

# La recherche sur les rationalités des règles de droit et les techniques de réglementation - Éléments d'un modèle d'analyse

*Étude inédite réalisée à la demande de la*

*Commission de réforme du droit du Canada, 1993*

## Table des matières

INTRODUCTION.....	1
1.- LA RECHERCHE JURIDIQUE SELON LA CONCEPTION DOMINANTE .....	4
Les différents types de recherche juridique .....	4
La recherche juridique "opératoire" .....	6
2.- LA RECHERCHE JURIDIQUE VOUEE A LA REFORME DU DROIT .....	9
Le modèle fondé sur la recherche des rationalités des normes et des techniques de réglementation .....	13
L'analyse des rationalités .....	13
L'analyse des techniques de réglementation .....	18
Les techniques d'énonciation des réglementations .....	22
Les principales techniques de réglementation .....	26
CONCLUSION .....	32

# La recherche sur les rationalités des règles de droit et les techniques de réglementation- Éléments d'un modèle

PAR

PIERRE TRUDEL\*

## INTRODUCTION

Dans son document de travail 51 intitulé *Droit, objectifs publics et observation des normes*, la Commission de réforme du droit conclut qu'une réforme s'impose dans le domaine de la mise en oeuvre des objectifs publics et des mécanismes destinés à assurer la conformité avec le droit car écrit-elle: "il existe souvent un écart important entre l'action administrative concrète et les fonctions des administrateurs telles que définies dans la loi"<sup>1</sup> et que par conséquent, il importe d'explorer de nouvelles façons de réduire l'écart entre le droit et les processus concrets de réalisation des objectifs publics. En somme, les problèmes relatifs à l'observation des lois décrits au Document de travail 51 appellent des démarches pour mieux comprendre les rapports entre le droit, la réalisation des objectifs publics et l'observation des normes.

Le présent état de question propose d'explorer les moyens de réduire cet écart entre l'action administrative concrète et les fonctions des administrateurs telles que définies dans les lois et les autres textes énonçant des règles de droit. En insérant, dans les démarches juridiques conduisant à l'élaboration et à la modification des lois et des règlements, une approche qui tient compte des politiques à mettre en oeuvre et des contextes de leur implantation, on accroît la capacité de mettre au point des instruments juridiques reflétant d'avantage les impératifs de l'action administrative et ceux du respect des droits fondamentaux.

Les analyses de la réglementation gouvernementale, entendue comme l'ensemble des moyens de mettre en oeuvre les politiques publiques, sont généralement envisagées exclusivement suivant la perspective proposée par les économistes et les politologues. Comme si la conception et la mise en oeuvre de ces politiques ne supposait pas une démarche raisonnée afin de dégager les motifs d'intervention du droit et les meilleurs moyens et outils de mise en oeuvre des politiques. La carence commune à ces approches

---

\* Directeur du Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal

<sup>1</sup> COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Droit, objectifs publics et observation des normes*, Document de travail 51, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1986, p. 87.

qui excluent les dimensions juridiques est de négliger la part du droit dans la formulation et l'application des politiques. Ces analyses confinent souvent les dimensions juridiques à un rôle essentiellement marginal, privilégiant l'analyse des rapports de pouvoir et la mesure du degré d'optimalisation de l'allocation des ressources.

D'autre part, on observe souvent dans la communauté juridique l'influence des conceptions archi-positivistes du droit concevant ce dernier comme entièrement indépendant des motifs justifiant son intervention. Les milieux juridiques véhiculent souvent une vision très étroite du droit que l'on confine aux seules manifestations visibles dans les lois et à la rigueur dans les décisions judiciaires. Il ne faut donc pas se surprendre que les démarches juridiques conçues de façon aussi étroites soient souvent perçues comme peu pertinentes dans plusieurs processus décisionnels.

Sans nier le caractère essentiel des analyses politiques, sociologiques et économiques des politiques gouvernementales et de leur mise en oeuvre, il y a lieu de développer des analyses qui tiendront compte de la nécessité d'articuler les valeurs généralement partagées et les impératifs collectifs avec le respect des droits des personnes. Alors que la plupart des analyses politiques, sociologiques et économiques situent en dehors du droit les réflexions sur les meilleures stratégies d'énonciation des normes, nous postulons ici que la démarche juridique est la mieux en mesure de proposer un cadre d'analyse susceptible de permettre une prise en compte de l'ensemble des raisons pour lesquelles les normes doivent être énoncées, si elles doivent être mises en place et les meilleures manières de s'y prendre pour les énoncer et les mettre en oeuvre.

L'écueil dans lequel tombent plusieurs approches sur l'analyse des normes est de passer très vite d'une réflexion superficielle sur le droit, qu'on cherche à déclasser comme n'étant plus de son époque à une analyse de l'activité régulée elle-même, laissant pour compte la réflexion analytique sur les techniques d'énonciation du droit.

L'on trouve certes de nombreuses études de théorie administrative, de criminologie et d'analyse organisationnelle mais on ne trouve pas vraiment dans ces démarches de modèles susceptibles de rendre compte des relations entre les politiques exprimées, implicitement ou explicitement et le type d'intervention juridique auxquelles elles donnent lieu, c'est à dire la façon d'exprimer les droits et obligations des administrés de même que les véhicules normatifs utilisés pour procéder à de telles énonciations, ce que nous appellons les techniques de réglementation<sup>2</sup>.

Tout se passe comme si les juristes étaient, à toutes fins pratiques, absents des lieux dans lesquels sont pris en considération les motifs d'agir, les objectifs et les traits

---

<sup>2</sup> Voir cependant: Ross F. CRANSTON, «Reform Through Legislation: The Dimension of Legislative Technique», (1978) 73 *Northwestern U. L. Rev.*, 873-908; Daniel J GIFFORD, «Communication of Legal Standards, Policy Development and Effective conduct Regulation», (1971)56 *Cornell L.Rev.*, 409-468; William H CLUNE III, «A Political Model of Implementation and Implication of the Model for Public Policy, Research, and the Changing roles of Law and Lawyers», (1983) 69 *Iowa L.Rev.*, 47-125.

fondamentaux des politiques publiques. Les juristes n'interviennent souvent qu'au moment de la mise en forme des mesures législatives, réglementaires ou autres qui sont supposées mettre en oeuvre les politiques.

Cette absence des juristes dans les processus de développement des politiques et l'absence consécutive des dimensions juridiques qui affecte les réflexions sur les politiques et leur mise en oeuvre tient en partie à l'absence d'un modèle d'analyse adapté au droit et au savoir des juristes et qui soit susceptible de rendre compte des rapports entre le droit et les politiques qui doivent être mises en oeuvre. Les juristes sont principalement formés pour déterminer la conformité d'une situation avec le droit positif; ils n'ont pas à ce jour développé un modèle d'intervention de leur savoir-faire qui soit adapté aux exigences de l'évaluation, de la formulation et de la mise en oeuvre des politiques.

Souvent, l'on prend pour acquis, à la suite d'une revue superficielle du droit existant, que celui-ci est nécessairement dépassé par les réalités technologiques et les nouvelles situations qu'elles impliquent, qu'il faut «une nouvelle loi», un autre règlement, une autre commission de surveillance...! C'est oublier que le droit s'adapte souvent rapidement à de nouveaux environnements pour peu qu'il se développe dans un milieu juridique dynamique et que la loi ne soit qu'une voie parmi d'autres pour susciter une modification de l'état du droit.

Pour analyser les dimensions juridiques de toute question suscitant une intervention publique dans le contexte d'un état de droit, il faut tenir compte de la suprématie des principes constitutionnels. Les interrogations relatives à l'encadrement juridique d'un grand nombre de questions pouvaient autrefois se résoudre uniquement à partir de jugements d'opportunité ou de moralité. La constitutionnalisation de certains droits et libertés nécessite d'envisager autrement les approches juridiques et les autres approches normatives.

L'encadrement juridique constitue l'infrastructure de la régulation étatique des activités sujettes à réglementation. Cet encadrement est fortement tributaire des valeurs, souvent contradictoires, qu'on essaie d'y refléter ou qui s'y reflètent spontanément. La façon dont le cadre juridique est connu n'est pas sans conséquence dans l'élaboration des politiques. Pour disposer d'un modèle d'analyse qui soit susceptible de prendre en considération l'ensemble des facteurs qui doivent être examinés dans l'analyse d'un régime juridique ou dans le développement d'un régime juridique nouveau, il faut se donner les moyens d'analyser les dimensions juridiques des questions en ayant à l'esprit un ensemble de dimensions relatives aux contextes dans lesquels les normes se créent et évoluent. Il devient nécessaire de se doter d'un modèle d'analyse qui permettra de prendre systématiquement en compte ces divers facteurs qui caractérisent les systèmes contemporains de réglementation.

A cet égard, il importe, dans un premier temps de déterminer dans quelle mesure les méthodes traditionnelles de recherche utilisées par les juristes sont susceptibles de permettre une telle prise en compte des dimensions multiples des phénomènes normatifs dans les sociétés contemporaines. Dans un second temps, nous passerons en revue les exigences d'un modèle d'analyse juridique qui viserait à analyser les rationalités sous

tendant les règles de droit et les différentes techniques juridiques et péri-juridiques disponibles pour la mise en oeuvre des objectifs publics.

## 1.- LA RECHERCHE JURIDIQUE SELON LA CONCEPTION DOMINANTE

La recherche juridique, suivant la conception qui domine dans la plupart des milieux juridiques, n'est pas conçue pour servir à la réforme du droit ou même pour mieux comprendre son fonctionnement. Elle est essentiellement destinée à fournir des argumentations susceptibles d'emporter l'adhésion des tribunaux ou des autres instances de décision.

Il est pourtant nécessaire de prendre acte de la variété des fonctions que la recherche juridique remplit effectivement ou devrait remplir car une conception trop univoque de la recherche juridique et insuffisamment respectueuse des besoins qui existent dans divers lieux de décision pour une meilleure compréhension du fonctionnement du droit a pour principale conséquence de reporter dans d'autres champs disciplinaires les réflexions sur le droit ainsi que les avenues de réforme. De plus, cela contribue à marginaliser les juristes dans plusieurs processus de décision.

Selon Rod Macdonald, la recherche juridique et son produit le plus perceptible, la «doctrine juridique», contribuent à élaborer une structure théorique d'un domaine du droit et dirigent ensuite un regard critique sur ses postulats pour éclairer les valeurs qui y sont reflétées. La recherche juridique et la doctrine prennent position vis-à-vis l'explication donnée dans le passé et s'interrogent sur le droit à venir<sup>3</sup>. On observe ici la vocation réformatrice et programmatrice de la doctrine. Minimale, la recherche juridique permet d'exposer le droit actuel d'une façon cohérente et systématique; c'est une vocation d'organisation. Cette vocation s'ajoute à celle qu'on lui attribue souvent d'intégrer les diverses sources du droit dans un contexte social, soit de vérifier l'efficacité de la norme juridique. Tous les travaux de recherche réalisés dans la communauté juridique ne contribuent pas également à ces missions que Macdonald assigne à la doctrine. La plupart se situent principalement au niveau de la détermination et à la description du droit applicable à une situation donnée.

Voyons de plus près les différents types de recherche juridique et les démarches intellectuelles auxquelles elles donnent lieu.

### Les différents types de recherche juridique

Paul Amselek<sup>4</sup> écrit que "définir la recherche juridique est une entreprise doublement redoutable en raison des incertitudes qui entourent à la fois la notion de

---

<sup>3</sup> Roderick A. MACDONALD, «La doctrine: source de droit administratif québécois?», (1983-84) 29 *McGill L.J.* 340.

<sup>4</sup> Paul AMSELEK, «Éléments d'une définition de la recherche juridique», [1979] *Archives de philosophie du droit*, 297.

'recherche' et celle de 'juridique'." Certes, il n'y a pas de définition absolue de la recherche, toute définition de la recherche est relative et surtout liée à l'usage qui en est fait.<sup>5</sup>

Comme le rappelait le Rapport du Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit:

*un praticien peut très bien employer le mot "recherche" pour décrire son travail d'analyse des lois et des faits pertinents en vue de conseiller ses clients ou de les représenter dans un litige. Un professeur de droit peut employer le même terme pour désigner le dépouillement qu'il fait des différents ouvrages de référence afin de donner ses cours. Ces activités jouent un rôle important dans l'accomplissement des tâches professionnelles et peuvent, dans certains cas, s'apparenter à d'autres activités, que nous appelons 'recherche' ou même les recouper.<sup>6</sup>*

C'est ainsi, que l'inventaire de la littérature juridique couramment produite permet, selon le Rapport du Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit de repérer quatre types de travaux de recherche juridique qui sont:

-Analyse exégétique traditionnelle - recherche visant à recueillir et agencer des données juridiques, à interpréter le droit positif, et à faire l'analyse ou l'exégèse de sources juridiques fiables.

-Théorie du droit - recherche visant à présenter une théorie ou une perspective unificatrice permettant de mieux comprendre le droit positif et d'évaluer et de contrôler son application dans des cas particuliers; dans la tradition du droit civil, ce type de recherche comprend également les commentaires approfondis qu'on appelle communément doctrine;

-Propositions de réforme du droit - recherche visant à apporter des modifications au droit, soit pour corriger certaines anomalies, rehausser son efficacité ou assurer un changement d'orientation;

Recherche fondamentale - recherche visant à assurer une connaissance plus approfondie du droit en tant que phénomène social, y compris la recherche sur les implications historiques, philosophiques, linguistiques, économiques, sociales ou politiques du droit.

L'on peut toutefois soutenir que les activités de recherche sont celles où un élément de nouveauté ou d'innovation permet de les considérer comme frayant une voie nouvelle.

---

<sup>5</sup> Voir Jean-Paul SPINDLER, «Réflexions sur les définitions de la recherche et du développement», *Le progrès scientifique*, no. 133, sept. 1969, p. 18.

<sup>6</sup> GROUPE CONSULTATIF SUR LA RECHERCHE ET LES ÉTUDES EN DROIT, *Le droit et le savoir*, Rapport au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services Canada, 1983, p. 74.

Les activités d'enseignement et de formation professionnelle, qui ont dominé et dominent encore la production doctrinale des juristes, ne sont pas considérées en tant que telles, comme des activités de recherche<sup>7</sup>. Cependant, il arrive souvent dans le domaine juridique que l'enseignement offre une occasion privilégiée de faire de la recherche et d'en diffuser les résultats.

Au plan méthodologique, la recherche juridique utilise des approches théoriques et méthodologiques allant de l'analyse exégétique traditionnelle, définie comme étant la recherche en droit qui prend le droit pour sujet, à la recherche interdisciplinaire, dite recherche externe sur le droit, qui prend le droit comme objet.

La recherche juridique ne se présente pas comme la recherche scientifique entendue comme la recherche de lois scientifiques. Il peut souvent s'agir de recherche de faits et de données. Très souvent, il s'agira d'efforts afin d'identifier les lignes de cohérence d'un corpus de règles ou de décisions. Dans une tentative de mieux situer les divers types de recherche juridique, Amselek distingue deux grands types de recherche juridique: la recherche "épistémologique" et la recherche "opératoire".

Amselek identifie un premier type de recherche juridique: celle qui serait épistémologique, vouée à la recherche sur la recherche juridique elle-même. "Elle se déploie dans une double direction, en vue de fonder à la fois le statut de l'objet de recherche et le statut de l'activité de recherche tournée vers cet objet"<sup>8</sup>. Ce type de recherche est assez peu répandu au Canada bien que l'on observe un regain d'intérêt dans la communauté juridique pour des travaux de nature épistémologiques<sup>9</sup>.

### **La recherche juridique "opératoire"**

Mais c'est surtout au deuxième type de recherche qu'Amselek identifie que l'on peut rattacher la majeure partie de la production des chercheurs juristes. La recherche juridique "opératoire" est celle qui se situe "sur le terrain", au premier degré et visent à proposer des réponses aux questions qui interpellent le droit.

Cette notion de recherche juridique "opératoire" appelle certaines distinctions supplémentaires. Dans le domaine de la recherche juridique, la distinction, bien connue

---

<sup>7</sup> Ce n'est pas là une critique ni un prononcé sur la valeur, l'importance et la qualité de ces démarches. Cette précision peut paraître superflue mais pour des raisons difficiles à expliquer, il y a des universitaires qui ne sont pas capables d'entendre ce genre d'analyse sans y voir une critique de leurs efforts en matière d'enseignement. Qu'il soit bien clair que nous formulons ici aucune critique sur les méthodes d'enseignement, la valeur de l'enseignement juridique au Canada de même que les démarches auxquelles elles donnent lieu.

<sup>8</sup> AMSELEK, *loc. cit.*, p. 298.

<sup>9</sup> Voir en particulier les travaux de Belley, Normand et Issalys du Groupe d'études sur les processus de transformation du droit (GEPTUD) de l'Université Laval.



dans d'autres univers, entre recherche fondamentale et recherche appliquée ne peut être exactement transposée. En droit, il existe plutôt deux ordres assez spécifiques de recherche que l'on peut distinguer en fonction du type de préoccupation du chercheur.

Dans certaines démarches, la préoccupation du chercheur sera toute orientée vers les phénomènes, les faits d'activité humaine et les comportements humains en relation avec le droit. L'on sera alors justifié de parler de recherche juridique anthropologique. Dans d'autres démarches, le domaine juridique sera abordé, non pas comme un ensemble de phénomènes ou de manifestations de l'histoire humaine, mais surtout comme un ensemble d'instruments, d'outils, telles les règles de droit, les autres règles de conduite émanant des pouvoirs publics ou les techniques de direction des conduites.

Dans ce dernier cas, comme le signale Amselek, le juriste chercheur n'entreprend pas de percer les mystères de l'histoire humaine, il s'attache plutôt à rationaliser les techniques qu'emprunte le droit. "C'est, écrit Amselek, l'*homo faber* au second degré qui réfléchit sur lui-même, sur son expérience artisanale en matière juridique dans un but intéressé, en quête de perfectionnement, de rationalisation." Dans un tel sens précis, la technologie juridique est la théorie de la technique juridique. La technologie juridique se développe essentiellement dans deux directions. D'une part, des travaux s'attachent "à rationaliser la technique juridique constituante, c'est à dire les modes de fabrication et de diffusion des normes juridiques". C'est en quelque sorte une démarche axée sur la rationalisation des modes de création du droit. C'est de ce type de recherche dont nous traiterons dans la seconde partie lorsqu'il sera question de la recherche vouée à la réforme du droit.

D'un autre côté, la technologie juridique peut se donner pour mission de rationaliser la technique juridique constituée, c'est à dire les normes édictées. C'est le domaine de la "dogmatique juridique"; ce type de recherche, nettement et de loin le plus manifestement dominant dans la production publiée des juristes, consiste comme l'écrit Amselek:

*[...] à envisager les différents instruments juridiques émis par les pouvoirs publics à la manière d'un dogme et à tâcher de mettre de l'ordre, de la cohérence à l'intérieur de ce dogme en établissant des corrélations entre les différentes parties qui le constituent, en s'efforçant d'éliminer par un commentaire rationnel des textes, les défauts, les diverses contradictions qui peuvent paraître, mais aussi en dénonçant le cas échéant les imperfections irréductibles et en proposant d'autres solutions.<sup>10</sup>*

C'est à ce niveau que se situent les travaux de recherche menés par la plupart des juristes. Plus concrètement, ce type de recherche juridique vise à établir l'état du droit relativement à une question ou à établir la conformité d'une situation juridique à un ordre juridique supérieur, soit le droit constitutionnel, parfois, la conformité du droit interne à des préceptes du droit international.

Les résultats de la recherche juridique se présentent le plus souvent comme de l'argumentation. La recherche est destinée à identifier la règle de droit applicable à une situation juridique donnée ou à prédire le résultat d'un litige devant le tribunal. Le plus souvent, la recherche juridique sert à fonder une argumentation susceptible de convaincre un tribunal de la conformité d'une prétention avec le droit positif; c'est pour cela qu'on affirme souvent que la démarche des juristes n'est pas de la recherche au sens ou l'entendent les scientifiques<sup>11</sup>.

Dans certaines situations, la recherche permet de mettre au jour certaines imperfections du droit et appelle à des modifications de celui-ci. Mais cette recherche n'est pas conçue et encore moins menée suivant une méthodologie qui permet de dépasser les prémisses du régime juridique étudié et encore moins d'en relativiser les a-priori.

La recherche juridique de type dogmatique se déroule généralement suivant trois étapes.

La première étape consiste à repérer les règles et principes générateurs de droits et d'obligations en ce qui a trait à l'activité étudiée. De tels principes sont énoncés non seulement dans les textes constitutionnels et législatifs mais découlent d'autres principes et standards utilisés dans les textes des lois.

La seconde étape concerne l'interprétation des règles juridiques: la recherche ou l'établissement de leur sens, de leur signification. Cette étape suppose généralement le recours conjugué à deux démarches. D'abord, la méthode exégétique permet de s'attacher au sens que le législateur a voulu attribuer au texte. Deux moyens sont traditionnellement utilisés. D'une part, la référence aux précédents historiques est nécessaire lorsque la loi ou la règle jurisprudentielle sont anciennes. Les travaux ou discussions ayant mené à l'adoption de la loi peuvent être éclairants même s'ils ne sont pas, comme tels, reconnus sans hésitation comme une source pertinente d'interprétation devant les tribunaux. D'autre part, par le recours à l'induction et à la déduction, il est possible d'envisager les solutions particulières données par le législateur, les tribunaux et les organismes de réglementation dans un certain nombre de situations. Cela peut permettre d'induire un principe général constituant le fondement à toutes ces solutions. De ce principe, l'on déduira de nouvelles applications particulières qui n'ont pas été formellement prévues par les textes, mais qui peuvent être considérées comme découlant de la règle.

La troisième étape s'attache à l'identification des facteurs de structuration des règles

---

<sup>11</sup> Laramée et Vallée expliquent que "La démarche scientifique repose sur des postulats et des règles strictes. Elle vise à expliquer et à valider nos hypothèses dans le but de les filtrer et de les mettre ainsi à l'épreuve. Elle pourra alors vérifier les théories anciennes et en créer de nouvelles. La démarche scientifique, contrairement au sens commun, se base sur des lois et des principes généraux. Elle vise donc globalement à décrire, à expliquer, à comprendre et à prédire l'évolution des phénomènes de notre environnement. Cette compréhension objective de l'environnement permet d'orienter et de planifier nos actions en vue d'intervention dans l'environnement." Voir: Alain LARAMEE et Bernard VALLÉE, *La recherche en communication- Eléments de méthodologie*, Montréal, P.U.Q., p. 25.

dont la détermination des limites est laissée aux interprètes judiciaires et administratifs. L'harmonisation des libertés et des droits fondamentaux est l'une des tâches principales du système juridique. C'est à partir de standards, notions floues ou "tests" que sont mis en balance les divers intérêts divergents que les activités humaines mettent en cause. Ces standards peuvent être proposés par le législateur, construits de toutes pièces par les tribunaux ou les organismes de réglementation ou encore empruntés au langage courant. L'analyse juridique doit alors viser à identifier à partir de quels facteurs les juges en viennent à résoudre un conflit mettant en cause les droits et valeurs mis en cause par une activité réglementée.

La recherche juridique de type dogmatique est une composante essentielle de toute démarche de recherche en droit et sur le droit; on ne peut donc s'en dispenser. Elle doit toutefois être intégrée dans une démarche plus large lorsqu'il s'agit de réfléchir sur le droit existant et identifier les pistes de changement.

## 2.- LA RECHERCHE JURIDIQUE VOUEE A LA REFORME DU DROIT

La recherche juridique peut être conçue de manière prospective: elle est alors destinée à servir à la conception d'une nouvelle loi ou d'une nouvelle approche à un problème comportant des dimensions juridiques. La démarche suivie s'attache alors "à mieux comprendre et traiter de manière raisonnée la technique juridique constituante, c'est à dire les modes de fabrication et de diffusion des normes juridiques." C'est en somme une démarche axée sur la rationalisation des modes de création du droit.

L'un des principaux obstacles à la réforme du droit en plusieurs domaines tient à la croyance souvent non fondée et postulée généralement de façon implicite que la réforme ne peut passer que par une intervention législative. Ce postulat néglige le rôle pourtant capital de la communauté juridique dans la formulation, l'application et l'évolution du droit. Un autre obstacle découle de l'absence de prise en compte des dimensions juridiques dans la manière dont sont formulées la plupart des demandes d'élaboration des politiques.

La recherche sur la réforme du droit est également handicapée par la tendance à confondre la recherche sur les dimensions juridiques d'une politique ou d'un phénomène avec la recherche sur le phénomène lui-même. Cette tendance se traduit souvent par l'adoption sans nuance des problématiques afférentes au phénomène plutôt que de tenter de définir comment le cadre juridique peut appréhender le phénomène. C'est manifestement le prix à payer pour une absence généralisée de réflexions méthodologiques propres au droit.

Dans de nombreuses études sur la réglementation de certains phénomènes, par exemple, la réglementation des communications. Il n'est pas rare de voir les chercheurs conclure que l'apparition de certaines technologies va engendrer la disparition de la réglementation. On ne compte plus ce genre d'oracles à propos des satellites à diffusion directe et de la politique canadienne de radiodiffusion. De telles études sont conçues comme s'il y avait un lien mécanique instantané et non médiatisé entre l'existence ou la disparition d'un phénomène et la disparition ou l'existence d'une réglementation

Dans d'autres cas, on fait état du degré décevant d'atteinte des objectifs visés par la réglementation ou le taux élevé de désobéissance aux règles pour conclure à la nécessité de mettre fin à la réglementation et revenir aux seuls mécanismes du marché.<sup>12</sup>.

Pourtant, il peut y avoir d'autres raisons de maintenir des réglementations. Il y a en effet plusieurs justifications susceptibles d'expliquer la teneur et la persistance de certaines règles de droit.

Pour constituer une démarche orientée vers la réforme et la revue critique du droit

---

<sup>12</sup> Ce dernier travers est bien illustré dans l'étude de H. N. JANISCH, *Aid for Sisyphus: Incentives and Canadian Content Regulation*, A Discussion Paper for the Conference «The Power of the Purse: Financial Incentives As Regulatory Instruments», University of Calgary, octobre 1990.

existant, par opposition à une démarche orientée vers la prédiction des résultats des recours judiciaires, la recherche juridique doit s'effectuer suivant un modèle qui tient compte des caractéristiques du droit tout en relativisant la place que tient ce dernier par rapport aux autres normativités. Un tel modèle doit toutefois conserver une place à la prise en compte des raisons et caractéristiques propres à la normativité juridique. L'analyse juridique vouée à la réforme du droit ne peut donc se limiter à la seule description des normes juridiques et de leur logique interne, mais doit porter sur une problématique plus vaste qui inclut les normes péri-juridiques dont l'observation est essentielle à la compréhension du droit et à l'évaluation de son adéquation. Elle doit également porter sur ceux qui, dans notre société, définissent ces normes péri-juridiques, notamment pour comprendre et expliquer les interactions entre le droit et ces normes.

Une première démarche d'observation de l'émergence des normes demeure toujours nécessaire afin de rendre compte du droit applicable à un secteur donné. Il faut, dans un premier temps, identifier l'ensemble des normes qui ont un effet sur le fonctionnement d'un secteur d'activité. Cette démarche passe obligatoirement par l'analyse descriptive, selon la méthode juridique classique (celle qui est du type de la dogmatique juridique) du contenu des normes à caractère juridique. Il ne s'agit pas de remplacer cette démarche mais plutôt d'y ajouter afin de mettre en place un modèle d'analyse juridique susceptible de contribuer à des analyses susceptibles de donner prise à des hypothèses de réforme du droit.

Dans des démarches axées sur une approche prospective du droit, les limites de la méthode exégétique sont bien connues; il faut s'y livrer dans le cadre d'une démarche évolutive. Le droit étant une création continue de la société, l'on admet aisément que la loi ou la politique réglementaire ou jurisprudentielle suivie n'est que l'expression provisoire de la règle adaptée au milieu social. Il est souvent nécessaire de conclure que la question n'est pas entièrement tranchée par les décideurs. Alors, la recherche de solutions offertes par le droit des autres pays permet d'identifier la règle qui est la plus susceptible d'être reçue dans notre système juridique.

La recherche s'attache alors à comparer une pluralité de situations juridiques à en dégager les constantes et les divergences. Cette démarche propre au droit comparé ne doit pas être confondue avec une démarche de recherche dans laquelle on fait appel aux solutions dégagées dans des droits étrangers afin d'éclairer la signification du droit national.

Les études orientées vers la réforme du droit procèdent en somme d'une démarche en deux temps. On fait, d'une façon ou d'une autre le bilan des raisons d'être de la règle de droit ou du système de réglementation étudié puis on passe ensuite à la mise au point ou aux ajustements des instruments réglementaires qui contribuent à matérialiser la mise en oeuvre de la politique.

Si tous les phénomènes sociaux ne sont pas que des phénomènes juridiques, il importe de comprendre aussi la part du juridique et du normatif dans ces phénomènes sociaux. Faute d'une telle approche, on se condamne à des analyses du droit et de la réglementation qui demeurent purement formelles et détachées des analyses plus globales.

Le droit, canadien, à l'instar d'ailleurs de celui produit dans la vaste majorité des

États occidentaux, s'est développé selon le mode sédimentaire qu'imposent les objectifs de permanence et de sécurité qui lui sont assignés. Il est, en effet, le produit d'actions successives, lois, règlements, décisions individuelles, qui s'inscrivent dans une trame de principes fondamentaux, de pratiques, de refontes et de réformes. Il faut donc étudier ce droit suivant une méthode permettant de tenir compte de ce fait.

Le droit n'est pas, le plus souvent, un produit spontané. Modifier une loi, adopter ou abroger un règlement exigent des processus relativement lents. Lorsqu'on parle de reformuler des principes juridiques fondamentaux, tel le droit de propriété, le temps de réaction exigé par les systèmes juridiques est encore accru. Dans une large mesure, ces processus sont inhérents à la norme juridique, de telle sorte que la société, ou des groupes de celle-ci, façonnent des instruments normatifs auxquels ils assignent une partie des objectifs traditionnellement dévolus au droit en souhaitant éviter l'apparente rigidité du droit<sup>13</sup>.

Or, la recherche juridique repose presque toujours sur le postulat implicite que la réforme passe nécessairement par l'intervention législative. Peu importe que l'expérience démontre de façon souvent très convaincante, que la modification du droit emprunte souvent d'autres moyens et passe par des processus qui sont souvent fort différents de la démarche législative. Ce trait s'explique probablement par l'impression très répandue que le recours à la législation est la seule façon d'effectuer des changements au droit. La question qui demeure est celle de savoir dans quelle mesure la législation change-t-elle effectivement l'état du droit à l'égard de certaines pratiques et situations.

Atias a bien mis en lumière le rôle central des postulats fondamentaux de la connaissance juridique. Ces postulats opèrent comme une sorte de sens commun, une série d'évidences du droit. Il écrit, à propos du rôle crucial de l'enseignement élémentaire que:

*(...) les juristes ne peuvent sous-estimer les conséquences de la formation dispensée aux débutants. (...) Les expériences trop vives, trop imaginées, sont des centres de faux intérêt. Or, toutes choses égales d'ailleurs, ces expériences-là ne sont pas absentes de l'enseignement du droit.<sup>14</sup>*

Plus loin, cet auteur ajoute que:

*Peuvent constituer des expériences premières, ces définitions parfaites, rigides, ces principes inapplicables, toutes ces formulations générales qui présentent le droit commun comme un catalogue de solutions toutes faites,*

---

<sup>13</sup> Cette approche caractérise les problématiques développées au Centre de recherche en droit public. Voir: CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC, *Programmation scientifique et renseignements généraux*, Montréal, Septembre 1991.

<sup>14</sup> Christian ATIAS, *Savoir des juges et savoir des juristes- mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Mc Gill Legal Studies no. 6, 1990, p. 85.

*prêtes-à-l'emploi.*<sup>15</sup>

L'idée voulant que la loi ou pire, le droit, soit tout entier issu de la volonté du législateur est sans doute de celles-là. Elle persiste dans l'imaginaire des juristes comme une sorte de fait de la nature aussi évident et incontournable que la rondeur de la terre et le caractère gazeux de l'air. C'est donc à partir de ces idées-postulats que s'opèrent la plupart des démarches visant à modifier le droit. Il n'est donc pas étonnant qu'un tel processus mène à l'adoption de toujours plus de lois et de règlements et que cet exercice d'accroissement géométrique du droit ne soit accompagné d'un certain nombre de réflexions plus larges sur le phénomène des normativités. Ce phénomène se manifeste sans doute dans d'autres champs de connaissance; ce qui est plus préoccupant c'est que dans la discipline juridique, il serve de fondement quasi incontesté à des démarches de recherche.

De telles démarches ne peuvent en général aboutir qu'à un accroissement incontrôlé de la réglementation et de la complexité du droit. Elle présentent le danger de contribuer à la banalisation du droit et à sa perte relative d'autorité: s'il y a toujours de plus en plus de lois et de règlements qui ne sont pas appliqués, l'idée même du caractère effectivement obligatoire de la règle de droit recule et avec elle l'autorité même de la règle de droit.

L'une des conséquences de cette tendance est d'appeler à une multiplication des sous-branches spécialisées du droit. Chacune de ces sous spécialités se donnant pour vocation d'analyser les règles spécifiques à un ensemble d'activités présumément insusceptibles de fonctionner suivant les préceptes du droit commun. On a rarement mis en lumière le rôle de cette tendance dans la multiplication des réglementations, offices et organismes de surveillance et, évidemment les coûts engendrés par ce phénomène.

Ce phénomène ne résulte pas d'une action consciente d'une quelconque autorité: il est entièrement imputable à une attitude de la communauté juridique et à une manière d'envisager le savoir juridique. Les initiatives visant à modifier cet état de fait devraient donc être conçues en conséquence. Cela appelle la mise au point d'une méthode d'analyse se situant aux confins de l'analyse externe (celle qui prend le droit pour objet) et de l'analyse positiviste traditionnelle. L'analyse juridique qui intègre à sa démarche la prise en compte des rationalités sous tendant les réglementations et les techniques par lesquelles on met en oeuvre les politiques offre un cadre d'analyse répondant à ces impératifs. Ce modèle présente l'avantage de capter les dimensions juridiques d'une question en même temps qu'un bilan des autres dimensions qui se trouve intimement intégré à la démarche d'élaboration des techniques de réglementation.

Il y a des phénomènes qui sont appréhendés par le droit et sur lequel le législateur a peu ou pas de prise. Par exemple, à la fin des années 70, la Cour suprême du Canada a redéfini les régimes de responsabilité en matière pénale<sup>16</sup>. Il en est résulté un changement

---

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *R. c. Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1325; *R. c. Chapin*, [1979] 2 R.C.S. 121; Allan C. HUTCHINSON, «Sault Ste-Marie, Mens rea and the Halfway : Public welfare

dans le droit qui équivaut certes à des milliers de modifications législatives. De la même façon, lorsque les tribunaux ont commencé à intégrer à leurs analyses les données résultant de la recherche et de la réflexion féministe<sup>17</sup> pour interpréter la notion d'obscénité, ils n'ont pas attendu que le Parlement finisse par accoucher d'une "définition précise" sur la notion que ne cessent de réclamer certains groupes de pression plus prompts à des revendications superficiellement conçues qu'à une analyse rigoureuse du fonctionnement du droit.

C'est que certaines composantes du droit ont besoin d'être revues bien qu'elles ne portent pas sur des matières pour lesquelles les décideurs politiques ont le goût ou la capacité politique de se prononcer.

Ainsi, l'on a assisté au cours des quinze dernières années à un renouveau jurisprudentiel en matière de responsabilité pénale et à l'égard de ce qu'il est convenu d'appeler l'équité procédurale. Un mouvement de renouveau doctrinal des quinze dernières années a permis de mettre au jour des critiques des théories de l'interprétation, celles-là même qui servent de fondement à l'activité judiciaire de recherche et de détermination du sens des lois et autres textes législatifs<sup>18</sup>.

Ces phénomènes, intervenus dans le milieu juridique sont peut-être plus importants que l'activité législative elle-même dans l'évolution du droit. L'analyse dogmatique ne peut en tenir compte tandis que l'analyse juridique axée sur la réforme ne peut en faire abstraction.

Ces facteurs militent en faveur d'une approche privilégiant l'étude des normes et de leurs justifications en tenant compte du caractère sédimentaire de l'évolution du droit et non de l'idée que le principal facteur de son évolution tient à l'activité législative.

Il est nécessaire, pour disposer d'informations prospectives de procéder également à l'analyse, selon les méthodes des sciences humaines, des normes péri-juridiques. Elle doit être accompagnée ou complétée par l'étude du contexte de l'émergence des normes, c'est-à-dire, le repérage et l'analyse des politiques, des conditions politiques, sociales ou économiques.

De plus, l'étude de l'émergence des normes péri-juridiques, c'est-à-dire le passage d'une simple pratique, administrative ou sociale, à une règle visant à régir des

---

offences get a home of their own», (1979) 17 *Osgoode Hall L.J.* 415, 416; Louise VIAU, «Les éléments essentiels et la charge de la preuve des infractions criminelles et réglementaires», (1988) 33 *Mc Gill L.J.* 555, 560.

17 Voir notamment: *R. c. Doug Rankine and Act III Video Productions*, (1984) 36 *C.R.* (3d) 154; *R. c. Wagner*, (1985) 43 *C.R.* (3d) 318; *R. c. Ramsingh* (1984) 14 *C.C.C.* (3d) 230; Sur la conception féministe de la pornographie, voir parmi une quinzaine de travaux: Caryn JACOBS, «Patterns of Violence: A Feminist Perspective on the Regulation of Pornography», (1984) 7 *Harvard Women's L. J.*, 5-55.

18 Pierre André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 17 et ss.



comportements et qui inclut une dimension de contrainte, formelle ou informelle, doit s'accompagner de l'étude des caractéristiques sociales des groupes qui disposent du pouvoir effectif d'imposer ces normes.

Il a donc lieu d'intégrer à la recherche juridique un modèle qui tienne compte, dans l'analyse juridique, les raisons d'agir au lieu de maintenir une frontière entre la recherche sociale et l'instrumentation juridique. Cette nécessité d'intégrer dans l'analyse juridique les raisons d'agir est encore plus manifeste avec l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* puisque les règles de droit affectant les libertés garanties doivent reposer sur des justifications raisonnables dans une société libre et démocratique.

### **Le modèle fondé sur la recherche des rationalités des normes et des techniques de réglementation**

Le modèle que nous explorons ici vise à intégrer dans toute démarche d'analyse juridique devant mener à l'évolution des règles de droit existantes et la mise en place d'autres règles, un modèle d'analyse concret par lequel seront identifiées et analysées les rationalités et objectifs sous-tendant les règles de droit ainsi que les diverses techniques de réglementation susceptibles de contribuer à la mise en oeuvre des objectifs.

#### **L'analyse des rationalités**

Connaître les dimensions juridiques d'un phénomène, c'est en bonne partie connaître les raisons qui poussent à l'adoption des règles, qui rendent "rationnelles" les règles adoptées afin d'encadrer le fonctionnement d'un ensemble d'activités.

Lorsqu'il vise à contribuer à la mise en oeuvre de politiques, l'encadrement juridique est généralement tributaire des valeurs, souvent contradictoires, qu'on essaie d'y refléter. Il ne peut donc s'analyser en faisant abstraction de ces valeurs. Le cadre juridique de toute activité repose nécessairement sur des valeurs au nom desquelles émergent des demandes afin d'en régir certains aspects. C'est cela que nous appelons "rationalités".

L'intervention de l'État ne va pas nécessairement de soi. Les règles de droit doivent, plus que jamais, reposer sur des justifications. Les valeurs qu'on essaie de défendre par le recours au droit forment un ensemble de rationalités qui sont présentes dans les argumentations justifiant les règles de droit et les mesures réglementaires qui sont prises à l'égard des multiples aspects du fonctionnement des activités sujettes à réglementation.

Selon une perspective axée sur la réforme du droit, l'analyse des dimensions juridiques des phénomènes suppose, au premier chef, d'identifier ces rationalités au nom desquelles on peut voir émerger des demandes afin d'en encadrer certains aspects. Les représentations de la réalité que se font les acteurs et les décideurs, les impératifs dictés par les inquiétudes se développant à diverses époques au sein de ce qu'il est convenu d'appeler "l'opinion publique" jouent assurément un rôle majeur dans l'émergence et la cristallisation de rationalités perçues comme autant de motifs légitimes pour intervenir, par le truchement

du droit ou autrement, à l'égard d'une question. L'étude des aspects juridiques d'une question suppose donc d'identifier quelles sont les rationalités au nom desquelles l'État ou la norme juridique pourra être appelé à intervenir. C'est cela qu'il faut mieux comprendre, c'est là que réside l'essence du droit relatif à la réglementation de la plupart des activités fondées sur un savoir spécialisé.

Les rationalités des règles de droit résultent certes au premier chef de la perception des réalités qui font un certain degré de consensus. A cet égard, le rôle des imaginaires, mythes, croyances et inquiétudes qui se font jour dans la société à un moment donné paraît tout à fait déterminant de la forme et de la teneur de plusieurs règles de droit.

Les rationalités reflètent également le contexte de l'adoption des politiques. Ainsi plusieurs questions sont aujourd'hui régies par des principes prenant racine dans les instances internationales comme les conventions, les coutumes du commerce international ou les processus de standardisation technique. Les normes internationales se retrouvent donc souvent à la source de certaines rationalités.

C'est ainsi que les normes se créent, émergent et se développent dans un contexte où les dimensions supranationales et multinationales des phénomènes prennent une dimension croissante, voire prépondérante. En raison de ce phénomène d'internationalisation des normes, il faut souvent rechercher au niveau des instances internationales, les rationalités sous-jacentes à certaines règles de droit. Pour les mêmes raisons, l'on se retrouve souvent en présence d'un cadre juridique pré-existant dont il est essentiel de tenir compte dans la mise au point des politiques nationales.

Pour les juristes canadiens qui sont traditionnellement confinés à l'application du droit provincial et du droit fédéral, il est parfois difficile de concevoir et de reconnaître l'intervention du droit international. Cette tendance "naturelle" des juristes est d'autant plus importante que le régime constitutionnel canadien adopte une approche dualiste à l'égard du droit international. Ainsi, contrairement à l'approche retenue dans plusieurs autres pays, seules les règles du droit international mises en oeuvre par des lois adoptées par les deux paliers de gouvernement sont applicables au Canada. Pour ces juristes par ailleurs, la place occupée par le droit interne de pays étrangers dans le développement du droit interne canadien reste encore un phénomène presque totalement ignoré.

L'analyse des rationalités suppose donc la prise en compte systématique du droit international et impose de reconnaître l'apport du droit comparé. Le phénomène d'internationalisation des normes n'est pas nouveau. On n'a qu'à rappeler que l'Union télégraphique internationale fut la première union administrative, ces ancêtres des organisations internationales, créée en 1865, et qu'elle régissait les communications par télégraphes, invention majeure du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>19</sup>. Dans le domaine de la protection des renseignements personnels mis en cause par l'informatisation généralisée, le recours aux

---

19 Pierre TRUDEL, «Les modes internationaux de régulation des communications» dans Jean-Marie CHARON et Florian SAUVAGEAU, *L'État des médias*, Paris, Montréal, Boréal, La Découverte, Médiapouvoirs, 1991, 328-330.

modèles du droit comparé est devenu une méthode essentielle pour proposer des changements législatifs viables<sup>20</sup>. Dans l'analyse des raisons qui poussent et justifient une réglementation, les normes établies au niveau international jouent souvent un rôle déterminant.

La création des normes, qu'elles soient juridiques, éthiques ou autres, fait appel à la représentation symbolique du réel que les normes entendent organiser. L'étude des représentations et de l'imaginaire, le plus souvent collectif, des auteurs des normes est une dimension essentielle à la compréhension des phénomènes normatifs. La compréhension des demandes pour encadrer la plupart des phénomènes exige de s'interroger plus profondément sur les représentations et l'imaginaire rattachés à ces phénomènes.

Le rôle de l'imaginaire et des représentations touchant les matières pour lesquelles on sollicite l'intervention du droit, dans la production des normes et du droit est capital dans l'émergence des règles juridiques et des demandes pour encadrer ou ne pas encadrer certains phénomènes. Les idées, images, fantasmes que portent les cultures qui circulent dans la société sur différents aspects de la science, de la technologie et des autres phénomènes que le droit encadre, des changements qui surviennent de l'origine et de la source des changements, les pouvoirs de la science et de la technologie, les effets et conséquences à court et à long terme sur l'humanité, la qualité de vie, l'économie, la culture, etc. Ces idées et images forment un ensemble souvent complexe de connaissances, d'évaluations, de jugements de fait et de jugements de valeur. Dans ce vaste ensemble, on peut distinguer au moins trois sous-ensembles : les représentations de l'imaginaire savant, pseudo-savant et populaire. Le premier est formé des idées et images exprimées par les scientifiques eux-mêmes, y compris les philosophes des sciences; le second, des idées et images que l'on trouve particulièrement dans la littérature de vulgarisation (revues, journaux, médias électroniques) et aussi chez certains leaders d'opinions (comme les enseignants) ou agents moraux (dirigeants de mouvements sociaux) dans la société; le troisième, des idées et images que l'opinion publique en général porte en elle, que l'on retrouve dans la population, chez les utilisateurs ou consommateurs. Ces trois sous-ensembles ne sont pas indépendants; ils forment une certaine hiérarchie. Ainsi les idées touchant la technique exprimée par des philosophes comme Heidegger, Ellul, Hottois ont exercé une grande influence à travers ceux qui les ont reprises, reformulées en termes simples, accessibles et qui les ont diffusées dans des mouvements, des médias, des entreprises militantes.

Nous parlons d'imaginaire et de représentations pour bien signifier que, même chez les scientifiques et les philosophes, des fantasmes se mêlent aux notions scientifiquement établies, surtout lorsqu'il s'agit d'évaluer par exemple les effets et les conséquences du savoir et des techniques. Certaines conclusions de la sociologie de la connaissance peuvent

---

20 LAPERRIÈRE, R., CÔTÉ, R., LEBEL, G., ROY, P., BENYEKHLEF, K., *Vie privée sans frontières: Les flux transfrontières de renseignements personnels en provenance du Canada*, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 1991, 357 p.

être ici évoquées : les études de David Bloor<sup>21</sup> ont montré que le *social imagery* qui n'est absente ni des représentations négative, ni des représentations positives de la science et de la technologie. Par ailleurs, B. Jurdant<sup>22</sup> et Roqueplo<sup>23</sup> ont bien montré que la vulgarisation scientifique a comme une de ses fonctions de produire et d'entretenir le mythe de la scientificité, d'un savoir scientifique engendré et conservé dans un univers éthéré, étanche à tout autre intérêt que la connaissance et la vérité.

De son côté, la normativité et singulièrement la normativité juridique, comporte aussi sa prétention de rationalité. Elle paraît et se veut être un effort de rationalité et de rationalisation de l'agir humain, de l'organisation sociale. Mais elle n'est pas que rationalité; elle obéit aussi à l'influence des divers imaginaires, à la fois dans sa production et son utilisation. Ces interrelations entre la normativité et les imaginaires sont déterminants dans l'émergence et l'évolution du droit. Ils doivent être étudiés dans une démarche de réforme du droit qui se veut complète. Cela est progressivement apparu dans certaines des recherches menées dans le cadre du Programme interuniversitaire sur le droit et les technologies<sup>24</sup>. Ainsi, les banques de données personnelles évoquent un monde orwellien, où les personnes deviennent prisonnières d'un vaste univers informatisé et robotisé. La recherche sur le Sida a mis en lumière le retour de l'imaginaire entourant les grandes épidémies de l'histoire de l'humanité. Les nouvelles technologies de la reproduction humaine font ressortir les images d'une utilisation incontrôlée du nouveau pouvoir de la science sur les sources de la vie. L'épidémiologie génétique évoque le fantôme de l'eugénisme.

Les normes se développent dans une tension constante entre le privé et le public. Les choix de société qu'appellent les réglementations diverses mettent en lumière ce phénomène ancien avec une acuité nouvelle. Les tensions entre les droits de la personne et les exigences collectives des solidarités s'affirment de plus en plus dans bien des secteurs de la vie sociale et politique contemporaine. L'accent mis sur les droits et privilèges des personnes, dans le contexte d'un État-Providence interventionniste et d'une démocratie sociale-démocrate, a évidemment contribué à créer ou à accentuer ces tensions. Dans plusieurs secteurs d'activité, l'on relève des situations où des décisions sont rendues extrêmement difficiles, parfois déchirantes, à cause des choix qu'elles impliquent entre les intérêts et les droits de certaines personnes et les exigences de la collectivité ou des

---

21 David BLOOR, *Knowledge and Social Imagery*, London, Boston, Routledge and Kegan Paul, 1976.

22 Baudoin JURDANT, «La science et son mythe: la scientificité», (1970) 6 *Éducation permanente*, 65-76.

23 Philippe ROQUEPLO, *Le partage du savoir, Science, culture, vulgarisation*, Paris, Éditions du Seuil, 1976.

24 René COTE, Pierre MACKAY, Guy ROCHER et Pierre TRUDEL, *Le programme interuniversitaire de recherche sur le droit et les technologies, Bilan et perspectives*, Montréal, Cahiers du Centre de recherche en droit public, Bulletin du Département de sciences juridiques, Université de Montréal, Université du Québec à Montréal, 91 p.

solidarités interpersonnelles et sociales. Et la normativité, juridique ou autre, émerge précisément au sein de ces tensions et souvent pour tenter de les résoudre ou d'y échapper.

Comment doit-on s'y prendre pour analyser les rationalités sous tendant les règles de droit qui sous tendent des règles existantes ou pourraient servir d'assises à des réglementations qui restent à élaborer? Pour dresser un portrait complet des rationalités pertinentes à l'analyse il faut mener l'analyse en se situant au niveau que nous appellerons macro-juridique, lorsqu'il s'agit de mettre au point une loi devant encadrer une activité ou un phénomène donné.

La démarche sera effectuée au niveau micro-juridique lorsqu'il s'agit de mettre en oeuvre une mesure adoptée par le Parlement et qu'il est nécessaire d'identifier les motifs et raisons sous-jacentes aux approches réglementaires qui seront retenues.

De plus, l'analyse des rationalités doit se faire en prenant en considération la situation qui prévaut avant la mise en vigueur de la politique qu'il est question d'adopter et aussi en aval, une fois que la politique est finalement adoptée.

L'analyse des rationalités doit se faire en amont de la règle de droit ou du système de réglementation analysé. Il s'agit alors de dresser un bilan systématique des raisons, conflits, contradictions et situations qui prévalent et qui permettent d'expliquer l'adoption de la règle et les raisons à l'origine des habilitations conférées aux délégués. C'est la démarche de ceux qui sont chargés de mettre en oeuvre la règle ou la politique adoptée par le Parlement.

C'est l'analyse en aval qui est sans doute la plus importante du point de vue de la réforme du droit. Cette analyse vise à identifier quels sont les changements qui commandent ou justifient les interventions de la règle de droit ou des changements dans celle-ci. Ce type de démarche est souvent de l'essence du mandat des commissions d'enquête. Malheureusement, de telles démarches sont souvent réalisées en dehors des analyses incluant la dimension normative du phénomène analysé.

L'analyse des rationalités doit se faire à la fois au niveau macro-juridique et au niveau micro-juridique.

Au niveau macro juridique, on se demandera quels sont les motifs qui commandent ou appellent ou justifient une intervention étatique. La démarche permet de faire le point sur les limites des interventions étatiques, sur les traits fondamentaux du phénomène étudié ou de la situation susceptible de faire l'objet d'une intervention. L'analyse permet aussi d'identifier les motifs justifiant cette intervention.

Au niveau micro-juridique, l'analyse des rationalités doit viser à déterminer comment se traduisent les grands principes énoncés par le Parlement et qu'il faut appliquer. Il faut identifier les carences, problèmes, contradictions et difficultés auxquelles on fait face dans le cadre de la mise en oeuvre concrète de la politique édictée. Il est également nécessaire d'identifier les revendications qu'il faut tenter de satisfaire dans le cadre défini au niveau macro juridique.

Aux termes de cette opération visant à identifier les rationalités, l'on dispose d'un ensemble structuré d'information explicitant les raisons d'être de la règle de droit. C'est une démarche essentielle lorsque la règle de droit vient en contradiction avec un droit ou une liberté garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mais une telle démarche permet d'amener, dans l'analyse juridique, l'examen d'un ensemble de justifications sous-tendant les règles de droit à mettre au point. En fournissant une meilleure compréhension du phénomène qui doit être encadré, la démarche accroît les chances de développer des approches réglementaires plus efficaces et moins coûteuses.

Cette démarche permet en outre d'insérer au sein même du processus d'élaboration des lois, des règlements et autres stratégies d'intervention, les considérations relatives aux impératifs découlant du respect des droits et libertés de même que d'autres impératifs juridiques, politiques et administratifs.

## L'analyse des techniques de réglementation

Les décisions des autorités publiques en application des politiques peuvent s'exprimer par plusieurs techniques. Nous appelons «techniques de réglementation» les diverses techniques utilisées par ceux qui veulent imposer des normes de conduite à ceux qui prennent part à une activité. En adoptant une technique plutôt qu'une autre ou une combinaison de techniques de réglementation, les instances chargées de mettre au point les politiques parviennent à définir et à prévoir les modes d'articulation entre les droits, les obligations et les intérêts des diverses parties impliquées dans une activité. C'est de ce processus qu'émane la réglementation qui encadre la plupart des activités spécialisées ou visant à imposer des normes de comportement aux entreprises ou aux personnes.

Pour étudier les techniques de réglementation d'une manière comparative et dans une perspective de réforme, il importe de faire l'identification de l'ensemble des autres techniques susceptibles de procurer des résultats comparables à ceux qui sont recherchés par le mécanisme de réglementation examiné ou par la politique publique que l'on vise à mettre en oeuvre.

Le développement des politiques nécessite de déterminer par quelles techniques les normes seront énoncées. Une législation doit-elle être rédigée de façon large ou prévoir tous les détails nécessaires? Un organisme de réglementation doit-il imposer une interdiction, par voie réglementaire ou énoncer des conditions de licence? Vaut-il mieux tirer avantage de l'autoréglementation pratiquée au sein de l'industrie? N'y aurait-il pas lieu de mettre en place un programme d'incitatifs financiers afin de promouvoir des comportements?

En général, il n'y a pas une façon unique de s'y prendre pour énoncer les droits et les obligations des personnes ou pour énoncer des préceptes qui guideront les comportements des administrés. L'analyse des techniques de réglementation vise à identifier les diverses possibilités qui s'offrent afin de mettre en oeuvre les politiques plutôt que de faire seulement jouer les réflexes de l'habitude et avoir recours à des règlements ou d'autres outils familiers dans des situations qui ne s'y prêtent pas.

Très souvent, on se représente le droit comme un ensemble indifférencié de codes, de lois et de règlements qu'il suffirait de compiler pour en connaître la portée. Cette vision est parfois même reflétée dans les propos de certains juristes. Cette simplification ne tient pas compte du fait que les instances étatiques n'ont pas toujours le monopole de l'élaboration des normes<sup>25</sup>. Le droit entretient des rapports d'inter-normativité avec l'éthique, dont l'importance semble s'accroître en raison des phénomènes d'incertitude croissante occasionnés par les développements technologiques.

---

25 Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *C. de D.* 91; Pierre LASCOUMES et Evelyne SERVERIN, «Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques», (1988) 9 *Droit et société* 165.

Le droit est un ensemble complexe; il ne se réduit pas à la somme des lois que les parlements adoptent. L'activité des tribunaux, les pratiques que suivent les personnes et les groupes contribuent autant, sinon plus, que les lois à façonner les principes juridiques à partir desquels les activités humaines sont effectivement régulées. Ce n'est pas parce que le droit étatique, tel que compris à une époque donnée, paraît mal adapté à une situation que les activités qu'il doit encadrer cessent. Les acteurs font subir au droit diverses adaptations que les approches positivistes ne parviennent pas toujours à déceler.

Aussi, la compréhension du cadre juridique d'une activité ne peut découler uniquement d'une vision linéaire du phénomène juridique. Il faut envisager les autres normes, celles qui ne sont pas considérées comme juridiques par la plupart des juristes, mais qui ont un effet normatif incontestable<sup>26</sup>.

En procédant ainsi à l'analyse complète de la façon dont un secteur est réglementé, on peut dresser un portrait plus complet du droit effectivement suivi ou effectivement appliqué et imaginer en conséquence des solutions mieux ciblées

Pour être complète, l'analyse des techniques de réglementation doit reposer sur une conception large de la notion de réglementation. Il faut partir de la normativité qui est effectivement pratiquée: qu'elle soit le fait de règles de droit ou d'autres normes.

Les techniques de réglementation se présentent comme un agencement de normes destiné à produire le résultat recherché par les politiques qu'elles visent à mettre en oeuvre. Il est donc nécessaire de préciser ce que couvre la notion de norme afin d'aborder ensuite les modes d'analyse des techniques de réglementation. Il faut donc prendre la mesure des contours de la notion de norme en tant que telle.

#### La notion de norme

Le mot "norme" revêt des sens multiples : l'expression est parfois utilisée pour désigner un principe servant à prescrire un comportement ou encore pour décrire "l'état habituel, conforme à la majorité des cas."<sup>27</sup> En anglais, le mot "standard" désigne "le degré

---

26 Voir : Roderick A. MACDONALD, «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et "inférentielle"», (1986) 28(1) *Sociologie et sociétés* 47; Roderick A. MACDONALD, «L'intervention réglementaire par la réglementation», dans Andrée LAJOIE et Ivan BERNIER, *Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs*, Études de la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada, n° 48, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, pp. 89-179; Gérard TIMSIT, «Sur l'engendrement du droit», (1988) *R.D.P.* 39.

27 Paul ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Société du Nouveau Littré, p. 1160, cité par Robert F. LEGGET, *Les normes au Canada*, Étude préparée pour le Conseil économique du Canada et le Conseil des sciences du Canada, Ottawa, Information Canada, décembre 1970, p. 2.



d'excellence requis, en vue d'une fin particulière"<sup>28</sup>. Les rapports sociaux seraient sans doute impossibles sans normes. Le langage constitue une normalisation des sons qui permet aux humains de communiquer entre eux; le temps est mesuré suivant un mode normalisé, les secondes, les minutes, les heures les jours, les siècles<sup>29</sup>.

Parmi les normes qui balisent les comportements en société, certaines ont un caractère purement volontaire; elles sont suivies plus ou moins spontanément sûrement en raison de la commodité à les observer<sup>30</sup>. D'autres, au contraire ne seront respectées que moyennant un fort contingent de ressources policières ou d'inspecteurs.<sup>31</sup>

Une norme est un discours (plus ou moins explicite) ou un comportement, descriptif ou prescriptif dans la mesure où cette description ou cette prescription permet d'évaluer ou de mesurer (et à la limite de sanctionner) la conformité de son sujet à son objet. Partant de cette définition, une analyse des normes suppose l'étude et l'observation de quatre éléments constitutifs de normes : l'objet de la norme (que régit la norme étudiée?), l'auteur de la norme (qui produit la norme?), le sujet de la norme (qui régit la norme?), la sanction de la norme (quelle punition? quelle récompense?).

Généralement, on peut identifier quatre grandes sphères de création et d'application des normes :

- Normes juridiques
- Normes techno-scientifiques
- Normes éthiques
- Normes socio-culturelles

La nomenclature de ces sphères n'épuise pas et n'est pas un inventaire de l'activité humaine créatrice de normes. Mais elle semble suffisante pour rendre compte du phénomène normatif dans un grand nombre de domaines. L'on peut proposer une typologie de base des normes qui, à des degrés variables de contrainte et d'explication, selon des

---

28 H. W. FOWLER et F. G. FOWLER, *The Concise Oxford Dictionary of Current English*, 3e éd, Oxford, 1934, p. 1182, cité par Robert F. LEGGET, *op. cit.*, p. 2.

29 Robert F. LEGGET, *Les normes au Canada*, Étude préparée pour le Conseil économique du Canada et le Conseil des sciences du Canada, Ottawa, Information Canada, décembre 1970, p. 2.

30 La commodité qu'il y a à observer une norme est en effet un facteur important dans la décision que l'on prend d'y obéir ou de l'ignorer, voire même d'entreprendre des démarches afin de la faire changer.

31 Voir sur ces questions : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Droit, objectifs publics et observation des normes*, Document de travail 51, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1986, p. 87.

fréquences, et sur des objets souvent différents, parfois analogues et qui émanent d'auteurs ou de sources différentes existeraient dans ces quatre univers normatifs.

Les normes limites : normes traçant une limite absolue à l'action posant un interdit à ne pas franchir.

Les normes «standard» : normes traçant les limites inférieures et supérieures à l'action (normes traçant par exemple un champ de juridiction).

Les normes «programmatoires» : normes fixant des objectifs à atteindre, via par exemple un programme et fixant parfois des délais pour les atteindre, normes relatives à la finalité.

Les normes procédurales : normes imposant des contraintes de forme et de procédure à l'accomplissement de gestes, normes relatives aux moyens de mise en oeuvre.

Les normes définitives : normes définissant l'objet ou le sujet d'application d'une autre norme.

La norme et le processus normatif peuvent eux-mêmes être l'objet de normes. On parlera alors de méta-normes, de hiérarchie des normes et, dans certains cas, de normes procédurales. Pour des juristes d'ailleurs la réflexion porte souvent sur ces aspects de la normativité. La constitutionnalisation de certains droits, le principe de la primauté du droit et la maxime "the essence of justice is largely procedural" montrent bien l'importance que les juristes accordent à la normativité des normes.

Par exemple, en matière de technologies, l'existence et l'importance croissante des organismes nationaux et internationaux de standardisation reflètent aussi ce type d'activité de "sur-normalisation".

La réglementation, entendue comme l'activité par laquelle sont énoncées les obligations spécifiques des entreprises, est souvent considérée comme une source mineure du droit, en raison de son caractère souvent technique et changeant. Elle s'avère pourtant une source primaire essentielle dans les matières complexes. Par exemple, pour rendre compte de la substance du droit de la radio et de la télévision, il faut dégager ce qui ressort des pratiques réglementaires<sup>32</sup>.

La connaissance des pratiques réglementaires, para-réglementaires et professionnelles est nécessaire à la compréhension du droit. Le droit contemporain régit des activités se déroulant dans un contexte de marché qui dicte certaines règles essentielles de leur déroulement. La réglementation et l'autoréglementation constituent donc des dimensions marquantes d'un cadre juridique qui n'est souvent formulé par le Parlement que sous la forme d'une esquisse.

---

32 Pierre TRUDEL et France ABRAN, *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal Éditions Thémis, 1991, pp.1004 et ss.

Pour faire l'étude des techniques de réglementation envisageables à l'égard d'un phénomène, il faut donc posséder des informations suffisantes sur les traits fondamentaux et le fonctionnement des techniques de réglementation disponibles afin de tenter de faire passer dans les comportements des objectifs conformes aux rationalités sous-tendant les règles de droit.

Il est relativement facile de concevoir que les politiques peuvent être mises oeuvre en rédigeant des textes de lois et des textes réglementaires. L'analyse des techniques de réglementation doit toutefois aller plus loin et permettre de déterminer la place et le poids que prendront les normes floues, les techniques autoréglementaires, le droit mou dans la stratégie réglementaire qui sera mise en place.

Pour définir une technique de réglementation, il est nécessaire de spécifier la nature des droits et des obligations et identifier les mécanismes et les instances de décodage de la norme<sup>33</sup>. L'un et l'autre de ces éléments inhérents à la réglementation peuvent emprunter plusieurs voies. Il en résulte que dans la plupart des situations, il est possible d'identifier plusieurs techniques de réglementation envisageables.

L'analyse des techniques de réglementation doit se faire à un niveau macro-juridique et au niveau micro-juridique

Au niveau macro-juridique, il s'agit d'examiner les stratégies d'intervention étatique pour donner suite à un ensemble donné de rationalités.

Ainsi, dans la définition d'une politique nationale relativement à un phénomène identifié et pour lequel on aura pris la peine d'identifier les rationalités sous tendant l'intervention de l'Etat, on aura à décider s'il convient de

- s'en tenir aux principes du droit commun;
- d'intervenir par le truchement du droit pénal;
- de créer un organisme de réglementation et de surveillance;
- de créer une société de la Couronne;
- d'énoncer de grands principes en laissant aux instances le soin de les mettre en oeuvre ou énoncer avec précision les droits et obligations des acteurs;
- de s'en remettre à l'autoréglementation;
- de mettre sur pied une campagne de "sensibilisation".

Les mécanismes financiers sont une autre façon de mettre en oeuvre les politiques publiques. En ce sens, on n'hésite pas à les considérer comme une technique de

---

<sup>33</sup> Gérard TIMSIT, «Sur l'engendrement du droit», (1988) R.D.P. 39, 51.

réglementation.

En somme, l'analyse macro juridique des techniques de réglementation doit évaluer les stratégies d'énonciation des normes et évaluer les approches pour situer les lieux de décodage des normes.

Au niveau micro-juridique, l'analyse des techniques de réglementation doit identifier les moyens compatibles avec les diverses habilitations, susceptibles de contribuer à mettre en oeuvre les rationalités. Il faut aussi identifier les micro-rationalités qui se manifestent au niveau de la mise en oeuvre des grandes politiques qui elles sont esquissées dans les textes de loi. Par exemple, l'article 5 de la *Loi sur la radiodiffusion* déclare que le CRTC réglemente et surveille tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en oeuvre la politique canadienne de radiodiffusion. La même disposition apporte des précisions sur les caractéristiques et objectifs que devraient posséder la réglementation et la surveillance du système. Ces caractéristiques et objectifs constituent les rationalités qui encadrent et justifient l'activité de l'organisme de réglementation.

### **Les techniques d'énonciation des réglementations**

Les droits et les obligations peuvent résulter aussi bien des énoncés réglementaires au sens strict que de la combinaison des effets de l'autoréglementation, de mécanismes d'incitation financières ou même, de la prise en considération des pratiques commerciales prévalant dans un domaine. Ces droits et obligations peuvent résulter de notions au contenu tout à fait déterminé au préalable que de notions floues ou à contenu variable.

Gérard Timsit voit dans l'existence de mécanismes de décodage des normes, le critère du juridique<sup>34</sup>. Il n'y a plus de droit lorsqu'il n'existe pas de mécanismes de contrôle de la manière dont les normes, peu importe leur nature ou leur provenance, sont décodées.

Plusieurs des normes énoncées par le Parlement le sont au moyen de standards, établis le plus souvent au niveau du discours législatif et affectés d'une forte charge émotive. Par exemple, 3(1)b) de la *Loi sur la radiodiffusion* énonce que:

*(...) le système canadien de radiodiffusion, composé d'éléments publics, privés et communautaires, utilise des fréquences qui sont du domaine public et offre, par sa programmation essentiellement en français et en anglais, un service public essentiel pour le maintien et la valorisation de l'identité nationale et de la souveraineté culturelle.*

Il revient aux instances chargées de la mise en oeuvre des politiques de procéder, en première ligne au décodage de ces normes générales. L'importance symbolique de certaines matières, objets ou comportements visés explique sans doute ce phénomène du recours à des formules à forte charge émotive dans les textes de loi. En soi, c'est là un

---

34 *Ibid*, p. 45.

sujet d'étude tout à fait prioritaire<sup>35</sup>. Il faut trouver une façon de traiter de ce genre de normes qui permettra d'aider à en dégager le sens. Pour le Parlement, c'est là une façon de faire passer certaines valeurs ou de légitimer son action. Pour les instances chargées de mise en oeuvre de la loi, ces normes deviennent les rationalités qui justifient les actions générales et spécifiques qui seront entreprises.

Pour traiter de telles notions floues ou à contenu variable, il faut dépasser le lieu commun que l'on rencontre souvent dans la doctrine confrontée à des législations ne faisant qu'esquisser des cadres flous suivant lequel «chaque cas d'application est un cas d'espèce». Cette démarche est essentielle dans le contexte d'une analyse juridique classique, comme celle visant à dégager les facteurs de structuration des limites aux droits au des frontières dans le champ d'application de certaines normes; elle est encore plus essentielle dans le cadre d'une démarche visant à la mise au point de techniques de réglementation ou l'évaluation des techniques couramment utilisées.

Si l'on se situe au niveau macro-juridique, les normes peuvent être formulées de façon prescriptive, à la manière des lois ou règlements, créant des droits subjectifs<sup>36</sup> pour les personnes. Par exemple, l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>37</sup> affirme que "[t]oute personne a droit au respect de sa vie privée". En reconnaissant ainsi des droits aux personnes, la loi leur accorde la possibilité de s'adresser éventuellement aux tribunaux pour faire cesser une atteinte.

Une autre façon d'énoncer des normes est de s'en tenir à formuler les objectifs vers lesquels devraient tendre les actions des autorités publiques en certaines matières<sup>38</sup>. Ainsi,

---

35 Voir sur cette question: R. Grant HAMMOND, «Embedding Policy Statements in Statutes: A Comparative Perspective on the Genesis of a New Public Law Jurisprudence», (1982) 5 *Hastings Int'l & Comp. L. R.* 323, 354; R. Grant HAMMOND, Wayne MACKAY, Murray DAVIDSON et Stephanie ROBINSON, *An analysis of Parliament's Objectives for Canadian broadcasting: Recommendations for future legislative amendments*, étude réalisée pour le Ministère des Communications, non publié, s.d. (1980); Pierre TRUDEL, «Le standard de programmation de haute qualité dans la législation sur la radio et la télévision», (1989) 34 *R.D. McGill* 203.

36 Le droit subjectif peut être défini comme un pouvoir à contenu déterminé et exclusif qui est mis au service d'intérêts de caractère social et exercé par une volonté autonome, créant par là, en sa faveur, un domaine où la liberté d'autrui est restreinte. Voir: Pierre KAYSER, «Les droits de la personnalité: Aspects théoriques et pratiques», (1971) *R.T.D.C.* 445, 454 et Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., t.1, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 149 «Introduction générale».

37 L.R.Q., c. C-12. Sur le droit à la vie privée, voir: Patrick A. MOLINARI et Pierre TRUDEL, «Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée: aspects généraux et application», dans BARREAU DU QUÉBEC, FORMATION PERMANENTE, *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 197.

38 C'est le cas des «droits sociaux» ou selon l'expression consacrée par la pratique internationale, des «droits économiques, sociaux et culturels». Ces droits se distinguent des droits et libertés classiques en ce que leur existence effective suppose un certain degré d'action étatique. Contrairement aux droits classiques, les droits sociaux ne sont pas considérés comme inhérents à l'être humain. Voir:

dans la *Loi sur la radiodiffusion*<sup>39</sup>, le Parlement a prescrit que «la programmation de chaque radiodiffuseur devrait être de haute qualité»<sup>40</sup>.

Que ce soit au niveau macro juridique ou au niveau micro-juridique, les systèmes de réglementation font de plus en plus appel à des notions floues, parfois appelées normes à contenu indéterminé ou variable. Les standards et les notions floues ont mauvaise presse. On les présente souvent comme des infirmités du droit. Il est fréquent d'entendre dire que si les lois étaient bien faites, elles ne laisseraient place à aucune notion floue. La croyance suivant laquelle les lois devraient avoir la précision des équations algébriques est très répandue dans la société. Pour certains, le culte de la précision atteint un degré tel qu'ils vont conclure à l'existence d'un problème dès lors que le sens des mots dans un texte de loi est susceptible d'interprétation! Il est encore plus bizarre d'observer que plusieurs juristes, ceux-là même qui gagnent leur vie à interpréter les textes de loi, soient souvent les premiers à se plaindre que les lois comportent des notions floues ou des notions à contenu variable. Certains font même une équation automatique entre l'existence de notions floues et le danger d'arbitraire comme si le seul rempart contre l'arbitraire consistait à formuler les règles avec un luxe de précision, quitte à sombrer, là aussi, dans l'arbitraire!

Pourtant, les notions floues et les notions à contenu variable ne sont pas une pathologie du droit. La recherche fondamentale sur le langage et le raisonnement juridique menée surtout à la faveur du développement de l'informatisation et du développement de banques de données emmagasinant les textes de lois et des décisions judiciaires a permis de mieux comprendre le rôle essentiel des notions floues et des notions à contenu variable. Ces notions sont maintenant considérées essentielles pour permettre au droit de se maintenir en contact avec les pratiques et les évolutions<sup>41</sup>.

Le sens et la portée de certains droits et des libertés fondamentales ne sauraient se définir en vase clos, il est essentiel de rédiger les lois ayant trait aux droits fondamentaux en préservant cette ouverture sur tous les milieux qui réfléchissent et exercent leur activité autour de ces droits. Il en va de même pour certaines notions qui sont appelées à jouer un rôle central dans la régulation de certaines activités comme la notion de "tarifs justes et

---

Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, 1ère éd., coll. «Thémis», Paris, P.U.F., 1973, p. 104; Daniel PROULX, «La portée de la Charte canadienne des droits et libertés en matière de droits sociaux et collectifs : le cas de l'article 23», (1983) 18 *Cahiers de l'ACFAS* 55-59; Pierre TRUDEL, «Liberté d'information et droit du public à l'information», dans Alain PRUJINER et Florian SAUVAGEAU (dir.), *Qu'est-ce que la liberté de presse?*, Montréal, Boréal Express, 1986, pp. 174-184. Voir aussi : Pierre TRUDEL, Jacques BOUCHER, René PIOTTE et Jean-Maurice BRISSON, *Le droit à l'information : émergence, reconnaissance, mise en oeuvre*, Montréal, P.U.M., 1981.

39 L.C. 1991, c. 11.

40 *Id.*, art. 3(1)g). Voir sur cette question : Pierre TRUDEL, «Le standard de programmation de haute qualité dans la législation sur la radio et la télévision», (1989) 34 *R. D. McGill*, 203.

41 Voir: «Les standards dans les divers systèmes juridiques», *Cahiers de méthodologie juridique no. 3*, (1988) 4 *R.R.J.* 805-1198; Ejan MACKAAY, «Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision», (1979) 12 *Langages*, 33-50.

raisonnables" dans la réglementation des télécommunications<sup>42</sup>.

C'est en appliquant les analyses développées dans les travaux sur les standards juridiques que l'on peut espérer trouver les éléments susceptibles de permettre une meilleure compréhension de la façon dont les notions floues trouvent leur signification juridique. La plupart du temps, ces notions floues se définissent en ayant recours à des standards comme par exemple le standard de "personne raisonnable" ou le "caractère raisonnable dans une société libre et démocratique".

Al Sanhoury proposait de définir le standard par ce qu'il accomplit: "il donne une mesure moyenne de la conduite sociale susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée"<sup>43</sup> écrivait cet auteur dans son article publié au Recueil Geny. Rials note, dans une tentative de cerner les traits caractéristiques des standards, que ceux-ci ne sont pas la règle, mais plutôt une technique de formulation de la règle de droit.<sup>44</sup> Cette technique est tout à fait appropriée aux situations pour lesquelles il est malaisé de formuler des règles *a priori* sur les comportements que doivent avoir les sujets de droit. Les activités se caractérisant par la rapidité de leur évolution rapide l'importance qu'elle laissent à l'activité créatrice s'accommodent mal de règles détaillées.

Les standards se présentent selon la formule de Rials comme "des instruments de mesure en termes de normalité;<sup>45</sup>" c'est ce qui fait leur spécificité; c'est aussi de là qu'ils tiennent leur ambiguïté. La normalité, en effet, est ambiguë. Voilà pourquoi certaines notions demeurent fondamentalement réfractaires à toute définition exhaustive; elles se présentent plutôt comme des façons de dégager les finalités essentielles que devront posséder les normes qui pourront être développées par les diverses instances de réglementation ainsi que ceux qui sont chargés d'appliquer les lois et les règlements<sup>46</sup>. Ainsi, lorsque le Parlement choisit d'énoncer un standard pour déterminer les traits que

---

42 Pierre TRUDEL, «Les techniques d'articulation du droit à la vie privée et de la liberté de presse- Le rôle de la loi, de la déontologie, et des décisions judiciaires», dans P. TRUDEL, *Droit du public à l'information et vie privée - deux droits irréconciliables?*, Actes du colloque tenu le 9 et 10 mai 1991, Montréal, Éditions Thémis, 1992, à paraître.

43 A.-A. AL-SANHOURY, «Le standard juridique» dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, p. 145.

44 Stéphane RIALS, «Les standards, notions critiques du droit» dans *Les notions à contenu variables en droit*, études publiées par Chaim PERELMAN et Raymond VANDER ELST, Bruxelles, Travaux du Centre national de recherches en logique, 1984, p. 44

45 *Ibid*, p. 43

46 *Ibid*, p. 43 et ss. En relevant que "ce n'est pas l'indétermination mais l'indéterminabilité de la norme qui ouvre la voie à du pouvoir discrétionnaire," Rials a montré que les standards n'ouvrent pas la porte à un pouvoir discrétionnaire puisque les instances chargées de les appliquer vont devoir les interpréter. L'indétermination donne plutôt lieu à l'interprétation de la norme, non à du pouvoir discrétionnaire.

devront posséder certains comportements, il appelle les personnes chargées de mettre en oeuvre la loi à identifier les rationalités sous-jacentes à la loi et leur commande de définir les techniques de réglementation les plus appropriées.

Par exemple, l'interprétation de la notion de haute qualité énoncée à la *Loi sur la radiodiffusion* implique nécessairement un certain jugement sur la conduite du diffuseur et de la personne qui se plaint que l'on a porté atteinte à une valeur ou à un précepte éthique généralement reconnu dans la communauté des radiodiffuseurs. Ce jugement ne saurait être pratiqué sans prendre en considération les faits de chaque espèce. La notion de haute qualité n'est pas et ne pourra sans doute jamais être formulée avec plus de précision; ce qui ne l'empêche pas d'être une notion déterminable, mais dans chaque situation concrète. Elle varie avec le temps et les circonstances. Une détermination ayant été faite à une occasion ne constitue pas nécessairement un précédent pertinent dans d'autres circonstances.

Cette technique de réglementation par laquelle le Parlement se borne à prescrire les principes des politiques qui doivent être mises en oeuvre est de plus en plus utilisée. Il est grand temps que la communauté juridique dépasse l'approche traditionnelle de ces énoncés qui consiste généralement à penser que cette technique a pour effet de conférer du pouvoir discrétionnaire aux organismes administratifs.

Pour dégager les normes fondamentales relatives aux divers comportements qui sont soumis à leur appréciation, les tribunaux judiciaires et les instances de réglementation ont forcément recours à certains repères. Les repères fournis par les usages et les réglementations professionnelles et techniques figurent au nombre de ceux qui servent aux juges aussi bien dans le champ judiciaire que dans le champ administratif. On est très loin de la discrétion administrative. On se trouve plutôt au coeur d'un processus de prise en compte de ce qui correspond au degré d'acceptabilité dans la communauté d'interprétation.

Les normes peuvent aussi se développer de façon plus graduelle et imperceptible, à la manière des règles jurisprudentielles. Les solutions apportées à chaque cas permettent de faire émerger graduellement les principes suivant lesquels les problèmes futurs seront résolus. Cette technique est souvent perçue par les non-juristes comme source d'insécurité. Certains décideurs sont si peu enclins à intégrer à leurs informations des données sur les courants jurisprudentiels qu'ils en viennent souvent à exiger que tout soit codifié dans des textes supposément plus "clairs". Une vision plus systématique des techniques de réglementation est de nature à relativiser cette fâcheuse tendance.

### **Les principales techniques de réglementation**

Pour mettre en place un régime réglementaire, il faut déterminer par quelles techniques ou combinaison de techniques seront énoncés les droits et obligations des administrés de même que la manière dont se déroulera le contrôle du décodage des normes. Les techniques classiques consistant à consigner les normes dans des textes réglementaires demeurent les plus utilisées. D'autres techniques sont toutefois disponibles et devraient être au moins envisagées dans plusieurs situations. Une approche qui oblige à passer en revue les techniques possibles de réglementation permet de mesurer les possibilités de compter



sur de telles techniques pour l'atteinte d'une partie ou de l'ensemble des objectifs visés.

Dans la mise en oeuvre de certaines politiques, l'on rencontre souvent des règles de type informel, parfois désignées sous le vocable de "droit mou" ou *soft law*<sup>47</sup>. Cette technique est fréquemment employée dans les textes internationaux. En droit interne, elle peut contribuer à promouvoir des objectifs qui cadrent mal avec une approche fondée sur des règles précises et impératives. Par exemple, le problème des stéréotypes sexistes ne peut être résolu au moyen d'interdictions pures et simples. C'est au phénomène de la répétition des messages sexistes que les mesures cherchent à s'attaquer. Il est alors nécessaire de songer à des techniques de réglementation qui soient propres à rendre compte de ce phénomène. Le «droit mou» se caractérise par la grande discrétion qu'il laisse au débiteur de l'obligation pour atteindre certains niveaux acceptables. Bien qu'elles laissent une importante marge d'appréciation à ceux qui sont visés, ces normes produisent des effets souvent comparables à des mesures réglementaires qui se révéleraient moins bien adaptées à certains phénomènes comportant des dimensions informationnelles<sup>48</sup>.

Au niveau micro-juridique, dans plusieurs domaines, l'on s'en remet parfois à la réglementation volontaire<sup>49</sup> des entreprises impliquées, ce qui correspond à la technique de l'autoréglementation<sup>50</sup>. Le CRTC a eu recours à cette technique afin de mettre en oeuvre

---

47 Voir : Tadeusz GRUCHALLA-WESIERSKI, «A Framework for Understanding "Soft Law"», (1984-85) 30 *McGill L.J.* 37.

48 Pierre TRUDEL et France ABRAN, *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, pp. 432 et ss.

49 Sur le phénomène de l'autoréglementation et des normes volontaires, voir : Pierre TRUDEL avec la collaboration de France ABRAN et Martin-François PARENT, *La nature et les effets juridiques des normes autoréglementaires*, Rapport présenté au Conseil canadien des normes, Montréal, Centre de recherche en droit public, 1988; Pierre TRUDEL, «Les effets juridiques de l'autoréglementation», (1988-89) 19 *R.D.U.S.* 247; Robert F. LEGGET, *Les normes au Canada*, Ottawa, Information Canada, 1972; Robert W. HAMILTON, «The Role of Nongovernmental Standards in the Development of Mandatory Federal Standards Affecting Safety and Health», (1978) 56 *Texas L.R.* 1329; Kyra A. GOIDICH, «The Role of Voluntary safety standards in product liability litigation : Evidence or cause in Fact?», (1982) *Insurance Counsel Journal* 320; James P. NEELANKAVIL et Albert B. STRIDSBURG, *Advertising Self-Regulation : A Global Perspective*, New York, Hastings House, 1980; Jean PARDON, «Quelques normes propres au secteur bancaire», dans COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *Le droit des normes professionnelles et techniques : séminaire organisé à Spa-Balmoral les 16 et 17 novembre 1983*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1985; David L. RATNER, «Self-Regulatory Organizations» (1981) 19 *Osgoode Hall L. J.* 368; Alan C. PAGE, «Self-Regulation : The Constitutional Dimension», (1986) 49 *Modern L. Rev.* 141.

50 L'opportunité de recourir à l'autoréglementation pour remplacer la réglementation étatique des médias a été chaudement discutée en Australie. Voir : Michael BLAKENEY, «Leaving the Field-Government Regulatory Agencies and Media Self-Regulation», (1986) 9 *UNSWLJ* 53. Pour le Canada, voir : Pierre TRUDEL, *Le rôle des standards déontologiques dans le cadre normatif de l'information*, Rapport présenté au Congrès de la Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Québec, s.é., 1986.

certain éléments de la politique canadienne de radiodiffusion<sup>51</sup>. Les limites intrinsèques de ce procédé ne conviennent pas toujours aux objectifs recherchés. L'autoréglementation suppose un certain consensus et ne saurait comporter d'obligations allant trop directement à l'encontre des intérêts des acteurs. En revanche, il vaut sans doute mieux, dans certains domaines, tirer parti d'un régime autoréglementaire qui fonctionne avec des résultats modestes, que de mettre au point un régime de réglementation étatique lourd et si coûteux qu'il demeurerait lettre morte en raison de la rareté des moyens pour le faire fonctionner.

Pour étudier les possibilités offertes par l'autoréglementation, il faut partir de la prémisse que les normes proviennent de sources différentes. Certaines sont dégagées dans les groupes informels, d'autres dans les milieux professionnels, les habitants d'un même quartier, les membres de tel ou tel club de motards ou de philatélie. Il est une catégorie de normes qui retient traditionnellement l'attention quasi-exclusive des juristes, les normes juridiques, celles dont le caractère obligatoire tient à la contrainte étatique. Pourtant, les normes volontaires ne sont pas étrangères au droit qui emprunte parfois aux autres systèmes normatifs. Les normes volontaires ou la normalisation technique constituent des manifestations de ce phénomène.

Il y a donc une parenté entre les normes volontaires et les règles de droit : les deux sont des normes. Mais l'on constate une antinomie entre la notion même de règle de droit et celle de "norme volontaire". La première suppose, selon la doctrine dominante, un caractère obligatoire conforté par l'autorité étatique tandis que l'autre présuppose l'absence de contrainte étatique. Certes l'on peut obéir volontairement aux règles de droit, mais leur nature première ne tient pas à cela; elle tient plutôt, au contraire, au fait que la règle de droit s'impose comme règle obligatoire. La norme volontaire est, *a priori*, tout le contraire. Elle est le fruit d'un consensus; elle ne vise aucunement à être appliquée de façon autoritaire<sup>52</sup> par le truchement des instances étatiques<sup>53</sup>. Elle se situe, en principe, en dehors du domaine du droit, du moins tel que celui-ci est traditionnellement défini par les juristes positivistes.

---

51 Voir : CRTC, Avis public 1987-205, 15 septembre 1987, *Une démarche à l'égard des normes gérées par l'industrie : un Comité de la radiodiffusion*; CRTC, Avis public 1987-9, 9 janvier 1987, *Lignes directrices applicables à l'élaboration de normes de l'industrie*; CRTC, Avis public 1988-159, 22 septembre 1988, *Le Conseil canadien des normes de la radiotélévision*.

52 R.P. PRESTON, dans son ouvrage intitulé *La normalisation : une bonne affaire* [R.P. PRESTON, *La normalisation : une bonne affaire*, Ottawa, Conseil canadien des normes, 1977], note qu'il existe une controverse dans le milieu de la normalisation sur la question de savoir si les normes devraient être d'application obligatoire ou volontaire.

53 Dans un document publié par l'Organisation internationale de normalisation, l'on identifie les objectifs de la normalisation en faisant référence à "l'amélioration de l'économie générale, exprimée en termes d'effort humain, de matière et d'énergie, etc., dans la production et les échanges de marchandises, la protection du consommateur par un niveau de qualité bien adapté aux besoins, et la mise en place d'un moyen d'expression et de communication entre les parties intéressées". Voir : T.R.B. SANDERS, *Objectifs et principes de la normalisation*, Genève, Organisation internationale de normalisation, s.d., p. 5

La nature première des normes autoréglementaires, c'est précisément d'être volontaires<sup>54</sup>, c'est-à-dire de ne pas être obligatoires au sens où l'est la règle de droit. En particulier, la normalisation se présente surtout comme un processus "de mise au point de règles dans l'intérêt et avec la collaboration de toutes les parties intéressées afin d'optimiser l'économie globale<sup>55</sup> en tenant compte des conditions de fabrication et des exigences de la sécurité"<sup>56</sup>. Les démarches de normalisation se fondent généralement sur les résultats de la recherche scientifique, les connaissances techniques et l'expérience acquise dans le milieu industriel ou professionnel où elles se développent.

Il y a une interpénétration certaine entre les normes juridiques et les normes autoréglementaires. Ce phénomène est évoqué par Carbonnier lorsqu'il écrit que : "la règle de droit est capable de s'approprier n'importe quelle autre règle sociale, tandis que l'inverse n'est pas vrai"<sup>57</sup>. C'est que le droit ne crée pas vraiment la plupart des normes qu'il comporte, il les reçoit, les emprunte des autres systèmes normatifs.

À l'instar des autres normes que le système juridique "reçoit," adapte et intègre, les normes volontaires entrent dans le droit par des voies multiples. Par exemple, les normes volontaires sont parfois appréhendées par le droit comme révélatrices des usages. Lorsqu'on constate à quel point le droit est appliqué en tenant compte des usages<sup>58</sup>, l'on identifie une première voie d'entrée des normes volontaires dans le droit qui paraît toute naturelle.

Par delà ce recours aux normes volontaires par les tribunaux afin d'identifier et caractériser les usages, l'on peut constater que ceux-ci n'hésitent pas à recourir aux usages afin de disposer d'informations expertes sur des matières spécialisées. Les textes de loi ou les règlements intègrent aussi fréquemment les normes volontaires en y référant tout simplement. C'est l'autre voie d'entrée des normes volontaires dans le domaine ou, par un curieux paradoxe, elles cessent de l'être.

---

54 Certaines des normes envisagées ici pourront, à certaines époques ou en certaines circonstances se trouver incorporées, de la manière que nous verrons, dans des textes dotés d'un caractère obligatoire.

55 Les normes rendent plus facile la production de produits en grande série. Elles rendent en effet plus facile l'accroissement de la production avec un minimum de pièces de rechange, contribuant à plusieurs égards à réduire les prix de revient. Voir Legget, *op. cit.*, p. 24.

56 Robert F. LEGGET, *Les normes au Canada*, Étude préparée pour le Conseil économique du Canada et le Conseil des sciences du Canada, Ottawa, Information Canada, décembre 1970, p. 14.

57 Jean CARBONNIER, «Les phénomènes d'internormativité», *European Yearbook in Law and Sociology*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1977, p. 42 cité par H. COUSY, «Le rôle des normes non-juridiques dans le droit» dans CENTRE INTERUNIVERSITAIRE DE DROIT COMPARE, Rapports belges au XIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Caracas, 29 août - 5 septembre 1982, Bruxelles, Établissements Emile Bruylant, 1982, p. 131.

58 Voir A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984, 602 p.

L'on peut s'interroger sur la mesure dans laquelle l'action des instances vouées au développement de normes volontaires constitue de l'action gouvernementale surtout lorsqu'il est bien établi que les normes sont généralement intégrées directement ou indirectement dans le droit étatique<sup>59</sup>. Cela est encore plus vrai lorsque des pressions gouvernementales sont à l'origine de l'adoption de normes autoréglementaires<sup>60</sup>. Aux États-Unis, la doctrine du "State Action" a parfois été invoquée à l'égard de mesures autoréglementaires venant en conflit avec les principes constitutionnels. Selon cette doctrine, les actes émanant d'entités privées peuvent être traités comme des actes posés par les autorités étatiques et leur compatibilité avec les principes constitutionnels assujettie au contrôle judiciaire.<sup>61</sup> Il y a donc une certaine limite à la possibilité d'intégrer les préceptes autoréglementaires dans le droit par le truchement d'actes réglementaires ou législatifs. L'on peut en effet constater qu'à un certain point, ces normes cessent d'être considérées comme purement volontaires et sont traitées, à certains égards, comme des règles étatiques.<sup>62</sup>

L'analyse des techniques de réglementation susceptibles de contribuer à la mise en oeuvre des politiques doit comporter une analyse des pratiques autoréglementaires existantes et de celles qui pourraient être encouragées.

Les incitatifs financiers sont une autre technique de réglementation. . Webb explique à cet égard que:

*Financial incentives are obviously a less direct and overtly coercive method of inducing compliance with policy objectives than prohibitions or command-and-control regularory regimes, with their attendant penalties for non-compliance. This is at one and the same time a strenght and a weaness. It is a strength in the sense that incentives are at least at first glance a more subtle and «gentle» way of changing behaviour than are commands backed by penalties. As a result, they can be used in circumstances where coercive techniques may not be appropriate. For example, in a «free and democratic» country such as Canada, it is difficult to imagine overtly coercive regimes to encourage couples to have large*

---

59 Patricia BROSTERHOUS, «U.S. c. National Association of Broadcasters : The Deregulation of Self Regulation», (1983) 35 *Fed. Comm. L.J.* 313.

60 Voir *Writers Guild of America West c. FCC*, 423 F. Supp 1064 (1976), renversé en appel mais sur une autre question que celle de savoir si, en l'espèce, le code d'éthique volontaire visé constituait de l'action gouvernementale, voir *Writers Guild of America West c. ABC*, 609 F 2d 355 (1979).

61 Voir «Note, State Action : Theories for Applying Constitutional Restrictions to Private Activity», [1974] *Colum. L.R.* 656; Jerome A. BARRON et C. Thomas DIENES, *Constitutional Law : Principles and Policy*, Second Edition, Charlottesville, Michie Co., 1982, pp. 1019-1067.

62 Voir Didier LLUELLES et Pierre TRUDEL, «L'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux rapports de droit privé», dans *La Charte canadienne des droits et libertés : Concepts et impacts*, Montréal, Éditions Thémis, 1985, p. 219 à la p. 231.

*families, to stimulate mineral exploration or promote Canadian art, but incentives in these contexts are arguably less objectionable*<sup>63</sup>.

En tant que technique de réglementation, les incitatifs financiers doivent être examinés à la lumière des critères de régularité et de légalité devant présider à l'action de l'État. Il reste évidemment beaucoup à faire pour dégager le cadre de fonctionnement des diverses méthodes d'incitation financières en usage au Canada. En particulier, on s'est assez peu interrogé sur les effets normatifs des incitations financières et sur les possibilités de contrôler les décisions relatives à l'attribution de l'aide financière souvent perçue comme une donation de bon aloi de la part de l'organisme subventionnaire<sup>64</sup>.

D'autres techniques de réglementation sont en usage dans certaines circonstances. On fait parfois état de l'opportunité de remplacer la réglementation étatique par des campagnes de sensibilisation visant à amener les gens à changer leurs attitudes et leurs comportements<sup>65</sup>. Par exemple, il y a des discussions sur la question de savoir si c'est la réglementation ou les campagnes de sensibilisation qui ont le plus contribué à accroître le nombre de personnes qui désormais bouclent leur ceinture de sécurité en auto.

L'analyse raisonnée des techniques de réglementation est donc une démarche essentielle à la mise en oeuvre d'une politique. Pour donner des résultats utiles et mener à la mise en place d'un système de réglementation efficace, cette analyse doit procéder d'une approche large et ouverte sur les différentes alternatives pour encadrer les activités réglementées.

## CONCLUSION

Dans cet état de question, nous avons montré la nécessité de développer un modèle propre à rendre compte des dimensions juridiques de la mise en oeuvre des politiques publiques. En identifiant les principaux traits de la méthode de recherche suivie par les juristes, il a été possible de faire ressortir les limites de la démarche de recherche axée sur la description des règles et de droit et la prédiction des résultats de procédures judiciaires. En somme, la recherche juridique telle que généralement envisagée dans les pratiques dominantes des milieux juridiques n'est pas suffisante pour permettre une appréhension

---

<sup>63</sup> Kernaghan R. WEBB, *The Legal Framework for Financial Incentives As Regulatory Instruments*, Draft background paper prepared for the symposium on the Power of the purse: Financial Incentives as Regulatory Instruments, October, 1990, p. 12.

<sup>64</sup> Voir toutefois: Andrée LAJOIE et Michèle GAMACHE, *Droit de l'enseignement supérieur*, Montréal, Éditions Thémis, 1990, p. 192; Karen M. RIGGIO, «Mechanisms for Control and Distribution of Public Funds to the Art Community», (1981) 85 *Dickinson L. R.*, 629-662; Lionel S. SOBEL, «First Amendment Standards for Government Subsidies of Artistic and Cultural Expression: A Reply to Justices Scalia and Rehnquist», (1988) 41 *Vand. L. R.*, 517-534..

<sup>65</sup> Robert S. ADLER et R. David PITTLE, «Cajolery or Command: Are Education Campaigns an Adequate Substitute for Regulation?», (1984) 1 *Yale Journal on Regulation*, 159-193.

complète des multiples dimensions normatives de la mise en place des politiques publiques. Par contre, les démarches dominantes en sciences sociales ignorent ou minimisent la part du droit dans l'élaboration et la mise en oeuvre des politiques.

Les travaux de recherche juridique visant à réévaluer le droit existant et à proposer des avenues nouvelles pouvaient s'articuler dans une démarche qui ajoute à l'analyse juridique classique en identifiant les rationalités sur lesquelles reposent les règles de droit. Il importe ensuite d'étudier la mise en oeuvre des politiques résultant de ces rationalités en passant systématiquement en revue les diverses techniques de réglementation susceptibles de contribuer à la mise en oeuvre de ces objectifs et de refléter ces rationalités.

La mise en application d'un tel modèle de recherche appelle le développement de travaux soutenus sur les diverses façons dont le droit reflète les rationalités qui sous-tendent ses règles. La recherche doit également s'orienter vers des analyses qui viseront à mieux comprendre le fonctionnement effectif des diverses techniques de réglementation comme la réglementation par conditions de licences, l'autoréglementation, les incitatifs financiers ainsi que d'autres techniques.

Une telle approche suppose de considérer la discipline juridique comme un véritable carrefour des expertises diverses en sciences humaines. Il est en effet essentiel, pour disposer d'informations fiables sur les rationalités et les techniques de réglementation, de mener des études systématiques portant sur les justifications, les imaginaires, les tendances internationales, l'observation de la façon dont sont effectivement appliquées les règles de droit et les autres normes dans les environnements administratifs et commerciaux.

En somme, la mise en oeuvre de ce modèle pourra constituer l'amorce d'une approche plus systématique d'évaluation a priori et a posteriori des réglementations complétant et nuancant les évaluations réalisées dans les cadres stricts et rudimentaires de l'analyse gestionnaire ou budgétaire des programmes gouvernementaux.