

Réguler l'éthique par le droit¹

Benoît Dubreuil²
(Université de Québec)

I. Introduction

En philosophie, la relation entre le droit et l'éthique fait depuis longtemps l'objet de débats animés. D'un côté, la distinction entre l'éthique et le droit semble claire. Le droit renvoie à la régulation des comportements par la loi – à ce qui est permis, interdit ou exigé d'un point de vue légal – alors que l'éthique renvoie plus largement à la distinction entre le bien et le mal, à ce qu'il convient de faire indépendamment ou au-delà de nos obligations strictement légales. Le droit forme ainsi un mode de régulation externe, hétéronome, déterminé par un appareil juridique et un système explicite de sanctions, alors que l'éthique désigne un domaine d'obligations indépendant de l'appareil juridique, reposant davantage sur le raisonnement personnel et le jugement des pairs. Par exemple, aucune loi ne nous oblige à nous montrer attentifs à nos proches ou à ne pas trahir leur confiance. Pourtant, nous nous y considérons obligés du point de vue de l'éthique. Trahir un ami est rarement acceptable, mais c'est souvent légal.

Malgré cette distinction simple, rares sont ceux qui admettraient une séparation complète entre l'éthique et le droit. Peu de gens adhèrent aujourd'hui à un positivisme naïf qui associerait la validité légale à un simple état de fait. Pour la plupart des philosophes, la validité du droit est étroitement associée à l'utilisation de certains principes ou de certaines contraintes morales dans le raisonnement juridique, bien que l'on ne s'entende pas nécessairement sur

¹ Je remercie Jean-François Grégoire, Guillaume Rousseau et deux évaluateurs anonymes pour leurs commentaires sur une version antérieure de cet article. Cette recherche a été réalisée grâce à une bourse postdoctorale du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada.

² Benoît Dubreuil est chercheur postdoctoral à l'Université du Québec à Montréal. Ses recherches se situent au confluent des sciences cognitives, de la philosophie des sciences sociales et de la philosophie morale et politique. Il a publié les livres *Human Evolution and the Origins of Hierarchies* (Cambridge University Press, 2010), *Elster: Réalité et sciences sociales* (avec Christian Nadeau, Éditions Michalon, 2011), de même que des articles dans plusieurs revues académiques, dont *Current Anthropology*, *Biology and Philosophy* et *Philosophy of the Social Sciences*.

lesquels. Pour être légitime, la contrainte légale doit-elle se limiter à faire respecter un principe général comme le *principe du tort* (dans la tradition libérale) ou peut-elle s'étendre à d'autres comportements jugés moralement indécents dans un contexte social particulier (par exemple, l'homosexualité) ? Malgré la distinction entre les deux domaines, les philosophes du droit reconnaissent généralement que la validité du droit dépend ultimement de ses fondements dans l'éthique.

L'importance de l'éthique dans la justification du droit est un problème ancien ayant reçu beaucoup d'attention en philosophie du droit. Il ne faut cependant pas oublier la relation inverse, celle qui donne au droit un rôle dans la régulation de l'éthique. Depuis quelques décennies, cette relation s'est enrichie considérablement, alors que les législateurs semblent s'intéresser de plus en plus à la régulation par la loi de comportements autrefois compris comme relevant uniquement du domaine de l'éthique. En Amérique du Nord, particulièrement, on peut le voir à travers la multiplication des instruments légaux encadrant les comportements autrefois compris comme « autorégulés », notamment dans le domaine de la politique et de l'administration publique.

Ce développement complexifie considérablement la relation entre l'éthique et le droit. D'une part, nous continuons de considérer la capacité de raisonnement moral des élus, des fonctionnaires et des juges comme essentielle à la production, l'interprétation et l'application de lois valides. De l'autre, le comportement de ces mêmes élus, fonctionnaires et juges fait l'objet d'une régulation légale de plus en plus riche, composée de codes d'éthique et de déontologie, de formations en éthique, de mécanismes de contrôle et de vérification, etc.

Le renforcement de la régulation de l'éthique – c'est-à-dire des mécanismes institutionnels visant à assurer l'intégrité du secteur public – est souvent justifié par des scandales politiques et par l'idée que l'autorégulation des comportements est insuffisante³. Laissés à eux-mêmes, les politiciens ou les fonctionnaires risquent constamment de se placer dans des situations où leur intérêt individuel primera sur l'intérêt public et, ainsi, compromettra l'intégrité du processus législatif et juridique, de même que l'exercice du pouvoir exécutif. Dans cet article, nous nous intéressons aux différentes façons de réguler l'éthique par le droit, en utilisant comme exemple l'évolution récente de la régulation de l'éthique au Québec et au Canada. Cette évolution, alimentée par

³ B. A. Rosenson, *The Shadowlands of Conduct: Ethics and state politics*, Washington, D. C., Georgetown University Press, 2005.

les scandales politiques, a conduit au cours de la dernière décennie à un développement spectaculaire de l'infrastructure de l'éthique, aujourd'hui composée d'une multitude d'instruments légaux et réglementaires.

Ce développement soulève plusieurs questions intéressantes, aussi bien pour les juristes et les politologues que les philosophes. La principale d'entre elles est sans doute de savoir si le renforcement de la régulation de l'éthique permettra d'accroître l'intégrité et la « qualité morale » des processus législatifs et juridiques, de même que celles de l'action des gouvernements et de l'administration publique. Il est pour l'instant impossible de répondre à cette question d'une façon satisfaisante. Cet article ne prétend d'ailleurs pas y arriver, mais propose plutôt une analyse des principales façons par lesquelles le renforcement de la régulation de l'éthique dans un système politique et gouvernemental moderne peut affecter les comportements des acteurs.

Dans un premier temps, nous examinons de façon générale les processus psychologiques pouvant conduire à l'adoption de comportements répréhensibles (1) et les stratégies que nous utilisons pour réguler les comportements (2). Ensuite, nous présentons le cas du renforcement de la régulation de l'éthique au Québec et au Canada afin de montrer que les mécanismes mis en place, malgré leur diversité, cherchent à limiter les comportements répréhensibles de deux principales façons: en favorisant la reconnaissance des règles en vigueur et en augmentant la probabilité de détection et de sanction des comportements déviants (3 et 4). Finalement, nous nous questionnons sur l'efficacité et les effets de la régulation de l'éthique (5) et montrons comment elle est susceptible de modifier les comportements dans un sens contraire à celui souhaité (6).

Sans nier les possibles bienfaits de la régulation de l'éthique, cet article donne du poids à l'idée que son renforcement, tout en complexifiant considérablement la relation entre l'éthique et le droit, est susceptible de s'accompagner d'effets secondaires imprévisibles, difficiles à mesurer et rendant particulièrement ardue l'évaluation de l'efficacité d'une régulation de l'éthique par le droit.

II. Des différentes façons de transgresser une règle

Si nous pouvons parler en général de transgressions de l'éthique, cela ne signifie pas que toutes les transgressions soient identiques les unes aux autres, ou qu'elles découlent toutes d'un seul et même processus psychologique. La

personne qui transgresse une règle de l'éthique peut passer par des états psychologiques distincts. Au niveau le plus général, nous aimerions distinguer deux façons de transgresser une règle. Dans la première, l'individu est conscient qu'il transgresse une règle, mais il juge que le jeu en vaut la chandelle, soit parce que le gain résultant de la transgression est important, soit parce que le risque de détection est faible. Dans le deuxième cas, l'individu n'a pas conscience d'enfreindre une règle et agit sans mauvaise intention. Dans le domaine politique, par exemple, les comportements inappropriés s'expliquent parfois par le fait que les élus ou les fonctionnaires ont tendance à se représenter différemment les situations et à sous-estimer les exigences de la population en matière d'éthique⁴. Dans la réalité, de nombreuses situations ne sont pas aussi tranchées. Il existe en effet un continuum entre ces deux extrêmes: la conscience n'est pas une affaire de tout ou rien et une transgression peut être plus ou moins consciente.

Nous aimerions également distinguer deux sous-catégories de transgression. Dans la première, l'individu se doute que son action est inappropriée, mais la situation est suffisamment ambiguë pour qu'il puisse finalement se convaincre qu'elle est admissible. Le processus psychologique à l'œuvre est alors la *duperie de soi* qui fonctionne à peu près de la manière suivante:

- J'ai un doute qui me fait penser que mon action puisse être inappropriée.
- Cette croyance entre en conflit avec mon désir que mon action soit appropriée.
- Je trouve un indice m'incitant à penser que mon action est appropriée.
- J'augmente le poids de cet indice dans mon raisonnement.
- Je me convaincs que mon action est tout à fait appropriée.

Comme le précise Jon Elster, la duperie de soi n'implique pas « l'adhésion simultanée à deux croyances contradictoires, l'une consciente et l'autre inconsciente. Lorsque l'évaluation initiale des probabilités est remplacée par une autre, la *première disparaît pour de bon* plutôt que d'être simplement reléguée à l'inconscient »⁵. La transgression reposant sur la duperie de soi

⁴ M. Mancuso, M. M. Atkinson, A. Blais, I. Greene et N. Nevitte, *A Question of Ethics: Canadians Speak Out*, Toronto, Oxford University Press, 2006.

⁵ J. Elster, *Explaining Social Behavior: More Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 142. Nous traduisons.

ressemble donc fortement à la transgression inconsciente, bien qu'elle découle d'un cheminement psychologique plus tortueux, où le désir que l'action soit appropriée entre en conflit avec le doute du fait qu'elle le soit.

Une deuxième sous-catégorie apparaît là où celui qui transgresse une règle sait que son action est inappropriée, mais se convainc qu'en cas de détection, il pourra la présenter d'une façon acceptable. Le processus psychologique est alors le suivant:

- Je sais que mon comportement est inapproprié
- Je sais que le risque de détection est réel
- Je sais qu'en cas de détection, je pourrai présenter mon action comme conforme à la règle
- Je me convaincs que le risque de sanction est négligeable

Ce mode de transgression est particulièrement probable dans les situations complexes ou ambiguës qu'il est possible de se représenter de différentes manières. Pour utiliser l'expression du politologue Christopher Hood, il s'agit de situations où les acteurs ont accès à différentes « stratégies présentationnelles »⁶. Ils peuvent, par exemple, nier qu'une action ait eu des conséquences nuisibles, insister sur ses effets positifs, ou encore, remettre en question la relation causale entre l'action et la conséquence néfaste. Il s'agit d'une forme de transgression consciente, mais impliquant cette fois la *duperie d'autrui*.

Tableau 1. Quatre manières de transgresser une règle

	Transgression inconsciente	Transgression inconsciente avec duperie de soi	Transgression consciente avec duperie d'autrui	Transgression consciente
Contexte privilégié	Non-reconnaissance de la règle	Faible reconnaissance de la règle	Plusieurs modes de présentation disponibles	Faible risque de détection

⁶ C. Hood, *The Blame Game: Spin, Bureaucracy, and Self-preservation in Government*, Princeton, Princeton University Press, 2010, pp. 17-22.

Le tableau 1 présente de façon synthétique quatre modes principaux de transgression des règles. Pour être efficace, la régulation de l'éthique doit en tenir compte. On ne prévient pas en effet les comportements répréhensibles d'une seule et même façon, peu importe le processus qui les produit.

III. Comment réguler les comportements

Avant de montrer comment la régulation de l'éthique s'attaque aux transgressions, nous souhaitons distinguer deux grandes catégories d'approches permettant, en général, d'assurer la conformité des comportements aux normes. Ces deux catégories coïncident avec les deux grands types de transgression dont nous venons de parler (conscientes et inconscientes). La première catégorie, visant de façon prioritaire les transgressions inconscientes, consiste à favoriser chez l'acteur la reconnaissance de la règle devant s'appliquer à une situation. La deuxième, visant plutôt les transgressions conscientes, consiste à accroître la probabilité que le comportement inapproprié soit détecté ou puni. Examinons ces deux types d'approches tour à tour.

3.1 Favoriser la reconnaissance des règles

Les études expérimentales réalisées par les psychologues et les économistes sur la prise de décision nous ont permis de comprendre à quel point celle-ci est sensible à la façon dont un sujet se représente une situation. Le contexte a une influence décisive sur la façon dont nous nous représentons les choses et détermine ainsi en grande partie notre comportement. Lorsque nous sommes confrontés à une situation, nous la décodons en fonction de ce que Cristina Bicchieri appelle des « scripts », c'est-à-dire des scénarios stéréotypés décrivant le rôle des acteurs en présence et les actions appropriées au contexte⁷.

Ces scripts sont emmagasinés dans notre mémoire à long terme et correspondent à ce que l'on appelle communément des « normes sociales ». Ils nous permettent d'inférer *qui* doit faire *quoi* dans *quelles* circonstances. Nous savons, par exemple, que nous devons répondre aux gens qui nous saluent, que nous devons éviter d'interrompre les gens qui nous parlent, ou que nous devons éviter d'être en retard à nos rendez-vous. Dans la plupart des interactions de la vie courante, les acteurs s'entendent sur les obligations en vigueur et les rôles

⁷ C. Bicchieri, *The Grammar of Society: The Nature and Dynamics of Social Norms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 94.

qu'ils doivent jouer. Nous nous attendons à ce qu'autrui réponde à nos salutations et, la plupart du temps, nous ne sommes pas déçus.

Toutes les situations ne sont cependant pas ainsi. Confrontés à une même situation, des acteurs peuvent se représenter de façon divergente leurs rôles et leurs obligations. Cette divergence peut découler de plusieurs facteurs, que ce soit leur expérience passée, leur état émotionnel, ou encore leur intérêt. Dans certains cas, un acteur peut tout simplement ignorer la règle qui s'applique à une situation (par exemple, il ignore qu'il doit saluer les gens). Dans d'autres, il connaît la règle mais ne voit pas comment elle s'applique à sa situation particulière (il ne reconnaît pas, par exemple, qu'il se trouve en conflit d'intérêt). Comme le remarque Bicchieri, les interprétations divergentes deviennent particulièrement probables dans les situations se prêtant à de multiples interprétations⁸. On peut penser aux situations où il est particulièrement difficile d'évaluer les conséquences des actions et les intentions des acteurs. Dans ces situations, soutient Bicchieri, nous sommes susceptibles de nous représenter les choses de la manière qui nous convient le plus⁹. C'est ce que les psychologues appellent le « biais d'autocomplaisance ». Il nous conduit, par exemple, à nous représenter les conséquences favorables de nos actions comme découlant de notre vertu ou de notre habileté, mais leurs conséquences défavorables comme le fruit de la malchance ou des circonstances.

On comprend que ce biais, dans une situation où les acteurs ont des intérêts contradictoires, peut aisément conduire à des conflits en matière d'éthique. Si chacun interprète la situation de la façon qui lui convient davantage, il est peu probable qu'on se satisfasse du comportement d'autrui. Le problème est évidemment omniprésent dans le domaine public, où l'intérêt du citoyen est souvent en tension avec celui des fonctionnaires ou des élus qui, d'un côté, doivent représenter et défendre l'intérêt public, mais qui, de l'autre, sont souvent en mesure d'en tirer un profit personnel.

Une manière simple et évidente d'éviter les problèmes de cadrage consiste à favoriser la reconnaissance de la règle par les acteurs en présence et ainsi réduire le risque de transgressions inconscientes. Cela peut se faire en précisant la règle en vigueur dans chaque contexte et en attirant l'attention des acteurs sur cette règle. En rendant plus saillante les règles en vigueur, on accroît la probabilité que les acteurs interprètent les situations complexes de façon

⁸ *Ibid.*, p. 101.

⁹ *Ibid.*, p. 133.

similaire.

Dans une série d'expériences, par exemple, Robert Cialdini et ses collègues ont montré que le fait d'attirer l'attention de sujets sur la norme en vigueur – en l'occurrence, la norme interdisant de jeter des débris au sol dans un parc public – réduisait considérablement la probabilité que les individus se comportent de façon répréhensible¹⁰. De même, Harvey et Enzle ont montré que le fait de voir un individu refuser ostensiblement son aide à une personne en difficulté avait un impact favorable sur la probabilité que le sujet offre son aide¹¹. Dans ce cas, la transgression des attentes normatives contribue à rendre les règles plus saillantes à l'observateur.

Une grande partie de notre vie morale consiste à clarifier les normes en vigueur dans les contextes particuliers, de façon à réduire le risque que les gens commettent inconsciemment des actions répréhensibles. Nous opérons en grande partie ces clarifications à travers des discussions informelles: nous échangeons sur les intentions des acteurs, sur les conséquences de leur action, sur ce qu'il convient de faire dans telles ou telles circonstances, etc. Nous utilisons également des stratégies visant à rendre saillantes les normes qui, selon nous, doivent s'appliquer aux différents contextes d'action. Notre environnement visuel n'est-il pas rempli d'affiches ou signaux nous rappelant à chaque instant quelle action est interdite ou autorisée ? La régulation de l'éthique, nous le verrons, s'appuie sur les mêmes stratégies.

3.2 Accroître la probabilité de détection et de sanction

Une deuxième manière de réguler le comportement consiste à accroître la probabilité que les actions répréhensibles soient punies. Risquant de voir son inconduite sanctionnée, l'individu est moins susceptible de s'engager dans un comportement répréhensible, du moins consciemment. Sur le plan conceptuel, on peut distinguer la *détection* et la *sanction* des transgressions. La détection survient lorsqu'autrui identifie une de nos actions comme répréhensible, alors que la sanction survient lorsqu'on nous inflige une pénalité (physique, monétaire ou affective) en réponse à cette action.

¹⁰ R. B. Cialdini, C.A. Kallgren et R. R. Reno, « A Focus Theory of Normative Conduct: A Theoretical Refinement and Reevaluation of the Role of Norms in Human Behavior », in M. Zanna (dir.), *Advances in Experimental Social Psychology*, Vol. 24, New York, Academic Press, 1991, pp. 201-234.

¹¹ M. D. Harvey et M. E. Enzle, « A Cognitive Model of Social Norms for Understanding the Transgression-helping Effect », *Journal of Personality and Social Psychology*, 1981, 41, pp. 866-875.

En pratique, la détection et la sanction sont toutes deux importantes dans la régulation des comportements. Dans les jeux économiques expérimentaux, et notamment dans les « jeux de contribution à un bien public », on peut voir à quel point les individus sont sensibles à la sanction. Dans ce type d'expériences, quatre joueurs reçoivent au départ un montant d'argent (disons 10 euros) et ont la possibilité à chaque tour d'en investir une partie dans un « bien public ». Après chaque tour, l'expérimentateur multiplie la valeur investie dans le bien public par deux ou trois et la redistribue également entre les différents joueurs. Ce cadre expérimental a un intérêt évident: il permet de créer un conflit entre l'intérêt individuel (à contribuer le moins possible) et l'intérêt collectif (à maximiser les contributions au bien public).

Dans une expérience désormais classique, Fehr et Gächter ont mesuré l'impact qu'avait la possibilité de punition sur la coopération dans un jeu de contribution à un bien public¹². Après chaque tour, ils ont en effet donné la possibilité aux joueurs d'utiliser une partie de leur argent pour « punir » les autres joueurs, c'est-à-dire pour leur faire perdre de l'argent. L'effet fut considérable. Dans le traitement sans punition, la valeur des contributions au bien public est relativement importante au premier tour, mais diminue rapidement alors que le jeu avance. Dans la situation où la punition est possible, l'effet observé est tout à fait différent: plutôt que de diminuer avec le temps, la valeur moyenne des contributions augmente et se maintient à un niveau très élevé jusqu'à la fin du jeu.

L'impact ici est bien celui de la sanction et non de la détection des comportements répréhensibles. Dans le traitement habituel, les comportements opportunistes étaient en effet repérés, mais ils ne pouvaient pas faire l'objet de sanction. Dans l'expérience de Fehr et Gächter, en revanche, la possibilité de sanction incitait les joueurs à adopter un comportement collectivement plus avantageux. En cas de non-coopération, ils subissaient une « perte matérielle ». On ne peut cependant réduire l'efficacité de la punition à cet intérêt matériel, comme ont parfois eu tendance à le faire les premiers promoteurs de l'analyse économique du droit¹³. Comme le souligne justement Jon Elster, la punition s'accompagne d'un aspect affectif souvent déterminant¹⁴. En payant pour punir

¹² E. Fehr et S. Gächter, « Altruistic Punishment in Humans », *Nature*, 2002, 415, pp. 137-140.

¹³ Voir à ce sujet Tomas S. Ulen, « Rational Choice Theory in Law and Economics », in B. Bouckeart et G. De Geest (dir.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham/Northampton, Edward Edgar, 2000, pp. 790-818.

¹⁴ J. Elster, *Alchemies of the Mind: Rationality and the Emotions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 146.

autrui, nous lui signalons d’abord et avant tout notre désapprobation. Plus la sanction m’est coûteuse, plus elle est susceptible de traduire mon mépris et mon désir d’attiser la honte du fautif.

Erte Xiao et Daniel Houser ont utilisé un jeu d’ultimatum pour montrer à quel point l’expression des émotions était importante pour la punition¹⁵. Dans un jeu d’ultimatum typique, un joueur A doit choisir de partager un montant initial de 10 euros entre lui et un joueur B. Dans un deuxième temps, le joueur B doit choisir s’il accepte ou refuse le partage effectué par A. S’il l’accepte, le partage prévaut. S’il le refuse, les deux joueurs se retrouvent les mains vides. Si les joueurs ne cherchaient qu’à maximiser leurs gains monétaires, le jeu mènerait à un équilibre simple. A offrirait à B le plus petit montant supérieur à 0 et B l’accepterait. Or, dans la réalité, une proportion importante de joueurs refusent les montants inférieurs à 20-30% du montant total.

Xiao et Houser ont eu l’idée originale d’offrir aux joueurs B une possibilité supplémentaire: celle d’écrire un petit message au joueur A. Ils ont constaté que, dans cette condition expérimentale, les joueurs confrontés à un partage inéquitable étaient beaucoup plus susceptibles de l’accepter, mais ceux qui l’acceptaient ne manquaient pas d’envoyer au joueur A un court message dans lequel ils exprimaient leur mécontentement. En d’autres termes, plutôt que d’exprimer leur désapprobation par le biais d’une punition matérielle, ils le faisaient avec des mots.

La sensibilité à la désapprobation explique sans doute pourquoi nous ne sommes pas seulement sensibles au risque de sanction, mais également au simple risque de *détection* de nos fautes. On peut le voir en examinant les expériences économiques réalisées avec le jeu du dictateur. Dans ce type d’expérience, un sujet doit généralement partager une allocation de 10 euros entre lui et un second joueur anonyme. Bien que le « dictateur » peut choisir de garder la totalité de l’allocation pour lui-même, la plupart des sujets offrent une partie de l’allocation au second joueur, avec un don moyen variant entre 20% et 30%. Dans une version célèbre de cette expérience, Haley et Fessler ont montré que le simple fait d’ajouter sur un écran d’ordinateur le dessin d’une paire de yeux fixant les participants augmentait de façon importante leur générosité dans un jeu économique¹⁶. Dans cette expérience, les sujets ne courraient pourtant aucun risque réel de sanction, mais se montraient néanmoins sensibles au signal

¹⁵ E. Xiao et D. Houser, « Emotion Expression in Human Punishment Behavior », *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2005, 102/20, pp. 7398-7401.

¹⁶ K. J. Haley et D. M. T. Fessler, « Nobody’s Watching? Subtle Cues Affect Generosity in an Anonymous Economic Game », *Evolution and Human Behavior*, 2005, 26, pp. 245-256.

social de la désapprobation.

Jason Dana et ses collègues ont également montré l'importance de la détection dans une autre variante du jeu du dictateur¹⁷. Contrairement au jeu classique, ils ont offert aux dictateurs une possibilité supplémentaire, celle de payer 1\$ pour ne pas participer au jeu (et recevoir ainsi 9\$). Si le dictateur choisit cette option, le deuxième joueur n'est pas informé de sa décision. Dana et ses collègues ont découvert que le tiers des dictateurs choisissaient cette option, alors qu'ils auraient pu simplement accepter de jouer le jeu et garder le 10\$ pour eux. En d'autres mots, plusieurs dictateurs se sont montrés prêts à payer pour éviter que le deuxième joueur ne soit informé de leur avarice, c'est-à-dire pour accéder à un contexte de choix où ils pouvaient masquer leur pingrerie au regard d'autrui.

Nous verrons plus loin comment les mécanismes de la régulation de l'éthique cherchent souvent à exploiter cette sensibilité à la désapprobation et cette crainte de la sanction.

IV. La réforme de l'infrastructure de l'éthique au Québec et au Canada

Dans cette section, nous utiliserons certaines réformes québécoises et canadiennes récentes pour illustrer les mécanismes qui peuvent être mis en place afin de réguler les comportements répréhensibles. Nous commençons par retracer brièvement le contexte ayant mené au renforcement de l'infrastructure de l'éthique au Québec et au Canada, puis nous illustrons de quelles manières les mécanismes mis en place viennent favoriser la reconnaissance des règles et accroître le risque de détection et de sanction des comportements répréhensibles.

Si de nombreux instruments de régulation de l'éthique (lois, règlements, politiques, mécanismes de surveillance, etc.) étaient en place au Québec et au Canada avant les années 2000, la période allant de 2000 à 2010 a été marquée par une expansion considérable de cette infrastructure. Contrairement à la situation qui prévalait il y a à peine une décennie, une régulation complexe prétend aujourd'hui encadrer les comportements de la quasi-totalité des acteurs publiques et para-publics canadiens et québécois. Comme c'est souvent le cas avec les réformes dans le domaine de l'éthique¹⁸, l'expansion de l'infrastructure

¹⁷ J. Dana, R. Weber et J. X. Kuang, « Exploiting Moral Wriggle Room: Behavior Inconsistent with a Preference for Fair Outcomes », *Economic Theory*, 2007, 33, pp. 67-80.

¹⁸ B. A. Rosenson, *The Shadowlands Of Conduct: Ethics And State Politics*, Washington, D. C.,

québécoise et canadienne s'est largement inscrite dans la foulée de scandales ayant secoué la classe politique.

Dans le cas du gouvernement provincial québécois, deux principales phases de réforme doivent être distinguées. La première a eu lieu au début des années 2000, dans les dernières années du gouvernement du Parti québécois (1994-2003). Pour une part, les changements de régulation qu'on y a observés ont découlé d'un processus de modernisation de la fonction publique (par exemple, l'adoption en 2002 du Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique et de la Déclaration de valeurs de l'administration publique). Pour une autre part, cependant, les réformes doivent être interprétées dans la foulée de l'affaire « Oxygène 9 », un scandale impliquant une firme de lobbysme fondé par d'anciens cadres politiques du Parti québécois et ayant tiré profit de liens étroits avec un ministre du gouvernement¹⁹. Si les principaux protagonistes de l'affaire ne semblent avoir enfreint aucune règle formelle, le cas « Oxygène 9 » a clairement révélé un déficit en matière de régulation de l'éthique. En réponse au scandale, le gouvernement du Québec a adopté en 2002 la Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbysme²⁰, qui instituait notamment un poste de commissaire au lobbysme, lui-même en charge de préparer un Code de déontologie des lobbystes (adopté en 2004).

Une seconde phase de renforcement du dispositif de l'éthique québécois est survenue plus récemment, en 2010, dans la foulée d'une série d'allégations de collusion et de corruption (entre autres dans l'attribution des contrats publics dans l'industrie de la construction), ayant touché le milieu politique municipal et le gouvernement du Parti libéral du Québec (au pouvoir depuis 2003). Cette suite de scandales a conduit à l'adoption de la Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale²¹, obligeant chacune des municipalités du Québec à se doter de codes d'éthique et de déontologie, aussi bien pour les élus que pour les employés municipaux, de même qu'à l'adoption du Code d'éthique et de déontologie des membres de l'Assemblée nationale²² et la création d'un poste de Commissaire à l'éthique et à la déontologie chargé d'en assurer l'application.

Du côté du gouvernement fédéral du Canada, des réformes importantes

Georgetown University Press, 2005.

¹⁹ Pour une présentation détaillée, voir Y. Boisvert (dir.), *Scandales politiques*, Montréal, Liber, 2009.

²⁰ *Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbysme*, L.R.Q., ch. T-11.011.

²¹ *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*, L.Q., 2010, ch. 27.

²² *Code d'éthique et de déontologie des membres de l'Assemblée nationale*, L.Q., 2010, ch. 30.

ont été mises en place également dans le cadre du processus de modernisation de la fonction publique (par exemple, l'adoption en 2003 du Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique²³), mais les plus grands changements sont survenus dans la foulée du « scandale des commandites » ayant marqué le gouvernement du Parti libéral du Canada dans les dernières années de son règne (1993-2006). Le scandale, l'un des plus importants de l'histoire du Canada, éclata à la suite de la mise à jour d'un système de corruption au sein d'un programme d'attribution de commandites mis en place par le gouvernement du Canada à la suite du référendum sur la souveraineté du Québec, en 1995, afin d'accroître la visibilité du Canada au Québec²⁴. Le scandale, qui a fortement ébranlé le gouvernement canadien, a justifié l'adoption en 2004 d'une Politique de divulgation proactive des frais de voyage, des contrats, des subventions et des contributions gouvernementales, de même qu'à la création d'un poste de commissaire à l'éthique, dépendant du Parlement et chargé d'appliquer, entre autres, le nouveau Code régissant les conflits d'intérêts des députés²⁵.

Plus largement, le scandale a permis au nouveau gouvernement conservateur, élu en 2006, d'adopter la Loi fédérale sur la responsabilité²⁶ qui est venue renforcer la presque totalité de l'infrastructure de l'éthique fédérale. Depuis cette réforme majeure, le Canada dispose entre autres d'une nouvelle Loi sur les conflits d'intérêts²⁷, d'une Loi sur le lobbying²⁸ et d'une Loi prévoyant un mécanisme de divulgation des actes répréhensibles et de protection des divulgateurs dans le secteur public²⁹. La Loi sur la responsabilité a aussi conduit à la création d'un poste de commissaire aux conflits d'intérêt et à l'éthique, d'un poste de commissaire au lobbying et d'une Commission des nominations politiques.

Si les textes et les structures créés ou modifiés par les réformes québécoises et canadiennes sont multiples, les façons par lesquelles ils cherchent à réguler les comportements se laissent aisément regrouper sous les deux grandes stratégies présentées plus haut: soit ils cherchent à favoriser la

²³ Gouvernement du Canada, *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique fédérale*, 2003.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Chambre des communes du Canada, *Règlement de la Chambre des communes incluant le Code régissant les conflits d'intérêts des députés*, décembre 2010.

²⁶ *Loi sur la responsabilité*, L.C. 2006, ch. 9.

²⁷ *Loi sur les conflits d'intérêts*, L.C. 2006, ch. 9, art. 2.

²⁸ *Loi sur le lobbying*, L.R.C. 1985, ch. 44 (4e suppl.).

²⁹ *Loi prévoyant un mécanisme de divulgation des actes répréhensibles et de protection des divulgateurs dans le secteur public*, L.C. 2005, ch. 46.

reconnaissance de la règle, soit ils visent à accroître le risque de détection et de sanction des comportements répréhensibles. Examinons tour à tour comment ils s'y prennent.

4.1 Favoriser la reconnaissance de la règle

Nous aimerions distinguer deux façons par lesquelles la régulation de l'éthique cherche à favoriser la reconnaissance des règles par les acteurs. La première porte sur les contenus et consiste à expliciter les valeurs, principes ou règles devant guider les comportements. La seconde consiste à obliger (ou inciter) les acteurs à participer à des activités susceptibles de les amener à reconnaître les règles s'appliquant à leur situation.

L'explicitation des contenus se fait généralement dans le cadre de documents tels que les énoncés de valeurs ou les codes d'éthique ou de déontologie. Les contenus qui y sont présentés possèdent différents niveaux de généralité. Au sommet, l'on retrouve généralement les valeurs ou grands principes devant guider le comportement des acteurs. On soulignera, par exemple, que

« [les] fonctionnaires, dans l'exercice de leurs fonctions et dans leur conduite professionnelle, seront guidés par un cadre équilibré de valeurs de la fonction publique: les valeurs démocratiques, professionnelles, liées à l'éthique et liées aux personnes. Ces familles de valeurs ne se distinguent pas les unes des autres mais se chevauchent. Elles sont des points de convergence qui permettent d'observer l'univers des valeurs de la fonction publique »³⁰.

En principe, les énoncés de valeurs ou les principes très généraux doivent servir à interpréter les règles déontologiques plus concrètes, mais il est difficile de déterminer dans quelle mesure ils influencent réellement le comportement. D'un côté, on peut penser que ces énoncés sont assez peu informatifs et ne font généralement qu'expliquer des valeurs et principes allant de soi, sans préciser comment ils peuvent s'appliquer à des situations concrètes, nécessairement complexes. De l'autre, leur présence signale l'intérêt que porte l'organisation à l'éthique, ce qui peut s'avérer suffisant pour influencer le comportement dans le sens désiré.

³⁰ Gouvernement du Canada, *Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique fédérale*, 2003, p. 7.

Si les codes d'éthique et de déontologie comprennent des énoncés de valeurs et des principes très généraux, l'essentiel de leur contenu est néanmoins composé de prescriptions beaucoup plus concrètes. Les prescriptions relatives aux conflits d'intérêt en sont un exemple. Une proportion considérable des problèmes d'éthique dans le secteur public est reliée aux conflits d'intérêts réels ou apparents, c'est-à-dire aux situations où le titulaire d'une charge publique se trouve en position de prendre une décision dont lui ou ses proches pourraient profiter.

Très souvent, le conflit d'intérêt survient sans que l'individu fautif n'ait conscience d'enfreindre une règle. Par exemple, là où le public aura tendance à voir un geste de favoritisme envers un proche, l'élu ou le fonctionnaire ne verra qu'une action désintéressée répondant aux impératifs dictés par l'amitié, les liens familiaux ou, même, l'intérêt public. Dans une situation de conflit d'intérêt, l'individu qui a un doute sur le caractère approprié de son action a aussi souvent une bonne raison de se duper lui-même. Cette raison peut être de nature matérielle, lorsqu'il s'agit pour lui de tirer un bénéfice direct d'une transaction, ou émotionnelle, lorsqu'il s'agit de favoriser un proche avec qui il entretient une relation de confiance, d'amitié ou d'endettement.

Considérant le rôle prépondérant des conflits d'intérêts dans les scandales politiques, il n'est pas étonnant que la régulation de l'éthique cherche à s'y attaquer de front. Une première manière d'y arriver consiste à accroître les standards en matière d'éthique, par exemple, en enlevant aux titulaires de charge publique le bénéfice du doute. Les lois sur l'éthique définissent ainsi souvent le simple fait de se trouver en situation de conflit d'intérêt comme une faute, au même titre que le fait de prendre une décision guidée par son intérêt. La Loi fédérale sur la responsabilité, par exemple, précise que:

« 5. Le titulaire de charge publique est tenu de gérer ses affaires personnelles de manière à éviter de se trouver en situation de conflit d'intérêt.

6. (1) Il est interdit à tout titulaire de charge publique de prendre une décision ou de participer à la prise d'une décision dans l'exercice de sa charge s'il sait ou devrait raisonnablement savoir que, en prenant cette décision, il pourrait se trouver en situation de conflit d'intérêt »³¹.

De telles règles, plus exigeantes que la simple obligation d'éviter de prendre

³¹ *Loi fédérale sur la responsabilité*, L. C. 2006, c. 9, art 5-6.

des décisions intéressées, aident les acteurs à comprendre quel est leur devoir. Comme la présence d'un conflit d'intérêt est plus facile à déterminer que celle d'une décision intéressée, la probabilité est plus élevée que les acteurs impliqués se représentent la situation de façon similaire.

Il existe d'autres manières d'accroître les standards en matière d'éthique afin de limiter les conflits d'intérêt. L'une d'entre elles consiste à encadrer le droit du titulaire d'une charge publique d'accepter des cadeaux dans le cadre de ses fonctions. L'acceptation de dons et de cadeaux est intrinsèquement risquée du point de vue de l'éthique. D'un côté, il existe une norme sociale obligeant les gens à accepter les cadeaux. Le fait de refuser un cadeau est en effet perçu comme un affront dans la vie courante. Pourquoi en irait-il autrement pour le titulaire d'une charge publique ? De l'autre côté, il y a souvent un risque que le cadeau soit perçu comme un paiement reçu par le titulaire d'une charge publique en échange d'une faveur.

Le risque vient du fait que l'intérêt matériel aussi bien que la bienséance poussent le titulaire d'une charge publique à se placer dans une situation soulevant un doute sur son indépendance. Afin de contrer ce risque, certains législateurs, notamment aux États-Unis, ont interdit aux fonctionnaires d'accepter des cadeaux. Comme cette interdiction complète est souvent perçue comme excessive, obligeant même les fonctionnaires à refuser des marques bénignes d'hospitalité ou de gratitude³², d'autres législateurs ont préféré encadrer plutôt qu'interdire l'acceptation de cadeaux. Au Québec, par exemple, la Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale permet au titulaire d'une charge publique d'accepter les cadeaux n'étant pas susceptibles d'influencer son jugement, mais l'oblige à divulguer ceux dont la valeur est supérieure à un certain montant:

« ...tout don, toute marque d'hospitalité ou tout autre avantage reçu par un membre d'un conseil de la municipalité et qui n'est pas de nature purement privée [...] doit, lorsque sa valeur excède celle que doit fixer le code, laquelle ne peut être supérieure à 200 \$, faire l'objet dans les 30 jours de sa réception d'une déclaration écrite par ce membre auprès du greffier ou du secrétaire-trésorier de la municipalité. Cette déclaration doit contenir une description adéquate du don, de la marque d'hospitalité ou de l'avantage reçu et préciser le

³² K. G. Denhardt et S. C. Gilman, « In Search of Birtue: Why ethics policies spawn unintended consequences », in H. G. Frederickson et R. K. Ghere (dir.), *Ethics in Public Management*, Armonk (NY), M. E. Sharpe, 2005, pp. 259-276.

nom du donateur ainsi que la date et les circonstances de sa réception»³³.

L'acceptation de cadeaux crée une situation ambiguë où l'obligation de bienséance entre en conflit avec celle d'indépendance. La régulation de l'éthique s'attaque au problème en traçant une ligne plus ou moins arbitraire entre ce qui doit faire l'objet d'une divulgation et ce qui ne le doit pas. Si cette solution semble quelque peu bancale, elle permet néanmoins de préserver un certain équilibre entre des valeurs également considérées importantes, tout en réduisant le problème d'ambiguïté.

La régulation de l'éthique ne se contente généralement pas d'explicitement des valeurs, principes ou règles. Elle met aussi en place des mécanismes visant à inciter les acteurs publics à prendre conscience des règles s'appliquant à leur situation concrète. L'objectif de ces mécanismes est clairement de diminuer le risque de transgression inconsciente, avec ou sans duperie de soi.

Un premier exemple de mécanisme consiste à obliger le titulaire d'une charge publique à suivre une formation en éthique afin de se familiariser avec les règles en vigueur dans l'organisation, de même qu'avec leur interprétation. On retrouve une telle obligation, par exemple, dans la Loi québécoise sur l'éthique et la déontologie en matière municipale:

« Tout membre d'un conseil d'une municipalité qui n'a pas déjà participé à une formation sur l'éthique et la déontologie en matière municipale doit, dans les six mois du début de son mandat, participer à une telle formation. Cette formation doit notamment viser à susciter une réflexion sur l'éthique en matière municipale, favoriser l'adhésion aux valeurs énoncées par le code d'éthique et de déontologie et permettre l'acquisition de compétences pour assurer la compréhension et le respect des règles prévues par celui-ci »³⁴.

Un mécanisme similaire consiste à instituer au sein de l'organisation un poste de conseiller ou de commissaire, responsable de prévenir les problèmes éthiques. C'est ce qu'a fait, par exemple, le gouvernement du Québec en instituant au sein de la fonction publique un réseau de « répondants en éthique », dont la fonction se décrit de la façon suivante :

³³ *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*, L. Q. 2010, c. 27, art. 6.

³⁴ *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*, L. Q. 2010, c. 27, art. 15.

« Le répondant en éthique est généralement un employé du ministère ou de l'organisme qui a pour mission d'y implanter et d'y soutenir une culture éthique, par exemple en fournissant de l'information, en suscitant une réflexion sur les valeurs de l'organisation, en assurant la promotion de l'intégration de ces valeurs dans les pratiques quotidiennes et en offrant de la formation. Il est aussi chargé de remplir un rôle de conseiller individuel auprès de ses collègues qui font face à des problèmes de nature éthique »³⁵.

L'institution d'un répondant en éthique, tout comme la formation en éthique, permet non seulement de diffuser les contenus explicités dans les codes d'éthique, mais amène également les acteurs à réfléchir à la façon dont ces règles sont susceptibles de s'appliquer à leur situation. En d'autres mots, ces mécanismes contribuent à réduire le risque de transgression inconsciente, que ce soit en rendant les règles plus saillantes ou, par l'intervention d'un formateur ou d'un conseiller à l'éthique, en faisant en sorte que l'interprétation qu'en fait les acteurs coïncide avec celle souhaitée par l'organisation.

Une manière légèrement différente de favoriser la reconnaissance de la règle consiste à obliger l'individu qui accède à une charge publique de prêter un serment dans lequel il s'engage à respecter certaines règles ou principes. La Loi sur l'emploi dans la fonction publique du Canada, par exemple, oblige les nouveaux fonctionnaires à faire l'affirmation suivante:

« J'affirme solennellement que je remplirai fidèlement et honnêtement les fonctions que me confère mon emploi dans la fonction publique du Canada et que, sauf autorisation expresse, je ne révélerai rien de ce qui sera parvenu à ma connaissance en conséquence de cet emploi »³⁶.

Une affirmation solennelle aussi générale n'est bien sûr pas suffisante pour permettre aux acteurs de déterminer comment agir dans des situations complexes. En attirant leur attention sur les standards en vigueur au sein de l'organisation, elle rend néanmoins plus difficile la duperie de soi chez ceux qui doutent déjà du caractère approprié de leur action. Il est en effet bien connu en psychologie que le simple fait de défendre publiquement une opinion accroît la tendance à y adhérer. Dans les expériences classiques de W. Scott, par exemple, les sujets à qui on demandait de défendre un point de vue contraire au leur sur

³⁵ Gouvernement du Québec, *L'éthique dans la fonction publique québécoise*, 2003, p. 4.

³⁶ *Loi sur l'emploi dans la fonction publique du Canada*, L. C. 2003, c. 22, art. 12-13.

le service militaire ou la place du football à l'université se montraient par la suite davantage favorables à la position qu'ils avaient défendue³⁷. De la même façon, l'affirmation solennelle risque d'accroître l'adhésion aux valeurs et règlements de l'organisation et d'amplifier le doute de celui qui suspecte son comportement d'être inapproprié.

Un dernier exemple de mécanisme favorisant la reconnaissance des règles est le rapport ou la déclaration qui peuvent être exigés du titulaire d'une charge publique, soit à son entrée en fonction, soit de façon périodique. On peut penser, par exemple, au rapport confidentiel exigé du titulaire d'une charge publique par le gouvernement canadien depuis l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur la responsabilité :

- « (1) Dans les soixante jours suivant sa nomination, le titulaire de charge publique principal présente au commissaire un rapport confidentiel.
- (2) Le rapport contient:
 - a) la liste détaillée de tous les biens du titulaire de charge publique principal avec leur valeur estimative... »³⁸

La duperie de soi, comme nous l'avons soutenu plus haut, survient lorsqu'il est possible de négliger certains indices qui nous déplaisent. En obligeant l'individu à dresser la liste de ses avoirs, le rapport confidentiel l'encourage à envisager de possibles conflits d'intérêt ou entorses à l'éthique, rendant du même coup plus difficile la duperie de soi. De plus, le rapport confidentiel est évalué par un conseiller en éthique, dont la responsabilité consiste à détecter les situations à risque et d'aider le titulaire d'une charge publique à s'en sortir. Le processus permet ainsi d'éviter les interprétations divergentes des principes et règles en vigueur dans l'organisation et réduit le risque de dénouement conflictuel.

4.2 Accroître la probabilité de détection et de sanction

Évidemment, le rapport confidentiel que doit remplir le titulaire d'une charge publique ne vise pas qu'à favoriser la reconnaissance des règles. Étant obligé de dévoiler ses intérêts, l'individu comprend également qu'il fait l'objet d'une certaine surveillance et qu'un comportement inapproprié risque fort de ne

³⁷ W. Scott, « Attitude Change through Reward of Verbal Behavior », *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 1957, 55/1, pp. 72-75.

³⁸ *Loi sur la responsabilité*, L. C., 2006, c. 9, art. 22.

pas passer inaperçu. L'efficacité de ce mécanisme découle donc également du fait qu'il accroît la probabilité de détection et de sanction des comportements inappropriés.

Il en va de même des autres mécanismes de divulgation, c'est-à-dire des mécanismes obligeant l'acteur à témoigner publiquement de ses intérêts ou de ses actions. On peut penser à la Politique de divulgation proactive qui oblige les ministères fédéraux au Canada à divulguer sur leurs sites Web l'information concernant les dépenses de déplacements et frais de représentation des responsables gouvernementaux, de même que les contrats, subventions et contributions. Ou encore, on peut penser au Code régissant les conflits d'intérêts des députés fédéraux qui les oblige à produire dans les 60 jours suivant leur élection une déclaration de leurs intérêts personnels et de ceux des membres de leur famille. Finalement, le même principe est à l'œuvre dans la Loi électorale du Québec³⁹ et la Loi électorale du Canada⁴⁰ qui obligent les partis politiques à rendre publics les noms et adresses des particuliers ayant contribué à leur caisse électorale pour une valeur supérieure à 200\$.

Dans tous ces cas, l'obligation de divulgation accroît le risque de détection et de sanction. Il ne s'agit cependant pas du seul mécanisme à avoir cet effet. Un autre groupe de mécanismes confie à un acteur la responsabilité de surveiller les comportements des titulaires de charge publique afin de mettre à jour d'éventuelles transgressions. Le mécanisme le plus répandu est celui de la vérification. Il peut consister à confier à un vérificateur le contrôle de l'exactitude des états financiers d'une organisation, ou encore prendre une signification plus large et inclure l'évaluation des politiques et des programmes mis en œuvre par un gouvernement. Dans la plupart des pays d'Europe, cette tâche incombe à une « cour des comptes », alors qu'au Canada et au Québec, elle revient à un « vérificateur général » habilité à:

« faire une enquête et dresser un rapport sur toute question relative aux affaires financières du Canada ou aux biens publics, ainsi que sur toute personne ou organisation qui a reçu ou sollicité l'aide financière du gouvernement du Canada »⁴¹.

Les mécanismes de surveillance peuvent évidemment prendre des formes très différentes de la vérification traditionnelle, qui porte essentiellement sur la

³⁹ *Loi électorale*, L.R.Q., ch. E-3.3.

⁴⁰ *Loi électorale*, L.C. 2000, ch. 9.

⁴¹ *Loi sur le vérificateur général*, L.R.C., 1985, ch. A-17, art. 11.

gestion financière des ressources publiques. On peut penser, par exemple, à la Commission des nominations publiques, mise en place au Canada à la suite du scandale des commandites, et dont la mission consiste à surveiller les processus de nomination par décret au sein des organismes, conseils, commissions et sociétés d'État sous la responsabilité du gouvernement.

La création d'institutions de vérification et de contrôle n'est évidemment qu'une manière imparfaite de contrôler les comportements des titulaires de charge publique. Comme les acteurs disposent souvent de multiples manières de masquer leur action au regard public, il est difficile de mettre en place un contrôle satisfaisant. Il faut garder à l'esprit la taille considérable des gouvernements contemporains et les moyens restreints qui sont attribués à la vérification et au contrôle. Heureusement, il existe souvent une manière plus simple et abordable de surveiller les comportements. Elle consiste à s'appuyer sur le groupe le mieux placé pour détecter d'éventuelles transgressions: les fonctionnaires eux-mêmes. Après tout, la capacité de surveillance d'un vérificateur extérieur sera toujours inférieure à celle de centaines de milliers d'employés, pouvant observer le fonctionnement des organisations de l'intérieur.

Cette stratégie a des avantages indéniables, mais elle fait aussi face à une difficulté considérable: la position subordonnée des fonctionnaires les rend particulièrement vulnérables aux pressions et aux représailles. Comme dans toutes les organisations hiérarchiques, l'individu occupant une position subalterne se trouve dans une position de dépendance par rapport à son supérieur. Cette position le rend peu susceptible d'effectuer un contrôle social adéquat⁴². Une façon de modifier le rapport de force consiste à offrir une protection aux fonctionnaires qui décident d'alerter l'opinion publique au sujet de comportements répréhensibles.

Ceux que l'on appelle les « lanceurs d'alerte » (*whistleblower*) jouissent ainsi d'une certaine protection dans plusieurs pays, dont le Royaume-Uni et les États-Unis. Au Canada, la Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles met à l'abri des représailles le fonctionnaire qui fait :

« une divulgation en communiquant à son supérieur hiérarchique ou à l'agent supérieur désigné par l'administrateur général de l'élément du secteur public dont il fait partie tout renseignement qui, selon lui, peut

⁴² B. Dubreuil, *Human Evolution and the Origins of Hierarchies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

démontrer qu'un acte répréhensible a été commis ou est sur le point de l'être, ou qu'il lui a été demandé de commettre un tel acte »⁴³.

La protection contre les représailles peut évidemment s'avérer insuffisante pour que le fonctionnaire divulgue l'acte répréhensible dont il est témoin. Dans certains cas, la divulgation est rendue improbable par le fait que le fonctionnaire profite d'une certaine façon du méfait ou y est impliqué d'une façon incriminante. Dans d'autres cas, la divulgation est rendue difficile par le fait que le fonctionnaire ne dispose pas de preuves suffisantes pour incriminer un collègue ou un supérieur, ou encore parce qu'il craint de produire un climat conflictuel dans son environnement de travail. En général, il est néanmoins raisonnable de penser que la protection contre le licenciement ou d'autres formes de représailles accroît la perception du risque de détection et de sanction chez les titulaires de charges publiques.

V. L'impact de la régulation de l'éthique : efficacité et effets indésirables

Ce rapide survol nous permet de mieux percevoir la diversité des moyens juridiques, réglementaires et institutionnels utilisés pour diminuer l'incidence des comportements répréhensibles. Il est important de noter que ces moyens n'auront pas le même impact selon le mécanisme psychologique conduisant à la transgression.

Tableau 2. Efficacité des mécanismes de régulation en fonction des modes de transgression

	Transgression inconsciente	Transgression inconsciente avec duperie de soi	Transgression consciente avec duperie d'autrui	Transgression consciente
Favoriser la reconnaissance de la règle	Forte	Moyenne	Faible	Nulle
Accroître la probabilité de détection	Nulle	Faible	Moyenne	Forte

⁴³ *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, L.C. 2005, c. 46, art. 12).

Les stratégies visant à accroître la reconnaissance de la règle seront ainsi particulièrement efficaces dans le cas des transgressions inconscientes. En explicitant les règles en vigueur ou en obligeant les acteurs à participer à des processus visant à les familiariser avec ces règles, elles permettent de diminuer la probabilité que le titulaire d'une charge publique agisse inconsciemment d'une manière répréhensible. Elles viennent aussi réduire modestement le risque de transgression consciente avec duperie d'autrui, dans la mesure où elles restreignent les stratégies de présentation disponibles. En effet, plus les règles en vigueur sont claires et connues, plus il est difficile de plaider l'ignorance ou de se réfugier derrière leur ambiguïté.

En revanche, on peut imaginer que les mesures favorisant la reconnaissance des règles auront peu d'effet sur celui qui agit consciemment de façon répréhensible parce qu'il considère négligeable la probabilité de détection. Dans ce cas, c'est plutôt l'accroissement de la surveillance qui risque d'être déterminant, qu'il soit le fait d'un vérificateur externe ou des fonctionnaires eux-mêmes. L'accroissement de la probabilité de détection peut aussi influencer le comportement de celui qui transgresse consciemment une règle en espérant duper autrui. Pour cela, il suffit que l'acteur ait des doutes quant à l'efficacité des stratégies de présentation qu'il pourra déployer en cas de détection. L'accroissement de la probabilité de détection peut finalement avoir un impact sur celui qui transgresse une règle en se dupant lui-même. Dans un environnement où le niveau de surveillance est plus élevé, il est en effet probable que les exigences de l'éthique elles-mêmes deviennent plus saillantes et qu'il soit plus difficile de se leurrer à leur sujet.

En général, nous pouvons voir qu'au cours des dernières années, les législateurs québécois et canadien ne se sont pas appuyés sur un seul instrument, mais ont cherché à renforcer l'infrastructure de l'éthique en travaillant sur plusieurs fronts: adoption de nouveaux codes d'éthique et de déontologie, mise en place de formations en éthique, embauche de commissaires et de conseillers en éthique, renforcement des obligations de divulgation, accroissement de la capacité de surveillance et de contrôle des vérificateurs, des administrateurs et des fonctionnaires eux-mêmes. L'infrastructure de l'éthique ayant résulté de ces réformes est complexe, mais on peut soutenir que cette complexité est nécessaire, considérant la diversité des contextes pouvant mener à des transgressions et les limites inhérentes à chacun des instruments.

Il est extrêmement difficile de déterminer l'efficacité d'un renforcement de l'infrastructure de l'éthique. La principale manière de déterminer si une organisation respecte des standards exigeants en matière d'éthique consiste généralement à réaliser des enquêtes auprès des acteurs, des experts ou du public lui-même. C'est ce que font les principales organisations travaillant sur la corruption et, au premier chef, Transparency International avec la publication de son Indice de perception de la corruption et son Baromètre mondial de la corruption. Ces enquêtes ont une utilité certaine, mais elles soulèvent aussi un problème de taille, pleinement reconnu par leurs concepteurs : comment passer de la perception à la réalité ? Comment atteindre une mesure directe de ce qui, par définition, cherche à se dérober au regard public ?

La principale preuve de l'existence de la corruption provient des scandales révélés au regard public. Mais quelle raison avons-nous de croire que ce qui vient au regard public est représentatif de ce qui n'y vient pas ? De même, comment éviter que notre perception du respect de l'éthique ne soit trop influencée par la mise à jour récente de tel ou tel scandale ? Et sur quoi pouvons-nous nous appuyer sinon que sur les scandales récents pour évaluer l'étendue d'un problème de corruption ? Pour ces raisons, il ne va pas de soi que l'on puisse mesurer précisément l'efficacité d'un renforcement de la régulation de l'éthique. Cela ne signifie pas qu'il soit impossible de s'en faire une idée. Nous pouvons en effet chercher à reconstruire son effet sur le contexte dans lequel se meuvent les acteurs.

Plusieurs politologues n'hésitent pas à afficher un certain scepticisme. Atkinson et Bierling, par exemple, soutiennent que les politiciens et les citoyens vivent dans des « mondes à part » et qu'il n'existe aucune raison de penser que le renforcement de l'infrastructure de l'éthique ait permis un rapprochement des perceptions des politiciens et des citoyens sur les enjeux éthiques⁴⁴. Le renforcement de l'infrastructure n'a d'ailleurs pas mis fin au déclin de la confiance envers les titulaires de charge publique.

Denis Saint-Martin, de son côté, va plus loin en soutenant qu'en s'engageant sur la voie de la régulation de l'éthique par le droit, on met, pour ainsi dire, le doigt dans un engrenage politique nous contraignant à toujours accroître nos exigences en matière d'éthique⁴⁵. Il en va ainsi parce que la

⁴⁴ M. Atkinson et G. Bierling, « Politicians, the Public and Political Ethics: Worlds Apart », *Canadian Journal of Political Science*, 2005, 38, pp. 1003-1028

⁴⁵ D. Saint-Martin, « The Watergate Effect, or Why is the Ethics Bar Constantly Rising? », in C. Trost et A. Gash (dir.), *Conflict of Interest in Public Life*. New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 33-35.

régulation de l'éthique devient rapidement une arme qu'instrumentalisent les acteurs dans l'arène politique. Le renforcement de la régulation entraîne dans son sillage l'apparition de nouvelles « fautes », comme le simple fait de ne pas avoir divulgué adéquatement ou d'une manière suffisamment détaillée certains intérêts. Ces nouvelles fautes sont démasquées par les médias et les compétiteurs politiques, conduisant ainsi à de nouveaux renforcements de la régulation.

On peut imaginer d'autres effets potentiellement négatifs du renforcement de la régulation de l'éthique. D'abord, le coût de sa mise en œuvre peut soulever des questions. Les sommes investies pour soutenir l'infrastructure de l'éthique mènent-elles à des résultats tangibles ? Ne vaudrait-il pas mieux tolérer certains comportements répréhensibles et investir ces sommes ailleurs ? Ensuite, quel est l'impact de la régulation de l'éthique sur les relations interpersonnelles au sein des organisations ? Par exemple, une politique trop stricte sur l'acceptation de dons et de cadeaux peut, plutôt que de renforcer la confiance du public envers l'État, l'affaiblir :

« Dans les gouvernements locaux, une politique interdisant entièrement l'acceptation de cadeaux peut vouloir dire que les employés du gouvernement devront refuser l'invitation de leurs voisins parce que cela pourrait signifier qu'ils recevraient ainsi une chose de valeur (par exemple, un repas ou des rafraîchissements) de quelqu'un susceptible de faire affaire avec le gouvernement local. [...] Il est certain que cette réponse risque de nourrir le stéréotype du bureaucrate rigide et insensible, alors que nous savons que ce genre de comportements « insensibles » est une des causes de la détérioration de la confiance envers le gouvernement... »⁴⁶

Les mesures visant à accroître le risque de détection et de sanction sont également susceptibles de mettre de la pression sur les relations interpersonnelles. Commentant le cas du Department of Investigation (DOI) de la ville New York, chargé d'enquêter sur les allégations de corruption, Frank Anechiarico soutient que l'agence a contribué à créer un climat de peur chez les employés, craignant constamment d'avoir affaire à des inspecteurs du DOI⁴⁷. Il

⁴⁶ K. G. Denhardt et S. C. Gilman, « In Search of Virtue: Why ethics policies spawn unintended consequences », in H. G. Frederickson et R. K. Ghere (dir.), *Ethics in Public Management*, Armonk (NY), M. E. Sharpe, 2005, p. 267. Nous traduisons.

⁴⁷ Frank Anechiarico, « The cure for a public disease: The foibles and future of corruption control », in H. G. Frederickson et R. K. Ghere (dir.), *Ethics in Public Management*, Armonk

n'est pas difficile de comprendre comment la surveillance des comportements peut s'accompagner d'effets négatifs, comme de rendre plus difficile le recrutement d'employés ou de dissuader la prise de risque.

VI. La transformation des modes de transgression

Ces effets négatifs de la régulation de l'éthique sur le système politique et gouvernemental sont assez plausibles, bien qu'ils soient difficiles à quantifier. Nous aimerions maintenant aborder un autre type d'effets négatifs pouvant découler de la régulation de l'éthique et, plus précisément, de la façon dont elle peut contribuer à transformer les modes de transgression des règles sociales. Il ne s'agit pas de nier que la régulation de l'éthique puisse être efficace – en réalité, nous avons tendance à penser que ses effets bénéfiques ne sont pas négligeables – mais de mettre en lumière comment elle peut parfois inciter les acteurs à transgresser les règles *différemment*, ou même à les transgresser *davantage* qu'ils ne le feraient en l'absence de régulation. Comment cela est-il possible ?

6.1 L'augmentation des transgressions conscientes

Commençons par les stratégies visant à accroître la reconnaissance des règles: adoption de codes d'éthique, formations obligatoires en éthique, nomination de commissaires ou de conseillers en éthique, etc. L'efficacité de ces stratégies découle du fait qu'elles attirent l'attention de l'acteur sur le comportement souhaité, réduisant ainsi la probabilité qu'il transgresse inconsciemment la règle. Cela n'implique cependant pas que ces stratégies contribueront à réduire en général le risque de transgression. Elles peuvent en effet contribuer à accroître le risque de *transgression consciente*, en exigeant des acteurs qu'ils respectent des standards démesurément élevés.

La chose est tout à fait plausible. Une expérience réalisée par Christoph Vanberg permet de s'en persuader⁴⁸. L'expérience repose de nouveau sur un « jeu du dictateur ». Le deuxième joueur n'a d'autre choix que d'accepter le montant qui lui est attribué. Dans les expériences réalisées avec le jeu du dictateur, le premier joueur alloue en général au second 20 ou 30% du

(NY), M. E. Sharpe, 2005, pp. 247.

⁴⁸ C. Vanberg, « Voting on a sharing norm in a dictator game », *Journal of Economic Psychology*, 2010, 31, pp. 285-292.

montant⁴⁹. Bien sûr, il existe une grande hétérogénéité dans le comportement des dictateurs: certains ne donnent rien, alors que d'autres procèdent à une division égalitaire de leur allocation. L'intérêt de ce jeu très simple est de montrer que plusieurs « dictateurs » affichent un intérêt pour le bien-être d'un joueur anonyme et ce, sans que ce dernier ne puisse mener de représailles.

L'intérêt de l'expérience de Vanberg est le suivant. Avant d'attribuer aléatoirement un rôle aux participants, il les a fait voter sur une norme de partage. De façon assez prévisible, la plupart des participants ont voté pour un partage égalitaire (50-50%) ou quasi-égalitaire (60-40%). Il est donc raisonnable de penser que ce vote a aidé les futurs « dictateurs » à mieux reconnaître la règle devant s'appliquer dans le cadre de l'expérience et, incidemment, à partager de façon plus égalitaire le montant qui leur était alloué. Pourtant, ce n'est pas ce que Vanberg a observé. En fait, il a plutôt observé l'effet contraire. Le fait de voter sur une norme relativement égalitaire a provoqué une baisse de la valeur moyenne des transferts. Si la proportion de dictateurs optant pour une distribution égalitaire est demeuré à peu près le même, la proportion choisissant de ne rien offrir du tout a augmenté considérablement. En effet, un grand nombre de dictateurs qui aurait habituellement offert 10, 20 ou 30% de leur allocation ont plutôt choisi de ne rien donner du tout.

Comment expliquer cet effet ? L'explication la plus simple est la suivante: dans la version classique du jeu, plusieurs dictateurs considèrent qu'ils ne sont pas obligés de donner quoi que ce soit. En cédant une modeste partie de leur allocation (10-30%), ils agissent de façon surrogatoire. Ils se montrent plus généreux que ne le commande la morale. À l'inverse, lorsqu'ils ont précédemment voté sur une norme d'équité exigeante (50-50%), il leur devient plus coûteux d'adopter une conduite adéquate. Plusieurs choisissent alors tout simplement de transgresser consciemment la norme. En d'autres mots, en amenant les joueurs à mieux reconnaître les exigences de la situation, on les incite à se conduire de façon *moins* exigeante.

On peut aisément imaginer que la régulation de l'éthique puisse avoir un impact similaire. En fixant une limite à la valeur des cadeaux que peut accepter le titulaire d'une charge publique, par exemple, on peut l'inciter à éviter les situations d'apparence de conflits d'intérêts. En fixant cette limite à un niveau démesurément bas, cependant, on peut aussi l'amener à transgresser

⁴⁹ C. Camerer, *Behavioral Game Theory: Experiments in Strategic Interaction*, New York, Russell Sage Foundation, 2003.

consciemment les prescriptions en vigueur et à accepter des cadeaux d'une valeur supérieure à celle qu'il aurait acceptée en l'absence de normes explicites. Son raisonnement serait alors le suivant: si je dois transgresser la règle, autant la transgresser franchement ! Comme dans l'expérience de Vanberg⁵⁰, le fait d'explicitier une norme exigeante peut entraîner un déplacement des comportements dans un sens contraire à l'intérêt public (figure 1).

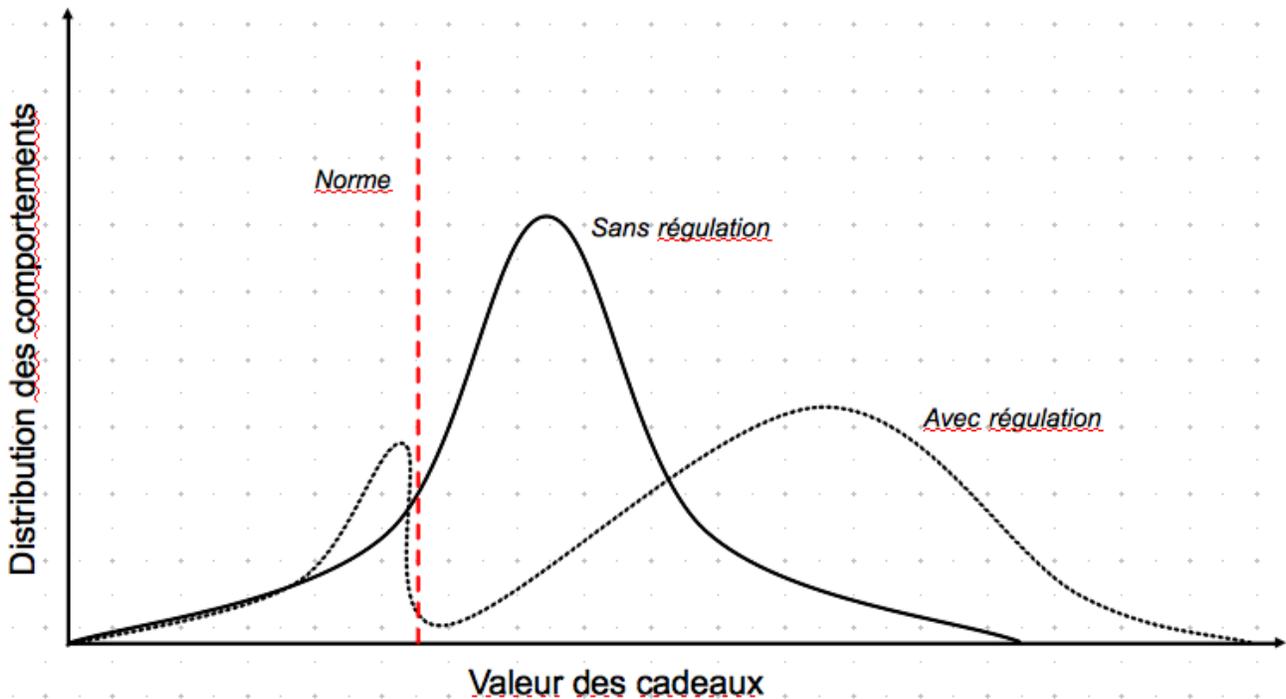


Figure 1. Expliciter une règle peut amplifier les transgressions

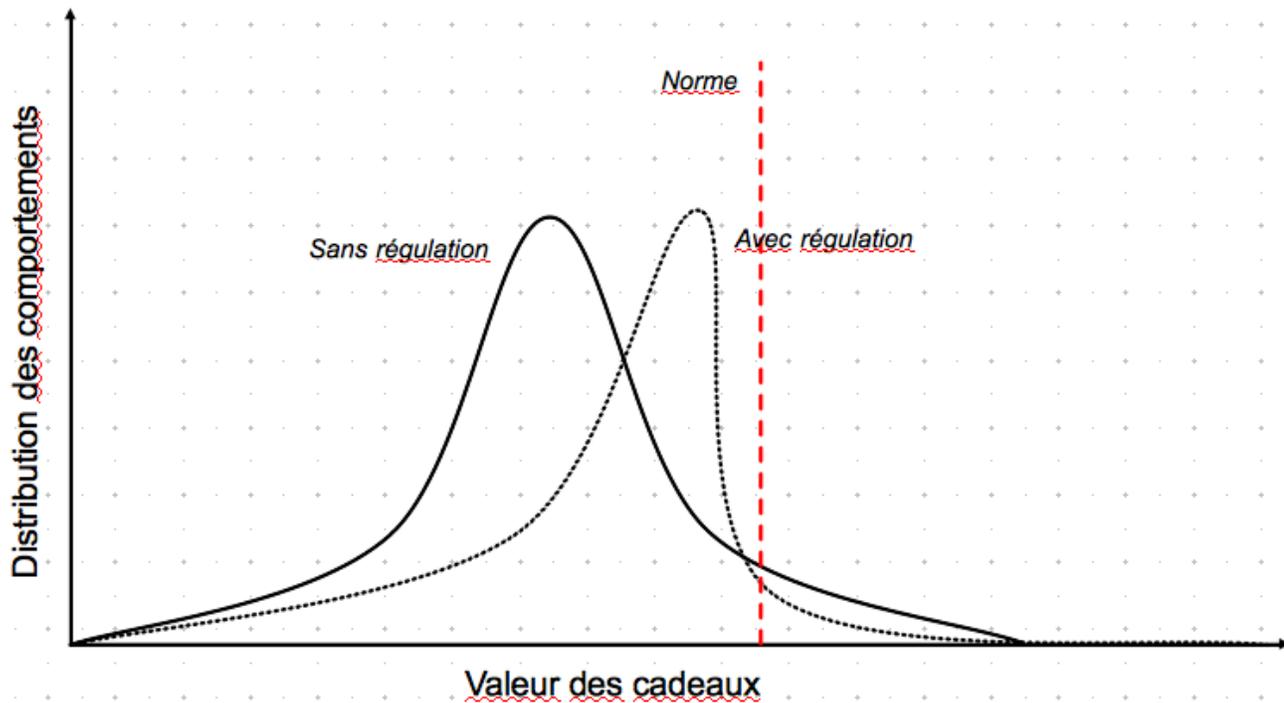
6.2 L'utilisation de la règle comme bouclier

On peut évidemment éviter cet effet indésirable en établissant une réglementation moins exigeante. Par exemple, dans le cas des cadeaux, on peut permettre au titulaire d'une charge publique de recevoir des cadeaux d'une valeur de 500 \$ plutôt que de 50 \$. Cette seconde stratégie risque cependant à son tour de provoquer des effets indésirables. En établissant une règle moins exigeante que celle à laquelle plusieurs acteurs adhéreraient spontanément, on

⁵⁰ C. Vanberg, « Voting on a Sharing Norm in a Dictator Game », *Journal of Economic Psychology*, 2010, 31, pp. 285-292.

les incite à revoir leurs exigences à la baisse. L'acceptation d'un cadeau de 400 \$ – qui leur aurait paru en temps normal répréhensible – leur semblera désormais tout à fait appropriée. Pourquoi se priveraient-ils puisque c'est permis ? Dans ce cas, la clarification de la règle risque d'accroître l'incidence des comportements qui se rapprochent de la transgression, ce que nous pouvons appeler des « quasi-transgressions ».

Figure 2. Expliciter une règle peut accroître la fréquence des quasi-transgressions



La reconnaissance de la règle peut donc entraîner une détérioration de la situation sur le plan de l'éthique. Dans un cas, elle peut amener les acteurs à constater qu'une conduite appropriée serait plus coûteuse qu'ils ne l'anticipaient et ainsi les pousser vers une transgression consciente. Dans l'autre, elle peut les conduire à réaliser que leur marge de manœuvre est plus grande qu'ils ne le pensaient et les inciter à adopter un comportement qui, bien que conforme à la règle, sera éthiquement moins exigeant qu'il ne l'aurait été autrement.

Le même problème survient avec certaines règles de divulgation. Par exemple, la Politique de divulgation proactive du Canada oblige les organismes publics à rendre publics les contrats publics de plus 10 000 \$ et les subventions

et contributions de plus 25 000 \$. Si la politique permet d'accroître le risque de détection des contrats problématiques, elle accroît indirectement la marge de manœuvre des titulaires de charge publique dans l'attribution de contrat, de subvention et de contribution de valeur inférieure à la limite. Elle les incite également à « saucissonner » les contrats et les subventions, afin que la valeur de chaque partie demeure inférieure à la limite qui rendrait obligatoire sa divulgation.

On peut imaginer un effet similaire avec les règles entourant les conflits d'intérêts qui obligent généralement le titulaire d'une charge publique à divulguer ses biens personnels et ceux de sa famille, de même qu'à ne pas prendre part aux décisions où son intérêt personnel est en jeu. Ces règles déontologiques sont précises. Elles donnent des indications claires quant au comportement attendu des acteurs. Elles permettent d'éviter qu'une personne en position d'autorité ne dissimule son intérêt personnel ou celui de ses proches ou ne prenne directement part aux décisions l'intéressant.

En règle générale, les conflits d'intérêt surviennent cependant dans des contextes plus larges. Par exemple, le titulaire d'une charge publique peut prendre un « intérêt personnel » dans des affaires concernant des amis (ou des amis d'amis) et non seulement l'intéressant lui-même ou les membres de sa famille. Par ailleurs, l'influence d'un fonctionnaire ou d'un politicien sur une décision peut s'exercer largement en dehors du contexte de la prise de décision formelle. Elle peut se manifester, directement ou par personnes interposées, dans toutes sortes d'interactions informelles, nécessairement difficiles à surveiller.

Mais le fait de renforcer la régulation de l'éthique peut-il empirer les choses ? Ce n'est pas impossible. Par leur clarté, les règles déontologiques attirent l'attention. Elles sont « saillantes », comme disent les psychologues. À l'inverse, les règles qui doivent guider les comportements des fonctionnaires et des politiciens dans leurs relations avec les individus qui ne sont pas de proches parents, ou dans l'exercice d'une influence en dehors de la prise de décision formelle, sont souvent ambiguës. À partir de quel moment peut-on dire qu'un politicien possède un « intérêt » dans l'intérêt personnel d'un ami ou d'une connaissance ? À quel moment peut-on dire qu'il a influencé une décision ?

Mais en quoi les règles déontologiques peuvent-elles induire des comportements problématiques ? La raison est que les acteurs peuvent s'en servir comme « bouclier », c'est-à-dire utiliser leur conformité aux règles déontologiques saillantes pour détourner le regard d'un comportement plus

discutable dans les contextes non couverts par les règles déontologiques. Bien sûr, les règles déontologiques peuvent rendre la vie un peu plus difficile à celui qui souhaite adopter une conduite dictée par son intérêt, mais elle lui donne également des outils pour faire valoir publiquement la conformité de son comportement avec les exigences de l'éthique. Le politicien, dès qu'il a divulgué ses intérêts personnels et qu'il n'a pas pris part aux décisions l'intéressant, peut présenter publiquement sa conduite comme irréprochable. On peut imaginer que l'individu qui transgresse une règle consciemment, en espérant duper autrui, pourrait en profiter, tout comme celui qui transgresse une règle inconsciemment en se dupant lui-même.

6.3 Le transfert du blâme

Les activités visant à accroître la reconnaissance des règles peuvent également s'accompagner d'effets secondaires indésirables. En mettant en place des formations en éthique, en créant des postes de commissaires, de conseillers ou de répondants en éthique, on transfère en partie à l'institution la responsabilité d'informer l' élu ou le fonctionnaire des règles qu'il doit respecter. Or, si la responsabilité est partagée, le blâme peut l'être également. Plus particulièrement, on donne à l'acteur qui s'est conduit d'une manière répréhensible la possibilité de transférer une partie ou la totalité du blâme à l'infrastructure de l'éthique, en accusant ses responsables d'avoir mal fait leur travail.

Ce genre de transfert n'est qu'un exemple de ce que Christopher Hood appelle les stratégies reposant sur les mandats ou la délégation de l'autorité (*agency strategies*)⁵¹. Bien sûr, le mandat du conseiller ou du commissaire en éthique n'est pas de substituer son jugement à celui du fonctionnaire ou de l' élu. Ce dernier ne peut donc pas se décharger entièrement de ses devoirs et responsabilités. Mais le responsable de l'éthique a néanmoins certaines responsabilités qui permettent de lui transférer une partie du blâme. Par exemple, le responsable de l'éthique doit diffuser les normes et les valeurs en vigueur dans l'organisation, organiser des formations en éthique et produire des conseils sur des cas particuliers. Le titulaire d'une charge publique sur le point de se duper lui-même peut s'imaginer que son comportement est approprié tant qu'il n'a pas été explicitement informé du contraire par le responsable de

⁵¹ C. Hood, *The Blame Game: Spin, Bureaucracy, and Self-preservation in Government*, Princeton, Princeton University Press, 2010, pp. 19-20.

l'éthique. Son raisonnement serait alors le suivant : « Il existe dans cette organisation des gens responsables de l'éthique, si cette action était inappropriée, ils auraient fait en sorte que je le sache. Comme ils n'ont rien fait, je peux présumer qu'elle est appropriée. »

Celui qui cherche à duper autrui peut aussi profiter de la possibilité d'un transfert du blâme. En cas de détection ou de sanction, il sait qu'il est parfois possible d'accuser les responsables de l'infrastructure de l'éthique d'avoir mal diffusé les règles en vigueur, d'avoir été incapables de produire des règles suffisamment précises pour encadrer les cas ambigus ou de n'avoir pas su produire un avis précis avec diligence.

6.4 La création d'ambiguïté

Nous avons vu que le renforcement de l'infrastructure de l'éthique comprend généralement des mesures visant à favoriser la reconnaissance des règles et d'autres visant à accroître le risque de détection. Utilisées conjointement, ces stratégies sont particulièrement utiles pour prévenir deux modes de transgression: les transgressions complètement conscientes, s'appuyant sur une méconnaissance complète des règles, et les transgressions complètement conscientes, s'appuyant sur un faible risque de détection et de sanction. On peut ainsi s'attendre à voir les transgressions migrer vers des situations davantage ambiguës, celles où il est plus facile de se duper ou de duper autrui.

Ces situations ne manquent généralement pas dans les grandes organisations comme les gouvernements ou les partis politiques:

- Les structures décisionnelles y étant souvent complexes, il n'est pas toujours facile de reconstruire la responsabilité de chacun.
- Les acteurs étant généralement nombreux et impliqués dans des réseaux sociaux étendus, il est ardu de reconstruire leurs intentions ou leurs motifs.
- Le lien de causalité entre les actions et leurs conséquences peut s'avérer difficile à établir.

Jason Dana et ses collègues ont montré comment l'ambiguïté pouvait modifier les comportements des participants à une variante du jeu du dictateur⁵². Dans

⁵² J. Dana, R. A. Weber et J. X. Kuang, « Exploiting moral wiggle room: Experiments demonstrating an illusory preference for fairness », *Economic Theory*, 2007 33, pp. 67–80.

une première variante du jeu, le dictateur devait choisir entre deux allocations:

- 5\$ pour lui et 5\$ pour un second joueur anonyme ou
- 6\$ pour lui et 1\$ pour le second joueur anonyme.

Placés devant ce choix, 74% des dictateurs ont opté pour la décision la plus généreuse (5\$/5\$). Les expérimentateurs ont ensuite testé une seconde variante où, dans certains cas, l'ordinateur déterminait lui-même une allocation aléatoire après un certain délai. Grâce à cette caractéristique du jeu, connue des deux joueurs, le dictateur pouvait prétendre de manière plausible que l'allocation inégalitaire (6\$/1\$) avait été sélectionnée aléatoirement par l'ordinateur. Dans cette nouvelle variante, la proportion de sujets optant pour le choix égoïste (6\$/1\$) passait à 55%.

Comme les situations ambiguës permettent aux acteurs de réduire le risque de détection et de sanction, il n'est pas impossible qu'ils en viennent à les préférer, voire même à les rechercher plus ou moins consciemment. Un tel phénomène s'observe dans les grandes organisations, où le désir d'éviter les reproches est souvent un puissant motif et où il existe de nombreuses stratégies permettant de créer de l'ambiguïté. L'une d'entre elles consiste à créer des structures organisationnelles à l'intérieur desquelles il est plus difficile d'attribuer la responsabilité aux acteurs. Cela peut inclure:

- la prise de décision collective, venant distribuer la responsabilité d'une action entre un grand nombre d'acteurs, ce que Christopher Hood appelle la « stratégie du troupeau »⁵³.
- la stratégie du bouc émissaire, où les niveaux supérieurs peuvent attribuer à un employé de niveau inférieur la responsabilité d'une action.
- la rotation du personnel, faisant en sorte que les individus changent de position suffisamment rapidement pour ne plus être au même poste si un scandale éclate.

Les grandes organisations utilisent toutes ces stratégies d'une manière ou d'une autre, rendant d'autant plus difficile leur responsabilisation. Mais ce n'est pas la seule manière de créer de l'ambiguïté. Une autre consiste à complexifier les actions et les décisions elles-mêmes. Le décideur peut ainsi chercher à lier une

⁵³ C. Hood, *The Blame Game*, pp. 97-100.

action potentiellement répréhensible à une action louable, de façon à rendre son évaluation plus difficile. Il peut également éviter d'avoir recours aux communications écrites, de manière à ce qu'il soit plus difficile de reconstruire les intentions des acteurs.

VII. Conclusion

Au cours des dix dernières années, le Québec et Canada ont connu une expansion importante de leur système de régulation de l'éthique. Ce développement, qui semble s'inscrire dans un mouvement plus large à l'échelle mondiale, a été activement promu par la classe politique. Pour les partis politiques touchés par un scandale, le renforcement de la régulation de l'éthique a souvent été une manière de tourner la page. Pour leurs adversaires, le fait de réclamer l'adoption de mesures exigeantes a souvent été une manière de souligner l'incapacité du parti au pouvoir à auto-réguler son comportement ou à s'assurer de la bonne conduite de ses fonctionnaires.

Les nouveaux instruments semblent avoir été assez bien accueillis par la population. Pour l'instant, peu de voix se sont élevées pour dénoncer une régulation de l'éthique qui irait trop loin ou qui chercherait à exercer un contrôle trop étendu sur les titulaires de charge publique. Cet article n'a pas pour but d'encourager un scepticisme démesuré à l'endroit de cette régulation de l'éthique par le droit. En réalité, il est fort probable que les instruments mis en place aient un impact globalement favorable sur le comportement des élus et des fonctionnaires. Il faut néanmoins garder à l'esprit que les nouveaux mécanismes, souvent mis en place dans la hâte, sont également susceptibles de s'accompagner d'effets secondaires indésirables, qui doivent être pris en considération dans l'évaluation de la régulation de l'éthique, et qui nous obligent à modérer notre enthousiasme à son endroit.