dont la durée varie mais qui ne serait pas inférieure à 30 jours), l'autorité réglementaire analyse les commentaires et demandes de modifications du projet de règlement qui ont été faites par les citoyens et décide quels seront les changements qu'elle y apportera. Le projet de règlement, modifié ou non à la suite de cette deuxième ronde de consultation, est soumis au Cabinet pour approbation. Il est enfin publié dans la partie II de la *Gazette du Canada* en compagnie d'une version finale du Résumé de l'étude d'impacts de la réglementation qui comprend un résumé de la teneur de la deuxième série de consultations. C'est à ce stade du processus que la date d'entrée en vigueur du règlement est fixée.

Cette deuxième ronde de consultation a des visées modestes. En effet, à ce stade du processus réglementaire, les décisions de politiques publiques sont prises. Elles ont déjà fait l'objet de discussions et de délibérations auprès des principales parties prenantes. La mise en forme juridique de ces politiques publiques a été faite. Le ministère de la Justice a vérifié la validité du projet de règlement eu égard à sa constitutionnalité, sa légalité ainsi que sa cohérence interne et externe¹⁰. En conséquence, les questions qui se posent à l'égard de cette deuxième ronde de consultation sont : À quoi sert-elle? Que peut-il être fait de plus?

D'entrée de jeu, nous avons formulé une première hypothèse générale à l'effet de dire que cette deuxième ronde de consultation ne pouvait pas servir à remettre en cause les orientations politiques de fond puisqu'elles avaient déjà fait l'objet de délibérations entre les experts gouvernementaux (les fonctionnaires) et non gouvernementaux (les parties prenantes). Toutefois, puisque cette deuxième ronde de consultation est née d'une préoccupation du gouvernement à l'égard de la légitimité démocratique de sa production normative, l'autorité réglementaire en charge d'élaborer un nouveau règlement doit lui accorder de l'importance. Pour notre recherche, nous avons donc posé une hypothèse plus spécifique et selon laquelle cette deuxième ronde de consultations créait néanmoins un véritable espace de délibérations. Par cela, nous voulons dire qu'il est encore possible d'apporter des

¹⁰ *Loi sur les textes réglementaires, supra*, note 2, art. 3.

changements au projet de règlement à ce stade du processus réglementaire. Toutefois, il faut convenir que cet espace communicationnel est étroitement délimité par des règles du jeu préétablies. Pour les chercheurs en sciences sociales, cette structure de sens internalisée par les acteurs est nommée « institution ».

L'objectif de cet article est de mieux comprendre comment les acteurs civils se meuvent dans cet espace : Quels arguments font-ils valoir pour tenter d'obtenir des changements? Comment l'autorité réglementaire y répond-elle lorsqu'elle accepte ou refuse une demande de modification du règlement?

1. Cadre théorique

La globalisation des échanges commerciaux et la mondialisation des échanges culturels et sociaux ont engendré de nouvelles dynamiques de l'action collective et créé de nouveaux lieux communicationnels que les acteurs étatiques ont dû s'approprier. Une des conséquences non négligeables de ces changements s'est fait sentir dans les processus de production et d'exécution des règles de droit étatiques. Celles-ci n'opèrent plus en vase clos. Les acteurs étatiques et non-étatiques interagissent dans la sphère de la normativité étatique à des multiples niveaux, aussi bien vertical qu'horizontal¹¹. Aujourd'hui, on parle de réseaux de normativité et ce sont ces réseaux qui intéressent tout particulièrement les théoriciens du droit administratif global¹².

Déjà en 1998, Jean-Guy Belley écrivait sur l'émergence de ces réseaux et de nouveaux rapports claniques¹³. Pour capter la richesse de ces nouveaux rapports, plusieurs théoriciens du droit, y compris, Belley¹⁴, font appel à la théorie du

¹¹ Le concept de gouvernance multi-niveaux est apparu dans les études du politologue Gary Marks au début des années 1990: Gary Marks, « Structural Policy in the EC », dans Alberta M. Sbragia, *Euro-politics : Institution and policy-making in the New European Community*, Washington, D.C., Brookings Institution, 1991, p 191–224. À l'origine, le concept de gouvernance multi-niveaux cherchait spécifiquement à expliquer la nouvelle dynamique qui s'était établie suite à la réforme des fonds structurels à savoir : d'une part, le fait qu'un lien direct s'était établi entre le niveau local et régional et le niveau supranational, sans passer par le niveau national et d'autre part, l'existence d'une pluralité d'acteurs : groupes d'intérêts et institutions gouvernementales.

¹² Le droit administratif global décrit ce nouveau champ du droit qui fait l'objet d'une théorisation plus systématique depuis 2005. C'est en partant de l'observation selon laquelle la gouvernance mondiale peut être comprise comme s'il s'agissait de réglementation et d'administration que les chercheurs ont constaté l'émergence d'un espace administratif global dans lequel la dichotomie stricte entre le droit interne et international s'efface : Nico Krisch et Benedict Kingsbury, « Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order » (2006) 17:1 *EJIL* 1–13, 1. Voir le site de la Faculté de droit de l'Université de New York sur le Global Administrative Law : http://www.iilj.org/global_adlaw (dernière visite le 2 septembre 2011)

¹³ Jean-Guy Belley « Gouvernance et démocratie dans la société neuronale », dans Linda Cardinal et Caroline Andrew, ed., *La démocratie à l'épreuve de la gouvernance*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2001, 153–171.

¹⁴ Jean-Guy Belley. "Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit." *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*. Bâle: Helbing & Lichtenham. 2002, 135–165.

pluralisme juridique. Dans ses premiers développements, les théoriciens du pluralisme juridique se sont intéressés à la normativité extra-étatique¹⁵, mais les théoriciens contemporains ont élargi leurs domaines d'enquête au-delà des manifestations non-étatiques du droit¹⁶. Ils estiment que les théories pluralistes peuvent éclairer les rapports entre la régulation étatique et non-étatique en mettant en évidence des phénomènes d'internormativité¹⁷ ou encore de pluralisme intra-étatique; c'est à ce dernier phénomène que cette étude est consacrée.

Le pluralisme juridique offre en effet l'avantage d'expliquer le droit non pas uniquement en termes de normes, règles et principes, mais comme le résultat des interactions entre tous les agents ou organisations qui contribuent à la production, l'interprétation et l'application du droit¹⁸. À titre de cadre théorique général de référence, il permet de comprendre dans quelle mesure l'espace communicationnel créé entre les acteurs gouvernementaux et sociaux lors de la seconde ronde des consultations affecte la production normative. Il sert à appréhender ce processus comme le fruit des interactions entre les intervenants sociaux et l'autorité réglementaire dans un contexte idéologique et institutionnel spécifique. Une telle démarche est enrichissante, car, ainsi conçue, la réalité juridique ne correspond pas à une conception du droit comme un ordre normatif unifié de manière hiérarchique, mais plutôt à « *an unsystematic collage of inconsistent and overlapping parts* »¹⁹.

Pour les fins de cet article, le pluralisme juridique servira de métacadre d'analyse des relations organisationnelles entre les acteurs officiels et non-officiels et de leur impact dans le processus d'élaboration du règlement. Il permettra une meilleure compréhension des dynamiques d'internormativité à l'œuvre au cours de la deuxième ronde de consultations. Puisque notre recherche porte plus précisément sur une analyse des jeux de pouvoir entre l'autorité réglementaire et les intervenants sociaux—sur le discours de ces acteurs—nous traiterons nos données à l'aide d'une grille d'analyse plus spécifique et issue d'approches institutionnelles.

2. Méthodologie

Comme le souligne Marco Giugni²⁰, il y a regain d'intérêt pour les approches institutionnelles depuis une vingtaine d'années dans les disciplines de sciences

¹⁵ John Griffiths, « What Is Legal Pluralism » (1986) 24 J. Leg. Pluralism 1.

¹⁶ Jean-Guy Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique » (1986) 18 Sociologie & sociétés 11 à la p. 30.

¹⁷ Jean Carbonnier, « Les phénomènes d'internormativité » dans *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, c. 6. Pour Carbonnier, l'internormativité signifie l'étude des rapports qui se nouent et se dénouent entre les normes juridiques et sociales.

¹⁸ Guy Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », dans Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996, p. 123, à la page 150.

¹⁹ Griffiths, « What is legal pluralism », 4.

²⁰ Marco Giugni, « Ancien et nouvel institutionnalisme dans l'étude de la politique contestataire », (2002) 21 : 3 *Politique et Sociétés*, 69–90.

sociales²¹, incluant le droit²². Les études des chercheurs ont contribué à faire naître un débat dans les revues scientifiques autour du rôle de la structure, de la culture et de l'action (*agency*) ou encore autour du rôle des idées dans l'explication des phénomènes sociaux, politiques, économiques et juridiques²³. En sciences sociales, il existe trois approches institutionnelles traditionnelles (historique, sociologique et rationnelle) et une approche plus contemporaine : l'institutionnalisme discursif. Ces quatre perspectives sont décrites dans un article de Vivien A. Schmidt²⁴. En voici un résumé.

L'institutionnalisme historique (IH) focalise son attention sur la question de savoir comment les institutions, comprises comme un ensemble de pratiques régularisées par des règles, structurent les actions des agents. Elle met l'emphase sur le développement historique de l'institution, de façon à rendre plus visible les marques d'assujettissement de celles-ci à l'égard de ces pratiques régularisées par des règles. La perspective institutionnaliste historique ne comporte pas de théorie de l'action (*agency*). L'activité des acteurs n'a pas pour but de changer l'institution, mais d'en assurer la stabilité et la continuité par rapport aux règles qui la structurent. Cette approche se distingue peu de l'institutionnalisme juridique (IJ) dans la mesure où toutes deux s'intéressent aux cadres normatifs ayant pour fonction de régulariser la vie des acteurs institutionnels. Ces derniers s'y plient, non pas en raison de leurs préférences personnelles, mais qu'ils s'y sentent contraints. Contrairement à l'approche IH, l'approche IJ met l'accent non pas sur les fondements historiques du cadre normatif (les idées sont historiquement déterminées), mais sur la structure juridique mise en place par le législateur (les idées sont juridiquement déterminées). Pour les fins de ce texte, nous référerons à l'approche institutionnaliste juridique plutôt qu'historique puisqu'il s'agit de montrer l'importance qu'attachent les fonctionnaires au cadre juridique qui contraint leur action lorsqu'ils élaborent un règlement donné.

L'institutionnalisme sociologique (IS) focalise sur les formes et les procédures de la vie organisationnelle qui prend racine dans des pratiques culturellement spécifiques. L'action des agents est mue par des valeurs sociales qui les guident en accord avec une logique de l'adéquation (*'logic of appropriateness'*). Chez les chercheurs IS, les idées sont culturellement déterminées. Tout comme pour les chercheurs d'institutionnalisme juridique (et *historique*), les chercheurs d'institutionnalisme sociologique ne voient pas les

²¹ James G. March et Johan P. Olsen, *Rediscovering Institutions*, New York, Free Press, 1989; Karen S. Cook et Margaret Levi (dir.), *The Limits of Rationality*, Chicago, University of Chicago Press, 1990; B. Guy Peters, *Institutional Theory in Political Science*, Londres, Pinter, 1999; Jacques Chevallier, *Institutions politiques*, coll. « Science politique », Paris, L.G.D.J., 1996, p. 25.

²² Neil Maccormick et Ota Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, coll. « E. Story-Scientia », Paris, L.G.D.J., 1992, p. 13. France Houle, *Les règles administratives et le droit public : aux confins de la régulation juridique*, Cowansville, Yvon Blais, 2001.

²³ Vivien A. Schmidt, « Taking ideas and discourse seriously: explaining change through discursive institutionalisms: the fourth 'new institutionalism' », (2010) 2 : 1 *European Political Science Review* 1–25.

²⁴ *Id.*

acteurs agissant au sein des institutions comme des agents de changements, mais comme des agents de stabilité.

Contrairement aux chercheurs d'institutionnalisme juridique et sociologique, les institutionnalistes des choix rationnels (IR) estiment que les acteurs agissent rationnellement, tout en exerçant une forme de rationalité limitée. Ainsi, les acteurs ont internalisé un ensemble de préférences fixes (les intérêts) qu'ils cherchent à maximiser par des calculs stratégiques²⁵. Pour eux, les institutions représentent des structures incitatives qui servent à réduire les incertitudes (les risques) qui résultent de la multiplicité des préférences individuelles. Puisque les préférences préexistent à l'action, des recherches portant sur la formation même de ces préférences ont peu d'intérêt pour les chercheurs IR.

Dans le cadre de ces approches institutionnelles traditionnelles, les actions des agents sont conçues comme le produit de pressions externes. Elles sont constituées de structures incitatives organisées autour de règles (IJ), de cadres culturels (IS) ou d'intérêts (IR) qui contraignent l'action des acteurs institutionnels. Ces perspectives contrastent avec l'institutionnalisme discursif (ID), puisqu'ici l'institution est constituée des structures et des constructions de sens qui sont internes aux agents. Celles-ci constituent leurs idéations qui rendent les agents capables de changer les institutions. De plus, les habiletés discursives des agents les habilitent à communiquer de façon critique à propos de ces structures et constructions de façon à les changer. En somme, les chercheurs qui adoptent les trois approches institutionnelles traditionnelles voient l'institution, une fois créée, comme étant essentiellement constitutive des idées, contrairement aux chercheurs optant pour une approche discursive pour qui les idées sont constitutives des institutions.

Étant donné notre cadre de recherche, il nous a semblé peu probable de trouver des indicateurs d'institutionnalisme discursif. En effet, comme nous l'avons déjà souligné, la deuxième ronde de consultation ne sert pas à remettre en cause les politiques publiques déjà établies. Nous sommes restées néanmoins ouvertes à la possibilité de trouver des données indicatrices d'un discours ID dans notre échantillon de recherche. En conséquence, nous avons posé une deuxième hypothèse spécifique selon laquelle seuls des arguments de type IJ, IS ou IR (des arguments s'insérant dans les structures de sens pré-établies) seraient invoqués et par les acteurs civils et par les acteurs gouvernementaux.

Dans cet article, nous utiliserons ces indicateurs institutionnels afin de répondre aux questions suivantes. Dans le cadre de la deuxième ronde de consultation relative à un projet de règlement, quels sont les types d'arguments (IJ, IS, IR ou ID) soulevés par les citoyens pour soutenir leurs demandes de modification du texte du règlement? Quelles sont les justifications invoquées par ces fonctionnaires d'une institution gouvernementale pour accepter ou rejeter une demande de modification? De quelle catégorie relèvent les

²⁵ Dans les cas des institutions administratives, un chercheur IR pourra vouloir montrer que les décisions des fonctionnaires ont pour but la maximisation de leurs budgets, par exemple.

arguments des citoyens et les justifications du gouvernement? Sont-ils de même nature ou sont-ils différents? Pour répondre à ces questions, nous avons posé le postulat suivant : lorsque les arguments et les justifications relèvent du même registre de discours, c'est que les acteurs civils et gouvernementaux sont engagés dans un véritable dialogue. En revanche, lorsque les arguments et les justifications ne sont pas du même registre, il n'y aurait alors pas de véritables délibérations. Il nous a dès lors semblé qu'il fallait se demander avec qui l'autorité réglementaire dialoguait-elle implicitement? Lorsque cette situation se produit, nous chercherons à comprendre les raisons de ce dialogue implicite entre l'autorité réglementaire et cet autre interlocuteur et nous proposerons des pistes pour l'expliquer. Pour ce faire, nous procéderons par une analyse des discours des acteurs. Pour les fins de cette recherche, nous nous sommes limités à l'observation documentaire pour examiner un phénomène discursif qui n'a pas encore été étudié par les chercheurs, ni en droit, ni en sciences sociales.

2.1 Cueillette et analyse des données

Notre objet de recherche est le nouveau *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (Règlement)²⁶ élaboré par le ministère de la Citoyenneté et de l'immigration (CIC). Son entrée en vigueur (le 28 juin 2002) marquait l'abrogation complète du règlement antérieur, soit le *Règlement sur l'immigration* qui avait été pris en 1978 en vertu de la *Loi sur l'immigration*. Le nouveau règlement est donc le produit d'une réforme complète et d'envergure du droit de l'immigration ayant mené à l'adoption de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*²⁷. La nouvelle loi comporte plus de 275 articles ; le nouveau règlement, 365 articles.

Le 15 décembre 2001, le *Projet de Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (Projet de règlement) était prépublié dans la *Gazette du Canada*²⁸. Le PRPIR et ses 33 RÉIR (correspondant chacun à une division spécifique du projet de règlement) sont le point de départ de la deuxième ronde de consultation avec les acteurs de la société civile. Pour les fins de cet article, nous référons au terme « groupes d'intérêts » pour parler de l'ensemble des acteurs civils.

Une période de 60 jours a ensuite été allouée aux groupes d'intérêts (soit jusqu'au 13 février 2002) pour produire leurs commentaires et demandes de modifications du projet de règlement. À la fin de cette période de consultation, CIC a colligé et analysé les commentaires, procédé aux modifications qu'il jugeait indiqué et a rédigé la version finale du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (Règlement) et de ses 33 RÉIR. Le Cabinet a

²⁶ *Projet de Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, *Gazette du Canada*, Partie I, vol. 135, no. 50, Ottawa, 15 décembre 2001.

²⁷ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.

²⁸ *Projet de Règlementation de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, *supra*, note 26.

approuvé le nouveau règlement le 14 juin 2002²⁹. Une période de six mois s'était donc écoulée entre la prépublication du PRIPR et l'approbation du Règlement. La Loi et le Règlement sont entrés en vigueur le 28 juin 2002.

Notre corpus documentaire est constitué des sources documentaires suivantes : 1) le projet de règlement et la version préliminaire des 33 RÉIR l'accompagnant; 2) le Règlement et la version finale des 33 RÉIR. Ces sources sont publiques et leur accès n'a pas posé de difficulté. Nous avons complété ce corpus d'une troisième source, soit les mémoires écrits des groupes d'intérêts et déposés auprès de CIC. Cette source n'était pas publiquement accessible. Pour y accéder, nous avons fait une demande d'accès à l'information auprès de CIC afin d'obtenir les mémoires et autres documents afférents qui ont été produits par les personnes et les groupes qui ont commenté le projet de Règlement. CIC nous a fait parvenir plus de 700 pages de divers types de documents. Dans un premier temps, nous avons procédé au classement de cette information selon les formes et les contenus de cette documentation dans le but d'identifier les sources les plus pertinentes pour la réalisation de notre recherche. Lors de ce premier classement, nous avons décidé d'exclure plusieurs documents pour divers motifs que nous expliquons dans l'annexe A avec la description des catégories de documents.

Les documents qui ont été retenus pour des fins d'analyse se composent des mémoires de dix-sept groupes d'intérêts, comprenant des ONG, des entreprises et des personnes physiques (voir annexe B pour la liste des groupes d'intérêts). Nous avons concentré nos efforts d'analyse sur ces mémoires, car l'information y était présentée sous formes de commentaires et recommandations explicites de modifications du PRIPR. Il convient cependant de noter que cette troisième source n'est pas exhaustive sur les demandes de changements qui ont pu être faites par les intervenants. En effet, à la lecture des résumés de l'étude d'impacts de la réglementation, nous avons constaté que CIC ne nous avait pas transmis tous les documents soumis par les groupes d'intérêts. À titre d'exemple, dans celui portant sur les travailleurs qualifiés, CIC indique que les intervenants suivants ont formulé des commentaires : l'Association du Barreau canadien (ABC), le Conference Board du Canada, la Coalition of Regulatory Agencies (CORA), la Commissaire aux langues officielles, l'Association of Immigration Counsel of Canada, l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration, le Canadian Immigration Policy Council, l'Organization of Professional Immigration Consultants. Or, parmi ces huit groupes, nous n'avons reçu que les mémoires de l'ABC et de la CORA³⁰. En revanche ce corpus documentaire offre un bon éventail des questions migratoires ayant

²⁹ *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, Gazette du Canada, Partie II, vol. 136, no. 9, Ottawa, 14 juin 2002.

³⁰ Bien sûr, une recherche menée par le moyen d'entrevues auprès de ces groupes nous aurait permis d'accéder à plus d'information. Mais comme ils sont dispersés dans le Canada et que leur nombre est important (que nous estimons à au-delà d'une centaine), nous n'avons ni le temps, ni les fonds nécessaires pour faire cette recherche.

fait l'objet de débats : les étudiants, les réfugiés, le regroupement familial, le refus d'entrée sur le territoire canadien, le transport et les travailleurs qualifiés.

Nous avons traité cette information documentaire comme suit. Nous avons d'abord fait une liste des demandes de modifications qui ont été formulées par les groupes d'intérêts dans leurs mémoires. Au total, les intervenants ont fait 105 demandes de changements. Pour chacune d'entre elles, nous avons fait un repérage de la réponse de CIC à l'égard de ces demandes. À ce stade, nous avons formé trois catégories : 1. demandes de changements des intervenants qui ont complètement été intégrées dans le Règlement par le CIC; 2. demandes de changements des groupes d'intérêts partiellement intégrées dans le Règlement par le CIC; 3. demandes de changements des groupes d'intérêts rejetées par le CIC. Pour plus de détails sur les contenus des demandes de modification et leur classification, voir annexe C—Tableaux 1A, 1B et 1C.

Dans un deuxième temps, nous avons procédé à la codification des arguments des groupes d'intérêts et des justifications de CIC selon les catégories d'institutionnalisme retenues pour les fins de cette recherche (IJ, IS, IR et ID). À cette fin, les indicateurs que nous avons utilisés pour procéder à notre codification sont les suivants :

- IJ** : Les groupes d'intérêts ou le CIC font soit appel à une source classique du droit (un article de loi ou de règlement, des décisions des cours de justice ou des méthodes d'interprétation) ou font appel à des concepts juridiques fondateurs du système de la hiérarchie des normes : cohérence, stabilité, prédictibilité et clarté du droit.
- IS** : Les groupes d'intérêts ou le CIC font appel à des valeurs de justice sociale (équité et égalité de traitement) ou de grands principes sous-jacents au système migratoire canadien (la protection des réfugiés, la réunification des familles, l'apport des immigrants à la croissance économique du Canada, etc.)
- IR** : Les groupes d'intérêts ou le CIC font appel à un ensemble de préférences fixées par l'idée d'efficience économique, tels les intérêts financiers des uns et des autres (par ex. : les coûts élevés des procédures pour les immigrants ou encore le coût du traitement des demandes par le gouvernement) ou par l'efficacité administrative. Dans ce dernier cas, tant les groupes d'intérêts que CIC font fréquemment appel au concept d'allègement réglementaire visant notamment la simplification des formalités administratives.
- ID** : Les groupes d'intérêts ou CIC font appel à des idées nouvelles ou des changements d'orientation des politiques migratoires retenues dans le projet de règlement.

À ce stade des analyses, nous avons constaté que plusieurs demandes de changements étaient très peu argumentées par les groupes d'intérêts et que plusieurs acceptations ou rejets de ces demandes étaient également peu ou pas justifiés par CIC. Nous avons fait ce constat tant pour des demandes de nature technique ou formelle que pour des demandes touchant le fond du PRIPR. Puisque ces absences et ces insuffisances ne nous permettaient

pas d'identifier l'approche institutionnelle retenue par les groupes d'intérêts ou le CIC, nous les avons exclues de notre échantillon d'analyse. Nous avons ainsi concentré nos analyses sur les cas où les groupes d'intérêts et CIC avaient tous deux clairement exprimé leur point de vue sur une demande de modification donnée. Ainsi, sur les 105 demandes de changements, nous en avons retenues 32, ce qui représente environ 30 % de notre échantillon de recherche. La faiblesse de notre échantillon de recherche peut s'expliquer par au moins trois facteurs : 1) la période de consultation fut très courte compte tenu de l'ampleur du projet de règlement (qui rappelons-le contient 365 articles et accompagné de 33 RÉIR); 2) la plupart des groupes d'intérêts disposait de peu de ressources humaines et financières; 3) les connaissances limitées de la plupart des fonctionnaires des mécanismes de consultations et du RÉIR³¹. Aussi, les 33 RÉIR qui ont été rédigés pour accompagner les 33 sections du Règlement sont de qualités très inégales. En somme, tant les groupes d'intérêts que les fonctionnaires de CIC ont donc dû travailler dans des conditions moins qu'optimales.

Enfin, la troisième étape de nos analyses a consisté en un croisement des deux classifications de nos données afin d'observer si des constantes émergeaient de ce corpus documentaire.

3. Les résultats

À la suite de la première classification, nous avons pu constater que sur les 105 demandes de modifications faites par les groupes d'intérêts, plus de 65 % d'entre elles sont rejetées par CIC (voir annexe C—Tableau 1). Quant à la deuxième étape de classification, nous avons trouvé des arguments et des justifications qui relèvent des catégories IJ, IS et IR, mais aucuns relevant de la catégorie ID. Ces résultats étonnent peu puisque, à ce stade du processus, CIC a déjà fixé ses orientations de politiques et elles ont déjà été mises en forme juridique. Sur les résultats de la codification de nos données, mentionnons que le registre de discours des groupes d'intérêts relève surtout de la catégorie IS. Ce résultat s'explique entre autres du fait que la plupart des groupes, dont nous avons obtenus les mémoires, agissent pour des groupes sociaux, dont le très influent Conseil canadien pour les réfugiés (CCR). Les arguments de type IJ occupent aussi une place importante puisqu'il y a également un nombre important de groupes d'intérêts qui sont spécialisés en droit. L'Association du Barreau canadien, section du droit de l'immigration, a exercé une influence prépondérante lors du processus de consultation. Ces deux groupes se distinguent des autres groupes d'intérêts par l'ampleur et la qualité des commentaires et des propositions de modifications qu'ils ont soumis.

³¹ À la suite d'entretiens auprès des fonctionnaires, nous avons pu constater plusieurs faiblesses de la procédure de consultation. Les résultats de ces entretiens feront l'objet d'un chapitre dans un livre à paraître aux Éditions Yvon Blais en 2012 sur le processus réglementaire écrit par France Houle.

Tableau 2

Le classement institutionnel des arguments des groupes d'intérêts (GI)

IS	IJ	IR	TOTAL
15	10	7	32

Quant à CIC, les arguments majoritaires sont de type IJ. Ici aussi, il n'y a pas à s'étonner des résultats puisque la deuxième ronde de consultation sert essentiellement à faire une ultime vérification de forme et de fond du projet de règlement. Pour CIC, il s'agit de savoir si le Projet de règlement, tel que rédigé, comporte encore des erreurs de formes et des erreurs techniques, mais plus important encore des risques juridiques qui pourraient mettre en péril la validité de tout ou partie du règlement (violations potentielles du droit à l'équité procédurale ou des droits fondamentaux reconnus par la Charte canadienne). En somme, ce que CIC cherche à vérifier est si le règlement pourrait générer des contestations juridiques suffisamment solides (et qui pourraient aller jusqu'en Cour suprême du Canada) qui mettaient en péril son application et, par conséquent, la stabilité et la sécurité de tout ou partie du système juridique migratoire.

Enfin, la troisième étape de l'analyse, au cours de laquelle nous avons croisé les résultats des deux premières classifications, donne les résultats suivants.

Notons ici que nous n'avons retenu que le principal argument invoqué par groupes d'intérêts ou CIC pour les fins du classement. Dans les analyses qui suivent, nous faisons état des arguments secondaires qui ont été invoqués lorsque cela est pertinent de le faire. Nous présentons nos résultats en distinguant trois cas de figure : A) les demandes de modifications des groupes d'intérêts qui ont été complètement intégrées dans le Règlement par CIC; B) les demandes de modifications des groupes d'intérêts qui ont été partiellement intégrées dans le Règlement par CIC; C) les demandes de modifications des groupes qui ont été rejetées par CIC.

3.1 Les demandes complètement intégrées au Règlement

Lorsque les demandes des groupes d'intérêts sont complètement intégrées par CIC dans le Règlement, on peut constater qu'il existe un dialogue entre les intervenants et les fonctionnaires puisque les arguments et les justifications

Tableau 3

Le classement institutionnel des justifications de CIC

IJ	IS	IR	TOTAL
17	8	7	32

Tableau 4

Croisement des données groupes d'intérêts (GI) et CIC

	Demandes complètement intégrées	Demandes partiellement intégrées	Demandes rejetées
Demande #1	CIC GI		CIC GI
Demande #2	CIC GI		
Demande #3	CIC GI		
Demande #4			CIC GI
Demande #5			CIC GI
Demande #6			CIC GI
Demande #7			CIC GI
Demande #8			CIC GI
Demande #9			CIC GI
Demande #10			CIC GI
Demande #11			CIC GI
Demande #12			CIC GI
Demande #13			CIC GI
Demande #14			GI
Demande #15			CIC GI
Demande #16	CIC GI		
Demande #17	CIC GI		
Demande #18	CIC GI		
Demande #19	CIC GI		
Demande #20	CIC GI		

Le tableau continue à la page suivante

Tableau 4 Suite

	Demandes complètement intégrées	Demandes partiellement intégrées	Demandes rejetées
Demande #21	CIC GI		
Demande #22			CIC GI
Demande #23			CIC GI
Demande #24			CIC GI
Demande #25			CIC GI
Demande #26	CIC GI		
Demande #27	CIC GI		
Demande #28			CIC GI
Demande #29		CIC GI	
Demande #30		CIC GI	
Demande #31		CIC GI	
Demande #32		CIC GI	

ressortent de la même catégorie de discours institutionnel dans 9 cas sur 10. Ce résultat s'explique dans la mesure où on peut présumer que si les fonctionnaires sont d'accord avec les groupes d'intérêts sur une modification à apporter au projet de règlement, c'est qu'ils ont été convaincus par les arguments des groupes d'intérêts. En conséquence, ils n'ont qu'à reprendre l'essence de cette argumentation pour justifier le changement auprès de l'autorité réglementaire (le ministre de CIC) qui a la tâche de convaincre, le cas échéant, les membres du Cabinet du bien-fondé d'une modification. Il faut aussi souligner qu'en vertu de l'art. 5(2) de la LIPR, les projets de règlement sont aussi étudiés par les membres des deux chambres du Parlement :

Le ministre fait déposer tout projet de règlement pris au titre des articles 17, 32, 53, 61, 87.2, 102, 116, 150 et 150.1 devant chaque chambre du Parlement; celle-ci renvoie le projet à son comité compétent.

L'examen parlementaire des projets de règlement élaborés par CIC est une exception dans le monde réglementaire. C'est notamment en raison du

caractère très politique et médiatisé de ce domaine du droit, mais aussi en raison du fait que les principaux intéressés ne se trouvent généralement pas sur le territoire canadien pour défendre leurs droits qu'il est apparu important d'accorder aux représentants de la société civile, par l'entremise du Comité permanent sur la Citoyenneté et l'Immigration, le pouvoir d'examiner les projets de règlement émanant de CIC. Mais le facteur le plus important est que les arguments présentés par les groupes d'intérêts sont solides et convaincants par eux-mêmes, sans qu'il soit nécessaire d'y rajouter.

Voici un exemple.

L'accueil des réfugiés

(Argument IJ des groupes d'intérêts et justification IJ de CIC)

D'après le projet de règlement 136. (1)g), l'agent délivre un visa de résident permanent à l'étranger qui a besoin de protection et aux membres de sa famille qui l'accompagnent si, dans le cas où l'étranger entend résider dans une province autre que la province de Québec, il est déterminé que lui et les membres de sa famille qui l'accompagnent pourront réussir leur établissement économique au Canada.

L'ABC demande l'amendement de cette disposition afin que l'exigence de viabilité économique soit retirée des critères recherchés pour la délivrance d'un visa de résident permanent à l'étranger qui a besoin de protection ainsi qu'aux membres de sa famille. Selon le groupe d'intérêts, cette exigence rend vulnérables les personnes, surtout les femmes réfugiées, dont la situation financière est précaire. De plus, la disposition ne serait pas conforme au résumé de l'étude d'impacts de la réglementation puisqu'il y est affirmé que « les facteurs à prendre en compte au moment d'évaluer la capacité à s'établir ont été redéfinis de façon à mettre l'accent sur l'aspect social plutôt que sur l'aspect économique. Les personnes qui sont vulnérables ou qui ont un besoin urgent de protection ne seront désormais plus évaluées en fonction de l'exigence de l'établissement. »³² Or, dans le projet de règlement ce n'est pas l'aspect social mais l'aspect économique qui est mis en avant par CIC.

L'ABC ajoute que le maintien de l'exigence de viabilité économique transformerait la nature du programme humanitaire et contreviendrait à la *Convention de Genève relative au statut des réfugiés* puisqu'elle laisse entendre que le Canada sélectionne des réfugiés en fonction des critères économiques (une intégration économique réussie et une contribution active à la vie économique du pays) et non pas en fonction de ses engagements internationaux découlant de cette Convention. Ainsi, selon l'ABC, la suppression du critère de viabilité économique pour la délivrance d'un visa de résident permanent à une personne protégée assure-t-elle que le programme humanitaire ne soit pas détourné de son objectif premier et

³² Résumé de l'étude d'impact de la Réglementation dans *Projet de Réglementation de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, *supra*, note 26, p. 4547.

qu'une telle personne puisse accéder à la protection au Canada sans égard à sa situation économique.

CIC accepte de modifier la disposition réglementaire. Dans le nouveau texte du Règlement 139(1)g, le mot « économique » qui figurait après « établissement » est biffé. La nouvelle disposition est libellée comme suit: « Un visa de résident permanent est délivré à l'étranger qui a besoin de protection et aux membres de sa famille qui l'accompagnent si, à l'issue d'un contrôle, les éléments suivants sont établis (...) g) dans le cas où l'étranger cherche à s'établir dans une province autre que la province de Québec, lui et les membres de sa famille visés par la demande de protection pourront réussir leur établissement au Canada. » Le motif de cette modification est expliqué comme suit par CIC dans la version finale du résumé de l'étude d'impacts de la réglementation accompagnant le Règlement approuvé par le Cabinet : « La plupart des personnes qui ont présenté des observations ont recommandé de supprimer complètement l'obligation imposée aux réfugiés de démontrer qu'ils peuvent réussir leur établissement, ou à défaut de modifier cette obligation de manière à ce que le réfugié ne soit pas tenu de prouver sa capacité de réussir son « établissement économique ». Pour donner suite aux commentaires, on a supprimé le mot « économique » et utilisé plutôt l'expression « réussir leur établissement », qui correspond au libellé précédent et au but antérieurement visé. »³³

Cette justification montre que CIC est à l'écoute des recommandations des groupes d'intérêts lorsque celles-ci sont compatibles avec l'esprit et la lettre de la loi ainsi qu'avec les engagements internationaux. Il s'agit d'un argument IJ par excellence.

Quant à l'exception—là où l'argument du groupe d'intérêts et la justification de CIC diffèrent, mais que le changement est néanmoins intégré au Règlement—il est intéressant de noter que CIC reprend le motif IS du groupe d'intérêts, mais ajoute une justification IR supplémentaire. Il est possible que cette justification supplémentaire eut pour objet de pallier la faiblesse de l'argument du groupe. En effet, cet ajout a pour effet de rendre la décision des fonctionnaires très convaincante. Voici l'exemple.

Les conditions d'admission des personnes protégées au Canada
« sans papier »
(Argument IS des groupes d'intérêts et justification IR de CIC)

La section 6 du projet de règlement prévoit une catégorie « des personnes protégées au Canada sans papiers ». La création de cette catégorie permettrait d'accorder la résidence permanente à des réfugiés sans document provenant de pays déterminés—notamment l'Afghanistan et la Somalie. Des dispositions spéciales ont ainsi été prises dans le cas de ces deux pays

³³ *Résumé de l'étude d'impact de la Réglementation*, Gazette du Canada, Partie II, vol. 136, Édition spéciale, SOR/DORS/2002-227, 14 juin 2002, p. 271.

parce qu'il y est survenu des troubles extrêmes, et que ces troubles ont empêché les réfugiés qui sont des citoyens ou des ressortissants de ces pays de se conformer à l'exigence de la Loi selon laquelle ils doivent être en possession d'un passeport, d'un document de voyage ou d'une autre pièce d'identité acceptable pour que la résidence permanente au Canada puisse leur être octroyée. Or, selon le CCR, ce statut n'offre pas une protection adéquate aux demandeurs et aux membres de leur famille qui sont hors du Canada et qui ne peuvent faire une demande d'admission au Canada avant que le répondant ait obtenu le statut de résident permanent. D'après le groupe d'intérêts, bien que certains Afghans et Somaliens aient pu bénéficier de ce statut pour obtenir le droit d'établissement, la plupart de leurs compatriotes en ont été pénalisés puisque l'existence même de cette catégorie a abouti au rejet systématique par les agents des papiers d'identités présentés par les revendicateurs afghans et somaliens, car soupçonnés d'être faux. Le CCR souligne par ailleurs que la mise en œuvre de cette catégorie a causé des délais excessifs dans la procédure d'attribution du droit d'établissement.

CIC accepte d'éliminer cette catégorie du règlement. Afin de justifier sa décision, il se réfère tant aux recommandations formulées par le CCR qu'aux résultats d'un rapport dans lequel l'efficacité de la catégorie des « personnes protégées au Canada sans papier »³⁴. Dans ce rapport, CIC reconnaissait les faiblesses du programme. En effet, un des principaux critères servant à déterminer si une personne pouvait être reconnue comme un membre de cette catégorie était le passage du temps : il fallait qu'une importante période de temps se fut écoulée depuis la reconnaissance du statut de réfugié, avant que la demande à titre de « personnes protégées au Canada sans papier » est abordée puisse être faite. La période d'attente qui était d'environ trois ans, ne pourrait, d'après CIC, être justifiée par le souci d'assurer l'équilibre nécessaire entre l'obligation du Canada d'offrir sa protection à des personnes qui craignent avec raison d'être persécutées et son obligation de protéger les Canadiens contre ceux qui voudraient abuser de sa générosité en cachant sciemment leur identité pour dissimuler un passé criminel ou leur vrai pays d'origine³⁵. À la suite de la suppression de cette catégorie, le Règlement a été modifié pour prescrire la règle suivante : les personnes protégées qui demandent la résidence permanente peuvent présenter d'autres pièces d'identité lorsqu'elles ne sont pas munies des documents réglementaires, et ce, en raison des conditions qui prévalent dans leur pays d'origine³⁶. De plus, CIC précise qu'à la suite de l'élimination de la catégorie des

³⁴ D'ailleurs, dans ses observations, le CCR affirme que CIC a partagé les résultats en question avec lui.

³⁵ *Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration de 1978 et apportant une modification connexe C.P. 1999-109*, 29 janvier 1999, DORS/99-74 29 janvier 1999, *Gazette du Canada*, Vol. 133, N° 4—Le 17 février 1999, <http://www.gazette.gc.ca/archives/p2/1999/1999-02-17/html/sor-dors74-fra.html> (dernière visite le 2 septembre 2011).

³⁶ Résumé de l'étude d'impact de la Réglementation, *supra*, note 33, p. 283.

« personnes protégées au Canada sans papier » une disposition transitoire a été ajoutée pour tenir compte des demandes d'établissement présentées par ces personnes au titre de la catégorie des « réfugiés au sens de la Convention » se trouvant au Canada sans pièces d'identité et qui sont toujours en attente d'une réponse³⁷. La nouvelle disposition assure aux agents la marge d'appréciation nécessaire pour décider au cas par cas et trouver un juste équilibre entre les deux préoccupations précisées plus haut.

Dans cet exemple, les arguments de CIC sont essentiellement basés sur les justifications relatives à l'efficacité administrative.

3.2 Les demandes partiellement intégrées dans le Règlement

Lorsque CIC accepte partiellement les demandes des groupes d'intérêts, les arguments des groupes et les justifications de CIC ressortent de la même catégorie de discours, mais ce qui est important de noter est que CIC porte une attention particulière à la formulation de ses justifications. Deux explications peuvent être fournies. Suivant la première et contrairement aux cas antérieurs (ceux pour lesquels les demandes sont complètement intégrées dans le Règlement), CIC doit expliquer aux groupes d'intérêts les raisons pour lesquelles la modification n'est que partielle, en même temps qu'il doit aussi convaincre les haut-fonctionnaires et le ministre de CIC, et par extension le Cabinet et les membres du Parlement faisant partie du Comité permanent sur la Citoyenneté et l'Immigration.

Le deuxième facteur explicatif est que les modifications partielles comportent plus de risques de contestation en cour de justice. En effet, les avocats qui représentent des immigrants ou des réfugiés pourront constater, à la lecture du Résumé de l'étude d'impacts de la réglementation, l'existence de la controverse sur la portée et les limites de la disposition réglementaire. Ils pourront recommander à leurs clients d'exploiter cette controverse en cours de justice lors d'un contrôle judiciaire en contestant l'interprétation qui a été faite du Règlement par CIC ou la validité du règlement en cause par rapport à loi habilitante³⁸. À cet égard, il importe de savoir que la Cour fédérale (qui entend ces recours) autorise les parties depuis environ 25 ans à plaider le contenu des REIR pour soutenir leur argumentation. Elle s'autorise également à utiliser le Résumé de l'étude d'impacts de la réglementation à titre d'outil extrinsèque d'interprétation pour motiver ses décisions³⁹.

³⁷ Résumé de l'étude d'impact de la Réglementation, Gazette du Canada, Partie II, vol. 136, Édition spéciale, SOR/DORS/2002-227, 14 juin 2002, p. 338.

³⁸ Sur les normes de contrôle applicable dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire, voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190

³⁹ France Houle, « Regulatory History Material as an Extrinsic Aid to Interpretation: An Empirical Study on the Use of RIAS by the Federal Court of Canada », (2006) 49 *Forum* 17-38 (Australie); (2006) 19 *Canadian Journal of Administrative Law and Practice* 151-189.

Voici trois exemples issus de notre échantillon de recherche illustrant chacune des catégories de discours.

L'interdiction de territoire pour criminalité

(Argument des groupes d'intérêts et justification de CIC : IJ)

Suivant l'article 36(2)d) de la LIPR, le fait de commettre, à son entrée au Canada, une infraction à une loi fédérale précisée par règlement emporte, sauf pour le résident permanent, une interdiction de territoire pour criminalité. Le projet de règlement 224 prescrivait : « pour l'application de l'alinéa 36(2)d) de la Loi, sont des lois fédérales précisées par règlement :

- a) le Code criminel;
- b) la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés;
- c) la Loi sur les armes à feu;
- d) la Loi sur les douanes;
- e) la Loi réglementant certaines drogues et autres substances. »

L'ABC a argumenté que les infractions visées par l'art. 224 du projet de règlement sont trop vastes et multiplient indûment les motifs d'interdiction de territoire. L'ABC précise de plus qu'il n'est pas nécessaire qu'une personne ait été déclarée coupable d'une infraction. Elle laisse, par conséquent, une trop grande marge d'appréciation aux autorités qui soupçonnent une personne d'avoir commis une infraction.

Ces préoccupations sont partagées par le CCR qui note que l'art. 224 propose une conception trop large de la notion de crime transfrontalier. La personne ayant commis une infraction mineure à la frontière pourrait être interdite de territoire sans possibilité de réadaptation. Le CCR demande la révision de la disposition de manière à limiter son étendue et à prévoir des moyens de réadaptation pour les personnes visées.

CIC accepte de modifier la portée de l'art. 214 du PRPIR par l'ajout d'un membre de phrase à l'art. 19 du même règlement : « pour l'application de l'alinéa 36(2)d) de la Loi, toute infraction punissable par mise en accusation contenue dans les lois fédérales ci-après est précisée par règlement. »

Cet amendement ne reflète pas entièrement les demandes de l'ABC ni du CCR puisque les lois énumérées demeurent les mêmes. Cependant, le critère d'application servant à fixer des limites à l'art. 224 est plus strict : seules les infractions punissables par voie de mise en accusation (+2 ans d'emprisonnement) engendrent des situations où une décision d'interdiction du territoire pourrait être prononcée. CIC ne donne pas une explication détaillée de l'amendement, mais remarque qu'« à la suite des commentaires formulés, on a modifié la disposition concernant l'interdiction de territoire pour crime transfrontalier afin d'exclure les infractions uniquement punissables par procédure sommaire. » CIC cherche à convaincre les haut-fonctionnaires du ministère et le Cabinet du bien-fondé

du changement effectué dans un domaine où la sécurité prime. La modification vise également à minimiser les risques de contestation devant des cours de justice, notamment les risques de contestation constitutionnelle.

Pour résumer, la nouvelle disposition reflète un compromis entre la clarté du droit et la sécurité qui est un des leitmotifs du règlement. La préoccupation de CIC d'assurer un équilibre entre ces deux considérations transparaît d'ailleurs clairement dans le Résumé de l'étude d'impacts de la réglementation qui précise que: « le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés vient soutenir et affiner un certain nombre des composantes essentielles du processus de contrôle et d'exécution de la loi, notamment des dispositions sur les motifs d'interdiction de territoire et la prise des mesures de renvoi. Comme ces dispositions réglementaires sont essentiellement de nature procédurale, elles ne portent pas atteinte aux droits fondamentaux des clients. Elles offrent, toutefois, dans ce cadre, un certain nombre de nouveaux outils qui contribueront à promouvoir la sécurité et à protéger les Canadiens. »⁴⁰ Les arguments IJ de CIC forment une explication convaincante de la modification partielle du Règlement.

Le regroupement familial pour l'enfant à charge adopté
(Argument des groupes d'intérêts et justification de CIC : IS)

L'article 115 du projet de règlement conditionne la délivrance d'un visa de résident permanent—au titre de la catégorie du regroupement familial à l'étranger qui est un enfant à charge adopté—à l'obtention des renseignements complets concernant l'état de santé de l'enfant. L'ABC recommande la suppression de cette disposition et soutient qu'elle place sur les parents adoptifs un fardeau de preuve duquel il est souvent impossible de se décharger en raison des difficultés à obtenir des informations sur la santé des parents biologiques. L'ABC note par ailleurs que l'obligation pour l'enfant adopté de passer un examen médical est déjà affirmée dans l'article 28 du projet de règlement⁴¹. Demander aux parents adoptifs une exigence plus stricte de preuve serait non seulement injuste, mais aussi impossible à satisfaire.

⁴⁰ Résumé de l'étude d'impact de la Réglementation dans *Projet de Réglementation de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, supra, note 26, p. 4479.

⁴¹ *Projet de Réglementation de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, supra, note 26, art. 29. Pour l'application du paragraphe 16(2) de la Loi, « visite médicale » s'entend notamment d'un ou de plusieurs des actes médicaux suivants : a) l'examen physique; b) l'examen de l'état de santé mentale; c) l'examen des antécédents médicaux; d) l'analyse de laboratoire; e) le test visant à un diagnostic médical; f) l'évaluation médicale des dossiers concernant le demandeur ; 16(1) L'auteur d'une demande au titre de la présente loi doit répondre véridiquement aux questions qui lui sont posées lors du contrôle, donner les renseignements et tous éléments de preuve pertinents et présenter les visa et documents requis. (2) S'agissant de l'étranger, les éléments de preuve pertinents visent notamment la photographie et la dactyloscopie et il est tenu de se soumettre, sur demande, à une visite médicale.

CIC accepte d'assouplir l'exigence en question, mais ne la supprime pas dans le règlement : « Le visa de résident permanent ne peut être délivré au titre de la catégorie du regroupement familial à l'étranger qui est un enfant à charge adoptif ou qui est visé aux alinéas 117(1)f) ou g) que si le répondant fournit un document écrit confirmant qu'il a obtenu des renseignements concernant l'état de santé de l'étranger. » Aucune justification spécifique n'est fournie dans le Résumé de l'étude d'impacts de la réglementation sur ce point précis. Mais, à la lecture du segment « catégories du regroupement familial », on peut constater que CIC cherche une solution de compromis entre deux points de vue. D'une part, il y affirme que « la réunion des familles est un objectif de longue date du programme d'immigration et demeure une composante importante de la *LIPR* »⁴². D'autre part, CIC rappelle l'importance du respect des conditions requises : « Le demandeur principal et les personnes à sa charge doivent satisfaire à toutes les exigences d'immigration applicables pour obtenir un visa d'immigrant. Ils doivent entre autres convaincre l'agent qu'ils satisfont aux exigences établies pour faire partie de la catégorie « regroupement familial ». Si l'agent n'est pas convaincu que le demandeur répond à toutes les exigences fixées, la demande risque d'être refusée. »⁴³

En conclusion, l'assouplissement des conditions tel qu'effectué dans le règlement permet de concilier ces deux objectifs tout en assurant la protection de la santé des Canadiens, autre grand principe sous-jacent au système migratoire canadien édicté dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁴⁴.

Ainsi, la modification de CIC est acceptable tant pour le gouvernement que pour les groupes d'intérêts.

Des frais d'établissement

(Argument des groupes d'intérêts et justification de CIC : IR)

Selon la *West Coast Domestic Workers' Association* (WCDWA) (un organisme à but non-lucratif qui offre des programmes de formation et de l'assistance juridique aux travailleurs domestiques en Colombie-Britannique), CIC devrait abolir les frais d'établissement de 975 \$ par personne demandant la résidence permanente au Canada. Selon l'ONG, ces frais sont trop onéreux et empêchent le regroupement familial de tous les membres de la famille dans les cas des familles moins bien nanties. WCDWA attire l'attention sur la situation des travailleuses domestiques

⁴² Résumé de l'étude d'impact de la Réglementation dans *Projet de Réglementation de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, *supra*, note 26, p. 261.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, *supra*, note 27, art. 3(1)h.

qui font de longues heures de travail impliquant des responsabilités importantes pour gagner seulement le salaire minimum. Pour ces travailleuses qui souvent subviennent aux besoins de leurs familles dans leur pays d'origine, les frais d'établissement représentent une somme trop élevée par rapport à leur revenu. D'après l'ONG, le système d'immigration canadienne, notamment le programme des travailleurs domestiques, place les femmes dans une condition socioéconomique précaire et constitue une source d'inégalité entre les femmes et les hommes.

Dans le règlement, CIC ne supprime pas ces frais, mais le montant exigé est révisé à la baisse. En vertu du Règlement 303(1) : « Des frais de 490 \$ sont à payer par toute personne pour l'acquisition du statut de résident permanent. » CIC justifie cette modification comme suit : « Les principales préoccupations ont porté sur l'augmentation des frais de traitement des demandes de résidence permanente et le fardeau que ces droits représentent pour certains groupes de réfugiés et d'immigrants. Une modification importante a été apportée aux dispositions concernant les frais exigés pour l'acquisition du statut de résident permanent ayant pour effet de clarifier ces frais et d'exempter tous les enfants « à charge ». Les dispositions transitoires portant sur la remise du droit exigé pour l'établissement ont également été modifiées dans le même sens; les dispositions concernant les droits applicables aux autres méthodes d'examen ont été modifiées de telle sorte que les droits ne sont maintenant applicables que pour faciliter les programmes dont les inscriptions sont gérées par CIC. »⁴⁵

En bref, la réduction des frais constitue un choix rationnel de la part de CIC puisqu'elle permet de protéger les intérêts financiers ou organisationnels des acteurs concernés.

3.3 Les demandes de modifications rejetées

Lorsque CIC rejette les demandes de modifications des groupes, les arguments des groupes d'intérêts et les justifications de CIC ne sont pas du même registre dans la très grande majorité des cas, soit 13 sur 17. Ce résultat nous a surpris. En effet, nous aurions pu penser que CIC avait tout intérêt à répondre aux groupes d'intérêts sur le même registre de discours puisque l'exercice consultatif sert, du moins nous le présumons, à établir un dialogue entre les groupes et CIC. Or, un véritable dialogue ne peut pas exister si les parties à celui-ci discutent sur deux registres distincts de discours. Nous avons écarté la possibilité d'une explication simple de ce constat, car il nous a semblé que le résultat quantitatif était trop révélateur pour conclure à une simple erreur ou manque de compréhension entre les interlocuteurs.

⁴⁵ Résumé de l'étude d'impact de la Réglementation, *supra*, note 33, p. 327.

La piste de réflexion qui nous a semblé la plus intéressante est la suivante. CIC a déjà entendu et débattu à plusieurs reprises la même question avec un ou plusieurs groupes d'intérêts (lors de la première ronde de consultation par exemple) et il a été impossible de trouver un terrain d'entente. Dans un cas compris dans notre échantillon de recherche, cet argument est d'ailleurs utilisé par CIC.

L'identité des demandeurs d'asile

(Argument IS des groupes d'intérêts et justification IJ de CIC)

Le règlement prévoit que l'étranger dont l'identité n'a pas été établie peut être détenu (l'article 251c)). Les critères d'établissement de l'identité sont précisés à l'article 254 du projet de règlement. Ces critères sont les suivants :

- a) la collaboration de l'étranger qui se manifeste par la remise d'éléments de preuve concernant son identité, la facilitation de l'obtention de tels éléments par le ministère, la communication de renseignements détaillés sur l'itinéraire suivi, sur les date et lieu de naissance et sur le nom de ses parents ou le fait de remplir une demande de documents de voyage;
- b) dans le cas du demandeur d'asile, la possibilité d'obtenir des renseignements sur son identité sans avoir à divulguer de renseignements personnels aux représentants du gouvernement du pays dont il a la nationalité ou, s'il n'a pas de nationalité, du pays de sa résidence habituelle;
- c) la destruction, par l'étranger, de ses pièces d'identité ou de ses documents de voyage, ou l'utilisation de documents frauduleux afin de tromper le ministère, et les circonstances dans lesquelles il s'est livré à ces agissements;
- d) la communication, par l'étranger, de renseignements contradictoires quant à son identité pendant le traitement d'une demande le concernant par le ministère;
- e) l'existence de documents contredisant les renseignements fournis par l'étranger quant à son identité.

Le CCR recommande l'amendement de cette disposition afin qu'une attention particulière soit portée à la réticence de certains demandeurs d'asile de révéler leur identité et aux difficultés qu'ils éprouvent à obtenir des pièces d'identité requises, notamment s'ils sont originaires de certains pays africains. De plus, le CCR note que les déclarations de certains étrangers comme ceux souffrant d'une maladie mentale peuvent être contradictoires et que ce fait doit être souligné dans le règlement. Ces demandes ne sont pas retenues par CIC qui se contente de remarquer que la législation permet déjà aux agents et à la Section d'immigration de tenir compte de toutes les circonstances du cas au moment de prendre une

décision⁴⁶. Il n'est donc pas nécessaire, selon CIC, de prendre des mesures particulières dans le règlement en faveur des groupes vulnérables, y compris les demandeurs d'asile et les personnes ayant des problèmes psychologiques ou de santé⁴⁷.

Une explication du refus de CIC de modifier le règlement peut être trouvée dans la partie consacrée aux consultations préalables à la publication du projet de règlement. CIC attire l'attention sur les efforts déployés par le gouvernement pour aboutir à un texte consensuel. Il remarque que « les consultations ont eu lieu en juillet 2000 et en août et septembre 2001. En outre, des consultations non officielles sur les questions de détention ont été organisées tout au long du processus législatif. Aucun groupe ne s'est opposé à ce que soient précisés par règlement les facteurs et les conditions associés à la détention. Les dispositions réglementaires ont été modifiées de façon à tenir compte de certains points soulevés. »⁴⁸

En conséquence, CIC ne ferait alors que réitérer des raisons générales d'ordre juridique pour justifier son refus qu'il expliciterait simplement pour le bénéfice des autres acteurs gouvernementaux (haut-fonctionnaires, ministre, Cabinet) et juges de la Cour fédérale. Dans le même exemple que ci-haut, CIC poursuit ses explications en faisant appel à une justification plus générale : « Les dispositions réglementaires assureront une protection accrue de la société canadienne en énonçant les facteurs qui doivent être pris en compte dans le processus de prise de décision de détention. Ces dispositions sont conformes à la justice fondamentale, à l'équité dans les procédures, aux valeurs canadiennes et à la *Charte des droits et libertés*. La codification des facteurs et des conditions par voie réglementaire accroît l'uniformité, la clarté et la transparence du processus de prise de décision de détention. »⁴⁹ En somme, après avoir souligné l'ampleur des consultations avec les groupes d'intérêts, CIC justifie son rejet d'apporter plus d'amendements par des arguments généraux d'ordre juridique.

S'il est exact de prétendre qu'à ce stade les groupes d'intérêts et CIC sont parfaitement au fait des positions des uns et des autres, la question devient : pourquoi les groupes d'intérêts insistent-ils alors pour intervenir une fois de plus dans un débat qui semble clos?

À cette question, une des réponses possibles pourrait être que les groupes estiment nécessaire de soulever le débat une dernière fois (lors de la prépublication du projet de règlement) pour tenter d'obtenir un avantage stratégique qu'ils pourront exploiter plus tard. Ce « plus tard » pourrait soit survenir lors

⁴⁶ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, *supra*, note 27, art. 55(2)b) édicte que l'agent peut, sans mandat, arrêter et détenir l'étranger qui n'est pas une personne protégée si l'identité de celui-ci ne lui a pas été prouvée dans le cadre d'une procédure prévue par la présente loi. En vertu de l'article 56, l'agent d'immigration peut mettre l'étranger en liberté avant le premier contrôle de la détention par la section s'il estime que les motifs de détention n'existent plus.

⁴⁷ Résumé de l'étude d'impact de la Règlementation, *supra*, note 33, p. 308.

⁴⁸ *Id.*, p. 307.

⁴⁹ *Id.*, p. 306.

d'une nouvelle ronde de modification du règlement ou lors d'une contestation judiciaire. En effet, les groupes d'intérêts pourraient vouloir forcer CIC à mettre ses cartes sur la table, s'ils sont d'avis que CIC ne fait pas valoir les vraies raisons ou qu'il ne les fait pas toutes valoir. Par cette ultime demande de modification, les groupes espèrent peut-être que CIC soit plus prolixe, auquel cas deux situations pourraient se produire : 1) soit que CIC réussisse à convaincre les groupes d'intérêts du bien-fondé de sa position; 2) soit que CIC commette une erreur en justifiant peu ou mal son rejet de modifier le règlement. Cette erreur pourrait alors être utilisée plus tard comme nous l'avons déjà mentionné. Pour CIC, ces risques, et surtout celui de contestation judiciaire, sont bien réels. En effet, les groupes (en particulier le CCR et l'ABC et les avocats en droit de l'immigration) sont très actifs sur la scène judiciaire. Pour cette raison, CIC doit être particulièrement prudent. Et c'est ce qui explique le recours à des justifications très générales relevant du discours IJ. L'exemple ci-haut est un exemple. Il y en a d'autres très pertinents qui illustrent les jeux de pouvoirs entre les groupes d'intérêts et CIC et où CIC répond aux arguments des groupes en faisant référence à des concepts juridiques flous.

Dans certains cas, CIC fera appel à l'existence de son pouvoir discrétionnaire qu'il possède déjà et dont il ne veut pas se départir. Selon CIC, les dispositions juridiques offrent déjà une réponse adéquate aux préoccupations exprimées. Voici un exemple :

Parrainage du dernier membre vivant de la famille
(Argument IS des groupes d'intérêts et justification IJ de CIC)

L'article 114(1) du projet de règlement contient une liste de personnes qui font partie de la catégorie du regroupement familial du fait de la relation qu'elles ont avec un répondant. Un groupe (non-identifié) propose que « le dernier membre vivant de la famille » soit ajouté dans la liste afin que cette personne puisse être parrainée par les membres de sa famille se trouvant au Canada. Il estime que le dernier membre vivant de la famille se trouve souvent dans une situation économique et psychologique précaire et que cette situation peut s'aggraver si la famille immigrée au Canada cesse de subvenir aux besoins de cette personne. Il serait par conséquent plus humain pour le Canada d'autoriser le parrainage.

CIC rejette cette demande en expliquant que l'évaluation d'une demande de résidence permanente aux fins de l'immigration permet d'accorder un traitement favorable au dernier membre vivant de la famille à l'étranger pour des motifs d'ordre humanitaire lorsque cette pratique est justifiée⁵⁰. (Cette remarque de CIC est exacte, l'art. 25 de la LIPR permet d'accorder des dispenses réglementaires pour des motifs humanitaires).

Ce que le groupe d'intérêts aurait souhaité est que cette catégorie de personne devienne une catégorie réglementaire ne laissant pas de place à

⁵⁰ *Id.*, p. 260.

l'exercice du pouvoir discrétionnaire par un fonctionnaire CIC. De la sorte, sur preuve que la personne visée est véritablement le dernier membre vivant de la famille, CIC n'aurait pas d'autre choix que de lui permettre d'entrer au Canada à titre de résident permanent. Il est possible que CIC ait rejeté cette modification en raison de la difficulté de produire des preuves irréfutables que la personne est, de fait, le dernier membre vivant de la famille. On peut penser qu'il veut ainsi minimiser les risques de fraudes en rendant l'accès à ce type de procédure plus complexe. En effet, les demandes basées sur des motifs humanitaires sont plus complexes et les résultats plus aléatoires. En somme, CIC déplace ainsi le fardeau des risques sur un demandeur qui voudrait parrainer le dernier membre vivant de sa famille. Cette position est clairement exposée dans le Résumé de l'étude d'impacts de la réglementation : « Le Règlement témoigne de la volonté du Canada de favoriser le regroupement des familles tout en montrant que le répondant doit être tenu de remplir ses obligations en ce qui concerne la prise en charge des nouveaux immigrants. En 1997, un certain nombre de mesures ont été prises pour resserrer les critères de parrainage publiés dans la *Gazette du Canada* (...), le 18 mars 1997. De l'avis général, toutefois, il faudrait prendre d'autres moyens pour mieux s'assurer que les répondants disposent des ressources nécessaires pour remplir leurs obligations à l'égard des membres de leur famille. Sont aussi vigoureusement appuyés les efforts pour réduire au maximum l'abus dont font l'objet les programmes sociaux et les prestations versées. »⁵¹

Dans ce cas, la justification implicite de CIC est qu'il faut minimiser les risques de fraudes. Or, CIC doit éviter de justifier ses actes en faisant appel à un discours suggérant un lien entre « les immigrants » et « la fraude ». D'une part, CIC n'est pas en mesure d'établir un lien causal entre ces deux variables; d'autre part, ce genre d'argument a très mauvaise presse et quel que soit le ministre à la tête de CIC, aucun n'est enclin à affronter l'opinion publique avec de tels arguments. Ainsi, en répondant par de vagues considérations juridiques, CIC évite de s'enfoncer dans une joute argumentative perdue d'avance. En effet, les justifications basées sur une évaluation des risques comportent une haute teneur spéculative difficiles à défendre : elles ne peuvent emporter conviction que si le postulat de départ est avéré. Par exemple, dans le contexte de cette demande, le postulat de CIC est vraisemblablement le suivant : les résidents permanents cherchent à faire immigrer le plus grand nombre possible de membres de leur famille (proche et éloignée) et, à cet égard, toutes les stratégies sont bonnes. Le rôle de CIC est donc de départager quelles sont les stratégies clairement légales des stratégies potentiellement illégales (ou potentiellement frauduleuses).

Dans ce dernier exemple, CIC voulait conserver son pouvoir de décider au cas par cas. Dans d'autres situations de refus, CIC plaide pour une application

⁵¹ *Id.*, p. 254–255.

uniforme des règlements. Ainsi, le principe flou invoqué est celui de la sécurité juridique. Encore une fois, il s'agit d'un cas où l'évaluation des risques domine. Le postulat de départ étant que si les règles ne sont pas appliquées de manière uniforme, le fonctionnement du système juridique sera instable. Il est possible que ce soit vrai; mais il est également possible que ce soit faux. Encore ici, le postulat de départ ne peut pas faire l'objet d'une vérification en validité. Voici un exemple.

Les ressources financières adéquates
(Argument IR, IS et IJ des groupes d'intérêts et justification IR et IJ de CIC)

Dans cette catégorie, nous avons dénombré plusieurs demandes de révision de la part des groupes visant à rationaliser ou à simplifier des critères et des formalités prévus dans le règlement. L'exigence de disposer des ressources financières adéquates pour le parrainage fait partie de ces demandes. L'ABC recommande la modification de l'article 130(1)*k* du projet de règlement qui prévoit que l'agent accorde la demande de parrainage si le répondant a un revenu au moins égal à son revenu vital minimum. Il remarque que le but de la disposition réglementaire est d'assurer que le demandeur puisse financièrement subvenir aux besoins des membres de la famille parrainés. Selon l'ABC, le règlement ne prend pas en considération le fait que certains demandeurs disposent des biens et avoirs qui correspondent ou dépassent les seuils de faible revenu. Il propose l'ajout, après le mot « un revenu », des termes « ou une autre forme de garantie » [*or other form of security*] équivalant au revenu vital minimum. Par ailleurs, l'ABC et le CCR demandent la suppression de l'article 130. (1)*l* du projet de règlement selon lequel la demande de parrainage ne sera pas accordée si le demandeur est un bénéficiaire d'assistance sociale, sauf pour cause d'invalidité. Ils notent que la disposition porte atteinte au droit au regroupement familial des demandeurs qui s'ils ne trouvent pas un emploi seront séparés de leurs conjoints. De même, soulignent-ils que les enfants seront privés du droit fondamental de vivre avec leurs parents en raison de la situation économique de ceux-ci. À cet égard, l'ABC fait remarquer que le règlement pénalise tout particulièrement les familles monoparentales ayant des enfants à charge dans lesquelles le parent ne peut travailler pour prendre soin des enfants. Alors que le parrainage d'un membre de la famille pourrait remédier à ce problème : le parent pourrait alors travailler, subvenir aux besoins de sa famille. Ces propositions ne sont pas acceptées.

CIC explique son rejet comme suit :

Il a été recommandé de maintenir le revenu minimum requis pour parrainer en fonction de l'endroit où vit le répondant. D'après les données d'un recensement, 75 p. 100 des immigrants vivent dans les zones à forte densité démographique. C'est pourquoi, il est plus convenable d'utiliser des seuils de faible revenu pour les

zones à forte densité démographique lorsqu'on établit le revenu minimum pour le répondant. Un tel système garantit un niveau de soutien suffisant quel que soit l'endroit où le répondant décide de vivre. La suppression de l'obligation d'inclure les dettes dans le calcul du revenu compense le fait d'exiger que le requérant ait un revenu plus élevé.⁵²

Il s'agit d'une justification de nature technique basée sur l'importance d'une application uniforme du règlement pour garantir la stabilité du système d'évaluation de ces demandes.

Dans 4 des 17 cas de rejet, les arguments des groupes d'intérêts et les justifications de CIC relèvent du même registre de discours. Dans l'exemple qui suit, les acteurs adoptent un discours IJ qui illustre un cas où les groupes et CIC partagent des points irréconciliables. Il s'agit d'un désaccord de principe.

Personnes au sein d'un gouvernement

(Argument du groupe d'intérêts et justification de CIC : IJ)

Cet exemple porte sur l'article 35(1)*b*) de la LIPR qui édicte qu'empêche interdiction de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux le fait suivant : « occuper un poste de rang supérieur au sein d'un gouvernement qui, de l'avis du ministre, se livre ou s'est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou commet ou a commis un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre (...) ». L'article 221 du règlement stipule que « pour l'application de l'alinéa 35(1)*b*) de la Loi, occupent un poste de rang supérieur au sein d'un gouvernement les personnes qui, du fait de leurs actuelles ou anciennes fonctions, sont ou étaient en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir par leur gouvernement ou en tirent ou auraient pu en tirer certains avantages, notamment :

- a) le chef d'État ou le chef du gouvernement;
- b) les membres du cabinet ou du conseil exécutif;
- c) les principaux conseillers des personnes visées aux alinéas a) et b);
- d) les hauts fonctionnaires;
- e) les responsables des forces armées et des services de renseignement ou de sécurité intérieure;
- f) les ambassadeurs et les membres du service diplomatique de haut rang;
- g) les juges.

L'ABC demande le retrait de la mention « en tirent ou auraient pu en tirer certains avantages ». Notant qu'il s'agit là d'un ajout nouveau au règlement, il estime que ce terme trop vague ne constitue pas un critère approprié pour identifier les personnes interdites de territoire. Car il comprend

⁵² *Id.*, p. 259.

toute personne ayant été employée par un gouvernement et qui par conséquent a reçu un salaire, donc un avantage, de ce dernier. Or, d'après l'ABC, il serait erroné de présumer qu'une telle personne puisse être tenue responsable des crimes commis par son gouvernement. Le CCR, quant à lui, remarque que la portée de l'article 221f) est trop large et demande une formulation plus stricte. Selon cette ONG, il n'est pas logique de supposer que tous les membres du service diplomatique de haut rang puissent influencer sensiblement l'exercice du pouvoir par leur gouvernement ou en tirer certains avantages. Le CCR recommande donc que la définition de haut fonctionnaire soit limitée aux personnes qui sont personnellement responsables d'actes précis.

Dans l'article 16 du règlement, les recommandations des groupes d'intérêts ne sont pas suivies. Dans le Résumé de l'étude d'impacts de la réglementation, CIC se réfère explicitement aux revendications des groupes. Il « pense cependant qu'en général, les personnes qui ont profité de leurs fonctions au service de gouvernements qui sont responsables d'atteintes aux droits de la personne et de crimes contre l'humanité ne devraient pas être autorisées à entrer au Canada. Des dispositions permettent de soustraire des personnes à l'application de cette interdiction de territoire, lorsque le ministre est convaincu que leur présence au Canada n'irait pas à l'encontre de l'intérêt national. »⁵³ De même, CIC souligne qu'une dispense qui serait accordée aux personnes qui « occupent un poste de rang supérieur au sein d'un gouvernement » exige que l'on dispose de la latitude voulue pour tenir compte de toutes les situations avant de prendre une décision⁵⁴. En résumé, les arguments de CIC sont essentiellement fondés sur la nécessité de protéger la sécurité publique, un principe réglementaire fondamental. Il se montre réticent à rendre plus flexibles les règles d'admission des personnes persécutées qui pourraient, en raison de leurs activités passées, constituer une menace à la sécurité nationale au Canada, même si ce risque reste à démontrer. Son refus de modifier le règlement est aussi justifié par l'existence des exemptions qui font l'objet d'un examen au cas par cas, ce qui ouvre la possibilité de faire jouer les considérations humanitaires et d'éviter des atteintes aux droits fondamentaux.

4. Discussions

Dans le cadre du processus d'élaboration réglementaire, la deuxième ronde de consultations des parties intéressées et du grand public sert un double objectif. Le premier est de remédier au problème de légitimité démocratique à travers la création d'un espace de délibérations entre les acteurs gouvernementaux et les parties prenantes. L'élaboration du Règlement dans un esprit de

⁵³ *Id.*, p. 287.

⁵⁴ *Id.*, p. 288.

transparence assure aussi une plus large observation volontaire des exigences réglementaires par les groupes d'intérêts et le public en général. Le deuxième objectif est de promouvoir la stabilité et la sécurité du système juridique migratoire. Le processus de consultation offre une dernière opportunité pour CIC de réviser les clauses réglementaires à la lumière des demandes des groupes d'intérêts. Il assure l'élimination des erreurs de forme et de nature technique dans l'application ou l'interprétation du règlement. Ultimement, il réduit le risque des contestations juridiques devant les cours de justice.

L'analyse de discours que nous proposons dans cet article permet une meilleure compréhension des règles et des dynamiques propres à la deuxième ronde de consultations. À cette fin, nous avons comparé les types d'arguments (IJ, IS, IR ou ID) soulevés dans les demandes d'amendements des groupes d'intérêts et ceux déployés par CIC dans ses justifications pour accepter ou refuser les demandes.

Nous avons pu vérifier que les orientations politiques de fond du gouvernement ne sont pas remises en cause au cours de ces consultations. Les arguments et justifications de type ID, c'est-à-dire faisant appel à des idées nouvelles ou des changements d'orientation des politiques migratoires retenues dans le projet de règlement en sont absents. L'exercice vise à améliorer le système et non pas à le transformer comme le montre d'ailleurs le taux élevé du rejet des demandes (plus de 65 %).

Notre recherche révèle que contrairement au but initial précisé plus haut, la deuxième ronde de consultation ne crée pas forcément un espace de délibérations entre CIC et les groupes d'intérêts. Rares sont les situations où il existe une compréhension intersubjective entre les acteurs civils et gouvernementaux et où les deux parties sont engagées dans un véritable dialogue. Les justifications de CIC aux demandes de changements ne sont pas toujours du même registre que les arguments invoqués par les groupes d'intérêts. Nous en déduisons que les interlocuteurs de CIC ne sont pas seulement les intervenants au processus consultatif, mais aussi l'autorité réglementaire, le ministre de CIC et plus généralement les membres du Cabinet qui doivent approuver le règlement. Dans la majorité des cas étudiés, CIC dialogue plus avec l'autorité réglementaire qu'avec les groupes d'intérêts.

Le registre de discours des groupes relève majoritairement soit de la catégorie IS faisant appel à des valeurs de justice sociale ou à de grands principes sous-jacents au système migratoire canadien, soit de type IJ se référant à une source classique du droit ou à des concepts juridiques fondateurs du système de la hiérarchie des normes. Ce résultat ne nous semble pas surprenant puisque la plupart des groupes dont nous avons examiné les mémoires sont spécialisés en droit ou agissent pour des groupes sociaux. Quant à CIC, les arguments sont majoritairement de type IJ. Nous reviendrons sur ce point.

Lorsque les demandes des groupes d'intérêts sont complètement intégrées dans le Règlement, les arguments et les justifications relèvent souvent du même registre de discours. Il est à noter que ceux-ci ne requièrent pas des changements de fond, mais de simples modifications de forme aux dispositions concernées. Ils sont par ailleurs conformes à l'esprit des objectifs

politiques établis. L'exemple relatif à la suppression du critère de viabilité économique pour la délivrance d'un visa de résident permanent à une personne protégée illustre bien ce fait. Pour justifier le changement, CIC reprend les arguments présentés par les intervenants, car ceux-ci sont suffisamment persuasifs.

Le changement proposé par un groupe peut être retenu même si l'argument de ce dernier diffère de la justification de CIC. Dans ce cas, CIC ajoute des explications généralement de type IJ ou IR pour renforcer les arguments des groupes. Ces explications qui font appel aux grands principes sous-jacents du système canadien d'immigration (protection de la sécurité, de la santé et de l'intégrité du système, ou efficacité administrative) rendent le changement plus convaincant aux yeux de l'autorité réglementaire. Par conséquent, même dans les cas consensuels où les demandes des groupes d'intérêts sont retenues, le dialogue de CIC se déroule plus avec le ministre ou les membres du Cabinet qu'avec les intervenants.

Ce constat se précise d'avantage dans le cas des demandes partiellement acceptées et qui sont donc de nature plus controversée. CIC double alors d'effort pour expliquer son choix de ne retenir qu'une partie de la demande. Dans les exemples que nous avons étudiés, les arguments des groupes d'intérêts et les justifications de CIC ressortent de la même catégorie de discours et peuvent être d'ordre IJ, IS et IR. Encore une fois, ces modifications partielles ne portent pas sur les questions de fond. Elles aboutissent, selon les cas, à la simplification des formalités exigées, à l'assouplissement des critères d'application ou à l'allègement des charges financières imposées aux demandeurs. Les amendements de forme répondent au but principal des consultations qui est de réduire les risques de contestation en cour de justice pouvant survenir de la non-conformité de la prescription réglementaire aux droits fondamentaux (par exemple, la formulation trop large du critère d'application de la décision d'interdiction du territoire) ou bien du caractère déraisonnable de l'interprétation préconisée par CIC (par exemple, le montant élevé des frais d'établissement).

L'espace de communication entre les acteurs gouvernementaux et les groupes se rétrécit considérablement ou même disparaît lorsque les demandes de modifications sont rejetées. Les arguments des groupes d'intérêts et les justifications de CIC ne sont pas du même registre dans la grande majorité des cas. Dans de rares situations où ceux-ci relèvent du même registre de discours, les points de vue exprimés par les acteurs s'avèrent diamétralement opposés. Le dialogue est absent comme on le constate dans l'exemple relatif à l'interdiction de territoire des personnes ayant occupé un poste de rang supérieur au sein d'un gouvernement.

Pour revenir au registre de discours de CIC, nous avons noté que celui-ci manque de précision dans ses justifications de rejet des demandes des groupes d'intérêts. Il fait souvent référence à des principes généraux de base tels que la justice fondamentale, l'équité dans les procédures, les valeurs canadiennes et la *Charte des droits et libertés*, la sécurité publique, l'uniformité, la clarté et la transparence du processus de prise de décision. De plus, la recherche d'un

juste équilibre entre les deux objectifs du programme d'immigration (par exemple, la clarté du droit et la sécurité publique, ou encore entre la réunion des familles et le respect des conditions requises) est un argument auquel CIC a régulièrement recours pour justifier son refus de suivre les recommandations des groupes. Ce raisonnement apparaît plus comme une échappatoire qu'une réponse adaptée au problème spécifique soulevé.

Parmi les autres motifs de refus donnés par CIC figure l'argument selon lequel la question évoquée par les groupes d'intérêts a déjà fait l'objet de discussions sans qu'un terrain d'entente soit trouvé. Dans d'autres cas, CIC souligne l'inutilité de modifier le règlement qui, selon lui, offre déjà une réponse adéquate aux demandes des groupes. Ainsi CIC fait-il appel à son pouvoir discrétionnaire pour trancher le débat ou alors à la flexibilité du système qui permet aux agents de décider au cas par cas. Nous estimons que derrière ces justifications d'ordre général se trouve la préoccupation de CIC de préserver la stabilité du système d'immigration et notamment d'éviter les risques de fraudes ou les incertitudes dans l'application réglementaire qu'un assouplissement des règles d'admission d'immigrants au Canada pourrait occasionner.

Au cours de la deuxième ronde de consultations, les interactions entre CIC et les intervenants obéissent à des jeux de pouvoir complexes. Cependant, notre recherche révèle que l'espace de délibération entre les acteurs est souvent limité et le dialogue presque inexistant dans certains cas.

Conclusions

Dans le cadre de l'élaboration du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la deuxième ronde de consultations crée un espace communicationnel restreint entre l'autorité réglementaire et les parties prenantes. Les problèmes majeurs pouvant mettre en question le bien-fondé des interventions réglementaires sont rarement évoqués à ce stade, ceux-ci ayant été aplanis par CIC lors de la première ronde de consultations qui suit la prépublication du projet de règlement. En ce sens, la deuxième ronde n'a pas d'impact sur les orientations politiques du gouvernement. De même, la majorité des commentaires formulés par les groupes d'intérêts n'est pas prise en considération et leurs demandes de modifications sont rejetées. Lorsque les demandes sont entièrement ou partiellement retenues, le discours des acteurs ne relève pas toujours du même registre, ce qui nous a amené à conclure que le principal interlocuteur de CIC n'est pas les groupes, mais les haut-fonctionnaires et le ministre de CIC, et par extension le Cabinet et les membres du Parlement faisant partie du Comité permanent sur la Citoyenneté et l'Immigration. On peut par conséquent s'interroger à savoir dans quelle mesure les consultations atteignent leur objectif de renforcer la légitimité démocratique du processus réglementaire.

Cependant, une lecture de nos constatations sous l'angle du pluralisme juridique nous permet d'en tirer d'autres conclusions. En effet, notre méta-cadre d'analyse ne se limite pas à l'analyse des résultats concrets des consultations, mais élargit notre réflexion sur la nature des interactions entre les acteurs et sur l'importance de ce processus dans la production des normes. D'une part, notre recherche fait ressortir que les rapports entre les régulations juridiques

étatique et non étatique s'expriment davantage sous le mode de la complémentarité ou de l'interdépendance que de l'antagonisme⁵⁵. En instaurant un processus de consultations, l'État se voit contraint d'entrer en rapport intelligent avec les autres sources de la normativité sociale, de mettre en œuvre une politique d'inter-normativité⁵⁶. Bien que le dialogue entre CIC et la société civile soit limité au cours de la deuxième ronde, le mécanisme de consultation assure l'existence d'un espace communicationnel réel entre ces acteurs. Comme le décrit Jean-Guy Belley, le principe fondamental de structuration de l'ordre juridique est celui de l'hétéarchie (partage du pouvoir de créer et d'appliquer le droit) plutôt que celui de la hiérarchie. Le droit à élaborer et à mettre en œuvre sera négocié plutôt qu'imposé⁵⁷. Il devient ainsi un mécanisme de concertation entre les politiques publiques de l'État et les stratégies des autres acteurs⁵⁸. Néanmoins, cette « mise en réseau clanique » découle d'une planification stratégique orchestrée et contrôlée au plus haut niveau par les dirigeants des instances concernées. Le fait qu'elle abolit des niveaux d'autorité hiérarchique n'implique pas forcément qu'elle réduit le pouvoir de contrôle des plus hauts dirigeants⁵⁹.

D'autre part, force est de constater que les groupes d'intérêts ont effectivement exercé une influence certaine sur la production du Règlement. Nos résultats s'inscrivent dans une lecture pluraliste des sources du droit. Les consultations dont le but principal est de pallier au manque de légitimité démocratique du processus d'élaboration du Règlement sont à l'origine de la pluralité des modes de production du droit au sein même de leur ordre juridique de référence, celui de l'État⁶⁰. Le processus montre la capacité des groupes d'agir sur la production normative en créant de l'infra-droit qui est le droit de l'autonomie juridique conférée et/ou reconnue par l'État⁶¹. Nous avons noté que certains groupes d'intérêts se distinguent des autres par leur niveau d'organisation et de spécialisation qui les place en haut de l'échelle de « verticalisation de la juridicité non-étatique » à laquelle s'arrime une « horizontalisation de la juridicité étatique » décrite par Jean-Guy Belley⁶². Les deux principaux interlocuteurs de l'autorité réglementaire, le CCR et l'ABC représentent des groupes suffisamment organisés et experts pour centraliser, collectiviser et standardiser des actions individuelles. Ces qualités permettent à ces groupes d'intérêts de produire de l'infra-droit. Le pluralisme juridique peut expliquer ces transformations institutionnelles : « Le pluralisme

⁵⁵ Jean-Guy Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) 18 : 1 *Sociologie et sociétés*, 11–32, 30.

⁵⁶ Jean-Guy Belley, « Gouvernance et démocratie dans la société neuronale », dans Linda Cardinal et Caroline Andrew (dir.), *La démocratie à l'épreuve de la gouvernance*. Ottawa : Les Presses de l'Université d'Ottawa, p. 153, à la page 157.

⁵⁷ *Id.*, à la page 160.

⁵⁸ *Id.*, à la page 148.

⁵⁹ Jean-Guy Belley, « Gouvernance et démocratie dans la société neuronale », Cardinal à la page 163.

⁶⁰ Jean-Guy Belley, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », dans Jean Kellerhals, Dominique Manai, Robert Roth (éds.), *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 135, à la page 136.

⁶¹ *Id.*, à la page 140.

⁶² *Id.*, à la page 148.

juridique relève aujourd'hui du droit organisé, parce qu'il est un régime de droit réservé aux organisations et aux formes de sociabilités formelles (la réglementation) ou informelles (la normativité sociale) qu'elles ont appris à mobiliser au sein d'elles-mêmes et entre elles. »⁶³

Par une analyse du partage de la régulation juridique entre l'État et les autres cadres sociaux⁶⁴, notre recherche fait ressortir la complémentarité du droit étatique avec certaines expressions de la normativité non produites par les instances de l'État, ainsi que l'importance des procédés de coopération entre les acteurs étatiques et la société civile.

Annexe A—Description des documents exclus

Les documents mentionnés ci-dessous n'ont pas fait l'objet d'analyse dans ce rapport. Ceux-ci contiennent des commentaires et revendications semblables sans pour autant offrir une analyse détaillée du règlement.

- *41 lettres type pour le Comité en place sur la citoyenneté et l'immigration*
Il s'agit d'une pétition d'une page sur laquelle le pétitionnaire coche des choix parmi treize propositions indiquées. Dans l'ensemble des lettres type, la note de passage pour immigrer au Canada à titre de travailleur qualifié et de professionnel est jugée trop élevée. Les autres points critiqués sont la rétroactivité (38 lettres, 92 %), le niveau de connaissances linguistiques (33 lettres, 80,5 %), le niveau d'études exigées pour les travailleurs qualifiés (35 lettres, 85,3 %) et les conditions imposées aux demandeurs célibataires (39 lettres, 95,1 %).

Des pétitions « savecanada.com » signées par 251 personnes et déposées auprès de la Chambre des communes. Ces pétitions d'une page chacune ont été émises par un cabinet d'avocats en droit international d'immigration. Elles réclament la non-rétroactivité de la loi et la révision de certains critères d'éligibilité. Un examen des cases consacrées au statut juridique au Canada du pétitionnaire montre que les signataires sont majoritairement des citoyens canadiens (165 personnes, 65,7 % des pétitions). En outre, 58 résidents permanents vivant au Canada (23,1 %), 2 résidents permanents habitant à l'extérieur du Canada (0,79 %) et 26 étrangers souhaitant faire une demande d'immigration au Canada (10,35 %) ont également signé des pétitions.

- *176 lettres types KELLY*

La majorité des lettres contient une seule page adressée à CIC dans le cadre d'une pétition concernant la nouvelle *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). Parmi les points les plus critiqués figurent la rétroactivité (131 lettres, 74,4 %), la note de passage jugée trop élevée (121 lettres, 68,7 %), la situation matrimoniale du demandeur (9 lettres, 5,1 %) et le niveau d'éducation et d'expérience professionnelle (8 lettres, 4,5 %).

⁶³ Id., à la page 161.

⁶⁴ Jean-Guy Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) 18 : 1 *Sociologie et sociétés*, 11–32, 28.

- 306 courriels

Le plus souvent, ils sont rédigés par des candidats à l'immigration qui expliquent leur situation personnelle (130 courriels, 42,4 %). D'autres courriels contiennent des commentaires et des suggestions relatifs à la LIPR. À ceux-ci s'ajoutent 48 lettres ou télécopies exposant des situations personnelles diverses, ainsi que l'effet potentiel du projet de règlement. Ces courriels, lettres et télécopies forment la partie la plus volumineuse de la documentation. Dans les 306 courriels, les questions les plus souvent évoquées sont la rétroactivité de la loi (30 courriels, 9,8 %) et la note de passage (96 courriels, 31,3 %) (auxquels s'ajoutent 39 courriels (13,7 %) contenant les commentaires sur ces deux sujets). De nombreux cas individuels sont exposés où les candidats ont fait leur demande sous l'ancienne législation avant le 15 décembre 2001 et poursuivi le processus sous la nouvelle loi qui s'avère à leur désavantage. L'étude de plusieurs courriels montre que les demandeurs ne se qualifient plus sous la nouvelle loi en raison des exigences plus strictes.

- 26 lettres commentaires

Ces lettres ont été envoyées par des bureaux d'avocats spécialisés en immigration ou des groupes d'intérêts comme la Coalition des Synagogues concernant le droit relatif aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité, *People Organizing Spontaneous Solidarity Efforts*, *Canadian Immigration Policy Council*, *Canadian Ukrainian Immigrant Aid Society*, *Gay Lesbian Bisexual and Transgender Issues*. Ces lettres font environ 200 pages et se concentrent sur certains aspects spécifiques du projet de règlement relatifs au domaine d'activité du bureau d'avocats ou du groupe d'intérêts concerné. Dans les lettres commentaires, la note de passage et la rétroactivité sont les éléments qui sont le plus souvent critiqués. De plus, diverses questions sont soulevées dont la nature restrictive du projet de règlement, les conditions plus strictes imposées aux ressortissants de certains pays pour l'obtention de visa, l'influence négative du projet de règlement sur certains secteurs professionnels dont le tourisme.

Bref, les personnes et les groupes ayant commenté le projet de règlement sont unanimes pour souligner que le changement des conditions de recrutement des travailleurs qualifiés de manière rétroactive a des conséquences négatives non seulement sur les candidats, mais aussi sur les entreprises canadiennes. Ils soutiennent que la rétroactivité ne doit pas être utilisée pour prévenir l'accumulation des demandes d'immigration, ni comme un moyen de contrôler le nombre des travailleurs étrangers. En réponse aux commentaires, CIC a légèrement prolongé la période de transition (31 mars 2003 au lieu du 1er janvier 2003). La note de passage qui est la deuxième question la plus controversée, a été abaissée de 80 à 75 points pour les nouvelles demandes et de 75 à 70 points pour les demandes reçues avant le 1er janvier 2002⁶⁵. Par conséquent, CIC s'est montré réceptif aux arguments des groupes et a cherché un compromis sur ces deux points. Les autres

⁶⁵ *Id.*, p. 231.

questions évoquées dans cette documentation, notamment les critères d'éligibilité pour immigrer au Canada, ont également été relevées par les groupes d'intérêts dont les mémoires seront analysés dans les prochains chapitres.

Annexe B—Liste des groupes d'intérêts (ONG, entreprises ou avocats)

- Accès Canada G. G.
- Association du Barreau Canadien, National Citizenship and Immigration Law Section
- Chamber of Shipping of British Columbia
- Coalition des synagogues concernant le droit relatif aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité
- Coalition of regulatory-related agencies
- Conseil canadien des ingénieurs
- Conseil canadien pour les réfugiés
- Keel Cottrelle LLP
- L. Cormode & Associate Research Services
- Mak and Associates
- Mark & Company Law Corporation
- National Association of Career Colleges
- Ontario Public School Boards' Association
- People Organizing Spontaneous Solidarity Efforts
- Tamwood International College
- The Lesbian & Gay Immigration Task Force
- West Coast Domestic Workers' Association

Annexe C—Détails des résultats des analyses en chiffres

Tableau 1

Total des demandes de modifications acceptées et rejetées par CIC

Demandes pleinement acceptées	Demandes partiellement acceptées	Demandes complètement rejetées	TOTAL
Version finale du Règlement modifiée dans le sens de la demande par rapport au projet de règlement 26 (24,7 %)	Version finale du Règlement partiellement modifiée par rapport au projet de règlement 6 (5,7 %)	Version finale du Règlement reste inchangée par rapport au projet de règlement 73 (70 %)	105 (100 %)

Tableau 1A

Demandes de modifications commentées par CIC et complètement intégrées dans la version finale du RIPR

Modifications matérielles	13
• Accueil des réfugiés (1)	• 1
• Obligations de parrainage (1)	• 1
• Personnes protégées sans papier (1)	• 1
• Permis de travail (1)	• 1
• Permis d'études (2)	• 2
• Fardeau excessif (1)	• 1
• Détention des mineurs (1)	• 1
• Grille de sélection : répartition des points (5)	• 5
Modifications procédurales	7
• Formalités	• 1
• Certification de copies	• 1
• Garanties d'exécution	• 2
• Délais	• 2
• Droit à l'information	• 1
Modifications conceptuelles	3
TOTAL	23 (21,9 %)

Tableau 1B

Demandes de modifications partiellement intégrées dans la version finale du Règlement

Modifications de fond	3
• Frais d'établissement	• 1
• Fonds transférables	• 1
• Champs d'application des infractions	• 1
Modifications procédurales	3
• Choix des organismes (recommandation)	• 1
• Évaluation des risques avant renvoi (dépôt de la demande)	• 1
• Enfants à charge (renseignements dans la demande)	• 1
TOTAL	6 (5,7 %)

Tableau 1C

Demandes de modifications non intégrées dans la version finale du RIPR

Précisions conceptuelles	13
Modifications matérielles	38
• L'autorisation d'entrer au Canada	• 5
• Le visa de résident permanent	• 4
• La sélection des immigrants économiques	• 12

Le tableau continue à la page suivante

Tableau 1C Suite

Précisions conceptuelles	13
<ul style="list-style-type: none"> • La catégorie des réfugiés • Les résidents temporaires et les étudiants • L'interdiction de territoire et le renvoi • Trafic des migrants et responsabilités des transporteurs 	<ul style="list-style-type: none"> • 1 • 5 • 6 • 5
Modifications procédurales	20
<ul style="list-style-type: none"> • Les droits procéduraux • La simplification des formalités • Les formalités pour l'obtention de la carte de résident permanent 	<ul style="list-style-type: none"> • 5 • 10 • 5
TOTAL	71 (67,6 %)

Résumé

L'article porte sur la deuxième ronde de consultations dans le cadre de l'élaboration du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* de 2002 et explore la nature de l'espace communicationnel créé entre l'autorité réglementaire et les groupes d'intérêt. Les auteures examinent dans quelle mesure les consultations atteignent leur but principal de pallier le manque de légitimité démocratique du processus d'élaboration du Règlement. Elles codifient et comparent les arguments invoqués par les groupes d'intérêts dans leurs demandes de modifications et les justifications de CIC. L'analyse des discours des acteurs et celle des résultats des consultations révèlent que l'espace communicationnel est délimité par des règles du jeu préétablies. Ils montrent que les problèmes majeurs pouvant mettre en question le bien-fondé des interventions réglementaires sont rarement évoqués, ceux-ci ayant été aplanis lors de la première ronde de consultations. Les auteures constatent que les rapports entre les réglementations juridiques étatique et non étatique s'expriment davantage sous le mode de la complémentarité ou de l'interdépendance que de l'antagonisme. Elles soutiennent que les groupes d'intérêts exercent une influence certaine sur la production du Règlement. Les consultations sont à l'origine de la pluralité des modes de production du droit au sein même de leur ordre juridique de référence, celui de l'État. L'article fait ressortir la complémentarité du droit étatique avec certaines expressions de la normativité non produites par les instances de l'État, ainsi que l'importance des procédés de coopération entre les acteurs étatiques et la société civile.

Mots clés : Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, consultations, pluralisme juridique, analyse du discours, institutionnalisme

Abstract

This article concerns the second round of consultations on the drafting of the 2002 Immigration and Refugee Protection Regulations. In this context, it explores the nature of the "communication space" within which regulatory authorities and interest groups interact with each other. The authors analyse the extent to which the consultations met their main goal of remedying the lack of democratic legitimacy in the process of drafting the regulations. Both discourse analysis and analysis of the concrete results of the consultations reveal that the "communication space" is shaped

by certain pre-established rules. The authors codify and compare the arguments put forward by interest groups in their proposals for modifications as well as the justifications offered by Citizenship and Immigration Canada. They conclude that issues capable of calling into question the soundness of regulatory interventions, having already been dealt with during the first round of consultations, are seldom raised during the second round. The authors also assert that the relationship between state and non-state actors is complementary and interdependent rather than antagonistic, noting that interventions by interest groups have a real impact on the regulations. Consultation is at the root of plurality of modes of production of law within the legal order of the state. The article highlights the complementary nature of the norms produced by state and other sources of normativity and draws attention to the importance of the cooperation between state and civil society actors.

Keywords: Immigration and Refugee Protection Regulation, consultations, legal pluralism, discourse analysis, institutionalism

Idil Atak
Post-doctorante à la faculté de droit
Université McGill
Montréal (QC)
idil.atak@mail.mcgill.ca

France Houle
Professeure titulaire
Faculté de droit
Université de Montréal
Montréal (QC)