

---

*Le droit, la société et l'économie*



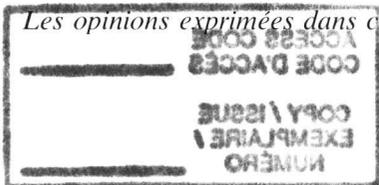
LIBR-00269

---

[REDACTED]

Volume 46 des études commandées dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada.

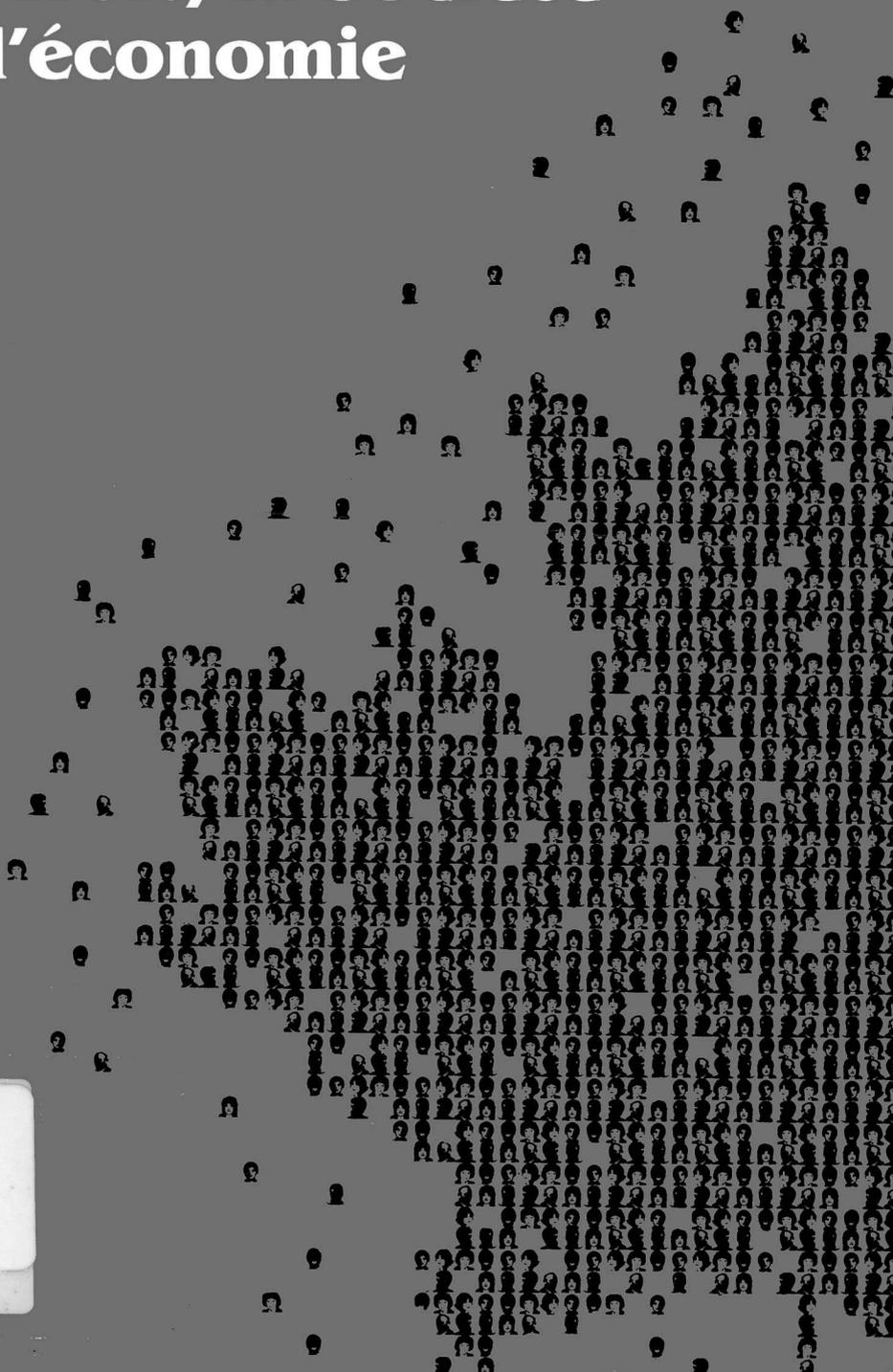
*Les opinions exprimées dans ce volume n'engagent que les auteurs.*



**IVAN BERNIER et ANDRÉE LAJOIE**  
coordonnateurs de la recherche

---

# Le droit, la société et l'économie





---

# Le droit, la société et l'économie

IVAN BERNIER

ET

ANDRÉE LAJOIE

*coordonnateurs de la recherche*

Commission royale sur l'union économique  
et les perspectives de développement du Canada

Nous remercions *The Atlantic*, la maison Stevens and Sons et *Systems Research* qui ont bien voulu nous permettre de reproduire des documents et des extraits d'ouvrages, publiés ou non.

©Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1986

Imprimé au Canada  
ISBN 0-660-91539-1  
ISSN 0827-1011  
N° de cat. Z1-1983/1-41-46F

En vente au Canada par l'entremise de nos  
agents libraires agréés  
et autres librairies  
ou par la poste auprès du :

Centre d'édition du gouvernement du Canada  
Approvisionnement et Services Canada  
Ottawa (Canada) K1A 0S9

au Canada : 16,95 \$  
à l'étranger : 20,35 \$  
Prix sujet à changement sans préavis

*DONNÉES DE CATALOGAGE AVANT PUBLICATION (CANADA)*

Vedette principale au titre:  
Le Droit, la société et l'économie

*(Les Études / Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada,*

ISSN 0827-1011 ; 46)

Publ. aussi en anglais sous le titre: Law, society and the economy.

Comprend des références bibliographiques.

ISBN 0-660-91539-1

I. Sociologie juridique — Discours, essais, conférences. 2. Économie politique — Canada — Discours, essais, conférences. I. Bernier, Ivan II. Lajoie, Andrée, 1933 — III. Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada. IV. Collection: Études (Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada) ; 46.

K487.S6L3814 1986 340'.115 C86-090089-4

COORDONNATEUR DE L'ÉDITION : Ampersand Communications Services Inc.

CONCEPTION DE LA PAGE COUVERTURE : Will Rueter

MAQUETTE : Brant Cowie/Artplus Limited



AVANT-PROPOS ix  
INTRODUCTION xi  
PRÉFACE xv  
REMERCIEMENTS xvii

1. **Le droit, la société et l'économie : un aperçu** 1  
*Ivan Bernier et Andrée Lajoie*  
Introduction 1  
Les modes d'intervention du droit 7  
    Les formes du droit 7  
    Droit et idéologies 10  
    Le sens de la « dérégulation » 11  
    Vers une conception élargie du droit? 20  
Le droit et la réalité sociale 24  
    Le droit, produit de la réalité sociale 29  
    Le droit, agent de transformation de la réalité sociale 40  
Le droit et les valeurs 66  
    Le droit en tant que valeur 68  
    Le droit en tant que véhicule de valeurs sociales 71  
Conclusion 75  
Notes 76
  
2. **Le droit comme instrument de l'intervention de l'État : un cadre d'enquête** 83  
*Harry W. Arthurs*  
Introduction 83  
Un cadre d'enquête 85

Les perceptions du droit	89
La perspective interne	103
Perspective externe (théorique/empirique)	104
Fonctionnement du droit : un modèle dynamique du processus de réglementation	106
La forme, la fonction et le contexte	117
Le contexte juridique	128
Le contexte social	129
Le contexte politique	132
Annexe A : Analyse des écrits professionnels portant sur le droit	136
Annexe B : Analyse des écrits empiriques et théoriques sur le droit	142
Notes	148
Bibliographie	149
<b>3. Le droit canadien : un regard sociologique</b>	<b>151</b>
<i>Guy Rocher</i>	
Les sources historiques de la sociologie du droit	152
Le droit <i>pur</i> et le droit <i>impur</i>	152
La critique de l'État et du droit : Marx et Engels	154
La sociologie du droit : Max Weber	155
La science politique et le droit	158
Les dimensions fondamentales de la sociologie du droit	161
Les postulats d'une sociologie du droit	161
Les conceptions du droit	162
Les moments du droit	165
Le droit comme valeur sociale	172
La mythification du droit	172
La démythification du droit	175
Conclusion	190
Notes	193
<b>4. Le droit et les valeurs</b>	<b>197</b>
<i>Liora Salter</i>	
Introduction	197
Les différentes opinions sur le droit et les valeurs	200
L'opinion des praticiens	202
La théorie du choix public	209
Concept opérationnel de choix de valeurs et de politiques	225
L'approche du « filet de sûreté »	226
L'approche de la qualité de vie	233
Applications de l'approche de la qualité de vie	238
L'approche de la redistribution	240
Approches pour atteindre les objectifs de redistribution	242

En guise de conclusion 249

Annexe : Liste des études de la Commission consultées pour la  
réalisation de la présente étude 254

Notes 255

LES COLLABORATEURS 257



Lorsque la commission Rowell-Sirois a commencé ses travaux en 1937, on connaissait fort mal l'évolution de l'économie canadienne. Et le peu qu'on savait n'avait pas été passé au crible par les rares spécialistes des sciences sociales de l'époque.

Quand, pour notre part, nous nous sommes mis à la tâche près de cinquante ans plus tard, nous jouissions d'un avantage considérable sur nos prédécesseurs : nous disposions d'une foule de renseignements. Des universitaires, partout au Canada, et des spécialistes à l'emploi d'instituts de recherche privés ou d'organismes publics, comme le Conseil économique de l'Ontario et le Conseil économique du Canada, s'étaient déjà penchés sur le fonctionnement de l'économie canadienne. Malgré les nombreuses lacunes, notre problème n'était pas le manque d'information; il nous fallait plutôt relier, intégrer — synthétiser — les conclusions de la plupart des recherches déjà faites.

La Commission a reçu un mandat exceptionnellement vaste, qui couvre plusieurs des grandes questions d'orientation que les citoyens et les gouvernements du Canada devront vraisemblablement se poser au cours des prochaines décennies. Ce mandat fixait l'objet de la plupart des recherches de même que la portée de notre enquête; nous savions qu'il faudrait nous appliquer à faire le lien entre les différentes disciplines. Notre Programme de recherche se distingue donc à trois points de vue : outre des études originales, il propose aux lecteurs des synthèses de recherches effectuées dans des domaines spécialisés; il ne fait pas double emploi car il ne reprend pas de travaux qui, de l'avis des chercheurs canadiens, avaient déjà été très bien faits; enfin, il s'agit de l'examen le plus complet des systèmes économique, politique et juridique canadiens jamais entrepris par un organisme indépendant.

Trois éminents universitaires canadiens ont assuré conjointement la direction du Programme de recherche de la Commission. Ce sont Ivan Bernier (Droit et Constitution), Alan Cairns (Politique et institutions de l'État) et David C. Smith (Économie).

Ivan Bernier est doyen de la Faculté de droit de l'Université Laval. Alan Cairns, ancien directeur du département de sciences politiques de l'Université de la Colombie-Britannique, a été titulaire de la chaire William Lyon MacKenzie King d'études canadiennes, à l'Université Harvard. David Smith, ancien directeur du département d'économie de l'Université Queen's, à Kingston, est maintenant recteur de cette université. Lorsqu'il a assumé ses nouvelles fonctions à l'Université Queen's en septembre 1984, David Smith a été remplacé à la Commission par Kenneth Norrie, de l'Université de l'Alberta, et John Sargent, du ministère fédéral des Finances, qui ont assuré conjointement la direction du Programme de recherche sur l'économie pour la dernière phase des travaux.

Je suis convaincu que les études publiées ici et dans les autres volumes, grâce au travail des auteurs ainsi que des directeurs et des coordonnateurs de recherche, conserveront pendant longtemps une grande valeur pour les universitaires et les décideurs canadiens. J'espère en outre qu'elles rejoindront, dans les milieux universitaires, un public d'autant plus nombreux qu'elles sont publiées en français et en anglais.

Je profite de l'occasion pour remercier, en mon nom et en celui de mes collègues, les directeurs de recherche et tous ceux et celles qui ont collaboré avec eux. Je remercie également les membres des nombreux groupes consultatifs de recherche, dont les avis ont été pour nous si précieux.

DONALD S. MACDONALD



De façon très générale, la question qui a surtout retenu notre attention dans le cadre du Programme de recherche de la Commission est celle de savoir comment l'économie politique canadienne peut le mieux s'adapter au changement. Si cette question a servi de point de départ à notre enquête, c'est que nous sommes convaincus que l'avenir nous prendra toujours un peu par surprise. Nos institutions politiques, juridiques et économiques doivent donc être suffisamment souples pour s'adapter aux surprises, et assez stables pour nous permettre de réaliser les objectifs que nous nous serons fixés. Ce thème de l'adaptation nous a amenés à explorer les liens d'interdépendance entre les systèmes politique, juridique et économique du Canada et à situer nos travaux dans une optique interdisciplinaire.

L'ampleur de la tâche (plus de 280 études, publiées dans 72 volumes) de même que la pluralité des disciplines et les divergences idéologiques nous ont amenés à conclure que l'intégration complète n'était ni possible ni souhaitable. Néanmoins les collaborateurs ont étudié des problèmes courants sous des angles différents et en appliquant diverses méthodes. Nous prions donc les lecteurs de bien vouloir regarder au-delà de leur propre domaine d'intérêt et d'adopter, eux aussi, une perspective interdisciplinaire.

Les trois programmes de recherche, *Le droit et la Constitution* (sous la direction d'Ivan Bernier), *La politique et les institutions de l'État* (sous la direction d'Alan Cairns) et *L'économie* (sous la direction de David C. Smith et, pour la dernière phase des travaux, sous la direction conjointe de Kenneth Norrie et John Sargent), ont eux-mêmes été divisés en dix-neuf modules, confiés à des coordonnateurs de recherche.

Dans le cadre du Programme de recherche sur le droit et la Constitution, cinq modules ont été créés et confiés aux coordonnateurs de recherche suivants :

- Le droit, la société et l'économie — Ivan Bernier et Andrée Lajoie;
- Le milieu juridique international — John J. Quinn;
- L'union économique canadienne — Mark Krasnick;
- L'harmonisation du droit au Canada — Ronald C.C. Cuming;
- Les accords institutionnels et constitutionnels — Clare F. Beckton et A. Wayne MacKay.

Le droit étant, dans ses nombreuses manifestations, le moyen le plus fondamental dont l'État dispose pour mettre en oeuvre sa politique, nous avons dû nous demander quand et comment on pouvait y recourir pour régler les problèmes que le mandat de la Commission soulevait. Nous avons donc étudié le système juridique canadien du double point de vue de l'évolution du droit par suite des transformations sociales, économiques et politiques, et, inversement, de l'incidence du droit sur l'évolution sociale, économique et politique.

Les travaux du Programme de recherche sur la politique et les institutions de l'État ont été classés sous sept rubriques :

- Le Canada et l'économie politique internationale — Denis Stairs et Gilbert R. Winham;
- L'État et la société dans le monde moderne — Keith Banting;
- Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société — Alan Cairns et Cynthia Williams;
- La dynamique politique du fédéralisme canadien — Richard Simeon;
- Les institutions de représentation — Peter Aucoin;
- Les dimensions politiques de la politique économique — G. Bruce Doern;
- La politique industrielle — André Blais.

Les collaborateurs ont étudié un certain nombre d'événements qui ont amené les Canadiens à s'interroger sur leur capacité de se gouverner avec sagesse et efficacité. Dans plusieurs cas, ces événements ne sont pas survenus qu'au Canada; c'est pourquoi on trouve des études comparatives sur la façon dont les autres pays ont abordé les problèmes que nous connaissons. Tenant compte de la tradition parlementaire du Canada, de son système fédéral de gouvernement, de son économie mixte et du fait qu'il constitue une société bilingue et multiculturelle, les collaborateurs ont également exploré des moyens de réaménager les rapports de pouvoir et d'influence entre les institutions afin de rétablir les principes démocratiques fondamentaux de représentativité, de réceptivité et de responsabilité.

Le Programme de recherche sur l'économie, enfin, a été organisé suivant sept modules :

- La macro-économie — John Sargent;
- Le fédéralisme et l'union économique — Kenneth Norrie;
- La structure industrielle — Donald G. McFetridge;
- Le commerce international — John Whalley;
- La répartition du revenu et la sécurité économique au Canada — François Vaillancourt;
- Le marché du travail et les relations de travail — Craig Riddell;
- La pensée économique et les questions sociales — David Laidler.

La recherche relative à l'économie a porté sur l'affectation des ressources, humaines et autres, sur l'incidence des institutions et des politiques sur l'affectation de ces ressources, et sur la répartition des gains résultant de la mise en valeur de ces ressources. Elle a aussi eu pour objet la nature du développement économique, les éléments qui façonnent la structure régionale et industrielle du Canada, et la dépendance économique réciproque entre le Canada et les autres pays. Cette recherche visait à nous faire mieux comprendre ce qui détermine notre potentiel économique et comment les instruments de politique économique peuvent servir les objectifs que nous nous fixerons.

Trois modules de recherche — soit un de chaque programme — ont été fusionnés; ce sont les modules sur l'union économique canadienne, sur la dynamique politique du fédéralisme canadien, et sur le fédéralisme et l'union économique. Par conséquent, les volumes sur le fédéralisme et l'union économique, tout comme le volume sur le Nord, sont le fruit d'un travail interdisciplinaire.

Nous sommes particulièrement redevables aux coordonnateurs et coordonnatrices de recherche, qui ont non seulement organisé le travail, rassemblé et analysé les nombreuses études, et regroupé leurs principales constatations dans des aperçus, mais aussi contribué de manière substantielle au *Rapport* de la Commission. Nous les remercions de ce travail, souvent accompli dans des conditions difficiles.

Malheureusement, l'espace ne nous permet pas de remercier chacun des membres du personnel de la Commission. Nous aimerions toutefois exprimer notre reconnaissance au président de la Commission, Donald S. Macdonald, au directeur exécutif, Gerald Godsoe, et au directeur de l'élaboration des politiques, Alan Nymark, qui ont suivi de près le déroulement de nos travaux et joué un rôle central dans la prise en considération des recherches pour la préparation du *Rapport*. Nous voulons également remercier le conseiller administratif de la Commission, Harry Stewart, pour ses conseils et son aide, de même que le directeur des publications, Ed Matheson, chargé de la publication des volumes de recherche. Un merci tout spécial à Jamie Benedickson, coordonnateur des politiques et adjoint spécial du président, qui a assuré la liaison entre le personnel de recherche, d'une part, et le président et les commissaires, d'autre part. Nous sommes également redevables à l'auxiliaire administrative du Programme de recherche,

Donna Stebbing, et au personnel de secrétariat, Monique Carpentier, Barbara Cowtan, Tina De Luca, Françoise Guilbault et Marilyn Sheldon.

Enfin, un merci bien mérité à nos plus proches collaborateurs et collaboratrices, les attachés de direction Jacques J.M. Shore (Droit et Constitution), Cynthia Williams, et Karen Jackson qui lui a succédé (Politique et institutions de l'État), et I. Lilla Connidis (Économie). Leur contribution tant aux trois programmes de recherche qu'à l'ensemble des travaux de la Commission mérite d'être soulignée.

IVAN BERNIER  
ALAN CAIRNS  
DAVID C. SMITH



Le présent ouvrage, premier volume d'une série de six, a été préparé dans le cadre du module intitulé *Le droit, la société et l'économie*. C'est dans ce module qu'a été menée la recherche qui allait servir à la fois d'introduction et de toile de fond à toutes les études portant sur le droit et les questions constitutionnelles commandées par la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada.

Cette recherche consistait à étudier le système juridique canadien du double point de vue de l'évolution du droit par suite des transformations sociales et économiques, et inversement, de l'incidence du droit sur l'évolution sociale et économique. Elle visait aussi à définir comment s'inscrit le droit au sein de l'État, de la société et du système économique. À cette fin, nous avons étudié le rôle du droit dans la société canadienne, de même que sa portée en tant qu'instrument de mise en oeuvre de la politique de l'État. Nous avons également formulé des critiques sur certains sujets, notamment sur la prolifération des lois et règlements ainsi que des tribunaux administratifs comme instruments d'intervention de l'État; la complexité de notre système juridique et les difficultés qu'il engendre; et le manque de précision de la loi et son incapacité de répondre aux besoins de tous les Canadiens.

Nous espérons que l'examen de ces sujets et les conclusions de notre recherche permettront de mieux éclairer les membres de la Commission sur l'une des plus épineuses questions à l'heure actuelle : le rôle de l'État dans la société canadienne. Ajoutons que cette question entraîne une autre, soit le rôle que doit jouer le droit.

Cet ouvrage comprend quatre études qui ont pour thème principal le droit comme phénomène social. La première étude, celle de Harry Arthurs, sert d'entrée en matière aux trois autres qui exposent, chacune à leur tour, les vues des auteurs. Les études réunies ici, qui offrent toutes des perspectives différentes sur le sujet, présentent des considérations non seulement d'ordre théorique mais aussi d'ordre pratique, en ce qu'elles visent à donner une nouvelle orientation aux lignes de conduite établies.

De façon générale, les auteurs sont unanimes à penser que des modifications doivent être apportées au système juridique afin de faire du droit un outil mieux adapté à la réforme sociale et économique. En effet, un esprit de mécontentement règne à l'heure actuelle sur le sujet de la loi et de ses applications, et l'appel à la dérèglementation ne constitue qu'un indice parmi d'autres qui démontre ce fait. Un danger guette toutefois les Canadiens : celui de retenir des solutions faciles qui pourraient se révéler à long terme plus néfastes que bénéfiques. Aussi, de l'avis des auteurs, il s'avère indispensable d'étudier de façon approfondie les diverses possibilités qu'offre le droit, de mieux définir les besoins, les idéaux et les valeurs que partagent les citoyens, et d'adopter pour ce faire des moyens qui soient pratiques. Enfin, nous croyons que le présent ouvrage, pour peu qu'il réussisse à soulever des discussions sur la loi et ses applications, aura atteint l'objectif que nous nous étions fixé.

IVAN BERNIER  
ANDRÉE LAJOIE

## REMERCIEMENTS

---



Nous aimerions exprimer notre reconnaissance aux membres du groupe consultatif de recherche dont les noms suivent pour les idées et les précieux conseils dont ils nous ont fait part dans le cadre des travaux de ce module particulier du programme de recherches.

Harry Arthurs

Stanley Beck

Edward Belobaba

Robert Bureau

Paul Emond

Patrice Garant

Katherine Lippel

Roderick Macdonald

Stanley Makuch

Robert Martin

John Meisel

Johann Mohr

Patrick Monahan

Andrée Morel

Fernand Morin

Mary Jane Mossman

David Mullan

Julien Payne

Guy Rocher

Liora Salter

Daniel Soberman

Guy Tremblay

Michael Trebilcock

Joseph Weiler

Nous aimerions également souligner le travail assidu de Nicolas Roy, chargé de recherche, et le remercier de son aide fort appréciée.

I.B. et A.L.



---

# Le droit, la société et l'économie : *un aperçu*

IVAN BERNIER  
ANDRÉE LAJOIE

## Introduction

En 1959, Wolfgang Friedmann, dans la préface de son ouvrage intitulé *Law in a Changing Society*, faisait part de sa conviction « *that the law must, especially in contemporary conditions of articulate law-making by legislators, courts, and others, respond to social change if it is to fulfill its function of a paramount instrument of social order*<sup>1</sup> ». En 1983, ce thème de l'adaptation, loin d'avoir perdu de son actualité, apparaissait à ce point important aux directeurs de la recherche de la Commission qu'ils en faisaient le thème majeur de leur programme de recherche.

Aussi ne faut-il pas se surprendre si les différentes études qui composent ce premier volet de la recherche juridique soulèvent au point de départ la question fondamentale du rôle et de la place du droit en tant qu'instrument de développement économique et social. Une double approche caractérise de façon générale ces études. Elles sont d'abord à caractère rétrospectif, en ce sens qu'elles cherchent à décrire globalement comment le droit, entendu dans un sens large, a évolué durant les quelque 35 dernières années. Mais elles ont aussi un caractère prospectif dans la mesure où elles visent, à partir d'une réflexion spéculative, à permettre l'évaluation du droit lui-même en tant qu'instrument de réalisation d'objectifs socio-économiques. En second lieu, ce premier volet de la recherche débouche, dans les études sectorielles, sur un certain éclairage du processus législatif, de son lien avec le processus judiciaire, de sa transcription administrative et de son impact sur la réalité. Tout au long de cette partie de la recherche, on retrouvera enfin en arrière-plan le débat constant entre les objectifs de bien-être, entendus au sens de qualité de vie, et les objectifs purement économiques, plus souvent

exprimés en termes quantitatifs de coûts, de croissance et d'efficacité, le droit faisant état des compromis réalisés. En ce sens, cette partie de la recherche touche aussi au problème des rapports entre le droit et les valeurs.

Même si elles peuvent apparaître à prime abord plutôt théoriques, les questions de fond soulevées dans ce volet de la recherche ont en fait un rapport étroit avec le mandat de la Commission. Celui-ci, à première vue, ne s'intéresse au droit que dans la mesure où il fait référence, en termes généraux, à la Constitution, au partage des pouvoirs ainsi qu'aux institutions. Néanmoins, lorsqu'on analyse le mandat de près, on constate que c'est en pratique toute l'activité juridique de l'État qui se trouve mise en cause dans la mesure où l'on demande de faire rapport sur les aménagements « propres à promouvoir la liberté et le bien-être des citoyens canadiens en même temps que le maintien d'une économie forte et concurrentielle ». Ainsi que le souligne Harry Arthurs dans son texte introductif :

*A Royal Commission concerned about the performance of national institutions, about the extent and effects of public decision making in the economic sector, about the attainment of social justice and equity, must naturally undertake « legal » research — on the Constitution, on regulatory regimes, on welfare and tax laws. But such research has, in the past, all too often failed to articulate underlying assumptions or theories about what law is, how it works, and why it sometimes does not. By the same token, proposals to stimulate or constrain marketplace activity, to ameliorate its social effects, or to mobilize private or public power through the use of law have often failed to address specific questions about what kind of law, operating through which legal forms, can best (if at all) accomplish specific purposes<sup>2</sup>.*

Le bien-fondé de ce point de vue devait être confirmé hors de tout doute lors des audiences de la Commission. Bon nombre de mémoires, particulièrement ceux provenant du milieu des affaires, ont critiqué la réglementation excessive des gouvernements. Le Conseil du patronat du Québec, par exemple, affirmait :

Certaines études démontrent ce que les hommes d'affaires savaient déjà de façon empirique : la réglementation excessive freine l'innovation et décourage les investissements. Qu'il existe présentement au Canada comme ailleurs un fort mouvement de déréglementation prônant une diminution de l'intervention de l'État sous toutes ses formes ne surprendra personne<sup>3</sup>.

Pour les Entreprises Bell Canada, par contre, la nécessité de la réglementation dans certaines circonstances ne faisait pas de doute. Mais à la question soulevée par la Commission « Quelle est la solution : augmenter ou diminuer le nombre des règlements, ou encore en améliorer la teneur? », elles n'en répondaient pas moins :

Nous pouvons affirmer sans équivoque que le Canada doit diminuer le nombre des règlements et en améliorer la teneur. D'une part, le nombre et l'étendue des exigences imposées aux entreprises par la réglementation devraient être réduits; d'autre part, la réglementation devrait être plus souple, plus consciente de l'impact de la nouvelle technologie et de la concurrence grandissante, et plus rapide dans les délibérations<sup>4</sup>.

Dans une toute autre perspective, le seul mémoire axé spécifiquement sur le droit, celui de la British Columbia Law Union, adoptait une position nettement plus radicale en faisant valoir que la loi et la procédure canadiennes devenaient de plus en plus autoritaires, coûteuses et inefficaces<sup>5</sup>. Catégorique dans ses énoncés, le mémoire en question cachait mal une certaine ambivalence en ce qui concerne le rôle et la place du droit dans la solution des problèmes envisagés. Abordant des questions aussi diverses que l'immigration, l'aide juridique, la justice civile et pénale, les autochtones, les tribunaux, la Charte et les femmes, il plaidait en faveur d'une intervention plus marquée de l'État dans certains secteurs tout en dénonçant la « légalisation » croissante de la société canadienne.

Plusieurs autres mémoires, par ailleurs, sans s'interroger sur le rôle et la place du droit en soi, aboutissaient à recommander de nouvelles interventions de nature juridique dans des secteurs comme ceux du droit social et du droit de l'environnement. Phénomène intéressant, et très révélateur par surcroît du contexte politique du début des années 1980, un bon nombre d'intervenants n'hésitaient pas à s'en remettre à la Constitution pour résoudre divers types de problèmes, comme si la seule façon de les régler efficacement était d'en confier la solution à la Constitution et aux juges plutôt qu'au pouvoir législatif. Parmi les différentes suggestions d'amendement constitutionnels formulées lors des audiences, mentionnons entre autres l'enchâssement du droit de propriété, la garantie de la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, la reconnaissance constitutionnelle des gouvernements municipaux, une déclaration des droits des travailleurs, incluant le droit à l'emploi, le droit à un salaire décent et le droit de recourir à la grève, une déclaration de principe statuant que toute personne a le droit de boire une eau propre, de respirer un air pur, etc. D'une certaine façon, on peut voir dans la multiplication de semblables demandes une perte de confiance dans la loi ordinaire, de même que dans le processus législatif.

Cette remise en question du droit en tant qu'instrument de développement économique et social, apparente dans les mémoires soumis à la Commission, n'est pas particulière au Canada. Elle est le reflet, en fait, d'un débat plus large qui a cours aux États-Unis comme en Europe depuis plusieurs années déjà. En 1979, par exemple, le professeur Lawrence H. Tribe de l'Université Harvard, dans un article intitulé « *Too Much Law, Too Little Justice — An Argument for Delegalizing America*<sup>6</sup> », soulignait le fait que les États-Unis avait trois fois plus d'avocats

per capita que l'Angleterre et vingt fois plus que le Japon, et que, dans la seule année 1977, les différents corps législatifs des États-Unis, y compris les municipalités, avaient adopté pas moins de 150 000 lois, bon nombre d'entre elles donnant naissance à leur tour à des règlements. Il expliquait un pareil développement, qu'il n'hésitait par ailleurs à qualifier d'alarmant, de la façon suivante :

*The sources of our predicament are not hard to discern. Our economic interactions are numerous and complex, and market mechanisms alone set few restraints on such social crimes as pollution, industrial safety hazards and consumer fraud. At the same time, we have guaranteed individual rights and freedoms that require painstaking protection. Most fundamental, our native individualism has worn our social fabric thin, leaving virtually no envelopping system of family, community, or custom to guide or constrain each of us — as less mobile, more traditional societies could provide. Reversing cause and effect, the atomization of society has triggered an explosion of law.<sup>7</sup>*

De là, le professeur Tribe concluait à la nécessité de mettre de l'avant dans les meilleurs délais un programme visant à « délégaliser » la société américaine. Pour ce faire, il proposait diverses mesures allant de la dérégulation sélective, là où la réglementation n'avait d'autre effet que de protéger l'industrie de la concurrence, à la simplification des lois et à la déjudiciarisation des conflits. Bien que conscient qu'un tel programme pouvait facilement conduire à des abus, il demeurait néanmoins confiant qu'une planification sérieuse pouvait empêcher que l'on ne donne suite aux attentes de ceux qui ne souhaitaient autre chose que l'élimination de toute contrainte à leurs agissements.

Quelques années plus tard, soit en 1983, le Président de l'Université Harvard et ancien doyen de la Faculté de droit, Derek C. Bok, faisait état de semblables préoccupations dans son rapport annuel au Conseil des gouverneurs de cette université<sup>8</sup>. Préoccupé par les coûts énormes du système juridique en place, préoccupé également par ce qu'il décrivait comme « *a massive diversion of exceptional talents into pursuits that often add little to the growth of the economy, the pursuit of culture, or the enhancement of the human spirit* », et préoccupé par-dessus tout par l'inefficacité d'un système juridique incapable de protéger les droits d'une majorité de citoyens, il proposait une double approche pour corriger cette situation jugée inacceptable. Dans un premier temps, il suggérait un effort renouvelé du côté de la recherche, tant pour faire ressortir les coûts réels de ce système juridique que pour en mieux évaluer l'efficacité. À cet égard, précisait-il, « *it will be impossible ever to develop more sensible theories of the appropriate role of law if we do not make greater efforts to examine the effects of the laws we already have* ». Dans un second temps, il remettait en cause l'orientation de l'enseignement dans les facultés de droit, trop tourné à ses yeux vers les approches

conflictuelles. Et pour mieux préciser sa pensée face aux besoins futurs de la société, il ajoutait :

*Over the next generation, I predict, society's greatest opportunities will lie in tapping human inclinations toward collaboration and compromise rather than stirring our proclivities for competition and rivalry. If lawyers are not leaders in marshalling cooperation and designing mechanisms which allow it to flourish, they will not be at the center of the most creative social experiment of our time<sup>9</sup>.*

De semblables propos, destinés à un vaste public, trouvent leur écho également dans d'autres pays<sup>10</sup>. Mais exprimés en termes facilement accessibles, ils se veulent davantage le reflet d'une inquiétude que l'expression d'une nouvelle vision du rôle et de la place du droit. Ce qui contribue à leur donner leur véritable signification, c'est le fait qu'ils s'appuient sur une réflexion théorique de plus en plus articulée. Aux États-Unis comme en Europe et au Canada, en effet, on retrouve un nombre croissant d'études qui, alliant le droit à d'autres disciplines telles l'histoire, la sociologie, la philosophie, la science politique et la science économique, aboutissent à une sérieuse remise en question du droit en tant qu'instrument de développement économique et social. Certaines de ces études, d'orientation néo-marxiste ou identifiées encore à ce qu'il est maintenant convenu d'appeler le « *Critical Legal Studies Movement*<sup>11</sup> », vont jusqu'à affirmer que le droit, dans sa conception individualiste et libérale actuelle, est intrinsèquement incapable de maximiser le bien-être de la société. D'autres études, d'orientation néo-libérale, considèrent tout simplement le droit comme un mauvais substitut aux lois du marché dès l'instant où il sort de son rôle d'appui à celui-ci. Dans un cas comme dans l'autre, le résultat d'une telle réflexion est qu'on entend parler de plus en plus souvent de « délégalisation », de « déréglementation » et de « déjudiciarisation ».

Ces conceptions opposées du droit qui, paradoxalement, se rejoignent d'une certaine façon dans leurs conclusions, n'épuisent pas, loin de là, l'ensemble de la réflexion sur la discipline. De fait, refusant de se laisser enfermer dans ce dilemme, un troisième courant idéologique, que l'on peut qualifier de pluraliste, dont la caractéristique principale est d'être ouvert de façon générale à l'ensemble des points de vue qui sont considérés comme autant de facettes d'une même réalité, s'intercale entre les deux premiers. Sur le plan proprement juridique, le pluralisme propose une lecture élargie du droit, laquelle, en faisant place à des modes normatifs aussi variés que la Constitution, la loi, le règlement, les tribunaux, les contrats, les subventions, la fiscalité et même le marché (le refus d'intervenir étant assimilé à une forme de délégation), relègue au second plan la question de savoir s'il existe trop de droit pour s'intéresser essentiellement aux implications spécifiques de chacun de

ces modes normatifs et sur leurs relations réciproques<sup>12</sup>. Cette approche pluraliste, qui se veut scientifique en ce sens qu'elle exige de chacun qu'il établisse clairement ses positions de départ, n'en aboutit pas moins à soulever la même question fondamentale du rôle et de la place du droit dans la mesure précisément où, ouverte à tous les points de vues, elle refuse de se satisfaire des seules approches traditionnelles. Le résultat de toute cette activité de réflexion est qu'on se retrouve présentement dans une phase de « démythification du droit<sup>13</sup> » sans précédent dont notre démarche pouvait difficilement ignorer l'existence, alors qu'il lui était demandé de se pencher non pas sur l'immédiat mais sur le moyen et le long terme. Ainsi que le souligne Harry Arthurs :

*Law, in short, is identified as both the cause of, and the cure for, many of the ills of Canadian society. Whether it is either (or both) is an issue which must be addressed. Still it is at least clear that any attempt to assess the past or present, or the predict or prescribe the future, behavior of the Canadian State, economy or society must confront the issue of law<sup>14</sup>.*

C'est donc pour en savoir davantage au sujet du droit qu'a été développé le présent volet de la recherche, orienté vers la mise en contexte du droit et la réflexion théorique. Idéalement, il aurait été intéressant de compléter celui-ci par des études de type empirique. Mais outre le problème de définir avec précision la nature et les critères d'évaluation des données à amasser, il aurait fallu, pour en faire la collecte, disposer du temps et des ressources nécessaires, ce qui n'était pas le cas. Dans l'ensemble, croyons-nous, le résultat de cette recherche reflète de façon assez fidèle la vision que les juristes canadiens se font du droit en tant qu'instrument de développement économique et social. Ce qu'on y décèle en particulier, au-delà d'un certain sentiment de désarroi face à l'apparente confusion du droit, c'est une nette conviction que ce dernier peut redevenir un instrument utile et efficace de développement, pourvu seulement qu'on accepte d'en reconnaître les limites et qu'on l'utilise en meilleure connaissance de cause.

Pour en faire la synthèse, il a été décidé de procéder suivant un plan qui reproduit dans ses grandes lignes celui proposé par Harry Arthurs dans son étude introductive. Dans un premier temps, l'accent sera donc mis sur la notion même du droit, sur les conceptions que s'en font les auteurs, ainsi que sur la place qu'occupent à l'intérieur de celles-ci les différents instruments juridiques tels que la loi, les règlements, les tribunaux, les contrats, etc. Il découle en particulier de cet examen que pour la majorité des auteurs, le droit peut prendre une variété de formes dont il importe de bien comprendre les implications car, ainsi que le souligne Liora Salter, « *the state fulfills a multiplicity of roles and expectations, each placing conflicting demands on the law<sup>15</sup>* ». De ce point de vue, il n'est pas faux de dire que la plupart des auteurs regardent avec un certain scepticismisme le présent courant de déréglementation et de

déjudiciarisation dans la mesure où une solution aussi simple et globale leur apparaît faire peu de cas de la diversité et de la complexité des problèmes à résoudre.

Suivra ensuite une analyse du droit en tant que système dynamique de production, d'application et de révision de normes. Pour ce faire, deux hypothèses seront envisagées, l'une voulant que le droit soit une variable dépendante, c'est-à-dire le produit essentiel de la réalité sociale, l'autre voulant qu'il soit une variable indépendante, c'est-à-dire le produit d'une volonté rationnelle et autonome agissant sur cette réalité sociale. Même si ces deux hypothèses, présentées comme des positions extrêmes, n'excluent pas d'autres hypothèses intermédiaires, les plus fréquentes d'ailleurs, on comprendra que suivant l'importance accordée à l'une ou l'autre, l'analyse du droit en tant qu'instrument de développement économique et social s'en trouvera fondamentalement affectée. Pour la majorité des auteurs, ainsi qu'on pourra le constater, le droit bénéficie d'une relative autonomie dont il importe cependant de bien comprendre les limites pour en faire un usage véritablement efficace.

Mais quels que soient les facteurs qui déterminent l'efficacité du droit en tant qu'instrument de politique, le choix de recourir au droit, et, à l'intérieur du droit, à tel ou tel instrument juridique, répond ultimement à un jugement de valeur. Ainsi que le souligne Liora Salter :

*Law and policy always embody value choices. If these value choices can be made explicit, they can aid in developing a framework for some innovative policy recommendations*<sup>16</sup>.

C'est précisément sur cette question du rapport entre le droit et les valeurs, abordée d'une façon ou d'une autre par chacun des auteurs, que se terminera le présent essai de synthèse.

## **Les modes d'intervention du droit**

Notre étude du droit comme instrument des politiques de l'État comporte en premier lieu une réflexion théorique sur les modes d'intervention du droit. Non pas que l'on puisse espérer prédire avec exactitude l'efficacité spécifique d'un instrument juridique déterminé : il s'agit plutôt de tenter de cerner où se situent les frontières du droit, de manière à mieux circonscrire, d'une part, l'éventail des choix qui s'offrent à l'État, et à mieux comprendre, d'autre part, les implications du mouvement de délégalisation, de déréglementation et de déjudiciarisation dont il a été fait état précédemment.

### ***Les formes du droit***

On constate d'abord que les formes que l'on attribue au droit dépendent de la définition qu'on en donne et du rôle que l'on est prêt à consentir à

l'État. Ces conceptions sont en retour tributaires de ceux qui les portent, du lieu où ils s'expriment, de leurs fonctions professionnelles et du rapport de ces dernières au droit.

Sur le continuum qui va de la règle constitutionnelle, la plus stable de toutes, aux mesures purement incitatives<sup>17</sup>, ou à la simple conduite exemplaire, logent un grand nombre d'instruments au caractère juridique plus ou moins accentué. Personne ne contestera que les règles constitutionnelles, les codes, le droit statutaire et la réglementation sont des instruments juridiques. Mais la frontière qui sépare ces derniers des instruments civils ou politiques varie selon l'observateur dès que l'on passe aux contrats, aux directives, aux stratégies administratives, aux incitations, aux décisions unilatérales des autorités publiques, à la création des sociétés d'État et des organismes d'arbitrage, et ultimement aux règles internes des associations volontaires.

Cependant, on ne situe pas cette frontière sans égard à la définition que l'on confère au droit. Suivant qu'on favorise une définition étroite dans laquelle le droit est vu comme une émanation d'une autorité formellement mandatée et susceptible d'être appliqué par les tribunaux judiciaires, ou une définition large qui embrasse toutes les interventions susceptibles d'influencer le comportement social, on allongera ou on raccourcira la liste des instruments « juridiques ». Si, pour le doyen Macdonald, toutes ces interventions sont d'une certaine façon juridiques, pour d'autres, comme le président Arthurs, il y a, quelque part, une frontière :

*Nevertheless there is a difference between using law and not doing so: to keep down public sector wage levels through tough collective bargaining is not the same as restraining them through legislation; to reallocate governmental responsibilities through constitutional amendment is not the same as doing so through federal-provincial negotiation; to ban or regulate the sale of alcohol or drugs is not the same as inveighing against their use, or selling them exclusively through state outlets<sup>18</sup>.*

Ce débat sur les formes ou les manifestations du droit n'est pas récent, loin de là. De façon fondamentale, il oppose deux conceptions du droit, l'une formelle, l'autre matérielle. Suivant la conception formelle, la règle de droit se distingue des autres règles de la vie sociale du fait de la contrainte publique qui lui donne sa sanction; envisagée de ce point de vue, la règle de droit est avant tout une création de l'État, le résultat d'une volonté délibérée. Développée initialement en réaction au droit naturel, inspirée par le scepticisme de Descartes ainsi que par la philosophie politique du contrat social de Hobbes, Locke et Rousseau, cette vision, identifiée de nos jours au positivisme juridique, a fait son apparition d'abord au XVIII<sup>e</sup> siècle avec Bentham, pour être ensuite approfondie au XIX<sup>e</sup> siècle par Austin, et enfin trouver son expression la plus élaborée au début du XX<sup>e</sup> siècle avec Kelsen et sa théorie pure du droit.

À l'opposé de ce courant formaliste, on retrouve une autre vision, également en désaccord avec le droit naturel, développée à partir d'une perspective historique et sociologique, qui considère le droit d'abord et avant tout comme un phénomène vivant et spontané, le produit direct de l'organisation de la société. Ce courant de pensée est apparu d'abord au XIX<sup>e</sup> siècle avec von Savigny, qui alla jusqu'à voir dans les moeurs et les règles coutumières non seulement la manifestation première et la plus importante du droit, mais également l'expression du *Volksgeist*, de l'esprit de chaque nation. Ce courant de pensée devait faire l'objet d'un développement marqué au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, s'orientant dans deux directions différentes, l'une plus proprement sociologique, issue de l'École du droit libre d'Ehrlich, l'autre davantage behavioriste, avec Jhering et Pound, et surtout l'École réaliste américaine.

Pour Ehrlich et ses successeurs, en particulier Kantorowicz, Gervitch, et Levy-Bruhl, le véritable droit, issu de l'ordre interne des divers groupes et associations qui composent la société, se situe en amont du droit formel étatique, lequel n'est rien d'autre que son aboutissement ultime au terme d'un processus de formation historique. Avec Jhering et Pound, l'intérêt se déplace graduellement vers ce qui se passe en aval du droit formel, c'est-à-dire à l'étape de l'application concrète de ce dernier. À partir d'une vision de la société composée d'une foule d'intérêts divers en concurrence les uns avec les autres, Jhering et Pound en arrivent à assigner au droit en général, et au juge en particulier, le rôle d'arbitrer ces divers conflits de manière à satisfaire le plus grand nombre et à maintenir l'ordre. L'intérêt manifesté par Jhering et Pound à l'égard du rôle des juges devait conduire inévitablement à un examen du comportement concret de ces derniers, ce qui fut le fait de l'École réaliste américaine, avec Holmes, Llewellyn et surtout Frank. Ce dernier devait affirmer à cet égard :

*For any particular lay person, the law with respect to any particular set of facts, is a decision of a court with respect to those facts, so far as that decision affects that particular person. Until a court has passed on those. . . facts no law on that subject is yet in existence*<sup>19</sup>.

Une telle conception du droit, tout comme celle développée par Ehrlich et ses successeurs, aboutit à restreindre de façon marquée l'importance de la loi formelle issue de l'État en tant que source de droit. Ainsi qu'on le verra plus loin, cette vision matérielle du droit, opposée au positivisme Kelsenien, a été remise récemment à l'honneur par Hayek et Unger, et ce, à partir de prémisses très différentes.

Il va de soi que les deux grands points de vue sur le concept de droit décrits précédemment, bien que présentés comme des positions contraires, ne s'opposent pas dans la réalité de façon absolue. De fait, la majorité, sinon la totalité, des théories dites matérielles du droit dont il a été fait mention ne nient pas la réalité du droit formel originant de l'État. Ce qu'elles contestent, c'est la prétention du positivisme juridique de

représenter de façon exhaustive la réalité du droit. À l'encontre d'un tel point de vue, qualifié de moniste, les théories pluralistes ou matérielles du droit ouvrent la porte à d'autres manifestations du droit de caractère non spécifiquement étatique.

L'opposition même entre droit étatique et droit non étatique perd considérablement de son importance par ailleurs si on adopte une conception intra-étatique du pluralisme juridique, conception qui fait référence à la diversité des régimes juridiques reconnus par l'État, soit par intégration directe, soit par délégation<sup>20</sup>. En poussant le raisonnement jusqu'à voir dans les diverses manifestations de droit non étatique des régimes juridiques autorisés par l'État, soit par délégation explicite, soit par délégation implicite, ce qui est la position de Macdonald, on aboutit dans les faits à éliminer totalement la distinction. Mais même si l'on conserve celle-ci, comme il nous apparaît souhaitable, des études récentes tendent à démontrer que des liens étroits unissent droit étatique et droit non étatique, en ce sens que le premier sert plus souvent qu'autrement de cadre de référence au second, lequel peut aussi bien compléter que modifier ou même contredire le droit formel issu de l'État<sup>21</sup>. Toute étude du droit en tant qu'instrument d'intervention de l'État peut difficilement ignorer une telle réalité.

### *Droit et idéologies*

Ces diverses conceptions du droit dont il a été fait état se rattachent aussi au rôle que l'on accepte d'assigner à l'État et aux valeurs implicites ou explicites qui le sous-tendent, c'est-à-dire à l'idéologie politique que l'on partage. On savait déjà, bien sûr, qu'une conception minimaliste de l'État est liée, chez les néo-libéraux, à une définition étroite du droit, reposant sur des valeurs de liberté et d'efficacité économique, et l'on devine qu'elle conduit à raccourcir la liste des instruments d'application des politiques que l'on sera prêt à qualifier de juridiques. À l'opposé, les idéologies favorables à l'intervention de l'État, davantage préoccupées par les valeurs d'équité et de bien-être, prônent malgré leur contestation du droit et plus particulièrement du système judiciaire, une définition plus large du droit qui inclut précisément tous les instruments d'intervention dans son aire d'application, estompant ainsi la frontière privé-public.

Le mérite de certaines des études que nous présentons ici, notamment celles de Salter et de Arthurs, est de faire un pas de plus en reliant ces idéologies opposées, aussi bien d'ailleurs que le pluralisme, à des groupes sociaux et même à des rôles professionnels assumés par les juristes. Ainsi le texte d'Arthurs fait voir des liens entre la définition étroite du droit, vu comme un simple ensemble de règles, et les tenants du « laisser-faire » économique, du positivisme juridique et plus généralement, du conservatisme politique. De plus, il établit un rapport entre

ces idéologies et les fonctions occupées par les juristes, notant leur plus grande popularité relative chez les avocats et les juges, liés au secteur privé, en opposition à une vision du droit qui en fait le produit du contexte social, vision qui serait plus fréquente dans les milieux réformistes où prédomine l'idéologie interventionniste et où l'on retrouve une plus grande proportion de législateurs et d'administrateurs publics. Entre ces deux pôles, les pluralistes, tenants de la démocratie libérale et de l'économie mixte, verraient plutôt le droit comme un instrument d'application des politiques de l'État.

C'est souligner non seulement le rapport des occupations professionnelles et des positions de classe aux conceptions du droit, mais révéler l'impact de ces facteurs sur le choix des instruments, juridiques ou non, d'application des politiques. Ce dernier point de vue rejoint, dans une certaine mesure, celui qu'expriment par exemple Belobaba et Weiler dans leur analyse respective du droit applicable à la consommation et aux relations de travail, qui souligne justement l'influence de la profession juridique dans le choix de certaines formes de droit plutôt que telles autres<sup>22</sup>.

C'est également la conclusion à laquelle en vient Salter, pour qui le choix des instruments d'application des politiques de l'État, effectué notamment parmi les diverses formes que prend le droit, résulte bien davantage de celui qui a le pouvoir de les choisir et des valeurs auxquelles il adhère que d'une adéquation spécifique à la finalité poursuivie; illustrant son propos par un exemple tiré du domaine de la réglementation des corporations professionnelles, elle écrit :

*The choice between either an administrative or judicial approach, between regulating by regulations or through state-corporate consultation is not a choice between more or less efficient means of accomplishing policy goals primarily. Nor is it random. The choice reflects differing concepts of the appropriate relationships between the state and corporations and thus different value, professional or ideological assumptions. For those who make the decision about whether to use an administrative agency or a judicial process to implement particular policy goals, efficacy or efficiency criteria always seem applicable and their choice seems unconstrained. Different modes of regulation and different legislation are considered efficient and efficacious, however, in different eras because assumptions differ about how policy should be made<sup>23</sup>.*

### **Le sens de la « dérégulation »**

C'est sur cet arrière-plan que se développe le débat de la « dérégulation », qui englobe, dans un sens large, à la fois la « délégalisation » la « déréglementation » et la « déjudiciarisation ». Tous ces concepts émanent d'abord des quartiers conservateurs, tous reposent au départ sur une conception étroite du droit, sur une attribution restrictive du

qualificatif de « juridique » aux moyens de mise en oeuvre des politiques et véhiculent une idéologie que les réformistes et les pluralistes — auxquels se rallient la majorité des auteurs des études que nous présentons ici — récusent même lorsque, au nom de valeurs opposées, ils réclament, eux aussi, une certaine déjudiciarisation.

Pour proposer de « déréguler » un certain nombre d'activités économiques ou sociales, c'est-à-dire les soustraire à l'action du législateur, de l'exécutif ou des tribunaux judiciaires, il faut en effet affirmer, au moins implicitement, qu'il existe une sphère de la société civile, le secteur privé, où « fleurit la liberté », où personne d'autre, en l'absence de l'État, n'impose de règles, et où les conflits n'existent pas, ou, en tous cas, ne sont pas arbitrés. Il faut imaginer que la solution qui résulte du rapport de forces à l'état pur est nécessairement la meilleure pour tous, à moins que la convergence possible des intérêts les mette à l'abri de tout arbitrage social. Il faut prôner la neutralité des décideurs privés, l'infaillible science du marché, pourtant aveugle. Monahan décrit fort bien cette idéologie juridique et fait voir le côté à la fois illusoire d'une structure sociétale pré-politique et de l'ordre juridique naturel qui y est généralement postulé :

*The central and governing element in this judicial construct is the assumption that it is possible to identify some natural or prepolitical structure of human interaction in civil society. This structure is natural in the sense that it does not depend on the validity of any particular ideology or political doctrine. In this prepolitical setting, individuals are able to combine with each other free from 'regulation'; the outcomes of interaction are the product of their individual life plans and abilities, rather than the conscious implementation of some larger political program. Of course, it is recognized that no such 'natural' order of things exists in contemporary liberal democracies, nor should society attempt to recast itself in pursuit of the naturalist ideal. Nevertheless, the belief in the possibility of such a prepolitical structure carries important implications for the judicial analysis of public policy. It means that deviations from what is seen as the natural order of things requires some particular justification on the part of the state. The state is interfering with a set of arrangements which is thought to inhere in the 'nature of things'; interference of this kind should legitimately be regarded with suspicion. The role of the Court is to ensure that the incursion on natural liberty is warranted in the circumstances<sup>24</sup>.*

Dans cette analyse, seules les actions législatives, réglementaires, judiciaires de l'État sont étiquetées « juridiques » et présumées contraignantes : à partir du moment où une activité échapperait à la contrainte proprement *étatique*, elle deviendrait non seulement plus facile à assumer pour son auteur, mais automatiquement favorable aux finalités de la société, qu'on se trouve à nier par le fait qu'elles puissent diverger selon les groupes qui les mettent de l'avant. Au surplus, le processus de dérégulation aurait pour effet d'alléger le climat social, la lourdeur

administrative, l'encombrement des tribunaux : les coûts diminueraient en conséquence et les taxes aussi.

C'est, en bref, le crédo néo-libéral, qui rejoint dans ses conclusions, sinon dans ses fondements, l'effacement progressif de l'État et du droit prévu par les marxistes de la première heure. Mais ni dans les États socialistes ni dans les démocraties occidentales ne nous a-t-il encore été donné d'assister à ce retour à la « nature » d'ordre politique et juridique. Au contraire, les règles continuent de se multiplier et les conflits de perdurer.

C'est un phénomène qui se comprend mieux si l'on admet au départ, comme le fait bien voir Macdonald, qu'il n'y a pas de *no man's land* juridique, de secteur privé soustrait au régime de droit, de lieu neutre où l'activité humaine pré-harmonisée par une programmation intrinsèque se déroulerait spontanément à l'avantage de tous dans le sens de finalités sociales présumées neutres et univoques.

On perçoit mieux ce qui se passe dans le processus de « dérégulation », ou de régulation, si l'on se représente le passage du légiféré, du réglementé, du judiciarisé vers son contraire, et inversement, comme celui d'un liquide incompressible entre des vases communicants.

Le produit social déréglementé débouche ainsi, non pas dans un vacuum normatif mais dans un autre lieu, non moins soumis à la régulation, où ce sont les décideurs privés qui établissent les normes en fonction de ce qu'ils perçoivent comme leur avantage, à l'abri des débats démocratiques, toutes conséquences occultées, où c'est le droit commun, axé sur la propriété privée et ses valeurs, qui récupère ce qui échappe aux recours statutaires et aux tribunaux administratifs.

C'est aux dépens de la visibilité et par conséquent du contrôle politique (au sens d'*accountability*) que s'opère ce transfert comme l'explique Macdonald :

*Of course, it is not claimed here that there is no difference between various forms of state economic activity; nor is it asserted that governmental initiatives setting the preconditions for a market to operate, cannot in some measure be distinguished from those that impinge upon it. Rather, the point is that if one wishes to understand the patterns of visible regulation, and especially delegated legislation, since World War II, it is inadequate to adopt a view of government initiative that excludes several major forms and objectives of state activity. A failure to elaborate a model that takes into account the entire regulatory environment may well lead to false theses about regulatory growth, when all that has really occurred is the suppression of non-obvious state economic activity and its transmutation into the particular form of visible governmental initiative which certain modern critics stigmatize as regulation<sup>25</sup>.*

De même, lorsque la dérégulation se produit au plan institutionnel, notamment par la recherche d'un contrôle judiciaire plus poussé envers les tribunaux administratifs, les auteurs s'entendent pour souligner la

perte de souplesse et d'adaptabilité qui en résulte. Mullan rejoint ici Macdonald, le premier insistant sur la flexibilité des tribunaux administratifs :

*In situations where the task at hand involves adjudications of the type conventionally carried out by the courts, arguments for freedom from political interference and decision making by independent and impartial decision makers assume greater force. On the other hand, in matters of high political and social regulatory concern involving broad discretionary authority, it is neither surprising nor undesirable that the regulatory or tribunal process involves varying degrees of interaction with other areas of our governmental system. In this respect, there is much weight in Ratushny's assertion : The absence of uniformity represents a tremendous flexibility in the administrative process which is its greatest strength<sup>26</sup>.*

et le second faisant bien voir l'impact négatif du contrôle judiciaire traditionnel sur cette même flexibilité :

*What is worth noting, however, is the conflict of interests that judicial review presupposes. Reviewing courts have never tolerated the same flexibility from administrative decision makers as they do from judicial decision makers<sup>27</sup>.*

Plus fondamentalement, on se rend compte, à la lecture des travaux de Arthurs, Macdonald, Weiler et Salter, que le fait d'attribuer un caractère moins arbitraire et par conséquent moins contraignant aux interventions législatives et judiciaires qu'aux règlements et aux décisions des tribunaux administratifs reflète essentiellement un point de vue particulier quant au rôle que doit jouer l'État dans le secteur privé. Pour reprendre les termes d'Arthurs, « *it is entirely understandable that those who want the state to intrude into the domain of private action should opt for the administrative model as the most effective method of intrusion, while those who are resisting regulation should oppose it for that very reason<sup>28</sup>* ».

Si, au contraire, l'on accepte une définition large du droit, si l'on décèle le caractère juridique du contrat, de la décision, des interventions économiques privées, si l'on compare leur caractère définitif en matière de conséquences sociales, à la flexibilité et au caractère souvent éphémère des règlements et même des lois, on ne peut échapper à la conclusion que presque rien n'échappe à la régulation. Seul le régulateur change de même que sa façon de « réguler ».

Il suffit de songer à quelques exemples concrets pour s'en persuader.

Entre un règlement de zonage, modifiable à volonté par un conseil municipal qui peut se réunir tous les huit jours, et la décision dérégulée d'un promoteur privé de construire un dépôt de déchets toxiques ou même une salle de concert à un endroit déterminé, où trouve-t-on le caractère le plus contraignant, le plus permanent, l'effet le plus général? Entre les deux, qu'est-ce qui répond le mieux à la définition d'une loi, si

l'on fait abstraction de la source du pouvoir exercé? C'est en ce sens que Makuch parle, dans son étude, du zonage comme d'une «*facade for extra legal techniques . . . that have grown up to control development*<sup>29</sup> ».

Quand l'État dérégule le commerce international en supprimant les droits de douane, les biens circulent-ils automatiquement de façon plus libre ou bien leur contrôle n'est-il pas tout aussi efficacement assuré par des subsides à la production, par diverses réglementations techniques ou encore par des campagnes d'achat de produits nationaux. À quoi d'autre s'affaire-t-on, depuis toujours, dans le GATT, qu'à abolir des obstacles qui ressurgissent plus tard sous une autre forme, mieux déguisée, moins «*régulante* », plus «*privée*<sup>30</sup> »?

On trouve encore un autre exemple du même phénomène en droit constitutionnel canadien avec les ententes fédérales-provinciales. Bien que dépourvues de tout caractère juridique, celles-ci, au dire de Kenneth Wiltshire, constituent souvent «*a method of altering the balance of powers in the federations without resorting to any formal constitutional amendment*<sup>31</sup> ».

Dans ce contexte, la dérégulation, la délégalisation et la déjudiciarisation, et de façon générale le recours à des modes dits non juridiques d'intervention apparaissent comme ce qu'ils sont : une métamorphose au plan de la forme, toujours renouvelée, sans que jamais la contrainte qui s'y loge ne soit complètement évacuée. Passer du vase relativement transparent de l'État dans celui, plus opaque, du secteur privé, c'est souvent diminuer la visibilité du processus et permettre aux intérêts privés de mieux l'infléchir à leur convenance. Ce n'est pas pour autant supprimer les contraintes.

Bien qu'elle ne soit pas toujours explicitée, cette vision de dérégulation, comme un simple déplacement entre des vases communicants, sous-tend l'ensemble des études réunies dans ce volet de recherche.

Le lecteur est frappé par le large consensus qui règne sur ce point. Les auteurs auxquels nous avons confié l'analyse de l'évolution des diverses composantes du droit administratif et ceux qui ont incidemment débordé sur cette question, soit à partir d'études plus générales portant sur l'instrumentalité du droit, soit d'analyses au contraire plus étroites, portant sur des champs spécifiques d'activité collective, sont largement d'accord pour dénoncer les illusions de la dérégulation. Non pas qu'elle soit intrinsèquement nuisible ou même qu'elle n'entraîne pas certains avantages, mais plutôt parce que, devenue *leitmotiv*, elle risque de conduire à des dangers plus sérieux que les avantages escomptés.

Cette unanimité frappe d'autant plus qu'elle réunit, toutes tendances confondues, des auteurs dont le choix personnel de valeurs et les domaines du droit où ils oeuvrent respectivement s'inscrivent dans des courants idéologiques distincts, sinon divergents, allant du positivisme juridique et du conservatisme social au néomarxisme en passant par la contextualisation sociale du droit.

Dans ces circonstances, leur message commun prend une importance particulière. On pourrait le résumer de façon lapidaire en disant qu'ils sont unanimes à recommander de ne pas « jeter le bébé avec l'eau du bain ». . . Mais il nous a paru justifié d'aller un peu plus loin et d'en exposer ici les traits saillants.

Arthurs s'adressant à la question des macro-rapports droit-société, fait déjà bien voir les deux côtés de la médaille. Il écrit :

*On occasion, we may witness what might be called « hyper-regulation. » In effect, a regulatory regime may overreach its mandate and seek to impose itself on conduct or persons at which it was not initially directed. This phenomenon could result from a careless misreading of the governing statute but is as likely to be a response to some unusual social, political or bureaucratic stimulus. A new and unforeseen danger appears, or a radical shift occurs in public demand for control of a long-persisting problem, and an existing regulatory regime is called upon to make a speedy response, as the only device the government has to hand. Or as the result of some bureaucratic imperative, including zeal for the public welfare, a regulatory regime decides to embark upon unfamiliar, and unauthorized, ventures.*

*More familiar than « hyper-regulation, » however, is its opposite : « hypo-regulation. » This may result from administrative timidity, sloth, ineptitude or capture, or again from a misunderstanding of what a governing statute permits or requires. But these are not likely situations. Almost always, regulators operate in an internal economy of scarcity : they lack the staff, powers, knowledge, or public support to ensure perfect and perpetual compliance with regulatory objectives and standards. Confronted with the impossibility of securing compliance in all cases, they may opt to address only egregious violations, important cases, test cases whose outcomes may clarify dubious interpretations or be regarded as typical of an entire class of cases, uncontroversial and innocuous cases, randomly selected cases which fortuitously come to their attention, or none at all.*

*When cases are addressed, moreover, they may be dealt with in ways other than by protracted, resource-consuming, and not necessarily effective formal proceedings. Rather, they may be dealt with informally, so that total or partial compliance may be achieved through threat, admonition, persuasion, negotiation or even benign neglect<sup>32</sup>.*

Cette image de l'envers de la médaille, esquissée ici dans ce texte de portée générale, va se préciser au cours des études qui ont pour objet spécifique le droit administratif.

L'étude la plus poussée, nous l'avons déjà souligné, c'est celle du doyen Macdonald sur le droit réglementaire au Canada depuis 1945. Il faut y revenir tant à cause de la qualité de l'analyse, que de l'importance primordiale du sujet, fixé au focus spécifique des relations société-État-droit-économie, à ce stade précis du développement du Canada :

*[. . .] Much so called deregulation could be accomplished expeditiously  
[. . .]*

*Yet these suggestions are not without their costs. For example, do they commit us to a further erosion of shared commitment in our political culture? Do they require transformations of the social relationships they govern that are out of proportion to the benefit they generate? In other words, to understand the true potential for regulatory reform it is necessary to begin by hypothesizing to a social tabula rasa, where there are no markets, no courts, no explicit legal rules, and no administrative agencies.*

*However powerful an engine for political and social development economic efficiency may be, political theorists have never adduced it as the dominant justification for the political state. Typically, other values such as justice, fairness, equality and liberty, preoccupy philosophers. That is, both 'markets' and 'price and entry controls' are political commodities. Our choice is not between free markets and regulated markets. It is between various strategies for economic regulation where the market is only one option<sup>33</sup>.*

Parti d'une analyse plus positiviste de la performance respective des tribunaux administratifs et du système judiciaire traditionnel, David Mullan en arrive à une conclusion analogue, quoique formulée autrement, à propos de la pléthore de tribunaux administratifs que l'on met souvent en parallèle avec la prolifération des règles.

Allant bien au-delà des arguments traditionnellement évoqués au soutien des tribunaux administratifs, à savoir : la solution des conflits en dehors du forum judiciaire dans un contexte socialement plus approprié, dans des organismes à la fois plus compétents que les tribunaux en matière technique, et plus neutres politiquement que les appareils administratifs, il écrit :

*[. . .] If there is a clinching argument for the creation of administrative tribunals it lies in the need for the dispersal of power in a system which would otherwise (and perhaps even despite administrative tribunals) contain too much concentration of governmental authority in a limited group of actors : Parliament, the executive, the civil service and the courts.*

*The creation of administrative tribunals has at least the healthy tendency of distributing political power somewhat more evenly throughout the various constituencies that make up our nation. This is particularly so when the establishing of an administrative tribunal is linked with greater openness and direct participatory rights than are associated with the traditional forms of government.*

*Moreover, aside from considerations of democratic values, systemic factors also indicate the desirability for administrative tribunals at least as an antidote to and variation upon the traditional modes of government. In a pluralistic society with complex governance problems there is obviously room, indeed a need, for flexibility and variety in the modes adopted for the handling of societal problems. To the extent that the functioning of traditional institutions (the legislature, the courts, civil service and, to a lesser extent perhaps, the executive) is hidebound by tradition, rendering effective reform a virtual impossibility, the administrative tribunal, particularly given*

*the diversity of its form, presents an important possibility for effective governmental decision making. In this regard, the advocates for constitutional purity and the worriers over the anachronistic qualities of administrative tribunals are sadly misguided. Obsolescent theory has prevented an adequate vision of the potential of diversified decision-making mechanisms. A single, uniform mould never was and never can be appropriate to administrative tribunals in our society.*

*The best of administrative (and in particular major regulatory) tribunals also add another dimension to the possibilities of government in that they offer the opportunity for an accommodation being reached between a number of often competing values in our society : legal, political (in its less than best sense), technical, economic and social. Given an appropriate configuration of tribunal decision-making powers, there may well be a much greater chance of that kind of decision making than is presently given by the other agencies of our governance<sup>34</sup>.*

Pour Patrice Garant, qui s'intéresse depuis longtemps aux sociétés de la Couronne et propose de nombreuses réformes à leur sujet, la question de leur multiplicité ne se pose même pas :

Nous persistons à croire que les sociétés d'État, malgré les défauts et déficiences actuels du système, sont les instruments irremplaçables de mise en oeuvre de certaines politiques économiques de nos gouvernements. Le système est perfectible et peut être amélioré si des réformes sont menées avec circonspection et clairvoyance<sup>35</sup>.

Comme tous les positivistes, il occulte le fondement de son assertion, mais le moins qu'on puisse dire c'est qu'elle est compatible avec celles que proposent les autres auteurs : si les sociétés publiques sont irremplaçables, c'est précisément que leur remplacement par des sociétés privées n'aboutit pas à soustraire les décisions qui s'y prennent au contrôle, mais à en changer le contrôleur. Refouler les activités qui sont confiées dans l'autre vase communicant, c'est simplement déléguer à des agents privés la possibilité de choisir les objectifs et les priorités sociales, implicitement mais indissociablement liées aux décisions que prennent les corporations. Ce qui le conduit non pas à les remettre en question, mais à suggérer des correctifs. Mais, encore ici, le phénomène des vases communicants joue : ce que l'on gagne en contrôle politique est perdu en termes de flexibilité et d'adaptabilité de ces sociétés au marché.

Le mécanisme n'a pas échappé à Stanley Beck qui analyse les rapports entre le pouvoir des corporations commerciales et celui que l'État tente de leur imposer par le truchement de ses politiques. Il débouche, à partir de ce point de vue très particulier, sur la même perspective que ceux qui ont abordé de plein front la question.

Il convient de s'arrêter à de longs passages de son texte :

(p. 182) *The matter has been cogently characterized by Lindblom. In a private enterprise market system, such critical matters as the distribution of income, what is produced, the allocation of resources to different lines of production, the allocation of the labour force to different occupations and work-places, plant locations, investment levels, technologies used in production, the quality of goods and services and innovation of new products, are all matters that in large part are decided by businessmen. Yet they all are matters of great economic and social significance. They are, in a real sense, public policy decisions and to the extent they are made or shaped by business leaders, such leaders exercise a public policy function. Moreover, there is a significant degree of discretion involved in making such decisions and although the market may exercise a significant degree of control, it by no means dictates the outcome.*

*Although the quantity of regulation and direct and indirect government involvement in the economy has increased, and business now has a real sense that it is over regulated and has lost a degree of freedom to act, to conclude that the corporate sector is effectively controlled by government is to misunderstand the nature of our private enterprise economy. If it is largely left to private enterprise to make the critical public policy decisions that were described at the beginning of this paper, then government policy must ensure the success of private enterprise. If government policy fails to do so it risks detrimental effects on the economy and thus on the citizenry whose welfare it is the chief function of government to advance. If corporate decisions (the fact of discretion must again be emphasized) affect jobs, investment, prices, wages, community stability (e.g. Sydney, Schefferville, Sudbury, St. Catharines, Thompson, Calgary, Port Alberni and Powell River), interest rates and trade balances, they are in fact « governmental » decisions. Thus, government must, to a significant degree, be acquiescent to the needs and demands of business for to do so is to do no more than to provide good government. Of course, to the extent that major public policy decisions are made by non-representative and thus non-accountable actors, they are removed from democratic control<sup>36</sup>.*

On le constate par ailleurs : lorsque surviennent des événements perturbateurs tels que la fermeture d'une ville minière, le déclin rapide d'un secteur industriel ou une catastrophe écologique, événements dont les conséquences menacent la paix sociale et par conséquent le climat nécessaire à la prospérité, l'État se doit d'intervenir, de « corriger les excès du capitalisme » ou d'en « gérer les contradictions », suivant le vocabulaire que dicte l'idéologie de départ. C'est l'effet en retour de la théorie des vases communicants : ici, ce n'est pas la règle publique qui est refoulée dans le tissu des décisions privées, c'est la décision privée dont les conséquences sont refoulées dans le réseau des interventions étatiques.

La dominance actuelle du néo-libéralisme dans la plupart des États occidentaux, si elle donne une image attrayante de la délégation au

secteur privé des pouvoirs auparavant exercés par l'État, comporte aussi des dangers réels en termes de coûts sociaux. De plus, les difficultés politiques susceptibles de résulter des choix de valeurs qu'elle postule, choix implicites dont les conséquences n'auraient pas été préalablement évaluées, ont été soulignés plus haut.

C'est sans doute sur le terrain du droit social que les effets négatifs de la dérégulation sont les plus prévisibles. Bureau et Lippel sont clairs à ce sujet :

Les dernières années ont été aussi caractérisées par un retour à des valeurs traditionnelles comme l'entreprise privée et le bénévolat qui coïncident avec le virage à droite qui a porté au pouvoir, dans plusieurs pays occidentaux, des partis politiques conservateurs. À cela, il faut ajouter que la démobilisation politique et sociale depuis la fin des années 1970 a ralenti les mouvements de revendication et rendra moins grande la nécessité de réduire certaines tensions sociales. Ces facteurs permettent sans doute d'expliquer un certain désengagement de l'État, du moins un ralentissement des investissements sociaux et plusieurs coupures, malgré l'augmentation de la richesse collective et le maintien du rythme de croissance des grandes corporations en termes d'actifs, d'avoir propre, de ventes et de bénéfices.

Dans ces conditions, et si la tendance devait se poursuivre, il ne fait aucun doute que le droit social pourrait être présenté comme le droit de l'inégalité<sup>37</sup>.

C'est pourquoi la délégalisation, la déréglementation et la déjudiciarisation, pour constituer des choix valides, doivent s'insérer dans une perspective d'ensemble des divers modes normatifs qui s'offrent à l'État. Ce n'est qu'à partir d'une compréhension réelle des caractéristiques propres à chacun de ces modes ainsi que de leurs implications au plan des valeurs (liberté, efficacité, équité, flexibilité, démocratie, responsabilité) qu'un choix éclairé pourra être effectué.

### *Vers une conception élargie du droit?*

Il nous reste à faire voir comment nos études reflètent ces préoccupations. De façon générale, celles-ci, à partir d'une analyse des divers modes et lieux d'intervention juridiques, débouchent sur des solutions souvent moins formalistes et moins conflictuelles. Plus proches de l'activité concrète que le droit tente de régir, ces études polarisent l'attention sur le contenu essentiel des politiques que le droit doit véhiculer. C'est le mérite de l'ensemble d'études réunies ici que de souligner les interfaces de ces domaines, apparemment hétérogènes mais au fond très interdépendants, du droit. Que ces allers-retours entre le privé et le public, dont la frontière d'ailleurs s'estompe, se concrétisent par un trajet analogue entre les formes plus strictes ou plus souples du droit qui vient accentuer plus encore l'image des vases communicants.

Partant du constat que les décisions prises par les corporations en ce qui a trait notamment à la nature de la production, à la distribution du revenu, aux investissements, au développement de la technologie sont, en fait et qu'on le veuille ou non, des décisions politiques, des décisions de « *public policy* », Beck cherche les moyens de sensibiliser l'entreprise à la dimension socio-politique de son rôle. Il écrit :

(p. 213, Beck) [. . .] *An opening of the board to representative constituencies and greatly increased disclosure would be a step in the direction of legitimizing public power and might lead to an amelioration of the worst abuses of that power. However, the large, public corporation would remain as a major power centre in our society, matched only by government itself. The power is of a scale that raises a basic question for democratic theory. What is the origin of the mandate from the governed? We know the answer to that query, but it is not one that we wish to acknowledge. Moreover, as has been suggested, government must accommodate, as much as regulate, that power if it is to govern effectively*<sup>38</sup>.

Il suggère un éventail de formes juridiques propres à mettre cette optique en oeuvre : outre l'ouverture des conseils d'administration aux groupes visés par les décisions qui y sont prises, il propose la publicisation du débat sur les enjeux majeurs comme la concentration du capital et des médias, les investissements étrangers, le financement corporatif des activités culturelles et éducatives. Parallèlement, ouvrant la panoplie des instruments « mous », que d'aucuns considèrent comme infra-juridiques, il souhaite, de la part du gouvernement, une plus grande consultation des milieux corporatifs, et invite à la réflexion continue le long d'un axe de possibilités qu'il faut constamment évaluer les unes par rapport aux autres, en toute conscience de leur relativité :

*The problem of corporate power and public policy is a polycentric one. There are no solutions in our economic system, only a range of possibilities. One that is most likely to prove most rewarding, for society as a whole, is a more sophisticated understanding of corporate power and what it entails, and greater recognition by government of the need to come to terms with that power. Political theorists and believers in political pluralism may see dangers in that course, but it is probably the only way effective solutions can be found to the changing economic and social environment we face*<sup>39</sup>.

Belobaba en viendra d'ailleurs aux mêmes conclusions, éclectiques, relativistes, pluralistes et réalistes, au terme de l'étude qu'il a menée sur l'utilisation possible du droit en matière de protection du consommateur :

*The accumulation of common sense, contradiction and confusion that has riddled almost a century of federal and provincial law-making is coming to a head. In product safety, information and advertising, trade practices, consumer warranties and access to justice, the cozy concepts of yesterday are beginning to confront the constitutional, theoretical, conceptual, empirical and structural constraints of tomorrow.*

*The conclusion? There is none, or at least not one. There are many. We have attempted to identify them to provide both long-term objectives and short-term initiatives. There are no single answers. No simple solutions. Consumer policy making is becoming an increasingly complicated phenomenon. If we are to meet its challenge, we have to begin to learn to live with contradiction, confusion, doubt, passion, uncertainty. And, do this without letting the nihilist problematic paralyse even incremental advances. We have to encourage a major shift in both the direction and the design of the modern policy-making paradigm. Indeed, we may have to articulate and endorse a new paradigm in the Kuhnian sense, a paradigm that is truer to the realities and complexities of modern policy making and modern politics<sup>40</sup>.*

C'est un plaidoyer pour une approche « incrémentale » axée sur des solutions faites à mesure, sur mesure, des solutions qui tiennent compte de l'acquis des recherches contemporaines et se caractérisent par leur ouverture aux instruments mous, notamment la diffusion de l'information et la participation. Mais sa perspective est assez critique pour refuser un caractère absolu à quelque solution que ce soit.

Cette approche est d'ailleurs celle sur laquelle débouche actuellement — par une toute autre voie — que les juristes fréquentent rarement, — l'épistémologie des sciences, comme l'explique Ronald Lévy, dans un texte à paraître sous peu dans « *Systems research* » et qui a le mérite de résumer en un paragraphe trois siècles d'histoire et leur aboutissement dans le pluralisme :

*In effect, the three principle cartesian analytic axioms based on reductionism (or disjunctionism), neutrality (or externality) and determinism (or causality), have been replaced by systemic axioms based on constructivism (or conjunctionism), non-neutrality (or internality) and recursivity (or regenerativity). In other words, the traditional « one » method, (i.e. that there is one unique solution and therefore only one correct method of uncovering reality), and the « zero » method, (i.e. the method of critical scepticism in which no judgment is made, nothing is determined and to every argument there is an equal and counter argument — Kantian dialecticism), have been replaced by the « many » method which allows for all possibilities without bringing them into essential conflict<sup>41</sup>.*

On retrouve aussi des propositions analogues, formulées cette fois en termes institutionnels pour un lieu intermédiaire de médiation, dans les textes de Weiler et Emond. C'est ainsi que Weiler, dans son étude sur le droit du travail propose :

*A legal policy that is directed at assisting the parties to reach voluntary settlements rather than at producing winners and losers at adjudication is more consistent with the needs of their ongoing relationship<sup>42</sup>.*

Pour sa part Emond suggère également une utilisation accrue de mécanismes d'arbitrages situés à un niveau de décentralisation qui rejoint celui où les conflits se posent<sup>43</sup>.

Dans le texte qu'il consacre au droit de la famille, Payne s'en reporte aussi à l'arbitrage comme solution de remplacement du processus contentieux. On voit bien que le choix des formes, ici institutionnelles, du droit n'est pas sans rapport avec le contenu qu'on lui attribue, au gré des valeurs et de la position idéologique de celui qui choisit.

Son texte fait voir en effet avec beaucoup de clarté le processus — analogue à celui que décrit Beck à propos de la transformation du pouvoir des corporations — par lequel le droit de la famille, autrefois privé, débouche maintenant sur la formulation statutaire de politiques économiques et sociales d'assistance aux particuliers atteints par la rupture des familles :

*It appears clear, therefore, that the private family law system, standing alone, cannot buttress any particular family form: at best, it can only seek to provide a pragmatic and reasoned response to the competing demands arising from sequential family relationships. Whether the public law system can devise clearly defined policies that will improve the quality of life for Canadian families is a debatable issue. Quite apart from the limited availability of public funding, opinions will differ widely as to the aims and priorities that should be assigned to the allocation of public funds and how these aims and priorities can best be achieved. It is doubtful, for example, whether improved child care facilities or affirmative action programs can effectively counterbalance the economic vulnerability of separated or divorced mothers. When 85% of all divorces result in the mother's assumption of the day-to-day responsibility for rearing the dependent children of the marriage, compromises will still have to be made by custodial parents between their paid employment and their child-care responsibilities, and these compromises by their nature tend to impact adversely on career advancement. Concepts of shared parenting and job sharing are in their infancy and are unlikely to produce any immediate positive impact on the status of women in the labour force, although their potential offers some promise for the future.*

*In summation, the economic crises provoked by the breakdown of marriage are unlikely to be resolved by the private family law system or the public law system. Although the concept that marriage constitutes a basis for economic security for a dependent spouse is no longer tenable, the answer does not lie in the legal system but in the development of coordinated policies that will facilitate economic viability through job security and equal opportunities for career advancement for all Canadians, whether male or female<sup>44</sup>.*

On voit que la frontière public/privé s'estompe, mettant à nu aussi bien les implications économiques et politiques des décisions corporatives que les liens de l'interdépendance sociale des particuliers et la nécessité de la responsabilité collective, au plan politique, de cette interdépendance.

Finalement, ce qui ressort de cette réflexion sur les modes d'intervention du droit, c'est une perception nettement plus large de celui-ci, une perception qui, nonobstant un désaccord évident sur le caractère juridi-

que de certains types d'intervention, rapproche le droit de son contexte économique, politique et social, et lui donne par le fait même une nouvelle dimension. Les auteurs font clairement ressortir à cet égard les interrelations qui s'établissent dans la réalité entre les différentes formes de régulation de l'activité économique et sociale, aussi bien formelles qu'informelles, privées qu'étatiques.

Cette vision élargie du droit constitue un phénomène nouveau en droit canadien et témoigne hors de tout doute de la perte de vitesse du positivisme juridique chez nous. La logique formelle sous-jacente à cette conception positiviste est de plus en plus contestée au profit d'une autre logique, matérielle celle-là, qui s'intéresse aux résultats concrets du droit et en questionne l'efficacité en tant qu'instrument de développement économique et social. Cette position, vaut-il la peine d'ajouter, n'est pas très loin de celle qu'énonçait le juge en chef Brian Dickson de la Cour suprême du Canada lorsqu'il déclarait à l'occasion d'un récent colloque : « *The Court must always be aware of the underlying principles and practical consequences of questions before it, paying close attention to the policy aspects of each issue and avoiding mechanical legalism in coming to its decision* »; et le juge Dickson ajoutait : « *The coming years will undoubtedly see the Supreme Court play a major role in shaping the legal, moral and social contours of our country*<sup>45</sup> ». Que l'on soit d'accord ou non avec ces derniers propos, ils nous obligent à examiner de plus près les rapports entre le droit et la réalité sociale.

## **Le droit et la réalité sociale**

La notion même de droit, ainsi qu'on aura pu le constater dans les pages qui précèdent, peut être comprise de façon très différente, encore que l'opposition traditionnelle entre droit formel et droit informel, ou droit étatique et droit non étatique, soit de plus en plus remise en question face à une réalité qui les place en situation d'interaction. Derrière ces divergences de vues, néanmoins, se profile un débat de fond qui a trait à l'autonomie ou à la dépendance du droit en tant que système dynamique d'intervention. En effet, selon que l'on considère que l'État a le monopole du droit, ou, au contraire, qu'il existe en marge de l'État d'autres institutions et d'autres intervenants qui développent et imposent de façon autonome leurs propres normes et leurs propres valeurs, aussi bien à l'extérieur de l'État (organismes non gouvernementaux, sociétés multinationales, etc.) qu'à l'intérieur (corporation professionnelle, syndicats, entreprises, groupements d'individus, etc.), il en découlera une vision fort différente de l'autonomie réelle du droit, de sa capacité en tant que produit d'une volonté rationnelle, d'atteindre les objectifs poursuivis. Pour illustrer plus concrètement les divergences de vues qui peuvent exister sur cette question, il peut être utile de prendre connais-

sance des positions adoptées à cet égard par Hayek et Unger, ainsi que par Kelsen et Hart.

Il y a plusieurs années déjà, F.A. Hayek<sup>46</sup>, empruntant à certaines conceptions historiques du droit décrites précédemment, distinguait entre deux types d'ordre social, un ordre spontané et un ordre surimposé, et mettait en garde contre ce qu'il considérait comme une dangereuse tendance à ne reconnaître comme droit que les règles définies et appliquées par l'État. Convaincu que le droit ne pouvait véritablement s'imposer que comme reflet de normes spontanées préexistantes, il dénonçait en particulier l'idée, chère aux positivistes, qu'une quelconque planification sociale puisse être réalisée par le droit. L'ordre spontané par excellence, à son avis, étant celui qui est défini par les règles du marché, Hayek aboutissait à lier de façon indissociable le droit, la liberté individuelle et la propriété privée, ne réservant à l'État, comme seul champ d'intervention législative, que les lois de police en général, la structuration et le contrôle du gouvernement, la correction des défaillances du marché et la fourniture de certains services particulièrement importants pour quelques minorités infortunées.

Plus récemment, Roberto Unger reprenait en partie la distinction suggérée par Hayek et affirmait que si le droit, dans sa phase actuelle de développement dans les pays occidentaux, qu'il qualifiait de post-libéral, voyait son caractère positiviste, général et autonome de plus en plus battu en brèche par l'avènement du droit social et le développement d'un droit corporatif étatique, il fallait discerner là une manifestation d'insatisfaction claire à l'endroit du caractère dominateur et hiérarchique de l'ordre libéral traditionnel. Ce qui l'amenait à conclure :

*What is ultimately at issue is therefore the positive character of law itself: whether or not significant reliance will be placed upon made and articulated rules as opposed to imminent and implicit custom. And behind this conflict of types of law lies a more general antagonism between forms of social life — one for which order is a spontaneous byproduct of interaction; another for which it represents authority imposed from above or outside<sup>47</sup>.*

Contrairement à Hayek, cependant, qui proposait un retour à un droit commun explicité par les juges et contrairement à un certain courant réformiste voyant la solution à ce problème dans le développement de procédures de consultation et de participation, Unger proposait une solution plus radicale qui consistait dans un retour à un droit coutumier défini de façon égalitaire au sein d'associations autonomes.

À l'opposé de ce courant de pensée qui aboutit à une conception du droit, en tant que système dynamique, caractérisée par son hétéronomie, Kelsen et Hart proposent une théorie dynamique du droit marquée par son autonomie. Pour Kelsen<sup>48</sup>, en effet, le droit, considéré en tant que système, doit être examiné et compris en dehors de toute référence à ses objectifs et à ses fonctions. Toute norme d'un ordre

juridique, quel que soit son contenu, doit nécessairement être posée par un acte de création particulier, lui-même autorisé par une norme supérieure. Tout au haut de cette pyramide qui va de l'intervention du juge et du policier à la Constitution, existe une norme fondamentale qui n'est autorisée par aucune autre norme supposée et non pas posée. Tout ce que ce système de norme stipule, c'est que dans certaines conditions, une mesure de coercition devrait être appliquée. Dans cette perspective, le droit est décrit comme un système dynamique en ce sens que le contenu d'une norme inférieure doit toujours se situer à l'intérieur des limites définies par le créateur de la norme immédiatement supérieure, dans un processus allant du plus général au plus particulier. Quant à la norme fondamentale, dont la validité est liée à l'efficacité dont elle jouit, elle conditionne à son tour la validité du système tout entier. Élément le plus controversé de la théorie de Kelsen, celle-ci a été délaissée par Hart<sup>49</sup> au profit d'une vision dynamique du droit comportant des règles primaires de droit, c'est-à-dire des règles créant directement des obligations, et des règles secondaires de droit, c'est-à-dire des règles conférant des pouvoirs, pouvoirs de modification, d'adjudication et de reconnaissance du droit. Dans cette perspective, une règle de droit primaire sera valide et existera dans la mesure où elle rencontre les critères définis par une règle de reconnaissance secondaire, chaque système juridique ayant sa ou ses propres règles de reconnaissance. À la différence de la norme fondamentale de Kelsen, cependant, la règle de reconnaissance mise de l'avant par Hart se présente comme une pratique sociale constatée plutôt que comme une norme présupposée. C'est ainsi que pour Hart, la règle de reconnaissance en Grande-Bretagne est que tout ce que la Reine dans son Parlement édicte est loi.

On comprendra, en prenant connaissance de points de vues aussi différents, que s'interroger sur l'autonomie ou la dépendance du droit en tant que système normatif, c'est également s'interroger sur le rôle de l'État dans la société et l'économie. Dans cette perspective, il est intéressant de constater l'existence d'un certain parallélisme entre l'évolution de la pensée théorique sur la nature et le rôle du droit en tant que système normatif et l'évolution de la pensée politique relativement au rôle et à la place de l'État dans la société. Dans un article en date de 1984 intitulé *Approaches to the State-Alternatives Conceptions and Historical Dynamics*, Stephen D. Krasner<sup>50</sup> distingue, depuis la fin du siècle dernier, trois périodes successives qui ont marqué l'évolution de la pensée des politologues américains en ce qui concerne le rôle et la place de l'État dans la société. La première de ces périodes, qu'il décrit comme s'étendant en gros de la seconde moitié des années 1800 jusqu'à la fin des années 1950, est celle du formalisme légal. « *Formal legalism* », écrit-il, « *virtually identified political life with the State understood as an institution that promulgated laws and stood in a superior hierarchical position to other parts of the polity. Formal rules were seen as independent*

*variables*<sup>51</sup> ». Cette première période, on l'aura compris, correspond de près dans son orientation, non pas à l'émergence du positivisme juridique comme philosophie du droit, mais à son développement par Austin et à sa domination concrète par Kelsen et ses disciples.

La seconde période décrite par Krasner s'étend de la fin des années 1950 jusqu'au milieu des années 1970. Durant cette période, souligne-t-il, « *the term state virtually disappeared from the professional academic lexicon. Political scientists wrote about government, political development, interest groups, voting, legislative behaviour, leadership, and bureaucratic politics, almost everything but the state*<sup>52</sup> ». Ce nouveau courant, qualifié de pluraliste correspond d'abord, en ce qui concerne le droit, à l'émergence de l'École réaliste américaine et de son approche behavioriste au début du siècle. Mais le véritable rapprochement doit se faire surtout avec la période qui s'étend du début des années 1960 au début des années 1980, période marquée par une redécouverte en quelque sorte du droit envisagé comme phénomène social et par un développement accéléré des études portant sur le droit en action, au point qu'au début des années 1980, Iline H. Nagel pouvait affirmer : « *Law in action research has almost entirely lost sight of the most obvious dimension to consider — the law itself*<sup>53</sup> ». Mais ce développement, faut-il préciser, reflétait davantage une perspective externe au droit qu'une perspective interne, celle-ci demeurait encore largement marquée par le formalisme juridique.

La troisième et dernière période décrite par Krasner couvre les dix dernières années et est caractérisée par un renouveau d'intérêt pour l'État envisagé comme variable à la fois indépendante et dépendante. Ce nouveau courant est d'abord illustré par l'ouvrage d'Eric Nordlinger, « *On the Autonomy of the Democratic State* », paru en 1981, dans lequel l'auteur montre que les préférences de l'État « *are at least as important as those of civil society in accounting for what the democratic state does not do*<sup>54</sup> ». Par la suite, Krasner, se référant en particulier à des études de Skowronek<sup>55</sup> ainsi qu'à d'autres travaux publiés par le Conseil de recherches en sciences sociales des États-Unis sous le titre « *The Development of National States in Western Europe*<sup>56</sup> », présente une seconde facette de ce nouveau courant où l'accent est mis cette fois sur les changements dans l'environnement national et international et leur effet sur les structures institutionnelles et juridiques de l'État, plutôt que sur les acteurs politiques et les administrateurs de l'État eux-mêmes. La principale conclusion qui se dégage à cet égard est que les structures fondamentales de l'État, c'est-à-dire l'appareil administratif, l'ordre juridique et les croyances politiques, influencent de façon importante la capacité d'adaptation de l'État dans la mesure où elles limitent ses choix, de sorte que les modifications importantes aux institutions interviennent non pas tellement de façon continue, mais plutôt en réponse à des crises, qu'elles soient internes ou externes.

S'agissant maintenant du droit, on retrouve un certain parallélisme

avec cette troisième période dans les efforts entrepris depuis la fin des années 1970 en vue d'en arriver à une meilleure compréhension des changements fondamentaux qui s'opèrent dans le droit. En effet, à partir d'une même constatation qui a trait à la crise du rationalisme formel en droit, divers auteurs ont mis de l'avant des théories pour expliquer cette évolution, certaines mettant l'accent sur les interrelations entre le droit et les structures sociales, d'autres sur la dynamique interne du droit, d'autres empruntant une voie intermédiaire. C'est ainsi, par exemple, que dans une étude récente, Gunther Teubner<sup>57</sup> proposait une théorie évolutive du droit qui donne une nouvelle signification à l'affirmation que le droit constitue une variable à la fois dépendante et indépendante. Celui-ci identifie un nouveau type de structure juridique qu'il qualifie de « *reflective law* », laquelle, plutôt que de prendre en charge la responsabilité de définir les objectifs sociaux, se contente de mettre en place, de redéfinir ou de corriger les mécanismes démocratiques d'autoréglementation. Une telle approche, précise Teubner, « *requires the legal system to view itself as a system-in-an-environment and to take account of the limits of its capacity as it attempts to regulate the functions and performances of other social sub-systems*<sup>58</sup> ». Au-delà de semblables réflexions théoriques sur le droit, il faut d'abord souligner la perte d'influence très nette du positivisme juridique chez un nombre croissant de juristes, au profit d'une vision beaucoup plus nuancée de l'autonomie du droit.

De fait, si on se réfère maintenant aux différents textes qui composent le volet de la recherche que nous présentons ici, on constate immédiatement dans la plupart de ceux-ci un net rejet du traditionnel positivisme juridique. Non pas que leurs auteurs cherchent à développer une nouvelle vision théorique de la relation entre l'État, le droit et la société; bien au contraire, sauf quelques exceptions, ces derniers abordent les problèmes soulevés d'un point de vue essentiellement pragmatique. Le fait est tout simplement que pour la majorité des auteurs, le droit n'est plus ce système totalement autonome décrit par Kelsen, englobant, sous une hypothétique norme fondamentale, l'ensemble des normes effectivement imposées par l'État, normes que les juristes ne peuvent que décrire sans jamais chercher à les évaluer et à les juger. Pour eux, le droit se présente plutôt comme un système dynamique soumis certes à des forces sociales, mais doté aussi de ses propres instruments et de sa propre logique. Ainsi que l'écrit Guy Rocher :

Le droit jouit d'une certaine autonomie, dans la mesure où son élaboration et son interprétation reposent sur une rationalité, une logique, un raisonnement qui lui sont propres. Mais cette autonomie est relative, car l'élaboration, l'interprétation et l'application du droit s'inscrivent aussi dans des processus où s'exercent des stratégies de pouvoir, des jeux d'intérêts, des pressions, inspirés par les attitudes, les idéologies, les valeurs de tous ceux qui participent à ces processus à un titre ou à un autre<sup>59</sup>.

À cette vision des choses, partagée par la plupart des auteurs, on peut superposer une autre perception qui, allant au-delà du processus, s'intéresse plus particulièrement à son résultat, c'est-à-dire au contenu du droit. Cette perception, exprimée en termes plus ou moins explicites par un certain nombre d'auteurs, est résumée parfaitement dans la formule lapidaire de Patrick Monahan : « *Law is constituted by social reality while at the same time constituting it*<sup>60</sup> » ou encore dans cette affirmation de Guy Rocher que « si le droit est sans doute passif et un miroir de la société, il est aussi un agent actif, un intervenant, un moteur dans l'organisation et l'évolution de la société<sup>61</sup> ». Ainsi donc, tant au plan du processus qu'au plan du contenu, le droit est perçu plus souvent qu'autrement par les auteurs comme une variable à la fois dépendante et indépendante. C'est précisément à partir de cette opposition entre droit, produit de la réalité sociale, et droit, agent de transformation de la réalité sociale, que seront considérées dans les pages qui suivent les conceptions que se font les auteurs du droit en tant que système dynamique de normes.

### ***Le droit, produit de la réalité sociale***

L'affirmation que le droit est essentiellement le produit de la réalité sociale peut être comprise dans plusieurs sens. Pour simplifier la discussion, on retiendra ici les deux conceptions dégagées plus haut et qui sont axées, l'une sur l'élaboration du droit, l'autre sur le contenu du droit.

Le droit, quant à son élaboration, peut être perçu comme le produit des multiples rapports de force au sein de la société. « C'est à ce niveau », écrit encore Guy Rocher, « qu'apparaissent les jeux d'influence, les jeux de pouvoirs, les lobbies, les stratégies des différents intervenants, les alignements idéologiques ou d'intérêts convergents ou divergents<sup>62</sup> ». Suivant l'importance plus ou moins grande accordée à ces rapports de forces dans l'élaboration du droit, on conclura de façon différente en ce qui regarde le caractère autonome ou dépendant du droit.

La position la plus absolue, à cet égard, est celle adoptée par Catherine Lippel et Robert Bureau dans leur étude sur le droit social. Après avoir rappelé que pendant la majeure partie du XIX<sup>e</sup> siècle, « les particuliers qui, pour une raison ou une autre n'arrivaient pas à satisfaire à leurs besoins, étaient pris à charge par leur famille, par des sociétés ou des institutions de charité ou de bienfaisance et, dans certains cas, par les autorités locales ou municipales, ce, en vertu d'une délégation implicite de l'État<sup>63</sup> », ces derniers expliquent ainsi la transition qui s'opère au début du XX<sup>e</sup> siècle :

Ce sont à la fois les revendications, les pressions du mouvement ouvrier, les intérêts des capitalistes et l'état du rapport de force entre les deux qui

permettent d'expliquer les interventions de l'État au plan social au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>64</sup>.

Mais ce nouveau droit social qui se développe, même s'il rompt avec la conception traditionnelle de l'assistance privée en introduisant le principe du secours direct en argent (*Loi sur les pensions de vieillesse* de 1927), laisse encore de côté la majorité des personnes aptes au travail dont les revenus sont insuffisants ou qui sont exclus du marché du travail, de même qu'une bonne partie des personnes inaptes au travail. La crise des années 1930, en obligeant l'État à intervenir pour prendre en charge de façon plus systématique certains problèmes sociaux, entraîne cependant l'introduction de mécanismes de correction et de régulation dans la structure capitaliste d'économie de marché, assortis de mesures sociales pour répondre aux besoins les plus pressants. Dans la foulée du rapport Beveridge, en Angleterre, et du rapport Marsh, au Canada, on en vint ainsi à reconnaître l'état de besoin au même titre que les risques sociaux liés à l'emploi. Cependant, pareil développement, soulignent Lippel et Bureau, demeurait « le produit d'une société, de son histoire, de ses valeurs, de sa structure économique et des multiples rapports de pouvoir qui évoluent dans le temps et dans l'espace<sup>65</sup> ». En ce sens, l'évolution du droit social durant cette période leur apparaît intimement reliée à la résolution d'une contradiction fondamentale entre les intérêts du capital et les intérêts du travail, contradiction devenue intolérable pour les principales victimes et qui compromettait le maintien du système qui l'avait engendrée. Sans nier que les législations sociales puissent correspondre effectivement à des objectifs humanitaires et de bien-être pour les sujets à qui elles s'adressent, précisent-ils, leur analyse permet de voir que celles-ci remplissent aussi d'autres fonctions qui ont souvent été occultées par l'introduction d'un discours légitimant.

Abordant la période 1940–1984, qu'ils caractérisent comme marquée par la recherche de la stabilité et la promotion de la paix sociale dans un premier temps, puis par la guerre à la pauvreté et l'introduction du concept de revenu minimum garanti, Lippel et Bureau font valoir qu'au-delà de leurs objectifs déclarés, les politiques en question ont d'abord été des outils économiques devant remplir la double fonction de promouvoir le pouvoir d'achat et de contrôler le marché du travail et de la main-d'oeuvre, le tout dans l'intérêt du capital. Fait intéressant, cependant, dans cette partie de leur étude qu'ils développent assez longuement, les auteurs en arrivent presque à convaincre que le droit, tout en demeurant essentiellement le produit des rapports de pouvoirs à l'intérieur d'une société, n'est pas condamné pour autant à jouer un rôle purement passif, car ils concluent que si les gouvernements en place avaient vraiment voulu, ils auraient pu éliminer l'état de besoin. En ce sens, leur perception de l'autonomie réelle du droit, au niveau de la création des normes, peut bien en définitive ne pas être si éloignée de celle qu'entretiennent la plupart des autres auteurs.

Bon nombre de ceux-ci, en effet, sans partager la vision globale de Lippel et Bureau, reconnaissent volontiers que l'entreprise privée exerce une influence souvent décisive sur l'élaboration du droit. Dans son essai sur le droit de la consommation, par exemple, Belobaba fait valoir qu'une des influences majeures dans la formulation de ce droit a été « *the presence of an imperfect but increasingly sophisticated business lobby that has managed to shape the timing and direction of consumer policy making in Canada for decades*<sup>66</sup> ». Dans la dernière partie de son étude dans laquelle il aborde les problèmes fondamentaux du droit de la consommation, Belobaba, précisant sa pensée, écrit :

*Nothing in the nature of the Canadian political process suggests anything less than a privileged position for business in the formulation of modern policy. Indeed, as was noted earlier "almost every important piece of postwar consumer legislation has been opposed by some segment of the business community." Major consumer initiatives at both the federal and provincial levels have been diluted, delayed or totally derailed by the vociferous and articulate opposition of business*<sup>67</sup>.

Et Belobaba conclut en affirmant que la réforme qui s'impose par-dessus tout, dans le domaine de la consommation comme ailleurs, est celle du processus politique. Néanmoins, le droit n'en conserve pas moins une certaine autonomie à ses yeux, car malgré l'opposition des lobbistes d'affaires, et en l'absence d'un mouvement de consommateurs très fort, il reconnaît qu'un ensemble de lois relativement important a été adopté pour protéger ces derniers.

Cette question de l'influence du milieu des affaires dans l'élaboration du droit est reprise et développée par Stanley Beck dans son étude intitulée « *Corporate Power and Public Policy* ». S'intéressant en particulier aux tentatives de réformes des lois fiscales et de la loi sur la concurrence, Beck, après avoir mis en évidence les rapports étroits qui existent entre le monde des affaires et le monde de l'information, arrive à la conclusion suivante :

*The story of tax reform, in spite of a massive background study and much broader public debate, is essentially the same as the story of competition policy reform. The debate was dominated by public corporations which saw their vital interests threatened. The media, as a part of the dominant corporate complex, cast its weight in favour of the corporate case and against legislative change. Most importantly, the media, by repetition of corporate concerns and threats, generated public concern over loss of investments and consequent loss of jobs. In the face of such opposition, and in a context where the voice of competing interests groups was heard and reported dimly, if at all, government backed away from reform*<sup>68</sup>.

Mais si le monde des affaires, grâce à ses liens étroits avec le monde de l'information, et grâce aussi à ses multiples associations qui constituent autant de groupes de pression, en arrive à exercer une influence détermi-

nante sur l'évolution du droit, souligne Beck, le gouvernement doit en assumer les responsabilités. Une appréciation plus juste de l'importance du pouvoir dont disposent les milieux d'affaires, suggère-t-il, permettrait au gouvernement de développer des approches à la fois mieux informées des préoccupations de ce milieu et mieux préparées à résister à ses pressions. De ce point de vue, on peut dire que Beck refuse également de voir dans le droit uniquement le produit des rapports de pouvoir au sein de la société : une volonté autonome, celle de l'État, peut arbitrer ces conflits et influencer sur l'évolution du droit.

Cette dernière conclusion rejoint dans une large mesure celle qui se dégage de l'étude de Fernand Morin intitulée *Usage de la loi pour contenir les relations de travail (l'expérience du Québec)*. Après avoir fait un recensement complet de 44 ans de production législative en matière de travail au Québec, soit de 1940 à 1983, celui-ci s'applique à faire ressortir les demandes des syndicats et du patronat par rapport à ces interventions, ainsi que les réponses des partis politiques et des gouvernements. Justifiant son approche, Morin écrit :

Peut-être plus qu'en d'autres milieux, les lois du travail ne sont jamais des oeuvres isolées émanant directement de la seule volonté du ministre responsable et d'une vue abstraite des milieux de travail. Chacune de ces interventions législatives produit des effets multiples et parfois opposés auprès des parties en présence et peut aussi affecter l'emploi ou le dynamisme des entrepreneurs, etc. Pour ces raisons, chaque loi du travail résulte généralement de demandes de parties ou de l'une d'elles ou encore, entend être la réalisation d'un engagement du parti politique formant alors le gouvernement ou la transposition d'une politique<sup>69</sup>.

Les principales conclusions qui se dégagent de cette partie de son étude peuvent être résumées de la façon suivante. Il appert d'abord que si les syndicats ont beaucoup insisté pour que l'État intervienne par voie législative, ils ont été largement affectés par ces lois du travail et pas nécessairement comme ils avaient pu le concevoir au départ. De la même façon, les demandes du patronat, plus souvent qu'autrement en réaction à celles des syndicats, généralement favorables au maintien du statu quo, ont été reçues de façon variable. Par ailleurs, face à ces demandes contradictoires, le gouvernement a réagi en intervenant de plus en plus dans les relations entre syndicats et patronat, réduisant d'autant la marge de jeu laissée à chacune des deux parties au niveau de la convention collective. Que le droit du travail, dans ces conditions, soit apparu à Morin comme le produit non seulement des rapports de forces entre employeurs et employés, mais aussi de la volonté des gouvernements, ne surprendra pas outre mesure.

Cette dernière conclusion, cependant, même si elle vient renforcer les points de vues exprimés par Beck et Belobaba, n'épuise pas le débat sur la question de savoir si le droit constitue une variable indépendante ou dépendante. Bien au contraire, souligne Arthurs, c'est précisément la

position que l'on adopte sur cette question qui déterminera souvent le jugement que l'on porte sur le droit en tant qu'instrument d'intervention économique et sociale. Empruntant au domaine du droit du travail, ce dernier écrit :

*For example, the assertion that the enactment of collective bargaining legislation in the 1940s promoted the rise of trade unions requires close examination. If law is seen as an independent variable, the statement implies that a decision was taken within the legislative branch of government which gave workers the right to organize; fortified by this new legal protection, they formed unions for the purpose of negotiating within the structures established by the new law. If we view law as a dependent variable, determined by the deep structure of economic relations, the same statement might carry quite a different message. Workers, we might be saying, were in fact already winning the « right » to bargain collectively by their own efforts prior to the enactment of legislation. Since law serves dominant interest — employers', not workers' — the legislation can be seen as an attempt not to improve the position of unions so much as to divert and contain their activities within limits and for purposes deemed acceptable to those who enacted the law<sup>70</sup>.*

Est-ce dire alors que le débat est sans issue, et parce que sans issue, sans intérêt pratique? Pour les tenants d'une approche pluraliste, et Arthurs en est un, il ne fait pas de doute que si le débat se résume à choisir entre deux positions extrêmes, la réponse à cette question doit être affirmative : chacune de ces positions, en effet, est ouverte à la critique, et aucune ne peut être démontrée de façon absolue. Ce même débat, en revanche, aboutit à des conclusions concrètes et acquiert une importance réelle lorsque le droit est considéré comme une variable à la fois indépendante et dépendante. Celui qui adopte une telle attitude, en effet, se trouve contraint dans sa description et son évaluation du droit de prendre en considération l'ensemble des facteurs sociaux qui ont conduit à son élaboration, tout autant que les intentions du législateur, le contenu même du droit et les facteurs influençant sa mise en application.

Plusieurs études, élaborées dans une perspective nettement pluraliste, apportent de ce point de vue un éclairage intéressant sur le droit, envisagé comme produit de la réalité sociale, qui ajoute à la nécessaire référence aux luttes de pouvoir économique sous-jacentes à celui-ci. C'est ainsi, par exemple, que Weiler souligne l'influence profonde qu'a exercée sur l'évolution du droit du travail canadien l'adoption en 1935 aux États-Unis du *Wagner Act*. Cependant, il fait ressortir à la fois les conditions particulières dans lesquelles s'est effectué cet emprunt au Canada et l'impact global à long terme de l'orientation adoptée. Contrairement au *Wagner Act* dont le but avoué était d'établir une certaine balance du pouvoir dans les négociations patronales syndicales, et ainsi promouvoir l'amélioration du niveau de vie et du pouvoir d'achat des travailleurs, la législation canadienne équivalente fut élaborée en temps

de guerre, alors que le gouvernement contrôlait déjà les salaires et était surtout préoccupé par les arrêts de travail. C'est dans ce contexte particulier, et avec cette philosophie différente, écrit Weiler, que « *the adversarial model of collective bargaining that was designed to fulfil the needs of the American socio-economic scenes became the labour relations public policy of Canada*<sup>71</sup> ». Par la suite, ce régime de relations de travail devait évoluer vers un système de plus en plus légaliste qui, juge-t-il, a pratiquement épuisé la capacité du droit du travail de réaliser, par la simple accumulation de mesures ponctuelles, « *the productive, competitive full employment economy that we want*<sup>72</sup> ».

Il ressort clairement des propos qui précèdent que le droit peut évoluer à l'occasion en fonction d'événements et de facteurs qui se situent nettement en dehors de son territoire immédiat d'application. L'affirmation que le droit est le produit de la réalité sociale doit donc être entendue dans un sens large qui dépasse le cadre de la seule réalité nationale. Dans le même sens, cette affirmation doit aussi prendre en considération qu'à l'intérieur d'un pays comme le Canada, les structures politiques inhérentes au caractère fédéral de l'État, de même que l'existence d'une société francophone concentrée au Québec, donnent à la relation droit/société un caractère multidimensionnel. Dans leur étude sur « Les idées politiques au Québec et l'évolution du droit constitutionnel canadien entre 1945 et 1985 », Andrée Lajoie, Pierrette Mulazzi et Michèle Gamache, partant précisément de cette idée que l'évolution du droit constitutionnel canadien depuis la dernière guerre résulte de facteurs sociaux fort variés, cherchent à faire le point sur l'impact des idées constitutionnelles québécoises en matière d'orientation du contenu du droit canadien, et accessoirement à établir le degré de perméabilité, aux préoccupations du Québec, de chacun des moyens spécifiques d'évolution de ce droit : jurisprudence constitutionnelle, modification de la Constitution, négociations fédérales-provinciales. De façon très générale, leur conclusion, en réponse à la première interrogation, est que malgré certaines exceptions, « les idées constitutionnelles québécoises ont échoué à orienter l'évolution du contenu du droit constitutionnel canadien<sup>73</sup> ». Mais ces exceptions elles-mêmes sont intéressantes car, précisent-elles, elles ont été « obtenues à la faveur de rapports de force efficaces mais éphémères ». Et elles ajoutent :

. . . les idées politiques qui ont fait leur chemin dans la réalité constitutionnelle étaient portées par des gouvernements plus exigeants en matière de compétences provinciales et dont les revendications faisaient pourtant figure de moindre mal par rapport à l'alternative d'une opposition encore plus radicale et moins légitime<sup>74</sup>.

Si les idées politiques québécoises ont effectivement échoué à orienter de façon importante l'évolution du droit constitutionnel canadien, on

peut néanmoins affirmer, sur la base de leurs conclusions, que ce droit constitutionnel s'est montré sporadiquement sensible à une certaine réalité sociale décentralisée, pourvu qu'elle s'exprime dans un rapport de forces suffisant. À cet égard, il nous apparaît que le point de vue qu'elles expriment pourrait potentiellement trouver confirmation dans une étude similaire de l'impact des idées politiques ontariennes dont on peut poser l'hypothèse qu'elles ont, au contraire, surdéterminé l'évolution du droit constitutionnel canadien à la faveur d'un rapport de forces qui leur fut rarement défavorable.

S'agissant par ailleurs de la perméabilité aux préoccupations du Québec de chacun des moyens spécifiques d'évolution du droit constitutionnel, elles concluent que les rares rapports positifs identifiés entre ces idées politiques et ce droit constitutionnel s'établissent pour l'essentiel dans le champ de l'évolution jurisprudentielle. Cette constatation, pour le moins surprenante, peut sembler rejoindre les conclusions de Guy Tremblay. Dans son étude sur la Cour suprême en tant qu'arbitre des conflits politiques, il affirme que cette dernière n'a pas été indifférente aux rapports de forces politiques : elle aurait plutôt tenté de les neutraliser, cherchant par là à maintenir un certain équilibre dans le fonctionnement du fédéralisme canadien<sup>75</sup>. Mais là où Lajoie, Mulazzi et Gamache voient un accueil très occasionnel des idées politiques québécoises dicté par un rapport de force au sein de la société, Tremblay conclut à une tendance plus générale des juges à imposer leur propre conception politique de la réalité canadienne.

Mais cette indépendance des juges, à laquelle réfère Tremblay, qui tend à donner du droit une certaine image de neutralité et d'autonomie, est-elle réelle? Emond, pour sa part, exprime certaines réserves à ce sujet. En conclusion de son étude sur le droit de l'environnement, ce dernier écrit :

*The present adversarial and hierarchical structure of adjudication seems to impress environmental issues with a competition for/against stamp. Litigants do not come to court seeking cooperative solutions to environmental problems; they come seeking victory over their opponent<sup>76</sup>.*

Ainsi donc, même en admettant que les juges, lorsqu'ils se prononcent, agissent de façon indépendante, ce qui pour certains est contestable, il n'en demeure pas moins qu'ils se situent à l'intérieur d'un système qui véhicule ses propres valeurs. En ce sens, l'intervention judiciaire peut assurément être considérée, au même titre que la loi, comme une variable à la fois indépendante et dépendante. En dernière analyse, Emond manifeste une nette préférence en faveur de la loi, de la consultation et de la médiation, comme moyens de solutionner les problèmes environnementaux, parce que le processus judiciaire, dans ce domaine, lui apparaît fondamentalement vicié. Ses critiques, à cet égard, sont accablantes :

*It limits access to those with an obvious economic interest in the outcome of the case; it puts the onus of proof on those who ask for nothing more than a sober second look, it demands a standard of proof that requires the plaintiff to exhibit a measurable and easily quantifiable deterioration in physical health; it is primarily reactive to problems; and it seldom offers more than financial damages to the successful plaintiff — damages calculated according to an amount required to compensate only the plaintiff for direct and measurable economic loss<sup>77</sup>.*

Ces derniers propos, dans la mesure où ils mettent en évidence certaines défaillances du droit en tant qu'instrument d'intégration de nouvelles valeurs sociales, obligent à une réflexion plus en profondeur sur les raisons d'être d'une telle situation. Dans son étude sur la réglementation, Macdonald se penche précisément sur ce problème. Sur un thème qui rejoint dans une certaine mesure le point de vue de Lawrence Tribe énoncé plus haut en introduction (« *The atomization of society has triggered an explosion of law*<sup>78</sup> »), ce dernier, réinterprétant en quelque sorte les théories d'Henry Maine sur le développement du droit, s'attache à démontrer que « *(O)ver the past one hundred years, we have witnessed the gradual supplanting of an ethic of community and shared commitment by an ethic of individuality and claims of right*<sup>79</sup> ». Cette affirmation, Macdonald la fonde sur des facteurs tels que le passage de structures sociales unitaires reflétant des objectifs communs vers des structures sociales multiples, fondées sur la réciprocité et l'échange, la perte d'influence graduelle de la famille et de l'église comme mode de structuration des relations interpersonnelles qui n'a laissé que l'État comme seule institution normative à caractère véritablement contraignant. Il cite aussi le changement de perception qui s'est produit quant à la nature de la relation entre une personne et son travail, qui a favorisé le développement d'une éthique du travail fondée non plus sur l'effort et la qualité du résultat, mais sur des concepts juridiques de droits et d'obligations; l'urbanisation et l'industrialisation qui, en encourageant la division du travail, ont multiplié les relations contractuelles de toutes sortes et enfin le développement d'une nouvelle conception du progrès qui, en mettant l'accent sur la recherche de solutions globales, a entraîné une centralisation croissante de l'économie. Conséquence donc de ces transformations fondamentales, la société actuelle est devenue une société atomisée dont les membres s'expriment de plus en plus en termes de droits et d'obligations, dans laquelle prolifèrent les exigences procédurales dans le processus de prise de décisions affectant ces derniers.

Ce diagnostic que pose Macdonald trouve appui également dans les propos de Payne sur le droit de la famille. Ce dernier, faisant état des changements intervenus dans le domaine, écrit :

*The shift of family law to a stance of legal neutrality has been accompanied and perhaps fostered by a new focus on the rights and responsibilities of*

*individuals. The battles for equality between the sexes and for children's rights have been reflected in laws that emphasize the individual's rights and responsibilities rather than family rights*<sup>80</sup>.

Cette évolution, Payne la voit comme fondamentalement liée aux transformations qui se sont produites dans la société : « *Modern family law* », écrit-il, « *tends to respond to actual or perceived changes in society and in the roles and attitudes of family members*<sup>81</sup> ». Mais le processus ne s'arrête pas là. Le nouveau droit de la famille, évoluant vers un droit des personnes, appelle une intervention accrue de l'État en vue d'assurer une égalité réelle entre ses membres. Il en résulte des demandes répétées pour élargir les réseaux de garderies, pour rémunérer également la femme qui exécute un travail égal, et pour que soient mis de l'avant des programmes d'action positive qui permettent aux femmes de compenser leur traditionnelle vulnérabilité économique découlant du rôle qui leur était assigné au sein de la famille. Paradoxalement, l'ancien droit de la famille, en s'individualisant, se rapproche de plus en plus d'un régime de droit public.

Finalement, l'image que se font les auteurs du droit en tant que système de normes en rapport avec la réalité sociale présente une certaine cohérence. De façon immédiate, c'est-à-dire au moment de l'élaboration du droit, ils perçoivent généralement très bien les jeux de pouvoirs et d'influences sous-jacents aux prises de décisions. Le pouvoir des corporations privées et du monde des affaires en particulier est clairement mis en évidence. Mais ce pouvoir se bute à un autre pouvoir, plus diversifié, qui est celui des syndicats, des mouvements de consommateurs, des mouvements écologistes, etc. Parallèlement à ce conflit de base, qui oppose une vision quantitative à une vision qualitative du progrès, d'autres types de conflits d'intérêts se greffent : conflit des sexes, conflits culturels, conflits politiques, etc. Que le droit évolue au gré des rapports de forces qui s'établissent dans le temps au sein de la société ne fait pas de doute à leurs yeux. Mais l'État n'est pas un témoin purement passif de ces conflits, une simple caisse enregistreuse des désirs des uns et des autres. Pour ces auteurs, le législateur dispose généralement d'une marge d'autonomie qui lui est propre et qui influence l'évolution du droit.

Mais la perception que se font les auteurs des rapports entre le droit et la réalité sociale ne s'arrête pas là. Plusieurs vont plus loin et cherchent à faire ressortir l'impact qu'ont certains changements fondamentaux intervenus au sein de la société, sur l'orientation globale du système juridique. Leurs constatations, à cet égard, convergent encore une fois dans une large mesure. Quatre faits ressortent en particulier. Premièrement, sous l'influence de différents phénomènes tels que l'urbanisation, l'industrialisation, la division accrue du travail, l'individualisation des rapports et la multiplication des intérêts particuliers de toutes sortes, le droit est devenu le système normatif par excellence, celui à travers

lequel s'exprime la plupart des interactions sociales, se substituant ainsi à d'autres modes normatifs plus informels et plus spontanés. Conséquence directe de ce phénomène, et reflet en même temps d'une confiance sans borne en la capacité de l'esprit humain de résoudre pratiquement tout problème, les interventions juridiques de l'État, en second lieu, se sont multipliées à un rythme accéléré, couvrant ainsi l'essentiel des activités humaines. Troisièmement, au fur et à mesure de l'augmentation du nombre de variables dont il faut tenir compte pour résoudre un problème, le droit s'est orienté vers la recherche de solutions plus globales, d'où une tendance nette à la concentration des interventions à un niveau toujours plus élevé. Enfin, quatrièmement, l'accélération du rythme des mutations au sein de la société et dans l'économie a entraîné un renouvellement de plus en plus rapide du droit, créant ainsi une insécurité croissante au niveau de ses destinataires.

Face à de telles transformations du système juridique, on ne peut se surprendre outre mesure de la création d'un mouvement en faveur d'une délégalisation, déréglementation et déjudiciarisation de la société. La solution proposée, toutefois, outre les objections soulevées précédemment, risque d'être inefficace si elle ne tient pas compte du fait que les transformations intervenues dans le droit résultent de changements fondamentaux au sein même de la société. Elle tient pour acquis, en d'autres termes, qu'en agissant sur le droit, il est possible de modifier substantiellement les comportements sociaux de base. Or, cette vision inversée de la dynamique droit/réalité sociale, ainsi que nous le verrons plus loin, comporte des limites certaines. Aussi, aux yeux de la plupart des auteurs, ne peut-il être question de se lancer tête baissée dans un mouvement de délégalisation de la société. Ces derniers proposent surtout, comme remède aux problèmes actuels, des approches qui donnent une plus large part à la consultation et à la participation ainsi qu'à la médiation et la négociation, c'est-à-dire un recours plus fréquent à une forme de droit que l'on peut qualifier de souple. Ce qu'ils recherchent, c'est moins une évacuation des problèmes actuels, en confiant leur solution à des pouvoirs privés et plus ou moins occultes, qu'une implication plus grande de la société dans l'élaboration et l'application des règles qui la gouverne. Mais la solution n'est pas sans problèmes, et plusieurs en sont conscients. Une politisation accrue du droit peut aussi bien conduire à un blocage au niveau de l'action qu'à une « capture » du droit par des groupes plus influents.

Il peut être utile ici d'examiner plus en détail les diverses solutions mises de l'avant. Payne, sans y voir nécessairement une panacée, se penche longuement sur la conciliation, la médiation et l'arbitrage comme moyens de remplacement du processus judiciaire en matière de séparation et de divorce; ces différents mécanismes à des degrés divers,

sont perçus comme impliquant plus directement les parties concernées par un litige dans la recherche de sa solution, et donc comme davantage susceptibles d'apporter des solutions constructives à la résolution des conflits familiaux<sup>82</sup>. Dans le même sens, Weiler aborde de façon relativement détaillée l'expérience de la Colombie-Britannique en matière de médiation des conflits de travail, et conclut :

*Informal settlement fashioned by the parties themselves may involve a workable compromise between the positions originally taken when the dispute began. These settlements tend to endure not only because they are voluntarily reached rather than imposed from on high, but also because they can prevent the application of abstract legal rules which may not be sensitive to the real life dimensions of the dispute*<sup>83</sup>.

Si l'on se rappelle, par ailleurs, les propos critiques d'Emond à l'endroit du processus judiciaire, on ne sera pas surpris de constater l'intérêt qu'il porte aux moyens non conflictuels de résolution des conflits, aux moyens qui encouragent le compromis et la coopération, allant jusqu'à voir dans la médiation le développement le plus prometteur pour l'avenir du droit de l'environnement<sup>84</sup>.

Tout en partageant cet intérêt à l'endroit des mécanismes informels de règlement des conflits, Belobaba, nettement moins convaincu de leur efficacité, à tout le moins dans le domaine du droit de la consommation, suggère pour sa part, comme moyen de vaincre le sentiment d'impuissance et d'isolement du consommateur, la généralisation des procédures de recours collectifs, lesquelles conservent malgré tout un caractère nettement communautaire. Par contre, en ce qui concerne l'élaboration des politiques en matière de protection du consommateur, il n'hésite pas à recommander une amélioration et un développement des procédures de consultation et de participation<sup>85</sup>. Macdonald, pour sa part, admet aussi que la consultation et la médiation doivent être encouragées, de même que les approches contractuelles en général, dans la mesure où ces formules rapprochent le droit des gens et contribuent à recréer un sens d'entreprise commune. Mais, parce que les formules en question comportent également leurs propres limites, l'accent, à ses yeux, doit surtout être mis sur la recherche d'une plus grande adéquation entre les fins poursuivies et les moyens d'intervention mis en oeuvre, en conservant à l'esprit que les choix effectués sont avant tout des choix sociaux<sup>86</sup>. Ce point de vue, dans une large mesure, est partagé par Arthurs, Mullan et Salter dans leurs études respectives.

Ainsi donc, en réponse à l'envahissement progressif de la société par le droit étatique, envahissement dicté par l'évolution même de la société, la tâche la plus urgente et la plus importante, suggère la recherche, serait de favoriser une reprise en main du droit par la société, en agissant sur le droit. Reste à voir, cependant, si la chose est possible.

## *Le droit, agent de transformation de la réalité sociale*

Dans quelle mesure le droit, considéré comme le produit d'une volonté rationnelle, peut-il modifier la réalité sociale, telle est la question que nous chercherons à élucider dans les pages qui suivent. En d'autres mots, alors que nous nous intéressions auparavant à ce qui se passe en amont du droit formel, nous allons porter maintenant notre attention vers ce qui se passe en aval de celui-ci. En guise de transition, cependant, il apparaît important de revenir en arrière pour tenter de circonscrire la part de la raison dans l'élaboration du droit formel. Encore ici, notre investigation fera ressortir le point de vue des différents auteurs sur les questions soulevées.

### *Les limites du droit en tant qu'entreprise rationnelle*

Précisons immédiatement que la rationalité dont il est question n'est pas celle du système juridique en tant que tel (au sens où l'on parle par exemple de la rationalité formelle du droit), non plus que celle du juriste dans son analyse de la règle de droit (on parlera plutôt alors du raisonnement juridique), mais bien celle du législateur aux prises avec un problème concret<sup>87</sup>. S'il est vrai que ce dernier, lorsqu'il intervient, le fait dans un contexte juridique et social qui circonscrit ses choix, il n'en demeure pas moins que son intervention implique l'existence d'un lien rationnel quelconque entre le problème identifié et la solution proposée. C'est sur cette forme plus particulière de rationalité, qualifiée parfois de matérielle, que nous voulons nous arrêter.

L'affirmation que telle règle de droit a un caractère rationnel implique de façon générale que son élaboration s'est faite suivant un cheminement logique procédant des problèmes à résoudre à la définition des objectifs à atteindre et des moyens pour y arriver. Mais les contraintes de nature variée viennent régulièrement entraver ce cheminement théorique vers la solution idéale. Au plan politique, d'abord, soit parce qu'une situation de crise oblige à procéder dans les meilleurs délais, soit parce que les solutions à moyen et à long terme apparaissent non rentables, soit encore, et de façon plus générale, parce que la recherche d'une compréhension globale et exhaustive de tous les aspects d'un problème risque purement et simplement de paralyser l'action gouvernementale, les différentes étapes du cheminement décrit plus haut reçoivent rarement le traitement systématique qu'implique une approche strictement rationnelle. Au plan scientifique, par ailleurs, l'élaboration du droit fondée sur une connaissance approfondie des divers aspects d'un problème est limitée du fait que différentes théories conduisent souvent à des interprétations divergentes sinon opposées d'un même problème, et par voie de conséquence, à des solutions incompatibles ou contradictoires. Au plan idéologique, également, comme ceux qui décident de la solution à adopter s'appuient sur une conception de la société et de

l'économie qui laisse forcément de côté d'autres conceptions jugées fausses ou inacceptables, il est difficile de qualifier leurs décisions de pure rationalité objective, bien que politiquement parlant, elles puissent être rationnelles. Le pluralisme idéologique, tout souhaitable qu'il soit au plan de l'analyse de la réalité, rencontre ici sa propre limite, qui est celle d'un syncrétisme pratiquement irréalisable.

Enfin, d'un point de vue juridique l'analyse d'un problème déterminé, la définition des objectifs à réaliser et le choix des moyens pour y arriver, à l'intérieur d'un processus décisionnel où l'accent est mis sur une rationalité davantage matérielle que formelle, exigent à la fois des études rétrospectives, de caractère fondamental ou empirique, pour déterminer la distance entre les objectifs antérieurement poursuivis et les résultats obtenus, compte tenu des moyens mis en oeuvre, et des études prospectives, à partir de modèles théoriques, en vue de clarifier l'impact potentiel de tel ou tel nouveau moyen d'intervention. Or, de telles études, plus ou moins monnaie courante dans les sciences sociales en général, demeurent encore relativement rares du moment qu'on se tourne du côté du droit.

Pourtant, ce n'est pas d'hier que date la prétention à fonder le droit sur une connaissance scientifique de la réalité. Depuis Bentham déjà, qui, à sa façon, plaidait en faveur d'une telle approche, le rationalisme scientifique, dans son application au droit, a franchi de nombreuses étapes, s'exprimant au gré des époques, en termes de philosophie politique, d'histoire, de sociologie et, plus récemment, avec Posner et ses disciples, en termes économiques. Sous l'influence de ces deux dernières disciplines, les juristes ont commencé depuis peu à s'intéresser aux méthodes empiriques de recherche. Comme il fallait s'y attendre, c'est d'abord et avant tout aux États-Unis que le mouvement a pris naissance; plus lent à démarrer au Canada, il tend cependant à prendre plus d'importance depuis quelques années.

Déjà, cependant, de sérieuses mises en garde sont faites relativement à cette nouvelle version du rationalisme scientifique. Non seulement, souligne-t-on, les approches empiriques soulèvent de difficiles problèmes en ce qui concerne les méthodologies utilisées, l'accès aux données et les critères d'interprétation de celles-ci, mais, poussées à l'extrême, elles peuvent aller jusqu'à nier l'autonomie du droit, réintroduisant en quelque sorte une nouvelle version de l'ancien concept de droit naturel. L'École du droit économique, par exemple, dans sa tendance la plus radicale, a été perçue par d'aucuns comme menant à ce résultat, pour le moins paradoxal, que sous prétexte de rationalité, il faille s'en remettre pour l'élaboration du droit aux seules lois naturelles de l'économie libérale. Sensible à cette critique, Hayek, pour sa part, suggérait à ses partisans d'éviter le mot « naturel » pour décrire leur position, et, cohérent avec lui-même, refusait de voir dans le droit « l'oeuvre délibérée d'un quelconque esprit humain<sup>88</sup> ». Quoi qu'il en

soit, on ne peut que constater encore une fois que le rationalisme scientifique, même lorsqu'il s'appuie sur des méthodes empiriques qui se veulent objectivement neutres, ne peut éviter totalement d'être assimilé à des théories ou des idéologies précises. Ce qui ne veut pas dire que, tout comme les autres formes de rationalisme, il n'ait pas un rôle fort utile à jouer dans l'élaboration du droit. Mais ultimement, le recours à un mode déterminé d'intervention juridique apparaît comme un choix de valeurs, et donc un choix politique.

Ces remarques préliminaires sur les limites du rationalisme en matière juridique n'impliquent pas, loin de là, que l'élaboration du droit étatique procède plus souvent qu'autrement en dehors de toute rationalité. En un sens, il est même permis d'affirmer que le droit demeure toujours, en dernier ressort, le produit d'une volonté rationnelle, dans la mesure où, nonobstant une analyse incomplète ou erronée des faits, les moyens juridiques mis en oeuvre pour résoudre un problème ont nécessairement une relation quelconque avec les objectifs poursuivis, au moins dans la perspective de ceux qui les élaborent et les adoptent. Aussi n'est-il pas surprenant de constater que, pour la majorité des auteurs impliqués dans ce premier volet de la recherche, la poursuite d'une plus grande rationalité demeure encore un objectif important, même si, de façon générale, ils sont les premiers à reconnaître que le droit n'est pas, et ne pourra jamais être, une pure opération de raison.

Parmi les différents facteurs qu'ils identifient comme des entraves à la recherche de solutions juridiques plus rationnelles, on fera référence ici à deux en particulier, qui correspondent à deux niveaux distincts d'analyse. À un premier niveau, qui est celui des instances décisionnelles, plusieurs soulignent la tendance naturelle des gouvernements à fonctionner de façon ad hoc, en réponse à des crises, plutôt qu'à moyen et à long terme. Or, ce problème entraîne des conséquences très concrètes au plan législatif. Un exemple éloquent est celui du domaine des relations de travail. C'est ainsi que pour Morin, l'ensemble de la production législative québécoise dans ce domaine, tant pour la période s'étendant de la fin du siècle dernier jusqu'au début des années 1940 que pour la période 1940–1985, est caractérisé par le travail à la pièce, l'absence d'un plan général et d'une pensée cohérente, les différentes lois adoptées n'étant souvent que « des solutions législatives ponctuelles à autant de problèmes ou de difficultés déterminés ou précisés<sup>89</sup> ». Dans le même sens, Weiler, décrivant les différentes étapes de la mise en place du système canadien de relations de travail, écrit : « *Each of the incremental steps along the road to the Canadian collective bargaining system which emerged in the 1940's was in response to some sort of industrial crisis, usually a strike*<sup>90</sup> ». Et résumant ailleurs l'approche générale adoptée, il ajoute : « *In many ways, our attention has been directed at tinkering with the labour law system rather than improving labour management relations*<sup>91</sup> ».

Toujours sur le même thème, mais en rapport cette fois avec le domaine de la protection de l'environnement, Emond élabore sa pensée dans les termes suivants :

*The structure of the political and governmental processes also contributes to environmental degradation. The three- or four-year tenure of politicians and governments focusses attention on the short term. For politicians, the important run is the short run. They discount the future of the environment, relegating it to a manageable and comprehensible present consisting of one or two years. The consequences of such a short-term focus are twofold. First, it discourages medium- or long-term planning. The assumption is that tomorrow will look after itself. Few politicians are prepared to act today for environmental posterity if the benefits outlast their own tenure, and almost none are ready to act if the benefits will only be enjoyed by future generations. The second consequence is that political decisions are heavily influenced by crises. Although living with the threat of the Bomb may have made society more crisis-immune, politicians are nevertheless plagued by one environmental crisis after another. First DDT, then mercury, then lead, and now toxic rain depositions are some of the more popular crises. In each case, adverse effects were popularized, the public was shocked and politicians reacted, often to the detriment of other more pervasive and serious environmental problems<sup>92</sup>.*

Belobaba, pour sa part, bien que très sceptique quant aux possibilités d'une approche strictement rationaliste du droit, n'en note pas moins, de façon critique, la propension du législateur à agir d'une manière ad hoc et précipitée dans le domaine de la protection du consommateur. Il écrit à ce sujet :

*The history of Canadian consumer protection legislation is largely a history of ad hoc legislative reaction. Sometimes the « need » for legislative intervention is prompted by media publicity, other times by anecdotal evidence. Sometimes the law-makers respond in good faith to actual problems of consumer health or safety: for example, the injuries caused by exploding soft-drink bottles in 1978, or the health and home losses associated with urea-formaldehyde foam insulation. Other times, the legislative intervention is less principled, even hysterical: for example, the enactment by Parliament in 1978 of legislation to regulate the practice of income tax rebate discounting, legislation that was given three readings and parliamentary approval in less than 23 minutes<sup>93</sup>.*

Dans un sens plus général enfin, et à partir d'une perspective marxiste, Bureau et Lippel décrivent l'évolution du droit social canadien comme étant intimement reliée à la solution de contradictions sociales devenues intolérables pour les principales victimes et compromettantes pour le maintien du système à leur origine, ce qui est une autre façon de dire que ce droit a évolué en réponse à des crises<sup>94</sup>. En même temps, ils soulignent un aspect intéressant de cette évolution qui, d'abord à la

pièce, s'est orientée avec le temps vers des approches de plus en plus globales et centralisées.

Ceci étant dit, il importe de préciser que les auteurs en question demeurent en général très conscients du fait que « (t)oute évolution du droit est le fruit d'une tentative visant à supprimer une inadaptation, réelle ou supposée entre des besoins nouveaux et les règles en vigueur<sup>95</sup> »; aussi n'apparaît-il pas anormal à leurs yeux que le droit évolue en réponse à des crises. Ce qu'ils dénoncent, cependant, c'est la trop grande propension des gouvernements à attendre qu'une situation de crise se développe, et surtout leurs tendances, en pareilles circonstances, à rechercher les solutions apparentes et à court terme plutôt que les solutions de fond et à moyen ou à long terme. Le résultat d'une telle attitude, souligne Morin, c'est que non seulement les lois sont sans cesse amendées, mais dès leur présentation, elles sont perçues comme des « mesures provisoires ou susceptibles d'être corrigées dès les prochaines sessions<sup>96</sup> ». On verra plus loin comment une telle attitude peut s'expliquer par le symbolisme qui se rattache au droit, le seul fait d'intervenir prenant parfois plus d'importance que la substance de l'intervention.

Mais si là s'arrêtaient les difficultés que soulève la recherche d'une plus grande rationalité dans l'élaboration du droit, le problème ne serait pas insurmontable. Pour plusieurs auteurs, toutefois, le véritable obstacle se situe ailleurs, à un niveau plus fondamental. Dans la mesure, suggèrent-ils, où il est pratiquement inconcevable que la raison humaine n'arrive jamais à connaître et à contrôler l'ensemble des facteurs qui influencent la solution d'un problème social le moins complexe, et dans la mesure où pour un même problème donné, il existe souvent plusieurs rationalités possibles, il faut reconnaître qu'une approche objectivement et strictement rationnelle est impossible. Non seulement en est-il ainsi, précisent-ils, mais la prétention même d'arriver à résoudre la plupart des problèmes sociaux d'une façon essentiellement rationnelle et scientifique leur apparaît en soi dangereuse dans la mesure où elle abrite très souvent une idéologie particulière.

Belobaba est le plus explicite à cet égard. Dans un long développement où il analyse les problèmes de fond qui entravent l'élaboration de lignes de conduite et de règles efficaces en matière de protection du consommateur, il dénonce successivement la tendance croissante à recourir à des théories unidimensionnelles pour résoudre tous les problèmes, la tendance croissante à croire que tout problème doit nécessairement avoir une solution rationnelle et, enfin, la tendance croissante à voir dans la recherche empirique le moyen d'arriver à des solutions objectives. Il nous est impossible de relater de façon détaillée sa pensée sur chacun de ces points; le passage suivant, cependant, illustre assez bien son propos :

*We do not suggest for a moment that we abandon our unique capacity as humans to reason our way through problems to « rational » solutions. We suggest only a need to review the extent to which our reliance on, indeed reification of, the power of human reason dominates in modern policy scholarship and influences unduly the design of both research agendas and regulatory vocabularies. If our continuing commitment to « rationality » is nothing more than a rhetorical reaction against the abuses of arbitrary decision making, then it is understandable and benign. However, if this belief in human reason is more substantively connected to notions of scientific method, objectivity and « final solutions », then the situation is more sinister, indeed quite serious. If the latter, the tendency toward single-answer theorizing will continue to grow. Exclusionary analytical vocabularies will be employed, experts will dominate the policy-making process, and we will remain where we have been for the past 117 years — in the rut of wrong assumptions and wrong directions<sup>97</sup>.*

Sans s'attaquer de front à la question de la place de la rationalité dans l'élaboration du droit, Arthurs, sur les problèmes de fond, rejoint essentiellement les conclusions pluralistes de Belobaba. De fait, l'ensemble de son étude peut être considéré comme un plaidoyer vigoureux en faveur d'une approche plus diversifiée du droit, approche dans laquelle différentes perspectives, théories et méthodes d'investigation sont utilisées et confrontées en vue d'éclairer le rapport crucial entre la forme juridique, la fonction qu'elle est appelée à remplir et le contexte économique, politique et social dans lequel elle évolue. C'est la seule façon, selon lui, d'en arriver à une certaine rationalité en ce qui a trait à l'élaboration du droit<sup>98</sup>.

Cette dernière conception de la rationalité rejoint dans une large mesure, les propos que tient Macdonald relativement à la réglementation formelle de l'État. Pour ce dernier, le débat qui a cours actuellement sur la nécessité de contrôler ou même encore de restreindre l'activité réglementaire de l'État est essentiellement mal orienté dans la mesure où il se fonde sur une vision tronquée de l'activité réglementaire en général et dans la mesure où il s'arrête aux causes superficielles de la croissance de la réglementation formelle, les vraies explications étant davantage de nature idéologique. Selon Macdonald, le problème de fond n'est pas de savoir qu'il existe une réglementation trop volumineuse ou pas assez, ou si celle-ci doit être davantage contrôlée, mais bien plutôt de développer des approches favorisant une mise en relation plus étroite des divers moyens d'intervention disponibles, des fins poursuivies et des impacts sociaux prévisibles<sup>99</sup>.

Emond, pour sa part, aborde le problème de la rationalité dans l'élaboration du droit de façon quelque peu différente. Le vrai problème, à son avis, réside dans le fait que, tant sur le plan économique que politique et juridique, des rationalités plus ou moins figées dominent le processus d'élaboration du droit et empêchent l'adaptation nécessaire à

de nouvelles réalités. C'est ainsi, par exemple, qu'en ce qui concerne la rationalité économique, il écrit :

*There is, however, another view, that current economic theory has chosen to ignore. This is one in which national behaviour is not predicated on the ruthless desire to appease immediate self-interests, but is rather one in which cooperation and mutual aid are the distinguishing features of rationality<sup>100</sup>.*

Similairement, il dénonce ce qui lui apparaît être une caractéristique essentielle de la rationalité politique, à savoir, une croyance indéfectible en la croissance comme moyen de résoudre la plupart des problèmes, croyance d'autant plus ancrée qu'elle véhicule aussi une promesse implicite adressée aux perdants du système économique que des jours meilleurs sont à venir. Dans une telle perspective, il apparaît évident qu'une logique différente dans laquelle qualité de vie et quantité de biens produits seraient dissociées, n'a guère sa place. Par ailleurs, cette rationalité politique dominante s'appuie sur une autre rationalité, bureaucratique celle-là, qui tend à ramener tout problème complexe à des dimensions manipulables par l'appareil administratif tel que constitué et le définit en même temps en des termes déjà connus des membres de cet appareil, de telle sorte que les changements de direction majeurs sont souvent difficiles, sinon impossibles. Au plan juridique, enfin, Emond s'en prend à une rationalité essentiellement orientée vers la solution de conflits, rationalité qu'il décrit dans les termes suivants :

*First, it assumes conflict within society and the need to settle such conflict, primarily through a pronouncement of « rights » as applied to the particular factual setting that gave rise to the conflict. Secondly, the process is designed to focus on the particular claims of the individual contestants. Adjudication heightens the sense of the particular. But in doing so, it trivializes broader, community wide concerns that are of no more than general interest to the two parties. Thirdly, it is based on a win-lose premise. There is little within the process that encourages a negotiated resolution of differences, other than the prospect of defeat. Nor is there anything within the process that facilitates compromise. Indeed, the limited range of remedies available to the decision maker reinforces the win-lose mentality of the participants<sup>101</sup>.*

Le véritable problème, pour Emond, n'est donc pas tant l'absence de rationalité dans les mécanismes de prise de décisions conduisant à l'élaboration du droit que le poids disproportionné de certaines rationalités. Pessimiste quant à la possibilité d'un revirement majeur de cet état de choses, identifiant en dernier ressort le problème à un conflit de valeurs, il s'en remet finalement au processus politique pour introduire dans le droit, de façon « incrémentale », les changements qui s'imposent pour faire face à la crise imminente qu'annonce la dégrada-

tion de l'environnement. En ce sens, il rejoint largement les conclusions de Belobaba, Arthurs et Macdonald.

Là ne s'arrêtent pas les remarques que formulent les différents auteurs sur le rapport entre le droit et la rationalité. Souvent la question est abordée de façon incidente, comme lorsque Morin, par exemple, s'interroge sur la capacité des gouvernements d'en arriver à des solutions rationnelles en matière de relations de travail, alors qu'ils tentent successivement d'apaiser employeurs et employés<sup>102</sup>. En outre, il ne faudrait pas croire qu'un consensus absolu règne sur tous les points. C'est ainsi qu'en ce qui concerne l'apport des analyses techniques et scientifiques à la formulation du droit, on constate une attitude nettement plus pessimiste chez Makuch que chez Emond<sup>103</sup>. Mais dans l'ensemble, cependant, on peut certes affirmer qu'il existe une assez large convergence de vue, au moins en ce qui concerne l'essentiel.

Ce qui est affirmé, fondamentalement, c'est que la recherche d'une plus grande rationalité dans l'élaboration du droit procède nécessairement d'une ouverture plus large aux diverses idéologies politiques et théories scientifiques, d'un recours accru aux études fondamentales et empiriques et d'un développement accéléré de l'interdisciplinarité afin d'en arriver à une véritable mise en contexte du droit. Mais une telle approche, que l'on peut qualifier de pluraliste, n'est pas suffisante : hormis l'hypothèse d'un syncrétisme pratiquement irréalisable, il nous faut reconnaître qu'une décision politique doit trancher quelque part dans le choix des moyens et des fins. Or, à cet égard, un second constat s'impose. Pour la majorité des auteurs, en effet, une telle décision, si elle doit être rationnelle, c'est-à-dire si elle vise l'efficacité, doit prendre en considération à la fois la variété des moyens d'intervention disponibles possédant leurs caractéristiques propres, la nature des objectifs poursuivis et surtout la signification sociale des choix effectués, c'est-à-dire leur implication au plan des valeurs et leurs capacités de mobilisation. C'est à cette seule condition que pourraient être, non pas éliminées, mais diminuées les contradictions et la confusion qui semblent si souvent encombrer notre droit.

Car il ne faut pas s'illusionner. Les contradictions et la confusion ne sont pas près de disparaître, comme le souligne Belobaba, parce qu'elles sont les conséquences inéluctables des limites de la raison humaine. Mais en même temps, il ne fait pas de doute qu'une approche plus systématique et plus globale du droit, plus sensible également aux conflits de valeurs sous-jacents, peut contribuer à l'élaboration de solutions plus rationnelles et éviter certaines contradictions inacceptables à moyen ou à long terme.

Mossman fournit un exemple intéressant de telles contradictions dans son étude sur le droit de la famille et le droit de la sécurité sociale. Celle-ci écrit :

*To the extent that family law principles have increasingly recognized the equality of family members and the independence of spouses on divorce or marriage breakdown, they seem to be at odds with some of the principles of social welfare which focus on the family unit to determine individual's entitlement<sup>104</sup>.*

Pour illustrer son propos, elle cite la situation de la femme qui se retrouve généralement dans une situation plus désavantagée lors de la dissolution du mariage, et elle ajoute :

*The law's continued emphasis on spousal support for former wives, rather than a recognition of the need for social welfare assistance, places many former wives (particularly those with few assets and little income) in an impossible predicament on divorce or marriage breakdown. A wife is usually required to seek spousal support as a condition of qualifying for welfare assistance, and the granting of an order for spousal support may prevent her from receiving regular welfare assistance, even though her support payments may be intermittent or for less than the full amount<sup>105</sup>.*

Ce problème illustre de façon très concrète les difficultés qu'il peut y avoir parfois à réconcilier au plan juridique des valeurs plus ou moins opposées comme, dans le cas présent, celles d'indépendance et d'interdépendance. Ces difficultés, si elles ne sont pas clarifiées, rendent l'application du droit, au niveau des tribunaux comme au niveau de l'administration, très aléatoire. Ces propos nous amènent à nous pencher maintenant sur ce qu'il est convenu d'appeler le droit en action.

### *Le droit en action*

S'interroger sur le droit en action, par opposition au droit formel, c'est d'abord et avant tout s'interroger sur l'intervention des tribunaux et de l'administration dans l'application du droit. Mais c'est aussi beaucoup plus, car pour avoir une véritable vue du droit en action, il faut également prendre en considération le comportement concret des destinataires du droit. Depuis les réalistes américains, on savait déjà qu'entre le droit en action et le droit formel, ou le droit dans les livres, il existe un certain décalage. Sans faire nécessairement nôtres les vues de ces derniers, il apparaît important à ce stade-ci de s'interroger sur l'importance de ce phénomène, car il met en cause directement la capacité du droit formel d'influencer la réalité sociale. Ainsi que l'affirme Arthurs,

*. . . we must not assume that even formal and authoritative statements of law are universally understood and uniformly applied by judges, administrators, policemen, lawyers, companies, etc. Each of these actors may enjoy some overt or covert discretion with which to divert, reinterpret, or even effectively repeal formal legal rules. Each may do so in partial response to the responsibilities and objectives associated with the particular role or function being discharged<sup>106</sup>.*

### *Les tribunaux et le règlement des conflits*

Nous avons vu précédemment comment le rôle des tribunaux occupait une place centrale dans les discussions théoriques sur le droit. Les questions de fond soulevées dans ces débats ont trait principalement à la marge de discrétion dont bénéficient les juges dans l'exercice de leurs fonctions, au caractère législatif ou non de leurs interventions, et, de façon plus générale, à la dynamique entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. Diverses positions ont été adoptées à cet égard, allant d'une autonomie très large des tribunaux (École réaliste américaine) à une autonomie mitigée circonscrite par le droit (École Kelsénienne) ou encore à une absence quasi-totale d'autonomie (Dworkin). Cette dernière position, dans la mesure où elle implique le juge, ne peut s'éloigner de façon significative du droit en vigueur et requiert quelques mots d'explication. Ce qu'il faut savoir, c'est que pour Dworkin, le droit auquel le juge doit dans tous les cas se référer comprend non seulement des règles formelles mais également des principes et des standards généraux définis par la morale communautaire<sup>107</sup>. Or, cette façon de voir, que Dworkin fait découler du comportement concret des juges, peut tout aussi bien être perçue comme une explication du décalage entre le droit dans les livres et le droit appliqué par les juges. En ce sens, elle vient paradoxalement confirmer l'existence d'un tel décalage.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas de notre intention d'étudier ici les différentes théories qui ont traité cette question. Notre propos, en abordant le sujet, sera plus concret : nous chercherons essentiellement à déterminer, à partir des études effectuées dans ce volet de la recherche, quel genre d'influence exercent les tribunaux sur l'application du droit, et dans quelles circonstances le recours à ces derniers apparaît le plus approprié, compte tenu des objectifs sociaux poursuivis et compte tenu également de la variété des instruments disponibles, allant du plus formel et du plus contraignant (les tribunaux ordinaires) aux moins informels et moins contraignants (tribunaux administratifs, arbitrage, médiation).

De façon grossière, on décrit très souvent l'influence qu'exercent les tribunaux en la qualifiant de conservatrice ou de libérale. Le recours à une telle terminologie ne va pas sans danger. Outre l'imprécision des termes en question, ils tendent à donner une importance primordiale à des facteurs tels que les antécédents des juges, leurs valeurs personnelles ainsi qu'à la conception qu'ils ont de leur rôle, à la lumière des attentes du public, des traditions des tribunaux et des idées dominantes au sein de la profession juridique en général<sup>108</sup>. Une telle terminologie, en d'autres mots, risque, en mettant l'accent sur l'autonomie des tribunaux, de faire oublier que ceux-ci travaillent à partir d'un droit qui peut lui-même être qualifié de conservateur, libéral, etc., occultant ainsi

la relation entre le juge et la loi. Malgré tout, nous allons dans les pages qui suivent recourir à cette terminologie, conscient des dangers qu'elle comporte, parce qu'elle correspond dans une certaine mesure au langage qu'utilisent les auteurs de cette étude et aussi parce qu'elle place le droit directement en rapport avec l'économie et la politique.

De façon générale, le système judiciaire canadien est perçu comme exerçant une influence conservatrice et restrictive par rapport à la loi, encore qu'une distinction importante doive être faite ici entre les tribunaux ordinaires et les tribunaux administratifs, distinction sur laquelle nous reviendrons plus loin. L'opinion la plus catégorique en ce qui concerne l'influence des tribunaux est probablement celle de Morin. Faisant référence à la réaction de ces derniers aux nouvelles lois du travail d'après-guerre, celui-ci écrit :

Les tribunaux se sont faits, en général, les gardiens du régime juridique d'alors, arguant que ces règles nouvelles devaient être traitées à titre de mesures d'exception, ce qui autorisait une interprétation restrictive. Depuis, il existe une dialectique entre le « législatif » et le « judiciaire » en matière de travail. Un très grand nombre d'amendements aux lois du travail ne sont que des réponses positives ou négatives aux décisions judiciaires. Ce phénomène n'est pas propre au Québec ni même au Canada : l'histoire de la législation du travail de l'Angleterre, celle de l'Allemagne, de la France et des États-Unis se situent dans ce même créneau, quoique des solutions respectives retenues soient différentes. Quoiqu'il en soit, le contrepois judiciaire à l'action et aux réactions du législateur ne peut être méconnu pour apprécier l'orientation et la facture de la législation du travail. Cet élément est important car les tribunaux servent généralement de serre-frein à l'évolution du droit du travail et leur action dépassa largement le seul souci de la cohérence du droit *in toto*<sup>109</sup>.

Malheureusement, Morin demeure relativement discret quant à la raison d'être d'une telle attitude des tribunaux. En guise d'explication, il cite un passage de l'affaire *Harrison c. Carswell* dans laquelle la Cour suprême, ayant à départager entre le droit de propriété et le droit de piquetage, opta en faveur du droit de propriété, choix qu'elle interprète comme étant le reflet de l'opinion prédominante dans le milieu d'origine des juges. Le passage en question mérite d'être cité, car il illustre de façon remarquable les propos de Dworkin sur la fonction judiciaire :

La théorie selon laquelle cette Cour devrait juger et établir la valeur sociale respective du droit de propriété et du droit au piquetage soulève des questions politiques et socio-économiques importantes et difficiles dont la solution, à cause de leur nature même, est inévitablement arbitraire et reflète nécessairement des convictions économiques et sociales personnelles. Elles soulèvent aussi des questions fondamentales sur le rôle de cette Cour en vertu de la Constitution canadienne. D'après moi, cette Cour a l'obligation de remplir sa fonction judiciaire d'une manière raisonnée d'après des concepts établis et des décisions fondées sur des principes. Je ne doute pas

un instant que la Cour puisse faire preuve d'initiative et elle l'a fait à maintes reprises; toutefois, il est clair qu'il faut se demander quelles sont les limites de la fonction judiciaire<sup>110</sup>.

Monahan, dans son étude portant sur l'influence de la Cour suprême en matière économique, pousse beaucoup plus loin l'analyse de la relation entre le pouvoir judiciaire et la loi. Prenant pour exemple le cas de la concurrence, il établit au départ ce qu'il décrit comme l'analyse traditionnelle de la contribution des tribunaux en la matière :

*The core assumption of this conventional analysis is that the Combines Investigation Act embodies a determinate and identifiable policy prescription regarding competition in the economy. The judiciary has failed to apply this policy choice in its decisions either because of a simple lack of understanding or else because the judiciary wanted to substitute its own values for those of the legislature. The common conclusion is that the Supreme Court should begin applying the purposes and policies contained in the act itself, instead of grafting onto the statute some alien values of its own choosing<sup>111</sup>.*

Mais à l'encontre de ce point de vue, Monahan propose une autre explication de la performance des tribunaux qu'il présente ainsi :

*The starting point of this alternative view is the claim that the Combines Investigation Act is essentially indeterminate. In its present form, the act fails to articulate any meaningful core set of values on the question of competition. This indeterminacy is not simply the result of poor drafting technique or the inclusion of such vague terms as « undue » or « public detriment » in the statute. It flows from an essential controversy over the meaning of « competition » and an ambivalence over its proper function in a market economy<sup>112</sup>.*

Les tribunaux, confrontés à une telle situation, poursuit Monahan, et plus particulièrement la Cour suprême, ont cherché à développer un principe permettant de distinguer « *the abuse of market power from its legitimate exercise*<sup>113</sup> ». Mais les diverses tentatives en ce sens furent infructueuses, les critères mis de l'avant s'avérant toujours en dernier ressort non fonctionnels ou dépourvus de pertinence. Non satisfait de ce constat, Monahan entreprend par la suite d'expliquer l'apparente incapacité des tribunaux d'en arriver à une solution fonctionnelle. Considérant comme étant trop simple et trop partiel le point de vue voulant que les tribunaux aient agi essentiellement en fonction des intérêts des milieux d'affaires, et comme trop limité le point de vue voulant que les tribunaux aient été contraints par le caractère pénal de la loi, il avance une explication liée à la fois au mode de raisonnement de la Cour et à sa conception implicite de la relation entre l'État, le droit et la société. Cette hypothèse, dont il trouve confirmation dans une analyse subséquente de la jurisprudence de la Cour sur le pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce, il l'énonce ainsi :

*The Supreme Court has consistently refused to structure doctrine on the basis of a utilitarian calculus of general welfare. Instead, it has attempted to organize the legal universe into distinct, mutually exclusive conceptual categories. The categories constitute zones of absolute entitlement possessed by individuals or institutions. These categories operate in an all-or-nothing manner. Fall within a protected sphere of interest, and an action is protected absolutely; fall outside such a sphere, and an action is void. The jurist is supposedly relieved of the necessity of balancing competing values or divining the public interest. All that is required is a decision as to which zone of entitlement is implicated in a particular case. In this way the overarching tension between the values of freedom and security might be transcended<sup>114</sup>.*

Mais cette seule explication n'est pas suffisante, à son avis dans la mesure où elle ne renseigne pas sur les raisons qui ont pu amener la Cour à préférer cette forme de raisonnement, alors que d'autres options s'offraient à elle. Le véritable point de départ de la Cour, suggère Monahan, réside dans une conception de la société où l'État et le droit interviennent pour restreindre la liberté naturelle des particuliers et orienter leurs actions dans certains sens donnés. Toutes nécessaires qu'elles soient, ces interventions doivent être considérées comme des déviations par rapport à l'ordre naturel des choses et interprétées restrictivement par les tribunaux.

Cette interprétation de la jurisprudence de la Cour suprême en matière économique que présente Monahan rejoint sur le fond les conclusions de Morin. Et fait intéressant, Monahan termine son étude en admettant que la description que fait Dworkin de la manière de procéder des juges, qu'on soit d'accord ou non avec les théories de ce dernier, est assez conforme à ses propres constatations relativement au fonctionnement de la Cour suprême :

*The claim is simply that the case studies presented in this paper lend some support to Dworkin's descriptive arguments about judging. Specifically, the doctrine in the combines and trade and commerce areas supports a belief that judges avoid relying on utilitarian assessments of general welfare in deciding cases. This should not be taken to mean that the judicial choices in these areas have been neutral or apolitical, or even that the cases can be analyzed in terms of a « rights » framework. The point is simply that certain sorts of political arguments have been consistently eschewed by the Court, regardless of the particular doctrinal context<sup>115</sup>.*

Plusieurs autres auteurs, tels que Beck, Mossman et Weiler, font également référence à l'influence restrictive des tribunaux. Beck, par exemple, s'interrogeant sur la responsabilité sociale des corporations, écrit : « *It is the courts rather than corporate statutes that take profit maximization to be the sole, legitimate purpose of corporate activity<sup>116</sup>* ». Mossman, pour sa part, parle de la réticence des juges à reconnaître l'indépendance des conjoints en matière de sécurité sociale, particu-

lièrement lorsque le requérant est l'épouse<sup>117</sup>. Et Weiler, pour l'essentiel, rejoint les conclusions de Morin en ce qui concerne la contribution des tribunaux ordinaires dans le domaine des relations du travail : leur action, suggère-t-il, fut perçue comme conservatrice et restrictive parce qu'ils ont cherché à appliquer des concepts fondamentaux de la *common law*, axés sur la liberté individuelle, à des droits et obligations décrétés partiellement en réaction à la *common law*<sup>118</sup>.

Mais l'influence généralement conservatrice des tribunaux dont il a été fait état jusqu'à maintenant n'exclut pas à l'occasion des ouvertures dans de nouvelles directions, des approches plus libérales, même un certain degré d'activisme judiciaire. Assez vite, cependant, un mouvement de recul est amorcé, comme si les tribunaux se sentaient subitement dans la position inconfortable d'usurper un pouvoir qui n'est pas le leur. Il en résulte que sur une longue période, ce mouvement de va et vient peut être perçu dans une certaine mesure comme une influence stabilisatrice, comme un retour constant « aux idéologies modérées, aux positions de juste milieu, à l'équilibre des intérêts et des rapports de force<sup>119</sup> ».

Dans son étude de la Cour suprême en tant qu'arbitre des conflits d'ordre politique, Tremblay dresse justement un tel portrait de l'activité de la Cour. « La Cour », écrit-il en conclusion, « semble s'être perçue d'abord comme un instrument de neutralité et de stabilité à l'intérieur d'un système de gestion de la société qui est générateur de conflits<sup>120</sup> ». Qui plus est, il ne fait pas de doute à ses yeux que la Cour suprême a relativement réussi dans cette entreprise. Non seulement a-t-elle véhiculé une conception de l'entité politique canadienne qui correspondait globalement aux attentes des gouvernements et de la population, mais elle l'a fait dans des conditions parfois difficiles et d'une façon telle que les tenants de positions parfois radicalement opposées conservaient toujours espoir de voir leurs vues prises en considération, sinon triompher. Ce tour de force, la Cour suprême l'a réussi en alliant un conservatisme assez poussé au niveau des principes à une certaine souplesse, et même à l'innovation, au niveau de leur application. Aussi, ne faut-il pas se surprendre si, lorsque la Cour fait preuve d'activisme, elle ne tarde guère en général à établir les limites concrètes de son action, revenant même parfois carrément en arrière. Tremblay donne un certain nombre d'exemples de cette attitude, particulièrement évidente dans la jurisprudence relative à la Déclaration canadienne des droits, mais aussi dans celle, plus récente, relative à la constitutionnalité du projet de rapatriement. Dans le domaine du partage des compétences, cette attitude se traduit par des séquences de centralisation et de décentralisation, comme si elle cherchait à maintenir « une crédibilité en tant qu'arbitre entre le pouvoir central, dont elle tire son existence, et le pouvoir provincial<sup>121</sup> ». Finalement, son jugement global sur la performance de la Cour demeure nettement positif :

Somme toute, il me semble que depuis 1945 la Cour suprême a fortement contribué à résorber des tensions politiques qui étaient susceptibles de s'exacerber d'elles-mêmes. En situant son action sous le signe de la continuité, elle apaisait les craintes manifestées lors de l'abolition des appels à Londres et elle renvoyait aux politiciens et aux électeurs la tâche de réformer les caractéristiques fondamentales de notre mode de gouvernement. Par un réaménagement délicat des rapports entre l'exclusivité et la concurrence des pouvoirs fédéraux et provinciaux à l'intérieur d'un système d'équilibre relatif, elle a assoupli les règles du jeu politique qui existaient déjà. Et en incitant à la coopération intergouvernementale, elle a accru davantage les possibilités d'adaptation à l'intérieur d'un statu quo qu'elle semblait déterminée à maintenir. Si le Canada reste soumis aujourd'hui à des forces qui mettent son avenir en danger, ce n'est pas la Cour suprême qui les a inspirées et ce n'est pas elle qui a entravé leur harnachement. Je ne crois pas non plus qu'il lui revenait d'agir autrement qu'elle l'a fait<sup>122</sup>.

Toutefois, cet optimisme manifesté par Tremblay n'est pas unanime. Pour Lajoie, Mulazzi et Gamache, par exemple, la Cour n'est pas véritablement neutre au plan politique, mais subit l'influence des tensions et des rapports de force qui se manifestent au sein de la société<sup>123</sup>. Et pour Monahan, la recherche constante d'un certain équilibre à laquelle fait allusion Tremblay procède beaucoup plus du hasard que d'une approche structurée du fédéralisme canadien<sup>124</sup>. Ce faisant, ajoute-t-il, la Cour ne fait que refléter l'absence d'un véritable consensus au sein de la société, quant à la nature et l'orientation de ce fédéralisme. Or cette ambivalence fondamentale de la Cour, même si elle peut paraître sur une longue période comme une forme d'équilibre, présente à court terme de sérieux inconvénients. En rendant difficile toute prédiction de ce que la Cour décidera, elle empêche en même temps d'orienter les actions futures. Non seulement en est-il ainsi dans le domaine du partage des compétences, mais on retrouve le même phénomène chaque fois que la Cour se trouve confrontée à des conflits fondamentaux de valeurs. Makuch, par exemple, note l'attitude paradoxale des tribunaux, et particulièrement de la Cour suprême, qui, après avoir ouvert la porte à une utilisation plus flexible et plus discrétionnaire du pouvoir de planification que possèdent les municipalités, a par la suite restreint considérablement ce pouvoir dans le but d'empêcher toute discrimination<sup>125</sup>. De là à conclure, comme le fait Monahan, que les tribunaux ne constituent pas le meilleur mécanisme pour résoudre des conflits dont la solution implique d'abord et avant tout un choix de valeurs sociales, il n'y a qu'un pas<sup>126</sup>.

Le fait est que l'influence globalement conservatrice et restrictive des tribunaux ordinaires amène plusieurs auteurs à suggérer un recours élargi à d'autres mécanismes de règlement des conflits, et dans la mesure où ces tribunaux sont habilités à faire le droit, à d'autres moyens d'intervention plus démocratiques ou plus ouverts au changement. Cette vision

est tellement générale qu'on pourrait facilement croire que la plupart des auteurs en question partagent une même philosophie interventionniste de l'État. Or, tel est loin d'être le cas. Lorsque Weiler, par exemple, suggère un recours élargi à la médiation plutôt qu'aux tribunaux et même à l'arbitrage, ce n'est certes pas qu'il souhaite faciliter une intervention accrue de l'État dans le domaine des relations de travail. L'expérience d'autres pays tels que l'Australie et le Japon, le conduit plutôt à une conclusion radicalement opposée :

*The important feature of these examples of successful consultative structures is that the government of those countries have relied less on legal intervention and more on leadership and consultation to influence behaviour in the industrial relations community*<sup>127</sup>.

En réalité, ce qui ressort par dessus tout des diverses études, c'est que l'intervention judiciaire doit être considérée non pas tant comme un simple moyen de faire respecter la loi, ce qui implique une attitude largement passive de la part du juge, mais plutôt comme un mode normatif donné, avec ses caractéristiques propres, plus ou moins appropriées suivant les cas, existant en parallèle avec d'autres modes normatifs. De là l'importance, dans une perspective dans laquelle on assigne au droit le rôle d'influer sur la réalité sociale, non seulement de bien comprendre les caractéristiques propres du mode judiciaire d'intervention, mais également de situer adéquatement ce mode particulier par rapport à d'autres modes.

De ce point de vue, un certain nombre de conclusions se dégagent clairement. En premier lieu, et de façon générale, il appert que le recours aux tribunaux ordinaires, par opposition aux tribunaux administratifs, est particulièrement approprié dans tous les cas où un problème peut être analysé en termes de catégories juridiques relativement bien déterminées, à cause du mode de raisonnement privilégié par les juges. À l'inverse, lorsque les problèmes soulevés mettent en cause des choix fondamentaux de société, et que le droit n'offre aucun critère précis pour opérer ces choix, les tribunaux se trouvent contraints, pour en arriver à une solution, soit de procéder à un calcul d'utilité sociale, opération essentiellement politique à laquelle ils se refusent de façon générale ou encore de procéder à partir de catégories juridiques plus ou moins pertinentes à un tel choix, auquel cas les solutions apportées apparaîtront toujours d'une façon ou d'une autre insatisfaisantes, sinon inefficaces. On reconnaîtra là, évidemment, le point de vue de Monahan.

Avant de conclure, cependant, à la justesse de ce point de vue, il importe de prendre en considération l'argument de Dworkin voulant que dans les cas difficiles où le droit formel n'offre pas de critères décisionnels précis en vue d'en arriver à une solution, une décision en droit, fondée sur des principes, et non sur un calcul d'utilité sociale, demeure toujours possible en se fondant sur la morale communautaire, c'est-à-

dire sur une vue d'ensemble des différents droits auxquels adhère la société — droit à la liberté, droit à l'égalité, droit à la dignité, etc.<sup>128</sup>. Notre propos ici n'est pas de discuter la validité de cet argument, mais bien plutôt de savoir s'il contredit le point de vue de Monahan à l'effet que le processus judiciaire n'est pas approprié à la solution de certains types de conflits.

Il n'est pas aisé de donner une réponse simple à cette question, car Dworkin lui-même admet au point de départ qu'il n'est pas du ressort des juges de procéder à un calcul d'utilité sociale. Mais cette dernière affirmation, à ses yeux, n'implique pas que les juges doivent s'abstenir de juger dans certains cas. Ce qu'elle signifie, plutôt, c'est que lorsque les juges doivent se prononcer dans des cas difficiles, ils doivent le faire sur la base de principes de droit plutôt que sur la base d'un calcul d'utilité sociale, ce qu'ils font d'ailleurs la plupart du temps. Même lorsqu'ils utilisent un langage à caractère politique, ajoute encore Dworkin, leurs propos peuvent tout aussi bien être interprétés comme un énoncé de principe relativement aux droits des parties. À ce jeu, il devient évidemment difficile de donner raison à Monahan lorsqu'il affirme que le processus judiciaire n'est pas approprié à la solution de certains types de conflits.

Mais le véritable problème soulevé par Monahan n'en est pas un de qualification de l'intervention judiciaire, mais bien plutôt d'efficacité. Or, de ce point de vue, le moins que l'on puisse dire est que d'autres études, en particulier celles d'Emond et de Weiler, tendent à lui donner raison. Le domaine de la protection de l'environnement, sur lequel porte l'étude d'Emond, offre justement un exemple intéressant du type de problème soulevé précédemment et qui implique un conflit fondamental de valeurs dans un contexte où le droit demeure encore largement indéterminé quant à son orientation. Emond écrit à cet égard :

*The conflict between development and environmental protection may be addressed in one of two ways. A clash of rights may be resolved solely on the basis of the claims of the parties; alternatively, the problem may be examined and resolved in a way that serves the broader community interests. Legal rules appropriate for resolving the first set of problems tend to be non-instrumental in the sense that they do not serve goals or ends external to the legal rules themselves. In other words, the legal rules may express an assumed principle of justice that is accepted without explicit reference to the achievement of an external goal. Examples of such rules might include a right to a minimal level of environmental quality, the right to injunctive relief from any interference with one's property (environment) irrespective of costs, or a rule of reciprocity. Legal rules appropriate to the second mode of resolving disputes serve some broader community goal such as economic efficiency, community welfare maximization or income redistribution<sup>129</sup>.*

À titre d'exemple du second type de règles, Emond fait référence à certaines doctrines de la *common law* (*nuisance, riparian rights*) qui

mettent l'accent sur le caractère raisonnable ou non des agissements incriminés. Toutefois, il ajoute :

*Although the « reasonableness principle » offers the seemingly irresistible promise of efficiency and wealth maximization, the approach is fundamentally flawed, providing little more than an intuitively persuasive rationale to pursue highly risky and environmentally dangerous activities. First, although it purports to assess net community benefits and costs, the assessment is slanted heavily in favour of the defendant. If the plaintiff complains of « personal sensible discomfort » — the typical environmental complaint — the court weighs the « surrounding circumstances » in determining whether the relief sought is appropriate. In this way, for example, a defendant's early arrival in an industrial neighbourhood argues strongly in favour of the reasonableness and hence acceptability of a very dirty and environmentally damaging activity. Also relevant for purposes of determining and appropriate remedy are such factors as the severity of the harm to the plaintiff, the defendant's capacity to create jobs, the relative economic position of the defendant in the community, and the relative position of this defendant's activity vis-à-vis other primarily situated defendants. . .*

*In other words, the wealth maximization calculus performed by the courts is limited by the present political and social value system to a particular set of concerns that bias the calculations in favour of the defendant's interest in growth and development<sup>130</sup>.*

Pour Emond, donc, il ne fait pas de doute que certains types de problèmes sont mal servis par une approche judiciaire.

Weiler en arrive à peu près aux mêmes conclusions en ce qui concerne les relations de travail. Non seulement, écrit ce dernier, les tribunaux ont-ils toujours démontré une certaine difficulté à s'adapter à l'émergence de nouveaux droits dans ce domaine, mais ils ont également fait la preuve qu'ils pouvaient difficilement, de par la nature même de leur fonctionnement, s'attaquer aux causes fondamentales des conflits de travail. En se prêtant entre autres au jeu des demandes unilatérales d'injonction, ils ont conduit à une situation où la crédibilité même de la justice était remise en cause. Et, poursuivant son raisonnement, Weiler ajoute :

*Attacking the underlying sources of conflict and the hidden agendas involving human emotions is not required in a typical court case involving combatants who usually have no further relations. The purpose of a court proceeding is to produce a winner and a loser, but the special character of industrial conflict is that it takes place within the context of an ongoing relationship. . .*

*In view of this continuing relationship, it is desirable to resolve disputes in such a way as to enhance this ongoing relationship. Adjudicated verdicts from some remote legal tribunal may result in loss of face by the losing party. In contrast, an informal settlement, fashioned by the parties themselves, may involve a workable compromise between the positions originally taken when the dispute began<sup>131</sup>.*

Ces dernières remarques de Weiler, tout en confirmant le point de vue de Monahan concernant l'inefficacité du processus judiciaire dans certaines situations, nous amène à parler des correctifs possibles. Trois hypothèses ici sont à envisager. La première, suggérée par Monahan lui-même, serait de structurer les règles de droit de telle sorte que les tribunaux n'aient pas à recourir à des arguments juridiques plus ou moins artificiels pour faire des choix de nature fondamentalement politique, ce qui pourrait être fait en précisant de façon claire les critères que ces derniers doivent suivre dans leurs décisions. C'est ainsi, suggère Monahan, que dans le domaine de la concurrence, une interdiction de principe des ententes sur les prix faciliterait grandement le travail des tribunaux<sup>132</sup>. La difficulté, évidemment, est que pour en arriver à une telle solution, on doit obtenir un consensus au niveau politique sur les orientations à suivre, ce qui demeure toujours difficile dans les domaines où les conflits de valeurs demeurent particulièrement vifs.

À défaut de ce faire, une deuxième hypothèse est de renvoyer la décision à des tribunaux mieux structurés pour procéder à une analyse en termes de coûts et d'avantages sociaux et plus ouverts à des décisions à caractère politique, en d'autres termes, à des tribunaux administratifs. À plus forte raison, si on avance qu'un strict calcul d'efficacité économique doit prévaloir dans la prise de telles décisions, ce que certains suggèrent et d'autres contestent, le recours à un tribunal spécialisé capable de procéder à un tel calcul apparaît encore plus justifié. Quoi qu'il en soit, force est de constater qu'il s'agit là d'une solution privilégiée par plusieurs auteurs, dans la mesure où les problèmes en cause comportent un certain degré d'indécision quant aux objectifs poursuivis, une certaine complexité technique de l'analyse et un choix de nature politique en ce qui regarde la décision.

Mullan, dans son étude sur les tribunaux administratifs, décrit ainsi les avantages que présente ce mode d'intervention, en plus de permettre une diffusion du pouvoir dans un système de gouvernement déjà trop concentré :

*Such a structure for decision making is desirable because of a variety of factors. The most notable of these are well known: inadequate adjudicative performance by the courts, in terms of substantive, procedural or remedial considerations; a specialized area where expertise is important; a situation where the removal of party political considerations may be appropriate; the desirability of combining legislative executive and adjudicative functions in one body<sup>133</sup>.*

Toutefois, ce mode particulier d'intervention, tout avantageux qu'il soit dans certaines circonstances, est lui-même l'objet de critiques. La critique la plus fréquente et aussi la plus sérieuse formulée à ce sujet, est que les tribunaux administratifs sont foncièrement antidémocratiques dans la mesure où ils permettent à des personnes non responsables sur le

plan politique de prendre des décisions de caractère politique. De cette critique découle d'ailleurs un certain nombre de suggestions, entre autres, celle visant à permettre à ces personnes un appel élargi au Cabinet, d'autoriser celui-ci à émettre plus souvent des directives à leur intention, ou encore de limiter semblables tribunaux à un rôle purement adjudicatif, tout en assurant davantage leur indépendance. Toutefois, selon Mullan, cette critique serait mal dirigée.

Si l'on s'en tient à la réalité, avance-t-il, force est de reconnaître que les tribunaux administratifs, qui utilisent largement des procédures de consultation publique, présentent un caractère aussi démocratique, sinon plus, que les autres modes traditionnels d'intervention. Il écrit à ce sujet : « *In particular, many of our administrative tribunals are already as publicly accountable, if not more so, than the parliamentary, executive or judicial branches of government*<sup>134</sup> ». On pourrait facilement s'objecter ici à ces propos en affirmant que Mullan confond deux notions distinctes qui sont la démocratie et la responsabilité. Mais ce dernier prend soin de préciser que son point de vue sur la question n'est pas fondé sur une théorie politique plus ou moins conforme à la réalité, mais plutôt dicté par la réalité elle-même. Et il ajoute :

*Of course, this does not mean that administrative tribunals should be left alone, or that notions of accountability to the Parliament and executive are outmoded and unnecessary. Rather, it is a plea to regard all such devices as among a number of instruments of accountability which are alternatives from a systemic standpoint and not from any blinkered view of our constitutional history*<sup>135</sup>.

Une autre objection formulée à l'endroit des tribunaux administratifs est qu'ils évoluent avec le temps vers un mode de fonctionnement de plus en plus semblable à celui des tribunaux ordinaires, en raison du contrôle qu'exercent sur eux ces derniers. Cette tendance, mise en évidence aussi bien par Mullan que par Weiler, risque naturellement de rendre illusoire les avantages escomptés des tribunaux administratifs. Mais en même temps, souligne Mullan, il faut reconnaître que le contrôle judiciaire des tribunaux administratifs s'est avéré justifié dans bon nombre de cas, particulièrement lorsque la décision incriminée visait un individu en particulier. Par ailleurs, les sévères critiques auxquelles ont donné lieu l'exercice du contrôle judiciaire dans le domaine des relations du travail semblent avoir entraîné une attitude plus prudente et moins interventionniste en la matière, de sorte qu'il est permis d'espérer que dans l'avenir, il s'établisse un certain équilibre.

Quoi qu'il en soit, il demeure que les tribunaux administratifs, tout comme les tribunaux ordinaires, n'offrent pas une réponse appropriée à tous les types de problèmes. En particulier, dans les cas où la recherche d'une solution efficace à un problème oblige à sortir du cadre strict du droit pour se rapprocher du vécu des parties, des modes de règlements

plus informels, plus souples et à la limite moins conflictuels, tels que l'arbitrage, la conciliation ou la médiation, peuvent présenter un réel avantage. Plusieurs auteurs, dont entre autres Payne, Weiler, Emond et Arthurs, suggèrent un recours élargi à de tels modes de règlement des conflits, lorsque les circonstances le permettent. Mais encore ici, force est de constater, particulièrement dans le cas de l'arbitrage, une certaine tendance à la judiciarisation. Weiler explique très bien comment ce processus prend place dans le domaine des relations de travail :

*Collective agreements have become more complex and comprehensive, the labour-management relationship has increasingly become the object of public law regulation. Consequently the parties now seek arbitrators who have broad experience and expertise in a variety of legal regimes. Thus, the favoured arbitrators are lawyers with skills in great demand who may correspondingly command big fees. For decades, arbitration awards have been recorded in specialized report series, have spawned major texts on the law of the collective agreement and have been the subject of frequent media attention. With so much riding on the outcome of a case, one side feels the need for outside assistance and hires a lawyer. Not to be outgunned, the other party follows suit. The result of these trends is that grievance arbitration has become a highly professionalized and specialized form of litigation<sup>136</sup>.*

Par ailleurs, Payne note que la critique de fond la plus fréquemment formulée à l'encontre de la procédure d'arbitrage a trait au fait que celle-ci n'offre aucune garantie en ce qui regarde le « *due process of law* ». Mais paradoxalement, au fur et à mesure que la judiciarisation croissante de l'arbitrage tend à corriger cette situation, les avantages de celui-ci tendent à s'estomper. Pour reprendre les termes du juge Rosalie Silberman Abella, que cite Payne, l'arbitrage n'est plus rien d'autre alors que « *the adversarial process without the judicial atmosphere, and therefore. . . not a real alternative to it*<sup>137</sup> ».

Ceci explique probablement que depuis un certain nombre d'années, une attention croissante est accordée à des processus qui comportent une plus grande participation et même une forme de collaboration des parties concernées. Dans des domaines comme ceux des relations de travail, de la protection de l'environnement et du droit de la famille en particulier, la médiation paraît offrir des perspectives intéressantes. Weiler, encore une fois, fait très bien ressortir les avantages de ces modes plus informels de règlement des conflits :

*The touchstone of these alternative methods of dispute resolution is that they involve the direct participation of the people who must live with the outcome. In the formal adjudication process, whether in court or in conventional arbitration, the parties often feel alienated because of abstract legal rules or the procedures involved, or because lawyers decide and conduct the cases. With these informal techniques the parties control the process, the hearing often takes place right at the premises, and the out-*

*come is known almost immediately. All these factors contribute to the recognition that, if the parties are involved and committed to the process, it will work for their mutual benefit. This is responsible industrial citizenship in action. Moreover, the process is conducted at a small fraction of the cost and time that is now the norm in conventional grievance arbitration*<sup>138</sup>.

En se rapportant au droit de la famille, Payne renchérit en affirmant que l'introduction graduelle de ces nouveaux mécanismes « *openly acknowledge what has long been known — that legal processes are insufficient, of themselves, to provide the constructive resolution of family disputes*<sup>139</sup> ».

Cette dernière remarque nous ramène directement à notre interrogation initiale sur la capacité du droit d'influencer la réalité sociale. Ce qui se dégage par-dessus tout des propos des différents auteurs relativement à la question du règlement des conflits, c'est que le choix d'un mode précis d'adjudication est intimement relié à la fois aux objectifs poursuivis par la loi et aux valeurs implicites que l'on cherche à promouvoir. En ce sens, leur plaidoyer favorise avant tout une plus grande diversité dans le choix des moyens d'intervention, et ultimement une plus grande rationalité des processus décisionnels conduisant à ces choix.

### *L'administration et l'application de la loi*

Poursuivant notre interrogation sur la capacité du droit d'influencer la réalité sociale, il nous faut maintenant tourner notre attention vers une autre dimension du droit en action, soit celle de l'application concrète du droit par l'administration. Le problème soulevé ici est bien cerné par le passage suivant tiré de l'étude d'Arthurs :

*This analysis has proceeded on the assumption that regulatory intervention is meant to control behaviour in the marketplace or in some other context. However, government's capacity to encourage or undermine programs of social support and assistance is also easily demonstrated. For example, a welfare or human rights program designed to enhance the well-being of disadvantaged individuals may be denied an adequate benefit budget, or alienate its intended beneficiaries by the insensitive behaviour of poorly selected or ill-trained officials. Once again, administrative structures, however well designed, cannot do what government does not really want done*<sup>140</sup>.

Ce problème, ajoute Arthurs, se rencontre lorsque le gouvernement, tiraillé entre le besoin d'agir, pour satisfaire certains groupes d'intérêts, et la crainte de s'aliéner de ce fait le support d'autres groupes d'intérêts, fait adopter un projet de loi mais néglige subséquemment de mettre en place le support administratif nécessaire pour en réaliser les objectifs. Une telle explication apparaîtra à certains comme criticable dans la mesure où elle semble relever d'une vision essentiellement machiavélique du gouvernement. Mais en fait, tout ce que cherche à souligner Arthurs, c'est que dans un contexte politique, l'existence d'une divergence entre le droit dans les livres et le droit en action peut très bien être

voulue comme telle. De façon plus générale, les propos d'Arthurs permettent également de comprendre que dans un contexte où le gouvernement poursuit une multitude d'objectifs à travers une grande diversité de lois, de règlements et autres instruments juridiques, le degré de support administratif qu'il accorde à telle ou telle loi en particulier témoigne à la fois de l'étendue de son appui à la réalisation de ses objectifs et de l'importance de ceux-ci par rapport à l'ensemble des autres objectifs.

Même dans l'application d'une loi ou d'un groupe de lois reliées à un même problème, l'administration est appelée à faire des choix lorsque les ressources humaines et financières ne permettent pas une application intégrale de celles-ci. Dans une étude fort intéressante datant déjà d'une vingtaine d'années, Wayne R. Lafave a démontré comment, dans le domaine de la justice pénale, cette absence de ressources obligeait quotidiennement à faire des choix quant aux suites à donner à une infraction<sup>141</sup>. Poussant plus loin cette analyse du droit en action, un politicologue américain, James Eisenstein, en est même arrivé à cette conclusion paradoxale « que plus l'on descend dans l'administration, plus le niveau de discrétion dans les faits augmente », contrairement à ce qui est le cas en droit<sup>142</sup>. La théorie rejoint la réalité, explique-t-il, là où la visibilité des décisions est la plus élevée, mais s'en écarte là où la visibilité de celles-ci est la plus basse.

Quoi qu'il en soit, des études de plus en plus nombreuses démontrent hors de tout doute l'existence d'un décalage entre le droit dans les livres et le droit tel qu'appliqué par l'administration. Depuis une quinzaine d'années, on note un intérêt croissant pour ce type d'études au Canada; malheureusement, il reste encore beaucoup à faire et on devra clarifier de sérieux problèmes méthodologiques pour en arriver à des résultats significatifs.

Outre Arthurs, qui aborde le problème sur un plan surtout théorique, un certain nombre d'auteurs engagés dans la présente recherche font état de sérieuses préoccupations en ce qui regarde cette dimension de la réalité juridique. En ce qui concerne la protection du consommateur, par exemple, Belobaba, après avoir clairement établi que « *(t)he nature and extent of governmental commitment to, and enforcement of its legislative initiatives, particularly in the consumer protection area, is dramatically relevant to legislative success or legislative failure*<sup>143</sup> », porte le jugement dévastateur qui suit :

*On this question of commitment and enforcement, governments at both the federal and provincial levels in Canada have failed miserably. Study after study is showing that there is little if any commitment by governments to enforce consumer legislation that is on the books or even to publicize its existence. From product safety regulation, to the prosecution of misleading advertising, to trade practices enforcement, to consumer product warranty regulation, to the provision of dispute resolution mechanism — the emerging pattern of empirical studies suggest the existence of an enormous gap*

*between statutory rhetoric and street-level enforcement reality. Legislation has been enacted, but it is not being enforced*<sup>144</sup>.

Emond, pour sa part, formule un jugement assez semblable en ce qui concerne les nouvelles procédures d'évaluation environnementale mise de l'avant depuis quelques années pour apporter une réponse au problème de la pollution, il écrit à ce sujet :

*In spite of political enthusiasm for environmental assessment, politicians are not really committed to it. Fearful that a strong process will change if not undermine established modes of private and public decision making, many aspects of the process are designed to ensure relative ineffectiveness. First, the process imposes few firm obligations on anyone. At every turn, discretion ensures that the politicians (through the exempting procedures), the bureaucrats (through the prescreening mechanisms) and the proponents (through self assessment) may effectively circumvent the objectives of environmental assessment*<sup>145</sup>.

Mais c'est une chose que de constater le peu d'empressement des gouvernements à donner suite aux lois dans certains domaines, et c'est une autre chose que d'expliquer ce comportement et d'y remédier. S'il est vrai que le problème est d'abord et avant tout de nature politique, la solution devra être recherchée prioritairement soit dans une amélioration des mécanismes politiques eux-mêmes, soit dans un élargissement des processus de consultation et de participation. Si, par contre, le problème se situe davantage du côté juridique, en ce sens que le choix des instruments d'intervention apparaît plus ou moins approprié à la solution des problèmes envisagés, il faudra alors procéder à une réévaluation du droit lui-même. Car de la même façon qu'on ne saurait blâmer les tribunaux d'user de discrétion lorsque le droit qu'ils ont à appliquer dans une situation donnée demeure largement indéterminé, on ne saurait non plus accuser l'administration de mauvaise volonté lorsque la loi elle-même s'attaque aux causes apparentes plutôt que réelles des problèmes. Quelle que soit l'explication, il est à craindre que le défaut de l'administration de donner suite à la loi ne soit pas de nature à favoriser le respect de celle-ci de la part de ceux qui en sont les destinataires ultimes. C'est ce qu'il nous reste à voir.

### *Le comportement concret des destinataires du droit*

Certaines théories du droit, en particulier celles qui sont regroupées sous le nom d'École du réalisme scandinave<sup>146</sup>, tendent à lui donner une explication fondée sur les réactions psychologiques des destinataires du droit, sur leur sentiment d'être ou de ne pas être assujettis à une règle de comportement. Bien que celles-ci aboutissent à des conclusions pour le moins contestées à cet égard, elles ont néanmoins contribué à mettre en évidence un élément capital de toute réflexion sur l'efficacité du droit, à savoir la réaction de ses destinataires.

Nous devons malheureusement reconnaître que les analyses d'impact en droit sont encore loin d'être monnaie courante. À la décharge des chercheurs, toutefois, il faut ajouter que la méthodologie scientifique sous-jacente à un tel type d'analyse est particulièrement complexe. Essentiellement, des études de cette nature comportent la mise en corrélation d'une situation donnée, dite situation antérieure, à une autre situation, dite situation postérieure, à la suite d'un changement clairement identifié intervenu dans le droit. Or, de nombreux facteurs peuvent affecter les conclusions, tels que la survenance d'événements parallèles également susceptibles d'affecter les comportements (hypothèses rivales), l'utilisation d'instruments de mesure non strictement identiques pour chaque période, etc.<sup>147</sup>. On comprendra donc que de telles analyses puissent facilement prêter flan à la critique, surtout lorsqu'elles sont récupérées à des fins politiques.

Aussi, il arrive souvent qu'elles se limitent à analyser l'impact d'une décision particulière, d'une nouvelle loi, d'un nouveau règlement ou encore d'un changement dans les politiques administratives. Aux États-Unis, par exemple, les premières analyses d'impact se sont intéressées à certaines décisions particulièrement controversées, telles que l'arrêt *Schempp* interdisant les prières à l'école<sup>148</sup>. Puis, par la suite, on a cherché à aller plus loin. C'est ainsi que dans un volume publié en 1970 et intitulé ambitieusement « *The Impact of the United States Supreme Court* », Stephen Wasby s'interroge sur la portée concrète des décisions du plus haut tribunal américain dans au moins six domaines différents, y compris la réglementation économique<sup>149</sup>. Plus récemment, enfin, avec le développement des approches interdisciplinaires au droit, un nombre croissant d'études d'impact a vu le jour dans diverses publications, faisant une large place aux études empiriques<sup>150</sup>.

Au Canada, un certain mouvement dans ce sens se dessine, bien qu'il soit encore relativement modeste. Cependant, plutôt que d'essayer d'en retracer les différentes manifestations, ce qui risquerait trop facilement d'être injuste, nous allons nous arrêter aux seules études effectuées dans le cadre de la présente recherche, qui reflètent à la fois le niveau de développement et la problématique de telles études d'impact.

Le plus explicite sur le sujet est Belobaba. Dès le départ, celui-ci reconnaît que les études d'impact au Canada en sont encore à leurs premiers balbutiements, au moins en ce qui regarde le domaine de la protection du consommateur. Malgré tout, en se fondant sur les quelques études disponibles, dont une en particulier, très exhaustive, qui traite du problème des garanties, Belobaba constate le peu d'impact que semble avoir le droit dans ce domaine. Deux phénomènes en particulier retiennent son attention. En premier lieu, note-t-il,

*Few, if any, Canadian consumers even know about the existence of these laws purporting to protect them. A recent study has found that more than 60 percent of Canadian consumers cannot even identify one consumer right*

*that they think they may have under federal or provincial law. This is a staggering empirical discovery. The fact that almost two-thirds of Canadians cannot even identify one consumer right carries not only an indictment of the modern regulatory state but also implications for informational and educational policy making. This lack of knowledge on the part of Canadian consumers is a point that is neglected time and time again by professional law reformers<sup>151</sup>.*

Mais il y a plus encore, ajoute Belobaba :

*Related to this lack of legislative impact and consumer ignorance of legal rights is the finding that only a tiny fraction of aggrieved consumers will ever bother to complain or take legal action in otherwise deserving situations. One study has found that although 14 percent of the consumers surveyed believed they were cheated or deceived in consumer transactions over the past year, fewer than two percent took any action, including complaint. Another study found that although one out of ten consumer products purchased over the past year were determined « faulty » by the consumer-purchaser, the vast majority did nothing about it<sup>152</sup>.*

De là à conclure à l'existence d'un lien étroit entre la connaissance qu'une personne a de ses droits et l'exercice qu'elle en fait, et donc à la nécessité de mieux informer les destinataires du droit, il n'y a qu'un pas. Mais pour Belobaba, de telles études empiriques, toutes utiles qu'elles soient, ne peuvent apporter une réponse définitive au problème global de la protection du consommateur. Dans un contexte où certaines théories vont jusqu'à affirmer qu'il n'est peut-être pas utile, ou même souhaitable, de chercher à protéger ce dernier, semblables études peuvent certes contribuer, dans une perspective pluraliste, à éclairer le jugement, mais elles ne peuvent dicter des choix qui, en définitive, sont politiques.

Weiler également, dans son étude sur le rôle du droit dans les relations de travail, s'interroge sur l'impact concret de ce dernier. Il utilise, à cet égard, une approche particulièrement intéressante qui consiste à examiner dans quelle mesure les attentes du législateur lors de l'adoption du nouveau régime canadien de relations de travail, au sortir de la Seconde Guerre mondiale, se sont concrétisées dans la réalité. Trois questions en particulier retiennent son attention : le régime en question a-t-il contribué à diminuer les arrêts de travail, a-t-il permis une plus grande syndicalisation, a-t-il contribué à augmenter les revenus et le pouvoir d'achat des travailleurs? En se fiant à diverses statistiques concernant le nombre de jours de travail perdus en raison des arrêts de travail, le nombre total de travailleurs syndiqués au Canada et enfin la répartition des revenus, il en arrive à un portrait mitigé. Le nouveau régime de travail ne semble pas avoir eu d'impact significatif sur les arrêts de travail; en revanche, il paraît avoir contribué à la syndicalisation accrue des travailleurs, bien que le Canada se situe à cet égard bien en deçà de plusieurs autres pays et que le taux de syndicalisation à l'heure actuelle soit plutôt en décroissance. Il aurait enfin contribué, si l'on compare les

travailleurs syndiqués aux non syndiqués, à un accroissement sensible des revenus de l'ordre de 10 % à 17 %. Mais ces statistiques, admet volontiers Weiler, ne donnent pas une image exacte de la réalité. Aussi conclut-il, qu'en définitive, c'est moins dans les gains strictement économiques que dans le nouveau pouvoir reconnu aux travailleurs de participer à la définition de leurs conditions de travail qu'il faut rechercher l'impact le plus significatif du nouveau régime de travail<sup>153</sup>.

Une troisième approche à cette difficile question de l'impact du droit est celle qu'utilise Emond. Celui-ci procède à l'analyse d'un cas particulier de pollution dont l'histoire s'étend sur une période de près de quarante ans et que le droit apparemment a été totalement incapable de régler. Décisions judiciaires, législations, réglementations, ordonnances, tous ces moyens à tour de rôle ont été utilisés et ont échoué. Concernant les ordonnances, par exemple, Emond écrit : « *Amendments, extensions, delays and non-compliance are characteristic of many control orders*<sup>154</sup> ». L'approche, ainsi qu'on peut le constater, est beaucoup plus descriptive que quantitative. En dernier ressort, il est assez difficile de tirer une conclusion précise sur l'efficacité du droit, car ce que l'analyse révèle surtout, c'est une absence de volonté politique de régler le problème soulevé. Il en vient à conclure que le problème de la protection de l'environnement est, au départ, un problème de valeurs.

D'autres auteurs s'intéressent également au problème de l'impact du droit, mais de façon plus accessoire et plus générale. Dans l'ensemble, trois constatations ressortent particulièrement. En premier lieu, les études existantes permettant de porter un jugement sur l'impact du droit ne sont pas très nombreuses et en conséquence les auteurs sont plutôt réticents à s'aventurer sur ce terrain. En deuxième lieu, lorsqu'ils le font, soit en se fiant à des études existantes, soit en utilisant une approche qui leur est propre, c'est pour conclure à une relative inefficacité du droit. Enfin, lorsqu'ils donnent une explication à ce phénomène, celle-ci se ramène presque toujours à des questions de valeurs et de processus politique.

Serait-ce que l'efficacité du droit en tant qu'instrument de politique économique et sociale est essentiellement liée à de telles questions?

## **Le droit et les valeurs**

Il n'est manifestement pas de notre intention, en abordant ce dernier thème, d'esquisser une quelconque théorie des valeurs en droit, non plus que de dresser un portrait des divers courants de pensée philosophique sur le sujet. Simplement distinguer entre les théories qui voient dans les valeurs des données objectives, celles qui y voient au contraire de pures données subjectives, et enfin celles qui cherchent à dépasser cette opposition, exigerait en soi une étude à part. Différents auteurs se sont

penchés sur la question et nous nous en rapportons à ces derniers pour une vue d'ensemble du sujet<sup>155</sup>.

Néanmoins, il nous apparaît important de souligner l'existence d'une préoccupation quasi-constante à l'égard des valeurs dans l'histoire de la pensée juridique. De Platon à Aristote, du naturalisme thomiste à l'idéalisme néo-kantien, la notion de valeur occupe une place centrale dans le discours sur le droit. Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, alors que le besoin d'un retour à des valeurs fondamentales et objectives se faisait sentir, des tentatives renouvelées ont été faites en vue de formuler « des normes absolues de justice et des valeurs minimum qu'aucun droit positif ne pourrait violer<sup>156</sup> ». Mais les efforts déployés en ce sens, en particulier par Radbruch avec sa théorie de la « nature des choses », se heurtèrent au problème apparemment insoluble des conflits de valeurs. Plus récemment, enfin, de nouvelles approches, comme celles de Fuller et de Dworkin, ont été développées en vue de resituer le rapport entre le droit et la morale dans un contexte faisant davantage place à « l'équilibre des valeurs et des intérêts, tel qu'il prévaut dans une collectivité donnée, à un moment donné<sup>157</sup> ». Que l'on soit d'accord ou non avec celles-ci, on peut y voir au moins le témoignage clair d'une insatisfaction croissante à l'endroit de la rationalité formelle du droit positif.

Ceci étant dit, nous nous limiterons, pour les fins de notre propos, à établir quelques pistes de réflexion susceptibles de guider notre examen des textes préparés pour la présente recherche. Certaines distinctions formulées précédemment peuvent servir d'introduction pratique au problème qui nous intéresse. Au point de départ, en effet, il est important de réaliser que la relation entre le droit et les valeurs peut s'analyser de façon très différente suivant le point de vue de celui qui procède à l'analyse. S'il s'agit d'abord du destinataire du droit, celui-ci sera porté à envisager le droit en fonction des valeurs qui prévalent dans son milieu; le droit, alors, sera d'autant plus accepté, « internalisé », qu'il se rapprochera des valeurs en question<sup>158</sup>. À l'autre extrême, le législateur sera porté à valoriser le droit pour lui-même, en tant qu'instrument d'intervention, dans la mesure où celui-ci, élevé pratiquement au rang de mythe, « est perçu comme doté de vertus quasi inattaquables, d'une vérité qu'on ne peut nier, d'une autorité irrécusable<sup>159</sup> ». Entre les deux, enfin, le juge, et à un moindre degré le fonctionnaire, appelés à appliquer le droit dans des situations concrètes, et donc dans une certaine mesure à l'adapter, seront enclins à voir dans celui-ci un ensemble de règles véhiculant des valeurs sociales. Afin de recouper adéquatement ces différences de perspectives, nous procéderons, dans les pages qui suivent, à une distinction entre le droit, envisagé comme valeur en soi, et le droit envisagé comme véhicule de valeurs.

De cette première distinction en découle une autre, tout aussi importante. Lorsqu'on parle du droit en tant que valeur, il faut comprendre que

le jugement porté à cet égard est susceptible de varier suivant les formes juridiques utilisées. Personne ne niera, par exemple, que la Constitution, la loi ordinaire, le règlement ou encore le simple contrat, envisagés comme moyens d'intervention, n'ont pas la même signification, ne véhiculent pas le même message. Il suffit d'ailleurs de songer aux réactions parfois émotives qu'entraîne le choix d'un mode administratif d'intervention (règlements, tribunaux administratifs) par opposition à un mode formel (loi, tribunaux ordinaires), pour s'en rendre compte.

Une troisième et dernière piste de réflexion que nous entendons proposer a trait au rôle capital que semblent jouer les valeurs dans le processus d'adaptation du droit au changement. S'il est vrai, ainsi que le suggère Guy Rocher, que les mêmes valeurs fortes de justice, d'ordre, d'égalité peuvent aussi bien servir à appuyer qu'à contester l'ordre juridique en place, alors il est important de donner un plus grande visibilité au discours sur les valeurs dans les processus d'élaboration du droit<sup>160</sup>. En ce sens, il faut bien reconnaître que Hayek n'a pas hésité à aborder de front ces questions de valeurs pour en faire pratiquement le pivot de son argumentation<sup>161</sup>, même si ses conclusions ont provoqué une controverse.

Reste à voir maintenant comment les auteurs engagés dans la présente recherche ont envisagé eux-mêmes le problème des valeurs dans le droit. Cette étude sera d'autant plus révélatrice que la majorité d'entre eux, ainsi que le souligne Liora Salter, font intervenir les questions de valeurs dans leur examen du droit et des institutions juridiques.

### ***Le droit en tant que valeur***

Une façon très concrète d'aborder cette question du droit en tant que valeur est de se demander pourquoi le droit est choisi comme instrument d'intervention de préférence à d'autres modes d'intervention. Cette approche est précisément celle adoptée par Arthurs, ainsi que par Rocher dans ses conclusions, qui aborde le sujet d'un point de vue proprement sociologique, et donc externe au droit.

Dans la mesure où le droit, affirme Arthurs, est profondément enraciné dans notre culture politique, il présente l'avantage considérable de légitimer l'intervention de l'État, quel que soit le mérite des politiques mises de l'avant par celui-ci. Ainsi, on doit obéir à une loi qui a été validement adoptée, conformément à la Constitution, qu'on soit d'accord ou non avec celle-ci. À l'inverse, ajoute Arthurs, « *(t)he very absence of clear legislative root of title for state intervention provides its opponents with another basis of criticism, over and above that directed at the merits of the policy*<sup>162</sup> ».

Cette légitimité rattachée à l'intervention de caractère juridique est à ce point solidement ancrée que la contestation même du droit passera très souvent par une ré-interprétation de ses principes fondamentaux.

« *It is in this sense* », écrit Arthurs, « *that we must understand attempts to claim that capital punishment is unconstitutional, that strikes are protected as the exercise of freedom of association, that commercial advertising is freedom of speech, or that the environment should be guaranteed protection by an amendment to the Charter*<sup>163</sup> ». On retrouve là, du moins en partie, une explication au phénomène constaté lors des audiences de la Commission, à savoir le nombre important de changements constitutionnels demandés. Faut-il préciser que semblables suggestions de modifications constitutionnelles peuvent tout aussi bien viser à confirmer le droit dans certaines de ses orientations fondamentales qu'à entraîner un changement d'orientation. Il nous vient immédiatement à l'esprit l'exemple des demandes répétées en vue d'enchaîner dans la Constitution le principe du droit de propriété.

Rocher en arrive sensiblement aux mêmes conclusions, qu'il exprime cependant dans un langage plus près des valeurs. Il est d'avis qu'une première constatation s'impose immédiatement : le Canada, affirme-t-il,

. . . appartient à ces pays où, selon la typologie de Max Weber, la légitimité repose avant tout sur la rationalité juridique. C'est en vertu des lois constitutionnelles que l'État est érigé en autorité reconnue comme légitime et l'État exerce son pouvoir à travers un discours juridique (lois, règlements, arrêts, directives) . . . Pour qu'une société légitime le pouvoir politique et son action sur le fondement du droit, il faut qu'elle en soit venue à valoriser hautement le droit<sup>164</sup>.

Or cette valorisation, poursuit Rocher, s'exprime à travers une certaine mythologie dont il est facile de trouver la trace dans la conception que se font du droit les citoyens. Après avoir énuméré un certain nombre de ces perceptions populaires, il constate que la valorisation du droit repose sur quatre valeurs fondamentales ou valeurs « fortes » qui sont la justice, l'égalité, la rationalité et l'ordre social.

Mais ce qui fait la force du droit et explique son utilisation peut être perçu en même temps comme constituant son point faible. Citant divers adages qui témoignent d'une certaine forme de démythification du droit (« Il n'y a pas de justice », « Les lois sont faites pour les riches », « Les lois sont faites pour être contournées »), Rocher en arrive à la conclusion que derrière ces jugements apparaît malgré tout l'idée d'un « bon » droit qui répondrait vraiment aux exigences de justice, d'égalité, de rationalité et d'ordre social. En d'autres termes, « (c)es jugements expriment — par la négative — le sentiment ou l'espoir que les choses pourraient être autrement<sup>165</sup> ». Ainsi donc, les mêmes valeurs qui servent de point d'appui au droit appellent en même temps sa transformation constante vers cet idéal « d'une démocratie qui est toujours en voie de se réaliser sans jamais y parvenir<sup>166</sup> ».

On comprendra, à la lecture des propos qui précèdent, que cette ambivalence fondamentale du droit en tant que valeur puisse être inter-

prétée différemment dans une perspective plus radicale. Le fait est, admet Rocher, que si l'on considère l'ordre social actuel comme fondé sur l'inégalité et l'injustice, « (l)e droit apparaît alors comme mystificateur, dans la mesure où il camoufle ce désordre social tout en servant à l'édifier et le maintenir<sup>167</sup> ». Dans leur étude sur le droit social, Bureau et Lippel adoptent précisément un tel point de vue, arguant que bien que les vieilles idées de justice, de liberté et d'égalité aient été remplacées par celles de justice sociale, de justice redistributive et de solidarité nationale, l'injustice sociale règne toujours malgré les efforts déjà consentis. La vérité, à leur avis, est « qu'il n'existe pas de justification au sens idéologique du mot pour fonder le droit à la satisfaction des besoins essentiels »; celui-ci relève plutôt d'un « parti pris existentiel qui est profondément inscrit dans l'histoire de l'humanité et qui se suffit à lui-même<sup>168</sup> ». Mais une telle affirmation n'empêche pas Rocher de conclure que le discours radical, tout démystificateur qu'il soit, évoque la possibilité d'un autre ordre social qui serait vraiment fondé sur la justice, l'égalité, la rationalité, c'est-à-dire les valeurs « fortes » qui fondent le droit. En ce sens, ce discours contribue lui aussi à la valorisation du droit en tant qu'instrument d'intervention économique et social.

On peut être d'accord ou non avec ce point de vue que développe Rocher sur le droit en tant que valeur. Certains en particulier voudront ajouter ou retrancher à sa liste des valeurs fortes. Néanmoins, il faut lui reconnaître le mérite d'avoir très bien mis en évidence la double perspective du législateur et du destinataire du droit sur cette question, et surtout le rôle central que jouent les valeurs dans le processus d'adaptation du droit au changement, celles-ci pouvant aussi bien retarder que favoriser une telle adaptation.

Cependant, il y a un certain danger à parler ainsi du droit en tant que valeur, car ce dernier concept recoupe une variété de modes d'intervention, allant du plus formel au moins formel, du plus contraignant au moins contraignant, lesquels peuvent être perçus de façon fort différente. Dans son étude sur le droit et les valeurs, Salter fait bien ressortir cette difficulté en donnant comme exemple le cas concret d'un groupe d'hygiénistes industriels dans un comité d'étude sur les rapports entre le droit et l'éthique au niveau de leur activité<sup>169</sup>. Comme ils étaient responsables de la définition de normes volontaires en matière de santé et de sécurité au travail, ces derniers se trouvaient confrontés à un nouveau risque qui était celui de poursuite en responsabilité pour des prises de décisions. Deux constatations se dégagent en particulier du résumé que Salter fait des délibérations de ce comité. En premier lieu, les membres du comité établissaient une distinction entre droit et éthique, le droit étant considéré comme une solution de dernier recours lorsque l'éthique faisait défaut. À leur avis, le fait d'aborder une question en termes juridiques détournait infailliblement l'attention du règlement concret des problèmes de santé et de sécurité. En ce sens, le droit

leur apparaissait comme une intrusion dans leur fonctionnement régulier. La seconde constatation est que les membres du comité, lorsqu'ils parlaient du droit, faisaient davantage référence à la loi et aux tribunaux ordinaires qu'à la simple réglementation, perçue comme beaucoup plus proche de leur préoccupation. Un certain nombre d'entre eux d'ailleurs avaient déjà été amenés à collaborer à la rédaction de règlements sur la base de normes volontaires déjà établies. Ainsi donc, le jugement de valeur porté sur le droit variait substantiellement en fonction de la nature de l'intervention juridique.

En comparant ensuite cette vision des hygiénistes industriels avec celle des auteurs engagés dans la recherche, Salter constate un certain nombre de points de convergence et de divergence. Plusieurs des auteurs, suggère-t-elle, « *would accept the premise that the orientation of much judicial process is defensive, and that a judicially oriented legal system potentially draws attention away from the issues at hand into issues of negligence, liability, fault and concern for due process*<sup>170</sup> ». De fait, il suffit de se rappeler ici les points de vue exprimés par Emond et Weiler, entre autres, pour se convaincre de la justesse de son propos. De la même façon, ajoute Salter, la plupart des auteurs acceptent la distinction établie entre la loi et le processus judiciaire d'une part, et la réglementation d'autre part. Mais en même temps, ces derniers ne voient pas la distinction de façon aussi tranchée, le droit s'exprimant à leurs yeux de façon beaucoup plus variée. En ce qui regarde la relation entre le droit et les valeurs, ceux-ci sont enclins à voir un rapport beaucoup plus étroit que ne le font les hygiénistes. Non seulement constitue-t-il une valeur en soi, mais il véhicule des valeurs sociales tout en contribuant, par les attentes qu'il crée, à forger ces dernières.

### ***Le droit en tant que véhicule de valeurs sociales***

Dans le but de mieux faire ressortir le point de vue des auteurs sur le rapport entre le droit et les valeurs, Salter procède ensuite à une seconde comparaison, mettant en cause une vision théorique plutôt que pratique, à savoir celle des théoriciens du choix public. Situait d'abord ces derniers, elle écrit :

*Unlike the hygienists, public choice theorists view law and values as inextricably linked. For public choice theorists law is regarded as the end product of a legislative process reflecting the values of the members of society as consumers of political goods. Of course, one can locate legislative activity in the decisions made by the executive, regulatory agencies or the courts. To public choice theorists, committed to a particular version of democratic theory, this legislative activity occurring outside legislatures represents an aberration, a problem for policy makers. The closed connection between law and values is severed when decisions are made that do not reflect consumer choice*<sup>171</sup>.

De cette conception générale du rapport entre le droit et les valeurs découle un certain nombre de suggestions concrètes :

*(a) removal of the legislative function from regulatory and executive officials and from the courts when possible; (b) the increased use of contracts between parties and criminal law sanctions to aid in the implementation and enforcement of guidelines and standards, in this case mainly to avoid the formal legislative or regulatory process altogether; and (c) the formalization and specification of legal rules, particularly when law reflects social or collective values. . .*<sup>172</sup>.

Mais ce programme de réforme, qui présente l'avantage d'être à la fois simple et radical, reçoit peu d'appui des auteurs engagés dans la recherche. Soit qu'ils voient essentiellement un programme politique, une façon déguisée de faire triompher certaines valeurs au détriment d'autres valeurs, soit parce que, tout en acceptant certains éléments de la vision théorique sous-jacente, ils considèrent que la réalité est beaucoup plus complexe que ne le laisse entendre la vision théorique en question, ces derniers, dans l'ensemble, adoptent une perspective nettement plus relativiste et pluraliste qui constitue en soi un rejet de ce programme.

Ce que la recherche fait ressortir en particulier, souligne Salter, c'est le fait que l'État remplit une multitude de rôles et poursuit une variété d'objectifs qui contribuent à créer des attentes contradictoires à l'égard du droit. Dans le domaine des relations de travail, par exemple, Morin montre bien comment l'État intervient à la fois comme gardien de la paix, pour définir le régime général des relations de travail, comme arbitre occasionnel, pour trancher des conflits de travail ou comme employeur, pour fixer contractuellement les conditions de travail de ses propres employés, ces différents rôles se confondant à l'occasion. De même, Beck fait ressortir l'ambiguïté des objectifs que poursuit l'État à l'égard du monde des affaires, l'intérêt public lui dictant d'une part de composer avec ce dernier, dans le but de créer un climat favorable au développement économique et à l'investissement, et d'autre part de s'en distancer, dans le but de mieux protéger le travailleur, le consommateur, l'environnement, etc. Garant, pour sa part, souligne la position particulière des sociétés d'État, à qui il est demandé de se comporter comme des entités autonomes, tout en répondant aux attentes du gouvernement. Même dans un domaine comme celui de la famille, Payne et Mossman montrent clairement la difficulté à laquelle l'État est confronté lorsqu'il doit choisir entre deux conceptions opposées, l'une orientée vers l'indépendance des membres de la famille, l'autre vers leur interdépendance. Dans un tel contexte, le choix des objectifs à poursuivre, de même que le choix des moyens d'intervention, peuvent difficilement ne pas tenir compte des choix de valeurs sous-jacents à de telles décisions.

Reprenant cette conclusion de la recherche, Salter développe, dans la seconde partie de son étude, un cadre d'analyse susceptible de favoriser les prises de décisions plus éclairées au niveau des interventions judiciaires de l'État en liant directement ces dernières à certains choix de valeurs. Elle voit trois grandes approches au droit et à la réglementation qu'elle présente ainsi :

*The distinction between various approaches to law and regulation — between law as a « safety net », or as affecting the « quality of life » or as effecting « redistribution » — seems somewhat artificial at first glance. All laws create « safety nets », have some influence on the « quality of life » and have redistributive aspects. Viewing each of these aspects of law as characteristics of different approaches to law and regulation is more than a heuristic device, however. A law whose primary orientation is to create a safety net will be different from one oriented primarily to achieving quality of life values or from another designed to redistribute resources. Focussing on the different approaches to lawmaking allows us to lay bare the value implications and policy options that follow from emphasizing one aspect of any law over another<sup>173</sup>.*

Pour chacune de ces approches au droit, Salter propose un cheminement identique qui débute par une définition relativement élaborée de l'approche en cause, pour ensuite en faire ressortir les implications au plan des valeurs, les conditions de succès au niveau de la mise en application et qui se termine par l'examen de certaines applications concrètes. Il serait trop long de faire ici le résumé de ses propos sur ces différentes questions. Ce qui ressort essentiellement de cette seconde partie de son étude, c'est une indication claire que différentes formes d'interventions juridiques véhiculent différents messages symboliques en ce qui regarde les valeurs, et qu'une prise en considération plus étroite de ceux-ci peut conduire à une utilisation plus efficace du droit, compte tenu des objectifs poursuivis. Cette vision du rapport entre droit et valeurs que propose Salter, qui correspond dans ses grandes lignes à celle qu'adopte la recherche, possède quelques particularités : elle se situe à mi-chemin entre deux perceptions distinctes de ce rapport, l'une mettant l'accent sur les valeurs qui se rattachent au choix de la forme juridique, l'autre mettant plutôt l'accent sur les valeurs qui se rattachent au contenu du droit. En d'autres termes, elle énonce l'idée fondamentale selon laquelle la forme doit être adaptée au contenu, au plan symbolique comme au plan matériel, si on veut que le droit atteigne les objectifs qui lui sont assignés en termes de changements sociaux.

Sans rejeter cette perception, certains auteurs soulignent quand même qu'il existe une difficulté considérable à vouloir faire évoluer le droit en fonction de nouvelles valeurs alors que dans ses concepts, ses principes de base et sa structure même, celui-ci véhicule déjà des valeurs

profondes qui sont incompatibles avec les changements proposés. On a déjà fait état, par exemple, du pessimisme relatif d'Emond en ce qui concerne la possibilité que la *common law* et les tribunaux en arrivent à concevoir la protection de l'environnement autrement qu'en termes de droits individuels, position qui, à son avis, ne peut conduire qu'à un cul-de-sac. Morin et Weiler font aussi état dans leurs études de la difficile émergence des syndicats au plan juridique. Guy Rocher exprime encore cette préoccupation lorsqu'il souligne la place prééminente de l'individu et de la propriété privée dans notre droit.

Envisagées de ce point de vue, les valeurs semblent autant un obstacle qu'un stimulant au changement. Dans certains cas, effectivement, les pressions qu'exercent certaines valeurs opposées vont jusqu'à faire éclater le droit, sans qu'une nouvelle orientation se dégage de façon claire. Dans le contexte canadien, un exemple récent est celui de l'avortement dans lequel des jurys acquis à de nouvelles valeurs ont refusé de donner suite à une législation pourtant claire quant à ses exigences<sup>174</sup>. Ultimement, cependant, le droit doit s'adapter aux changements qui interviennent dans les valeurs sociales, sous peine de perdre son autorité et son efficacité. Salter fait remarquer que le fait de rendre les choix de valeurs explicites peut faciliter la formulation des politiques ainsi que la détermination des moyens juridiques d'intervention. Cette suggestion n'a rien de la recette miracle : utiliser un argument de valeur, en effet, équivaut parfois à clore un débat. Mais le seul fait de constater qu'il puisse en être ainsi constitue déjà en soi un progrès. En temps et lieu, le débat de valeur devra avoir lieu en plein jour et être mené à terme, du moins temporairement.

Le plaidoyer de Salter en faveur d'une mise en relation plus étroite du droit et des valeurs qui reçoit l'appui de l'ensemble de la recherche, apparaît symptomatique d'un net désenchantement à l'égard du positivisme juridique et de son formalisme desséchant ainsi que d'une volonté de rapprocher le droit de ses destinataires. Sur ce dernier point, deux orientations se dessinent. La première met l'accent sur une consultation et une participation plus large des citoyens dans les processus décisionnels aboutissant à la formulation du droit. C'est celle que paraissent privilégier à des degrés divers plusieurs auteurs engagés dans cette recherche. Mais une telle approche, ainsi que le souligne Salter, fait face à une limite évidente du fait que l'État ne peut tout simplement pas répondre à l'ensemble des attentes des multiples groupes d'intérêts qui se manifestent déjà, attentes d'ailleurs souvent contradictoires. La seconde orientation, plus radicale, procède en quelque sorte à l'inverse. Plutôt que de favoriser une participation plus active des citoyens dans la prise de décisions à un niveau supérieur et centralisé, elle suggère de ramener l'élaboration du droit au niveau des regroupements spontanés de citoyens. C'est l'approche proposée à la fois par Hayek et Unger, à partir de points de vue très différents. Malheureusement, il demeure très

difficile de voir comment un tel changement majeur pourrait se réaliser concrètement, du moins dans un avenir rapproché. Pour le moment, et quel que soit le mérite de ces deux approches, on ne peut que constater que le droit est de moins en moins cet instrument indiscuté de l'intervention étatique. Identifié encore à l'État, il voit son rôle remis en question en même temps que celui-ci.

## Conclusion

Au terme de cet essai de synthèse, dans lequel nous avons d'abord cherché à faire ressortir le point de vue des différents auteurs sur le rôle et la place du droit en tant qu'instrument de développement économique et social, une conclusion ressort de façon particulièrement nette. Le droit est de moins en moins cet instrument incontesté et incontestable de l'intervention étatique. Le droit, pourrions-nous même dire, est en crise. Et cette crise, elle se reflète dans les propos des auteurs dans lesquels on discerne à l'occasion un certain pessimisme, mais surtout, de façon plus générale, une nette perte de confiance dans la capacité du droit étatique de satisfaire aux multiples attentes de la société. Non pas que les instruments juridiques ne soient pas suffisamment nombreux ou variés pour répondre aux besoins. Mais, dans un contexte où les consensus sociaux semblent s'effriter, où les valeurs sont en profondes mutations, ceux qui ont charge d'élaborer le droit arrivent difficilement à définir les priorités qui s'imposent en vue d'une action efficace. Et le droit, qui était un instrument politique, est en passe de devenir un simple succédané de politiques.

Au traditionnel positivisme juridique, marqué par son formalisme et sa théorique neutralité et orienté surtout vers l'individu, a succédé, au moins en partie, une nouvelle approche davantage interventionniste, orientée vers la réalisation d'objectifs sociaux-économiques précis dans des situations concrètes, une approche qualifiée, par opposition à la première, de matérielle. Mais cette dernière approche, à cause de l'avènement du « welfare state » et le développement accéléré de la réglementation formelle, semble elle-même s'orienter vers une impasse dans la mesure où les interventions multipliées de l'État au plan juridique sont perçues comme aboutissant à des résultats confus, sinon contradictoires. La « légalisation » de la société, affirment carrément certains auteurs, a atteint un niveau de rendement décroissant.

La solution à ce problème, selon plusieurs auteurs, s'impose d'elle-même : pour « débloquer » la société, il faut la délégaliser, la déréglementer, la déjudiciariser. Mais un tel retour en arrière, dans la mesure où il aboutit à faire revivre le traditionnel formalisme juridique avec les valeurs qu'il sous-tend, est loin de faire l'unanimité. Au sein même de la société, les clameurs du monde des affaires en faveur d'une déréglementation accélérée trouvent leur contrepartie dans les demandes répétées

d'une multitude de groupements d'intérêts qui recherchent l'aide et la production du droit. Dans un tel contexte, il est à la fois intéressant et significatif de constater que la plupart des auteurs engagés dans la présente recherche regardent avec scepticisme le présent courant de déréglementation.

Ces auteurs suggèrent, comme solution à la crise actuelle du droit, une approche à mi-chemin des conceptions formelles et matérielles du droit, approche essentiellement pluraliste, qui tient davantage compte de la diversité des modes juridiques d'intervention et les relie plus étroitement aux préoccupations et valeurs de ceux qui en sont les destinataires; une approche aussi plus réaliste, qui accepte que la rationalité humaine a ses limites. Leurs propos ne se veulent pas théoriques. Ils reflètent davantage la compréhension et l'expérience de personnes fondamentalement préoccupées par le problème de l'efficacité du droit. Malgré tout, on ne peut s'empêcher de les rapprocher de certaines théories récentes qui tendent à démontrer que le droit évolue vers la structuration de nouveaux modes décentralisés d'élaboration du droit. Si tel devait être le cas, on pourrait alors parler d'une transformation majeure du droit, transformation susceptible d'affecter substantiellement l'élaboration des politiques dans les années à venir.

## Notes

Cette étude a été terminée en septembre 1985.

1. W. Friedmann, *Law in a Changing Society*, Londres, Stevens & Sons, 1959, p. ix.
2. Harry W. Arthurs, « Le droit en tant qu'instrument d'intervention de l'État : un cadre de recherche » dans le présent volume.
3. Conseil du patronat du Québec, *Mémoire*, 2 novembre 1983.
4. Entreprises Bell Canada, communication présentée à la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Montréal, 1<sup>er</sup> novembre 1983.
5. British Columbia Law Union, *Mémoire*, 9 septembre 1983.
6. Lawrence H. Tribe, « Too Much Law, Too Little Justice, An Argument for Delegalizing America » dans *The Atlantic*, 10 juillet 1979, p. 25.
7. *Idem*, p. 26.
8. « Harvard's Bock Urges Changing Expensive, Inefficient, Legal System » dans *The Chronicle of Higher Education*, 4 mai 1983, p. 8.
9. *Idem* : « Excerpts from the Report ».
10. Voir par exemple la série d'articles publiés dans la revue *The Economist* les 30 juillet, 6 août, 13 août et 20 août 1985 et dont le premier s'intitulait, de façon fort révélatrice : « English Justice. A Legal System under Stress ».
11. Pour une présentation schématique du *critical legal studies movement*, de ses sources et de son orientation, voir Jerome E. Bickenback, « CLS and CLS-ers », (1984) 9 *Queen's Law Journal*, p. 263. L'ouvrage le plus fréquemment cité est celui de Roberto M. Unger, *Law in Modern Society*, New York, The Free Press, 1976.
12. Sur la notion de pluralisme juridique, voir entre autres, l'excellente étude de Jean-Guy Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales », (1986) 18 *Sociologie et Sociétés*, à paraître.
13. Pour reprendre les termes de Guy Rocher, « Le droit canadien : un regard sociologique » dans le présent volume.

14. Arthurs, *supra*, n. 2.
15. Liora Salter, « Le droit et les valeurs » dans le présent volume.
16. *Ibid.*
17. Parmi les mesures incitatives, les subventions, qui occupent une place de premier plan, se rapprochent très nettement d'une intervention de type législatif dans la mesure où elles comportent certaines conditions. On retrouve là le problème familier en droit constitutionnel canadien des interventions fédérales sous forme de subventions conditionnelles.
18. Arthurs, *supra*, n. 2.
19. Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, 2<sup>e</sup> éd., Magnolia (Mass.), Peter Smith, 1963, p. 50.
20. Sur cette conception intra-étatique du pluralisme juridique, voir Jean-Guy Belley, *supra*, n. 12.
21. Voir par exemple à ce sujet, Peter Fitzpatrick, « Law and Societies », (1984) 22 *Osgoode Hall Law Journal*, p. 115, de même que Stewart Henry, *Private Justice*, Boston, Routledge and Kegan Paul, 1983.
22. Edward P. Belobaba, « L'évolution des lois sur la protection des consommateurs au Canada de 1945 à 1984 » dans *La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, vol. 50 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985. Joseph M. Weiler, « Le rôle du droit dans les relations du travail » dans *Le droit du travail et le droit urbain au Canada*, vol. 51 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.
23. Salter, *supra*, n. 15.
24. Patrick J. Monahan, « La Cour suprême et l'économie » dans *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, vol. 47 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.
25. Roderick Macdonald, « L'intervention réglementaire par la réglementation » dans *Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs*, vol. 48 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985.
26. David Mullan, « Les tribunaux administratifs : leur évolution au Canada de 1945 à 1984 » dans *Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs*, *supra*, n. 25.
27. Macdonald, *supra*, n. 25.
28. Arthurs, *supra*, n. 2.
29. Stanley M. Makuch, « Le droit urbain et l'élaboration de la politique au Canada : le mythe et la réalité » dans *Le droit du travail et le droit urbain au Canada*, *supra*, n. 22.
30. Le rapport du groupe de travail, constitué par le GATT aux fins d'examiner, à la lumière des dispositions de l'Accord général, l'administration de la *Loi canadienne sur l'investissement étranger*, est révélateur à cet égard. Une partie importante du rapport s'attarde à l'argument du Canada selon lequel le mot « prescription » à l'article III(4) devait être interprété en relation avec les mots « lois et règlements » et que, dans ce contexte, il devait être défini comme une règle obligatoire d'application générale, excluant les engagements du genre de ceux prévus à la loi canadienne, simples obligations contractuelles de droit privé souscrites par un investisseur étranger particulier. Cette interprétation restrictive devait être rejetée par le groupe de travail; voir *Instruments de base et documents divers*, suppl. n<sup>o</sup> 30, p. 147.
31. Kenneth Wiltshire, « Working with Intergovernmental Agreements — The Canadian and Australian Experience » (1980) 23 *Administration publique du Canada*, p. 353–358.
32. Arthurs, *supra*, n. 2.
33. Macdonald, *supra*, n. 25.

34. Mullan, *supra*, n. 26.
35. Patrice Garant, « Les sociétés d'État, instruments d'intervention économique : aspects juridiques » dans *Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs*, *supra*, n. 25.
36. Stanley M. Beck, « Le pouvoir des sociétés et la politique d'État » dans *La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, *supra*, n. 22.
37. Robert D. Bureau, Katherine Lippel et Lucie Lamarche, « Développement et tendances du droit social de 1940 à 1984 » dans *Le droit de la famille et le droit social au Canada*, vol. 49 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.
38. Beck, *supra*, n. 36.
39. *Ibid.*
40. Belobaba, *supra*, n. 22.
41. Ronald Lévy, « A Speculative Essay on the Ethics of Techno-Science » dans *Systems Research*, 1986, à paraître.
42. Weiler, *supra*, n. 22.
43. Paul Emond, « La politique et le droit en matière d'environnement : un examen de l'expérience canadienne » dans *La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, *supra*, n. 22.
44. Julien Payne, « Les répercussions du droit de la famille au Canada sur les conséquences financières de la dissolution des mariages et du divorce » dans *Le droit de la famille et le droit social au Canada*, *supra*, n. 37.
45. *The Globe and Mail*, 5 octobre 1985, p. A-4. Au cours du même colloque, le ministre de la Justice, John Crosbie, déclarait : « *Rejection of existing limitations upon individual rights, without due consideration as to whether the limits so imposed are demonstrably justified in a free and democratic society, can only lead to disrespect for the rule of law and established institutions, including the courts* » (*ibid.*).
46. Ceci se passait il y a déjà quelques années. Pour connaître la pensée de Hayek, voir *The Road to Serfdom*, publié en 1946. Dans la présente étude, nous nous référons particulièrement à son ouvrage *Droit, législation et liberté*, vol. 1, *Règles et ordre*, et vol. 2, *Le mirage de la justice sociale*, Paris, Presses universitaires de France, 1981.
47. Unger, *supra*, n. 11, p. 203.
48. Hans Kelsen, *La théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.
49. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
50. Stephen D. Krasner, « Approaches to the State — Alternative Conceptions and Historical Dynamics », (1984) 16 *Comparative Politics*, p. 223.
51. *Idem.*, p. 229.
52. *Idem.*, p. 223.
53. Ilene H. Nagel, « The Legal/Extra-Legal Controversy: Judicial Decisions in Pretrial Release », (1983) 17 *Law and Society Review*, p. 481 et 482.
54. Eric Nordlinger, *On the Anatomy of the Democratic State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1981.
55. Stephen Skowronek, *Building a New American State: The Expansion of National Administrative Capacities*, New York, Cambridge University Press, 1982.
56. Charles Tilly (édit.), *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1975.
57. Gunther Teubner, « Substantive and Reflexive Elements in Modern Law », (1983) 17 *Law and Society Review*, p. 239. Voir également, pour une critique de ce point de vue, Erhard Blankenburg, « The Poverty of Evolutionism: A Critique of Teubner's Case for Reflexive Law », (1984) 18 *Law and Society Review*, p. 273, ainsi que la réponse de Teubner, *idem.*, p. 291.
58. *Idem.*, p. 280.

59. Rocher, *supra*, n. 13.
60. Monahan, *supra*, n. 24.
61. Rocher, *supra*, n. 13.
62. *Ibid.*
63. Bureau, Lippel et Lamarche, *supra*, n. 37.
64. *Ibid.*
65. *Ibid.*
66. Belobaba, *supra*, n. 22.
67. *Ibid.*
68. Beck, *supra*, n. 36.
69. Fernand Morin, « L'usage de la loi pour contenir les relations du travail : l'expérience du Québec » dans *Le droit du travail et le droit urbain au Canada*, *supra*, n. 22.
70. Arthurs, *supra*, n. 2.
71. Weiler, *supra*, n. 22.
72. *Ibid.*
73. Andrée Lajoie, Pierrette Mulazzi et Michèle Gamache, « Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien : 1945–1984 » dans *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, *supra*, n. 24.
74. *Ibid.*
75. Guy Tremblay, « La Cour suprême du Canada, dernier arbitre des conflits d'ordre politique » dans *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, *supra*, n. 24.
76. Emond, *supra*, n. 43.
77. *Ibid.*
78. Voir *supra*, n. 6.
79. Macdonald, *supra*, n. 25.
80. Payne, *supra*, n. 44.
81. *Ibid.*
82. *Ibid.*
83. Weiler, *supra*, n. 22.
84. *Ibid.*
85. Belobaba, *supra*, n. 22.
86. Macdonald, *supra*, n. 25.
87. Pour reprendre la terminologie d'André-Jean Arnaud, il s'agit de la rationalité applicable au moment du « dire-droit », c'est-à-dire au moment de la décision de créer le droit : voir *Critique de la raison juridique*, tome 1. *Où va la sociologie du droit?*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1981, p. 352–369.
88. F.A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, vol. 2, *Le mirage de la justice sociale*, Paris, Presses universitaires de France, 1981, p. 70.
89. Morin, *supra*, n. 69.
90. Weiler, *supra*, n. 22.
91. *Ibid.*
92. Emond, *supra*, n. 43.
93. Belobaba, *supra*, n. 22.
94. Bureau, Lippel et Lamarche, *supra*, n. 37.
95. *Ibid.*, citant Jean-Jacques Dupeyroux, *Évolution et tendances des systèmes de sécurité sociale des pays membres des communautés européennes et de la Grande-Bretagne*, Luxembourg, Communauté européenne du charbon et de l'acier, 1966, p. 17.
96. Morin, *supra*, n. 69.

97. Belobaba, *supra*, n. 22.
98. Arthurs, *supra*, n. 2.
99. Macdonald, *supra*, n. 25.
100. Emond, *supra*, n. 43.
101. *Ibid.*
102. Morin, *supra*, n. 69.
103. Makuch, *supra*, n. 29.
104. Mary Jane Mossman, « Le droit de la famille et le bien-être social au Canada » dans *Le droit de la famille et le droit social au Canada*, *supra*, n. 37.
105. *Ibid.*
106. Arthurs, *supra*, n. 2.
107. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977.
108. Sur le « rôle » des juges, voir entre autres Joel B. Grossman, « Dissenting Blocs on the Warren Court: A Study in Judicial Role Behavior », (1968) 30 *Journal of Politics*, cité dans L.M. Friedman et S. Macaulay, *Law and the Behavioral Sciences*, New York, Bobbs-Merrill, 1969, p. 828.
109. Morin, *supra*, n. 69.
110. *Harrison c. Carswell*, (1976) 2 R.C.S., p. 200–218; voir également dans le même sens, *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, (1985) 1 R.C.S. 337.
111. Monahan, *supra*, n. 24.
112. *Ibid.*
113. *Ibid.*
114. *Ibid.*
115. *Ibid.*
116. Beck, *supra*, n. 36.
117. Mossman, *supra*, n. 104.
118. Weiler, *supra*, n. 22.
119. Rocher, *supra*, n. 13.
120. Tremblay, *supra*, n. 75.
121. *Ibid.*
122. *Ibid.*
123. Lajoie, Mulazzi et Gamache, *supra*, n. 73.
124. Monahan, *supra*, n. 24.
125. Makuch, *supra*, n. 29.
126. Monahan, *supra*, n. 24.
127. Weiler, *supra*, n. 22.
128. Dworkin, *supra*, n. 107.
129. Emond, *supra*, n. 43.
130. *Ibid.*
131. Weiler, *supra*, n. 22.
132. Monahan, *supra*, n. 24.
133. Mullan, *supra*, n. 26.
134. *Ibid.*
135. *Ibid.*
136. Weiler, *supra*, n. 22.
137. Payne, *supra*, n. 44, citant Rosalie Silberman Abella, « Procedural Aspects of Arrangements for Children upon Divorce in Canada », (1983) 61 *Revue du Barreau canadien*, p. 443–453.
138. Weiler, *supra*, n. 22.
139. Payne, *supra*, n. 44.

140. Arthurs, *supra*, n. 2.
141. Wayne R. LeFave, *Arrest: The Decision to Take a Suspect into Custody*, Boston, Little, Brown, 1965.
142. James Eisenstein, *Politics and the Legal Process*, New York, Harper and Row, 1973, p. 317–328.
143. Belobaba, *supra*, n. 22.
144. *Ibid.*
145. Emond, *supra*, n. 43.
146. Sur le réalisme scandinave de façon générale, voir Stig Stromh lm et Heinrich Vogel, *Le réalisme scandinave dans la philosophie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977. Parmi les représentants de cette  cole, on peut mentionner en particulier A. Hagerstrom, *Inquiries into the Nature of Law*, 1953 et K. Olivecrona, *Law as Fact*, 2<sup>e</sup>  d., 1971.
147. Voir en particulier sur cette question Richard Limpert, « Strategies of Research Design in the Legal Impact Study: The Control of Plausible Rival Hypotheses », (1966) 1 *Law and Society Review*, p. 111.
148. *School District of Abington Township v. Schempp*, (1963) 374 U.S. 203. Sur les études en question, voir Friedman et Macaulay, *supra*, n. 108, c. 51.
149. Stephen Wasby, *The Impact of the United States Supreme Court*, Homewood (Ill.), Dorsey Press, 1970.
150. Entre autres, *Law and Society Review*, *British Journal of Law and Sociology*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, etc.
151. Belobaba, *supra*, n. 22.
152. *Ibid.*
153. Weiler, *supra*, n. 22.
154. Emond, *supra*, n. 43.
155. Voir en particulier sur ces problèmes Christophe Grzegorzcyk, *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982; voir également de façon plus générale sur le sujet des valeurs, Peter Stein et John Shand, *Legal Values in Western Society*, Édimbourg, Edinburgh University Press.
156. W. Friedman, *Théorie générale du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 4<sup>e</sup>  d., 1965, p. 311.
157. *Idem*, p. 157.
158. Grzegorzcyk, *supra*, n. 155, p. 12–19.
159. Rocher, *supra*, n. 13.
160. *Ibid.*
161. Hayek, *Droit, législation et liberté*, *supra*, n. 46.
162. Arthurs, *supra*, n. 2.
163. *Ibid.*
164. Rocher, *supra*, n. 13.
165. *Ibid.*
166. *Ibid.*
167. *Ibid.*
168. Bureau, Lippel et Lamarche, *supra*, n. 37.
169. Salter, *supra*, n. 15.
170. *Ibid.*
171. *Ibid.*
172. *Ibid.*
173. *Ibid.*
174. Voir H. Dumont, « L'abolition du crime d'avortement dans la perspective de la réforme du droit criminel », (1980–1981) 15 *Revue juridique Thémis*, p. 149. Voir également l'argument développé par la défense dans *R. c. Morgentaler et al.*, (1984) 47 O.R. 2<sup>e</sup> série, 353; p. 368 et s. (Ont. H.C.).



## **Le droit comme instrument de l'intervention de l'État :** *un cadre d'enquête*

HARRY W. ARTHURS

### **Introduction**

Cette étude a pour objet d'aider la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada à évaluer les recherches juridiques entreprises en son nom et à considérer la faisabilité des diverses propositions soumises à la Commission ou avancées par elle, dans la mesure où elles peuvent éventuellement nécessiter le recours à la loi comme instrument de l'intervention de l'État.

La présente étude n'est pas une enquête, mais « un cadre d'enquête » : elle ne formule pas de « conclusions » en soi. Elle cherche plutôt à relier un certain nombre de points importants sur lesquels les chercheurs, la Commission ou ceux qui feront une évaluation critique du travail des deux groupes précités formuleront probablement des hypothèses concernant le droit. Ces hypothèses ne sont pas faciles à mettre à jour ni, une fois mises à jour, faciles à reconstituer. Elles soulèvent des questions comme :

- Quelle est la nature du droit?
- Quels sont ses liens avec la politique, l'économie et la société?
- Quelle est l'échelle de valeurs sous-jacente lorsque l'État décide d'intervenir ou de ne pas intervenir dans l'activité sociale et économique? Ou d'intervenir en ayant recours à la loi plutôt qu'à d'autres moyens?
- Quels sont les « instruments » juridiques ou les formes d'intervention les plus appropriés ou efficaces dans telle ou telle circonstance?

Ces questions, dont la liste est partielle et la formulation laconique, sont implicitement formulées à chaque fois qu'on parle du droit comme

instrument de l'intervention de l'État. La présente étude a pour objectif de persuader toutes les personnes concernées de rendre explicite ce qui est implicite. Échouer dans cette entreprise risque d'entraîner au mieux un mauvais diagnostic et, au pire, de graves égarements dans l'élaboration et la mise en oeuvre de lignes de conduite publiques. C'est ce qui explique sans aucun doute la demande du président Macdonald voulant que « la façon dont on s'est servi des instruments juridiques dans le passé et dont on s'en servira à l'avenir devrait être mieux comprise » (avant-propos, *Rapport d'étape sur les travaux de recherche*).

Il serait peut-être préférable d'illustrer la portée de cette étude plutôt que de l'expliquer. Supposons que la présente Commission doive se pencher sur les effets de l'alcoolisme sur l'économie et la société canadiennes. Cette supposition n'est pas si bizarre : l'alcoolisme a été jugé comme « un mal si grand et si généralisé qu'il représentait une menace à la vie nationale du Canada, si grave et si pressante que le parlement national a dû intervenir pour sauver la nation du désastre » [1925] I A.C. à 412. Comment un chercheur en droit pourrait-il caractériser ce problème et faire enquête?

Il pourrait *a*) rassembler et classer toutes les lois et tous les précédents judiciaires qui « réglementent » la consommation de l'alcool et l'ivresse; *b*) relever précisément les lois et les précédents qui contiennent des limites techniques empêchant des poursuites judiciaires plus efficaces contre les abus; *c*) s'interroger sur les causes sociales possibles de l'ivresse et les coûts de l'application de la loi, comme guide pour les nouvelles stratégies de réglementation; *d*) mener une enquête empirique rigoureuse sur les coûts économiques de l'alcoolisme et les modèles d'application des lois existantes; ou *e*) mettre au point une vision théorique bien fondée à partir de laquelle on pourrait juger si une forme d'intervention légale donnée pourrait efficacement traiter la propagation du comportement social, ou dans quelles circonstances sociales et économiques l'alcoolisme devient endémique, à qui porte-t-il tort ou profite-t-il, et l'effet d'étiquettes comme la « déviance ».

Ces dernières formulations (et peut-être même les premières) contiennent les germes d'importants jugements normatifs. Doit-on préférer la cohésion sociale ou le bien commun à la liberté individuelle? Les coûts calculables et incalculables de la prohibition sont-ils égaux ou supérieurs aux coûts de la tolérance?

Selon la réponse qu'on donne à ces questions, on peut proposer une stratégie particulière d'intervention juridique. Cependant, toutes les formes d'intervention ne sont probablement pas également efficaces dans toutes les situations. (Par exemple, il est reconnu que les sanctions criminelles classiques ne peuvent résoudre ces problèmes.) Comment ces diverses formes d'intervention prennent-elles forme, font-elles leur chemin dans les systèmes politiques, économiques, sociaux, législatifs,

administratifs et judiciaires jusqu'à ce qu'elles soient appliquées, et comment deviennent-elles (ou ne deviennent-elles pas) « efficaces »?

Une étude aussi brève que la présente étude ne peut offrir une orientation utile menant à la solution de ces questions, même dans le cadre d'un problème social précis, encore moins dans un cadre plus général. Pour ce faire, il faudrait concilier les opinions opposées d'universitaires sérieux évoluant dans une demi-douzaine de disciplines intellectuelles, et soigneusement dresser la carte des cultures politiques et juridiques du Canada, qui sont actuellement mal définies. Heureusement, la Commission m'a demandé de faire quelque chose d'autre, elle m'a demandé une réflexion, un procédé mnémorique qui aiderait tout le monde à se rappeler des questions à soulever et des endroits où trouver les réponses. C'est ce que je vais tenter de faire.

## **Un cadre d'enquête**

Lorsque les gouvernements modernes de toute tendance politique poursuivent leurs objectifs, ils ont souvent recours à des moyens légaux. La loi peut permettre d'exiger du secteur privé qu'il se comporte (ou ne se comporte pas) d'une certaine façon, de donner des directives aux fonctionnaires quant à leurs tâches, d'autoriser la dépense ou la perception de fonds ou de créer des symboles et de proclamer des normes qui ont pour but d'influencer les décisions de secteurs publics ou privés. Cependant, quel que soit son but, la loi est là; elle fait partie de la vie de chacun d'entre nous. La plupart des comportements sociaux et économiques de nature non gouvernementale ont donc tendance à être interprétés comme s'ils étaient tout simplement une réaction (ou une absence de réaction) à l'existence de la loi promulguée par l'État.

Cette interprétation peut paraître simpliste. Les lois peuvent être consciemment perçues ou inconsciemment assumées et on peut volontairement satisfaire à leurs exigences ou s'y soumettre involontairement, les esquiver délibérément ou feindre de les ignorer. Et la plupart des comportements, de nature gouvernementale ou non gouvernementale, produisent eux-mêmes une sorte de loi qui a pour origine des motifs semblables et qui provoque des réactions semblables.

En outre, le recours de plus en plus fréquent à la loi et aux moyens légaux semble avoir provoqué des réactions assez contradictoires. D'une part, le droit en est arrivé à être perçu en termes négatifs : il inhibe la liberté individuelle; le système judiciaire est lent et stupide et n'a rien à voir avec la justice; le droit ne remplit pas ses promesses ou va trop loin et en fait trop; la justice dépasse la capacité financière et la compréhension intellectuelle des citoyens ordinaires; c'est un outil aux mains du riche, du rusé et du puissant, tout en étant à la fois cause et effet de notre surplus d'avocats. D'autre part, on vient de modifier notre

Constitution pour reconnaître officiellement la « primauté du droit » comme prémisses politique fondamentale de l'État et de faire de la loi, en particulier de la Charte canadienne des droits et libertés un élément dont il faut tenir compte dans toute prise de décision publique. On devait pourtant savoir qu'avec la loi viennent les avocats; et qu'à l'importance accrue du droit et des avocats correspond un déclin de l'influence des autres systèmes (comme le système politique) et intervenants (comme les policiers). De même, cette foi dans la loi n'est pas une anomalie récente de l'histoire canadienne. Quiconque entretient un grief ou une récrimination a souvent comme réaction de dire : « il devrait y avoir une loi ».

En bref, le droit est considéré comme étant la cause de nombre des maladies de la société canadienne tout en étant leur remède. Il faut donc se demander si c'est une cause ou un remède, ou les deux. Il est à tout le moins certain que pour tenter d'évaluer le passé ou le présent, ou pour prévoir ou prescrire le comportement futur de l'État, de l'économie ou de la société du Canada, il faut s'attaquer à la question du droit. Ce faisant, il se présente un problème fondamental : qu'entend-on par « droit »? Si on ne peut répondre à cette question, on ne peut commencer à évaluer le rôle de la loi.

Dans le contexte actuel, il y a une autre raison pratique de poser cette question. Une commission royale qui s'intéresse au rendement des institutions nationales, à l'étendue et aux effets des décisions du secteur public sur l'économie, à la réalisation des objectifs de justice sociale et d'équité, doit naturellement entreprendre des recherches juridiques sur la Constitution, les régimes de réglementation, les lois fiscales et d'assistance sociale. Cependant, trop souvent dans le passé, ces recherches n'ont pas su structurer les théories ou les hypothèses sous-jacentes sur la nature du droit, son fonctionnement et, parfois, des raisons de son échec. De même, les propositions visant à stimuler ou limiter l'activité commerciale, améliorer ses effets sociaux, ou mobiliser l'énergie du secteur privé ou public par le recours à la loi n'ont souvent pas pu aborder des questions précises, à savoir quelle sorte de loi et quel cadre formel d'application pourrait le mieux, dans la mesure du possible, permettre d'atteindre certains objectifs donnés. Notre aptitude à entreprendre et à évaluer la recherche juridique, et les explications ou les propositions qui en découlent, dépend donc de notre sensibilité à l'égard de ce qui est implicite, comme de ce qui est explicite. Par conséquent, nous allons chercher à construire plusieurs outils analytiques qui pourraient nous aider à nous rappeler la nécessité de relever et d'examiner les hypothèses et les théories non formulées qui se dégagent en filigrane des études de recherche entreprises pour le compte de la Commission, de comprendre leurs conséquences et de les situer en rapport avec des

thèmes plus généraux qu'on retrouve dans la culture juridique et politique du Canada.

La portée de la présente étude, et peut-être de toute étude, n'est pas d'offrir une définition unique, globale et originale du droit, ou même de dresser une liste complète des nombreuses théories qui cherchent à en expliquer les causes générales et les effets universels. Par contre, ce qui pourrait être utile, et possible de façon réaliste, c'est de dresser une carte qui situerait quelques-unes des principales démarches menant à une compréhension du droit et de ses relations avec l'État, l'économie et la société. Tout en situant cette perspective du droit, notre carte identifiera des fonctionnaires juridiques représentatifs ou typiques associés à chacune de ces perspectives. La deuxième partie de la présente étude traitera de cette question.

Si on tentait d'établir un compte détaillé de la façon dont des lois données ont fonctionné, ou sont censées avoir fonctionné selon chacune de ces théories, on se buterait à nouveau aux problèmes de la portée et de la complexité. Cependant, la troisième partie présente un modèle relativement simple du cycle de durée d'une loi de réglementation type. Les éléments changeants de ce modèle peuvent simuler le cours d'événements types tandis que la loi émerge du contexte socio-politique, agit sur ce contexte et produit des effets qui sont voulus ou non désirés, ces derniers entraînant presque certainement des modifications ultérieures à la loi. Le pouvoir d'explication des différentes théories juridiques peut alors se greffer aux différents aspects du modèle afin de permettre la mise en lumière d'autres perceptions.

Finalement, il est impossible d'établir avec certitude qu'une combinaison donnée d'éléments juridiques formels produira un résultat économique ou social précis et prévisible. Cela ne signifie pas que la forme n'a aucun lien avec la fonction. Une identification des facteurs formels qui pourraient améliorer ou réduire l'efficacité de la loi comme instrument de politique publique peut au moins alerter ceux qui proposent l'intervention légale, à la nécessité de choisir en toute connaissance de cause parmi les institutions juridiques, les intervenants, les procédures et les modes d'expression. La quatrième section explorera brièvement quelques-uns de ces choix et les reliera à leur contexte politique.

En s'attaquant à ces questions, la présente étude suppose que l'actuel État libéral-démocrate du Canada demeurera en place avec son économie mixte inchangée et ses aspirations, parfois non réalisées, de pluralisme politique, ethnique, social et culturel. Ces hypothèses ne sont pas partagées par tous, que ce soit pour des raisons relevant de l'anticipation ou de la préférence. Pour caractériser les perceptions du droit, comme on tentera de le faire à la prochaine section, il faudra donc

prendre en considération une vaste gamme d'idéologies et d'interprétations de la réalité sociale et, donc, des notions du droit qu'on ne retrouve pas nécessairement dans les principaux courants canadiens.

D'autre part, la troisième section propose un modèle pratique de réglementation, et la quatrième explore les liens entre les moyens légaux, les fonctions latentes et apparentes, et le contexte politique de la réglementation. Bien qu'on espère que chacune de ces analyses se révélera compatible avec un large éventail de théories explicatives, elles peuvent ne pas correspondre à certaines notions normatives sur la façon dont l'économie canadienne doit fonctionner ou sur ce qu'il y a de mieux pour la société canadienne. Par exemple, ce modèle pratique suppose que la réglementation doit être renouvelée et reformulée, mais qu'elle demeurera en place. Une hypothèse semblable peut être rejetée par ceux qui favorisent l'établissement d'un libre marché absolu. L'analyse de la forme et de la fonction fait preuve de tolérance à l'égard d'une dialectique permanente entre la loi et la politique, une prémisse qui ne sera pas acceptée par ceux qui réclament une révision radicale.

L'analyse qui suit est donc en partie dictée par certaines hypothèses, mais pas uniquement par ces hypothèses. Elle est également fonction du nombre limité de questions auxquelles s'attaque la présente étude. Essentiellement, cette étude s'intéresse aux valeurs légales et à leurs relations avec les stratégies et les mécanismes juridiques ainsi qu'avec les institutions judiciaires. Elle ne cherche pas à savoir si la réglementation entraîne des distorsions inacceptables du marché ou si elle est si inefficace que ceux qui jouissent d'un grand pouvoir personnel n'ont pas de contrainte, n'ont pas à rendre compte et sont peut-être même encore plus puissants. Ces questions importantes sont en partie abordées par d'autres études; elles seront plus probablement résolues en partie par le débat politique plutôt que par l'analyse intellectuelle.

Cela dit, il me faut admettre une chose. Supposer que l'État canadien continuera d'intervenir vigoureusement dans les affaires économiques et sociales et qu'il continuera d'agir ainsi en raison de décisions politiques entraîne le rejet d'autres possibilités. Le fait de rejeter une série de possibilités en faveur d'une autre revient à faire un choix fondé sur des convictions, et non sur la science. Le choix que j'ai fait, qui est plutôt sans équivoque, est à vrai dire un peu démodé de nos jours. On considère le gouvernement avec suspicion : son hypertrophie, associée à l'interventionnisme d'État, est considérée comme un mal en soi; ses échecs avoués, les nouvelles théories économiques et la dure réalité d'un ordre mondial en mutation semblent révéler la faille de la théorie keynésienne et réduit l'État providence au rang de vœux pieux; en fait, toutes les réponses politiques aux problèmes économiques sont considérées avec suspicion par la gauche comme par la droite. Devant ces opinions peut-être exagérées, mais certainement largement partagées, mon penchant pour la réglementation semble anormal. Pourtant, il me

semble que tant que la démocratie persiste, la notion voulant que le pouvoir de l'État peut et doit être utilisé pour limiter le pouvoir personnel et favoriser le bien commun survivra. Et lorsque l'État agit de manière démocratique et délibérée en ce sens, il régleme.

Le lecteur est donc averti : dans l'analyse « scientifique » qui suit se cachent des hypothèses prédictives et dans ces hypothèses, se cachent des jugements de valeur. C'est maintenant au lecteur de juger et de peut-être avouer ses propres valeurs et hypothèses.

## **Les perceptions du droit**

Les personnes qui travaillent dans le milieu judiciaire et celles qui réfléchissent et écrivent sur le droit ont de toute évidence certaines perceptions du droit et de son fonctionnement. Étant donné la nature de leurs activités, il est relativement rare de voir les membres des professions juridiques et les autres personnes qui évoluent tous les jours dans le monde du système judiciaire consacrer beaucoup de temps à réfléchir à ces perceptions, ou même à les expliciter. Néanmoins, bien qu'inconscientes ou implicites, ces perceptions professionnelles sont à la source d'une structure de convictions et de lignes de conduite. Aux fins de la présente étude, on les considérera comme des « hypothèses » à propos du droit. Ces hypothèses se retrouvent évidemment non seulement dans les cercles juridiques, mais également dans d'autres milieux, comme celui de la presse, les cours de droit dispensés dans les écoles secondaires, le discours politique et les conversations de tous les jours. Ces « hypothèses » sur le droit contrastent avec les « théories » du droit, consciemment élaborées ou adoptées par ceux qui cherchent à décrire, expliquer ou évaluer le droit de manière systématique et souvent complexe.

Cependant, ces perceptions du droit, ces « hypothèses » ou « théories » à propos du droit ne sont pas isolées des perceptions qu'on a des autres phénomènes sociaux. De façon plus précise, les notions portant sur la définition de l'État et de ses relations avec les citoyens sont extrêmement importantes pour la pensée juridique et les mesures légales. Cela ne signifie pas que le « droit » ne peut être considéré que comme action de l'État, ou que les théories de l'État englobent nécessairement toutes les questions qu'on pourrait se poser sur le droit. Cependant, dans une étude qui s'intéresse en général au droit comme instrument de l'intervention de l'État, on finit par être confronté non seulement à une variété de perceptions juridiques, mais également à une variété de pensées politiques.

Les liens entre ces deux ensembles de perceptions, les perceptions du droit et celles de l'État, demandent de plus amples explications. D'une part, il est important de comprendre que les personnes qui partagent les mêmes valeurs politiques peuvent avoir une vision très différente de la

façon dont on devrait utiliser le droit pour promouvoir ces valeurs, précisément parce qu'elles ne partagent pas les mêmes hypothèses ou théories à propos du droit. Par exemple, les défenseurs des libertés civiles croient profondément à certains principes, s'entendent même sur ce qu'ils signifient dans certaines circonstances, tout en étant en désaccord sur la façon de revendiquer l'application de ces principes, certains privilégiant le recours juridique en invoquant la Charte, d'autres préférant l'action politique. Ces désaccords expriment des hypothèses ou des théories opposées concernant la légitimité et l'effet probable de l'intervention judiciaire. D'autre part, les personnes qui partagent les mêmes perceptions de la nature et de la fonction du droit peuvent néanmoins être diamétralement opposées sur le plan politique. Par exemple, ceux qui favorisent des lois antidiscriminatoires et ceux qui s'y opposent peuvent croire qu'une loi semblable influence réellement les pratiques d'embauche, tout en n'étant pas d'accord sur l'utilité sociale ou la moralité de cet objectif.

Ces désaccords peuvent stimuler le dialogue et mener à une meilleure entente. Toutefois, lorsque les opinions sur le droit et la politique sont largement partagées, il y a un risque important que ce consensus remplace l'analyse : si on est tous d'accord, on n'a pas besoin de définir ce sur quoi on s'entend. En renonçant à l'analyse, toutefois, en ne rendant pas explicites nos hypothèses à propos du droit et de l'État, on se rend un mauvais service. On risque de mal diagnostiquer nos maladies, de prescrire les mauvais remèdes, d'adopter des analyses qui n'expliquent rien et des politiques qui se contredisent profondément et fondamentalement. En bref, on met fin sans le vouloir au débat et on se prive des avantages possibles de la dialectique.

On tentera donc d'abord de démontrer jusqu'à quel point nos cultures politiques et juridiques renferment des tendances diverses, incohérentes et opposées. On indiquera ensuite que, en fait, l'éventail des principaux courants d'opinions sur le droit et l'État est plutôt étroit au Canada. Finalement, on suggérera au lecteur de reconsidérer son analyse politico-juridique, ou celle des autres, à la lumière de la gamme des possibilités plus vastes qu'expose la présente étude.

Il nous faut faire un dernier commentaire préliminaire concernant le mode d'analyse utilisé. En effet, la figure 2-1 présente une carte qui permettra de localiser le plus vaste éventail d'opinions exprimées sur le droit et la politique. Les coordonnées sont relevées, comme pour n'importe quelle carte, selon la longitude et la latitude. Sur cette carte, les degrés de longitude mesurent la distance entre la droite et la gauche sur l'échiquier politique. De manière plus précise, ils traduisent les tendances contradictoires de l'ordre public par opposition à l'ordre privé, de l'intervention de l'État par opposition au laisser-faire, au milieu desquelles se situe un centre indéfini, pluraliste ou libéral-démocrate. D'autre part, les degrés de latitude situent les différences intellectuelles

ou épistémologiques de l'hémisphère nord regroupant les « hypothèses » de ceux qui travaillent dans le milieu judiciaire, et l'hémisphère sud, les « théories » de ceux qui réfléchissent sur le droit de manière plus systématique.

Évidemment, ces notions de longitude et de latitude, et les coordonnées qu'elles produisent, sont tout aussi arbitraires que les notions utilisées en géographie, tandis que l'exactitude scientifique qu'elles offrent laissent beaucoup plus à désirer. En situant un type particulier de fonctionnaires juridiques à l'intersection d'hypothèses politiques et juridiques typiques, on ne veut évidemment pas dire que tous ces fonctionnaires partagent toujours la même position sur toutes les questions. Au contraire, on tente de créer une série de types idéaux; c'est-à-dire, une combinaison de caractéristiques qu'on peut retrouver chez ceux qui exercent un rôle particulier. Le but de cet exercice est d'aider l'analyse en créant une sorte de sténographie, plutôt que d'élaborer une critique des particuliers ou de leur position qui manquerait de nuance ou de détail. En bref, ces types idéaux sont un mécanisme d'organisation et rien de plus. De même, lorsque nous laissons entendre qu'un théoricien juridique, ou la tendance générale d'une théorie juridique, réunit certaines caractéristiques ou en est un exemple, on ne cherche pas à ignorer les zones grises, les complexités et les niveaux d'analyse qui peuvent caractériser toute position particulière. Rappelons que le but de situer en latitude et longitude ces particuliers ou ces tendances ne sert qu'à attirer l'attention sur les liens généraux de leur position par rapport aux positions des autres.

La nature imprécise et le but limité de notre carte sont symbolisés par l'utilisation des lignes brisées qui servent à créer des catégories de pensées politico-juridiques. Toutefois, on se sert délibérément d'une ligne continue pour délimiter l'éventail des opinions politiques qu'on retrouve traditionnellement chez les avocats, les juges et tous ceux qui sont étroitement identifiés au fonctionnement de notre système judiciaire. On trace cette ligne pour mettre l'accent sur les affinités étroites qui unissent ces personnes. Cependant, bien que leurs hypothèses ne couvrent pas toute la gamme des possibilités, il ne faut pas croire que les positions des professionnels et des autres personnes qui travaillent dans le système judiciaire sont indifférenciables. Au contraire, c'est précisément parce qu'on peut et doit les distinguer qu'elles font l'objet de l'analyse plus poussée ci-après (figure 2-2).

Après cette introduction générale, on peut maintenant regarder de plus près notre « carte » de la figure 2-1.

Comme on l'a indiqué précédemment, cette figure présente un éventail de positions politiques ou idéologiques. À la lumière des intérêts premiers de la Commission, ces positions portent sur la vision du rôle de l'État dans l'économie. Ne reprenant que des positions qui ont cours actuellement dans le discours politique et intellectuel canadien, une



le droit; par conséquent, elle cherche à s'approprier, réglementer ou subordonner ce pouvoir.

Entre ces deux extrêmes, et se profilant imperceptiblement dans les deux, on retrouve la position canadienne dominante, pragmatique, qu'on peut décrire comme étant le pluralisme politique. Cette position suppose l'existence et la supériorité d'une économie mixte où l'État garantit l'intégrité du marché et l'autonomie de l'action individuelle tout en agissant au besoin comme un fournisseur de services, un entrepreneur, un régulateur et l'architecte des politiques macro-économiques, ce qui touche nécessairement le comportement des agents privés qui évoluent sur le marché.

Il faut noter de nouveau que ces positions ne sont pas mutuellement exclusives ou qu'elles ne présentent pas toutes les possibilités. La position idéologique d'au moins quelques écrits sur le droit ne représente pas la caractéristique la plus marquante de ces écrits. Certaines positions idéologiques, comme celles des « Red Tories » et des anarchistes, ne peuvent être situées facilement sur l'échiquier, peu importe le sujet. En outre, il y a relativement peu de « puristes » à l'une ou l'autre des extrémités de l'échiquier, et de nombreuses positions ont tendance à se regrouper au centre. Comme le centre est par définition pluraliste, il regroupe d'importantes divergences de vues sur n'importe quelle question donnée, et illustre l'incohérence des positions d'une question à l'autre. Finalement, un certain nombre de questions « politiques », par exemple la paix, l'écologie et l'émancipation sexuelle, ne peuvent pas nécessairement être définies comme une conviction à propos du rôle de l'État dans la vie économique. Cependant, comme la présente étude s'attache surtout à comprendre la recherche dans ce dernier domaine, il servira de papier de tournesol permettant de faire ressortir les positions politiques ou idéologiques.

Lorsqu'on passe de la longitude à la latitude, de l'idéologie aux perceptions du droit, il importe de rappeler l'avertissement formulé précédemment quant aux limites de notre carte comme moyen analytique. Pour être plus précis, comme les visions intellectuelles sont complexes, qu'elles se recoupent, qu'elles sont en fait cumulatives et indépendantes, elles sont séparées par des lignes brisées. Pour compléter les visions idéologiques déjà indiquées, une brève description de ces perspectives intellectuelles s'impose avant de commencer à utiliser notre « carte ».

Au bas du tableau, on peut voir la catégorie « théorie profonde ». Ceux qui voient le droit sous cet éclairage s'attardent à identifier les principes d'organisation ou les forces constitutives qui donnent forme et sens au droit. Leur technique est essentiellement spéculative. Par opposition, « l'empirisme logique », qui est situé au niveau suivant du tableau, veut comprendre le droit par un examen systématique du comportement du système judiciaire et de ses effets sociaux. En ayant recours à des

disciplines, telles la psychologie, la sociologie et l'économie, qui traitent le droit comme un objet d'étude plutôt que comme un sujet d'étude, les empiristes ont tendance à se tenir à distance du système judiciaire, plutôt qu'à l'analyser de l'intérieur. Leur attention se porte non seulement sur le contenu des règles juridiques, mais également sur les événements sociaux et les forces qui façonnent le système judiciaire et déterminent son impact. Ces deux perspectives sont, évidemment, reliées. Une grande partie de la théorie profonde tire ses renseignements de la recherche empirique, et est contestée par celle-ci, tandis que les empiristes s'inspirent dans une certaine mesure des spéculations théoriques pour leur sujet de recherche comme pour leur méthode de travail.

Précédemment, on a parlé en termes métaphoriques des hémisphères nord et sud de notre carte, l'hémisphère sud regroupant les théories et l'hémisphère nord les hypothèses communément partagées par ceux qui travaillent au sein du système. La position que nous avons décrite comme étant « le droit dans le contexte » est située, en effet, à l'équateur. Ceux qui sont associés à ce « type idéal » de point de vue sont souvent les professeurs de droit et les personnes qui élaborent les politiques juridiques ou, à l'occasion, des juges ou des praticiens partageant des intérêts intellectuels très larges ou une profonde sensibilité sociale. Ils ont tendance à admettre en principe que la théorie profonde et les résultats des recherches empiriques permettent de mieux comprendre le droit, bien qu'ils ne s'engagent pas eux-mêmes dans des enquêtes semblables. Ils cherchent plutôt à utiliser les résultats de la science sociale et de la théorie spéculative pour contester les perceptions classiques du droit et « réformer » les institutions judiciaires et les règles juridiques. En ce sens, ils se situent au point milieu d'une progression allant d'une perspective externe à une perspective interne du droit, et d'une théorie explicite à des hypothèses implicites.

On se retrouve ensuite dans « l'hémisphère nord », l'habitat naturel des avocats, des juges, des conseillers législatifs, des policiers, des fonctionnaires et des juristes doctrinaires. Nombre de ceux qui occupent des postes dans le système judiciaire considèrent le droit comme un « outil », un instrument qu'on peut prendre, utiliser et déposer, selon les circonstances. Par exemple, la décision de régler ou de poursuivre, de prolonger ou de limiter la portée des règles existantes, de lancer un appel au public ou d'adopter une loi, laisse supposer qu'on connaît ces choix qui s'offrent et, habituellement, qu'on possède une intuition pragmatique, formée à l'aspect pratique et à l'équité d'une situation. Se trouvant encore plus éloignés de la théorie profonde et de l'empirisme logique que les représentants du « droit dans le contexte », ceux qui fonctionnent avec une telle vision utilitaire du droit sont peut-être encore plus probablement sujets à émettre des hypothèses erronées et non fondées sur l'opportunité de « l'outil » dans une situation donnée. D'autre part, ce

risque est quelque peu réduit par leur expérience pratique et leur participation active à la tâche à réaliser.

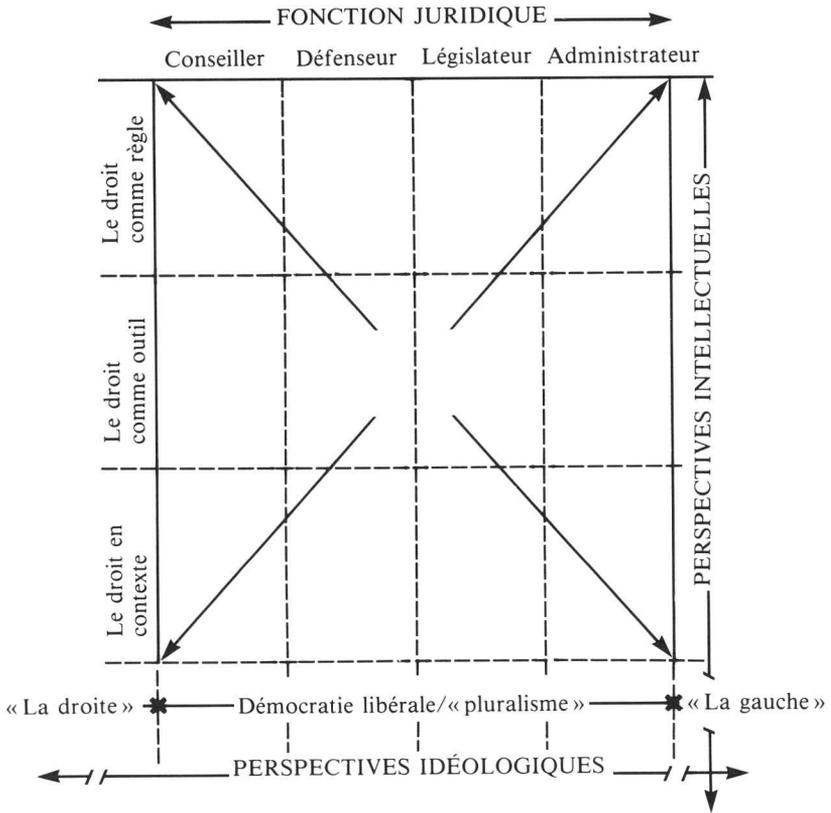
Finalement, certains intervenants juridiques ont comme hypothèse pratique que le droit est un ensemble de règles. Qu'ils soient avocats, juges, fonctionnaires ou universitaires, ils veulent vérifier, organiser et appliquer les règles juridiques de manière cohérente et conséquente. Ils font cela tout en traitant des litiges courants ou des affaires non contestées, en définissant comment un travail doit être exécuté ou en contrôlant le respect des règles ou les manquements aux règles. Dans la mesure où ils travaillent à l'application des règles, ces « types idéaux » ne s'intéressent pas aux causes ou aux effets : ces problèmes concernent d'autres personnes, pas eux. Toutefois, le simple fait qu'ils cherchent à assurer l'application cohérente et conséquente des règles met en lumière une hypothèse importante implicite à leur comportement : la notion voulant que la cohérence juridique se projetera dans les événements du « monde réel » en créant des moyens de prévision ou de certitude comme un principe d'organisation du comportement, ou en renforçant la valeur ou le principe compris dans la règle et qui sert de moyen de dissuasion aux violations.

Attardons-nous un moment à cette hypothèse. Bien que ce soit très peu probable, elle peut avoir au moins deux conséquences pour la présente étude. Premièrement, elle fait partie du paradigme sous-jacent à une grande partie de l'activité juridique, et doit donc être prise en considération lorsqu'on évalue la production juridique (jugements, articles, etc.) comme sources d'inspiration dans l'élaboration de lignes de conduite. Deuxièmement, elle influence aussi les attentes populaires à l'égard du droit et, en ce sens, doit être considérée comme un facteur limitant les propositions visant à utiliser le droit pour promouvoir des buts sociaux.

Cependant, les hypothèses concernant la cohérence légale et ses effets ne sont que quelques-uns des aspects particuliers de la pensée professionnelle qui doivent être abordés lorsqu'on évalue la recherche sur le droit. On découvrira d'autres hypothèses après un examen attentif des perceptions politico-juridiques de l'hémisphère nord de notre carte, l'habitat naturel des « types idéaux » professionnels. Pour faciliter cet examen, la figure 2-2 présente un agrandissement d'une partie de la carte.

De loin, il peut sembler que toutes les professions juridiques partagent la même position idéologique de pluralisme politique. À y regarder de plus près, il semble que les professions juridiques dans lesquelles ils évoluent peuvent avoir tendance à les répartir le long d'une gamme idéologique plutôt étroite. Comme il faut toujours démesurément simplifier aux fins de cet exercice, considérons les perspectives politiques types de ceux qui offrent des conseils juridiques et planifient pour le

FIGURE 2-2 Les hypothèses des fonctionnaires juridiques à propos du droit



compte de clients particuliers et de sociétés, ceux qui les défendent devant le tribunal, ceux qui s'intéressent à la formulation de nouvelles lois et ceux qui administrent la loi.

Il serait surprenant de voir ceux qui pilotent d'abord leurs clients dans les processus de l'ordre privé ne pas considérer ces processus comme la norme et toutes les formes d'interventions de l'État comme anormales, une conviction peut-être renforcée par leur participation répétée à la structuration de transactions visant à contourner les dispositions réglementaires, minimiser la responsabilité fiscale ou accaparer des biens publics. De même, les avocats dont on retient les services pour défendre des clients accusés d'avoir enfreint la réglementation ou pour intercéder auprès des organismes décideurs pour obtenir un traitement favorable pour leurs clients peuvent très bien se lier avec ces clients, intégrer leur valeur et en venir à partager leur antipathie de l'intervention de l'État. Même les juges, qui sont eux-mêmes les représentants de l'État et les instruments de l'intervention légale, sont formés et traditionnellement

encouragés à se considérer comme un rempart contre l'abus de l'État. Cette image de soi amène souvent les juges à conclure qu'ils ne peuvent se montrer impartiaux entre les citoyens et l'État s'ils ne prennent pas soin, dans une certaine mesure, d'éviter qu'on les soupçonne d'être en faveur de l'action de l'État. De fait, le contenu même de nombreuses règles et procédures de droit, qui apparaissent dans le cadre des efforts pour résister à la réglementation, servent à renforcer et à légitimer ces attitudes.

Par opposition, les fonctionnaires juridiques qui conçoivent, élaborent et administrent la réglementation peuvent ne pas partager l'idéologie de l'intervention de l'État, mais au moins leur expérience et leurs intérêts peuvent les prédisposer à se montrer moins hostiles que les praticiens du secteur privé. Évidemment, cette hypothèse ne s'applique pas aux régulateurs qui ont comme mandat précis d'abattre un régime d'intervention existant, à ceux qui sont devenus cyniques à force de fréquenter des « politicailleurs » ou à ceux qui ont fait leurs intérêts qu'ils voulaient contrôler. En outre, ceux qui élaborent les politiques et les législateurs opposés à l'intervention de l'État occupent aujourd'hui l'avant-scène. Il est par ailleurs beaucoup plus difficile de constater les changements profonds dans les niveaux d'intervention bien que le sens des interventions peut très bien s'être modifié, produisant des parodies capitalistes de programmes socialistes.

Il faut ajouter que les nuances idéologiques relevées au sein des fonctionnaires juridiques produisent rarement des diversités d'opinions extrêmes. Trois facteurs ont tendance à les situer au centre modéré, pluraliste.

Premièrement, il y a le recrutement et la formation des avocats. Originaires, de façon disproportionnée, de la classe moyenne, de familles de professionnels et d'administrateurs, et habitués à accepter le mécanisme juridique comme mode privilégié de solution des conflits, les avocats ne sont pas portés à se radicaliser ou à se considérer comme des *conquistadores* ou des *communards*. Comme types idéaux (et bien sûr pas comme particuliers), les avocats ont tendance à être des flegmatiques « sensibles » et des gens qui suivent le mouvement plutôt que des instigateurs.

Deuxièmement, et plus important, il y a la nature du droit en soi. Mis à part des moments et des mouvements exceptionnels, une des caractéristiques du droit moderne est sa rationalité. Il sert et exprime plus ou moins les valeurs dominantes d'une société, en est formé et est appliqué grâce à des instruments qui fonctionnent plus ou moins efficacement. Par conséquent, on pourrait s'attendre à ce que les fonctionnaires juridiques partagent en général les hypothèses dominantes à propos de l'intervention de l'État. Il faut également se rappeler que, comme membres ou alliés des diverses élites dominantes qui ont bâti le statu quo, les avocats aident à façonner les hypothèses auxquelles ils se conforment souvent.

Au Canada, ces hypothèses comprennent l'inévitabilité d'un important secteur public et d'une réglementation relativement prononcée.

Troisièmement, et c'est un facteur qui peut être une cause ou un effet des deux précédents, les juristes canadiens ont pris beaucoup de temps à délaisser la taxonomie, l'organisation systématique des règles de droit, au profit d'une évaluation de l'importance sociale et, en particulier, idéologique du droit. La culture juridique du Canada, en comparaison avec celle des États-Unis, de l'Angleterre et même de l'Australie est étonnamment pluraliste, si on peut qualifier ainsi l'acceptation irréflechie d'une variété d'hypothèses souvent contradictoires.

En résumé, même si on peut reconnaître à l'occasion le marxiste ou l'ardent défenseur de l'entreprise privée, l'avocat libertaire, un sondage des positions politiques du barreau indiquerait probablement qu'une partie de l'éventail de l'opinion se situe à peine plus à droite que la population en général, la majorité se retrouvant dans le courant principal. C'est pourquoi on a tracé une ligne continue pour délimiter ce territoire sur notre carte.

Si cette description de l'idéologie des fonctionnaires juridiques est à peu près exacte, on peut alors porter notre attention sur l'influence des perspectives intellectuelles types des avocats sur les idées portant sur l'intervention de l'État. Rappelons que la figure 2-2 est essentiellement un agrandissement de l'hémisphère nord de notre carte. On a donc pratiquement exclu la possibilité que la réflexion des professionnels juridiques sur le droit puisse s'ancrer dans l'enquête empirique ou la spéculation propre à la théorie profonde. On peut probablement répondre deux choses à cette affirmation exclusive.

D'abord, les faits semblent la contredire. On peut prétendre que les professionnels juridiques ne réfléchissent ni plus ni moins que n'importe qui d'autre, ou ne sont ni plus ni moins bien informés et, à ce titre, leur recherche et leurs propositions politiques ont droit au même respect. Ce que les avocats peuvent perdre parce qu'ils ne participent pas à d'autres types de production intellectuelle, ils le gagnent largement dans leur acuité analytique distinctive, leur aptitude à rapidement maîtriser les connaissances spécialisées d'autres personnes et leur talent à synthétiser, structurer des énoncés et formuler des solutions pratiques. Finalement, on peut ajouter que s'il y a un domaine de connaissance dans lequel les professionnels juridiques sont indéniablement experts, c'est le droit. Comme gardiens des valeurs constitutionnelles et des techniques juridiques, les avocats devraient avoir préséance sur tous ceux qui ne connaissent pas le droit dans tout projet conçu pour évaluer l'efficacité du droit ou prescrire sa forme ou son contenu.

Ces arguments sont dans un certain sens valides. Ceux qui connaissent un système, y compris le système judiciaire, possèdent sans

aucun doute des formes de connaissances tacites que n'ont pas ceux qui ne sont pas dans le système, et la capacité de « faire des choses » que d'autres ne peuvent faire. Ces qualités particulières s'atténuent toutefois lorsqu'on s'approche des limites du système et s'appliquent rarement à l'extérieur de ce dernier. Par conséquent, il faut prendre garde de tenter d'évaluer l'efficacité du système judiciaire en se fondant uniquement sur ces connaissances tacites et insister pour que les propositions de changement de sa conception prennent en considération toutes les perspectives intellectuelles qui pourraient nous aider à comprendre les liens entre le droit et les systèmes économiques et sociaux qu'il doit servir ou remplacer.

C'est précisément à cet égard que ceux qui analysent « le droit dans son contexte » peuvent avoir le plus grand impact. Ils peuvent faciliter si on peut dire un dialogue nord-sud entre les deux hémisphères de perception, en ouvrant le débat au sein des cercles juridiques et en permettant la pénétration d'idées venues d'ailleurs. En outre, ils peuvent parfois présenter une vision de l'intérieur à ceux qui voient le droit de l'extérieur, vision qu'une personne qui ne connaît pas d'expérience le système judiciaire ne pourrait autrement percevoir. La tâche de l'interlocuteur est cependant délicate, et il y a toujours le risque d'approfondir les malentendus au lieu de les dissiper. De façon plus précise, il est important que les affirmations touchant les relations entre le droit, la société et l'économie soient constamment vérifiées par rapport aux progrès réalisés dans la compréhension de ces relations qui apparaissent ailleurs dans le monde de la connaissance. Pour ce faire, il faut qu'il y ait du travail de développement et que les praticiens du « droit dans le contexte » soient formés à comprendre et évaluer ce travail.

On ne retrouve aucune de ces conditions au Canada aujourd'hui. La recherche théorique et socio-juridique sur le droit (qu'elle soit menée par des universitaires formés en droit ou dans d'autres disciplines) est moins que suffisante, pas plus que le répertoire intellectuel des analystes bien informés du « droit dans le contexte » au sein du système judiciaire. Ce qui remplace trop souvent la transmission bien informée d'idées sophistiquées et de renseignements exacts, ce n'est trop souvent qu'une approximation bien intentionnée ou, à l'occasion, une idolâtrie injustifiée. Quant aux renseignements et aux idées en soi, elles sont souvent élaborées à l'étranger et importées d'autres sociétés possédant leur propre système social et économique et des cultures politiques et juridiques différentes.

Voilà pour ce qui est du premier argument voulant que le système judiciaire canadien ait actuellement la capacité de produire toutes les perceptions nécessaires pour répondre à toutes les enquêtes portant sur l'utilisation du droit comme technique de l'intervention de l'État. Une

vieille excuse — « confession et évasion » — permet de décrire la deuxième série d'arguments avancés par les fonctionnaires juridiques pour expliquer leurs techniques limitées de compréhension du droit.

En schématisant, ils admettent qu'il faut faire appel à des visions intellectuelles plus larges et plus profondes que celles qui sont habituellement produites par les discussions des fonctionnaires juridiques, mais là n'est pas la question. Les avocats, les juges, les administrateurs et les policiers ne se prétendent pas des scientifiques; ils sont tout au plus des techniciens. Ils laissent les autres définir le problème et comment le régler; et eux, les intervenants juridiques, leur montreront comment y arriver; ou, encore mieux, ils leur diront comment le faire et que c'est de telle façon que ce sera fait. « Le droit comme outil » — « le droit, ce sont des règles. »

Comme le premier argument, le deuxième possède des qualités, y compris celle d'être modeste. Cependant, il a aussi ses faiblesses : il n'est pas nécessairement possible de séparer les moyens des fins, l'esprit de la lettre.

En abordant d'abord la question du droit comme outil, il faut rappeler que les fonctionnaires juridiques ont tendance à privilégier le recours aux tribunaux pour résoudre toutes sortes de problèmes. On a adopté le recours aux tribunaux, sur l'avis de conseillers juridiques, comme moyen de résoudre les querelles politiques par des litiges à propos de la Charte, de régler le mauvais comportement des enfants et le problème de l'avortement en faisant appel à des tribunaux spécialisés, d'établir les normes du comportement du marché et l'opportunité de l'exploitation des ressources par la confrontation. On n'a pas encore reçu et payé la facture. On peut cependant prédire que le prix à payer pour utiliser la loi comme outil peut se révéler élevé; il peut comprendre notamment l'atrophie de l'activisme politique, l'exacerbation involontaire de l'infortune personnelle et sociale et le risque d'accorder de plus grands avantages à des intérêts économiques déjà dominants.

Quant à la notion voulant que les fonctionnaires juridiques ne feront que transcrire les ordres et appliquer les règles, il ne faut pas la prendre au sérieux.

Même une tâche aussi spécialisée et apparemment neutre que l'élaboration d'une loi comprend des éléments de choix. Les décisions touchant la façon d'exprimer les politiques en phrases techniques, denses ou par des structures de discours plus lâches influencent le degré de compréhension, la forme d'administration et l'évaluation de la loi par la population. Lorsqu'il faut appliquer les règles, une fois la loi adoptée, ceux qui l'appliquent ont presque toujours une marge de manoeuvre qui leur permet de faire appel à leur jugement. Un fonctionnaire juridique qui affirme qu'il ne fait que se plier aux ordres de la législature, qu'il est au-dessus de la politique ou même de la controverse, automatiquement et sans avoir le choix, ne fait que jeter de la poudre aux yeux. Nier

l'existence d'un élément de choix résiduel fait obstacle à la compréhension du changement et à sa possibilité. Finalement, même celui qui ne fait que compiler et copier les règles juridiques fait des choix : les catégories qu'il conçoit influenceront notre perception des événements à venir et étendront ou limiteront nos notions de pertinence.

Cette description de l'hémisphère nord ou professionnel de notre carte a révélé non seulement l'existence d'une gamme relativement mince de positions idéologiques, mais encore l'isolement de fait, par rapport aux perspectives intellectuelles, de l'empirisme logique et de la théorie profonde. Comme notre attention se tourne maintenant vers l'hémisphère sud, qui comprend ces perspectives, une autre limite à notre analyse s'impose. Jusqu'à présent, nous n'avons en effet examiné le monde qu'en deux dimensions. On n'a pas pris soin de définir certains éléments topographiques dont le relief devient maintenant central. Ce sont en particulier ces éléments qui nous permettent de relever les continuités et les controverses chez les théoriciens et les empiristes.

Premièrement, il y a le climat intellectuel. On pourrait s'attendre à ce que ceux dont le travail consiste à construire une théorie sociale ou à rechercher des faits sociaux évoluent dans un climat intellectuel beaucoup plus intense que ceux qui doivent remplir des tâches professionnelles pratiques. Ce qui distingue ces deux groupes, ce n'est pas tant la somme d'intelligence brute employée ou les efforts déployés par chacun que la mesure dans laquelle les paradigmes et les valeurs sont rendus explicites, font l'objet d'une évaluation critique et sont systématiquement reconstitués. Sans aller aussi loin, on peut évoquer des analogies familières comme la différence entre la physique et l'ingénierie ou entre la biologie et la médecine.

Nous n'insisterons pas davantage sur ce point, sauf pour souligner deux conséquences pratiques : le Canada a besoin de créer un microclimat plus hospitalier pour la culture de la recherche empirique et théorique sur le droit et son importance sociale, économique et politique; et, les fruits de cette recherche « en serre » doivent graduellement prendre leur place sur le marché des idées au sein de l'économie intérieure de la profession juridique.

Deuxièmement, il y a la dimension de verticalité, de hauteur et de profondeur. Elle se manifeste dans la documentation sous la forme d'une question qui revient partout : le droit est-il une variable indépendante ou dépendante? Façonne-t-il la société ou est-il façonné par elle? De fait, peut-on dissocier ainsi le droit et la société? À chaque parallèle de latitude, à tous les degrés de longitude, ces questions reviennent. Le juge qui prétend qu'il doit interpréter une loi d'une façon particulière pour prévenir l'émergence d'un comportement indésirable adopte comme position que le droit est une variable indépendante, qu'il a la capacité de façonner une conduite. L'économiste qui prétend que le droit coutumier a tendance à produire une certaine efficience ou est au

service des intérêts d'une classe particulière présume que le droit est une variable dépendante. Par ailleurs, l'historien spécialiste de l'histoire sociale, qui distingue entre le fonctionnement du droit comme moyen de légitimation et comme, en même temps, moyen d'imposer des limites à ceux qui ont des intérêts légitimes, adopte une position intermédiaire.

Pourquoi est-il si important d'évaluer cette dimension verticale de l'écriture juridique? Cette dimension verticale prend peut-être son importance la plus grande lorsqu'on évalue des suggestions voulant qu'une loi particulière a été, serait ou peut être utilisée comme moyen de transformer, réprimer ou stimuler un comportement social ou économique.

Par exemple, l'affirmation voulant que la promulgation des lois sur la négociation collective en 1940 a favorisé la montée des syndicats mérite un examen attentif. Si le droit est considéré comme une variable indépendante, cette affirmation suppose que l'organe législatif du gouvernement a pris une décision qui a accordé aux travailleurs le droit de s'organiser; forts de ces nouvelles protections légales, ces derniers ont créé des syndicats afin de négocier dans le cadre des structures mises en place par la nouvelle loi. Si on considère le droit comme une variable dépendante, déterminée par la structure profonde des relations économiques, ce même énoncé peut transmettre un message tout à fait différent. On peut dire que les travailleurs étaient déjà sur le point de gagner le « droit » de négocier collectivement avant la promulgation de la loi. Comme le droit sert les intérêts dominants, c'est-à-dire les employeurs et non les travailleurs, on peut considérer cette loi comme une tentative non pas d'améliorer la situation des syndicats, mais plutôt de canaliser et contenir leurs activités dans des limites et pour des fins jugées acceptables à ceux qui ont promulgué la loi.

Aucune de ces interprétations n'est inattaquable et on peut en retrouver des versions modifiées. Elles servent cependant à démontrer que les différentes théories sur les causes et les effets du droit peuvent produire des interprétations radicalement opposées d'événements historiques sur lesquels on possède passablement de documents. Cela n'est-il pas encore plus vrai dans le cas d'énoncés sur les développements présents et futurs du droit et de la politique?

Finalement, il y a la dimension de la texture. Le droit est-il « dur » ou « mou »? Est-ce un fait positif dont l'existence se vérifie par la présence ou l'absence de qualités formelles écrites; ou, est-ce un phénomène fonctionnel qu'on peut déceler en observant les réactions des gens à ce phénomène? Par exemple, si on définit le droit positivement, comme le fait Austin (et des générations d'avocats anglais depuis), c'est l'expression de la volonté du souverain; si on accepte une vision plus fonctionnelle, on peut reconnaître la présence du droit dans l'acceptation des normes du groupe par les membres du groupe, même si ces normes ne sont pas proclamées ou appliquées par l'État.

Cette dimension est également importante dans le présent contexte,

car elle nous rappelle la multiplicité des systèmes judiciaires non officiels qui déterminent si souvent la conduite dans les réseaux commerciaux, les négociations collectives et les bureaucraties gouvernementales. Évidemment, elle nous rappelle également la nécessité d'explorer les liens entre le droit étatique, officiel et les autres systèmes judiciaires.

Bien qu'elle soit essentielle à la topographie du droit, cette troisième dimension de notre carte en complique énormément l'utilisation tout en nous rappelant l'importante caractéristique distinctive de théories et d'hypothèses particulières. On peut donc se demander s'il est utile de dresser la carte des études juridiques et s'il est, en fait, possible de le faire.

Avec certaines réserves, et en se fondant sur une tentative faite en relation avec la présente étude, la réponse est « oui » : la caractérisation est à la fois souhaitable et possible. On a examiné un nombre important d'écrits pour, premièrement, les situer sur notre carte et, deuxièmement, les évaluer en fonction de leur caractère instructif. Cet examen des écrits, qui est issu d'une perspective interne, professionnelle (Annexe A) et d'une perspective externe (Annexe B), a produit plusieurs observations intéressantes, sinon préliminaires.

### *La perspective interne*

1. La plupart des écrits juridiques les plus accessibles (jugements, articles, rapports sur la réforme du droit, etc.) supposent que le droit est plus que des règles; ils ont tendance à considérer le droit comme un instrument (le droit comme un outil) ou comme le produit de mécanismes sociaux ou politiques présumés (le droit dans son contexte).
2. Cependant, les écrits des fonctionnaires juridiques se rattachent rarement à l'empirisme logique ou à la théorie profonde.
3. En conséquence, il ne faut surtout pas se laisser tromper par les prétentions de certains de ces fonctionnaires juridiques quant à l'efficacité des outils juridiques (affirmation habituellement non vérifiée) ou quant à la nature des valeurs proposées par le droit, ou son influence formative (ces affirmations ne trouvent habituellement pas d'écho dans les différentes théories sociales).
4. On pourrait s'attendre (mais encore une fois le point n'est pas empiriquement vérifié) que le droit est plus souvent considéré comme des « règles » dans des situations qui reviennent souvent (opérations régulières, litige habituel, traitement administratif, les livres de référence qui font autorité).
5. Par conséquent, les prévisions, et la réglementation, du comportement des fonctionnaires juridiques doivent prendre en considération

les réactions variées que pourraient avoir les personnes qui occupent différents rôles professionnels.

6. Il est rare de trouver dans les écrits juridiques des allusions directes à l'idéologie; on en rencontre de temps à autre, en particulier dans des rapports portant sur la réforme du droit ou des rapports de commissions royales.
7. Ces allusions occasionnelles ont tendance à réfléchir les visions politiques traditionnelles, à traduire souvent une certaine tolérance (mais rarement de l'enthousiasme) à l'égard de l'intervention de l'État dans la vie économique, mais sans structurer une idéologie cohérente pouvant s'appliquer à d'autres questions que celles à l'étude.
8. Par conséquent, la recherche juridique ne sera probablement pas très utile au développement d'une théorie cohérente de l'État canadien, de l'économie ou de la société du pays.

Ces observations générales doivent cependant faire l'objet de quatre réserves importantes :

- a) Elles s'appliquent à la situation générale de la recherche; la recherche qui est explicite et bien fondée ne devrait pas être sous-évaluée simplement parce qu'elle est « juridique ».
- b) Le travail empirique et théorique sur le droit réalisé d'une perspective uniquement externe peut manquer de renseignements exacts sur les règles juridiques formelles ou la culture des professions juridiques; la perspective interne du droit est nécessaire pour informer la perspective externe.
- c) Les propositions générales visant à se servir du droit comme instrument de l'intervention de l'État doivent en fin de compte être traduites dans des formes juridiques particulières; pour ce faire, il faut donc connaître le langage spécialisé du droit.
- d) On retrouve également souvent des hypothèses inexplorées sur le droit et ses possibilités dans des écrits d'économistes, de politologues et autres.

### *Perspective externe (théorique/empirique)*

1. La recherche employant l'empirisme logique ou fondée sur la théorie profonde conteste souvent directement les hypothèses formulées dans les écrits de professionnels juridiques; par exemple, que la loi est neutre, qu'elle produit les effets souhaités, qu'elle est d'abord administrée par des professionnels juridiques dans le cadre d'institutions judiciaires officielles.
2. Ces recherches ont tendance à être plus ouvertement dialectiques; c'est-à-dire qu'on émet les hypothèses (ou qu'on les définit après coup) et on les rejette ou on les prouve.

3. Les théories explicatives, même lorsqu'elles proviennent d'enquêtes empiriques soignées, ne semblent pas posséder le caractère complet et vérifiable des théories des sciences pures.
4. Par conséquent, la recherche théorique et empirique peut au mieux servir de moyen pour révéler et analyser les hypothèses formulées dans des études et des propositions plus conventionnelles.
5. Les jugements idéologiques et de valeur sont parfois enfouis dans l'analyse positiviste et « scientifique » des sciences sociales; la mise à jour de ces jugements est une étape importante dans l'évaluation de la recherche et des propositions de politique fondées sur la recherche.
6. Un débat ouvert et structuré sur les questions idéologiques est considéré comme une forme permmissible du discours intellectuel (alors que ce n'est pas le cas dans la plupart des recherches juridiques).
7. Par conséquent, il serait possible d'atteindre une certaine cohérence ou cohésion dans les politiques publiques en se fondant sur la recherche théorique et empirique : il y a suffisamment d'écarts idéologiques, surtout entre ceux qui s'inspirent de la théorie profonde, pour offrir aux personnes responsables de l'élaboration des politiques un choix véritable de solutions de rechange et pour rapprocher des politiques semblables, plutôt que d'adopter des mesures disparates sur le prétexte d'une philosophie pluraliste, qui regroupe en fait des tendances contradictoires qui se limitent mutuellement.

Ces observations d'ordre général peuvent être mal interprétées. Pour être plus précis, elles ne représentent pas un plaidoyer en faveur d'une démarche de recherche idéologique et intellectuelle unique : il ne s'agit en fait que de soigneusement identifier et évaluer les démarches choisies.

Il peut sembler curieux de souligner la nécessité d'une pluralité de démarches de recherche et d'une dialectique entre elles dans le contexte d'un plan général d'enquête qui a pour objet final la définition de nouveaux objectifs nationaux et la création d'un consensus sur les meilleurs moyens de les réaliser. Cependant, pour être franc, ces entreprises sont particulièrement vulnérables au charme de la sagesse conventionnelle qui, par définition, jouit déjà d'un appui large et considérable.

Les perspectives d'un changement plus graduel seraient néanmoins favorisées par un examen d'un véritable éventail de solutions pour le Canada. Si on s'intéresse, par exemple, à l'avenir de la négociation collective, on peut mieux évaluer ses vices et ses vertus en examinant les vues opposées d'un contrôle unilatéral et total par l'employeur et la réglementation étatique permanente du marché du travail. Si on est frustré par notre apparente incapacité à éliminer les émissions de soufre, notre imagination ne serait-elle pas stimulée par des solutions aussi radicales que la vente de droits de pollution et l'expropriation et la fermeture des usines polluantes?

De même, les perspectives d'une « sagesse populaire » moins conventionnelle et plus véritablement sage sont favorisées par une modification de notre point de vue intellectuel habituel. Par exemple, on pourrait mieux comprendre et mieux utiliser les dispositions de la Charte relatives à l'égalité qui seront bientôt en vigueur si on connaissait mieux leurs racines philosophiques et si on était moins dépendant du précédent juridique. On pourrait aussi éviter de recourir inutilement au code pénal comme moyen préféré de réglementation si on contrôlait systématiquement son utilisation actuelle dans les domaines où ce sont surtout des facteurs structurels qui déterminent le comportement.

Ceux d'entre nous qui évaluent la recherche ont donc une responsabilité, et ceux qui l'entreprennent, un défi : nous devons élargir nos cadres de référence, modifier nos paradigmes, varier nos techniques, nos hypothèses et nos théories afin de procéder à des évaluations plus critiques et à une autocritique de la recherche et des propositions de politique fondées sur la recherche.

### **Fonctionnement du droit : un modèle dynamique du processus de réglementation**

On a tenté de démontrer la nécessité de formuler des perceptions plus explicites de ce qu'est le droit en général et quelles sont ses fonctions. Notre prochaine tâche est de tenter de construire un modèle pratique qui nous aidera à examiner les mécanismes par lesquels il fonctionne réellement comme instrument de l'intervention de l'État. Cet exercice a surtout pour but d'aider à l'interprétation, l'évaluation et l'application du travail des autres plutôt que de jeter les bases d'une nouvelle construction théorique. Il est donc souhaitable que ce modèle puisse s'appliquer au plus grand nombre possible d'hypothèses et de théories déjà identifiées.

Nombre de ces hypothèses et de ces théories se concentrent sur des étapes particulières des liens entre le droit et le comportement social et économique. Par exemple, la théorie marxiste met l'accent sur l'influence des liens sociaux et économiques, dans leurs racines les plus profondes, sur l'orientation d'ensemble et l'effet général du système judiciaire, mais elle en dit peu (sauf dans son expression la plus crue et la plus déterministe) sur la formulation précise de règles juridiques particulières ou sur les conséquences d'événements légaux particuliers. En revanche, les professionnels juridiques peuvent s'inspirer de leur perception du droit pour énoncer le contenu d'une règle juridique particulière à n'importe quel moment de son développement, ou pour prévoir de façon raisonnablement exacte le résultat d'une opération coutumière ou d'un litige, mais ils s'intéressent rarement au contexte social ou à l'importance générale de la règle ou de l'événement juridique.

Ces perspectives limitées ne se retrouvent pas que chez les théoriciens marxistes ou les professionnels juridiques. Peu d'empiristes ou de réformateurs du droit ou d'autres personnes qui contribuent aux débats portant sur la nature du droit prétendent offrir une théorie totalisante qui englobe toutes les causes et tous les effets, toutes les données et toutes les spéculations, tous les niveaux de spécificité et de généralité. Ce qui précède n'est pas une critique toutefois. Chacune de ces personnes peut en fait nous aider grandement à comprendre une étape donnée du processus de l'intervention de l'État.

Cette allusion au « processus » nous rappelle également qu'on doit s'attaquer à la construction d'un modèle dynamique, différent des diverses séries d'hypothèses qu'on a déjà identifiées, mais pouvant néanmoins les englober. C'est précisément parce que l'intervention de l'État est un processus, pas simple mais très complexe, pas statique mais changeant, pas universel mais multiforme, que seul un modèle dynamique pourra nous permettre d'en saisir tous les divers aspects. Sans s'imposer à la réalité d'un événement donné, sans contester la puissance d'explication d'une théorie donnée ou sans invalider les prétentions d'une hypothèse donnée, un modèle semblable nous rappellera quand même qu'il y a toujours eu quelque chose qui est venu avant et quelque chose qui viendra après.

La possibilité pour un modèle semblable de saisir l'ensemble des événements et des influences qui déterminent le fonctionnement d'une loi donnée n'est limitée que par notre volonté de s'attarder au détail, d'attacher des parties mobiles au cadre de base. Cependant, aux fins du présent exercice, on ne cherche pas tant à tout considérer qu'à démontrer que les rouages du droit, ses causes et ses effets, sont plus complexes qu'on le prétend souvent.

Cette démonstration sera assurée en se rapportant en particulier au processus de réglementation. Il est possible de considérer toutes les formes d'intervention de l'État comme une sorte de réglementation. Les stimulants fiscaux, les politiques d'achat du gouvernement, la poursuite criminelle pour publicité trompeuse, les injonctions pour limiter le piquetage, les subventions accordées aux brevets d'invention et les ententes économiques multinationales sont autant d'exemples de réglementation en ce sens qu'ils stipulent tous (que ce soit en réprimandant, en interdisant ou en demeurant silencieux) qu'il faut adopter une ligne de conduite particulière pour respecter les politiques déterminées ou acceptées par l'État. En fait, même lorsque l'État ne réussit pas à articuler une politique ou à la réaliser par la réglementation, c'est une forme d'intervention en soi; l'État choisit alors d'appuyer les mécanismes d'ordre spontané. En ce sens, la loi moderne type de réglementation, qui définit les politiques et crée les outils administratifs permanents pour les réaliser, n'est pas essentiellement différente des autres formes d'intervention de l'État, mais quelque peu différente.

En effet, les lois modernes qui réglementent la sécurité aérienne, la commercialisation du lait ou la discrimination dans l'emploi présentent des caractéristiques distinctives qui sont apparues il y a plus de 150 ans, à l'époque où des lois semblables ont pour la première fois été promulguées en Angleterre. Ces caractéristiques (exposées plus en détail dans la dernière section de la présente étude) sont : limitations explicites ou déplacement de l'autonomie personnelle ou de sociétés afin de promouvoir les intérêts individuels ou collectifs d'autres intervenants; confiance avouée dans l'utilisation judicieuse des règles juridiques pour en arriver à cette fin; et délégation de pouvoirs à un agent bureaucratique qui peut utiliser ces règles pour atteindre les fins définies (quoique vaguement) par la loi. Voilà la loi de réglementation paradigmatique dont la création et le fonctionnement seront examinés dans la présente section.

Comme la forme et le contenu de la réglementation présentée dans cette forme paradigmatique sont sans cesse l'objet d'une controverse, une analyse du fonctionnement du processus de réglementation devrait éclairer les aspects particuliers du débat permanent sur le rôle de l'État dans le domaine économique. Cette analyse devrait également permettre de mettre en lumière la création et le fonctionnement du droit sous d'autres formes et dans d'autres contextes : la « super-réglementation » par la Charte des droits et libertés, les régimes de réglementation intérieurs, comme les conseils de presse ou les comités de discipline des professions ou des réglementations plus conventionnels comme la circulation routière, la perception des dettes et les querelles familiales.

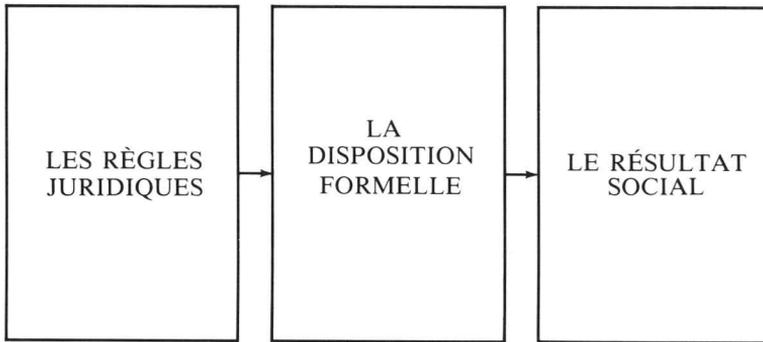
Examinons maintenant ce qu'on peut tirer d'une vision globale du processus de réglementation.

On se rappellera qu'une bonne partie de la pensée de la profession juridique s'appuie sur l'hypothèse voulant que le droit est en fait un ensemble de règles qui peuvent servir d'instruments, d'outils, pour modifier le comportement, essentiellement dans un rapport univoque entre la volonté légale et le résultat social. Cette vision peut être illustrée par un diagramme relativement simple montrant comment une loi de réglementation fonctionne réellement (figure 2-3).

Cependant, si on considère que le droit est un système complexe d'éléments agissant les uns sur les autres et subissant des influences externes, comme le laissent entendre nombre de théories et de perceptions identifiées dans la section précédente de la présente étude, on doit tenter de construire un modèle beaucoup plus complexe. Voici un exemple d'un modèle semblable présenté à la figure 2-4.

Quelles sont les hypothèses exprimées par ce modèle de processus plus complexe? On peut commencer par postuler que les systèmes judiciaires et sociaux, politiques et économiques d'une société agissent les uns sur les autres. D'une part, même ceux qui croient que le droit est une variable dépendante, un produit des structures profondes de la vie

**FIGURE 2-3 Les hypothèses juridiques professionnelles — Le fonctionnement des lois de réglementation**



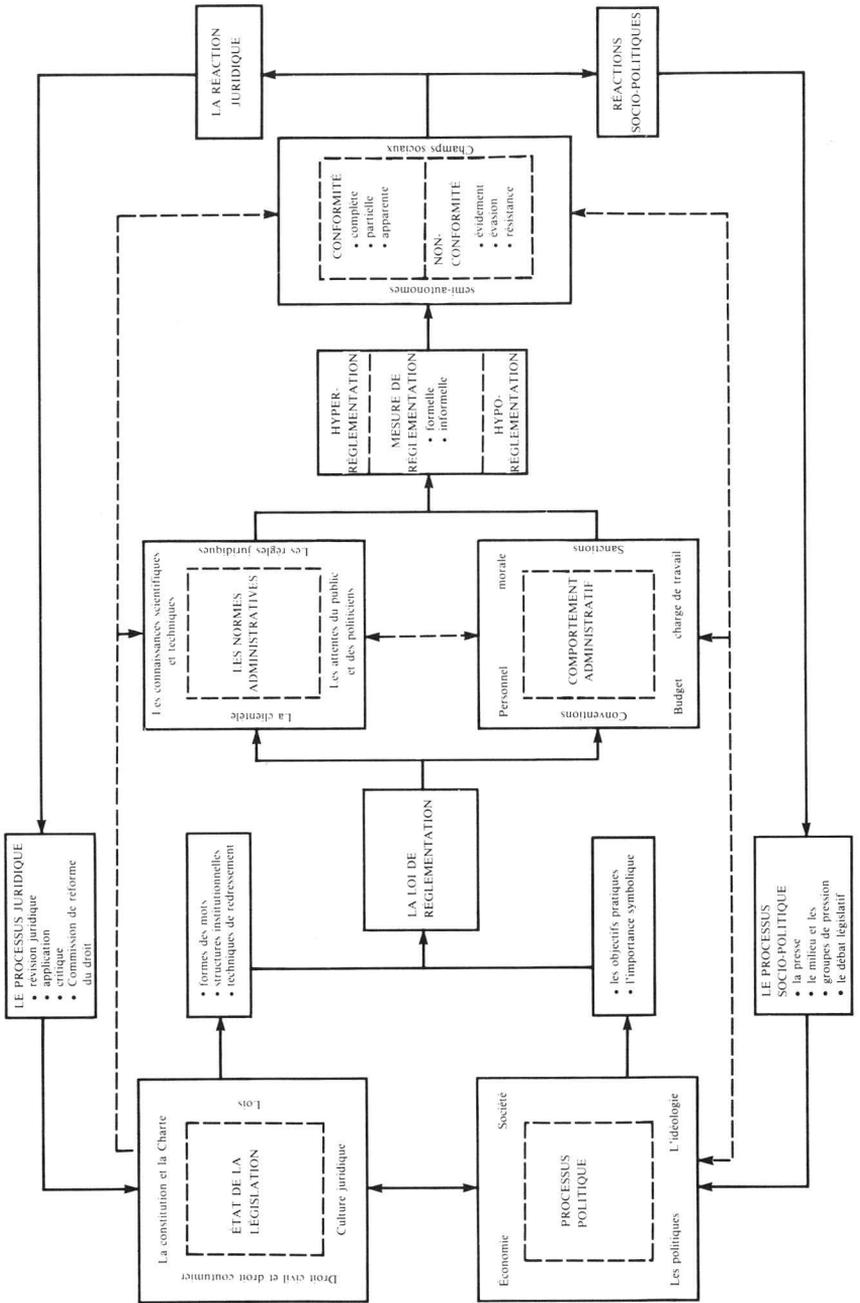
économique et sociale exprimé par les organes de l'État, peuvent très bien admettre que le pouvoir constitutif de ces structures est atténué et que les institutions judiciaires officielles définissent aussi l'orientation de la loi et donnent formes et définitions aux lois particulières. D'autre part, ceux qui considèrent le droit comme une variable indépendante admettront qu'il contribue à formuler les hypothèses générales sur l'orientation de la politique sociale et les moyens à mettre en oeuvre. La doctrine même de la suprématie législative met l'accent sur le fait que le droit est en fin de compte le résultat du processus politique, lequel doit prévaloir sur les normes issues de la common law.

On peut donc dire, de façon générale, que lorsqu'une loi de réglementation est promulguée, le processus politique produit une décision voulant que l'État devrait intervenir dans certains domaines du comportement économique et social et que le système judiciaire apporte un vocabulaire des formes conventionnelles pour exprimer cette décision.

Cependant, les lois de réglementation, comme toutes les lois, ne s'appliquent pas d'elles-mêmes. Elles ont besoin d'instruments de mise en vigueur : les inspecteurs, les policiers et d'autres fonctionnaires chargés de favoriser le respect de la loi et de signaler les infractions; les tribunaux ou les tribunaux administratifs qui interprètent, d'autorité, la loi, ordonnent le respect de ses dispositions, accordent ou retiennent des bénéfices, sanctionnent ou ne sanctionnent pas les coupables.

Ces fonctions de mise en vigueur et de jugement ne sont que la pointe de l'iceberg. Les régimes de réglementation produisent fréquemment une masse de « loi » par l'élaboration de lois subalternes, de bulletins d'interprétation, de directives, de réponses types à des situations types et autres. Ce « droit » ne transgressera pas délibérément les limites définies par la loi originale instituant le régime ou n'amènera pas la

**FIGURE 2-4 Un modèle dynamique du processus de réglementation**



violation consciente de la Constitution ou d'autres normes légales comme les critères acceptés de la construction. Cependant, sa forme et son contenu distinctifs surgiront de sources qui sont surtout internes, plutôt qu'externes, au régime.

D'où originent de manière plus précise cette forme et ce contenu distinctifs? Les régimes de réglementation entreprennent souvent des recherches, planifient et formulent des politiques. Dans certains cas, la recherche et la planification sont sans aucun doute abandonnées dès les premiers jours du régime ou remplacées par une position plus pragmatique et flexible ou simplement réactive. Cependant, on ne peut échapper à la formulation de lignes de conduite. Chaque décision d'agir ou de ne pas agir voit apparaître le fantôme d'une ligne de conduite passée, présente ou à venir, que ce fantôme se matérialise ou non. En outre, les régimes de réglementation entreprennent souvent des discussions régulières et intensives avec leurs « clients », ceux qu'ils réglementent ou ceux au nom de qui ils réglementent, cherchant des renseignements de nature scientifique ou technique, des interprétations acceptées, un respect volontaire de la loi, des opinions et des suggestions concernant l'efficacité des anciennes lignes de conduite et le contenu possible des nouvelles. Lorsqu'on n'agit pas de manière si ouverte, on peut quand même obtenir des réactions par les protestations des clients, les critiques du public ou la surveillance politique, technocratique ou scientifique.

Tous ces processus produisent un univers unique de nombreuses normes administratives procédurières; toutefois, ces normes ne se traduisent pas automatiquement en comportement administratif. Elles sont, dans une grande mesure, soumises aux ressources, aux valeurs et aux intérêts bureaucratiques, parmi lesquels on retrouve la quantité et la qualité du personnel disponible, l'éventail des sanctions formelles et informelles disponibles, le respect des conventions acceptées portant sur la responsabilité interne et externe et l'obligation de rendre compte, le fait d'éviter (si possible) des réactions juridiques ou politiques négatives aux initiatives administratives et la fierté professionnelle de la réalisation des objectifs avoués ou cachés du régime.

Par conséquent, les lois de réglementation produisent un comportement administratif et des normes administratives, différentes des normes juridiques. Ces deux éléments sont à leur tour influencés par le comportement et les normes provenant d'autres sources et les influencent. C'est donc la convergence des normes et du comportement administratif et non administratif qui, en fin de compte, produit les mesures de réglementation qui influent sur des situations particulières.

Toutefois, il nous faut maintenant faire face à plusieurs hypothèses supplémentaires : chaque cas de mesure de réglementation est explicitement prescrit ou implicitement englobé par l'esprit et la lettre de

la loi qui permet cette mesure; chaque mesure a fait l'objet d'une décision officielle, d'un ordre ou d'une autre disposition; et chaque mesure produit une conduite conforme au type de conduite envisagée par la loi. Toutes ces hypothèses peuvent être mises en doute.

À l'occasion, on peut être témoin de ce qu'on pourrait appeler « l'hyper-réglementation ». En effet, un régime de réglementation peut déborder son mandat et chercher à s'imposer à des comportements ou à des personnes qu'il ne devait pas toucher à l'origine. Ce phénomène peut s'expliquer par une mauvaise lecture de la loi, mais peut également être une réaction à certains stimulus sociaux, politiques ou bureaucratiques inhabituels. Que survienne un nouveau danger non prévu ou une modification radicale de la demande du public pour le contrôle d'un problème persistant, on demande alors au régime de réglementation existant de réagir rapidement, car c'est le seul moyen d'action que le gouvernement a sous la main. Ou encore, en raison d'un impératif bureaucratique quelconque, y compris le zèle déployé pour assurer le bien-être public, un régime de réglementation peut s'aventurer dans des entreprises inhabituelles et non autorisées.

Mieux connue que l'hyper-réglementation, on retrouve toutefois, à l'autre extrême, l'hypo-réglementation. Cette dernière est le fruit de la timidité, de la paresse, de l'inéptie ou de la lourdeur administrative, ou encore une fois d'une mauvaise interprétation de ce que la loi, qui encadre la réglementation, permet ou exige. Cependant, ce ne sont pas des situations qu'on risque de retrouver souvent. Presque toujours, les personnes qui appliquent la réglementation travaillent dans le cadre d'une économie interne de rareté : le manque de personnel, de pouvoirs, de connaissances ou d'appui public pour assurer le respect parfait et permanent des objectifs et des normes réglementaires. Ces personnes, confrontées à l'impossibilité d'assurer le respect dans tous les cas, peuvent choisir de ne s'occuper que des violations les plus flagrantes, des cas importants, des cas-tests dont la solution pourrait permettre de clarifier les interprétations douteuses ou être considérée comme typique de toute une catégorie de cas, des cas non controversés et inoffensifs, des cas choisis au hasard qui pourraient être portés à leur attention, ou d'aucun cas.

En outre, lorsqu'on s'attaque à des cas, on peut les traiter autrement que par des procédures longues, coûteuses et pas nécessairement efficaces. On peut au contraire favoriser un traitement informel afin de pouvoir assurer le respect total ou partiel par la menace, la semonce, la persuasion, la négociation ou même la négligence bienveillante.

Par ailleurs, l'emploi des préfixes « hypo » et « hyper » laisse supposer qu'il est possible de dire quand la réglementation est ni l'une ni l'autre, mais « juste à point ». Une telle notion est trompeuse. Cependant, il est pratiquement impossible de prévoir toute situation de réglementation ou de la traiter en langage clair, et juger si une réglementation est trop ou

trop peu ou « juste à point » relève beaucoup de la perspective politique et de l'intérêt personnel.

Cependant, aux fins de l'analyse, on peut supposer que la réglementation fonctionne parfois comme il se doit et tel que prévu par le modèle qu'ébauchent souvent les conseillers et les rédacteurs de lois, les présidents de comités ou de commissions ou les cours d'appel. La norme statutaire est appliquée directement, avec un minimum de distorsion administrative, dans le cadre d'une procédure formelle dont le résultat est une décision ou un ordre exécutoire. Il ne s'ensuit pas nécessairement que ces décisions ou ces ordres soient automatiquement suivis ou appliqués de force.

Même après avoir pris des mesures officielles, même après qu'elles aient suivi leur cours, il y a parfois cafouillage entre la mise en vigueur et le respect des lois. Qu'est-ce qui cause ce cafouillage? On peut énoncer toute une série de possibilités : des décisions ou des ordres mal rédigés; l'accélération du cours des événements qui rend les résultats discutables; des obstacles de procédure ou de preuve qui empêchent de prouver le non-respect; les calculs ou les mauvais calculs d'avantages stratégiques ou de gains tactiques de la partie qui propose et qui mènent à l'abandon tranquille des efforts formels visant à assurer le respect de la loi; une résistance intransigeante, parfois nourrie par l'incompréhension ou l'antipathie d'un autre organisme décideur ou un manque de volonté du régime de réglementation.

Finalement, les conséquences de l'apparition de normes administratives ou d'un comportement administratif, de mesures de réglementation ou de leur absence, du respect partiel ou total ou du non-respect de la loi ne se limitent pas qu'au contexte précis de la réglementation. Chacun de ces éléments peut déclencher des réactions externes qui prennent la forme d'appels aux autorités légales ou administratives supérieures ou qui passent par les canaux socio-politiques. Ces réactions peuvent, en retour, produire de nouvelles lois, donner une nouvelle vigueur et un nouveau sens à d'anciennes lois ou mener à leur modification ou à leur annulation. Une fois cet effet noté, on revient à notre point de départ, aux premières étapes de notre modèle dynamique (figure 2-4).

Au début de cette section, on a laissé entendre que le modèle proposé devrait et pourrait s'appliquer à un grand nombre, sinon à toutes les hypothèses et théories identifiées dans la section précédente. On doit maintenant revenir brièvement sur cette supposition. À l'intérieur du modèle dynamique proposé à la figure 2-4, il y a des points où, de toute évidence, on peut employer avec profit les différents niveaux de l'analyse juridique.

Par exemple, le modèle dans son ensemble, et en particulier la partie du modèle qui cherche à décrire les liens entre le processus politique et le processus législatif, est souvent le sujet de ce qu'on a appelé précédemment la « théorie profonde ». Les juristes critiques, les marxistes

et les sociologues de la jurisprudence (voir Annexe B) traitent tous cette relation comme un élément central d'étude.

Pour prendre un autre exemple, l'empirisme logique peut faire beaucoup pour valider ou infirmer les hypothèses énoncées sur ce qui se produit à d'autres points du processus à des moments donnés en examinant, par exemple, ce que sont les déterminants caractéristiques du comportement bureaucratique, les événements imprévus qui influencent le choix entre les stratégies de respect formel et informel et l'incidence et le résultat des appels. Si on admet que l'empirisme est également contingent (enraciné dans la théorie épistémologique profonde et sujet à l'influence idéologique ou normative), on peut quand même se rendre compte comment une évaluation franche et soignée des causes et des effets réels proches peut contribuer grandement à l'amélioration ou à la modification de notre modèle. Elle peut également servir à raffiner les jugements pratiques sur la conception législative, l'affectation des maigres ressources administratives ou la probabilité du succès ou de l'échec de la réglementation dans des situations données.

Quant aux perspectives associées aux fonctionnaires juridiques, la sensibilité à la notion générale voulant que le droit existe dans un contexte, qu'il réagit à des stimulants externes, est probablement la marque du stratège de la réglementation qui réussit. Si, comme la politique, la réglementation peut être définie comme l'art du possible, ceux qui sont informés et savent que dans toute mesure, il faut compter sur des événements inattendus, risquent probablement d'éviter certaines erreurs et quelques frustrations. Cependant, leur sensibilité au contexte peut ne se révéler qu'un vague mélange, même involontaire, de leçons de la théorie profonde et de l'empirisme. Comme on l'a avancé précédemment, ils sont donc exposés au risque des fausses conceptions fondamentales, d'une compréhension imparfaite ou de réactions à des influences contradictoires. Une immersion dans la dialectique qui s'établit entre la théorie, l'empirisme et la pratique leur offre toutefois des garanties et des correctifs, et leurs connaissances tacites de même que leur volonté d'apprendre des leçons de l'expérience leur permettra souvent de surmonter tous les obstacles.

Comme ils occupent souvent des postes stratégiques dans le processus de réglementation, comme les hauts fonctionnaires, les conseillers de politique, les critiques universitaires, les défenseurs des principaux groupes d'intérêt et les présidents des commissions et des organismes dirigeants, ceux qui sont sensibles au droit dans le contexte doivent souvent prendre d'importantes décisions stratégiques qui déterminent la ligne de conduite qui sera adoptée à différentes étapes du processus de réglementation. En revanche, ceux qui considèrent le droit comme un outil ont une vision beaucoup plus circonscrite, une vision davantage tactique que stratégique, qui traduit leurs fonctions dans le processus de réglementation. En effet, ces personnes savent comment

faire les choses; quand faire appel au processus formel ou informel; comment acquérir un avantage tactique ou un moyen de pression par la revendication de droits de procédure ou le recours à l'influence politique; quels types d'arguments porteront dans un contexte donné et quand il est sage d'ignorer la loi et de ne se fier qu'à soi, à des stimulants économiques ou d'autres moyens. En bref, ils connaissent la loi, mais ils ne sont pas fascinés par elle; ils sont techniquement compétents, mais leur objectif ultime n'est pas tant de bien comprendre la loi que d'obtenir un résultat particulier dans une situation donnée.

Ces caractéristiques, qui sont associées à ceux qui considèrent le droit comme un outil, se retrouvent chez les bureaucrates et les avocats efficaces. Au fur et à mesure qu'ils gravissent les échelons de la profession, grâce à leurs talents, pour devenir juges, membres d'un tribunal ou chefs d'une direction ou d'un service, ils peuvent être obligés de s'attaquer à des tâches stratégiques plutôt que tactiques, de passer des cas particuliers aux généralités. Certains réussissent cette transition, d'autres non. Cependant, même lorsqu'ils utilisent leurs outils juridiques, ils marquent le cours des événements et contribuent ainsi en définitive à la dynamique du processus de réglementation.

L'utilisation du droit comme un outil peut prendre une valeur incalculable à des moments importants pour faire avancer la cause de ceux qui réglementent ou de ceux qui sont réglementés. Cependant, ceux qui sont capables de l'utiliser ne possèdent qu'une forme limitée de connaissances, et c'est là qu'on fait face à un problème sérieux. Précisément parce que ces personnes sont les ouvriers qualifiés du processus de réglementation, précisément parce qu'ils peuvent s'adjuger les crédits de résultats particuliers, ils sont appelés à donner des conseils sur l'ensemble du régime de réglementation et on accorde à leurs conseils un poids considérable. Cependant, comme leurs connaissances sont limitées par les exigences de leur travail et par sa nature souvent partisane, leurs opinions n'embrassent pas l'ensemble du contexte, sans oublier qu'elles n'ont pas la vision idéologique, théorique et empirique plus profonde si utile aux décideurs bien informés.

Pour terminer, nous allons examiner brièvement ceux pour qui le droit est un ensemble de règles. Ces personnes sont également indispensables au fonctionnement d'un régime de réglementation et leurs perceptions peuvent contribuer à parfaire notre modèle.

Dans toute organisation bureaucratique, publique ou privée, les décisions discrétionnaires sont réservées à ceux qui occupent des postes élevés dans la hiérarchie. Les décisions de premier niveau ont tendance à être relativement stéréotypées, en particulier lorsqu'il y a de nombreuses décisions à prendre et qu'il faut assurer une certaine cohérence. Que la loi ou le règlement fournisse des catégories détaillées ou que, de façon plus probable, celles-ci soient définies dans des manuels ou simplement apprises, la tâche du décideur de premier niveau

est de classer un problème particulier dans une catégorie définie et de le traiter d'une manière prédéterminée. Les problèmes qui présentent une anomalie peuvent faire l'objet d'un traitement spécial; les erreurs de classification peuvent être corrigées au cours d'une vérification ultérieure; les personnes lésées peuvent avoir le droit de contester ou de demander un nouvel examen, mais la « loi » du régime de réglementation est en fait destinée à en être la règle.

Une connaissance approfondie des règles et le pouvoir de les appliquer sans effort seront donc les outils du responsable de la réglementation à ce niveau. Cependant, ces qualités sont également les moyens par lesquels il pourra déformer les buts et l'application du régime de réglementation. Une connaissance approfondie de ces règles révélera des lacunes et des contradictions. Elle permettra d'échapper, par des moyens légaux, à des connaissances qui semblent inévitables. L'application facile renforcera l'impression d'inévitabilité, masquera ce qui pourrait être des erreurs de négligence ou des déformations délibérées ou simplement de l'intimidation. Comme de nombreux régimes de réglementation mineurs touchent la vie des gens ordinaires précisément à ce niveau, il ne faut pas s'étonner qu'ils soient particulièrement vulnérables à l'hyper-réglementation ou à l'hypo-réglementation. L'élimination ou la limitation des pouvoirs discrétionnaires, qui est si souvent à l'ordre du jour des réformes de la réglementation, peuvent donc en fait contribuer à détériorer l'administration au lieu de l'améliorer.

Jusqu'à présent, nous n'avons relevé que la façon dont diverses perspectives intellectuelles pouvaient influencer et influencent probablement divers aspects de notre modèle de processus et l'éclairer. Il va sans dire que ce modèle peut faire l'objet d'une critique idéologique : en fait, déterminer l'importance pour le comportement et les résultats à chaque étape du processus est en soi une critique idéologique. Les « droits » de ceux qui sont réglementés sont-ils correctement protégés? Le processus nuit-il de manière indue à l'activité des entreprises? La réaction du public à la réglementation est-elle influencée par la structure de propriété des médias? Ces questions se posent à partir de prémisses politiques explicites.

Pour résumer, on a maintenant identifié les différentes visions du droit comme instrument de l'intervention de l'État de même que différents types idéaux. On a proposé un modèle dynamique du processus de réglementation dans lequel on a intégré ces types idéaux. Les perceptions du droit qui sont associées aux divers types idéaux peuvent servir à éclairer les processus intégrés au modèle dynamique de réglementation. Il nous reste à rappeler un point mentionné précédemment. Ces types idéaux ne sont pas nécessairement des personnes en chair et en os. Bien que les attitudes décrites soient caractéristiques de personnes qui exercent une fonction donnée, on ne les retrouve pas nécessairement chez des particuliers, à un degré donné. Cependant, le recours à des types

idéaux nous rappelle au moins que, comme la réglementation est en soi complexe, changeante et multiforme, il en est de même de la nature de nos connaissances sur la réglementation, lesquelles sont liées à des perspectives particulières et des centres d'attention ou d'activité.

## **La forme, la fonction et le contexte**

Pour construire un modèle du processus de réglementation, nous nous sommes inspirés, pour notre analyse, de la loi réglementaire type, dont le premier exemple est la *Loi sur les fabriques* de 1833, laquelle a été suivie de nombreuses lois de nature interventionniste au milieu du siècle dernier. Il nous faut maintenant revenir en arrière pour tenter d'expliquer pourquoi les lois de réglementation sont devenues et continuent d'être une technique d'intervention aussi importante pour l'État démocratique moderne. Avant de nous lancer dans cette enquête, il nous faut préciser qu'on ne cherchera pas à savoir si l'État doit intervenir ou non, et à quelles fins. Nous allons plutôt supposer que le processus politique en arrive à la décision que l'État doit agir pour atteindre certains objectifs et qu'il doit donc décider des moyens à prendre pour ce faire.

Cette enquête comprend trois aspects. Premièrement, il faut se demander pourquoi on préfère la loi aux autres stratégies d'intervention. Deuxièmement, il nous faut tenter de comprendre les éléments particuliers d'une loi de réglementation qui conviennent mieux que d'autres formes juridiques au type d'intervention choisie. Finalement, nous allons brièvement explorer comment le contexte juridique, social et politique d'une telle législation peut agir comme facteur déformant ou limitatif dans la réalisation des objectifs de la réglementation.

Pour ce qui est de notre première question : pourquoi « la loi »? Les gouvernements, en principe, peuvent choisir parmi un vaste éventail d'instruments de lignes de conduite. Bien que certains de ces instruments puissent être prescrits par la loi ou éventuellement mis en vigueur par la loi, on n'a pas à s'en servir comme instrument de manière régulière comme les mécanismes « légaux » judiciaires ou de réglementation, bien qu'on puisse faire appel à ces derniers à l'occasion. Parmi ces instruments, on retrouve les stratégies financières et fiscales directes ou indirectes comme la participation, le contrôle, les stimulants ou les mesures décourageantes (par ex., les dépenses et les emprunts publics, la propriété d'État, les marchés, les prêts, les subventions, les taux d'imposition ou les avantages fiscaux ou les amendes); l'incitation ou l'éducation (p. ex., les campagnes d'information contre le tabagisme ou pour promouvoir la conservation de l'énergie; les récompenses pour bravoure ou pour la recherche; la diffusion des connaissances sur le sexe et le contrôle des naissances); le comportement exemplaire (p. ex., le recrutement et l'avancement de membres de groupes minoritaires dans la fonction publique; la limitation des dépenses non statutaires; le

respect de la moralité personnelle et de l'observance rituelle symbolique); la négociation (p. ex., la coordination et la collaboration intergouvernementale, la négociation collective, le règlement des réclamations territoriales des autochtones).

L'affirmation voulant que ces importants instruments de lignes de conduite ne touchent pas le droit ne doit pas évidemment être prise au sens strict. La distinction entre les instruments légaux et non légaux est toute relative. Nombre de ces mesures sont de toute évidence légales, au moins dans le sens où elles sont autorisées par la loi ou la common law ou demandent une approbation légale formelle avant d'entrer en vigueur. Nombre de ces instruments produisent également des lois comme les ententes détaillées, les manuels, les coutumes ou les conventions qui servent de normes à la conduite du secteur privé ou du gouvernement dans l'avenir. Par conséquent, les étiqueter d'instruments « non légaux » revient simplement à dire qu'ils ne possèdent pas toutes les caractéristiques de la loi comme elle s'exprime dans le Code criminel, la doctrine de la common law ou la loi de réglementation type décrite à la figure 2-4.

Il y a néanmoins une différence entre le fait d'utiliser la loi et de ne pas l'utiliser : maintenir les salaires du secteur public à un bas niveau par une négociation collective serrée n'est pas la même chose que de les limiter par l'adoption d'une loi; réaffecter les responsabilités gouvernementales en modifiant la Constitution n'est pas la même chose que de le faire par la négociation fédérale-provinciale; interdire ou réglementer la vente de l'alcool ou des drogues n'est pas la même chose que d'en critiquer la consommation ou d'en réserver la vente exclusive à des établissements de l'État.

Quand on a compris cela, quels sont alors les critères à utiliser pour décider de l'adoption d'une ou de plusieurs mesures « non légales », en exclusivité ou en combinaison avec la « loi »? Ces critères sont difficiles à articuler. Cependant, ils se rapportent en général à trois facteurs : a) les jugements portés sur la relative efficacité des mesures légales et non légales dans des circonstances données, b) un calcul des coûts politiques et autres du recours ou du non-recours à la loi, et c) les convictions partagées sur la légitimité particulière du droit comme instrument de ligne de conduite. Pour ce qui est des deux premiers facteurs, on ne peut que formuler des observations très générales dans l'abstrait, sans tenir compte du contexte. Cependant, le troisième transcende le contexte et mérite un examen un peu plus approfondi.

Quant à l'efficacité (l'instrument choisi obtiendra-t-il les résultats escomptés?), les gouvernements peuvent établir s'ils traitent de cas particuliers de déviance, affichant un comportement caractéristique largement répandu ou de facteurs structurels. Quel instrument est le plus susceptible de produire les résultats souhaités : l'incitation ou la menace? Les gouvernements souhaitent-ils obtenir des « résultats » autres que d'indiquer qu'ils semblent faire quelque chose? Ils doivent

aussi décider de mettre en place soit des moyens à court terme, flexibles et qu'on peut facilement remanier ou des moyens à long terme, prévisibles et qu'on peut difficilement modifier. L'efficacité est une question de jugement obtenue non pas par les lois de la physique, mais par une intuition politique et administrative informée.

Lorsqu'on fait appel à cette intuition, alors entre en jeu le deuxième facteur, soit une évaluation de ce qu'il en coûtera au gouvernement pour obtenir ce qu'il veut. On peut prévoir les coûts financiers : les subventions, les salaires administratifs ou judiciaires, l'accroissement des coûts de production ou la réduction des dépenses à la consommation, mais on doit également prendre en considération les coûts non monétaires. L'adoption d'un instrument particulier d'intervention fera-t-elle perdre ou gagner de l'appui politique au gouvernement, favorisera-t-elle ou minera-t-elle la réalisation des autres objectifs politiques ou provoquera-t-elle une série d'événements imprévisibles dont les effets possibles semblent dangereux?

Les réponses à ces questions peuvent mener à l'adoption de stratégies d'intervention complexes comme le Programme national énergétique, les programmes de création d'emploi fondés sur les stimulants fiscaux ou une campagne politique pour réduire les dépenses gouvernementales et les salaires offerts dans le secteur privé. Il peut s'agir d'intervention purement verbale : des avertissements sévères, de l'incitation, des promesses d'un avenir meilleur. Il peut s'agir aussi d'une réponse qu'on qualifie de « juridique », si on prend ce terme dans son sens relatif.

Quand cette intervention prendra-t-elle la forme d'une loi qui comprend le recours à un tribunal, à une commission ou à un ministère pour juger ou régler autrement, d'autorité, un cas particulier, pour fixer des normes de comportement ou pour définir et imposer les conséquences d'une mauvaise conduite? Pour comprendre à quel moment on a recours au droit en ce sens, il nous faut dépasser le cadre des calculs instrumentaux pour cerner la fonction du droit comme idéologie.

D'une part, la « règle de droit » est profondément enracinée dans notre culture politique. S'il survient une controverse sur l'intervention de l'État, il peut être important pour les critiques comme pour les défenseurs d'être en mesure de renforcer (ou de sembler renforcer) leur position en appelant à la règle de droit. Si on peut démontrer que l'on a utilisé des procédures conventionnelles et des ententes institutionnelles pour produire une « loi » valide, ceux qui appuient cette loi peuvent affirmer que même ses opposants doivent y obéir. Même si on peut remettre en cause la sagesse d'une loi, on ne peut faire de même pour sa légitimité (son pouvoir à imposer l'obéissance). En revanche, si on tente d'obtenir le respect d'une réglementation qui n'est pas intégrée dans une loi, on peut se faire accuser de manquer de légitimité. Ces tentatives peuvent être considérées comme un affront à la démocratie parlementaire, une imposition bureaucratique, corporatiste ou

totalitaire. L'absence même de fondements législatifs clairs de l'intervention de l'État offre à ces détracteurs un autre élément de critique qui s'ajoute à ceux qui touchent les lignes de conduite.

Dans le discours politique, la « règle de droit » est donc importante dans la mesure où les procédures et les institutions ne sont pas contestées : ce n'est que lorsqu'elles sont acceptées, que lorsqu'elles sont considérées comme essentiellement neutres, qu'elles peuvent mettre fin au débat. C'est pourquoi les opposants ou les tenants de l'intervention de l'État peuvent chercher à s'appropriier ou à redéfinir la signification de la règle de droit, signification qui a, en fait, changé au cours des siècles et qui est toujours indéterminée. C'est en ce sens qu'il nous faut comprendre les prétentions voulant que la peine de mort soit inconstitutionnelle, que le droit de grève est compris dans la liberté d'association, que la publicité commerciale correspond à la liberté d'expression ou que la protection de l'environnement devrait être garantie par un amendement à la Charte.

Ce processus ou cette redéfinition de la règle de droit ne se réalise pas que par l'adoption explicite de normes fondamentales nouvelles, par exemple la Charte, ou les garanties minimums prévues dans les procédures administratives. Il peut tirer son origine des processus permanents et implicites de l'interprétation textuelle ou de propositions grandioses visant à garantir la transformation de notre conscience et de notre culture politique. Dans ce contexte toutefois, ce qu'il faut retenir, c'est que la règle de droit est plus qu'une norme non controversée à partir de laquelle on peut juger un débat; son contenu et ses répercussions font également l'objet d'un débat permanent.

D'autre part, bien que la règle de droit en général puisse, à l'analyse, sembler manquer de l'objectivité et de la neutralité qu'on lui attribue dans notre culture politique, elle a une autre signification particulière pour les avocats. Pour ces derniers, elle est un terme technique et une prémisse idéologique. Comme terme technique, elle comporte l'idée, inspirée de Dicey, d'une insistance quasi constitutionnelle à recourir aux tribunaux supérieurs ou à leur contrôle plutôt qu'à toute autre forme de prise de décision publique. Comme l'idéologie, elle met l'accent sur le rôle central des professionnels juridiques dans les affaires de l'État et justifie ainsi l'autonomie et les autres avantages réclamés par le Barreau. Si on envisage d'autres mesures, comme celles mentionnées précédemment, qui s'éloignent du recours formel aux tribunaux même si, comme on le verra, il s'agit de demander à des organismes autres que des tribunaux supérieurs de porter des jugements, on prête le flanc à des attaques juridiques pour des motifs constitutionnels ou autres. Ces mesures peuvent aussi être l'objet d'attaques virulentes de la part de porte-parole professionnels qui les décriraient comme des violations à la règle de droit, ce qui réduirait leur légitimité aux yeux du public.

Nous avons donc partiellement répondu à la première question posée. On peut choisir le recours à la loi de préférence à d'autres stratégies d'intervention parce que, mis à part des considérations touchant l'efficacité et les coûts, et malgré ces considérations, il permet d'éviter ou de réduire la controverse sur la légitimité de l'action de l'État. Le recours à la loi permet aussi d'obtenir l'appui, ou tout au moins de bâillonner l'opposition, d'une élite stratégique, la profession juridique, dont les intérêts et l'idéologie sont étroitement liés au droit.

Avant d'aborder la deuxième question, pourquoi les gouvernements choisissent-ils si souvent la loi de réglementation comme moyen privilégié d'expression du droit, il nous faut revenir sur la discussion que nous venons d'avoir.

Comme nous l'avons vu, le « droit » n'est pas un terme qui peut se définir. Sa signification générale comme ensemble de règles ou phénomène behavioriste, comme cause ou effet de forces socio-économiques, comme impératif moral ou comme état de conscience, fait l'objet d'une importante controverse. Il nous faut maintenant ajouter à cette controverse un autre élément : les diverses expressions institutionnelles et formelles du droit provoquent des réactions politiques et professionnelles différentes. On peut retrouver des traces de cette différence dans l'allusion précédente à la règle de droit de Dicey, qui tient une si grande place dans notre culture juridique et politique. La prochaine étape de notre analyse amplifiera cette allusion.

Lorsque les avocats parlent de la règle de droit, ils ont tendance à présumer que : les règles juridiques ne sont énoncées d'autorité que par les législateurs ou (dans la *common law*) par les juges; ces règles formeront la législation « ordinaire » applicable à tous les citoyens; elles sont suffisamment précises pour éliminer (ou grandement réduire) la discrétion des fonctionnaires chargés de l'application de la loi et qu'elles offriront des conseils sûrs à ceux qui doivent les respecter; la violation de la loi entraînera des conséquences prévisibles; les décisions concernant les violations et les conséquences seront prises au cours de débats tenus devant les tribunaux « ordinaires », c.-à-d. les tribunaux supérieurs; et que les règles adjectives régissant ces débats seront également « ordinaires », c.-à-d. qu'elles seront conformes à celles généralement en usage dans les causes civiles ou criminelles. On peut décrire ce modèle de droit comme étant le modèle formel-judiciaire.

Les avocats ont tellement bien réussi à fixer les termes du débat sur les procédures et les institutions judiciaires qu'ils ont réussi à faire coïncider leur modèle formel-judiciaire à la notion même de règle de droit. D'autres visions possibles de la règle de droit ont pu mettre l'accent sur la participation du milieu, la qualité des résultats tangibles ou le pluralisme des formules institutionnelles. Ces visions ont toutefois eu tendance à être considérées (particulièrement par les avocats) comme

illicites ou anormales, comme le modèle bureaucratique ou administratif qui caractérise la loi de réglementation.

Il y a un siècle, Dicey a tracé une ligne nette entre la loi administrative et le modèle formel judiciaire de la loi « ordinaire ». De nombreux observateurs contemporains continuent de considérer ces deux types de lois comme contraires. De nos jours, même ceux qui reconnaissent du bout des lèvres les faiblesses descriptives du modèle de Dicey continuent de le considérer comme un idéal à atteindre, tandis que ceux qui envisagent l'adoption d'une loi administrative sans sourciller ont parfois tendance à demander l'adoption d'éléments formels-judiciaires comme correctifs au mauvais fonctionnement administratif. Qu'est-ce qui caractérise alors le modèle administratif, apparu dans les lois sociales et de réglementation type adoptées au cours des 100 ou 150 dernières années?

Le modèle administratif (dont nous avons déjà examiné les sous-espèces de réglementation) possède trois caractéristiques : la responsabilité active et permanente de la réalisation des objectifs législatifs est confiée à des ministères, des commissions et des fonctionnaires; ces sources administratives produisent des règles légales sous la forme d'autres lois ou de quasi-lois, de circulaires, de manuels, de décisions et de modèles de comportement, quoique dans un cadre juridique et conforme au respect des principes juridiques et constitutionnels; ces règles sont établies en fonction du contexte et s'adressent à des secteurs particuliers plutôt qu'à l'ensemble de la société. Les lois autorisant ce comportement administratif sont généralement assez souples; elles accordent une très grande discrétion aux paliers supérieurs, souvent pour leur permettre de réagir comme il convient à un comportement inconnu ou non réglementé. Les résultats des violations et leurs conséquences peuvent être imprévisibles parce qu'elles font partie d'un processus permanent dans lequel la mise en vigueur des politiques générales se réalise par un ensemble de semonces, de négociations et de sanctions. L'établissement formel des violations et des pénalités est confié à des tribunaux spécialisés, souvent d'experts; et ces tribunaux fonctionnent avec l'aide d'un personnel, sans tenir compte des règles formelles de la preuve, du plaidoyer et d'autres caractéristiques curiales, y compris, fréquemment, le système des parties adverses.

En réalité, l'opposition entre ces deux types idéaux très différents est probablement beaucoup moins grande que l'examen théorique peut le laisser supposer. Par exemple, si on examinait le fonctionnement réel du système judiciaire criminel, on verrait qu'il correspond en grande partie au modèle administratif. Et si on pouvait étudier un ensemble donné de lois administratives, administrées par un tribunal administratif, comme le conseil des relations du travail, on se rendrait compte qu'il possède de nombreux éléments fonctionnels qui ressemblent beaucoup aux éléments du modèle formel-judiciaire. On peut donc dire qu'il existe une

vaste gamme de possibilités qui intègrent les aspects de chacun des deux modèles. Lequel de ces deux modèles, toutefois, devrait prédominer dans une situation donnée?

Une interprétation superficielle des preuves socio-historiques démontre que la règle de droit, le modèle formel-judiciaire et le modèle administratif ont dès le départ été associés à deux attitudes très différentes à l'égard de l'intervention de l'État dans l'activité économique et la vie sociale. Le modèle de la règle de droit, comme présenté par Dicey, Atiyah et d'autres, est en fait l'instrument des anti-interventionnistes du XIX<sup>e</sup> siècle. Le modèle administratif s'est développé par tâtonnement, en réaction à ces comportements, pour répondre à de nouveaux objectifs de réglementation économique et d'assistance sociale qu'on ne pouvait réaliser sans l'adoption de nouvelles techniques juridiques qui semblaient s'éloigner du modèle formel-judiciaire.

De nos jours, le modèle administratif est encore parfois associé à l'interventionnisme, et le modèle de la règle de droit, au laisser-faire, bien qu'on en soit venu à réaliser qu'aucun de ces modèles ne trouvera les mêmes défenseurs dans le temps et selon la gamme des problèmes économiques et socio-politiques. Par exemple, la censure cinématographique par le modèle administratif semble particulièrement intrusive et pourrait soulever la colère de ceux qui favorisent l'emploi de ce même modèle pour contrôler la publicité commerciale. Ceux qui luttent pour réduire les accidents et les blessures au travail affirment que les régimes administratifs de santé et de sécurité au travail se sont révélés inefficaces et devraient être remplacés par des poursuites criminelles et des mesures de rétorsion traditionnelles inspirées de la règle de droit. D'autres ne voient pas pourquoi on ferait appel au processus judiciaire courant pour les cas de divorces consentants, les réclamations d'accidents d'automobile et les infractions au code de la route; ils favorisent le règlement de ces cas par le processus administratif.

Ces positions semblent donner du poids à l'argument voulant que la liaison entre les objectifs politiques et les formes institutionnelles soit fortuite, un simple accident historique, qui se fait jour maintenant par la redécouverte du modèle de la règle de droit, par ceux qui le rejetaient auparavant, et du modèle administratif, par ses dénigreur d'antan. Cet argument ne veut toutefois pas prendre en considération les tactiques à court terme et les jugements opportuns; il semble au moins ignorer ce que les preuves historiques semblent signifier.

De nos jours, comme depuis son origine, le modèle administratif s'attire des faveurs parce qu'il semble offrir de meilleures possibilités de résultats positifs lorsque vient le moment de traiter des situations complexes, dynamiques et reliées au contexte ou de faire face à des situations qui se présentent très souvent, selon un même modèle. Il semble en fait refléter les caractéristiques « scientifiques », logiques et bureaucratiques des structures complexes des sociétés qu'il doit sou-

vent affronter, présentant également les mêmes forces et les mêmes faiblesses.

Lorsque le modèle administratif a commencé à décevoir, parce qu'il n'avait pu livrer la marchandise, on a naturellement recherché des solutions de rechange. Il ne faut toutefois pas oublier que le modèle administratif a été élaboré à l'origine en opposition au modèle formel-judiciaire qui semblait si incapable de devenir le véhicule d'une réglementation, quand il ne le voulait tout simplement pas. On ne peut que prévoir que ce dernier modèle pourrait très bien décevoir aussi et que les défenseurs de la santé et de la sécurité au travail pourraient, par exemple, redécouvrir les charmes discrets de la bureaucratie. En revanche, même ceux qui défendent la règle de droit, comme les juges des tribunaux supérieurs, pourraient très bien arriver à conclure qu'il irait de leurs intérêts de réserver les maigres ressources judiciaires aux causes plus controversées, exaltantes et prestigieuses et de conclure que le modèle administratif est la réponse au problème de l'efficacité.

Finalement, pour en arriver au point politique : il est tout à fait normal, sur les plans historiques et fonctionnels, que ceux qui souhaitent voir l'État s'intégrer dans le secteur privé choisissent le modèle administratif comme étant la méthode la plus efficace d'intervention tandis que ceux qui résistent à la réglementation s'y opposent pour la même raison. En droit donc, comme en architecture, la forme en est venue à suivre la fonction. L'inverse est tout aussi vrai : le désir d'interdire la fonction amène à détester la forme.

Essayons maintenant de voir si le modèle administratif peut favoriser l'intervention de l'État, et le cas échéant, de quelle façon, et le modèle formel-judiciaire de la règle de droit, l'empêcher. Nous ferons appel à plusieurs exemples connus.

Examinons, par exemple, la question de la spécificité législative par rapport au langage juridique qui laisse une marge de manoeuvre et prête à interprétation. Dans de nombreux cas, la spécificité législative est impossible à réaliser parce que la nature même du problème (sans parler des réactions possibles) est à peine comprise, quand ce n'est pas du tout, lorsque la loi est promulguée. En effet, on crée un nouvel organisme administratif pour étudier un problème et on lui demande en même temps de le régler, en espérant que grâce à un processus dialectique, on en arrive à de nouvelles perceptions qui serviront à reformuler des stratégies d'intervention. Dans la même veine, les organismes administratifs auront une grande marge de manoeuvre parce que le problème évolue rapidement, mais aussi parce que les innovations technologiques ou scientifiques ou d'autres faits incertains font que le langage législatif ne peut les englober ou être révisé suffisamment rapidement pour en tenir compte.

Examinons la question des règles de procédure conventionnelles. Les procédures conçues pour traiter les controverses individuelles, au

détail, peuvent être submergées lorsqu'on s'en sert pour traiter des cas en grand nombre, en groupe. Les règles de la preuve conçues pour des présentations contradictoires de faits à juger peuvent être inopérantes lorsqu'on les applique à l'examen de faits législatifs. Les maximes interprétatives tirées d'un contexte politique historique où les droits de propriété tenaient le haut du pavé, peuvent être déplacées dans le contexte contemporain où les intérêts sociaux ou personnels ont la priorité.

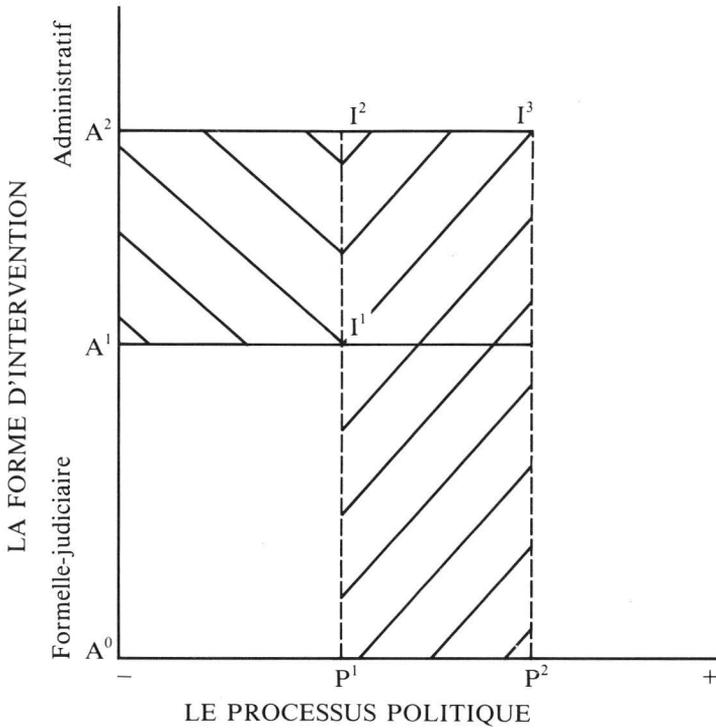
Pour prendre un autre exemple, un tribunal pouvant compter sur des professionnels juridiques compétents peut se révéler un choix logique si la tâche à réaliser consiste à évaluer et à appliquer des règles juridiques. Cependant, cette logique ne tient plus lorsqu'il s'agit de médiation, de promulgation d'un nouveau régime normatif ou d'évaluation de données économiques. Chacune de ces tâches demande une forme différente de compétence.

Par conséquent, non seulement en raison des circonstances historiques, mais également en raison de l'expérience contemporaine, on en est venu à reconnaître qu'il y a une relation assez étroite entre les visées interventionnistes de la loi et son expression administrative, ou, à l'inverse, entre les visées non interventionnistes et le choix de dispositions institutionnelles qui se rapprochent du modèle formel-judiciaire. La figure 2-5 entend présenter visuellement cette hypothèse paradigmatique qui nous renseigne sur la loi moderne de réglementation.

Dans la figure 2-5, l'axe vertical représente une gamme de formes institutionnelles juridiques par lesquelles se manifeste l'intervention de l'État, allant du modèle formel-judiciaire idéal ( $A^0$ ) au modèle administratif idéal ( $A^2$ ). Plus on monte dans l'échelle, plus on ajoute de caractéristiques administratives, comme la compétence, le personnel administratif, les pouvoirs de redressement distincts; par ailleurs, quand on descend dans l'échelle, on se rapproche de plus en plus du tribunal traditionnel (ce qui comprend le recours à des procédures contradictoires, le plaidoyer formel, la loi « ordinaire »). L'axe horizontal représente la contribution du processus politique à la conception initiale, à l'application et à la reformulation ultérieure des politiques d'intervention de l'État. (Comme l'indique la figure 2-4, le mot « politique », en ce sens, comprend les influences sociales, économiques et idéologiques qui se manifestent également à chaque étape du processus.) Quand on se déplace le long de l'axe horizontal de  $P^1$  à  $P^2$ , on indique un appui politique de plus en plus grand à l'intervention ou des pressions exercées en ce sens.

Il nous est maintenant possible d'avoir une compréhension paradigmatique de la façon dont la forme administrative est liée à une intervention d'État efficace. Supposons un niveau particulier d'appui politique ( $P^1$ ) : le choix d'un moyen d'intervention possédant certaines caractéristiques administratives ( $A^1$ ) produira un niveau donné d'efficacité de

**FIGURE 2-5 L'effet des formes juridiques sur l'incidence de la réglementation: une compréhension paradigmatique**



l'intervention (la partie non ombragée  $A^0 - A^1 - I^1 - P^1$ ). Si le caractère administratif du modèle d'intervention est accentué (se déplaçant de  $A^1$  à  $A^2$ ), l'efficacité de l'intervention s'accroîtra (par la partie ombragée  $A^1 - A^2 - I^2 - I^1$ ) même si le processus politique demeure constant ( $P^1$ ).

Cependant, pour situer cette perception en perspective, même si la forme administrative demeure constante (à  $A^2$ ), l'accroissement de la pression ou de l'appui politique (de  $P^1$  à  $P^2$ ) amènera une intervention encore plus efficace (la zone ombragée  $P^1 - I^2 - I^3 - P^2$ ).

Cette présentation visuelle présente toutefois des limites. Bien que les hypothèses sur les répercussions de la forme institutionnelle choisie et du processus politique sur les effets de l'intervention aient été présentées comme étant conceptuellement distinctes, elles ne sont pas évidemment indépendantes en pratique. Le renforcement du caractère administratif d'une structure n'apparaît pas spontanément; il s'agit plus probablement d'une réaction à un appui politique ou d'une demande d'appui politique. De même, le processus politique, du moins en partie,

réagit aux initiatives administratives et législatives : de nouvelles structures et de nouveaux niveaux d'intervention peuvent provoquer l'opposition ou l'enthousiasme. Ces deux éléments agissent l'un sur l'autre; en fait, ils peuvent être des réactions simultanées au même stimulus.

Comme on l'a indiqué, le but de la figure 2-5 est de fixer nos hypothèses paradigmatiques voulant qu'il faille adopter des formes administratives si on vise l'efficacité de l'intervention de l'État. Une remarque à propos des relations entre les paradigmes et le comportement servira de préface à une analyse plus approfondie. Les paradigmes, comme on a tenté de le démontrer en faisant allusion au développement historique et contemporain, ne sont pas inventés de toutes pièces; ils sont une distillation de l'expérience. On en est venu à reconnaître que les formes administratives sont plus efficaces que les formelles-judiciaires parce que c'est ce qu'on a observé. Par ailleurs, les paradigmes peuvent également déformer l'observation et interpréter l'expérience de façon à la rendre conforme à ce qu'on sait et croit déjà.

Cette mise au point étant faite, on peut maintenant se demander pourquoi, dans le « monde réel », le paradigme ne fonctionne pas toujours, pourquoi les formes administratives ne réalisent pas toujours l'effet de la réglementation ou pourquoi, en fait, les formes administratives sont parfois utilisées à des fonctions non réglementaires. On peut répondre brièvement que le paradigme de la forme administrative-réglementaire n'est pas plus le portrait fidèle de la réalité sociale positive que la vision qu'ont les avocats de la loi de réglementation présentée à la figure 2-3, ou la main invisible d'Adam Smith ou la dialectique de Marx. Pour répondre à cette question de manière plus complète, il nous faut cependant revenir au principal sujet de cette section : les liens entre la forme, la fonction et le contexte.

Un certain nombre de raisons peuvent expliquer pourquoi, dans un cas donné, on a confié à des formes administratives la réalisation de buts législatifs non interventionnistes ou à des ententes institutionnelles, de nature formelle-judiciaire, la tâche d'atteindre des objectifs interventionnistes. Bien que l'inexpérience professionnelle ou un mauvais jugement technique puissent parfois expliquer ces incohérences entre les objectifs et les moyens adoptés pour les réaliser, ce sont souvent d'autres facteurs qui forcent à s'écarter du modèle proposé précédemment. Par exemple, on peut constater une apparente contradiction parce qu'on croit que le modèle formel-judiciaire coûte trop cher pour traiter des litiges courants ou parce qu'on souhaite assurer la réalisation d'objectifs secondaires qu'on n'obtient normalement pas dans les cours criminelles ou civiles traditionnelles (par ex., la réconciliation des conjoints ou la compensation des victimes). La décision inverse, soit celle de confier le travail de réglementation au système judiciaire, peut être motivée par des raisons moins louables. Elle peut traduire un manque d'engagement réel de la part du gouvernement à l'égard de ses objectifs intervention-

nistes avoués, le désir de s'assurer que ces objectifs ne soient exprimés que de manière symbolique et non réelle, ou, au mieux, la peur que l'éloignement des formes judiciaires traditionnelles engendre une opposition irrésistible.

Pour en revenir cependant à l'expression « normale » des poussées interventionnistes par le langage administratif, peut-on supposer que si on choisit la forme convenable, les fonctions souhaitées seront réalisées? Absolument pas : même dans les systèmes administratifs apparemment les mieux conçus, les buts statutaires ne sont pas toujours atteints et le processus administratif ne fonctionne pas toujours de manière efficace. Cette croyance en une corrélation parfaite entre la conception et le rendement n'est pas rare, tout au moins dans les cercles juridiques, et on la rencontre souvent ailleurs. Elle est toutefois naïve.

Il n'est plus possible d'imaginer qu'une fois que la loi exige (même clairement et avec l'appui inconditionnel des cadres administratifs), les gens ordinaires et les sociétés, les forces sociales et les blocs économiques obéiront sans hésitation ou résistance. On a trop souvent vu le contraire. Lorsqu'on passe de la forme et de la fonction à la problématique du comportement, il faut prendre en considération les influences du contexte juridique, social et politique. Ce faisant, on ne fait simplement que rendre explicite certains aspects du modèle pratique élaboré à la figure 2-4.

### *Le contexte juridique*

Pour paraphraser une expression, aucune loi n'est une île qui se suffit à elle-même. En se concentrant sur un seul régime juridique (p. ex., la réglementation des titres), on risque de négliger l'influence des autres régimes qui touchent la même conduite (p. ex., les lois touchant les impôts, les sociétés et la propriété industrielle). En outre, la Constitution et la Charte peuvent limiter notre choix d'objectifs législatifs et de formes institutionnelles. Par conséquent, même au niveau formel, nous avons un système qui peut produire d'éventuelles obligations juridiques contradictoires.

Les contradictions se multiplient lorsque les différents acteurs juridiques réagissent à la loi. Les règles juridiques sont souvent vaguement énoncées, ce qui laisse place à l'interprétation de la part des juges ou des administrateurs, ou, entre ces derniers et les conseillers juridiques du gouvernement et les parties réglementées; même une règle « claire » peut être difficile à appliquer en raison des règles de procédure ou de la preuve; les limites géographiques établissent aussi l'étendue de l'efficacité des dispositions légales les plus précises.

En outre, on ne peut pas supposer que même les énoncés formels et qui font autorité soient compris de la même façon et uniformément appliqués par les juges, les administrateurs, les policiers, les avocats, les

sociétés, etc. Chacun de ces intervenants peut user de la discrétion ouvertement accordée ou tacite qui leur permet de détourner, réinterpréter ou même efficacement annuler les règles juridiques formelles. Chacun de ces intervenants peut agir ainsi en réaction partielle aux responsabilités et aux objectifs associés à la fonction et au rôle particulier qu'il doit assurer.

Il ne faut pas non plus sous-estimer la place importante que prennent les valeurs, les croyances et les idéologies dans ces rôles ou ces fonctions. Par exemple, on a déjà mentionné la prépondérance chez les professionnels juridiques d'un engagement idéologique envers la règle de droit. On peut supposer qu'un engagement semblable peut influencer l'exécution de tâches professionnelles comme la rédaction de lois, la défense de causes particulières ou les jugements rendus. Par exemple, une personne qui rédige une loi peut avoir à choisir entre un langage précis ou vague ou devoir préciser des procédures qui sont judiciaires ou qui demandent enquête, médiation ou gestion. Un juge peut être influencé lorsqu'il décide s'il doit appliquer les sanctions d'une loi qui prévoit un avertissement, une ordonnance, une punition ou une confiscation. Un avocat qui défend en apparence des mesures administratives peut abandonner des arguments parce que le texte de la loi ne semble pas, aux yeux d'un lecteur occasionnel ou méfiant (lui-même ou un juge d'un tribunal de révision), appuyer les mesures prises par son client. Enfin, la Charte, comme projection d'une culture professionnelle juridique centrée sur les tribunaux, peut renforcer et exagérer ces attitudes d'avocat.

Il y a donc, au sein du système judiciaire, des influences qui ont tendance à brouiller les prévisions concernant le fonctionnement futur des lois administratives.

### *Le contexte social*

On a noté qu'il y a souvent un système de « droit » interne produit par les champs sociaux semi-autonomes comme le voisinage et les communautés ethniques, les réseaux commerciaux et les professions organisées, les syndicats et les universités, les entreprises commerciales et les bureaucraties du secteur public. Ces « communautés juridiques » formelles et informelles réglementent les liens de ceux qui appartiennent à la communauté et, dans une certaine mesure, leurs liens avec le monde extérieur grâce à un système de règles qui est parfois explicite, mais toujours bien compris. Ce système de droit interne peut être appliqué par un système spécialisé de sanctions internes ou par des pressions plus subtiles exercées par le groupe.

Un bon nombre des plus importantes décisions quotidiennes de nature sociale et économique se prennent dans le cadre de ces contextes, et conformément à leur loi interne, il semble clair qu'il nous faut explorer

de quelle façon les lois de l'État jouent par rapport à ces dernières. Cette interaction dépendra de nombreux facteurs, y compris la cohésion interne du champ social, l'affirmation du système étatique et le degré de convergence ou de divergence des exigences respectives. En outre, lorsqu'il y a divergence, il n'est pas du tout évident que la loi interne du groupe cède le pas, comme le laisse supposer le cas extrême du crime organisé. On peut, au contraire, se rendre compte que la loi de l'État demeure non appliquée ou qu'elle est appliquée de telle sorte que le champ social demeure intouché ou peut être même renforcé. D'autre part, les lois de l'État peuvent s'imposer au champ social, soit en raison des faiblesses internes de ce dernier ou en raison de la détermination particulière de l'État à assurer le respect de ses lois.

L'efficacité d'un régime de réglementation peut être influencé d'au moins trois façons par l'existence de champs sociaux semi-autonomes. Premièrement, s'il cherche à remplacer les lois internes existantes des groupes réglementés, il peut réussir ou non à imposer les objectifs de la réglementation. Deuxièmement, l'organisme de réglementation peut lui-même devenir une « communauté juridique » dont les lois internes peuvent être ou ne pas être identiques à la loi constitutive. Troisièmement, ceux qui réglementent et ceux qui sont réglementés peuvent finir par établir des liens symbiotiques et informels entre leurs lois internes respectives qui définissent des interprétations acceptées de la loi de l'État, des ententes sur les comportements tolérés ou les limites des lois (ou même au-delà) et des perceptions tacites concernant la satisfaction des besoins de l'autre et la réalisation de ses objectifs.

La société en général comprend de nombreux champs sociaux semi-autonomes, et il nous faut garder à l'esprit l'effet de ce contexte social plus large sur la réalisation ou l'échec des objectifs de réglementation. On a déjà indirectement examiné un des aspects de ce contexte lorsque nous avons souligné les contradictions existant au sein du système judiciaire lui-même. Ces contradictions sont, dans une certaine mesure, le reflet des contradictions qui doivent exister au sein de n'importe quelle société pluraliste qui cherche à concilier des intérêts, des croyances et des comportements divergents. En outre, lorsqu'on prend en considération le contexte politique de la réglementation, on prend également en considération un autre aspect du contexte social. En vérité, les trois sont étroitement reliés.

On abordera ici plusieurs autres aspects de la société. Premièrement, les importantes différences de recherches matérielles disponibles peuvent avoir un effet sur le fonctionnement de la loi. Ce n'est pas tout le monde qui a un accès égal aux procédures juridiques pour revendiquer des « droits » à n'importe quel moment donné. Les coûts, la patience, le temps et l'accès aux meilleurs avocats ne sont pas accessibles à tous. La loi peut donc être invoquée plus facilement par certains intérêts et

particuliers que par d'autres. En outre, l'attitude traditionnelle des juges et des avocats, qui reflète souvent les valeurs juridiques traditionnelles (p. ex., la protection de la propriété), peut faire en sorte que certaines personnes estiment qu'il vaut la peine de faire appel à leurs services. On ne peut également présumer que les gouvernements peuvent affecter des ressources illimitées pour contrer des intérêts puissants ou même pour assurer une surveillance convenable des personnes relativement faibles.

Ces disparités de ressources influenceront évidemment les stratégies des personnes qui réglementent et de ceux qui sont réglementés. Dans la mesure où la réglementation (ou la résistance à la réglementation) prend la forme d'un litige long, coûteux et peut-être perdu dans des cas uniques, une guerre d'usure, le résultat final dépend moins d'une loi particulière que de ressources importantes. Dans la mesure où le respect volontaire peut être généralement obtenu par la persuasion, des petites menaces ou des promesses implicites de manquement sans importance, les ressources limitées de l'État peuvent être concentrées sur quelques gros contrevenants, à l'avantage aussi bien des entreprises ou des particuliers qui sont plus ou moins prêts à se conformer à la loi.

Il devient donc important d'examiner comment les attitudes sociales prédominantes influencent également la réglementation. Bien que ce comportement se manifeste parfois dans le comportement politique traditionnel, il semble également qu'un appui ou une opposition sociale forte puisse directement influencer l'efficacité de la réglementation. Par exemple, si le public signale les infractions, l'application de la réglementation s'en trouvera facilitée par une réduction des coûts de détention, une augmentation des risques de flagrant délit et un appui à des sanctions sévères.

Toutefois, les comportements sociaux ont une influence peut-être plus importante juste avant la mise en vigueur d'une loi. L'adoption d'une loi de réglementation peut révéler l'existence d'un important consensus social ou faire partie d'une stratégie plus large pour l'obtenir. Dans chacun des cas, l'objectif ultime est de favoriser l'intégration des valeurs projetées par la loi.

D'autre part, lorsque la réglementation s'adresse à un groupe-cible relativement petit, dont les intérêts importants sont menacés (pouvoir, prestige, argent), entre alors en jeu une dynamique sociale différente. En effet, il s'ensuit un concours pour conquérir les coeurs et les esprits du public par la publicité et les déclarations publiques, des prétentions à l'intérêt public ou des menaces de danger pour le public, des mesures non coercitives de prévention comme l'autoréglementation ou les enquêtes publiques ou, à l'occasion, des gestes extra-juridiques offrant beaucoup de publicité comme le défi ouvert ou le harcèlement.

Comme on l'a noté, le contexte social de la réglementation est étroitement lié au contexte politique que nous allons maintenant aborder.

## *Le contexte politique*

En fin de compte, la réglementation, comme toute loi, est dans une certaine mesure politique. Les décisions de réglementer ou non, dans quel but et par quels moyens, sont des décisions politiques. Cependant, l'élément politique de la réglementation ne s'arrête pas à la promulgation de la loi. Il est simplement transféré à d'autres contextes.

Évidemment, la nature des questions en jeu dans le modèle de réglementation dictera dans une certaine mesure la nature de son contenu politique. Lorsqu'on aborde, par exemple, le problème du contenu canadien dans la télédiffusion ou de l'exploitation de nouvelles ressources naturelles, les choix politiques adoptés engagent tout l'avenir du pays. L'évolution de la politique dans ces domaines ne met pas seulement en cause ceux qui le demandent, mais également souvent d'autres gouvernements, des intérêts économiques importants et des groupes de défense qui s'affrontent dans des débats publics, des consultations privées et au moyen de pressions. Le contenu politique de ces décisions peut être ouvertement affiché par des directives du cabinet ou des appels au cabinet, des livres blancs, des règlements et d'importantes propositions législatives.

Les politiques scientifiques et technologiques sont peut-être moins ouvertes, mais pas beaucoup moins controversées que les politiques traditionnelles. L'information et la connaissance représentent des formes de propriétés et les moyens par lesquels la propriété est redistribuée, contrôlée ou même détruite. Les régimes de réglementation qui s'occupent de ces questions doivent donc développer leur capacité à générer et à analyser les connaissances ou capituler devant ceux qu'ils doivent réglementer. Dans ce cas, on trouve donc des groupes d'experts représentant l'industrie, le gouvernement et les citoyens qui s'affrontent sur la probabilité des catastrophes nucléaires, sur les risques des pesticides, sur la source et l'effet des polluants, sur l'opportunité de mesures de protection et sur la probabilité de danger pour l'écologie et les êtres humains. Et, se profilant derrière ces questions épouvantablement difficiles, des leitmotivs politiques connus apparaissent comme le choix entre la sécurité publique et le progrès scientifique, entre l'autonomie du consommateur et le rôle de l'État comme défenseur de la société, entre l'entreprise privée et la bureaucratie publique, entre des emplois, aujourd'hui, et la santé, plus tard.

Il n'est donc pas possible, en fin de compte, d'éviter le contenu politique de la réglementation même lorsque l'État donne l'impression de jouer un rôle relativement neutre, en énonçant « simplement » des règles de procédure de base visant le comportement du marché ou en réglant des différends entre des intérêts contradictoires. Par exemple, dans le domaine des relations de travail, l'État a apparemment choisi

une politique qui favorise le « pouvoir compensatoire » par la négociation collective. Cependant, certaines personnes pourraient prétendre qu'il n'a pas réussi à atteindre un véritable équilibre entre des forces opposées, ni accepté la responsabilité des résultats et des échecs du système, ou qu'il ne se préoccupe pas de ceux qui sont exclus du système. Il importe peu que ces plaintes soient justifiées ou non; elles révèlent que les choix politiques sont implicites dans le système de la négociation collective, comme elles sont très claires dans la législation qui impose des contrôles aux négociations sur le marché du travail.

Si on accepte donc la prémisse voulant que toute réglementation est, en fin de compte, politique, il faut tenter d'identifier les moyens par lesquels la politique devient manifeste. La meilleure façon de procéder est peut-être d'examiner ce qui survient lorsqu'un gouvernement estime qu'il doit créer ou maintenir un modèle de réglementation même s'il n'a pas, en fin de compte, à s'engager à réaliser ses objectifs de réglementation apparents. La raison de cet écart entre les buts apparents et réels n'est pas difficile à imaginer. Le modèle peut être nécessaire pour obtenir l'appui politique ou éviter la défection d'un groupe d'intérêts particulier ou d'un segment important de l'électorat ou pour réagir à un rapport bien fondé d'une commission royale ou de conseillers experts. D'autre part, si le modèle doit être mené à sa conclusion logique et si la réglementation devait devenir efficace, le gouvernement peut avoir à payer un prix qu'il juge excessif, par exemple l'aliénation d'amis puissants, le sacrifice d'autres objectifs de politique portant sur la même conduite ou une circonscription électorale ou des coûts administratifs exceptionnellement élevés.

Comment le gouvernement doit-il résoudre ce dilemme politique? Souvent, il semble adapter une loi de réglementation offrant une « réassurance symbolique » à ses défenseurs et il conclut également des ententes administratives afin d'obtenir des résultats non voulus. Comme on l'a déjà mentionné, lorsque le gouvernement ne réussit pas à encadrer sur le plan législatif des intentions interventionnistes dans des structures administratives convenables, on peut peut-être supposer qu'il n'a pas la volonté de réaliser ses intentions. Cependant, même si les structures sont en place, elles doivent être dotées de personnes compétentes partageant la philosophie de l'intervention; ces structures doivent être soustraites à l'attaque politique et reconstruites si elles sont ébréchées par une contestation juridique; elles doivent être renouvelées et accrues au fur et à mesure que les faits scientifiques ou l'évolution de l'administration s'étend; elles doivent être dépouillées des structures exprimant des politiques incohérentes dans d'autres domaines d'intérêt; et, il semble que la tâche la plus difficile à réaliser est de soumettre à des examens périodiques les structures apparemment les plus solides pour s'assurer qu'elles n'ont pas été capturées par ceux qu'elles devaient contrôler, ou qu'elles ne soient devenues empêtrées dans un inextricable

enchevêtrement de règles et de procédures dysfonctionnelles et complexes. Si le gouvernement ne relève aucun de ces défis, on peut conclure à un faible niveau d'engagement de sa part à l'égard de l'intervention, ce qui comporte des conséquences importantes sur l'efficacité de l'action administrative.

Cette analyse est fondée sur l'hypothèse voulant que l'intervention réglementaire vise à contrôler le comportement dans le secteur économique ou dans un autre contexte. Cependant, on peut également démontrer la capacité du gouvernement à encourager ou miner les programmes d'aide et d'appui social. Par exemple, un programme d'assistance sociale ou visant les droits de la personne destiné à favoriser le bien-être de particuliers désavantagés peut ne pouvoir compter sur un budget convenable ou aliéner les bénéficiaires par un comportement insensible affiché par des fonctionnaires mal sélectionnés ou mal formés. Encore là, des structures administratives, quoique bien conçues, ne peuvent faire ce que le gouvernement ne veut pas vraiment faire.

Il ne faut pas non plus croire que l'écart entre l'engagement législatif et le rendement de la réglementation produit toujours de l'hyporéglementation. L'hyper-réglementation est un résultat possible, et à l'occasion réel. Une loi conçue pour un but particulier peut servir à en renforcer une autre; des procédures apparemment inoffensives peuvent servir à inciter ou harceler, la menace d'une loi future peut amener des gens à collaborer; des objectifs de réglementation pourraient être si bien acceptés par ceux qui sont réglementés et leur convenir si bien qu'ils agissent comme si la loi prescrit leur comportement même si elle ne le fait pas.

Tous ces phénomènes peuvent être facilement observés dans le fonctionnement quotidien de l'État canadien moderne. Peu d'observateurs attentifs ou de lecteurs de journaux froncent les sourcils lorsqu'ils apprennent que le gouvernement peut énoncer une règle de conduite dans une loi et agir autrement dans l'administration. On ne peut qu'en déduire que le gouvernement n'est pas un acteur autonome ni ne possède une pensée unique.

Le processus politique est dynamique. La décision d'agir est souvent une décision de réagir à des pressions, à des questions posées en Chambre, à des exposés et des éditoriaux dans les médias, à des sondages d'opinions ou à des défis politiques lancés par des gens du parti au pouvoir ou de l'extérieur. À chaque étape du processus, de l'engagement initial à la loi, de son ébauche à sa promulgation, à sa réalisation par l'administration, à sa révision ultérieure, la dynamique persiste et s'impose à la prochaine étape de comportement.

En outre, il faut se demander qui agit lorsque le « gouvernement » agit. Toutes les personnes intéressées, les membres du cabinet et les hauts fonctionnaires jusqu'à leurs plus petits serviteurs, laissent leur empreinte sur l'administration. Même si parfois les ordres seront

exécutés sans problème du haut de la pyramide jusqu'en bas, et que l'information suivra le chemin inverse, la gestion politique n'a pas souvent d'emprise directe sur le fonctionnement quotidien de l'administration. Par contre, on peut isoler quelques questions importantes, difficiles et sensibles pour les soumettre à un examen spécial, avant ou après qu'elles ne se posent, et ne porter un jugement politique ouvert qu'à ce moment. Pour le reste, le contenu politique de l'action administrative peut être assuré par des messages transmis par des lois, à l'occasion de discours au Parlement, etc., et par les techniques subliminales de la nomination partisane, des négociations budgétaires, des enquêtes discrètes menées par les adjoints administratifs et, par-dessus tout, par une éthique professionnelle qui définit les conventions au sein de la fonction publique.

En fin de compte, lorsqu'on arrive à examiner l'effet du contexte politique sur l'administration, on ne peut oublier qu'on a affaire à un phénomène dynamique, complexe, qui doit se manifester en définitive dans les comportements individuels. Ce sont les forces façonnant ces comportements qui détermineront le contenu réel d'une loi, tout autant que les règles formelles et les ententes institutionnelles choisies pour les promouvoir.

### Analyse des écrits professionnels portant sur le droit

Il est évidemment impossible de présenter un compte détaillé de la façon dont les dizaines de milliers de fonctionnaires juridiques canadiens, dont le travail quotidien les amène à traiter du droit, perçoivent son contenu idéologique ou son importance intellectuelle. Sans égard à toute autre considération, la majorité de leurs paroles et actions demeure invisible, éphémère ou distillée dans des résultats formels qui ne révèlent rien de l'activité qui les ont produits. En outre, même lorsqu'ils sont des plus articulés (par exemple, les sentences prononcées par des juges, les articles publiés par des universitaires; des discours ou des écrits de praticiens sur des questions de règles de conduite publiques ou d'intérêt professionnel), les fonctionnaires juridiques ont tendance à se concentrer sur des questions pratiques et relativement précises qui ne se prêtent pas facilement à l'analyse. (Pour une typologie des écrits juridiques canadiens et de leur influence prépondérante, voir Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, *Le droit et le savoir*, Ottawa, Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH), 1983.)

Compte tenu de ces limites, on a toutefois tenté d'établir un échantillon de quatre différents types d'écrits réalisés par des fonctionnaires juridiques: les décisions officielles (les jugements de cour); les rapports de commissions royales et de réforme du droit; les livres et les articles d'universitaires; les discours professionnels informels (des avocats parlant du droit et de la profession juridique).

### Jugements officiels

**Données** Cas choisis au hasard dans 45 OR (2d) 449–550 (1984).

**Observations** Nous avons examiné dix décisions de procès et de tribunaux d'appel en Ontario. Aucune de ces décisions n'a révélé le recours à l'empirisme logique ou n'a fait allusion à des hypothèses inspirées de la théorie profonde (ou d'autres) sur le droit ou le système judiciaire. Au mieux, elles contenaient plusieurs affirmations générales sur le rôle convenable de la discrétion judiciaire (p. 477, 479) et des références elliptiques à la primauté de certaines politiques publiques (p. 490, 514, 519), que nous pourrions caractériser comme étant « le droit dans le contexte ». La plupart des cas considéraient de toute évidence le droit comme un ensemble de règles et énonçaient explicitement que ces règles étaient prépondérantes ou elles étaient implicitement traitées

comme telles. Dans plusieurs cas, la loi était considérée comme un outil « capable d'évoluer pour répondre à un besoin » (p. 497 et en particulier, 539).

**Conclusion** Le processus judiciaire formel (au moins sous le niveau de la Cour suprême du Canada) ne se soucie presque pas d'examiner de manière ouverte ou articulée les faits sociaux ou les théories socio-juridiques, bien que ces faits et ces théories se retrouvent dans les précédents, les lois et autres normes juridiques formelles qu'on considère comme des règles « prépondérantes » ou dont on se sert comme outil pour réaliser des buts sociaux présumés. De fait, on relie très rarement le droit à son contexte, sauf dans les cas où on identifie et comble ses exigences systémiques.

## Rapports des commissions royales et de réforme du droit

**Données** Nous avons examiné quatre importants rapports de réforme du droit : la Commission royale d'enquête sur les droits civils (le rapport McRuer, droit administratif, Ontario, 1966); la Commission royale d'enquête sur les conflits de travail (le rapport Rand, droit du travail, Ontario, 1968); le rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario sur le droit de la famille (partie IV, le droit de la propriété familiale, 1974); le rapport de la Commission de réforme du droit du Canada sur l'outrage au tribunal (1978).

**Observations** Le rapport McRuer et le rapport Rand font explicitement état des idéologies libérales (bien qu'énoncées de façon sommaire) qui sont à la base de la règle de droit; par exemple : « le seul but de l'État démocratique est de réglementer et de favoriser les droits et les libertés mutuelles des particuliers qu'il gouverne » (McRuer, p. 2); diverses « garanties » des droits individuels sont apparues (p. 4, 5); et le but de la commission McRuer était d'explorer si ces garanties pouvaient empêcher « un empiétement injustifié par les institutions du gouvernement ou les organismes exerçant le pouvoir du gouvernement » dont « l'existence même est un empiétement » (p. 8). Le rapport Rand établit la prémisse que la réglementation des conflits de travail et de gestion est la « condition *sine qua non* du gouvernement moderne » (p. 6). Il entend proposer un régime de réglementation dans les limites fixées par les propositions suivantes, dont la validité est, prétend-on, « acceptée par la majorité » :

[ . . . ] La validité de la propriété privée; l'acceptation de la réglementation de grandes entreprises privées lorsque l'intérêt du public le demande; le droit de grève accordé aux employés; ce droit est socialement souhaitable; la « libre négociation collective » est le mode le plus acceptable d'établissement des modalités et des conditions d'emploi; la prépondérance de la

diplomatie dans les deux groupes, employeurs et employés, le capital et le travail, est la nécessité de l'heure; le respect de la loi et le maintien de l'ordre sont des conditions de survie de la démocratie [ . . . ] [traduction]

Cependant, on ne peut dire qu'un de ces rapports articule une « théorie profonde » sur les relations entre le droit, l'économie et la société, ou qu'il fait appel ouvertement même à la plus petite preuve empirique obtenue au cours de l'enquête (ce qui est particulièrement vrai dans le cas du rapport Rand). De fait, les propositions du rapport McRuer sont explicitement fondées sur une version mise à jour de la règle de droit de Dicey comme appliquée à un « système judiciaire hypothétique » : la démarche est résolument anti-empirique.

Au mieux, peut-on situer ces rapports dans la perspective du droit en contexte, bien qu'ils s'étendent beaucoup sur leurs buts et leurs hypothèses, sans qu'on puisse les classer.

Le rapport sur le droit de la famille s'appuie beaucoup plus sur la documentation secondaire qui trouve sa source dans l'empirisme ou la théorie. Toutefois, le rapport lui-même n'est pas rédigé en fonction de l'une ou l'autre de ces perspectives intellectuelles. Par ailleurs, il est truffé d'observations contextuelles comme celles-ci :

Le présent système judiciaire est (p. 1, v.o.) [ . . . ] fondé, entre autres choses, sur des modèles de comportement sociaux et d'organisation économique passés et présents ainsi que sur la vision de la collectivité de ce qui est juste et équitable dans les circonstances à l'étude. [traduction]

Le droit général de la propriété (p. 2, v.o.) [ . . . ] a l'effet de constituer la base d'un vaste éventail d'évaluations économiques et sociales qui sont intrinsèques à la façon dont la collectivité définit sa culture. [traduction]

Le droit ne fait pas que traduire l'existence de relations sociales données; de l'avis de la Commission (p. 2, v.o.), il a le pouvoir de les transformer :

Toute modification apportée au droit touchant la propriété matrimoniale peut, dans sa forme, n'être qu'une modification apportée à la sphère isolée des concepts juridiques, mais, dans le fond, ce changement touchera les relations humaines fondamentales au sein de la collectivité [ . . . ] [traduction]

La Commission « a tenté de s'en tenir au thème constant du droit comme moyen de réaliser des fins souhaitables » (p. 3, v.o.). Cependant, une grande partie de ce thème

s'appuie, à de nombreux égards, sur des prémisses qui sont pour l'essentiel des conventions sociales périmées, des concepts économiques ou des conceptions archaïques du laisser-faire des relations privées dont aucun n'est attribuable à la dignité personnelle ou à l'humanité ordinaire. [traduction]

Les propositions du rapport entendent rejeter (p. 3, v.o.)

[. . .] une vision du mariage où les parties doivent jouer un rôle socio-économique prédéterminé. [traduction]

Ces propositions entendent plutôt favoriser une conception du mariage mettant l'accent sur la condition « d'êtres humains autonomes et indépendants ». Cependant, il n'y a aucune évaluation scientifique du degré de réalisation éventuel des objectifs du rapport ou du degré de réalisation d'objectifs semblables atteints par la législation ailleurs.

Le rapport sur l'outrage au tribunal évoque directement le rôle des tribunaux dans un État libéral démocratique, mettant l'accent sur la nécessité de réconcilier la liberté d'expression du système judiciaire à la nécessité de préserver ce système des influences illicites (p. 9, v.o.). [traduction] Le rôle des juges comme « les représentants suprêmes de l'administration de la justice » (p. 10, v.o.) [traduction] est assuré parce que les plaideurs « obtiendront inévitablement une décision qui ne sera pas tachée de préjudices ou de préjugés » (p. 10, v.o.), [traduction] un « fait » qui n'est pas fondé sur l'empirisme ou vérifié par rapport à de nombreux écrits théoriques prétendant le contraire. Concédant que la légitimité d'une attaque contre le système [. . .] « dépend réellement des faits et des circonstances particulières, . . . il revient aux tribunaux de fixer les seuils de tolérance en se fondant sur les dispositions statutaires générales. . . » (p. 11, v.o.). [traduction] Comme un juge doit demeurer « au-dessus du débat et ne pas y participer, il est [. . .] tout à fait normal que la société prenne sa défense » s'il est attaqué et « qu'elle punisse ces attaques par la règle de droit » (p. 12, v.o.), [traduction] par le moyen des règles de l'outrage au tribunal tel que prescrit dans les lois.

Le rapport rejette la suggestion voulant qu'un inculpé puisse plaider « la vérité » ou « l'intérêt public » comme défense à une poursuite, en raison de « sérieux problèmes pratiques », y compris le risque d'une « guérilla judiciaire » entreprise par « certaines personnes, pour des raisons idéologiques, politiques ou personnelles », (p. 27, 28, v.o.) cherchant à discréditer le système judiciaire et en raison de la possibilité d'avoir recours à d'autres moyens si on craint le préjugé judiciaire [traduction].

Cette démarche peut se caractériser comme étant une vision du droit comme outil, servant particulièrement à légitimer et exécuter les intérêts institutionnels du système judiciaire. Elle ne révèle pas d'analyse fondée sur un empirisme logique ni sur des prémisses théoriques soigneusement explorées.

**Conclusion** Depuis sa création, la Commission de réforme du droit du Canada a particulièrement cherché à ancrer ses rapports dans la théorie et les faits sociaux (voir S.L. Sutherland, « The Justice Portfolio: Social Policy Through Regulation », dans G.B. Doern (édit.) *How*

*Ottawa Spends*, James Lorimer, Toronto, 1983). Toutefois, ces efforts semblent s'être perdus dans un programme beaucoup trop ambitieux et dans le contexte politique et professionnel dans lequel il évolue. Cette dilution est apparue dans toute son ampleur lors de différentes déclarations récemment publiées concernant le programme législatif du gouvernement touchant des domaines qui ont longtemps intéressé la Commission.

Néanmoins, le pire qu'on puisse dire c'est que la Commission a adopté, dans une certaine mesure, la démarche idéologique et intellectuelle type des autres organismes responsables de la réforme du droit : l'enquête sociale a tendance à être peu originale, anecdotique ou inexistante; la théorie est distillée dans la sagesse traditionnelle ou tout simplement ignorée; les valeurs politiques sont considérées comme inattaquables dans une société qui résout ses conflits de manière pragmatique et par consensus.

## Études publiées de spécialistes en droit

**Données** Livres et articles juridiques (résultats d'une enquête menée par Alice Janisch, *Profil de la recherche juridique publiée*, Ottawa, CRSH, 1982).

**Observations** L'étude de Janisch démontre qu'il s'est fait très peu d'études interdisciplinaires sur le droit au Canada, même au cours de la période étudiée la plus récente, soit de 1978 à 1980. Même la « théorie juridique », qui est définie comme une réflexion sur la documentation juridique officielle d'un point de vue interne, émane à peine comme une entreprise intellectuelle distincte de l'exposition doctrinale.

Depuis 1980, on note des tendances qui indiquent un certain changement (p. ex., dans les études historiques et dans le recours à l'analyse micro-économique). Cependant, le gros de la « recherche » et des « études » universitaires sur le droit ne révèle toujours pas une perspective intellectuelle fondamentalement différente du discours professionnel. On peut soutenir, mais l'argument ne s'appuie pas sur des documents, que les perspectives idéologiques sont un peu plus diffuses, variant des études juridiques critiques (néo-marxistes) aux analyses micro-économiques (souvent anti-interventionnistes, pro-marché). Toutefois, le « centre indifférencié » des hypothèses libérales démocratiques prédomine largement.

**Conclusion** Les études juridiques qui s'écartent du modèle analytique professionnel type ou de l'idéologie libérale démocrate traditionnelle sont rares; par conséquent, leur contribution à une meilleure compréhension est, pour ainsi dire, très importante.

## Articles rédigés par des avocats

**Données** Articles choisis au hasard tirés de deux revues juridiques (*Ontario Lawyers' Weekly* (OLW) et *Le National de l'Association canadienne du Barreau*) entre septembre 1983 et février 1984.

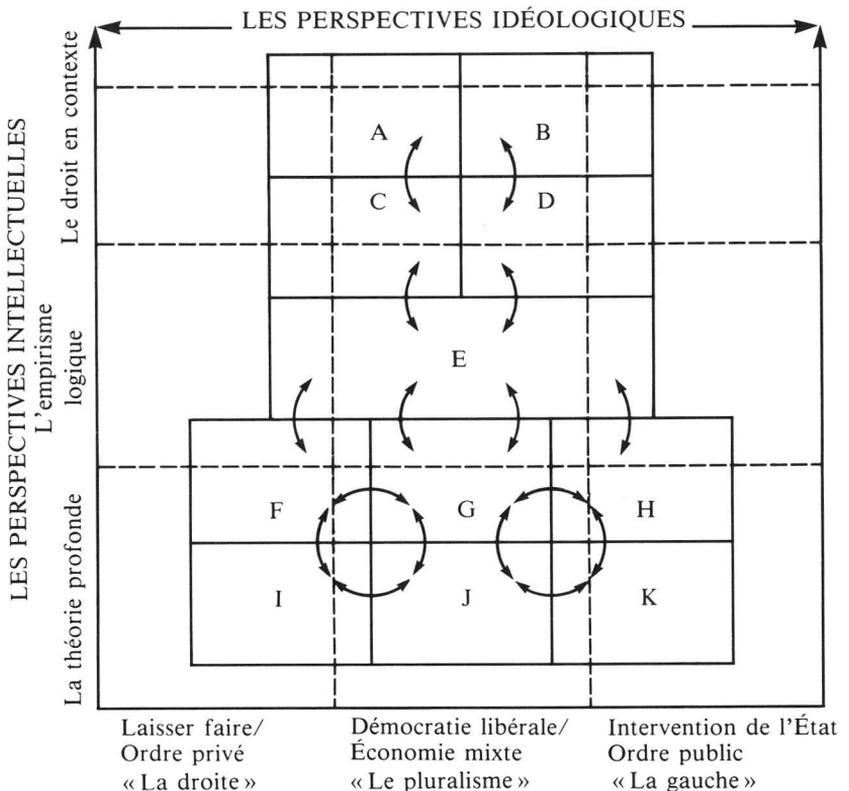
**Observations** En principe, on semble admettre que le but de la réforme du droit est de contribuer à son avancement : « Assurer que le droit réagisse aux besoins changeants de la société canadienne » (*Le National*, novembre 1983). Cependant, on insiste sur la nécessité de la « consultation » non seulement avec le public, mais en particulier avec la profession : « Nous (les avocats) devons être en mesure de réagir à la législation gouvernementale [ . . . ] » (*idem*, septembre 1983). Cette nécessité repose sur une prémisse politique explicite : « Les membres de la profession juridique apportent au processus de consultation la très précieuse perspective de l'équilibre et de la vision historique [ . . . ] Par la nature même du droit, il faut prendre en considération le précédent [ . . . ] » (OLW, 28 février 1984). [traduction] Et il suppose un style reconnaissable : « Les avocats [ . . . ] possèdent des qualités de persuasion bien étoffées pour adapter la notion abstraite de l'intérêt public dans quelque chose de très précis : un argument juridique » (OLW, 20 janvier 1984) [traduction].

**Conclusion** La culture professionnelle juridique fait sienne et articule les prétentions des fonctionnaires juridiques à un rôle-clé dans le processus de réalisation du changement juridique. Elle conçoit un style de participation fondé sur des valeurs intégrées et des modes connus de discours professionnels, plutôt que sur des perspectives externes ou des enquêtes menées avec une vue d'esprit large. La perspective idéologique correspond au conservatisme du courant majoritaire plutôt qu'à un désir de transformation radicale ou réactionnaire.

**Analyse des écrits empiriques et théoriques sur le droit**

Cette annexe présente, sous forme résumée (figure 2–B1), les résultats d'un essai d'utilisation de la figure 2–1, la carte des perceptions du droit, afin d'analyser des écrits empiriques et théoriques sur le droit. Afin de définir (au moins par illustration) le type de travail compris dans ces deux catégories, on réfère brièvement à quelques études du droit dans le contexte qui repose sur les visions empiriques et théoriques.

**FIGURE 2–B1 Les études sur les relations du droit avec l'État, la société et l'économie**



La méthode employée est simple : nous avons lu une liste éclectique de livres et d'articles et nous avons situé chacun des écrits sur la carte. Le but premier de l'exercice était de voir si en se posant des questions sur les perspectives intellectuelles et idéologiques, nous deviendrions sensibles à certains aspects de chaque travail (bien qu'aucun de ces aspects n'était nécessairement exploré de manière explicite dans le travail). Nous pourrions nous demander si les coordonnées de notre carte utilisées à cette fin sont l'objet d'une évaluation subjective; chaque lecteur doit en juger après avoir réalisé l'exercice; pour ma part, j'ai eu une réaction positive.

L'essai avait comme but second d'identifier les qualités distinctives de ces études qui ne peuvent être reliées aux perspectives idéologiques ou intellectuelles proposées. Il a permis de révéler qu'il fallait une troisième dimension topographique à notre carte. Les aspects de cette troisième dimension sont brièvement exposés dans le corps de l'étude. Il s'agit de l'intensité du climat, des notions de verticalité et de texture. D'autres lecteurs pourraient également trouver d'autres aspects.

Ensuite, l'exercice a permis de démontrer qu'il est possible d'identifier les affinités qui unissent les différents travaux ainsi que les différences qui les distinguent. Par conséquent, on en arrive à comprendre que, malgré leur opposition idéologique, les études sur le droit et l'économie et les études juridiques critiques peuvent être classées dans la théorie profonde; ces deux types d'études s'appuient sur certains aspects de l'enquête sociale structurée et sur certains aspects de la théorie libérale des droits. Par ailleurs, on peut se rappeler que le mouvement des études juridiques critiques se veut à gauche sur le plan des idées juridiques, malgré ses divergences de plus en plus prononcées avec la pensée marxiste traditionnelle.

Finalement, les limites de l'établissement d'une carte ont été mises en lumière. Comme les flèches de la figure 2-B1 l'indiquent, les différents regroupements se recoupent et s'influencent. On peut prétendre que certains auteurs appartiennent à deux ou plusieurs groupes, en se fiant soit à un seul travail ou à l'ensemble de leur oeuvre qui a cheminé dans le temps sur l'échiquier idéologique ou sur plusieurs chemins intellectuels.

En bref, le principal avantage de l'établissement d'une carte est ce qu'on a pu en retirer en la faisant. La réification des perspectives et des catégories représente un risque qui n'est peut-être évité que dans la mesure où on utilise ces perspectives et ces catégories que provisoirement et en ayant conscience de leurs limites. Les affinités qui unissent les auteurs qui se retrouvent dans les groupes A à K sont brièvement soulignées dans la liste suivante. (Pour obtenir toutes les références, voir la bibliographie de l'annexe C.)

A. Le légalisme libéral : le système judiciaire exprime et garantit une vision minimum de l'action de l'État (ex., le rapport McRuer; voir annexe A).

- B. Le légalisme réformiste : le système judiciaire exprime et garantit des améliorations aux relations sociales et des avantages économiques aux groupes historiquement réprimés (ex., le rapport sur le droit de la famille de la Commission de réforme du droit de l'Ontario; voir annexe A).
- C. Les tenants de la déréglementation : l'empirisme « doux » accompagné d'un parti pris favorable à la concurrence (ex., Janisch et Irwin).
- D. Les tenants de la réglementation : l'empirisme « doux » accompagné d'un parti pris politique favorable à l'intervention de l'État (ex., Auerbach, W. Friedmann).
- E. La sociologie positiviste : l'empirisme logique, accompagné d'une variété de préjugés politiques possibles (ex., Black, Trubek).
- F. Le droit et l'économie : représentation par modèle de la réalité et utilisation des données socio-économiques accompagnées d'un fort parti pris favorable au marché et défavorable à l'intervention (ex., Posner).
- G. La sociologie de la jurisprudence : convergence des sciences sociales et de la théorie libérale pour proposer des théories permettant de réfléchir sur le droit ou d'articuler le droit (ex., Reich, Nonet et Selznick, Teubner) ou de nouvelles interprétations de l'évolution socio-juridique (ex., L. Friedman, Falk-Moore, Trubek).
- H. Le marxisme classique : représentation par modèle de la réalité et utilisation des données socio-économiques accompagnées d'une critique explicite du capitalisme de marché; utilisation des mécanismes de l'État comme moyen de transformation; couvre une vaste gamme allant des socio-démocrates aux léninistes (ex., Renner, Pashukanis, Balbus).
- I. Le libéralisme classique : la théorie profonde de l'État limité, accent sur l'autonomie personnelle, l'ordre spontané (ex., Fuller, Nozick, Epstein, Hayek).
- J. La théorie des droits : la théorie profonde de la démocratie libérale moderne; les droits constitutionnels comme fondement des droits civiques et comme mandat de réforme sociale (ex., Dworkin, Rawls, Rostow).
- K. La théorie critique : la critique néo-marxiste cherchant une transformation radicale des relations sociales par la transformation de la conscience sociale pour laquelle elles se définissent ou se constituent (ex., Thompson, Unger, Gordon).

Bien que le but principal de cet exercice était de tenter de « peupler » les secteurs de la carte et, par conséquent, d'en tester l'utilité comme moyen analytique, il est également possible de résumer brièvement d'autres éclaircissements importants contenus dans la documentation.

## La distinction entre l'empirisme et la théorie profonde

Les empiristes logiques reconnaissent que leurs méthodes trouvent leur source dans les diverses théories de la connaissance (Black, 1972). Par ailleurs, nombre de théoriciens, mais pas tous, affirment avec vigueur qu'il faut que les théories explicatives sur le droit soient fondées sur une connaissance empirique détaillée du phénomène à l'étude (Gordon, 1984); ils prétendent que l'absence de ces fondements met en péril la cohérence de la théorie et ses pouvoirs explicatifs et normatifs. Étant donné ce sens général de missions réciproques, la documentation révèle toutefois un problème qui est celui de déterminer dans quelle mesure les tentatives visant à définir des sphères de « réalité » aux fins d'une étude sociologique n'imposent pas des distinctions illicites et athéoriques à des phénomènes probables ou excluent arbitrairement de l'analyse sociologique des phénomènes qui conviendraient à cette analyse (Nonet, 1976).

Ces observations s'appliquent particulièrement à l'exploration des liens entre le droit et l'économie et la société. Par exemple, une étude des dimensions juridiques de la réglementation pourrait définir le droit comme « la vie normative d'un État et de ses citoyens » (Black, 1972). Même dans le cas d'une orientation empirique explicite (un travail visant à définir les « normes » sur la base du comportement observé), une étude semblable pourrait exclure d'importantes perceptions obtenues de la réflexion sur la convergence des normes ou leur contradiction dans diverses sphères de l'activité de réglementation ou sur le contenu et le pouvoir des normes extérieures aux relations État-citoyen; par exemple, les bureaucraties « privées » comme les institutions de crédit. Pour être encore plus explicite, est-ce qu'une étude semblable, dont les données de base proviendraient de l'observation du comportement des organismes de réglementation, renforcerait ou diminuerait les prétentions au pluralisme démocratique ou saisirait toutes les nuances de la façon dont les acteurs « privés », non responsables, peuvent contrôler des marchés particuliers touchant pratiquement tout le « public »?

Pour poursuivre cet énoncé, il n'est pas non plus facile d'échapper aux conséquences de la notion voulant que le « privé et le « public » sont des termes eux-mêmes arbitraires et définis selon le contexte, comme le concept même de « réglementation ». Ainsi, lorsqu'un gouvernement, une commission ou un tribunal administratif est invité à régler ou dérégler un comportement particulier, il faut comprendre que les deux termes sous-entendent l'existence d'un état naturel où le gouvernement s'abstient d'orienter un comportement d'entreprise dans un certain sens. Cependant, les sociétés existent-elles à l'état naturel? Les sociétés n'ont-elles pas créé une réglementation des relations entre celles qui s'unissent, prêtent et investissent le capital, entre les adminis-

trateurs, les gestionnaires, les travailleurs, les fournisseurs et les clients? Même les plus ardents défenseurs de la déréglementation ne s'attendent-ils pas à ce que l'État réglemente les clients qui refusent de payer, les concurrents qui volent des secrets commerciaux et les travailleurs qui dressent une deuxième ligne de piquetage au cours d'un conflit de travail?

En bref, il importe de bien définir les termes qu'on utilise et de reconnaître leur caractère imprévu et chargé de valeurs. C'est la première et nécessaire étape de l'évaluation de tout comportement social et économique, en particulier parce que cette évaluation prétend s'appuyer sur une analyse empirique sérieuse.

## **La différence entre l'épistémologie et l'idéologie**

La figure 2-1 et le texte qui l'accompagne visent à dresser une liste de questions sur la recherche juridique et les propositions visant à recourir au droit comme véhicule de l'action étatique. Pour exprimer ces questions sous leur forme la plus simple, on nous demande : « Qu'entendez-vous par le mot droit? » et « Que pensez-vous du processus de décision de l'État, par opposition à l'autonomie individuelle et des entreprises, dans des domaines particuliers et de façon plus générale? » Ainsi formulées, ces questions semblent assez peu reliées, ce qui est vrai, dans une certaine mesure. Cependant, la documentation révèle certaines affinités importantes entre l'épistémologie et l'idéologie.

Certaines de ces affinités sont cependant circonstancielles. Par exemple, ceux qui cherchent à modifier le système judiciaire d'une certaine façon doivent d'abord « monter le dossier », ils doivent contester les prétentions des institutions existantes ou favorisant les règles juridiques existantes. Comme les institutions ont une façon de définir le langage du débat en des termes qui leur conviennent, et comme les règles juridiques prétendent au moins tendre vers la cohérence, il y a peu de possibilités de les contester en ayant recours aux valeurs ou aux modes d'analyse acceptés. Il est certain que lorsque ces contestations peuvent être portées sur la scène publique, on ne peut pratiquement pas y répondre. Si on peut démontrer qu'un système qui prêche un ensemble de valeurs en pratique d'autres, ou qu'un ensemble de règles se contredisent, on peut s'attendre à une réaction. Cependant, la nature de cette réaction est souvent limitée : on change la pratique ou on révisé les règles; le système ou la structure générale de la réglementation demeure intouché. Ce n'est que lorsqu'on change la méthode d'analyse qu'on améliore les chances de voir se produire des changements plus fondamentaux.

Dans le domaine de la recherche juridique, le passage d'une position épistémologique à une autre n'est pas simplement le résultat accidentel d'une curiosité ou d'une virtuosité intellectuelle plus grande. C'est souvent le meilleur véhicule disponible pour une contestation idéologi-

que de la vision sociale contenue dans l'ordre juridique existant ou accentuée par lui (Gordon, 1984).

Pour illustrer ce qui précède, on peut dire que le mouvement « droit et économie » et le mouvement des études juridiques critiques se situent au niveau de la théorie profonde (bien que ce soit des théories profondes très différentes). Chaque mouvement représente l'aboutissement d'un projet idéologique qui rejette le libéralisme qu'on retrouve dans le mode de réglementation depuis les années 1930. Par conséquent, l'analyse micro-économique a cherché à démontrer que la réglementation impose des coûts inacceptables à la création de richesses, et l'analyse critique a prétendu que la réglementation n'a rien changé aux relations de pouvoir existantes, ce qui envoie le message implicite (ou explicite) que ceux qui n'ont pas de pouvoir devraient chercher réconfort ailleurs.

Il ne s'agit pas de prétendre que l'un ou l'autre des modes d'analyse devient illicite en raison des penchants idéologiques de ceux qui l'ont adopté à un moment donné. De fait, on peut prétendre que la gauche et la droite auraient pu très bien adopter une autre perspective intellectuelle du droit.

D'autre part, une bonne partie de la documentation affirme que la façon particulière de considérer le droit est inextricablement liée aux prémisses idéologiques données; en fait, le droit remplit des fonctions idéologiques explicites de légitimation (p. ex., Evans, 1982; Trubek, 1984). Par conséquent, certains prétendent que l'économie néo-classique déguise ses valeurs de jugement en impératif méthodologique et qu'un empirisme rigoureux est nécessairement incompatible avec l'élaboration d'une théorie critique radicale ou de transformation.

Naturellement, on cherche à éviter que des perspectives idéologiques s'immiscent involontairement dans les conclusions de recherche par la voie de méthode sur laquelle se fondent ces conclusions. Encore une fois, la seule garantie contre ce genre d'accident consiste pour les chercheurs et les lecteurs à être explicites.

## **La différence entre le droit et la société**

La documentation professionnelle juridique a tendance à ne pas beaucoup prendre en considération le fait que le droit est un processus social. Certaines recherches des sciences sociales ont par ailleurs tendance à trop mettre l'accent sur ce point, n'accordant pas suffisamment de poids aux caractéristiques distinctives du droit.

Pendant un certain temps, on a reconnu que le droit n'était pas complètement autonome, que sa forme et son contenu répondent, d'une certaine façon, à des influences externes. La portée de ces influences et de la forme rudimentaire de la culture, des institutions et des règles juridiques ainsi que la nature des mécanismes de réaction ou d'adapta-

tion ont donné lieu à une importante documentation théorique dont une partie repose sur des renseignements empiriques.

Le gros de cette documentation a tendance à attribuer au droit un rôle subordonné ou dérivatif, exprimant directement ou explicitement les buts, les intérêts et les visions du monde des groupes dominants. Des versions plus subtiles de cette position estiment que le droit joue un rôle mystificateur ou justificatif, qu'il a tendance à obscurcir ou qu'il produit l'acceptation de l'hégémonie de ces groupes.

Le gros de cette documentation traite plutôt négligemment les sources formelles du droit : les lois et les cas, la documentation secondaire et les théories. Cependant, quelques études récentes ont commencé à consulter à nouveau ces sources comme point de départ de l'explication de l'importance sociale du droit qui, d'après ces études, peut être entrevue en forçant le code littéraire juridique.

Au contraire de l'école doctrinale, qui se consacre de toute évidence à l'exposition systématique des règles juridiques, cette vision « critique » de la documentation juridique cherche à réaliser des transformations radicales de la société, en mettant à jour les contradictions qui existent au sein des mythes dominants. Comme le droit est une des expressions les plus durables et les plus articulées de la mythologie sociale, il devient une cible particulièrement invitante pour ce genre d'analyse.

Quelle est l'importance de cette documentation et de ces perceptions pour les « consommateurs » de recherche juridique? L'école « critique » nous rappelle par-dessus tout que l'idéologie est intimement liée à toutes les formes de discours. Pour les tenants de cette école, c'est l'idéologie qui constitue la société, qui offre un cadre dans lequel les idées et les événements prennent leur sens, et en l'absence duquel ils sont intelligibles. Un consommateur ou un chercheur bien averti, en particulier quelqu'un qui doit prendre d'importantes initiatives de politiques, doit par conséquent prendre le temps de réfléchir à l'idéologie qui forme sa réalité sociale et d'évaluer jusqu'à quel point cette idéologie est conforme aux aspirations profondes qu'elle devrait comprendre.

## *Notes*

Traduction de l'anglais. La présente étude a été terminée en août 1984.

Aucune « réflexion » ne sort du néant. Nos allusions fugitives à plusieurs points de notre culture politique et juridique sont étoffées de quelques exemples présentés aux annexes A et B. Nous aimerions remercier nos assistants de recherche, Susan Bazilli et Judy Fudge, pour l'aide qu'elles nous ont apportée pour ces aspects de l'étude. Elles ont également contribué à dresser la bibliographie présentée à l'annexe C, laquelle situe certains aspects de cette étude dans leur contexte intellectuel.

En outre, les « réflexions » émergent de la discussion et de débats vigoureux. Nous avons connu les deux ainsi qu'une quantité de critiques détaillées de la part de nos assistants de recherche et de Hans Mohr, Liora Salter et Rod MacDonald qui tous préféreraient peut-être ne pas être associés au produit fini. Nous aimerions également souligner l'importante contribution d'Andrée Lajoie et d'Ivan Bernier, qui nous ont aidé pour le compte de la Commission et dont nous avons apprécié leurs connaissances. Nous tenons à les remercier tous.

## Bibliographie

- Auerbach, C., « The Relation of Legal Systems to Social Change », 1980 *Wisc. L.R.* 1227.
- Balbus, I., « Commodity Form and Legal Form: An Essay in the Relative Autonomy of the Law », (1977) 11 *Law and Soc. Rev.* 571.
- Black, D., « The Boundaries of Legal Sociology », (1972) 81 *Yale Law Journal* 1086.
- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1978.
- Epstein, R., « Taxation, Regulation and Confiscation », (1982) 20 *Osgoode Hall Law Journal* 433.
- Evans, R., « Slouching Toward Chicago: Regulatory Reform as Revealed Religion », (1982) 20 *Osgoode Hall Law Journal* 454.
- Falk-Moore, S., « Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », (1973) 7 *Law and Soc. Rev.* 719.
- Friedman, L., *The Legal System*, New York, Russell Sage, 1975.
- , *Law and Society: An Introduction*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice Hall, 1977.
- Friedmann, W., *The State and the Rule of Law in a Mixed Economy*, Londres, Stevens, 1971.
- Fuller, L., dans K.I. Winston (édit.), *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, Durham, Duke University Press, 1981.
- Gordon, R.W., « Critical Legal Histories », (1984) 36 *Stan. L.R.* 57.
- Hayek, F.A., *Law, Legislation and Liberty*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1973.
- Janisch, H. et Irwin, M., « Information Technology and Public Policy: Regulatory Implications for Canada », (1982) 20 *Osgoode Hall Law Journal* 610.
- Nonet, P., « For Jurisprudential Sociology », (1976) 10 *Law and Soc. Rev.* 525.
- Nonet, P. et Selznick, P., *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York, Harper and Row, 1978.
- Nozick, R., *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974.
- Pashukanis, E.B. dans C. Arthur (édit.), *Law and Marxism: A General Theory*, Londres, Inklinks, 1979.
- Posner, R., *The Economics of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1981.
- Rawls, J., *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1971.
- Reich, C., « The Law of the Planned Society », (1966) 75 *Yale Law Journal* 1227.
- Renner, K., *The Institutions of Private Law and their Social Function*, introduction de O. Kahn-Freund, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1949.
- Rostow, E.V., *The Ideal of Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1978.
- Teubner, G., « Substantive and Reflexive Elements in Modern Law », (1983) 17 *Law and Soc. Rev.* 239.
- Thompson, E.P., *Whigs and Hunters*, Harmondsworth, Peregrine Books, 1977.
- Trubek, D., « Towards a Social Theory of Law », (1972) 82 *Yale L.J.* 1.
- , « Where the Action is: Critical Legal Studies and Empiricism », (1984) 36 *Stan. L.R.* 575.
- Unger, R., « The Critical Legal Studies Movement », (1983) 96 *Harv. L.R.* 561.



## **Le droit canadien :** *un regard sociologique*

GUY ROCHER

Cet essai s'inscrit dans le contexte d'une interrogation sur le droit, notamment sur le droit canadien. Cette interrogation, menée par les juristes qui ont accepté de la poursuivre pour le compte de la Commission, s'avère multiple en pratique et s'est engagée dans diverses directions. On peut cependant dire qu'au-delà de la diversité des sujets et des thèmes qu'ils ont choisis, les chercheurs se sont tous interrogés sur ce qu'on peut appeler le *macro-droit*<sup>1</sup> par opposition au *micro-droit*. Ce que nous appelons ici le macro-droit, c'est le droit entendu comme instrument de politique économique, sociale ou culturelle; c'est, en d'autres termes, le droit dans sa vocation politique, ce dernier vocable étant entendu dans son sens le plus large et, peut-on dire, le plus noble. Le micro-droit, pour sa part, est le droit appliqué dans la vie quotidienne pour régir et régler les rapports des particuliers et des groupes. C'est le droit auquel chacun recourt ou se réfère, et que pratiquent journallement les avocats et les notaires.

Adressant leurs études à une commission d'enquête gouvernementale, les juristes qui les ont préparées se sont tous inscrits dans une perspective de macro-droit, s'interrogeant sur le rôle politique du droit canadien, qu'il s'agisse des problèmes de la famille, de l'environnement, des consommateurs, du travail, de l'économie nationale, de la pauvreté, etc. On s'est notamment demandé ce qu'avait jusqu'ici contribué le droit à la solution des problèmes dans chacun de ces secteurs, comment il avait perçu et tenté de résoudre ces problèmes, et quelle contribution il pouvait apporter dans l'avenir.

C'est aussi dans cette optique de macro-droit que se situe le regard du sociologue. Celui-ci s'intéresse depuis longtemps aux différentes formes d'exercice des pouvoirs, qu'il s'agisse du pouvoir politique ou d'autres

pouvoirs. Le droit lui apparaît donc tout naturellement comme une modalité d'exercice et de régulation de pouvoirs. Cependant, on n'est pas encore très habitué, particulièrement au Canada, à voir le sociologue s'intéresser au droit. Les juristes ont été longtemps les seuls à discuter entre eux du droit et à le considérer comme leur champ exclusif de connaissance autant que de pratique. Il m'a donc paru nécessaire de justifier ou peut-être de légitimer l'intérêt du sociologue pour le droit et l'intérêt que le droit peut présenter à ses yeux. Cela explique que les deux premières parties de cette étude aient un caractère général; elles sont destinées à expliquer ce que peut être le regard sociologique sur le droit. Ce n'est que dans la troisième et la quatrième partie que cette étude traite plus spécifiquement du droit canadien.

## **Les sources historiques de la sociologie du droit**

### ***Le droit pur et le droit impur***

Le regard que porte le sociologue sur le droit se situe nécessairement dans la perspective de la théorie générale du droit. La sociologie s'interroge en effet, à sa manière, sur les fondements du droit. Mais cette interrogation est évidemment bien différente de celle d'un Hans Kelsen, par exemple, qui a voulu construire une théorie du droit en lui-même, détaché des conditions économiques, sociales, politiques dans lesquelles il s'inscrit : c'est ce que Kelsen a appelé une théorie *pure* du droit<sup>2</sup>. Non qu'il faille condamner l'entreprise de Kelsen. Sa théorie pure du droit a trop contribué à éclairer divers aspects du droit pour qu'on la rejette du revers de la main. Il était légitime de vouloir, comme l'a fait Kelsen, saisir le droit en lui-même, comme entité *sui generis*, comme système complet, pour en décomposer les éléments et en chercher toutes les articulations. Cette démarche avait une valeur heuristique certaine, et elle l'a d'ailleurs prouvé.

Mais le droit, s'il peut faire l'objet d'une théorie pure, n'est pas par ailleurs dans la réalité un fait pur. Kelsen a voulu réagir contre la dissolution que risque de connaître le fait juridique dans l'analyse exclusivement historique qu'on en fait. Il a voulu la dégager de la gangue de l'histoire pour l'analyser dans ce qu'il a de plus essentiel, de plus fondamental, de plus universel. C'est cette détermination, à la fois ambitieuse et austère, qui confère à l'oeuvre de Kelsen son originalité et son importance.

Les juristes ont été sans doute plus sensibles que les historiens et les sociologues à l'oeuvre de Kelsen : elle éclairait d'une lumière nouvelle leur objet d'étude. Les historiens et les sociologues, pour leur part, étaient plutôt enclins à souligner les limites dans lesquelles Kelsen enferme le droit et les conséquences qui en résultaient. Ainsi s'affirmait

du même coup l'écart qui, depuis longtemps, sépare juristes, d'une part, historiens et sociologues, d'autre part. Les juristes s'adonnent à l'étude du droit comme système logique de normes, de règles, de sanctions, système global et complet en lui-même. Le perfectionnement logique du droit, surtout au cours des deux derniers siècles, son caractère de plus en plus systématique et clos, alliés à la professionnalisation progressive des juristes, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle notamment, ont paru leur donner raison. Le droit est l'affaire des juristes parce qu'il l'est devenu, c'est-à-dire que sa prolifération et sa rationalité croissantes en ont fait le royaume exclusif d'un corps d'experts qui en sont devenus, dans nos sociétés, les seuls interprètes autorisés. Autorisés par l'État dans le cas des magistrats, autorisés par leur formation et leur diplôme dans le cas des praticiens.

Pourtant, ni Kelsen ni les juristes ne pouvaient empêcher que l'on considérât aussi le droit en tant qu'objet *impur*, c'est-à-dire comme un fait mêlé de social tout autant qu'un fait juridique. Mais au moment où le droit s'affirmait comme système logique clos, ce deuxième mode d'analyse du droit ne put être mené que de manière parallèle et avec précaution. Pourtant, en Allemagne, le grand mouvement d'histoire du droit, auquel le nom de von Savigny est le plus particulièrement attaché, avait largement dégagé les racines que le droit plonge dans les moeurs, les coutumes, la culture<sup>3</sup>. Mais parce que cette tradition de recherche se voulait « la défense et l'illustration » du germanisme, du *Geist* allemand, elle fut marquée au coin d'une idéologie explicite et fut identifiée à des vues politiques et juridiques conservatrices. Son influence fut limitée, et dans l'espace et dans le temps, par les débats qu'elle suscita autour du projet de codification du droit allemand — elle en était en fait la contrepartie — car elle préconisait un droit germanique dont les sources historiques, remontant jusqu'au droit romain auquel il prétendait succéder, en assuraient le sens et le dynamisme. En comparaison de Savigny, Kelsen élevait le droit au-dessus des contingences historiques, lui conférant les traits de l'universalité et de l'intemporalité. Pour les juristes occidentaux, l'oeuvre de Kelsen offrait donc plus d'attrait que celle de Savigny, trop identifiée à une entreprise nationaliste et conservatrice.

Hors de l'Allemagne et de son école historique du droit, les juristes étaient justifiés de se considérer comme les dépositaires privilégiés, sinon exclusifs, de l'étude et de l'interprétation du droit. Ce n'est donc que dans l'optique juridique et selon la méthodologie juridique que le droit fut par eux traité, analysé, expliqué. Une telle perspective permettait de dégager le droit des réalités complexes qui l'entourent et auxquelles il se rattache, pour n'en retenir que certains aspects ou éléments susceptibles d'une explication simplifiante, par le recours à des abstractions. Ainsi, la loi pouvait être considérée comme l'émanation d'une volonté collective, dont l'État était l'expression en même temps qu'il en assurait l'efficacité. Les sinuosités du processus d'élaboration de la loi

échappaient à cette définition, qui prenait comme point de départ la loi comme entité absolue, expression transcendante d'une sagesse politique abstraite. De même, le magistrat était l'interprète irrécusable de cette loi, parce que ses jugements ne s'inspiraient que de l'ordre logique du système des normes juridiques, sans égard à toute autre considération. La loi, l'État-législateur, l'État judiciaire étaient érigés en abstractions, isolées de tout contexte.

Au fond de cette théorie du droit résidait une théorie de l'État, l'une aussi abstraite que l'autre. Il n'est donc pas étonnant que, hors l'histoire du droit à la manière de Savigny, c'est l'analyse et la critique de l'État et du pouvoir politique qui allaient ouvrir la voie à un autre discours sur le droit.

### *La critique de l'État et du droit : Marx et Engels*

On peut distinguer ici trois modes différents d'attaque du problème. La première, la plus ancienne et celle qui fut la plus percutante, est sans doute celle de Marx, et par la suite celle de Engels. Il semble que Marx avait espéré s'engager dans une analyse critique de l'État, mais sa vie fut finalement entièrement consacrée à la critique de l'économie capitaliste. On trouve quand même dans l'ensemble de son oeuvre les éléments essentiels d'une critique de l'État et du droit. Pour Marx, on ne peut abstraire l'État de la société de classes dont il est un élément clé. Il s'inscrit dans les rapports de pouvoir qui jouent entre la classe de ceux qui possèdent les moyens de production et ceux qui en sont aliénés. Plus exactement, l'État est une création de ces rapports de pouvoir, dans la mesure où l'État progressivement constitué en garant et protecteur de la propriété privée, c'est-à-dire des intérêts de ceux qui possèdent des biens et notamment des moyens de production : ressources, capital, instruments, matériaux, machines, connaissances. Dans le contexte de la lutte de classes, qui constitue la dynamique fondamentale de la société capitaliste telle que la conçoivent Marx et Engels, l'État vient ajouter encore le poids de son action et de son prestige en faveur des possédants.

Le droit, défini, maintenu et sanctionné par l'État, est un des instruments privilégiés de l'intervention active de l'État dans cette dynamique. Par ses règles et ses sanctions, le droit assure un ordre social et économique fondé sur l'inégalité des forces dans la lutte des classes. Il exprime en normes, en devoir être, en *Sollen*, un état social qui est en réalité le produit d'une lutte de forces inégales entre une classe dominante et une classe exploitée. C'est là la fonction *répressive* que le droit exerce dans et par l'État. Mais il exerce aussi une autre importante fonction, celle de la légitimation. Il justifie le pouvoir de l'État, la propriété privée, les rapports de forces. Il contribue ainsi à créer et entretenir la *fausse conscience*. C'est sa fonction idéologique<sup>4</sup>.

Il n'est donc pas étonnant que Marx et Engels aient prévu que la destruction de la propriété privée devait entraîner le déclin et la disparition de l'État et du droit, dans la société communiste qui devait fleurir sur les vestiges de la société capitaliste.

Cette notion du déclin de l'État et du droit n'a guère été retenue par les analystes marxistes, sauf par Pashukanis dont on sait cependant qu'il fut désapprouvé et finalement liquidé par Staline. Cependant, l'analyse économique de l'État et du droit, introduite par Marx et Engels, a été reprise par beaucoup d'analystes d'inspiration plus ou moins explicitement marxiste, et elle exerce encore aujourd'hui une grande influence. Aux États-Unis, on la retrouve notamment chez des sociologues du droit qui se disent *radical*, c'est-à-dire à la fois critiques et parfois néomarxistes : ce sont, par exemple, Piers Beirne, Alan Hunt, Ralph Miliband, Robert M. Rich, Richard Quinney et Paul Q. Hirst. Soulignons cependant que la sociologie américaine du droit, plus que toute autre, s'est intéressée au droit pénal, en collaboration avec des criminologues, comme l'atteste la principale revue américaine de sociologie du droit, *Law and Society Review*. En Grande-Bretagne, l'analyse néomarxiste du droit et de l'État est très active, se regroupant principalement autour de deux revues : *International Journal of the Sociology of Law* et *Journal of Law and Society* (autrefois *British Journal of Law and Society*). En France, Althusser et Poulantzas ont entraîné un mouvement de réflexion — d'ailleurs international — sur l'État et le droit, dans lequel s'est engagé un groupe de juristes, autour notamment de Michel Miaille et de la revue *Procès*, publiée irrégulièrement.

### ***La sociologie du droit : Max Weber***

La seconde démarche d'analyse sociale du droit est celle de Max Weber<sup>5</sup>. Celui-ci vient évidemment dans le sillage de la pensée marxiste, avec laquelle il a mené toute sa vie un long débat intellectuel. Juriste, historien et économiste plus que philosophe, il a tenté lui aussi de comprendre la société capitaliste, mais en s'attachant à d'autres dimensions qu'à son avis, Marx et Engels avaient négligées. Il a voulu notamment mettre en lumière le fait que la religion, le droit et l'État ont chacun une rationalité interne, une vie propre qui n'obéit pas uniquement aux impératifs des rapports de production et de la lutte des classes. Et cette rationalité, qui n'est pas indépendante des rapports économiques, a par ailleurs un impact qui est loin d'être négligeable sur l'activité et les structure économiques elles-mêmes. Dans sa thèse bien connue, Weber veut démontrer qu'on ne peut expliquer que le capitalisme se soit développé en Occident au cours des derniers siècles — et pas avant et pas ailleurs — sans recourir au facteur religieux. Ce fut le propre de la théologie puritaine de développer une vision du monde et de l'au-delà

qui, en quelque sorte par ricochet et sans le vouloir, engageait ses adhérents à adopter certaines règles de conduite morale qui allaient favoriser l'épargne, le travail productif, l'investissement, c'est-à-dire les éléments clés du comportement capitaliste. Toutes les autres religions avaient, par leur théologie et leur morale, ou inhibé ces comportements ou ne les avaient pas encouragés avec la même puissance efficace. Évidemment, depuis le XVI<sup>e</sup> et le XVII<sup>e</sup> siècles, des conditions et des structures sociales et économiques avaient déjà été mises en place qui devaient aussi contribuer à l'avènement du capitalisme : montée de la classe bourgeoise, liberté du commerce, extension des marchés. Mais de telles conditions avaient également existé en d'autres temps et d'autres lieux sans engendrer la société capitaliste. Il fallut pour cela que des conduites économiques d'esprit capitaliste pussent recevoir la sanction positive, plutôt que négative, d'une religion et d'une morale particulières.

C'est dans la même perspective que Weber a traité de l'État et du droit. Ni l'un ni l'autre ne sont indépendants de l'économie. Ils ont l'un et l'autre une rationalité qui les distingue. Et ils ont l'un et l'autre des fonctions économiques qui ne sont pas exclusivement celles que leur ont attribuées Marx et Engels. En ce qui a trait à l'État, ce sont les notions de pouvoir et d'autorité que Weber développe et approfondit pour en faire le noyau central de son analyse. Le pouvoir a ses règles qu'il importe d'éclairer : règles de légitimité, d'où découlent différents types de pouvoir et d'autorité ; règles d'organisation de l'exercice du pouvoir, selon les types de pouvoir. C'est ici que prend place notamment l'étude, demeurée à juste titre célèbre, qu'a fait Weber de la bureaucratie comme forme privilégiée, et même presque nécessaire, d'exercice du pouvoir politique. La bureaucratie a sa logique interne, dont Weber a voulu dégager ce qu'il a appelé le *type pur* (*Ideal type*) qu'on appellerait aujourd'hui le *modèle* abstrait, construit à partir d'observations empiriques, modèle qu'on ne trouve jamais parfaitement réalisé mais dont tous les éléments constitutifs se retrouvent dans la réalité — sans être tous réunis en même temps. La bureaucratie est apparue à Weber comme un élément clé pour comprendre la rationalité du pouvoir politique, surtout celle de l'État moderne. Car celui-ci, plus que tout autre, se rapproche du type pur de l'autorité que Weber a appelée « légale », par opposition à l'autorité « traditionnelle » et à l'autorité « charismatique ». L'autorité légale est définie par Weber comme étant celle dont la légitimité repose sur « la croyance au caractère de légalité dont sont revêtues les règles normatives et sur le droit de commander qu'en vertu de ces mêmes règles, détient celui qui est dans un poste d'autorité<sup>6</sup> ». Plus que toutes autres, les sociétés occidentales modernes ont accentué le fondement légal de la légitimité de l'État. Des éléments de légitimité traditionnelle (la royauté) ou parfois de légitimité charismatique (le chef) s'y retrouvent encore. Mais ils prennent un caractère marginal ou accidentel à l'inté-

rieur d'un type d'État dont à la fois la légitimité et le fonctionnement se fondent avant tout sur la rationalité légale.

Dans cette perspective, on comprend que Weber ait eu besoin d'approfondir la nature du droit. D'où l'importance dans son oeuvre de la sociologie du droit, qui est malheureusement demeurée inachevée par suite du décès prématuré de l'auteur. Tout comme pour la religion et l'État, Weber s'est interrogé sur la spécificité du droit occidental contemporain. Et comme toujours, Weber procède selon une méthode comparative, qui marque son oeuvre d'une manière toute singulière. Cela l'amène à adopter une vision très large, très étendue des différentes variétés de droit que nous révèle l'histoire humaine. Le droit des pays occidentaux contemporains n'est qu'un type parmi d'autres. Ce qui fait la différence entre les droits, c'est le mode de pensée juridique sur lequel il se construit. Plus précisément c'est le rapport que la pensée juridique entretient avec la rationalité logique et, d'autre part, le type de formalisation qu'elle introduit dans son raisonnement et ses procédures.

Ces deux critères permettent à Weber de développer une typologie de la pensée juridique, selon qu'elle est non rationnelle ou rationnelle, formaliste ou de fond. Et il concrétise ces types de pensée juridique dans les différentes modalités d'exercice du droit par ceux qu'il appelle les différents *honoratoires* du droit. Ce sont les différents types de légistes ou de juristes, selon le modèle de pensée juridique qui les inspire : juges, théologiens, jurisconsultes, pontifes et prêtres, clercs, etc.

Weber classe le droit occidental moderne (celui des pays de *common law* et celui des pays de droit codifié) parmi ceux qui ont le plus développé un système de pensée juridique rationnel et formalisé. Ce type de droit est guidé par des principes généraux, des concepts abstraits, un raisonnement logique; soit qu'il s'inspire de principes et de concepts pour les appliquer logiquement (droit codifié), soit qu'il construise et modifie les principes et les concepts par la réflexion qu'impose chaque cas nouveau, selon les règles d'une logique appropriée (*common law*).

Cette rationalité juridique n'est pas indépendante de la rationalité économique. Les deux rationalités ont pris appui l'une sur l'autre pour s'implanter et elles se sont renforcées l'une l'autre. L'activité économique de nature capitaliste a pu s'étendre dans la mesure où elle pouvait bénéficier d'un rationnel qui permettrait la prévision des actions des autres et leurs conséquences. Une interaction s'est donc poursuivie entre économie et droit dans l'élaboration du capitalisme moderne. Si une certaine religion (le puritanisme) a été nécessaire à cette élaboration, un certain droit — hérité du droit romain retrouvé et renouvelé — en a été également une condition essentielle. Une semblable interaction s'est établie entre l'organisation du pouvoir politique et le droit, dans la mesure où la rationalité de celui-ci a contribué à conférer à l'État des assises de légitimité en même temps que des règles de fonctionnement bureaucratique. Un droit logique et rationnel définissait le statut et les

juridictions de l'autorité politique. Et, en retour, celle-ci garantissait au droit une sphère d'autorité légitime plus ou moins exclusive.

Soulignons en terminant deux traits importants pour nous de la sociologie weberienne du droit. Tout d'abord, la perspective sociologique de Weber n'est pas externe au droit : elle va au coeur du droit, cherchant à déceler au départ son mode de pensée, son appareil conceptuel et logique. Nous reviendrons plus loin sur ce point. En second lieu, Weber a été inspiré par une vision de la société que l'on appellerait aujourd'hui *systémique*. Bien qu'il n'ait pas construit un modèle explicite de système social, Weber avait un sens très poussé des interactions et des influences réciproques des différentes composantes de la société : économiques, politiques, juridiques, culturelles. Cela apparaît tout particulièrement dans l'ébauche qu'il a laissée de sa sociologie du droit.

L'influence de Max Weber a été et demeure très grande dans la sociologie du droit, et cela dans tous les pays. Les écrits sociologiques qui se réfèrent à l'oeuvre de Weber, explicitement et même implicitement, sont trop nombreux pour être cités ici. C'est peut-être cependant en Allemagne et dans les pays de langue anglaise (peut-être surtout aux États-Unis) que son influence s'est fait le plus sentir, sans doute davantage que dans les pays de langue française, l'oeuvre de Weber ayant d'ailleurs été largement traduite en anglais<sup>7</sup>.

### *La science politique et le droit*

Particulièrement en France, la science politique a représenté une troisième voie d'analyse du droit selon une optique qui ne soit pas exclusivement juridique. L'action de l'école sociologique française, animée par Émile Durkheim, fut loin d'être étrangère à ce mouvement. Ce fut d'abord en effet dans la théorie sociologique et l'appareil conceptuel de Durkheim que des juristes français puisèrent leur inspiration pour ouvrir de nouvelles voies de réflexion théorique sur le droit. Ce fut le cas particulièrement de ceux qu'on a appelés les « institutionnalistes », tels Maurice Hauriou et Léon Duguit<sup>8</sup>. Ils empruntèrent à Durkheim la notion d'institution, définie comme un ensemble relativement cohérent de règles et normes de conduite s'appliquant à un secteur particulier de la vie sociale ou collective.

Cette notion trouvait dans le droit un champ privilégié d'application : le droit est essentiellement composé, comme je viens de le dire, d'un ensemble relativement organisé de règles et de normes qui, en outre, ont ceci de particulier qu'elles comptent parmi les règles et les normes les plus explicites de la culture. Le droit peut donc être perçu et analysé comme une institution en lui-même et surtout dans ses rapports avec d'autres institutions dont les règles et normes ne sont pas nécessaire-

ment aussi explicites. Mais les institutionnalistes, juristes bien plus que sociologues ou politologues, ne sont pas allés très loin dans cette voie. Et ils n'ont pas fait école, à proprement parler, même si leur influence s'est quand même largement fait sentir.

Il faut cependant souligner ici une oeuvre exceptionnelle, explicitement inspirée de l'institutionnalisme français, celle de l'Italien Santi Romano. Il a publié en 1918 un remarquable traité intitulé *Ordinamento giuridico* (l'ordre juridique)<sup>9</sup>. On a pu dire de cet ouvrage qu'il est tout autant une théorie générale qu'une sociologie du droit. Romano distingue deux sens du terme *droit* : le mot *droit*, au sens objectif, peut désigner deux choses : a) un ordre dans son intégralité et son unité, c'est-à-dire une institution; b) une prescription ou un ensemble de prescriptions (normes ou dispositions particulières) diversement groupées ou agencées que, pour les distinguer des prescriptions non juridiques, nous appelons institutionnelles, de façon à faire ressortir le lien qui les unit à l'ordre tout entier, à l'institution dont elles sont les éléments, lien nécessaire et suffisant pour en fonder le caractère juridique<sup>10</sup> ». Le traité de Romano porte sur le droit entendu dans le premier sens, c'est-à-dire comme totalité de normes, de règles et de sanctions composant une institution, nous dirions aujourd'hui un système. Et ce qui fait par la suite l'originalité de l'analyse de Romano, c'est qu'il considère que toute société comporte une pluralité d'ordres juridiques : « . . . il y a autant d'ordres juridiques que d'institutions<sup>11</sup> ». L'ordre juridique étatique (relevant de l'État et de ses organes) n'est qu'un des ordres juridiques qui existent simultanément dans une société donnée. C'est sans doute le plus visible, le plus officiellement reconnu comme juridique, surtout dans les sociétés modernes, à cause de la prééminence qu'y ont prise l'État et son droit, mais ce n'est pas le seul. Romano analyse d'autres ordres juridiques non étatiques : le droit international, le droit ecclésiastique, des ordres juridiques que l'État peut regarder comme illicites ou qu'il ne connaît pas (par exemple, des mouvements sociaux ou partis politiques déclarés hors-la-loi mais qui existent dans la clandestinité, des groupes religieux interdits, des sociétés secrètes, etc.), des ordres juridiques non étatiques reconnus par l'État et possédant leur réglementation interne propre (associations, syndicats, industries, maisons d'enseignement, etc.). Selon Romano, cette pluralité d'ordres juridiques doit être reconnue, car il existe des rapports de différente nature entre ces ordres juridiques, et particulièrement entre les ordres juridiques non étatiques et l'ordre juridique étatique : reconnaissance réciproque, divergences et convergences, renforcement ou opposition. L'analyse de ces rapports peut contribuer à éclairer la dynamique du droit, dans sa totalité ou dans ses parties.

On le voit, Romano s'est inspiré non seulement d'Hauriou mais aussi de Von Gierke. Toutefois, en soutenant que sa propre notion d'insti-

tution ou d'ordre est « plus essentiellement juridique » que celle de « communauté organique » utilisée par Gierke, Romano tient aussi à garder ses distances.

Malheureusement, l'entreprise de Romano est demeurée relativement isolée et peu connue. Ce n'est que depuis peu qu'on l'exhume du silence dont elle était entourée.

La science politique, ou sociologie politique, allait cependant progresser de son côté, largement hors du droit, sinon contre le droit, dans l'analyse de l'État et de l'organisation politique : études des partis politiques, des structures gouvernementales, des processus de prise de décision, de la fonction publique et de la bureaucratie, des processus électoraux, des groupes de pression, des élites. Ces études contribuaient à démystifier les perceptions de l'État comme dépositaire de la volonté collective, comme arbitre neutre des conflits, comme centre suprême de décisions. En ce sens, elles préparaient la voie à une sociologie du droit ultérieure.

Mais la science politique se désintéressait du droit, comme le droit se désintéressait de la science politique.

Cela explique que les découvertes décisives de la science politique sur le rôle des groupes de pression, des élites, de la bureaucratie ne laissèrent pratiquement aucune trace au niveau de la théorie générale du droit ou de l'analyse des règles ou des institutions particulières. La communication était rompue. Le droit restait figé dans ses notions immuables et transcendantes. La science politique continuait, en multipliant les études empiriques, à approfondir les connaissances du processus législatif. Elle n'avait quasiment aucune influence sur le droit et déformait même l'appréhension des phénomènes politiques en ignorant sciemment leur composante juridique<sup>12</sup>.

La science politique a contribué à mettre en place des éléments d'analyse politique et sociologique du droit, mais en boudant pendant très longtemps le droit lui-même. Cela explique que la sociologie politique ait mis longtemps avant de déboucher sur une sociologie du droit, malgré la place centrale que celui-ci occupe dans l'exercice du pouvoir politique.

La sociologie du droit, qui prend corps depuis quelques années, a hérité de ces différentes sources de pensée, que nous venons de rappeler brièvement. Elle s'en inspire encore, implicitement ou explicitement. Mais elle s'en distancie aussi sur certains points, comme nous aurons l'occasion de le voir.

Poursuivant l'exposé préliminaire présenté dans la première partie, nous voudrions maintenant dégager : les postulats de la sociologie du droit; les conceptions du droit qu'on y trouve; les moments du droit qu'on analyse.

## Les dimensions fondamentales de la sociologie du droit

### *Les postulats d'une sociologie du droit*

Résumons très brièvement les principaux postulats ou les prémisses de la sociologie du droit, telle qu'on la connaît en ce moment dans l'enseignement et la recherche.

**La relativité du droit** Le droit tel que le connaissent nos sociétés occidentales modernes n'est qu'un type particulier de droit, parmi d'autres possibles et existants. Les typologies de Max Weber sont encore utilisées ou citées par les sociologues du droit. De même, la place qu'occupe le droit dans les sociétés occidentales modernes n'est pas nécessairement celle qu'il occupe dans toute société. Ces sociétés ont hypertrophié le pouvoir et le prestige d'un État dont la légitimité se veut avant tout juridique, hypertrophiant du même coup le pouvoir et le prestige du droit. Bien sûr, l'histoire du droit et les études de droit comparé ont déjà largement établi ces faits, et l'anthropologie est venue récemment les confirmer en élargissant les bases de comparaison avec des sociétés qui ne prennent place ni dans l'histoire du droit ni en droit comparé.

**L'autonomie et la dépendance du droit** Le droit jouit d'une certaine autonomie, dans la mesure où son élaboration et son interprétation reposent sur une rationalité, une logique, un raisonnement qui lui sont propres. Mais cette autonomie est relative, car l'élaboration, l'interprétation et l'application du droit s'inscrivent aussi dans des processus où s'exercent des stratégies de pouvoir, des jeux d'intérêt, des pressions, inspirés par les attitudes, les idéologies, les valeurs de tous ceux qui participent à ces processus à un titre ou à un autre. Ces diverses influences se font sentir au moment de l'élaboration de lois, car le législateur n'est pas seul à faire la loi. Au surplus, les études qui ont porté sur la mise en oeuvre du droit, sur le droit en action montrent abondamment que le droit qui est effectivement appliqué peut diverger du droit formulé par le législateur, sous l'influence de ces stratégies et jeux de pouvoir et d'intérêt.

**L'analyse interne et l'analyse externe du droit** Le droit est expliqué et interprété par les juristes, selon un mode d'analyse *interne* du droit, c'est-à-dire selon des règles d'interprétation et des modes de raisonnement qui leur permettent d'arriver à conclure sur ce que veut *vraiment* dire le droit. Mais il est aussi possible d'expliquer et interpréter le droit selon un mode d'analyse *externe*. Prenant alors le droit tel qu'il est dit, suivant les interprétations des juristes, l'analyse externe tente de le

comprendre par ses rapports aux structures économiques, politiques, sociales, aux idéologies, aux valeurs. C'est ce type d'analyse du droit que font des économistes, des politologues, des sociologues, des anthropologues, des psychologues. Elle est complémentaire de celle des juristes.

**La fonction critique de l'analyse externe** De sa nature même, l'analyse externe a un caractère critique du droit, car elle est toujours démystificatrice de certains mythes qui entourent le droit, tels : le droit émanant du législateur, l'imperméabilité de la rationalité juridique à toute autre considération et influence, le droit équivalent à la justice, l'égalité de tous les citoyens devant le droit et la justice, etc. Cette fonction critique a évidemment été accentuée par les sociologues du droit d'inspiration marxiste ou néo-marxiste. Leur analyse du droit des sociétés capitalistes a voulu mettre en lumière les rapports occultés entre droit et classes dominantes, droit et idéologies des classes dominantes, le rôle du droit dans le maintien de la fausse conscience et la légitimation de l'ordre (ou du désordre) établi.

Tels sont, parmi d'autres cependant, ceux qu'on peut considérer comme les quatre principaux postulats sur lesquels repose la sociologie du droit actuelle.

### ***Les conceptions du droit***

Ces prémisses posées, tentons de résumer les trois conceptions majeures du droit qui sous-tendent les études sociologiques du droit.

#### **LE DROIT COMME ÉLÉMENT AU CONTRÔLE SOCIAL**

C'est la conception *régulatrice* du droit. L'organisation sociale est alors perçue sous l'angle des contraintes que ses membres s'imposent les uns aux autres, et à eux-mêmes. Ces contraintes agissent soit par les structures sociales dont ils font partie (famille, profession, milieu de travail, mouvements sociaux dans lesquels ils ont un rang, un statut, un rôle), soit par la culture commune qu'ils partagent et dont ils reconnaissent les normes, les coutumes, les valeurs, les sanctions. Cette conception régulatrice de l'organisation sociale doit beaucoup à Émile Durkheim, pour qui la spécificité du *fait social* (c'est-à-dire de l'objet d'étude propre à la sociologie) réside dans les contraintes que les personnes subissent, s'imposent et imposent aux autres, du fait de la vie en commun.

Dans ce contexte, le droit apparaît comme une des formes que prend la réglementation sociale. C'est même sa forme la plus visible, la plus explicite, la plus institutionnalisée. C'est dans le droit que des normes et des règles sont exprimées le plus clairement (surtout lorsque le droit est écrit) et que les sanctions sont le plus prévisibles. Il existe évidemment

bien d'autres formes de contrainte sociale, moins explicites mais qui peuvent être aussi efficaces, et même plus efficaces, que le droit. Cependant, le caractère formalisé que prend la contrainte sociale dans le droit confère à ce dernier une place privilégiée. C'est pour cela que Durkheim a pris le droit comme indice principal pour distinguer ce qu'il appelait les sociétés de solidarité mécanique (dominées par un droit *punitif*) des sociétés de solidarité organique (où s'est élaboré un droit *restitutif*<sup>13</sup>).

C'est surtout la sociologie qu'on a appelée *fonctionnaliste* ou *structuro-fonctionnaliste* qui a repris et développé cette approche régulatrice. Dans le modèle fonctionnaliste de l'organisation sociale, le droit agit comme agent stabilisateur, harmonisateur des conflits. En précisant les droits subjectifs des acteurs, individuels et collectifs, il assure le règne d'une certaine rationalité. L'État joue en cela un certain rôle, mais la perception fonctionnaliste du droit ne lui a pas accordé un rôle prédominant : c'est l'ensemble de la société qui s'auto-contrôle par le recours au droit et aux institutions judiciaires.

Il faut cependant faire une place à part à ce qui s'est appelé aux États-Unis *sociological jurisprudence*, inspirée principalement par Roscoe Pound. Celui-ci, à travers ses nombreux écrits publiés au cours de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, a cherché à développer une science du droit (une jurisprudence) inspirée de la sociologie. Et c'est notamment dans la théorie du contrôle social du sociologue américain Edward Ross qu'il a puisé à cette fin<sup>14</sup>.

**Le droit comme institution répressive** Ici, le droit est intégré à une théorie de l'État et il est perçu avant tout comme un instrument de l'État. Responsable d'assurer et maintenir l'ordre public, l'État exerce de soi une action répressive à l'endroit de toute manifestation de marginalité, de contestation, de déviance, d'opposition, de criminalité, de contre-culture, de non-conformité. C'est à travers le droit que l'État exprime sa conception de l'ordre public qu'il veut voir régner et c'est par le bras du droit qu'il réprime tout ce qui menace ou contrarie cet ordre.

Cette perception du droit se retrouve particulièrement chez deux groupes de chercheurs. Celui d'abord des sociologues et politologues qui s'inspirent de la critique marxiste de la société capitaliste. Lié à la classe dominante, l'État maintient et dirige un ordre public et social qui profite principalement à ceux qui jouissent déjà du pouvoir économique. Pouvoir politique et pouvoir économique se conjuguent et se complètent, se renforçant l'un l'autre. Mais en réalité, les véritables détenteurs de pouvoir sont ceux qui détiennent la propriété des moyens de production dans l'activité économique, bien plus que ceux qui détiennent un pouvoir politique. Celui-ci est en dernière instance déterminé par les détenteurs du pouvoir économique. Dans la lutte des classes toujours présente dans la société capitaliste, l'État n'est pas neutre parce qu'il est imbriqué dans les intérêts de la classe possédante. Son

action répressive, par l'intermédiaire du droit et des institutions judiciaires, s'exerce donc dans le sens de ces intérêts.

Le deuxième groupe de chercheurs est celui qui s'intéresse à la sociologie du droit pénal. Ici, le caractère répressif de l'État et du droit est plus évident que partout ailleurs. L'État a la responsabilité, l'obligation même, de réprimer et punir toute activité définie comme délictuelle ou criminelle. C'est donc avant tout sous cet angle répressif que le droit apparaît au sociologue ou au criminologue qui étudie le fonctionnement des institutions judiciaires pénales. Il arrive que l'on donne à cette sociologie du droit le nom de sociologie du contrôle social. Mais cette dernière expression est alors utilisée dans un sens plus restreint que précédemment : il s'agit des contraintes exercées avant tout par l'État, sa police, ses tribunaux, sur les formes diverses de déviance criminelle.

**Le droit comme expression idéologique** Le droit est ici perçu surtout comme élément de la culture d'une société. On y trouve exprimées certaines valeurs que partagent les membres de cette société, notamment les idéologies prédominantes dans cette société. Non seulement le droit les exprime-t-il, mais il leur donne vie, il les met en oeuvre, il les applique dans des situations concrètes. Ce n'est qu'en de rares occasions que le droit, les législateurs ou les magistrats diront explicitement les idéologies ou les valeurs du droit. Mais celles-ci sont sous-jacentes aux règles, aux sanctions, aux jugements; elles en constituent la justification implicite.

Les fondements idéologiques du droit ont été sondés à la fois dans une perspective *idéaliste* et dans une perspective *matérialiste*. Du point de vue idéaliste, les valeurs d'une culture sont le ciment qui lie et unifie les membres d'une société, dans une commune vision du monde, une *Weltanschauung* partagée. Cette commune vision du monde est la base principale, essentielle, de tout groupe social, de quelque taille qu'il soit, depuis l'unité familiale jusqu'à la société globale. Comme le droit exprime les valeurs et les idéologies, il agit donc comme ferment d'unité. L'*esprit du droit* est le reflet de l'esprit national, du génie d'un peuple.

Dans la perspective *matérialiste* (ou *radicale*), le droit exprime aussi des valeurs et des idéologies, mais ce sont avant tout celles de la classe dominante. Si la société est fondamentalement divisée par la propriété privée, si elle est travaillée par les luttes de classes, elle ne peut pas être analysée dans son unité mais plutôt dans ses contradictions. Le droit appartient à ces contradictions. Par les valeurs et les idéologies dont il s'inspire, il sert à légitimer le pouvoir économique et politique que détient la classe dominante. Et dans la mesure où les valeurs et idéologies de la classe dominante se présentent toujours comme étant, faussement, celles de toute la société, le droit sert également à occulter les contradictions sociales, l'inégale répartition des forces et du pouvoir.

## *Les moments du droit*

D'une manière plus concrète, plus empirique, la sociologie distingue trois moments, trois temps du droit. Et si l'on prend une vue d'ensemble des études sociologiques du droit, elles portent, inégalement, sur l'un ou l'autre de ces moments. Ces trois moments sont : l'élaboration du droit, le droit tel qu'il est élaboré (ce qu'on peut appeler le droit écrit, ou droit positif), et l'application, ou la mise en oeuvre du droit.

**L'élaboration du droit** Il n'est pas étonnant que l'élaboration du droit soit particulièrement privilégiée dans les études sociologiques du droit. C'est alors qu'apparaît l'interaction entre le législateur, les fonctionnaires, les partis politiques, les groupements d'intérêts, les groupes de pression, les médias d'information, l'opinion publique. C'est alors aussi qu'apparaissent les jeux d'influence, les jeux de pouvoir, les lobbies, les stratégies des intervenants, les alignements idéologiques ou d'intérêts convergents ou divergents.

Toute loi, tout règlement, toute directive ministérielle n'est pas nécessairement le fruit de tant d'actions. Mais beaucoup le sont, particulièrement lorsque les enjeux économiques, politiques ou idéologiques sont considérables et où les conflits d'intérêts, de diverses natures, sont aigus.

Le processus d'élaboration des lois et règlements comporte de plus en plus de phases écrites, qui fournissent à l'analyste une riche documentation : présentation de mémoires au législateur ou à l'exécutif, commissions parlementaires et débats parlementaires dont les comptes rendus *verbatim* sont publiés, commissions d'enquête dont les travaux et les rapports sont publics et publiés, documents de travail préparatoires à la rédaction de lois ou de règlements. Mais certains documents demeurent inaccessibles lorsqu'il s'agit de lois ou règlements de date récente : documents de travail internes du gouvernement, mémoires au Conseil des ministres, délibérations de comités ministériels ou du Conseil des ministres, notes et correspondance internes, etc. Il est cependant parfois possible que des entrevues avec des informateurs privilégiés permettent indirectement de lever un peu le voile sur le contenu de documents qui ne sont pas encore du domaine public.

Cependant, il importe de souligner que l'analyse de l'ensemble de cette documentation ne constitue qu'une étape dans l'analyse sociologique de l'élaboration des lois ou des règlements. En rester à cette étape risque de fausser l'image du processus ou, en tout cas, de n'en pas donner toute la signification sociale. Il est important de situer socialement les acteurs et groupes d'acteurs qui sont intervenus, les « contextuer », pour faire entrer en ligne de compte, par exemple, les intérêts économiques, commerciaux, professionnels qu'ils poursuivent, qui les motivent. Les justifications explicites que donnent les acteurs et

groupes d'acteurs de leur intervention, et qu'on peut lire dans les documents publics, occultent souvent d'autres motivations moins « glorieuses » et qui ne seront jamais dites, ni surtout écrites. Le recours, par exemple, aux notions d'intérêt public, d'ordre public, d'intérêt national, de bien commun, de justice, d'équité, doit être décodé pour déceler, derrière ce décor, les intérêts concrets des acteurs dans le contexte politique, économique, social, idéologique où ils se situent.

Bref, une législation, une réglementation apparaissent au sociologue qui les analyse comme le produit de jeux de pouvoir, dont les racines doivent être recherchées dans l'organisation politique et sociale, les structures économiques, tout autant que dans l'univers des valeurs et des idéologies. C'est ce qu'on peut appeler la mise en situation, ou la mise en contexte, du processus d'élaboration du droit. Et c'est par cette mise en contexte que cette analyse peut finalement avoir une valeur *explicative*, c'est-à-dire rendre compte de l'émergence du droit dans sa relation à la réalité complexe d'une société particulière.

Ajoutons, enfin, que ces jeux de pouvoir ont un contexte non seulement contemporain, mais aussi historique. Ils se poursuivent, souvent en se modifiant, dans le temps, sur une période plus ou moins longue. La perspective diachronique (historique) vient souvent éclairer l'analyse synchronique (contemporaine) de l'élaboration des lois ou des règlements.

Les politicologues et sociologues radicaux, d'inspiration plus ou moins marxiste, ont malheureusement fait trop peu d'études empiriques du droit. Par ailleurs, leurs écrits théoriques ont beaucoup contribué à formaliser et à clarifier cette problématique du fait juridique. En insistant sur les rapports de production et les structures économiques auxquels, selon eux, se rapporte le droit en dernière instance, ils ont contribué à mettre en lumière la nécessité de ne pas négliger la dynamique des jeux de pouvoir économiques, et autres, qui sous-tendent l'élaboration du droit. C'est en ce sens que l'étude sociologique du droit, qu'elle soit ou non d'inspiration radicale, sert de révélateur critique du droit.

**Le droit en lui-même, comme pensée juridique** On a souvent utilisé une distinction pour différencier l'analyse du droit que fait le sociologue de celle qu'en fait le juriste. Le premier, dit-on, fait l'analyse externe du droit, tandis que le second en fait l'analyse interne. Nous avons eu recours à cette distinction plus haut. Ou encore, on dira que le sociologue prend le droit comme objet et le juriste, comme sujet. On entend par ces distinctions que le juriste dit ce que dit le droit; il est, par sa formation et sa pratique, l'interprète du droit. Le sociologue dit pourquoi le droit dit ce qu'il dit. . .

Ces distinctions sont utiles en ce qu'elles servent à bien démarquer les approches différentes — et complémentaires — qui caractérisent respectivement le sociologue et le juriste dans leur analyse d'un objet commun, qui est le droit.

Cependant, dans sa clarté limpide — peut-être un peu trop limpide — cette distinction cache un problème. Nous avons dit plus haut que la sociologie du droit de Max Weber se donnait comme principal objet la *pensée juridique*. Il faut reconnaître que si les sociologues du droit aiment à se réclamer de Weber — du moins les non-marxistes — ils n'ont pas suivi son enseignement dans la mesure où ils n'ont guère exploré les fondements sociologiques de la pensée juridique. Il faut dire qu'une telle analyse exige de la part de celui qui l'entreprend une bonne connaissance du droit, ce qui n'est généralement pas le cas des sociologues et politicologues.

Bien sûr, on peut soutenir que la distinction entre analyse externe et analyse interne vaut encore ici. Le sociologue qui veut expliquer la pensée juridique ne cherche pas d'abord à dire ce que dit le droit, mais plutôt comment ce que dit le droit se rapporte aux idéologies dominantes, aux valeurs, à l'organisation sociale, aux rapports de forces politiques, économiques, sociaux. Mais il faut quand même admettre que dans ce genre d'entreprise, la ligne de démarcation entre le sociologue et le juriste s'est amenuisée. L'analyse externe est directement soudée à l'analyse interne du droit. L'intégration de l'une à l'autre devient subtilement nécessaire.

Le droit, entendu au sens de droit positif, est avant tout et essentiellement un discours. Il n'est pas une réalité concrète, tangible, matérielle. Il est parlé et écrit. Il est un langage<sup>15</sup>. La parole, écrite ou parlée, lui confère sa réalité. En ce sens précis, le droit appartient donc à l'*univers symbolique* de la vie sociale, c'est-à-dire à l'univers des mots et des concepts, les uns et les autres étant fondamentalement symboliques.

Mais dans l'ensemble de l'univers symbolique social, le droit occupe, par certains traits, une place qui le singularise. Tout d'abord, c'est un discours *officiel*. Il est fait, élaboré, interprété, modifié par des personnes en situation d'autorité : les *honoratoires* de Max Weber. Ce sont, dans notre pays, le législateur, le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire, si l'on s'en tient au droit formel. En second lieu, c'est un discours *directif* : il énonce des règles, des normes, des défenses, et il en précise à l'occasion les sanctions. Il ordonne, il commande, il prohibe. Il peut parfois n'être que déclaratoire ou rhétorique, mais pour mieux annoncer des règles. En troisième lieu, ce discours est *universel* pour une société donnée. Il vaut pour tous, même lorsqu'il ne s'adresse qu'à certaines catégories ou certains groupes de citoyens. Quatrièmement, il est *pragmatique* : il a pour but d'entraîner une action, dans des cas précis. Le droit est en ce sens un discours actif, qui doit se réaliser dans des actes,

des comportements. Même lorsque des lois ne sont pas appliquées, elles devraient l'être en principe, et peuvent toujours l'être en tout temps. Cinquièmement, le droit est assez souvent un discours *prospectif*. Il ne dit pas seulement ce qui doit être (au moment présent), mais aussi ce qui devra être. Le droit non seulement organise le présent, mais aménage aussi assez souvent l'avenir. Enfin, en sixième lieu, le droit est un discours *socio-économico-politique*. Il ne s'adresse pas à la personne isolée; il aménage plutôt des relations interpersonnelles, des interactions, ou encore s'adresse-t-il à des groupes, des catégories de personnes, des collectivités. Et ces interactions sociales sont très souvent saisies par le droit dans leurs rapports à des biens, qu'il s'agisse de les produire, échanger, transférer, partager, protéger, détruire, etc. Également, le droit gère des rapports sociaux qui se rapportent à l'exercice et au partage de pouvoirs, dont les pouvoirs politiques. On peut donc dire que le droit s'inspire d'une certaine vision de la société, ou la reflète.

Univers symbolique, le droit est par conséquent un discours peuplé d'appels à des traditions intellectuelles, religieuses, morales; il s'est élaboré et continue de s'élaborer suivant l'influence de diverses conceptions du monde et de la société, de divers intérêts, de conflits de pouvoir entre groupes, catégories, classes, strates, etc. Derrière les règles pragmatiques qu'il énonce, les jugements des tribunaux qui l'alimentent, la doctrine juridique qui s'énonce, le droit est donc porteur de valeurs, d'idéologies qu'il importe de connaître. C'est en ce sens que le droit est aussi une « pensée sociale » : il est et reflète une vision de la société et de la vie en société.

Un exemple de ce type d'analyse nous est donné dans *Les origines doctrinales du Code civil français* d'André-Jean Arnaud<sup>16</sup>, ouvrage qui repose sur la thèse de doctorat présentée par l'auteur à la Faculté de droit de l'Université de Paris. Juriste-sociologue, Arnaud a consacré sa recherche, de caractère historique, à l'exploration des sources de la pensée juridique qui ont présidé à la rédaction du Code civil français. Mais les sources qu'il identifie sont finalement avant tout philosophiques : rationalisme, individualisme, nominalisme, idéalisme. Sans diminuer la qualité d'une telle recherche, il faut souligner que l'auteur s'en est tenu à l'univers intellectuel dans lequel ont baigné les rédacteurs du Code. De plus, il n'a pas cherché à situer socialement cet univers mental.

Si la sociologie peut effectivement contribuer à une compréhension plus approfondie du droit et si on peut nourrir l'espoir qu'elle contribue un jour à la théorie générale du droit (ce qu'elle a encore peu fait), il faudra qu'elle s'engage dans l'exploration de la pensée juridique.

**La mise en oeuvre du droit** Le champ est ici beaucoup plus vaste et plus diversifié que les précédents. C'est tout ce qu'on peut appeler « le

droit en action » (*law in action*). Le droit étant établi — par le législateur, par l'exécutif ou par les tribunaux — comment s'applique-t-il dans la réalité?

On peut reconnaître ici plusieurs voies de recherche, qui ont été pratiquées, quoiqu'inégalement.

- a) Les tribunaux sont les premiers interprètes, et les plus autorisés, des lois et des règlements. Le fonctionnement des tribunaux, les jugements qu'ils rendent, les motifs qu'ils invoquent ont fait l'objet de diverses recherches. Mais c'est peut-être surtout en matières pénales que ces recherches ont été menées, notamment aux États-Unis.
- b) La prolifération du droit public a entraîné la formation d'un vaste univers de fonctionnaires responsables d'administrer les corps créés en vertu de ces lois et d'appliquer ces lois. Dans l'exercice quotidien de leurs fonctions, ces fonctionnaires doivent interpréter la loi ou les règlements dans chaque cas qui se présente à eux. Dans la mesure où les lois et règlements sont imprécis, ambigus ou muets sur certains points, une jurisprudence non officielle se crée dans l'administration publique qui a effectivement force de loi. Du « droit en action » se crée par des agents de l'État qui ne sont pas officiellement habilités à le faire; cette jurisprudence ne sera jamais sanctionnée ni par le législateur, ni par le pouvoir exécutif, ni par les tribunaux.
- c) En matières pénales, divers agents sont responsables de l'application des lois et règlements : directeurs, chefs et agents de police, enquêteurs, directeurs de prisons et de pénitenciers, gardiens de détenus, travailleurs sociaux. Les relations qu'ils ont avec différentes catégories de personnes — victimes, présumés coupables, avocats et procureurs, témoins, détenus, etc. — obéissent aux interprétations qu'ils pensent faire des lois en vertu desquelles ils agissent.
- d) L'extension de la législation déléguée a conféré à l'exécutif gouvernemental des pouvoirs sans cesse croissants pour réglementer, en vertu de pouvoirs que lui attribuent des lois. C'est parfois l'occasion pour l'exécutif d'aller au-delà de la loi, de faire du droit, consciemment ou par inadvertance. Et il ne se trouve pas nécessairement d'intérêts lésés — ou qui aient conscience de l'être — pour contester une réglementation *ultra vires*.
- e) Il n'y a évidemment pas que les organismes publics qui appliquent et interprètent la loi et les règlements. Les grandes entreprises financières, commerciales, industrielles, les grandes institutions, privées autant que publiques (les universités, par exemple), ont leurs services juridiques. Ceux-ci servent à diverses fins, dont celles d'interpréter les lois selon les intérêts de l'entreprise ou de

l'institution et d'établir la réglementation interne de l'entreprise ou de l'institution. Le « droit en action » se gonfle de l'ensemble de cet exercice.

- f) Un certain nombre de lois, au moment où elles sont sanctionnées, sont le fruit d'un compromis entre des intérêts ou des points de vue divergents. Leur préparation et leur élaboration ont souvent été accompagnées de discussions, de représentations, de lobbying, etc. La loi une fois sanctionnée, les groupes de pression et d'intérêt ne mettent pas pour autant fin à leurs interventions. Ils peuvent souvent encore espérer que l'application de la loi pourra les avantager, selon l'interprétation qu'on en fera et selon les modalités de sa mise en oeuvre. Ainsi, les luttes qui ont entouré l'élaboration de certaines lois continuent par la suite dans leur mise en oeuvre. Les mêmes acteurs s'y retrouvent, les stratégies pouvant cependant n'être plus tout à fait les mêmes, compte tenu du contenu de la loi.

Cette liste est loin d'être exhaustive. Elle donne une idée du champ d'analyse qui s'offre ici. Un des principaux théoriciens américains de la sociologie du droit a pu écrire :

*With one phrase, legal effectiveness, we capture the major thematic concern of contemporary sociology of law. The wide range of work that revolves around the legal-effectiveness theme displays a common strategy of problem formulation, namely a comparison of legal reality to a legal ideal of some kind. Typically a gap is shown between law-in-action and law-in-theory<sup>17</sup>.*

On peut reprocher à Donald Black d'avoir ici réduit la sociologie du droit à ce que nous appelons l'un de ses *moments*. Mais cette citation illustre l'importance que les études de mise en oeuvre du droit a prise dans la sociologie du droit, particulièrement aux États-Unis.

**Le droit formel et le droit informel** Ces trois moments du droit que nous venons de décrire laissent cependant dans l'ombre un vaste champ d'étude qui ne peut être passé sous silence : c'est celui de tout ce qu'on a appelé le droit informel<sup>18</sup>. Il s'agit ici de toutes les formes de régulation économique, sociale, pénale, culturelle qui ne portent pas le sceau du droit étatique, mais qui ont des effets à peu près semblables à ce dernier<sup>19</sup>.

La notion de droit formel est relativement claire dans la mesure où l'on entend par là l'ensemble des lois, règlements, arrêts, directives émanant de l'État et de ses fondés de pouvoir et dont les tribunaux sont les interprètes reconnus. La notion de droit informel est forcément plus fluide, plus floue, ses frontières sont moins clairement établies que celles du droit formel. Elle varie également en étendue d'un pays à l'autre, d'une époque à une autre.

Dans les sociétés industrielles avancées, le champ du droit formel s'est beaucoup agrandi au cours du dernier siècle, avec le développement qu'a connu le droit public. Mais il reste quand même un vaste champ de droit informel, hors de l'État et à l'intérieur de l'État. Par ailleurs, il existe déjà aux États-Unis et maintenant au Canada ce que Richard Abel appelle « *a movement toward information*<sup>20</sup> », lié à la réaction en faveur de la dérégulation.

Du point de vue sociologique, la dynamique entre le droit formel et le droit informel est un phénomène d'une grande importance. Il se trouve soit en amont du droit (le moment de l'élaboration du droit) soit en aval (le moment de la mise en oeuvre du droit). On peut considérer le droit informel comme un *avant dire* du droit, une voie par laquelle se prépare le droit formel. Celui-ci puise souvent son inspiration dans le droit informel, qui lui a, en quelque sorte, servi de laboratoire. C'est cette dialectique que privilégie André-Jean Arnaud dans son analyse des rapports entre ce qu'il appelle « le système juridique étatique » et « les autres systèmes juridiques<sup>21</sup> ». Car le droit informel est, à ses yeux, composé d'une pluralité de systèmes juridiques. Par ailleurs, on peut à l'inverse interpréter le droit informel comme une façon de conserver des champs de régulation hors d'atteinte de l'État, ou encore comme une façon de sortir des mains de l'État certains champs de régulation qu'il avait envahis. Le parallélisme entre des champs de droit informel et de droit formel ne signifie cependant pas qu'il n'existerait aucune dynamique entre ceux-ci et ceux-là. Il peut s'agir au contraire d'un parallélisme qui repose, par exemple, sur des rapports de pouvoir délicats et mouvants entre, disons, le secteur public économique et l'État, entre l'Église et l'État, entre un réseau d'institutions privées (d'enseignement, de santé, de services sociaux, etc.) et l'État.

Analyser l'ensemble de toute cette dynamique des rapports entre droit informel et droit formel, c'est situer celui-ci dans le contexte sociologique étendu de toutes les formes de régulation, économique et autres, auxquelles il appartient, dont il est un élément.

**La circularité des moments du droit** Nous avons traité, dans les pages précédentes, des trois moments du droit, à partir de son élaboration jusqu'à sa mise en oeuvre. Cette dynamique n'est cependant pas complète. Car s'il est vrai qu'il y a effectivement un mouvement du droit qui va de haut en bas, du législateur au justiciable, il y a aussi un important mouvement du droit qui se produit « en bas », c'est-à-dire chez les justiciables et les professionnels du droit, et qui peut à l'occasion remonter vers « le haut », soit vers le législateur ou les tribunaux supérieurs.

Le micro-droit que nous évoquions au début de cet essai est précisément le droit vécu quotidiennement par les professionnels du droit et les

citoyens. La multiplicité des contrats de toutes sortes dans lesquels s'engagent des citoyens forme peut-être la partie la plus importante de ce droit vivant. Sans doute, le législateur et les tribunaux ont-ils posé certaines balises à la liberté contractuelle. Le droit des contrats n'est donc pas pleinement indépendant de ce qui vient d'en haut. Mais à l'intérieur de ces balises, dans lesquelles peut s'exercer l'initiative des notaires, des avocats et des citoyens, la liberté contractuelle demeure grande. On peut en dire autant du droit de tester, par exemple.

De même que le droit informel, dont nous venons de parler, peut annoncer du droit formel, de même le droit vivant des citoyens et des professionnels du droit peut à l'occasion provoquer une législation nouvelle qui s'en inspire ou qui ajoute de nouvelles balises. Par ailleurs, la jurisprudence se nourrit essentiellement de ce droit vivant.

Il y a donc ainsi un certain mouvement circulaire du droit. Le droit des contrats, par exemple, s'exerce à l'intérieur de bornes qui sont définies d'en haut par le législateur et la jurisprudence. Mais il arrive que l'exercice pratique de ce droit attire l'attention du législateur sur la nécessité de légiférer, ou encore qu'une nouvelle jurisprudence intervienne qui modifie certaines règles du jeu.

Cette circularité du droit s'observe à bien d'autres égards. Par exemple, la mise en oeuvre d'une loi par des fonctionnaires ou par un organisme public approprié peut révéler, à l'usage, des incohérences ou des silences de la loi, entraîner des contestations ou des plaintes de la part de justiciables. C'est donc ce mouvement de circularité qui amènera le législateur à modifier ses lois, pour les corriger ou les compléter.

La présentation que nous avons faite de la sociologie du droit dans la première et la deuxième parties de cette étude, va maintenant nous servir de guide, dans la mesure où elle explique un peu ce que peut être « le regard sociologique » sur le droit canadien, la vision de la société qui l'inspire.

Les travaux juridiques préparés pour la Commission ne permettent guère, en général, de dire beaucoup sur le moment de l'élaboration du droit. Ils offrent cependant au sociologue plus d'éléments d'analyse et de réflexion sur la pensée juridique canadienne et sur le moment de la mise en oeuvre du droit.

## **Le droit comme valeur sociale**

### ***La mythification du droit***

Avant de pénétrer le droit canadien lui-même, pour y déceler les valeurs sous-jacentes, parlons d'abord du droit comme valeur. Le Canada appartient à ces pays où, selon la typologie de Max Weber, la légitimité repose avant tout sur la rationalité juridique. C'est en vertu de lois

constitutionnelles que l'État est érigé en autorité reconnue comme légitime et l'État exerce son pouvoir à travers un discours juridique (lois, règlements, arrêts, directives). Le législateur peut faire toutes les lois qu'il veut, mais il n'est jamais lui-même au-dessus des lois qu'il fait. Pour qu'une société légitime le pouvoir politique et son action sur le fondement du droit, il faut qu'elle en soit venue à valoriser hautement le droit. Le droit en lui-même prend qualité de valeur, il est perçu comme doté de vertus quasi inattaquables, d'une vérité qu'on ne peut nier, d'une autorité irrécusable.

On peut aller un peu plus loin et dire que cette valorisation du droit s'exprime à travers une certaine mythologie du droit. Le droit est élevé au rang du mythe, tel que celui-ci est rapporté dans des études anthropologiques : mythe des origines, mythe du rythme des saisons, mythe de la nature, etc. Le caractère mythologique du droit se retrouve dans certaines perceptions du droit que partagent les citoyens. Énumérons-en quelques-unes :

- Le droit est source de justice. Le processus judiciaire rétablit la justice à chacun, révèle et punit les vrais coupables.
- Le droit est juste parce qu'il est le même pour tous. Tous sont égaux devant la loi. La loi ne fait pas de discrimination.
- La loi est une autorité au-dessus de tous et chacun. Tous doivent une même obéissance à la loi.
- La loi comporte un certain élément sacré. Elle vient des plus hautes autorités : l'État, les tribunaux.
- La loi est rationnelle, logique. Elle n'a rien d'émotif, de passionné, elle est effectivement neutre.
- Le processus judiciaire est neutre. Les juges jugent selon la loi, en suivant la loi, et seulement selon la loi. Toute autre considération est exclue de leur jugement.
- La loi est un discours savant, elle est objet de science.
- La loi est une science efficace. Qui connaît la loi détient un pouvoir.
- En vertu de la loi, chacun a des droits et des obligations. Connaître ses droits est une sécurité et un pouvoir.
- Il n'y a pas de société sans droit. Le droit est essentiel à l'ordre et à la paix sociale. Une société sans droit serait livrée à tous les appétits, elle serait sans freins.
- La Justice a le bras long. Le coupable risque toute sa vie d'être un jour découvert et jugé.
- Avoir un dossier judiciaire, c'est une sorte d'infamie dont on est marqué pour la vie.
- Les lois sont faites par les plus hautes autorités, dans l'intérêt commun, pour le bon ordre, pour la protection des citoyens.
- La loi et l'ordre social vont de pair. Ceux qui s'attaquent à la loi veulent ébranler l'ordre social.

- La loi et la morale vont de pair. Ce que prescrit la loi n'est jamais immoral. La loi protège la moralité publique et contribue à la moralité privée.

L'énumération de ces perceptions permet de constater que la valorisation du droit repose sur d'autres valeurs, que l'on peut désigner comme plus profondes, plus fondamentales, des valeurs *fortes*. Ce sont :

- la justice
- l'égalité
- la rationalité
- l'ordre social.

Le droit est une concrétisation de ces valeurs fortes, il en est une réalisation visible, une manifestation, une expression. Il donne une forme à ces valeurs abstraites, une certaine matérialité.

Il n'est pas possible d'explorer ici en détail le processus par lequel s'est construite cette mythification du droit. Soulignons seulement le rôle de six facteurs. *a)* L'extension du marché des biens (*commodities market*), sous le mode du régime capitaliste, a nécessité une croissance concomitante du droit civil, comme régulateur des rapports économiques qui se multipliaient. *b)* En second lieu, l'industrialisation et l'urbanisation, en multipliant les grandes agglomérations et en rendant plus complexe l'organisation sociale, ont finalement donné lieu à une poussée et à une explosion du droit public. En conséquence, l'intervention de l'État s'est étendue à des champs toujours plus nombreux. *c)* Le rôle de l'État s'est amplifié — troisième facteur — et sa légitimité juridique a dû, du même coup, s'affermir. *d)* Il ne pouvait que résulter de ces tendances une professionnalisation du droit, qui s'est produite tout au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. Sous tout le régime français, les avocats furent interdits de séjour en Nouvelle-France, parce qu'on croyait ainsi réduire l'esprit de chicane des nouveaux colons. C'est dire que les avocats ne jouissaient pas alors d'une haute réputation et qu'on pouvait se passer d'eux. Ce n'est qu'au cours du XIX<sup>e</sup> siècle que la profession juridique a progressivement gagné sa place et un certain prestige. *e)* Le pouvoir politique s'exerçant de plus en plus par le droit, les hommes de loi ont investi la vie politique, autre facteur de prestige et pour eux-mêmes et pour le droit. *f)* Enfin, dernier facteur, la profession juridique s'est associée aux universités pour la formation de ses membres. On a requis de ceux-ci un diplôme universitaire, et finalement on a confié aux universités l'exclusivité de la formation des juristes. La profession juridique et le droit ont bénéficié du prestige croissant des universités.

Tous ces facteurs ont concouru à créer autour du droit et de la profession juridique une aura d'autorité. Et on continue à l'entretenir avec soin par le décorum et le respect verbal dont on entoure le processus judiciaire, le législateur, le représentant de l'ordre, par le caractère à la fois savant et impératif que l'on prête au droit.

## *La démythification du droit*

Il faut par ailleurs reconnaître qu'il y a aussi un autre côté de la médaille. La mythification du droit a sa contrepartie. Parallèlement aux perceptions positives du droit énumérées plus haut, on peut en aligner d'autres qui les contredisent. Ce sont, par exemple, des énoncés qui ressemblent à ceux-ci :

- Il n'y a pas de justice.
- Les lois sont mauvaises.
- Il y a trop de lois.
- On n'a pas les bonnes lois.
- Les lois sont faites pour les riches.
- Il faut être riche pour obtenir justice devant les tribunaux.
- Avec de l'argent, on peut toujours s'en tirer.
- La loi est faite pour être contournée.
- Il y a une justice pour les riches et une justice pour les pauvres.

On peut dire qu'il y a là les éléments d'une démythification du droit. Mais il est par ailleurs remarquable que ces jugements négatifs sur le droit appartiennent quand même à la mythologie du droit, dans la mesure où ils disent ce que devrait être un « bon » droit. Derrière ces jugements apparaît l'idée d'un « bon » droit qui répondrait vraiment aux exigences

- de la justice
- de l'égalité
- de la rationalité
- de l'ordre social

c'est-à-dire les quatre valeurs fortes évoquées plus haut. Ces jugements expriment, par la négative, le sentiment ou l'espoir que les choses pourraient être autrement.

Mais on entend un autre discours critique du droit; c'est le discours radical. Il s'inscrit dans une critique de la société bourgeoise capitaliste, c'est-à-dire d'un certain ordre social qu'elle conteste parce qu'elle le considère comme étant foncièrement un désordre social, c'est-à-dire un ordre social fondé sur l'inégalité, l'injustice, des rapports de pouvoir entre possédants et dépossédés. Le droit apparaît alors comme mystificateur, dans la mesure où il camoufle ce désordre social tout en servant à l'édifier et à le maintenir. Il s'agit ici non plus seulement d'une démythification du droit, mais d'une démystification.

Mais même ce discours radical appartient encore à la mythologie du droit. Il s'attaque au désordre établi; mais en évoquant la possibilité ou la prévision d'un autre ordre social qui serait vraiment fondé sur la justice, l'égalité, la rationalité. Les quatre valeurs fortes se retrouvent encore ici.

L'ensemble des considérations qui précèdent, sur la mythification et

la démythification du droit, expliquent, pour une part, le phénomène de la valorisation du droit. Cette valorisation a répondu à des nécessités économiques et politiques; et elle s'est appuyée sur des valeurs qui ont accédé à une position prédominante dans les sociétés occidentales au cours des derniers siècles. Ce sont les valeurs qui ont servi d'appui au mouvement de démocratisation de ces sociétés et à l'utopie d'une démocratie qui est toujours en voie de se réaliser sans jamais y parvenir.

C'est dire que la valorisation du droit a des racines profondes dans la mentalité, l'esprit du citoyen des sociétés démocratiques modernes. Les ambivalences mêmes à l'endroit du droit — les attitudes à la fois positives et négatives chez les mêmes personnes et les mêmes groupes — témoignent que le droit n'est pas une réalité à laquelle même le citoyen ordinaire est indifférent. Les perceptions critiques du droit révèlent des attentes frustrées devant un droit qui n'est pas à la hauteur de ce qu'on croyait qu'il était, ou de ce qu'on attendait de lui.

Dans cette perspective, le mouvement de dérégulation — par-delà les intérêts économiques qu'il sert — ne doit pas être interprété comme un rejet du droit. On peut, au contraire, déceler dans une certaine opinion publique l'idée que la prolifération du droit le rend de plus en plus inefficace et qu'un droit formel moins abondant aurait plus de chances d'être mieux appliqué qu'un droit trop prolifique.

Le droit est en lui-même une valeur sociale, comme nous venons de le voir, parce qu'il exprime d'autres valeurs, des valeurs que nous avons appelées fortes : justice, égalité, rationalité, ordre social. Non seulement le droit est-il une valeur, mais il est porteur de valeurs.

Cependant, le rapport entre droit et valeurs est complexe à explorer. Le droit ne fait à peu près jamais mention d'une manière explicite des valeurs et idéologies qui le sous-tendent. Comme le dit P. Orienne dans une étude précisément sur les valeurs dans le système juridique :

Aucune norme juridique ne constitue l'expression pure et simple d'une valeur sociale déterminée. Tout d'abord, parce que la norme remplit une fonction pratique, dont l'exercice se fait dans le respect de certains modes formels d'action auxquels, par hypothèse, la définition pure d'une valeur ne peut se plier. Ensuite, parce que, au niveau de cette pratique, la pluralité des valeurs à prendre en compte oblige à n'assigner à chacune, dans l'ordre juridique, qu'une place nécessairement limitée par celle occupée par les autres<sup>22</sup>.

Nous ne nous attaquerons donc pas directement à une analyse des valeurs sous-jacentes au droit canadien. Nous allons plutôt tenter d'y arriver par un cheminement un peu indirect. Nous allons rechercher la vision de la société que l'on peut discerner à travers le droit canadien. Cette vision se dessine assez bien et peut être reconstituée selon certains axes.

Il faut cependant tout de suite souligner que ce qu'on peut appeler le « droit canadien » est évidemment bien loin d'être univoque. Il est

multiple à bien des égards. Mais il y a une distinction fondamentale que nous allons retrouver très souvent tout au cours de l'analyse qui suit : c'est celle du droit que font les législateurs et du droit tel que les tribunaux l'interprètent. Nous verrons que des différences assez importantes, des contradictions s'affirment entre la vision de la société canadienne des premiers et des seconds.

C'est principalement en nous inspirant des rapports juridiques préparés pour la Commission que nous dessinerons quelques grands traits de cette vision de la société que porte le droit, et de ses contradictions.

1. Tout d'abord, la société perçue par le droit est avant tout une société capitaliste. Cette vision s'affirme de bien des manières, dans les lois et dans la jurisprudence. Les principes de base de cette société sont la propriété privée et le respect qu'on lui doit, la libre entreprise, le droit au profit, la reconnaissance de la grande loi économique de l'offre et de la demande. Il n'y a évidemment rien d'étonnant à cela! C'est le contraire qui aurait plutôt été surprenant.

Le point central de cette vision de la société capitaliste est évidemment la valorisation de la propriété privée. À travers tout le droit canadien, celle-ci apparaît comme une réalité transcendante, sacrée, inattaquable. Sa légitimité n'est jamais remise en question.

Le problème que se pose le droit canadien n'est donc pas celui de reconnaître la primauté de la propriété privée : on considère cette primauté comme allant de soi. Le problème qui se pose, à certains moments, est plutôt celui des limites et des contraintes à imposer à la propriété privée au nom d'autres considérations, d'autres valeurs. Là-dessus, le droit canadien se divise, son monolithisme éclate : la vision de la société n'est pas la même chez les législateurs et les tribunaux. Plus que les tribunaux, les législateurs sont sensibles aux considérations socialisantes qui viennent contredire ou contrecarrer certains principes de base du capitalisme. Cela s'est affirmé plus particulièrement dans certains secteurs : le droit des relations du travail<sup>23</sup>, le droit de l'environnement<sup>24</sup>, les interventions des gouvernements fédéral et provinciaux en matière de régulation de l'économie<sup>25</sup>. Depuis plusieurs décennies, un écart manifeste s'est révélé entre, d'une part, des législations gouvernementales qui prenaient en considération des intérêts collectifs, limitant l'exercice de droits individuels de propriété, et les tribunaux qui ont maintenu d'une manière plus continue, plus cohérente, la préoccupation des intérêts du propriétaire, de la protection de son patrimoine.

Le droit qu'interprètent les tribunaux est comme imbu de l'esprit et des principes du droit civil. Ceci apparaît particulièrement dans des secteurs où des intérêts collectifs transcendant des intérêts individuels (la protection de l'environnement, par exemple) doivent être invoqués.

*An examination of the common law property rules, for example, illustrates the same blind acceptance of the right of individuals to pursue their own self-interests, subject only to certain minimal restrictions when that right*

*clashes with a similar right in others. First, land (real property) is seen as little more than another factor of production, a marketable commodity that deserves no special recognition of status in society*<sup>26</sup>.

2. La vision capitaliste de la société ne concerne pas seulement les rapports entre les personnes et les biens, mais aussi les rapports des personnes entre elles. Définie selon la notion de propriété, de libre concurrence, cette vision fait naître une image atomisée de la société, dans laquelle les impératifs collectifs, communautaires apparaissent toujours comme contrepartie embarrassante. La *common law* penche donc du côté de la

*pre-eminence of individual rights over public or community rights. In fact, the law today seems to regard community rights at most as the sum of the rights of the individual members of the community, and not as something that may be greater than or in some way transcend individual rights*<sup>27</sup>.

Le droit du travail illustre peut-être mieux que d'autres cette vision de la société. Ce n'est que lentement qu'a émergé un droit du travail qui ait égard à des entités collectives (le syndicat) et à des négociations collectives. Il fallait corriger un droit civil devenu clairement inadapté aux conditions modernes de travail dans l'industrie.

L'analyse, souventes fois répétée, permet maintenant de reconnaître que le contexte socio-économique était nettement défavorable aux salariés et que le droit en général les desservait tout autant. En effet, le droit civil d'alors était principalement un droit patrimonial garantissant davantage la sécurité juridique des propriétaires de biens meubles et immeubles. Quant à la liberté contractuelle, elle ne pouvait avoir de valeur pratique que pour celui qui peut refuser de se lier, et ce n'était certes pas le cas des salariés<sup>28</sup>.

La vision atomisée, individualisante de la société — plus particulièrement caractéristique du droit civil, de la *common law* — et la vision relativement plus collectiviste, plus communautaire d'une partie du droit public, ne semblent pas réconciliées dans le droit canadien. Chacune de ces deux visions est présente et fait contrepoids à l'autre. Cette dichotomie prend souvent la forme d'une dialectique entre les tribunaux, gardiens de la vision atomisée, et le législateur qui introduit une vision plus communautaire. Cette dialectique est illustrée encore une fois particulièrement dans le droit du travail :

L'approche des tribunaux permettait tout au plus, en des cas pratiques, de démontrer l'inadaptation du droit à ces nouvelles conditions sociales et économiques. On retrouve là d'ailleurs une des caractéristiques des lois du travail et qui résulte de la dynamique entre le législatif et le judiciaire. . . Même l'interprétation et l'application des lois nouvelles du travail furent effectuées par les tribunaux avec beaucoup de circonspection et selon une approche assez conservatrice. Les tribunaux se sont faits, en général, les gardiens du régime juridique d'alors arguant que ces règles nouvelles devaient être traitées de mesures d'exception, ce qui autorise une inter-

prétation restrictive. Depuis, il existe une dialectique entre le « législatif » et le « judiciaire » en matière de travail. Un très grand nombre d'amendements aux lois du travail ne sont que des réponses positives ou négatives aux décisions judiciaires [. . .] Même les décisions des tribunaux qui furent assez favorables au salarié-individu ne constituaient pas véritablement des exceptions à cette approche générale assez hostile à l'action collective<sup>29</sup>.

3. La vision capitaliste et atomisée du droit lui rend difficile de considérer l'intérêt de l'ensemble d'une société comme entité. Les notions d'*intérêt public* et d'*intérêt général*, lorsqu'on fait appel à elles, tendent à être interprétées dans un sens particulariste. L'intérêt général est perçu comme la résultante d'une convergence d'intérêts particuliers. Et ces intérêts particuliers doivent s'exprimer par le rapport coûts-bénéfices. Dans cette logique, les coûts pour l'ensemble d'une collectivité, sans référence précise à des personnes ou groupes de personnes déterminés, deviennent une abstraction que les tribunaux ne peuvent reconnaître.

Cela est illustré particulièrement dans les difficultés qu'affrontent les juristes préoccupés du droit de l'environnement.

*It is futile to talk about the common law solving environmental problems, when the doctrine and mediating principles are so firmly embedded in the logic of cost-benefit analysis, especially an analysis that measures the environmental costs of a proposed activity only in terms of direct economic loss to the parties before the court, and assumes that the benefits reach almost every member of society. Not only are the principles wrong, but the process is fundamentally flawed. It limits access to those with an obvious economic interest in the outcome of the case; it puts the onus of proof on those who ask for nothing more than a sober second look; it demands a standard of proof that requires the plaintiff to exhibit a measurable and easily quantifiable deterioration in physical health; it is primarily reactive to problems; and it seldom offers more than financial damages to the successful plaintiff — damages calculated according to an amount required to compensate only the plaintiff for direct and measurable economic loss. . . .*

*The law is firmly in the grip of the pro-development interests within society. Its focus on individuals means that it systematically excludes broader community interests, such as environmental values. It is inconceivable that that law could protect interests and values that have « no owner. »*

*If these criticisms of the environmental protection laws suggest that there can be no legal solution whatsoever to the problems of pollution and inappropriate resource development, they have clearly gone too far. One fact is evident: we must, for the time being at least, work within the existing structure. Reform must start with incremental change to the present laws. Not only that, but there is much to commend the judicial process. . . . Courts offer a forum through which individual concerns may be publicly aired and considered, a mechanism by which individual concerns may be publicly aired and considered, a mechanism by which the decision maker is forced to focus on the rights and responsibilities of individual litigants, and*

*an objectivity and independence resulting from the dispassionate look at a dispute on the part of a disinterested generalist. The judges' heightened awareness of the particular, as well as their theoretical position of independence, give them the opportunity to begin to fashion a new doctrine of « environmental stewardship. » What is now needed is a clear message from the public that such a doctrine has widespread support.*

*The best — indeed the only — way of communicating such a message is through legislation that clearly sets out society's expectations for the law, offering the judges, and ultimately the public, the necessary tools to fulfill those expectations<sup>30</sup>.*

On voit ici encore s'affirmer la dichotomie entre la vision individualisante du droit substantif et des tribunaux, et une vision possiblement plus communautaire que peut avoir le législateur.

Dans d'autres secteurs, la tension est moins forte, la vision fragmentée, particulariste est plus généralisée. Ainsi lorsqu'il s'agit de la régulation de l'activité économique, notamment en ce qui a trait à la concurrence, ses normes, ses contrôles.

*Canadian policymaking elites have never regarded monopoly or oligopoly as such to be a problem. Competition policy has not attempted to systematically eliminate the market power of leading industrial firms. The focus of State intervention has been on the conduct of the actors in a market rather than on the structure of the market itself. The goal has been to regulate the « abuse » of market power, while leaving the basic sources of the power intact<sup>31</sup>.*

Dans le contexte de cette politique, la Cour suprême a eu le problème de définir ce qu'il faut entendre par « abus », mais elle s'est retrouvée dans le dilemme classique de la société libérale opposant liberté et ordre. Et elle n'en est sortie qu'en adoptant une vision très étroite, très individualiste du droit subjectif. Cette perspective peut se résumer ainsi :

*A legal right is a power absolute within a sphere but void outside it. Society is comprised of individuals and institutions exercising dominion over such absolute zones of entitlement. In this universe, there is no overlap between the respective spheres of pure autonomy. The role of the jurist is simply to delineate the various zones of entitlement from each other<sup>32</sup>.*

Il se pourrait cependant qu'une analyse assez fine des décisions des tribunaux administratifs ajoute un autre volet à ce tableau. Ces tribunaux sont en effet beaucoup plus près du gouvernement et des intentions collectivistes du législateur que les tribunaux de droit commun.

*To write a paper on administrative tribunals in large measure is to write a paper about government. This is so because many of the bodies that Canadians think of as administrative tribunals actually perform all the major governmental functions<sup>33</sup>.*

Ces tribunaux sont plus en mesure que d'autres d'entendre des représentations faites au nom de l'intérêt public. Cependant, le caractère représentatif de ceux qui peuvent se faire entendre, et se font effectivement entendre devant ces tribunaux, demeure assez restreint.

*Public interest representation, which is an expansion of those participating in the regulatory process, is not really public interest representation at all but the admission of new elites with special interest who can afford to participate.*

*Participatory rights . . . are not a guarantee of regulation in, or even representation of, the public interest<sup>34</sup>.*

Il n'en reste pas moins que c'est vraisemblablement dans ces instances qu'on trouverait une philosophie sociale se rapprochant davantage de celle des technocrates et du législateur.

4. Cette société capitaliste, elle est aussi perçue par le droit comme étant une démocratie représentative et égalitaire. L'égalité juridique formelle des citoyens est un postulat du droit canadien. Elle est reconnue officiellement dans le premier paragraphe de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* : « La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi [. . .] » Et le second paragraphe du même article reconnaît que des lois peuvent être édictées pour venir en aide à des citoyens « défavorisés », sans pour autant renier le principe de l'égalité juridique.

Cependant, le fait que le droit accorde un respect souverain à la propriété privée, fondement de la société capitaliste, l'entraîne à accepter et reconnaître, sans chercher à les corriger fondamentalement, les inégalités résultant de la propriété privée. Le gouvernement et la Cour suprême ont maintenu le déséquilibre de la compétition en évitant de toucher aux grandes sociétés, qui ont acquis un pouvoir économique qui en fait des superpuissances<sup>35</sup>. Dans les relations de travail, le respect de la propriété de l'entrepreneur a pour conséquence la reconnaissance juridique d'une inégalité fondamentale entre le propriétaire de l'entreprise et ceux qu'il embauche pour y travailler :

L'entrepreneur demeure libre de choix de ses créneaux, de ses moyens de production, de son organisation; la propriété de l'entreprise et le résultat de ses activités demeurent strictement l'affaire de l'employeur; . . . les prérogatives de la libre gestion de l'employeur ne sont pas directement remises en cause. . . On voit donc que la propriété, l'accession, la libre entreprise et la loi de l'offre et de la demande constituent encore des bases solides de l'organisation de l'activité économique et ne furent nullement remises en cause par ces lois du travail aménageant les rapports collectifs [. . .] C'est pour cette raison d'ailleurs que ce régime des rapports collectifs de travail n'a jamais modifié le statut du salarié au sein de l'entreprise : il demeure juridiquement un étranger, un aubain<sup>36</sup>.

La notion de contrat collectif a voulu pallier cette inégalité dans une certaine mesure, mais on peut aussi y voir une manière d'occulter le fait que ce contrat se passe entre un propriétaire à qui son droit de propriété confère les prérogatives, qu'ils ne partagent pas, même s'il arrive qu'ils « appartiennent » parfois à l'entreprise depuis bien plus longtemps que l'employeur n'en est le propriétaire. Présentant l'oeuvre de Kahn-Freud sur le droit du travail, Paul Davies et Mark Freedland écrivent :

*It is a profound error to establish a contrast between « society » and the « state » and to see one in terms of coordination, the other in terms of subordination. As regards labour relations that error is fatal. It is engendered by a view of society as an agglomeration of individuals who are coordinated as equals; by a myopic neglect or deliberate refusal to face the main characteristics of all societies, and not least of industrial societies, which is the unequal distribution of power. The law does and to some extent must conceal the realities of subordination behind the conceptual screen of contracts as concluded between equals. This may partly account for the propensity of lawyers to turn a blind eye to the realities of the distribution of power in society<sup>37</sup>.*

5. Au regard du droit canadien, la société est essentiellement composée de personnes responsables. La notion de responsabilité est à la base de la définition juridique de la personne, du citoyen. Cette notion a été particulièrement enrichie au cours des derniers siècles sous le souffle de l'idéologie bourgeoise libérale.

Mais il est des catégories de citoyens qui ne sont pas en mesure, pour diverses raisons, d'assumer pleinement leurs responsabilités et qui ont besoin d'aide, de protection, d'appui. La reconnaissance progressive de ce besoin de protection et d'aide a engendré une multitude de législations de droit public dans les secteurs de la santé, du bien-être social, de la famille<sup>38</sup>. Il y a aussi des régimes de protection qui ne s'adressent pas qu'à une ou plusieurs catégories de citoyens, mais à tous les citoyens sur une base universelle : protection des droits de la personne, des droits du consommateur, du bailleur et du locataire, etc.

Dans son étude *Justice in USSR*, Harold Berman utilise l'expression *parental law* pour caractériser l'esprit du droit soviétique<sup>39</sup>. Il s'agit d'un droit qui se donne un double but : a) protéger les citoyens plus démunis que d'autres et requérant une attention particulière; b) éduquer les nouveaux citoyens socialistes, leur inculquer les valeurs de la nouvelle société d'où sont censées disparaître la propriété privée et les classes sociales.

La même expression peut aussi désigner une large partie du droit canadien, et dans les deux sens que Berman lui a donnés. Beaucoup de lois ont une fonction protectrice. Ainsi, toute l'histoire du droit du travail témoigne de cette fonction, dans la mesure où il a cherché à corriger les inégalités économiques et sociales entre employeurs et

travailleurs, en établissant et réglementant un processus de négociation et en tentant de mieux faire partager les bénéfices de la production.

Le droit de la famille présente un cas intéressant d'oscillation entre la responsabilité des époux, dans l'esprit du droit civil, et la protection à accorder à la mère seule, la mère célibataire, les enfants, etc. D'ailleurs, ce droit de la famille débouche finalement sur le droit social.

*Constructive reforms can, no doubt, alleviate some of the adverse effect of the present private law system of spousal and child support. . . . But such changes, though important, will not redress the real problem of many Canadian families who encounter poverty in consequence of the breakdown of the marital relationships. A statute-based judicial system that provides for the equitable distribution of property on marriage breakdown and for the payment of reasonable spousal and child support is of no consequence to those who have no property and whose income is insufficient to support two households [ . . . ] It is impossible to ignore the present and prospective role of the State in subsidizing the needs of the financially disadvantaged. Social assistance, guaranteed income and pension schemes, family allowances, old age pensions, vocational training and affirmative action programmes, state-subsidized child-care facilities and taxation laws all contribute to family policy and have a potentially significant impact on the private law system of income support for family dependants.*

*In reality, there is a dual system of income support for family dependants in Canada : the « family law system » that regulates the rights and obligations of the family members inter se, and the « welfare system » that regulates the financial responsibilities of the State. These two systems differ in origin, substantive provisions, administration and orientation. The relationship between these two systems has not been adequately explored in Canada<sup>40</sup>.*

On comprend que ces deux systèmes soient parallèles, dans la mesure où ils s'inspirent de deux visions différentes, l'une de responsabilité individuelle du couple et des époux, l'autre de la protection que l'État doit leur apporter.

6. La vision d'un pays dont les citoyens jouissent de libertés s'est graduellement élargie et approfondie dans le droit canadien. Elle s'est exprimée notamment dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mais cette vision n'est pas simple, dans la mesure où le droit perçoit aussi la société comme ayant besoin d'être soumise à des règles, le droit étant lui-même un des agents privilégiés de cette régulation, même si on reconnaît qu'il n'est pas le seul<sup>41</sup>.

Un premier problème se pose, celui des limites de la liberté, compte tenu des exigences de la vie collective et de la liberté des autres. C'est le problème auquel s'était attaqué John Stuart Mill dans son ouvrage *On Liberty*, pour tenter de réconcilier la liberté et les exigences de la régulation de la vie collective. C'est le même problème que rencontre le droit, par exemple en matière de concurrence économique, d'environne-

ment, de droit urbain. Il ne semble pas que le droit canadien ait réussi à clarifier ce dilemme sans sacrifier un pôle ou l'autre. Or, c'est le pôle de la vie collective qui a été généralement sacrifié. Ainsi, une analyse des jugements de la Cour suprême en matière de causes économiques permet de conclure :

*In essence, the Court has sought to deny that there was an irreducible conflict between freedom and order. Certain forms of conduct are banned absolutely, no matter how beneficial the consequences. At the same time, other categories of conduct are absolutely permitted, no matter how harmful they might be in a particular instance. The jurist resolves disputes by classifying the conduct in the appropriate category rather than by maximizing social utility<sup>42</sup>.*

Dans la mesure où l'on résout le problème en le niant, il est certain que cette solution joue au détriment de considérations sociales ou communautaires. Il faudrait explorer d'autres secteurs d'activité pour vérifier si les tribunaux, la Cour suprême notamment, adoptent en d'autres matières une optique plus souple. Mais il n'est pas certain qu'il en aille ainsi, compte tenu de la vision très fortement individualisante que le droit canadien porte sur la société.

La régulation de la société par le droit est donc encore marquée profondément au coin du vieil individualisme libéral. On constate que beaucoup de mesures sociales, inspirées par une vue plus socialisante, manquent souvent d'efficacité. C'est ce que l'on a pu observer en matière de politique urbaine, de protection de l'environnement, de politique de la famille, de protection du consommateur. Une certaine volonté politique s'exprime, mais les suites tardent à venir. La perception juridique individualiste de la société, sans être le seul facteur explicatif, peut peut-être éclairer ce faible impact des politiques que l'on peut appeler « sociales » dans un sens général.

7. La société que perçoit le droit peut être dite « modérée » ou encore « équilibrée », du point de vue idéologique. C'est une société où les extrémismes, de quelque nature qu'ils soient, n'ont guère de place. Le « bon sens », le « sens commun », le pragmatisme y règnent. Les citoyens ont intérêt à s'entendre, à négocier, à régler leurs différends d'une manière « raisonnable ». Comprenant leur intérêt, ils agissent généralement de manière à minimiser les conflits et à maximiser leur bien-être. Le compromis nécessaire, où s'équilibrent les intérêts, est toujours préférable à l'interminable lutte. Même les tribunaux, qui doivent en définitive trancher, donner raison à l'un et tort à l'autre, accorder à l'un ce qu'ils ne peuvent donner à l'autre, ne manquent pas de donner aussi cette image du compromis, dans la mesure où les gâteaux peuvent être partagés de manière à donner quand même satisfaction à la partie qui n'est pas favorisée.

On pourrait illustrer cette observation de bien des manières. Choisissons le champ où les positions idéologiques extrêmes auraient le

plus de chance de fleurir : le champ politique. Une analyse de quatre rapports de commissions chargées de proposer des réformes juridiques décrit ainsi une des « attitudes intellectuelles et idéologiques typiques » de ces organismes :

*Political values are taken as a non-debatable given in a society which resolves conflict pragmatically, and by consensus*<sup>43</sup>.

La solution pragmatique et consensuelle des conflits fait partie de la culture d'un pays comme le Canada, d'une manière presque nécessaire. L'étendue géographique du pays, l'importance économique de ses régions, la dualité ethnique et linguistique de ses peuples fondateurs, à laquelle s'est progressivement greffée une définition multiculturaliste, sont autant de facteurs qui ont contribué à ancrer le pragmatisme, la constante recherche et le respect du consensus dans la culture canadienne. La notion de compromis n'a pas au Canada le sens péjoratif qu'elle peut avoir dans d'autres cultures, aux États-Unis, par exemple, où l'acceptation d'un compromis est généralement interprétée comme la reconnaissance implicite d'une défaite. Pour le Canadien, le compromis est l'aboutissant normal de toute négociation, car celle-ci ne réussit que dans la mesure où les parties se font des concessions réciproques.

Ajoutons encore qu'au moment de la Révolution américaine, et à d'autres moments par la suite, le Canada a opté pour le statut colonial à l'intérieur de l'Empire britannique, puis du Commonwealth. Dans ce cadre, l'évolution de son statut politique vers l'indépendance s'est faite sans heurts, sans à-coups, suivant une démarche progressive et évolutive, dont on peut dire qu'elle fut essentiellement pragmatique.

Cette attitude pragmatique et consensuelle se reflète dans la jurisprudence de la Cour suprême en matière constitutionnelle. Une étude de quatre-vingt-dix décisions de la Cour suprême portant sur la répartition des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux depuis la Seconde Guerre mondiale conclut que :

quarante-deux décisions [furent] favorables aux provinces (ou défavorables au fédéral) et quarante-huit favorables au fédéral (ou défavorables aux provinces)<sup>44</sup>.

Une analyse qualitative plus fine de ces décisions amène l'auteur à montrer comment la Cour suprême fut guidée par l'objectif d'assurer et maintenir un fédéralisme coopératif et équilibré :

Il y a beaucoup à dire en faveur de la théorie voulant que les conflits inter-juridictionnels au Canada sont de nature essentiellement politique et qu'ils devraient trouver leur solution dans l'arène politique [ . . . ] La Cour suprême, quant à elle, s'est montrée parfaitement disponible pour agir comme arbitre en la matière, mais en même temps sa jurisprudence rend clair que, dans toute la mesure compatible avec la Constitution, elle a voulu favoriser la coopération fédérale-provinciale comme mode de règlement des problèmes politiques. Sur le plan technique, la Cour a reconnu la validité de

mécanismes parfaitement aptes à assurer la collaboration que les deux ordres de gouvernement voudront bien établir entre eux [. . .] Sur le plan de la substance, on sait que la jurisprudence de la Cour suprême tend à accroître les points de raccordements et qu'elle laisse paraître une sympathie à l'égard du fédéralisme coopératif<sup>45</sup>.

La Cour suprême a su maintenir depuis 1945 un équilibre des compétences qui est comparable à celui qui a existé auparavant. Cet équilibre ne consiste pas dans une égalité parfaite. Il fait partie d'un système qui véhicule un certain biais en faveur de l'autorité fédérale mais qui comporte des mécanismes pour empêcher une centralisation irrémédiable<sup>46</sup>.

Cette conception d'un fédéralisme équilibré, mais d'un équilibre quand même biaisé en faveur du pouvoir central, la Cour suprême l'a hérité du Conseil privé. Mais ce n'est pas seulement par esprit de continuité qu'elle a voulu préserver cet héritage. Les juges de la Cour suprême furent sans doute sensibles, comme les dirigeants canadiens durant toute cette période, à voir s'affirmer l'image d'un Canada souverain sur le plan international. Il fallait pour cela que le gouvernement central fût doté de l'autorité et de la reconnaissance nécessaires pour lui assurer le rôle et la place auxquels il aspirait dans le concert des nations.

La Cour suprême n'a jamais répudié le fédéralisme classique hérité du Conseil privé et elle n'a jamais fait la promotion du fédéralisme centralisateur qu'attendaient les critiques du tribunal impérial. Si elle fut plus généreuse envers le pouvoir fédéral, ce n'est pas tellement dû à des applications particulières du partage des compétences, mais plutôt à sa perception de la souveraineté canadienne au plan international<sup>47</sup>.

Ce souci du rôle international du Canada, que l'on voulait voir assurer par le gouvernement central, explique peut-être pour une part que les revendications du Québec, principal tenant d'une conception plus décentralisée de la fédération canadienne, trouvèrent peu d'écho auprès de la Cour suprême. Une analyse particulièrement fouillée de l'influence qu'ont pu avoir les conceptions québécoises de la fédération canadienne sur le droit constitutionnel canadien ne peut qu'en arriver à la conclusion suivante :

De manière générale, et malgré certaines exceptions, on constatera que les idées constitutionnelles québécoises de la période [de 1945 à nos jours] ont échoué à orienter l'évolution du contenu du droit constitutionnel canadien . . . Qu'il se soit agi de ramener les prétentions fédérales dans les limites du partage de 1867 — sans parler de le modifier en faveur des provinces — , de reconnaître les droits linguistiques et culturels collectifs des francophones québécois, ou d'envisager des modifications aptes à rendre les institutions fédérales plus impartiales et plus représentatives des spécificités régionales, on s'est buté à une fin de non-recevoir. Le droit constitutionnel canadien refusait par là non seulement la reconnaissance d'une collectivité canadienne duelle ou la possibilité d'un statut particulier pour le Québec, mais également celle d'un fédéralisme plus décentralisé<sup>48</sup>.

Cette fin de non-recevoir des revendications décentralisatrices du Québec illustre bien le souci de la Cour suprême à la fois de maintenir l'équilibre biaisé en faveur du gouvernement fédéral et son souci de favoriser le rôle international du gouvernement central. Mais il est également intéressant de constater dans quels contextes politiques les décisions de la Cour suprême ont été ou défavorables ou favorables aux revendications québécoises.

On constatera d'abord que leur impact a été d'autant plus grand qu'elles étaient plus radicales et leur support, moins légitime.

En effet, les périodes de revendications modestes : le *statu quo* de Duplessis et la souveraineté culturelle et sociale de Bourassa — idéologies que l'on pourrait qualifier de minimalistes dans le contexte de l'époque — coïncident avec des blocages et des reculs sur le plan du partage . . .

À l'inverse, les idées politiques qui ont fait leur chemin dans la réalité constitutionnelle étaient portées par des gouvernements plus exigeants en matière de compétences provinciales et dont les revendications faisaient pourtant figure de moindre mal par rapport à l'alternative d'une opposition encore plus radicale et moins légitime . . .

Le partage des compétences a évolué dans la constitution canadienne en faveur des idéologies dominantes au Québec quand leurs porteurs ont construit les rapports de force nécessaires<sup>49</sup>.

On retrouve ici le pragmatisme évoqué plus haut, trait typique de la culture canadienne. La Cour suprême, sans se départir de l'objectivité dont elle tient à entourer ses décisions, n'aurait été indifférente ni aux rapports de force dans l'arène politique, ni aux conséquences de ses arrêts sur l'équilibre des jeux de pouvoir entre les instances politiques, ni à l'impact de ses décisions sur le rôle international du Canada. À travers son rôle d'arbitre, la Cour suprême semble avoir voulu agir aussi comme agent pacificateur.

Son rôle, et le rôle du droit administré sous son égide, fut de maintenir les rapports de forces politiques sur des axes viables. C'est pourquoi la Cour [suprême] n'a jamais provoqué de controverse majeure [. . .] Par un réaménagement délicat des rapports entre l'exclusivité et la concurrence des pouvoirs fédéraux et provinciaux à l'intérieur d'un système d'équilibre relatif, elle a assoupli les règles du jeu politique qui existaient déjà. Et en incitant à la coopération inter-gouvernementale, elle a accru davantage les possibilités d'adaptation à l'intérieur d'un *statu quo* qu'elle semblait déterminée à maintenir<sup>50</sup>.

Il semble donc qu'on puisse valablement conclure que les magistrats partagent avec les hommes politiques et sans doute la majorité des Canadiens la perception d'une société dans laquelle on accorde la préférence aux idéologies modérées, aux positions de juste milieu, à l'équilibre des intérêts et des rapports de force, à la solution négociée des conflits, aux compromis plutôt qu'aux affrontements.

8. Cette vision de la société, dont nous venons de tracer quelques grands traits, il est impossible de dire dans quelle mesure elle est partagée par l'ensemble des citoyens du pays. En réalité, le droit, que ce soit celui qu'élabore le législateur ou celui qu'interprètent les tribunaux, est l'oeuvre des « élites ». Une analyse faite en termes plus radicaux parlerait d'un droit de classe, c'est-à-dire d'un droit qui exprime les intérêts et les idéologies d'une classe dominante. Sans être fausse, l'analyse radicale a peut-être parfois le défaut d'être globalisante et réductrice. Mais elle a par ailleurs le mérite de mettre en lumière que le droit est le produit d'une fraction de la société, non de la société globale. Si l'on aime à répéter que le droit reflète les valeurs d'une société, c'est que cette vision même du droit relève de l'idéologie juridique. En réalité, le droit reflète les valeurs d'une société, telles que celles-ci sont perçues et interprétées par une classe dominante, ou une fraction de classe, ou par diverses élites, qui, malgré des intérêts divergents, s'accordent sur les grandes lignes d'une définition de la société et sur certaines valeurs « fortes » susceptibles d'être considérées par tous comme évidentes et indiscutables<sup>51</sup>.

Ces élites sont principalement de trois ordres. Tout d'abord, celle qui est dotée d'un pouvoir économique, dont les lobbies sont généralement puissants et efficaces auprès du législateur.

*The presence of an imperfect but increasingly sophisticated business lobby . . . has managed to shape the timing and direction of consumer policy making in Canada for decades. Although we have not yet reached the stage of American-style «political action committees» that appear to be a growing part of the business lobby scene in the United States, we have had our share of clearly business-directed «legislative decisions.» At the federal level, the strength of the business lobby ensured the failure of the proposed amendments to our competition law, of suggestions to redesign federal regulation of advertising, of the federal proposal for a comprehensive borrowers and depositors protection law. And at the provincial level, the design or the delay in implementation of virtually every major consumer initiative has been directly influenced by business reaction: from truth-in-lending to trade practices to consumer production warranties to class action reforms. In each of these areas, the role of the business lobby has been a significant one<sup>52</sup>.*

Ces observations ne sont pas propres au seul secteur du droit des consommateurs. Avec des variantes, elles valent dans bien d'autres champs de législation où des intérêts financiers et économiques sont en jeu : urbanisme, environnement, relations de travail, concurrence, droit social, etc.

*To appreciate the centrality of corporate decision-making in the economy is to appreciate the special place that the corporate executive has in government, a place that no other interest group can begin to approach. It is more than just power that opens the doors of deputy ministers and cabinet*

*ministers to senior executives, that causes heed to be paid to the pronouncements of the Business Council on National Issues, the Conference Board of Canada and the Canadian Manufacturers' Association. It is the realization by members of government that business must be accommodated if the government of the day is to succeed*<sup>53</sup>.

À la fois par le poids que le lobby des grandes entreprises représente dans la vie économique du pays et par l'emprise que ce même lobbyisme exerce sur les médias canadiens — dont il est largement propriétaire — , il est l'interlocuteur privilégié de tout gouvernement; il influence tout autant les programmes électoraux des grands partis que les législations et les décisions prises par le pouvoir exécutif du gouvernement.

Un deuxième groupe d'élite est composé par les hommes politiques et les hauts fonctionnaires, même si on devrait, dans une analyse plus fine, distinguer les premiers des seconds. Les hommes politiques et les hauts fonctionnaires sont, par leurs fonctions, plus sensibles que les élites économiques à la nécessité de programmes sociaux. La pression de l'opinion publique, des médias d'information, de certains lobbys favorables à ces programmes peut les atteindre et les inciter à agir. Mais ils sont toujours partagés entre la pression en faveur de mesures sociales et l'influence des lobbys des élites économiques, recherchant ce qu'ils croient être l'équilibre du juste milieu susceptible de satisfaire les uns et les autres.

Un troisième groupe d'élite comprend les différentes corporations professionnelles. À l'occasion de législations qui peuvent les toucher, elles sont en mesure — parce que bien organisées — de faire valoir leurs intérêts, généralement en invoquant l'intérêt public et le bien commun. Et dans l'élaboration du droit — sans parler bien sûr de l'application du droit — un groupe professionnel a été et demeure prédominant : celui des juristes :

*A uniquely Canadian ingredient in the formulation of consumer protection legislation has been the enormous reliance by federal and provincial legislators on one narrow group of academic specialists — law professors — for both purposes of problem-identification and appropriate legislative design [ . . . ] Our history of law reform has been a history of lawyer domination. And the design of law reform agendas and resulting legislation confirm this. Indeed examples of the continuing influence of this legal-academic, judicial-doctrinal mind set in the formulation of law reform agendas abound*<sup>54</sup>.

Ce rôle prédominant des juristes s'explique évidemment : dans notre pays, le droit est considéré assez généralement comme leur affaire exclusive. On peut sans doute observer une certaine évolution, dans la mesure où des politiciens, des fonctionnaires et des administrateurs plus aguerris peuvent limiter jusqu'à un certain point le poids de l'influence des juristes. Par ailleurs, la prolifération du droit — souvent décriée par

les juristes — constitue du même coup une base solide pour le maintien de leur autorité et de leur influence.

## Conclusion

La dernière partie de ce travail a cherché à relever certains traits de la vision ou de la perception de la société canadienne que porte le droit, ainsi que les contradictions dont celui-ci peut aussi être porteur à travers sa vision de la société canadienne. Nous avons pu voir que le droit, non seulement celui qu'élabore le législateur, mais aussi celui que disent les tribunaux, colle à la culture et aux rapports de force de la société canadienne. La question qui se pose alors est la suivante : s'il y a une certaine convergence entre le droit et la culture de la société canadienne, est-ce parce que le droit reflète celle-ci ou parce qu'il l'influence? Le droit est-il un miroir de la société ou le droit contribue-t-il à mouler la société? Le droit est-il passif ou actif?

On est généralement porté, surtout dans les sciences sociales, à considérer le droit comme un reflet de la culture, des courants de pensée, des idéologies, des rapports de pouvoir d'une société. C'est probablement ce qui explique que les sciences sociales contemporaines aient beaucoup négligé le droit. Elles ont trop facilement cru que le droit retarde sur la réalité, parce qu'il l'enregistre *a posteriori*. Le droit n'appartiendrait donc pas au changement social en cours, mais au changement social déjà accompli et presque figé dans le droit.

Cette conception du droit n'est pas fausse, elle est incomplète. Il est vrai que le droit, à tout le moins une partie du droit, vient institutionnaliser, dans et par le système juridique, des situations existantes, des changements déjà réalisés. Il est également vrai que le droit, hérité d'un passé parfois déjà lointain et lent à changer, peut être décalé par rapport aux réalités présentes. Il n'est pas difficile d'en trouver des exemples. Ainsi, ce n'est que tout récemment qu'à été modifié le statut juridique de la femme, pour qu'il corresponde mieux aux aspirations depuis longtemps exprimées par de nombreux mouvements féministes et pour qu'il soit mieux accordé à l'évolution des esprits et des mentalités.

Mais cette perception du droit néglige sa dimension active dans la société. Elle laisse trop dans l'ombre le rôle dynamique qu'a et peut avoir le droit dans les multiples sphères de la vie sociale. Cette fonction agissante du droit se révèle de diverses manières. Tout d'abord, par ce qu'on peut appeler les audaces du législateur. Celui-ci vote, à l'occasion, des lois qui ont pour but explicite de transformer une situation, ou encore qui cherchent à faire évoluer des mentalités dans un sens souhaité. Tous les Canadiens étaient loin d'être d'accord — et ne le sont majoritairement pas encore — avec la loi abolissant la peine de mort, ni avec la loi reconnaissant les relations homosexuelles entre adultes con-

sentants lorsque ces lois furent votées. Quant aux tribunaux, ils sont aussi, pour leur part, bien conscients d'influencer l'évolution d'une société dans une certaine direction lorsqu'ils rendent un certain nombre de décisions.

Ce rôle dynamique n'appartient d'ailleurs pas qu'aux fonctionnaires du droit. L'activité juridique des citoyens, notamment par les contrats qu'ils signent entre eux, comporte elle aussi cette dimension active du droit dans l'évolution des situations.

À la question posée plus haut, la réponse est donc claire : si le droit est sans doute passif et un miroir de la société et de sa culture, il est aussi un agent actif, un intervenant, un moteur dans l'organisation et l'évolution d'une société, et plus particulièrement encore des sociétés contemporaines où l'État et le droit en sont venus à jouer un rôle prédominant.

On peut dire, en effet, que l'exercice du pouvoir politique passe par la forme juridique. C'est d'ailleurs celle-ci qui confère au pouvoir politique son efficacité réelle. Qu'elle soit économique, sociale, scientifique ou culturelle, toute politique doit se traduire, pour passer dans la réalité, en lois, règlements, directives ministérielles, normes budgétaires, etc. Le droit est la formulation efficace de toute politique.

Il n'est donc pas exagéré de dire du droit qu'il est la plus efficace de toutes les sciences sociales et humaines. Le droit, a sur les rapports économiques et sociaux qui forment la société, une grande puissance structurante et organisatrice. Il n'est pas seulement répressif, ni normatif, il est aussi actif.

Dans la mesure où les gouvernements veulent élaborer et appliquer des politiques économiques, dans la mesure où ils veulent participer activement au développement économique, les lois, règlements et normes demeurent leur principal instrument d'action. Le droit est inhérent à toute politique économique, il en est l'unique canal. Et si ce n'est le droit du législateur, ce sera ou celui des tribunaux ou un infradroit, c'est-à-dire une « régulation » parajuridique instituée par les corps intéressés<sup>55</sup>. Toute politique, qu'elle soit explicite ou implicite, comporte des objectifs à atteindre, des moyens pour y parvenir et, par conséquent, des règles au moins minimales à observer.

Tous les travaux juridiques faits sous l'égide de la Commission ont souligné avec raison les liens entre le droit et la société, les rapports de force qui influencent le droit et l'impact du droit sur les rapports de force à l'intérieur de la société. Cette insertion du droit dans le tissu économique et social, maintenant de plus en plus reconnue, confère au droit un statut privilégié : il est important de comprendre la portée socio-économique du droit, dans ses rapports avec les idéologies, la culture, les structures sociales, au moment de repenser des politiques économiques. Car, qu'on fasse explicitement appel à lui pour formuler des politiques ou qu'on s'en remette à l'autorégulation des forces sociales, le

droit, d'une manière formelle ou informelle, est toujours présent et actif. Le négliger, c'est négliger tout à la fois une force sociale et un agent régulateur des forces sociales.

Cette puissance efficace est d'ailleurs appuyée et étendue par la dimension mythique du droit qui a été évoquée précédemment (troisième section) et par le droit comme idéologie (deuxième section). Dans la mesure où l'on considère le droit comme l'expression de valeurs lourdes (justice, égalité, ordre social, rationalité), il est investi d'une autorité, d'une sagesse, d'une objectivité qui maintiennent et renforcent son pouvoir d'action sur la société. Même les entreprises de démythification du droit, parce qu'elles s'inspirent des mêmes valeurs lourdes que sa mythification, comme nous l'avons montré plus haut, contribuent pour leur part à asseoir le prestige du droit — d'un droit idéal, à tout le moins, si ce n'est du droit effectif.

Les sociétés contemporaines, plus que toute autre, ont sublimé le droit. C'est là l'héritage des deux grandes révolutions du XVIII<sup>e</sup> siècle, la Révolution américaine et plus encore la Révolution française, elles-mêmes pour une part héritières de la Révolution anglaise du XVII<sup>e</sup> siècle qui les avait déjà annoncées. Aux sociétés de l'Ancien Régime, on a voulu substituer une société dans laquelle l'autorité de l'État, la liberté et l'égalité des citoyens allaient trouver leur vrai fondement dans le droit. Celui-ci était destiné dans leur esprit à remplacer l'arbitraire, l'oppression, les inégalités de l'Ancien Régime.

Mais cette sublimation du droit ne va pas sans certaines ambiguïtés. On l'a vu, le droit peut être à la fois objet de mythification et objet de démythification. Il peut l'être en même temps, dans une même société, par des groupes différents. Mais surtout, la mythification-démythification du droit engendre dans le temps des mouvements de balancier d'un pôle à l'autre. Ainsi, nous avons connu dans les années 1960 et au début des années 1970 une période où l'on a beaucoup fait appel au droit — au législateur particulièrement — pour régler quantité de problèmes. À cette période de confiance dans le droit a succédé un coup de balancier dans l'autre sens : on critique aujourd'hui les excès de droit des dernières décennies, on s'interroge sur l'efficacité réelle de bien des lois et règlements et sur le bien-fondé d'un certain nombre d'autres. On s'inquiète des conséquences imprévues et parfois jugées malheureuses de lois et de règlements trop nombreux.

Dans une telle phase de démythification du droit, les gouvernements hésitent à recourir à celui-ci comme instrument de politique économique, croyant préférable de s'en remettre aux lois du marché, comme si ces lois n'avaient plus rien qui ressemble au droit. Sans nier ce que le désir de dérégulation peut comporter d'éléments positifs, il est important de rappeler qu'il comporte aussi une part d'illusion, dans la mesure où tout changement ne fait nécessairement qu'ouvrir la porte à d'autres formes de régulation moins formelle, comportant aussi leurs inconvé-

nients, ainsi qu'une part d'idéologie, dans la mesure où ils s'inscrivent dans le courant de pensée néo-libérale qui a surgi avec force au cours des dernières années.

## Notes

Cette étude a été terminée en mai 1985.

1. Cette distinction entre « macro-droit » et « micro-droit » nous a été suggérée par Ivan Bernier.
2. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction française par Charles Eisenmann, d'après la 2<sup>e</sup> éd. de *Reine Rechtslehre*, Paris, Dalloz, 1962.
3. Sur l'oeuvre de F.K. von Savigny, voir notamment Julius Stone, *The Province and Function of Law*, Sydney, Associated General Publications, 1946, p. 421-448; Hasso Jaeger, « Savigny et Marx », (1967) 12 *Archives de philosophie du droit*, p. 65-89; Jean Gaudemet, « Histoire et système dans la méthode de Savigny » dans *Hommage à René Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 117-133.
4. Sur l'analyse du droit de Marx et Engels, on peut notamment consulter Maureen Cain et Alan Hunt (édit.), *Marx and Engels on Law*, Londres, Academic Press, 1979; Paul Phillips, *Marx and Engels on Law and Laws*, Oxford, Martin Robertson, 1980; Piers Beirne et Richard Quinney (édit.), *Marxism and Law*, New York, John Wiley, 1982.
5. Max Rheinstein (édit.), *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1954.
6. Max Weber, *The Theory of Social and Economic Organization*, traduit par A.M. Henderson et Talco Parsons, Glencoe (Ill.), Free Press, 1947, p. 328.
7. À titre d'exemples seulement, choisis parmi bien d'autres, Alan Hunt, « Max Weber's Sociology of Law » dans *The Sociological Movement in Law*, Londres, 1978, c. 5. Également S.L. Andreski, « Understanding Action and Law in Max Weber » dans Adam Podgórecki et Christopher J. Whelan (édit.), *Sociological Approaches to Law*, New York, St. Martin's Press, 1981, p. 45-66.
8. Maurice Hauriou, *Principes du droit public*, Paris, 1910. Sur l'oeuvre de M. Hauriou, voir notamment Albert Brimo, « Le doyen Maurice Hauriou et l'État », (1976) 21 *Archives de philosophie du droit*, p. 99 et 100; J.A. Broderick, « La notion d'"institution" de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit*, p. 143-160. Sur l'oeuvre de Léon Duguit, voir Évelyne Pisier-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972; *idem*. « La sociologie durkheimienne dans l'oeuvre de Duguit » dans *L'année sociologique*, 1977, Paris, Presses universitaires de France, 1979, p. 95-114.
9. Santi Romano, *L'ordre juridique*, traduction française par Lucien François et Pierre Gothot, d'après la 2<sup>e</sup> éd., avec une introduction de Ph. Francescakis, Paris, Dalloz, 1975.
10. *Idem*, p. 19.
11. *Idem*, p. 77.
12. Charles-Édouard Morand, « Essai de théorie de la loi à l'occasion d'une étude de mise en oeuvre » dans J.D. Delley et al. (édit.), *Le droit en action*, Saint-Saphorin (Lavaux), Éditions Georgi, 1982, p. 308.
13. Émile Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, A. Colin, 1893.
14. Sur la *sociological jurisprudence*, voir, par exemple, Hunt, « Max Weber's Sociology of Law », c. 2. Parmi les oeuvres de Roscoe Pound, mentionnons *Social Control Through Law*, New Haven, Yale University Press, 1942.
15. Roderick A. Macdonald, « L'intervention réglementaire par la réglementation » dans *Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs*, vol. 48 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985.

16. André-Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969.
17. Donald Black, « The Boundaries of Legal Sociology », (1972) 81 *Yale Law Journal*, p. 1087.
18. Richard L. Abel, *The Politics of Informal Justice*, New York, Academic Press, 1982.
19. Macdonald, *supra*, n. 15.
20. Abel, *supra*, n. 18, p. 2.
21. André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique*, vol. 1, *Où va la sociologie du droit?*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1981.
22. Paul Orianne, « Valeurs et méthode dans le système juridique : le rôle de l'égalité » dans Ch. Perelman et Léon Inger (édit.), *L'égalité*, vol. 3, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 596.
23. Fernand Morin, « L'usage de la loi pour contenir les relations du travail : l'expérience du Québec » dans *Le droit du travail et le droit urbain au Canada*, vol. 51 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.
24. D. Paul Emond, « La politique et le droit de l'environnement : un examen de l'expérience canadienne » dans *La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, vol. 50 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.
25. Patrick J. Monahan, « La Cour suprême et l'économie » dans *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, vol. 47 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.
26. Emond, *supra*, n. 24.
27. *Ibid.*
28. Morin, *supra*, n. 23.
29. *Ibid.*
30. Emond, *supra*, n. 24.
31. Monahan, *supra*, n. 25.
32. *Ibid.*
33. David J. Mullan, « Les tribunaux administratifs : leur évolution au Canada de 1945 à 1984 » dans *Les règlements, les sociétés d'Etat et les tribunaux administratifs*, vol. 48 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985.
34. *Ibid.*
35. Monahan, *supra*, n. 25.
36. Morin, *supra*, n. 23.
37. Paul Davies et Mark Freedland, *Kahn-Freund's Labour and the Law*, 3<sup>e</sup> éd., London, Stevens and Sons, 1983, p. 15.
38. Robert D. Bureau, Katherine Lippel et Lucie Lamarche, « Développement et tendances du droit social de 1940 à 1984 » dans *Le droit de la famille et le droit social au Canada*, vol. 49 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.
39. Harold J. Berman, *Justice in the USSR*, New York, Vintage Russian Library, 1950 et 1963.
40. Julian Payne, « Les répercussions du droit de la famille au Canada sur les conséquences financières de la dissolution des mariages et du divorce » dans *Le droit de la famille et le droit social au Canada*, vol. 49 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.

41. Macdonald, *supra*, n. 15.
42. Monahan, *supra*, n. 25.
43. H.W. Arthurs, « Le droit en tant qu'instrument d'intervention de l'État : un cadre de recherche » dans *Le droit, la société et l'économie*, vol. 46 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.
44. Guy Tremblay, « La Cour suprême du Canada : dernier arbitre des conflits d'ordre politique » dans *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, vol. 47 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.
45. *Ibid.*
46. *Ibid.*
47. *Ibid.*
48. Andrée Lajoie, Pierrette Mulazzi et Michèle Gamache, « Les idées politiques au Québec et l'évolution du droit constitutionnel canadien : 1945-1984 » dans *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, vol. 47 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.
49. *Ibid.*
50. Tremblay, *supra*, n. 44.
51. Voir ici notamment le cadre d'analyse « dynamique » des rapports entre le droit, le pouvoir politique et la société proposé par H.W. Arthurs, *supra*, n. 43.
52. Edward P. Belobaba, « L'évolution des lois de la protection des consommateurs au Canada de 1945 à 1984 » dans *La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, vol. 50 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985.
53. Stanley M. Beck, « Le pouvoir des sociétés et la politique d'État » dans *La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, vol. 50 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986.
54. Belobaba, *supra*, n. 52.
55. Macdonald, *supra*, n. 15, a développé cette thèse d'une manière particulièrement lumineuse et convaincante.



---

## Le droit et les valeurs

LIORA SALTER

### Introduction

Les études sur les aspects juridiques destinées à la première partie de la recherche juridique de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (volumes 46 à 51 inclusivement) abordent toutes le droit et les institutions juridiques en termes de valeurs. Leurs auteurs auraient pu choisir une autre forme de rédaction, en analysant, par exemple, certaines lois en particulier, ou en suivant de plus près l'approche de la Commission de réforme du droit, par la formulation de recommandations très précises. Ils traitent plutôt de questions assez fondamentales sur la manière dont les lois et les institutions juridiques sont conçues ou devraient l'être.

Ces auteurs soulèvent des questions courantes sur l'intervention actuelle ou souhaitable du gouvernement dans différents domaines de la législation et de la réglementation, et la mesure dans laquelle le droit doit contenir l'action des corporations ou protéger les consommateurs et l'environnement. Les études remettent aussi en question les moyens actuels d'aborder ces problèmes et les choix politiques envisagés, à partir des réponses courantes. Ils exposent un choix de lignes de conduite publiques. Certaines d'entre elles sont fondamentales. Les auteurs s'interrogent sur le rôle adéquat du gouvernement et sur l'attribution des coûts et des bénéfices dans toute mesure d'intérêt public. D'autres choix portent sur des questions administratives. Dans quelle mesure, se demandent les auteurs, les gouvernements doivent-ils recourir à l'auto-réglementation, à un processus de confrontation ou à une consultation croissante, pour atteindre leurs buts en matière de mesures d'intérêt public?

Le droit et les lignes de conduite renferment toujours des choix de valeurs. Si ces choix sont explicités, ils favorisent l'élaboration d'un cadre de recommandations de mesures innovatrices. La présente étude a pour but de déterminer un concept de valeurs qui puisse servir à l'élaboration des lignes de conduite; elle se propose d'étudier le lien entre le droit, les valeurs et les mesures d'intérêt public, de manière que les travaux exposés dans la première partie de la recherche sur les aspects juridiques effectuée pour la Commission mènent à l'élaboration de recommandations de lignes de conduite. L'étude comprend : (1) une discussion générale sur la relation entre le droit, les valeurs et les mesures d'intérêt public; et (2) une discussion sur certaines options législatives et certains choix de valeurs en particulier. La source de cette analyse se limite aux études de la première partie de la recherche effectuée pour la Commission et l'objectif qu'elle vise est une analyse condensée qui facilite l'identification des choix de mesures, compte tenu des conclusions des chercheurs<sup>1</sup>.

La première section de la présente étude fait état des résultats des travaux de la recherche juridique sous la forme de deux débats connexes sur les mesures d'intérêt public. Le choix de ce procédé pour présenter ces résultats s'explique par l'étendue de la recherche juridique effectuée pour la Commission et la diversité des conclusions formulées par les chercheurs. Interprétant leur recherche comme une prise de position dans les débats sur les lignes de conduite, l'auteur se trouve en mesure de situer les thèmes communs à l'ensemble de la recherche juridique. Cette interprétation permet l'élaboration d'une analyse condensée à partir des éléments largement contradictoires de cette recherche.

Le premier débat se situe entre les chercheurs juridiques et un groupe d'hygiénistes industriels qui ont tenu leur première réunion d'un comité sur le droit et l'éthique en juin 1984. Les opinions des hygiénistes ont été choisies pour faire ressortir les conclusions de la recherche juridique, pour différentes raisons<sup>2</sup>. Premièrement, en tant que membres de l'American Conference of Government Industrial Hygienists (ACGIH), ils ont le mandat d'établir des normes de santé et de sécurité au travail. Tout au long de leur démarche, ils traitent directement des relations entre le droit, les valeurs et les mesures d'intérêt public, ce qui constitue l'objet de la présente étude. Toutefois, contrairement aux chercheurs juridiques, ils traitent de ces relations à un niveau, non pas théorique, mais pratique. Deuxièmement, les membres de l'ACGIH ont l'expérience de nombreuses réformes proposées par certains chercheurs juridiques et suggérées dans le débat sur les lignes de conduite au Canada. Leurs points de vue plus généraux sur les relations entre le droit, les valeurs et mesures d'intérêt public bénéficient, par exemple, de leur expérience de différents modèles d'autoréglementation. Troisièmement, les membres de l'ACGIH ont aussi une association professionnelle (l'American Industrial Hygiene Association) et, de ce fait, ils sont

soumis à un code de déontologie. Le débat sur le droit et l'éthique, à la réunion de l'ACGIH n'est donc pas, strictement parlant, un débat autour de la nécessité d'avoir un autre code professionnel. Des sujets plus vastes, relatifs à la relation entre l'éthique et les codes de déontologie, le droit et les valeurs, sont jugés pertinents et sont traités. De même, les chercheurs juridiques, tout comme les hygiénistes, traitent de sujets concernant l'éthique et les codes de déontologie, les valeurs individuelles et sociales ainsi que le droit et la réglementation. Un parallèle entre les deux approches du débat sur le droit et l'éthique, celui des chercheurs juridiques et celui des hygiénistes, constitue un débat instructif.

Le deuxième débat exposé ici permet de confronter la recherche juridique avec une variante de la théorie économique, celle du choix public. La présentation de cette théorie s'explique du fait qu'elle est, de nos jours, généralement acceptée, bien que pas toujours comprise, par de nombreux responsables des prises de décision en Amérique du Nord. On peut, dans un débat, fournir une explication assez satisfaisante des principes, des valeurs et des hypothèses de la théorie du choix public. On peut opposer ces hypothèses aux conclusions historiques et empiriques de la recherche juridique. Il y a lieu de signaler, cependant, que certains chercheurs juridiques souscriraient à une version modifiée de la théorie. Par conséquent, le parallèle entre cette théorie et la recherche juridique ne vise pas à traduire nécessairement une divergence philosophique entre les deux approches. La recherche juridique (quelle que soit la position philosophique des différents chercheurs) soulève plutôt des questions ayant trait d'abord aux exigences empiriques et historiques, généralement implicites, de la variante que constitue la théorie du choix public décrite ici. Si ces données sont prises au sérieux, comme elles doivent l'être dans un débat pratique sur les orientations, il y a lieu soit de mieux adapter cette théorie aux réalités empiriques de l'élaboration des lignes de conduite, soit de lui trouver des approches de rechange.

Dans la deuxième section importante de la présente étude, ces deux débats sont mis de côté. La recherche juridique conclut que la relation entre le droit et les valeurs est fort complexe et essentiellement tributaire des conflits et des courants sociaux. Les chercheurs soutiennent qu'on fonde, et qu'on a fondé, dans le droit et la politique différentes aspirations aussi variées que légitimes. Ils concluent que tout programme de recommandations de lignes de conduite doit être ajusté aux différentes attentes placées dans le droit et la réglementation, et que les procédures juridiques et administratives variées qui existent à l'heure actuelle répondent, en fait, relativement bien à un ensemble complexe de besoins.

Après une analyse de ces deux débats, la question demeure : comment répondre à ces différents besoins? Certaines approches sont-

elles, à certaines conditions, plus indiquées que d'autres? L'objectif de la deuxième section est d'y apporter des réponses préliminaires et de fournir le cadre nécessaire à une discussion continue. Trois rôles précis sont identifiés pour le droit et les lignes de conduite : celui d'un « filet de sûreté »; celui d'un régulateur de la qualité de vie; et celui d'un instrument de redistribution des ressources. Chacune de ces perceptions renferme certains choix de valeurs, à l'exclusion d'autres; chacune de ces attentes peut être satisfaite (ou être vaine) à certaines conditions, bien déterminées. En spécifiant ces conditions, on peut réorienter les conclusions de la recherche juridique de manière à fournir un guide précis de l'élaboration des recommandations de lignes de conduite.

Enfin, la définition de certains termes est essentielle. Pour des raisons de commodité, le mot « droit » désigne les lois, la jurisprudence, les règlements et les mesures d'intérêt public précises. Toutes ces activités font partie du « droit » tel que défini traditionnellement et sont exercées par les différentes institutions dûment mandatées. Cette conception du droit au sens large permet de distinguer la manière dont ces institutions l'exercent et les institutions elles-mêmes. Lorsqu'il sera question d'un seul de ces aspects du droit ou d'une seule institution mandatée, il en sera fait mention clairement dans le texte.

Le terme « valeurs » désigne les valeurs éthiques. Il comprend l'ensemble des croyances qui prévalent dans notre société, leur justification théorique et leur formulation souvent idéologique. Nous tenons pour acquis que les valeurs sont, à la fois, le choix des particuliers et le reflet de la société dans laquelle elles se développent. La difficulté inhérente à la relation entre l'éthique et les valeurs est due au fait que les avocats, du moins, ont tendance à associer l'éthique aux normes de conduite adoptées par les différentes professions. Aux fins du présent débat, le mot « éthique » est pris dans son sens large, en tant que forme de valeurs reliée aux décisions sur « la bonne ou la mauvaise » conduite. S'il est question également des codes d'éthique adoptés par les différents groupes, la distinction entre l'« éthique » et les codes d'éthique sera indiquée dans le texte. Dans tous les autres cas, le mot « éthique » doit être considéré simplement comme synonyme d'un type de valeurs au moins.

## **Les différentes opinions sur le droit et les valeurs**

On parle très couramment de « choix de valeurs », notamment en droit de l'environnement ou dans les discussions sur la réforme réglementaire. Le sens attribué à cette expression dépend du contexte, de ceux qui l'utilisent et des opinions avancées. L'éventail de ses définitions est vaste. Ainsi, les écologistes soutiendront souvent qu'un débat sur l'éthique doit précéder une évaluation de l'environnement, alors que d'autres soutiendront que l'introduction des valeurs dans le débat trou-

ble l'évaluation rationnelle des problèmes et des intérêts en jeu, ainsi que le calcul nécessaire au développement de mesures d'intérêt public. Dans une autre perspective, certains estiment que le droit, dans son ensemble, enchâsse des choix de valeurs et qu'il constitue en soi une valeur. Les spécialistes en sciences humaines vont souvent plus loin, alléguant même que la science et les connaissances techniques sont imbues de valeurs. Évidemment, la plupart des scientifiques et des ingénieurs, comme la plupart des avocats et des juges, trouvent que leur travail ne comporte pas de valeurs. D'autres, enfin, considèrent que les choix de valeurs sont faits par les particuliers; et certains insistent sur les valeurs sociales ou collectives que renferme la structure culturelle de toute société.

Le débat qui va suivre sera centré sur une de ces opinions, afin d'explorer ce que la recherche juridique peut apporter à une polémique au sujet du droit et des valeurs. Les opinions d'un nouveau comité sur le droit et l'éthique créé lors d'une assemblée préliminaire de l'American Conference of Government Industrial Hygienists (ACGIH) ont été choisies comme tremplin pour une analyse des travaux de la recherche juridique. Les comités de l'ACGIH établissent généralement des normes de santé et de sécurité au travail, qui sont adoptées pratiquement par toutes les instances concernées du monde occidental ou qui les inspirent. La plupart de ces comités traitent de l'évaluation des agents « physiques » et « chimiques » en milieu de travail, comme base pour l'élaboration de normes. Le comité du droit et de l'éthique rompt avec les pratiques antérieures, en ce qu'il vise des questions d'ordre public et général, plutôt que des normes précises ou des problèmes propres au milieu du travail.

Souvent, notamment dans d'autres organismes de standardisation que l'ACGIH, les normes portent le nom de « normes de consensus », en raison de leur élaboration par des comités dont les membres choisis représentent des intérêts différents. Toute norme, fondée ou non sur un consensus, suppose à la fois une évaluation et une négociation d'intérêts. Mais celles qui sont établies par des organismes tels que l'ACGIH sont de simples lignes directrices; elles sont établies, à l'origine, sans égard à leur adoption ou à leur mise en vigueur, sauf en ce qui a trait aux questions pratiques d'exécution.

Les organismes de standardisation, comme l'ACGIH, sont des organismes privés, et les membres des comités sont des bénévoles. Néanmoins, en tant que professionnels, les membres de l'ACGIH peuvent avoir la responsabilité d'élaborer des règlements à partir de normes (comme c'est le cas pour le personnel de la Occupational Safety and Health Administration des États-Unis ou celui du ministère du Travail de l'Ontario) et de veiller à leur mise en oeuvre et à leur application. Les opinions de ces membres ont donc leur importance, du fait qu'ils traitent

régulièrement des aspects pratiques de la relation entre le droit, les valeurs et les lignes directrices de même qu'ils traitent des choix de valeurs, du droit et de la réglementation.

### *L'opinion des praticiens*

À leur première réunion, du moins, les membres du Comité sur le droit et l'éthique de l'ACGIH nouvellement formé semblaient hésitants quant à l'étendue de leur mandat. Ils ont établi, cependant, une nette distinction entre le droit et l'éthique. À leur avis, les décisions d'ordre éthique sont nécessaires lorsque les lois sont silencieuses sur la conduite à suivre. Inversement, les lois sont nécessaires lorsque les codes de déontologie font défaut. Ils estiment que le droit et l'éthique se substituent l'un à l'autre; les décisions sur l'éthique ou les valeurs sont fortement individuelles, elles représentent des choix personnels et sont prises chaque jour dans la direction de l'emploi. D'autre part, le droit est neutre quant aux valeurs ou, du moins, désintéressé et impersonnel.

Le droit, selon eux, l'emporte sur l'éthique personnelle; mais, en tant que tel, il constitue un outil de dernier ressort, un indice de l'échec des valeurs personnelles et des codes d'éthique. Tous les hygiénistes industriels sont familiarisés avec les problèmes de risque au travail, mais ne voient pas le droit en termes de relations de travail; ils le perçoivent plutôt comme un intrus. Une fois assujettis aux lois, tant les employés, y compris les hygiénistes industriels, que les employeurs sont sur la défensive. Ils dirigent leur attention vers les questions juridiques, plutôt que les problèmes de santé et de sécurité auxquels ils sont confrontés.

Il faut se rappeler que les hygiénistes industriels sont des professionnels qui travaillent à un niveau de direction moyenne, bien qu'ils traitent quotidiennement de santé et de sécurité des travailleurs. Ils peuvent, à l'occasion, négocier avec des agents syndicaux et parler directement aux travailleurs, mais le plus gros de leur travail comporte des discussions avec la direction supérieure sur le budget et les ressources qui seront consentis pour les installations relatives à la santé et à la sécurité et à la mise en oeuvre de normes de travail. Le risque que suscite la création d'un comité sur le droit et l'éthique à l'ACGIH n'est donc pas celui qui touche précisément les travailleurs, mais celui auquel les hygiénistes font face maintenant au travail; c'est le risque d'être poursuivis en justice, celui de leur responsabilité, face aux jugements et aux décisions qu'ils prennent.

L'évolution des règles de la responsabilité délictuelle et la croissance des litiges au sein de la population américaine ont modifié le climat de travail des hygiénistes et des responsables de l'élaboration des normes. Pour la première fois de leur histoire, les hygiénistes se trouvent aux prises avec des risques de poursuites en justice. Ils ont évalué l'accom-

plissement de leur devoir selon les codes de déontologie et leurs valeurs personnelles comme étant la première assurance et la meilleure défense contre les poursuites en responsabilité. Ils savent qu'ils peuvent maintenant avoir à recourir aussi au système juridique pour se protéger. Leur intérêt pour le droit, au lieu de l'éthique ou des valeurs, est à la base de leur intérêt formel nouvellement découvert pour le droit et l'éthique. Cet intérêt subsiste, malgré la protection qu'offre aux hygiénistes le code de déontologie de leur association professionnelle plutôt que l'ACGIH.

Leur optique de la relation entre le droit et les valeurs crée donc un antagonisme entre ces deux notions et place le droit, dans un certain sens, en opposition avec le bien public. Mais on fait la distinction entre la loi et les règlements, ces derniers pouvant servir de moyen approprié pour mettre en vigueur les normes et les appliquer. Une extension des sanctions du droit pénal (combinée avec des normes de consensus) pourrait fort bien accroître le fardeau que la loi impose aux hygiénistes, bien qu'à première vue, elle réduirait la réglementation. En insistant sur l'aspect coercitif du droit, ils révèlent leur souci de la loi, non des règlements.

Certains hygiénistes peuvent penser, évidemment, qu'un système volontaire et privé d'élaboration de normes est préférable à une réglementation gouvernementale. Toutefois, leur vision du droit comme un élément importun ne conduit pas directement à une proposition de réforme réglementaire. Elle est reliée aux solutions juridiques offertes aux particuliers (et aux compagnies) qui cherchent un recours (et des récompenses) par le biais du système judiciaire. Si les normes de consensus étaient assorties de sanctions pénales, il pourrait en résulter un fardeau juridique plus lourd pour les praticiens chargés de l'élaboration et de la mise en vigueur des normes. Dans l'optique des hygiénistes, le droit semble fonctionner en vase clos. Les recours juridiques en créent d'autres (ce qui requiert plus d'avocats) et sapent les décisions personnelles, éthiques, voire réglementaires, que prennent les particuliers en milieu de travail.

### *La réponse des chercheurs juridiques*

Dans la première partie des travaux de recherche juridique réalisés pour la Commission (volumes 46 à 51 inclusivement), de nombreux chercheurs souscriraient à certaines opinions sur le droit émises par les praticiens et décrites ici. Ils ont démontré dans leurs travaux que les recours juridiques en créent d'autres et que le droit nouveau tend à engendrer un plus grand nombre de poursuites en justice. S'appuyant sur leurs études, ils endosseraient comme postulat qu'une bonne partie du processus judiciaire est de nature défensive et qu'un système juridique d'orientation judiciaire peut détourner l'attention des problèmes en présence vers des questions reliées à la négligence, à la responsabilité, à la faute et au recours approprié. Dans cette perspective, droit et éthique

sont deux choses différentes, puisque les décisions d'ordre éthique (voire les codes de déontologie) portent généralement sur la tâche. À l'instar des hygiénistes, la recherche juridique soutient que le droit peut constituer une intrusion sérieuse dans la solution des litiges, lesquels gagneraient parfois à être laissés à ceux qui en sont directement saisis. Sur d'autres points, les chercheurs juridiques contesteraient les opinions des praticiens ou les remettraient en question.

### *La nature du droit*

La distinction que font les hygiénistes entre le droit (processus judiciaire) et la réglementation (processus administratif comportant des normes) serait appuyée, en partie, par la recherche juridique. Une critique du droit en tant que processus judiciaire n'a pas besoin nécessairement d'être liée à des propositions de réforme réglementaire. En même temps, et contrairement aux opinions des hygiénistes, la recherche juridique signale, toutefois, qu'il existe de nombreux types d'institutions juridiques et réglementaires. Les chercheurs trouvent que le droit se fonde dans la réglementation et vice versa, selon le degré de discrétion formelle ou informelle exercée, et selon les procédures adoptées dans chaque cas. Les tribunaux, par exemple, n'ont pas tous la même approche des problèmes, ni la même dépendance envers des modes de décision fortement judiciairisés. De même, les agences de réglementation peuvent avoir une orientation plus ou moins judiciaire, une approche plus ou moins interventionniste, être plus ou moins liés de façon explicite à un processus législatif et plus ou moins limitées dans leur définition de l'intérêt public. Toute image généralisée du processus judiciaire ou réglementaire néglige les nombreuses différences essentielles dans la manière dont les tribunaux et les organismes exercent leur pouvoir et rendent leurs décisions.

L'obligation à ce qu'on pourrait appeler un « pluralisme juridique », évidente dans la recherche juridique, peut avoir à la fois un contenu normatif et une base théorique, mais les chercheurs juridiques fondent essentiellement leur analyse sur une description empirique et historique du droit. Monahan, par exemple, soutient que même une seule cour comme la Cour suprême appliquera, dans le temps, différents principes pour statuer sur des causes de nature juridictionnelle. Elle statue différemment à différents moments, car, explique-t-il, aucune approche ne semble répondre suffisamment à tous les faits et à toutes les pressions, ou, en réalité, aux choix de valeurs politiques, dont le tribunal doit légitimement tenir compte. Deux concepts, au moins, du Canada en tant que nation-État doivent inspirer la Cour suprême et servent de base, avec plus ou moins de succès, à ses décisions.

Dans de nombreux domaines du droit, estime la recherche juridique, on peut tracer, à travers les décisions judiciaires, une évolution de la perspective juridique et des orientations contradictoires sur le droit et

les valeurs. On peut distinguer différentes époques d'élaboration de lois. Chacune d'elles semble répondre à des courants idéologiques et des conflits sociaux différents, à un climat politique différent, même si les tribunaux font preuve d'indépendance et que leurs jugements sont au-dessus de tout reproche sérieux. Les tribunaux interprètent et créent le droit différemment, selon le contexte dans lequel ils agissent, traduisant le degré de leur engagement dans les causes dont ils sont saisis, et dont ils dépendent aussi, en partie. Selon la recherche juridique, les débats actuels sur les politiques peuvent aussi être analysés sur une base historique, puisqu'ils se sont développés et qu'ils répondent aux changements du milieu social.

Plusieurs chercheurs juridiques préparent un modèle conceptuel pour illustrer à la fois le pluralisme juridique et la conformité du droit aux besoins de la société. Arthurs estime que les différentes options juridiques pour l'élaboration des lois peuvent être combinées en un modèle qui reflète, de façon analytique, le degré d'engagement d'une institution juridique dans une solution judiciaire ou administrative des problèmes et dans l'intervention de l'État. Pour sa part, Macdonald considère que ce qui compte actuellement comme réglementation est simplement la « réglementation par règlement », une forme d'activité réglementaire et une forme d'intervention de l'État. Tant pour Arthurs que pour Macdonald, une gamme de relations étatiques économiques est possible; n'importe laquelle peut se refléter dans la conception des institutions juridiques. Le choix entre une approche administrative et une approche judiciaire, entre la réglementation par règlement et par consultation État-corporation, n'est pas un choix entre des moyens plus ou moins efficaces d'accomplir essentiellement des objectifs de politiques. Ce n'est pas non plus l'effet du hasard. Le choix reflète différents concepts de relations appropriées entre l'État et les corporations et, partant, différentes hypothèses de valeurs et hypothèses d'ordre professionnel ou idéologique. Pour ceux qui ont à décider s'il faut recourir à un organisme administratif ou à un processus judiciaire pour mettre en oeuvre certains objectifs de politiques, les critères d'efficacité ou de rendement semblent toujours applicables, et le choix aisé. Différents modes de réglementation et différentes législations sont considérés, cependant, positifs et efficaces à des époques diverses, en raison de la diversité des hypothèses sur la manière dont les lignes de conduite doivent être établies.

Plusieurs études de la recherche juridique fournissent des exemples : Bureau *et al.* décrivent l'évolution de la législation de la sécurité sociale, Morin, celle du droit du travail, et Lajoie *et al.*, le débat constitutionnel par rapport aux courants de pensée politiques au Québec. Emond fait état de trois époques de droit de l'environnement et considère qu'on peut tracer, pour chacune d'elles, des orientations différentes; il estime que les différentes approches de lignes de conduite (recours à un orga-

nisme ou à des solutions judiciaires) semblaient appropriées dans chacune. Toutefois, cette évolution a été rapide, étant donné que le droit de l'environnement témoigne de préoccupations et d'une approche législative très différentes de celles qui ont prévalu une décennie plus tôt. Mossman décrit l'évolution de la législation sur la famille et la sécurité sociale, démontrant le développement historique de l'orientation contradictoire de ces deux domaines intégrés du droit, l'un visant à protéger les valeurs de la « famille », l'autre soutenant celles de l'« indépendance de l'individu ». Elle estime que tant les décisions des tribunaux que leurs conceptions révèlent ces différentes préoccupations d'ordre normatif. Elle explique comment le conflit des orientations dans les valeurs entre ces deux domaines du droit se traduit de nos jours par ce qui doit être considéré comme une application discriminatoire du droit (à l'égard des femmes dans les familles monoparentales, par exemple). Toutes les études de la première partie de la recherche juridique font état d'une évolution semblable du droit et des décisions essentielles vers l'usage de différents types d'instruments juridiques ou réglementaires dans le contexte social où le droit s'est développé.

### *La relation entre le droit et les valeurs*

Les chercheurs juridiques contestent également le concept de la relation entre le droit et les valeurs, inhérent à l'optique des praticiens exposée ici. Là aussi, on peut déceler une critique normative et théorique de leur part, mais leur principal grief porte plutôt sur l'analyse empirique et historique des différents domaines du droit et de la jurisprudence. Il faut se rappeler que les praticiens considèrent le droit comme un agent importun et qu'ils font la distinction entre le droit et l'éthique.

Selon les chercheurs juridiques, les praticiens négligent de voir que le droit, une fois établi, agit comme une force qui façonne les relations sociales et le comportement individuel. Le droit ne peut être perçu uniquement comme un ensemble de règles et de recours, puisque tout corps de lois renferme un cadre à l'intérieur duquel certaines hypothèses de conduite ou de jugements d'ordre éthique sont exprimées. Puisque le droit évolue et change, les normes éthiques changent aussi.

À titre d'exemple, considérons comment certaines lois et certains règlements particuliers ont influé sur la conception du public et des praticiens hygiénistes de ce qu'est la sécurité de l'environnement pour les travailleurs et, en retour, sur les jugements d'ordre éthique rendus au travail par les hygiénistes consciencieux. On ne considère plus tolérable d'exposer les travailleurs à un produit chimique susceptible de leur nuire au bout de quelques années, quand bien même ils ne se trouveraient pas en danger imminent en raison de ce produit ou ne seraient pas en mesure d'établir une relation directe de cause à effet entre le fait d'y être exposés et leur santé. Dans la plupart des juridictions, les travailleurs doivent, à

présent, être informés des dangers qu'ils courent et des nuisances possibles sur les lieux de travail.

Dans les deux cas, on suppose souvent que des jugements de valeurs ont précédé la nouvelle loi et la nouvelle réglementation promulguées pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs. La plus grande partie de ce droit émane, cependant, du modèle de prise de décision des tribunaux, qui a évolué dans le temps, et de mesures réglementaires complémentaires, adoptées par les organismes. Les jugements de valeurs ont été rendus par bribes, sans reconnaissance préalable de leur importance. De même, une fois qu'un ensemble de lois existe pour déterminer le comportement admis, les jugements individuels quant au bien et au mal suivent en conséquence. Si les lois sont issues surtout de nombreux changements graduels, l'influence du droit sur les jugements individuels d'ordre éthique ne semblent pas, toutefois, être reconnue. Ce type de jugements (ceux des hygiénistes, par exemple) semble être le résultat d'un choix exclusivement personnel.

Rocher pousse cette idée plus loin. Il considère que le droit et le processus décisionnel des tribunaux constituent une valeur en soi. Il cite des exemples : on pense que « la loi est juste », que « les particuliers ont des droits égaux devant la loi », que « la loi est la même pour tous », qu'elle renferme la sagesse, qu'elle représente l'exercice légitime de l'autorité, qu'elle est ou qu'elle doit être efficace, qu'elle intervient pour maintenir la paix entre des particuliers qui, autrement, seraient en conflit, et qu'elle crée des droits et des obligations. On peut démontrer facilement que ces caractéristiques de la loi, telles qu'il les présente, sont des mythes ou qu'elles reflètent des hypothèses de valeurs quant à la nature du processus juridique.

Toutefois, Rocher ne vise pas simplement à démontrer que les lois sont fondées sur des préjugés. Le droit, pour lui, est un ensemble de règles, mais c'est aussi un langage, une société systémique symbolique qui, du coup, est officielle, directive et universelle dans son orientation, pragmatique et prospective dans son approche. C'est, selon lui, le caractère formaliste du droit qui lui donne sa position privilégiée pour maintenir des systèmes de contrôle social. Les valeurs enchâssées dans le droit ne sont pas toujours logiques et sont rarement formulées de façon explicite. Aucune loi ne peut répondre aux attentes exprimées dans tous ces « mythes », de façon égale et en tout temps. Une loi efficace (qui répond à un critère technique d'efficacité) peut manquer de sagesse ou ne pas transmettre le même sens de l'autorité qu'une règle moins « efficace », mais plus complète. Dans une certaine mesure, certaines valeurs seulement, parmi la pléthore de mythes et de valeurs qui ont trait au droit, reçoivent la priorité lors de l'adoption d'une législation. Ces « méta-jugements » dont la loi devrait refléter les valeurs (s'il en est) sont rarement formulés de façon explicite, mais servent à

modeler à la fois une législation précise et les décisions éthiques qui découlent de la naissance d'un ensemble de lois.

Rocher signale également les valeurs précises inhérentes à un système juridique d'orientation judiciaire. Il constate qu'une interprétation judiciaire de l'égalité en droit n'est pas la même qu'une interprétation fondée sur un concept de justice distributive. L'égalité devant la loi crée, en pratique, des inégalités majeures du fait que les ressources fournies par les particuliers au processus judiciaire sont différentes et que les garanties juridiques sont des droits individuels qui n'englobent pas facilement les valeurs de la communauté. Les garanties juridiques sont généralement, pas toujours, rattachées à la protection de la propriété; or, tout le monde n'a pas une propriété à protéger. Lorsque Rocher parle du droit en tant que mythe et valeur, il veut parler du choix des valeurs fait lors de la décision (si tel est le mot) qui porte sur le recours à un système juridique d'orientation judiciaire qui détermine, au premier chef, les droits et les obligations et constitue le principal mécanisme pour la solution des litiges dans la société.

### *Résumé du premier débat*

En somme, la plupart des conclusions de la recherche juridique peuvent être mises en contraste avec l'opinion des praticiens. Les études de la recherche soulignent l'étroite relation entre le droit et les valeurs, et le vaste choix d'institutions juridiques disponibles pour réaliser une ligne de conduite donnée. De même, les études démontrent qu'une distinction entre le droit et l'éthique individuelle ne peut être soutenue. Bien que la législation reflète les choix effectués par les hommes politiques, l'électorat et les groupes d'intérêt, le droit crée aussi un cadre d'attentes et de normes qui donnent forme aux choix de valeurs individuelles. Le processus judiciaire, lui-même, pris comme élément d'agencement des droits et des obligations et comme moyen de solution des litiges, reflète un choix de valeurs puisqu'il aboutit, de façon démontrable, à des inégalités dans l'attribution des ressources, et à des décisions « partiales ».

L'objectif de la recherche juridique n'était pas d'explorer l'aspect philosophique de la relation entre le droit et les valeurs. Le fait de constater que les décisions individuelles d'ordre éthique sont prises à l'intérieur d'un cadre conditionné par le droit et la réglementation, c'est simplement affirmer que la fonction sociale du droit doit être prise en considération lors de l'établissement des lignes de conduite; les responsables de ces politiques doivent prendre conscience qu'ils dirigent le choix public autant qu'ils le suivent. C'est soutenir aussi que les choix disponibles à ceux qui conçoivent les instruments d'exécution des politiques, organismes, cours, tribunaux, etc., reflètent le climat social qui prévaut. Ce qui semble être raisonnablement, aujourd'hui, un droit

efficace et opérationnel, peut échouer ou avoir échoué à bien servir le public, à un autre moment.

### *La théorie du choix public*

Les conclusions de la recherche juridique peuvent être mises en contraste aussi avec la théorie du choix public. Celle-ci présente, évidemment, différentes analyses, et certaines d'entre elles sont contradictoires. Pour certains théoriciens, l'étiquette « théorie du choix public » désigne une perspective disciplinaire économique, appliquée aux problèmes sociaux, et qui donne préséance, dans l'analyse, aux rapports de forces du marché. Pour d'autres, ceux auxquels nous nous référons dans le débat exposé ici, la « théorie du choix public » devrait être délimitée de façon à la fois plus large et plus restreinte. D'une part, ces théoriciens élargiraient le champ de l'analyse économique en considérant le choix de l'« électorat » comme une variante du choix public, et le système politique comme un marché de valeurs concurrentielles. Autrement dit, ils soutiendraient que les biens sociaux et politiques sont distribués à travers un processus politique caractérisé par les rapports du marché. Les théoriciens du choix public considérés comme engagés dans un débat sur les conclusions de la recherche juridique ne mettraient pas sur le même pied la perspective disciplinaire de l'économie et la théorie du choix public, malgré l'accent mis sur les forces du marché par les deux écoles de pensée. Ils traceraient une ligne de démarcation entre la théorie économique en général et celle du choix public, comme un seul courant de l'analyse dans la pensée économique.

Le choix de cette deuxième version de la théorie du choix public aux fins du débat sur la recherche juridique s'explique par deux motifs. D'une part, il est important de ne pas présenter le droit et l'économie sous deux perspectives fondamentalement en conflit, puisque tel n'est pas le cas malgré les perceptions souvent contradictoires des deux disciplines en matière de relations sociales. Une analyse mise au point plus subtilement, celle qui fait la distinction entre différentes approches du marché en économie, permet d'éviter cet écueil. D'autre part, la plus grande partie de la recherche juridique s'interroge sur ce qui est décrit dans les mémoires comme « une approche de choix public ». Néanmoins, la recherche juridique, dans son ensemble, n'a nullement une approche « anti-marché », et nombre de ses auteurs sont silencieux sur le genre de questions que soulèvent, à présent, la plupart des économistes. L'objet de la discussion dans un certain nombre d'études est une certaine approche de l'analyse du marché, celle qui insuffle une analyse à la fois politique et juridique aux hypothèses disciplinaires empruntées à l'économie. C'est cette approche, appelée « théorie du choix public », qui sert ici à mettre en lumière les conclusions de la recherche<sup>3</sup>.

La première tâche consiste, toutefois, à donner une idée assez complète de la relation entre le droit et les valeurs dans l'optique de la théorie du choix public. Contrairement aux hygiénistes, les théoriciens du choix public voient le droit et les valeurs comme inextricablement liés. Pour eux, le droit est le produit fini d'un processus législatif reflétant les valeurs des membres de la société, en tant que consommateurs de biens politiques. On peut, évidemment, déceler une activité législative dans les décisions du pouvoir exécutif, des agences de réglementation ou des tribunaux. Pour les théoriciens du choix public, engagés dans une version particulière de théorie démocratique, cette activité législative qui se déroule hors des législatures est une aberration, un dilemme pour les responsables des lignes de conduite. La relation étroite entre le droit et les valeurs est rompue lorsque les décisions sont prises sans refléter le choix des consommateurs.

Les théoriciens du choix public définissent généralement les « valeurs », dans leur relation avec le droit, de quatre façons :

**En tant que « choix des consommateurs »** Certains théoriciens parlent d'un produit ou d'une décision comme étant « évalués », donc constituant une valeur. Le choix des consommateurs représente ce qui est évalué par les membres de la société. Lorsque des choix particuliers sont faits par une majorité de particuliers dans une société, le choix des consommateurs représente aussi les valeurs de la société comme un tout. Le droit et les valeurs sont liés lorsque le choix des consommateurs est enchâssé dans une législation ou dans des règles élaborées à travers un processus législatif, car seul un tel processus institutionnalise le choix des consommateurs (choix de l'électorat et négociation des groupes d'intérêt) comme mécanisme de détermination de politiques.

**En tant que « facteur nécessitant l'information et l'accès à l'information »** Certains théoriciens du choix public parlent aussi du besoin des particuliers de recevoir une information adéquate et une occasion (et des moyens) de participer au marché des biens politiques et économiques. Leur souci s'accroît avec les inégalités évidentes qui ressortent de la libre action de la logique du marché dans la vie économique ou politique. De toute évidence, certains intervenants du marché ou du processus législatif se trouvent avantagés du fait qu'ils jouissent de plus d'information, d'une plus grande facilité d'accès à l'information et d'une plus grande capacité à former des groupes d'intérêt pour exprimer avec vigueur leurs points de vue. Les réformes qui assurent une plus grande disponibilité de l'information et des ressources ou une plus grande capacité de participation sont donc perçues comme favorisant la qualité démocratique des relations du marché et de la vie politique. Cependant, ni l'information, ni l'accès à l'information ne sont nécessaires en tant que « choix des consommateurs ». L'électorat peut ne pas demander

l'attribution de moyens d'accès et d'information à tous les intervenants du processus politique, ou y être préparé. La négociation des groupes d'intérêt peut ne pas aboutir à un accès ou à une information plus vaste. La participation et l'accès à l'information constituent des valeurs collectives ou sociales imposées à un système de marché, pour lui permettre de répondre à un certain objectif prépondérant de démocratie ou de redistribution, voire celui de maintenir le système du marché lui-même.

**En tant qu'impondérable** Les théoriciens du choix public définissent aussi les valeurs comme une sorte d'impondérable (« wild card ») dans le calcul rationnel des intérêts individuels. Ils admettent que les calculs et les décisions individuels ne sont pas nécessairement rationnels ou favorables à leur auteur. En effet, les particuliers peuvent agir contre leur propre intérêt pour des motifs religieux ou philosophiques, pour suivre l'exemple d'un proche ou d'autres considérations que celles de la théorie du choix public. Quand ils agissent de la sorte (et que le résultat des politiques d'orientation du choix des consommateurs est imprévisible), la théorie du choix public désigne alors les valeurs. Celles-ci constituent un « impondérable » car elles sont très personnelles et ne peuvent être prévues dans le modèle d'analyse utilisé. Certains théoriciens du choix public pourraient soutenir que ces décisions sur les valeurs n'ont pas besoin d'entrer en ligne de compte dans l'élaboration de mesures d'intérêt public.

**En tant que théorie du choix public** Enfin, la théorie du choix public est elle-même imbue de valeurs, bien que les choix de celles-ci ne soient pas nécessairement explicites. On constate souvent l'importance accordée au marché, comme régulateur des relations humaines, et celle accordée à l'efficacité, comme critère principal d'évaluation des mesures d'intérêt public. Le principe de l'optimum de Pareto est également imbu de valeurs : pour atteindre cet optimum, on doit souvent équilibrer différents facteurs, sans égard aux différences de qualité, ou la nature de l'engagement ou la perception qui s'y rapportent. Les pertes et profits nets des particuliers se fondent, sans tenir compte parfois des différentes situations des particuliers. L'attribution des coûts et des bénéfices dans le système du marché semble de peu d'intérêt. Les particuliers sont plutôt traités comme équivalant à leurs besoins et à leurs désirs, au plan fonctionnel. Les valeurs sociales sont considérées légitimes dans la mesure où elles émanent de ce que les particuliers sont supposés vouloir. Traiter les valeurs dans une optique de comportement de choix public c'est présumer que tous les comportements politiques et sociaux sont, d'une certaine façon, conformes au comportement du marché; que tous les calculs sont, d'un seul coup, individuels et fondés sur l'intérêt personnel et que, du moins en théorie, tous les particuliers sont des négociateurs compétents de leurs intérêts.

Les analystes du choix public doivent relever deux défis sérieux inhérents à la structure de leur théorie. Le premier a trait à la nature du droit. Le droit peut traduire une négociation d'intérêts; c'est aussi une cristallisation des valeurs collectives et sociales, indépendantes des intérêts individuels au sein de l'unité sociale. Les institutions juridiques, notamment les tribunaux, sont particulièrement et traditionnellement isolés des pressions et des contraintes des processus législatif et exécutif, de sorte que la prise de décisions juridiques peut être reliée plus aux précédents et aux jugements qu'à une négociation d'intérêts. Le droit est fondé sur un autre type de rationalité que celui que proposent les théoriciens du choix public comme base des mesures d'intérêt public. Les décisions juridiques supposent, dans la meilleure hypothèse, une synthèse de rationalité technique, d'expertise, de précédents et de conventions. Les pressions politiques sont tenues à distance, toujours dans la meilleure hypothèse, par la nomination d'une magistrature indépendante et le déroulement du processus juridique. Ces caractéristiques du droit présentent un défi à la doctrine et aux valeurs de base d'une approche de choix public.

Les théoriciens du choix public reconnaissent l'existence d'un défi semblable en matière de réglementation. Certains aspects de l'activité réglementaire ne correspondent pas au modèle du choix public. Ainsi, de longue date, l'une des principales justifications du recours aux organismes de réglementation est que ceux-ci sont en mesure de prendre des décisions techniquement complexes. On attend des réglementateurs une certaine expertise et une certaine expérience dans l'évaluation des problèmes. Nul n'a prétendu que la réglementation était à l'abri des négociations des groupes d'intérêt ni des pressions, mais ces dernières (rendues publiques par la procédure d'audition) sont supposées s'équilibrer avec d'autres considérations dans un processus réglementaire qui fonctionne convenablement. La discrétion qu'exercent les réglementateurs dans un tel processus tient, en partie, de leur capacité d'évaluer les problèmes et de rendre des décisions éclairées, fondées sur des preuves et non de simples opinions. Une fois de plus, la théorie du choix public ne peut facilement tenir compte de l'expertise en matière de réglementation et des « décisions éclairées » quand il s'agit de réglementation comme processus législatif.

Les théoriciens du choix public ne répondent pas à ces deux défis par une reformulation de la théorie, mais par une série de propositions radicales en faveur de la réforme du système juridique et politique. Ils proposent trois solutions : (a) retirer la fonction législative aux responsables de la réglementation et du pouvoir exécutif, ainsi qu'aux tribunaux, dans la mesure du possible; (b) accroître l'usage des contrats entre parties privées et celui des sanctions pénales, pour promouvoir la mise en oeuvre de lignes de conduite et la mise en vigueur de normes, afin d'éviter, notamment dans ce cas, le processus formel tant législatif

que réglementaire; et (c) procéder à la formalisation et à la spécification des règles juridiques, surtout lorsque le droit reflète des valeurs sociales ou collectives, de sorte que les tribunaux agissent surtout selon un concept plus restreint de leur mandat.

Les deux premières propositions (et certains aspects de la troisième) sont familières dans le débat sur la réglementation. Elles visent à créer un système politique où la jurisprudence et les organismes soient soumis au contrôle du législateur ou échappent à la compétence du gouvernement. Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux eux-mêmes et leur fonction d'élaboration des politiques doivent être limités; les litiges doivent être réglés par les parties autant que possible. Les remèdes juridiques appliqués par un tribunal formaliste plutôt que par un processus administratif doivent remplacer les sanctions réglementaires plus informelles (souvent négociées). La négociation des groupes d'intérêt, comme composante essentielle de toute activité législative ou comme élément externe au processus législatif, doit servir exclusivement et ouvertement, le cas échéant, à formuler des mesures d'intérêt public qui reflètent le choix des consommateurs (de l'électorat). L'objectif s'appelle souvent « efficacité »; le but des réformes est d'assurer les fonctions du système tel que les théoriciens du choix public le conçoivent.

Un certain nombre des choix de lignes de conduite discutés actuellement est lié à ce programme pour des fins de réforme. La réforme des tribunaux, un rôle attribué aux provinces pour la nomination des juges, la révision judiciaire des décisions des organismes, l'abolition de certaines fonctions de réglementation, le recours aux sanctions pénales plutôt que réglementaires en matière de droit de l'environnement, des essais en matière de contrats pour le traitement des questions d'environnement, une consultation et des avis accrus, toutes ces mesures tombent facilement dans le champ envisagé. Elles peuvent, toutes, contribuer à réduire le pouvoir discrétionnaire des appareils non législatifs d'élaboration de règles ou réduire le rôle du gouvernement et restreindre l'activité des tribunaux. Elles visent, toutes, à s'assurer que le droit se rattache surtout aux valeurs choisies par les consommateurs et l'électorat.

Certains domaines du droit ne peuvent être réformés aussi facilement par les défenseurs de la théorie du choix public. Ils requièrent une approche de longue portée, une perspective à long terme de la part des tribunaux et un pouvoir discrétionnaire maximal dans l'application des règles. Ils requièrent surtout une sorte d'évaluation qui fasse concorder les jugements, parfois seulement, à l'opinion publique dominante. Ce type de droit peut s'appeler droit de la qualité de vie. On suppose généralement qu'il renferme d'autres valeurs que celles choisies par les particuliers en fonction de leurs intérêts personnels; il reflète les valeurs collectives de la société. Sa rentabilité ne peut être calculée avec rigueur car, dans un certain sens, il intervient comme une conscience collective, qui donne forme aux pressions publiques plutôt qu'il ne les reflète.

Les propositions des théoriciens du choix public visant à restreindre le champ du droit et l'intervention du gouvernement peuvent même ramener des lois sur la qualité de vie dans la sphère de l'influence immédiate du législateur. Dans la mesure où la discrétion des tribunaux est limitée par des dispositions législatives ou des règles examinées ou approuvées par le législateur, tant le choix du consommateur que la négociation des groupes d'intérêt et les pressions politiques peuvent même engendrer, en toute légitimité, des lois sur la qualité de vie. Il se peut que plus une loi de cette nature est élaborée avec précision, moins le droit de la qualité de vie n'a de chance de traduire une définition dominante du bien commun. Si la discrétion des tribunaux et des organismes est restreinte par le contrôle législatif, les lois sur la qualité de vie qui en découlent ont moins de chance de refléter l'expertise des tribunaux ou des administrateurs; lorsque cette législation est spécifique, l'influence politique peut aussi être amenée, légitimement, à influencer directement, non seulement l'orientation générale de la politique, mais également l'application du droit à des cas précis. Le Cabinet peut intervenir directement dans les décisions particulières des organismes. En de telles circonstances, même les lois sur la qualité de vie refléteront la volonté souvent mouvante du législateur plutôt qu'un concept quelconque de bien social traditionnellement conditionné.

Un exemple illustre les changements du droit de la qualité de vie envisagés dans certaines propositions de choix public, dans le cadre de la réforme législative et réglementaire. La *Loi sur la radiodiffusion* plante une valeur de qualité de vie. Elle traite de « la consolidation de la structure sociale, culturelle et économique du Canada » comme l'objectif légitime d'une ligne de conduite et de son application. Actuellement, la législation sur la radiodiffusion n'est pas spécifique du point de vue législatif. Le mode de consolidation de la structure sociale est laissé à la discrétion d'un organisme théoriquement à distance du processus politique et supposé exercer une certaine expertise dans la prise de décision. Aucune influence politique n'est supposée s'exercer sur les rôles de l'organisme dans la réglementation ou l'octroi des permis. Les propositions de réforme subordonneraient la politique de radiodiffusion au processus législatif. Ces propositions sont les suivantes : le Cabinet devrait émettre des directives quant aux politiques; un comité parlementaire devrait discuter des règlements; les gouvernements provinciaux devraient participer aux nominations à l'organisme de réglementation; les décisions de l'organisme devraient être révisées par les tribunaux et par le Cabinet; les critères législatifs des décisions relatives à l'octroi des permis (y compris la représentativité régionale) devraient être précisés dans une reformulation de la Loi; les auditions publiques devraient être déterminantes dans la prise de décision, et les règles devraient placer les parties dans une procédure d'audition à caractère plus judiciaire; une loi sur les procédures administratives devrait régir le mode de fonctionne-

ment des organismes, comme c'est le cas aux États-Unis; l'industrie devrait être déréglementée, du moins en matières sociale et culturelle.

Toutes ces propositions, ou n'importe laquelle d'entre elles, pourraient modifier, bien que de façon différente, la nature de la réglementation, en substituant différentes valeurs à celles que la *Loi sur la radiodiffusion* renferme actuellement. Si elles étaient adoptées, l'accent serait mis sur la représentativité, la reddition de compte, l'information et l'accès à l'information, la concurrence et les libres marchés et, enfin, le choix des consommateurs plutôt que sur les valeurs de qualité de vie enchâssées actuellement dans la Loi. Et, dans la mesure où le choix des consommateurs traduit les négociations des groupes d'intérêt, les valeurs qui se traduiraient dans une loi modifiée sur la radiodiffusion auraient un caractère moins social (culturel), tout en reflétant davantage le contenu de ces négociations. Si ces propositions étaient retenues, l'organisme, plutôt que de prendre des décisions sur la base d'une estimation d'experts, serait porté à répondre explicitement et principalement aux revendications des groupes d'intérêt et de l'électorat représentés dans un processus politique. Les propositions de réforme de la *Loi sur la radiodiffusion* sont caractéristiques des propositions défendues dans d'autres champs de politiques.

Pour les puristes de la théorie du choix public, la question n'est pas d'accroître le nombre de valeurs que la loi devra refléter pour accorder une plus grande représentativité. Les lois et les institutions juridiques ne doivent pas simplement répondre davantage au choix public; l'objectif ne se limite pas à rendre les autorités chargées de la réglementation plus responsables publiquement. Ces puristes soulignent la difficulté qu'il y a à déterminer les valeurs de qualité de vie appropriées. Ils estiment que les objectifs sociaux et culturels ne peuvent être atteints efficacement par des outils législatifs et réglementaires ou, en fait, par une forme quelconque d'intervention gouvernementale dans la vie économique. Ces théoriciens du choix public soutiennent que si les gens évaluent les bien sociaux, culturels et communautaires, leur choix se traduira par des « intérêts globaux », lors du choix de l'électorat et des consommateurs, dans un marché d'échanges économiques et de biens politiques. Ils contestent l'aptitude du pouvoir exécutif et des autorités réglementaires à répondre à autre chose qu'aux pressions des groupes d'intérêt, malgré des mandats juridiques qui comprennent souvent la qualité de vie. Ils estiment que les préférences et les pressions de ces groupes ne peuvent être traitées plus équitablement que dans un processus législatif explicite ou hors du cadre gouvernemental. À leur avis, seul le choix des consommateurs est souverain, quand bien même il engendrerait des lois qui ne refléteraient que les négociations des groupes d'intérêt ou n'aboutirait à aucune forme de droit de qualité de vie.

Les mêmes propositions en faveur d'une réforme réglementaire (ou de la spécificité des lois), aussi raisonnables et limitées qu'elles apparais-

sent, peuvent être radicales lorsqu'elles sont défendues dans un contexte d'hypothèses de choix public; elles le sont beaucoup moins lorsqu'elles sont proposées dans un autre contexte. Ce qui est envisagé, du moins sous un certain aspect de la théorie, est une modification dans les relations conventionnelles entre les différents niveaux et les différentes branches du gouvernement. Seul un type de droit est souverain, celui qui répond au choix des consommateurs; une seule forme d'activité législative est légitime, celle qui émane des législatures compétentes. Toutes les autres institutions juridiques et tous les autres outils de l'action gouvernementale doivent être ramenés sous le contrôle du législateur ou doivent être abolis en faveur d'un règlement privé des litiges, entériné par un tribunal formaliste. À partir des valeurs de qualité de vie établies, le droit et la politique doivent être réorientés vers d'autres valeurs considérées plus légitimes, du fait qu'elles émanent des choix du marché. L'expertise des tribunaux ou des organismes dans la prise de décision doit être de moindre valeur; la responsabilité et la représentativité deviennent les seuls critères dans l'évaluation de toute politique ou décision. Comme il ressort clairement du débat sur la déréglementation, certains théoriciens du choix public, du moins, réclament une révision systématique de l'ensemble de la législation et de la structure des institutions juridiques.

### *La réponse des chercheurs juridiques*

Avant d'analyser les études réalisées dans le cadre de la recherche juridique, relatives à la théorie du choix public, il y a lieu de souligner certains points. D'abord, certains auteurs des études entendent contester la théorie. Pour eux, l'analyse est un concept théorique et non un guide politique pratique. Elle est perçue comme une approche à réponse unique à des problèmes complexes, un calcul réductionniste de la complexité des valeurs humaines et des choix politiques. D'autres auteurs de l'étude trouvent attrayante une partie de la doctrine et de l'analyse de la théorie; ce qu'ils lui trouvent de fastidieux est sa prétention à une analyse systématique et exhaustive; ils rejettent le programme radical de changement, inhérent à la théorie et à son application aux lignes de conduite. Ils semblent contester la théorie du choix public, surtout en raison de l'adhésion actuelle de certains responsables des politiques à ses hypothèses, et de l'aboutissement de celles-ci à des modifications profondes dans les institutions juridiques canadiennes, à la suite du développement des réformes.

D'autre part, la théorie du choix public est associée à la droite du spectre politique et à des propositions de déréglementation majeure. Sa contestation peut venir de droite ou de gauche, ou simplement de ceux qui s'interrogent sur les données empiriques sur lesquelles l'analyse est fondée. Certains auteurs peuvent désapprouver l'aspect global de la théorie, sa précision douteuse et sa prétention scientifique ou son carac-

tère très normatif, voire idéologique. Ils peuvent, néanmoins, souscrire à certains éléments de l'analyse : par exemple, l'accent qu'elle met sur les forces du marché et le jeu des intérêts dans l'élaboration des politiques. Une plus forte politique de concurrence peut servir de plateforme pour les partisans de la théorie ou ses détracteurs.

Le premier débat entre les « praticiens » et les chercheurs juridiques a été présenté précédemment comme un antidote à toute description polarisée du débat actuel sur les politiques au Canada. Les conclusions de la recherche juridique incitent aussi à s'interroger sur certaines données empiriques et hypothèses de base de la théorie du choix public. Bien que la discussion ait été ramenée ici à deux points, il ne faudrait pas réduire l'un deux à une simple controverse entre les théoriciens du choix public et la recherche juridique de la Commission, ou entre les chercheurs juridiques imbus de conscience sociale et les économistes techniquement compétents. En réalité, la recherche juridique démontre que de nombreuses approches de la politique, différentes de celles proposées par la théorie et décrites ici, peuvent s'avérer nécessaires pour tenir compte de toutes les données empiriques relatives au droit et aux valeurs. Toutefois, les auteurs des études de recherche individuelle n'ont pas abouti à un consensus sur la moindre série de propositions de politiques, et la synthèse qu'ils offrent ne représente pas un accord entre eux sur la valeur des marchés ou celle de leur efficacité opérationnelle, ni même sur la valeur de la réglementation gouvernementale.

Enfin, une approche de choix public est supposée refléter l'opinion publique et, dans une certaine mesure, elle y parvient. Mais tel n'est pas toujours le cas. Deux points méritent d'être signalés à cet égard. D'une part, le désir d'une « intervention gouvernementale » plus restreinte s'accompagne généralement de revendications en faveur d'une plus grande participation du gouvernement dans la structuration d'une économie saine, par la promotion des valeurs sociales ou culturelles ou la protection de l'environnement et de la santé et la sécurité humaines; les sondages au Canada et aux États-Unis confirment que le public adhère à ces deux orientations contradictoires. D'autre part, l'opinion publique est fortement conditionnée par ceux qui sont en mesure d'articuler leurs opinions devant une tribune et à travers les médias. Les ressources, ainsi que l'accès à l'information et sa disponibilité influencent, pour le moins, ce qui sera présenté au public comme analyse et comme options et qui sera couvert par les médias. Ces ressources sont, évidemment, distribuées de façon inégale. Tout choix effectué par le public ou par les particuliers qui en font partie reflète, quant à l'accès aux médias, la distribution des ressources.

### *La relation entre le droit et les valeurs*

La recherche juridique remet aussi en question certaines hypothèses du choix public qui ont trait à la relation entre le droit et les valeurs. Il y a

lieu de revenir ici un moment à une définition de la théorie du choix public. Il faut se rappeler qu'en vertu de cette théorie, il existe une relation presque linéaire entre les choix de valeurs individuelles et l'action législative. Mais les théoriciens du choix public admettent que les valeurs individuelles n'influencent pas directement la législation, si souvent. Deux variables interviennent, plutôt, dans la théorie pour influencer la nature politique de la prise de décision législative : (1) les choix que font les hommes politiques, en tant que particuliers à intérêt maximisé, en décidant des politiques à poursuivre, et (2) la force relative de pression des différents groupes d'intérêt.

Les théoriciens du choix public cités ici estiment que la première de ces variables, soit le choix des hommes politiques, pourrait influencer les décisions des lignes de conduite, du fait que les décisions législatives ne refléteraient que les intérêts des hommes politiques à très court terme, sans compter la vigilance dont ces derniers doivent faire preuve à l'égard du choix de l'électorat, s'ils veulent maximiser leurs chances d'être élus et de garder le pouvoir. Parfois, l'électorat recherche des politiques à long terme ou marquées d'une orientation sociale. Les hommes politiques doivent alors se conformer à ces choix publics autant qu'à leurs propres intérêts à court terme. Les théoriciens du choix public soutiennent donc que les calculs rationnels des hommes politiques s'interposent dans la relation entre le choix du consommateur (l'électeur) et l'action législative. Ces calculs ne défavorisent pas, en définitive, la souveraineté des consommateurs car, selon ces théoriciens, l'objectif de garder le pouvoir exige des hommes politiques qu'ils répondent à toutes les formes de pression publique et celles-ci, à certains égards, représentent aussi le choix des consommateurs.

De même, ces théoriciens estiment que les groupes d'intérêt ne sont formés que pour traduire les choix des particuliers et que ces groupes puissants ne sont que les porte-parole d'une collectivité, qui ne font que renforcer l'expression de la volonté individuelle. Aussi, la négociation des groupes d'intérêt est-elle, théoriquement, compatible avec une perspective de la relation entre le droit et les valeurs qui relie directement le choix individuel à l'acte législatif. Il va sans dire que certains intérêts du public contribuent davantage à une représentation efficace et que certains particuliers ont plus de facilité à rassembler les ressources nécessaires à une participation positive. Selon la théorie du choix public, les inégalités facilement démontrées de l'influence des groupes d'intérêt doivent être corrigées de manière à rétablir l'équilibre. Une information plus large, des moyens d'accès à l'information plus faciles pour le citoyen ordinaire et le financement de la représentation des intérêts du public et des consommateurs sont autant de propositions par lesquelles les tenants de la théorie tentent de remédier aux inégalités d'un pro-

cessus politique axé sur les groupes d'intérêt, sans modifier pour autant le modèle conceptuel de la relation entre le droit et les valeurs.

Pour la plupart des chercheurs juridiques, même cette image plus sophistiquée de la relation entre le droit et les valeurs est trop simple. Les études de la recherche juridique ne partagent aucun modèle qui préconise l'existence d'une relation linéaire entre les valeurs individuelles et la législation. La recherche soutient qu'il existe, en fait, un ensemble d'institutions sociales, politiques et économiques qui s'interposent entre les particuliers et l'État. Ces institutions complexes déterminent, en réalité, la nature du rapport entre le droit et les valeurs. Qu'on songe aux répercussions de la famille, du système de sécurité sociale, d'une multitude d'organismes bénévoles (religieux, politiques, économiques et sociaux), des conventions juridictionnelles, des valeurs et actes professionnels, et même du milieu des affaires dans son ensemble. Ces réalités institutionnelles peuvent indiquer la manière dont le droit et les valeurs sont façonnés, dont le droit influe sur les valeurs et vice versa.

Un autre argument de la recherche juridique est la déficience empirique d'un modèle conceptuel (comme celui de la théorie du choix public) qui minimise l'importance de ces institutions intermédiaires comme médiatrices entre le droit et les valeurs individuelles. Cette allégation est particulièrement exacte si les dimensions et les répercussions sociales de la vie institutionnelle sont négligées du fait que l'on considère la famille, le système de sécurité sociale, la société professionnelle ou les groupes d'affaires comme de simples mini-marchés de biens humains et politiques. Comme le signale Belobaba, une approche interdisciplinaire qui n'inclut que les considérations des économistes et des avocats, et néglige celles des sociologues et des psychologues, est certainement limitée.

En outre, la relation linéaire entre le droit et les valeurs décrite dans la théorie du choix public n'accrédite que les valeurs individuelles. Dans sa recherche juridique, Emond soutient qu'une telle approche, bien qu'amplement explicative, omet certaines questions pertinentes au droit de l'environnement. Il estime que certains intérêts ne sauraient être considérés individuels, ni être traités par des politiques fondées sur le principe de l'optimum de Pareto. Pour traiter de la dégradation de l'environnement, des droits sur les cours d'eau, de la qualité panoramique d'un site, de la disposition des déchets chimiques et de la protection d'une valeur future de l'environnement, on doit s'appuyer sur un concept d'intérêts communs et collectifs. Sophistiquer davantage le modèle conceptuel, comme le font certains théoriciens du choix public, pour tenir compte des inégalités causées par les pressions des groupes d'intérêt, ne suffira pas à protéger pour l'avenir une ressource d'environne-

ment, nul calcul d'intérêts dans le modèle du choix public ne pouvant englober une situation dans laquelle ceux qui assument les coûts ne recevront peut-être aucun avantage, fût-il indirect.

Un phénomène semblable est perçu par Makuch dans sa recherche en droit municipal. Il trouve que les autorités de zonage ne possèdent pas souvent l'aptitude à concevoir un site urbain ou à enrichir la vie sociale ou culturelle des citoyens, que les décisions de zonage sont prises par réaction, parfois simplement en réponse à des demandes de développement. Pourtant, selon Makuch, la solution de rechange de créer un plan d'ensemble pour le développement urbain n'en est pas une, même si les valeurs communautaires ou collectives peuvent être comprises dans un tel plan. Ces plans de zonage sont souvent trop rigides et leur mise en oeuvre mine les objectifs précis qu'ils sous-tendent. Quatre facteurs affectent tout vaste concept d'intérêt public en matière de zonage : les décisions d'investissement public, le zonage sectoriel, la rigidité des autorités fédérales ou provinciales et le manque de ressources disponibles au niveau municipal pour autoriser des dépenses pour des agréments sociaux.

À défaut d'autres accommodements d'ordre juridictionnel et juridique, une planification urbaine globale est vouée à l'échec, selon Makuch, même si le résultat du développement désordonné d'une ville ne plaît à personne. Toujours selon lui, le rôle des autorités municipales, en tant que corps législatifs dûment mandatés, investisseurs dans le développement municipal et partie légitime à l'effort de planification, se trouve annihilé autant par le marché (ventes de terrain et développement) que par les décisions prises par d'autres organismes qui n'ont aucun intérêt direct à envisager une perspective quelconque de vie urbaine.

Pour Makuch, le modèle conceptuel liant la législation aux valeurs dans une relation linéaire ou causale est donc déficient pour trois motifs : il néglige la complexité de la réalité institutionnelle (et juridictionnelle) qui entoure les décisions de planification; il ne peut engendrer de politiques qui reflètent un intérêt communautaire ou profitent aux particuliers de façon très indirecte (l'amélioration du voisinage, par exemple, touche les régions adjacentes); enfin, il ne tient pas compte du fait que la planification conventionnelle est fondée sur un type de calcul rationnel différent de celui de la maximalisation de l'intérêt.

### *La relation entre l'État et le droit*

Tel qu'exposé plus haut, les théoriciens du choix public envisagent une relation relativement simple entre l'État (le gouvernement et toutes les institutions et ses branches) et le droit. Pour eux, le droit est un instrument de la politique d'État. Les études de la recherche juridique démontrent que le tableau est bien plus complexe; elles révèlent, plus particulièrement, que l'État remplit une multitude de rôles et répond à une foule

d'attentes qui exigent, tous, des interventions juridiques contradictoires<sup>4</sup>. Les quatre types d'attentes contradictoires que l'on place dans le droit et l'État, et identifiés à travers la recherche juridique, sont énumérés ci-après pour illustrer l'étendue des pressions légitimes qui s'exercent sur l'élaboration de la politique.

**Les objectifs publics face aux objectifs privés des politiques** Dans la recherche juridique, Beck soutient qu'aucun État dans une économie privée ou mixte ne peut agir, pour une durée quelconque, de manière à troubler l'harmonie de ses relations avec le milieu des affaires. Un gouvernement qui ne réussit pas à maintenir un climat propice aux investisseurs ne peut, non plus, prétendre représenter l'intérêt du public. Il n'en demeure pas moins que les intérêts du milieu des affaires (pris comme un tout, un ensemble d'entreprises privées sur le marché) sont déterminés, du moins juridiquement, en ce qui a trait au devoir des entreprises à l'égard de leurs actionnaires. Ce devoir peut fort bien entrer en conflit avec des décisions qui visent à protéger l'intérêt public, par exemple avec le devoir de protéger la santé et la sécurité des travailleurs ou l'environnement. L'État, affirme Beck, se trouve pris dans un conflit entre deux catégories d'intérêt public, tous deux parfaitement légitimes. Toute solution simpliste du conflit qui oppose ces deux intérêts publics est vouée à l'échec; les politiques d'État reflètent fatalement ces deux objectifs contradictoires.

**Les objectifs du gouvernement central** La recherche juridique estime qu'il existe un deuxième conflit entre deux tendances publiques, également légitimes, quant à la conception du gouvernement central. La première défend le besoin d'un noyau solide d'institutions nationales partagées, pour promouvoir l'égalité et le développement social et économique à travers le Canada. La seconde met l'accent sur les besoins régionaux, les revendications provinciales pour traduire les conditions et les aspirations locales. La conciliation des deux concepts de l'État canadien, celui d'un modèle unificateur et celui d'un compromis d'intérêts régionaux, est improbable. Le droit, les politiques et les propositions de réforme traduisent le mouvement de balancier qui oscille entre ces deux tendances de relations nationales-provinciales et les valeurs qui leur sont inhérentes.

**Les nombreux objectifs de tout État, dans tout régime économique** La recherche juridique soutient, en termes plus concrets et plus précis, que l'État est pris dans une multitude de rôles qui supposent nécessairement des actions et des obligations contradictoires. Dans ses recherches en droit du travail, Morin attire l'attention sur la diversité des rôles de l'État et les conflits latents qui les opposent. Il constate que l'État est un arbitre des conflits, tant par le truchement du droit que des politiques qui

visent à les résoudre. L'État agit aussi comme gardien de la paix par le maintien des conditions nécessaires à un développement économique méthodique et à des relations de marché et par la surveillance d'un système de négociation collective. Bien sûr, il est aussi un agent du développement économique par l'octroi de contrats et de subventions ou le lancement de projets de développement économique, comme il est un partenaire nécessaire dans l'effort de régénération de l'économie. De même, par le biais des sociétés d'État, il est propriétaire et gestionnaire de certaines ressources et, du même coup, employeur, producteur et utilisateur de ces mêmes ressources. Enfin, il a des intérêts différents de ceux de ses travailleurs, voire ceux de son public en tant que consommateur, mais il est aussi le représentant légitime de ces intérêts dans différents secteurs de la politique.

Bien que la suppression des rôles multiples de l'État à l'égard des travailleurs et des consommateurs et la limitation de l'activité étatique à quelques tâches apparemment non conflictuelles puissent sembler séduisantes à première vue, la recherche juridique considère ces suggestions naïves, au plan expérimental. La recherche démontre que, concrètement, le choix ne porte pas sur l'identification du rôle légitime de l'État, mais de son rôle légitime dominant. La question est de savoir comment équilibrer les rôles contradictoires dans la conceptualisation des institutions juridiques.

**Objectifs d'intérêt national, économique et propre aux consommateurs** Enfin, la recherche juridique estime qu'il existe un conflit intrinsèque dans les valeurs que l'État, quel qu'il soit, doit enchâsser dans sa politique économique. Il doit, de toute évidence, répondre aux valeurs rattachées à l'intérêt des consommateurs. Cet objectif requiert des politiques qui assurent efficacement à ces derniers des services et des biens, au plus bas prix possible. L'intérêt de l'État dans le développement économique a été également souligné. Il est parfois nécessaire de sacrifier les intérêts des consommateurs (au sens restreint) et les performances à court terme, pour promouvoir des bénéfices à long terme, en développant des technologies à risque élevé ou des régions éloignées, ou encore en s'attaquant aux disparités régionales.

Un « intérêt national », celui de la souveraineté du Canada, est un intérêt différent des deux précédents. Il réside dans les politiques nécessaires pour assurer au gouvernement central et aux gouvernements provinciaux une indépendance d'action et une liberté de choix. Parfois, ces politiques ne peuvent être élaborées qu'au prix de la garantie du meilleur coût possible, pour les consommateurs ou même au prix du développement économique.

Les offices de commercialisation constituent un bon exemple de tentative de conciliation d'objectifs politiques contradictoires. Tout changement ou toute « réforme » des offices de commercialisation

devrait tenir compte de trois types d'intérêt différents : national, économique et propre aux consommateurs.

La recherche juridique estime que toute proposition supposerait un échange dans les choix de valeurs. Elle semble insinuer que le recours à un instrument juridique ou réglementaire pour atteindre un objectif politique n'est pas toujours pertinent, étant donné que les conflits de valeurs que l'État doit subir vont demeurer, quelle que soit la manière dont les politiques sont élaborées et mises en oeuvre.

### *Résumé du deuxième débat*

En somme, la perspective pluraliste de la relation entre le droit et l'État, qui se dégage de la recherche juridique, ne peut donner naissance à un programme de réforme exhaustif ou à une proposition d'action clairement articulée. La recherche n'est pas en mesure d'affirmer laquelle des deux approches, de la judiciaire ou de l'administrative, est meilleure. Elle ne peut affirmer que, dans la plupart des cas, les contrats devraient remplacer la réglementation, ni que n'importe quel nouveau programme ou nouvelle réforme donnerait de meilleurs résultats que le système actuel d'organismes, de tribunaux et de cours. Les études de la recherche juridique frappent par leur absence de solutions radicales ou à longue portée. La recherche démontre plutôt la nécessité d'une action progressive et d'une approche pragmatique du droit, de la réforme juridique et de l'élaboration des lignes de conduite. Elle considère que toute « nouvelle approche » serait simplement le résultat du mouvement du balancier, de la préséance temporaire de certaines priorités sur d'autres. Les chercheurs juridiques prévoient que le balancier se replacera. Les propositions de réforme contenues dans les mémoires s'appuient sur une étude équilibrée de ce que la recherche juridique estime possible en droit. Cette perspective pragmatique n'est pas un engagement philosophique; elle est fondée sur une étude historique et spécifique des différents domaines du droit au Canada.

La solution du choix public exposée ici séduit précisément en ce qu'elle fait « table rase » d'une certaine approche et qu'elle offre une démarche différente vis-à-vis du droit et des lignes de conduite. L'objet tacite de la demande des théoriciens du choix public est que certains choix de valeurs soient établis de façon permanente, afin d'assurer une certaine continuité dans la conceptualisation des institutions et dans l'application du droit. Le défi que ces théoriciens ont à relever face à la recherche juridique ne se rapporte pas nécessairement ou uniquement à l'analyse des valeurs dans la théorie; il ne se rapporte pas davantage à une approche de marché ou de déréglementation. La recherche juridique se demande simplement si le droit et les lignes de conduite peuvent être conçus sur la base d'une hiérarchie unique et immuable de principes dans une démocratie; elle entretient des doutes quant à la possibilité pour n'importe quel ensemble de principes d'aboutir à un soutien public

ou une mise en oeuvre concrète, compte tenu du climat essentiellement complexe et des rôles contradictoires de l'État. Elle suggère une autre approche, sans égard même aux valeurs, options théoriques ou politiques des chercheurs juridiques individuels.

Les Canadiens sont engagés aujourd'hui dans un débat nouveau et critique sur la forme des mesures d'intérêt public. Ce débat ne porte pas vraiment sur la déréglementation, bien qu'il soit souvent décrit de la sorte; il porte plutôt sur la manière d'aborder la relation entre le droit et les valeurs. Ce débat actuel sur les lignes de conduite au Canada a été présenté dans la première partie de la présente étude à travers l'analyse de trois opinions sur la relation entre le droit et les valeurs; les opinions des praticiens chargés d'établir les normes ont été mises en contraste avec les conclusions de la recherche juridique. L'approche adoptée pour une variante de la théorie du choix public a été mise en contraste avec d'autres conclusions de la recherche juridique. Quelle conclusion tirer de ces trois points de vue?

Un processus plus judiciairisé pour la solution des litiges répondrait-il davantage aux besoins du public? Probablement pas, soutient la recherche juridique, puisque, pratiquement, le droit se fonde dans la réglementation et vice versa. Les lois devraient-elles être plus spécifiques et le pouvoir discrétionnaire des tribunaux et des agences plus limité? Ce ne serait qu'au prix de l'élaboration de lois moins adaptées à une société technologiquement complexe ou à une gamme de problèmes sociaux. Existe-t-il une approche à une réforme du droit administratif qui assurerait une plus grande responsabilité aux organismes? Non, chaque approche de réforme vise certains objectifs qui, poursuivis séparément, risquent de saper les valeurs qu'ils sous-tendent. Le choix des consommateurs devrait-il avoir la préséance dans l'élaboration des mesures d'intérêt public? Parfois, pour certains domaines du droit. Mais les aspirations du public dans le droit et la réglementation sont nombreuses et variées, et aucune approche, sensible ou non au marché, ne pourra y répondre, ni satisfaire toute la gamme des demandes au public. Il existe, aux yeux des chercheurs juridiques, des objectifs d'intérêt social et politique qui ne peuvent être atteints dans le cadre d'un système de marché et qui seront perdus si une analyse orientée vers le marché (comme la théorie du choix public) est utilisée exclusivement comme outil d'analyse des mesures d'intérêt public et comme instrument de réforme.

Plus précisément, devrait-il y avoir une réforme de la Cour suprême pour répondre davantage aux attentes ou être plus représentative? Rien ne prouve que la Cour ait agi avec des préjugés en faveur de la représentation des intérêts fédéraux et, en fait, son orientation s'est modifiée pour répondre aux changements du milieu social. Un organisme davantage compétent sur le plan technique et dirigé davantage vers l'administration pourrait être nécessaire, cependant, pour traiter des questions

d'ordre juridictionnel et économique criblées de choix de valeurs politiques, dont la Cour est actuellement saisie.

Quant à la réglementation, dans quelle mesure devrait-elle être réformée ou remplacée par de nouvelles approches? La recherche juridique constate que la réglementation a accompli des réalisations plus importantes qu'on n'est porté à le croire, et que d'autres approches ont aussi d'importantes répercussions d'ordre réglementaire. De même, toute nouvelle approche dans la réalisation des objectifs d'intérêt public demandera, comme la réglementation elle-même, une mise en oeuvre et une application effectives. Il reste que certains chercheurs étudient des solutions de rechange et trouvent quelques-unes d'entre elles intéressantes à tenter. Ils en déduisent, toutefois, que la complexité des institutions juridiques, avec leur mélange d'approches judiciaire et administrative et leurs pouvoirs discrétionnaires généralement vastes, est le produit d'une société elle-même fort complexe et des problèmes qu'elle engendre. La recherche juridique met en garde contre toute approche de réponse simpliste dans l'élaboration des lignes de conduite.

Certaines questions restent ouvertes. En fait, les gouvernements poursuivent, comme il se doit, une gamme d'approches de lignes de conduite destinées à répondre aux différentes attentes de leurs différents publics vis-à-vis du droit. Certaines d'entre elles sont plus indiquées que d'autres pour résoudre certains problèmes; différentes approches reflètent différents choix de valeurs. L'objet de la deuxième section de la présente étude est d'explorer la relation entre certaines approches précises de lignes de conduite, les valeurs que renferme chacune d'elles et les conditions requises dans chaque cas. Le débat sur les lignes de conduite exposé dans la première section n'est plus l'objet de notre attention; l'accent sera mis plutôt sur la manière de concevoir des mesures d'intérêt public adaptées à des besoins publics fort différents.

## **Concept opérationnel de choix de valeurs et de politiques**

Dans la première section de la présente étude, nous avons soutenu que le pluralisme juridique était une réponse gouvernementale appropriée aux attentes de la société face au droit et à la réglementation. De façon générale, les choix qui se présentent à un gouvernement parmi les diverses orientations des lignes de conduite sont bien connus. Ce qui est plus difficile à évaluer, ce sont les valeurs qui sous-tendent les différentes options, ainsi que les conditions qui déterminent l'opportunité de chaque ligne de conduite.

La deuxième section de cette étude vise à mettre en lumière les valeurs sous-jacentes aux différentes options de lignes de conduite. On distingue, d'abord, trois approches du droit et de la réglementation, selon qu'on les considère comme un « filet de sûreté », comme un moyen d'atteindre des objectifs de qualité de vie, ou comme des instruments de

lignes de conduite de redistribution. Une fois décrites les valeurs inhérentes à chacune de ces approches, il est plus facile de juger quelle approche semble appropriée et quelles sont les conditions qu'elle requiert. Nous estimons qu'en fait il est possible d'énumérer ces conditions et de fournir des exemples pour l'application de chacune d'entre elles.

Une autre distinction s'impose parmi les approches du droit et de la réglementation. Toute une variété d'instruments de lignes de conduite gouvernementales est disponible, particulièrement en ce qui a trait à la redistribution des ressources. On peut, par exemple, atteindre les mêmes objectifs juridiques ou réglementaires, aussi bien à l'aide de la réglementation gouvernementale qu'à l'aide de programmes de subventions. Chaque option repose toutefois, sur un choix de valeurs. La possibilité de différencier les options d'action réglementaire en termes de messages symboliques et de valeurs véhiculées par chacun permet aux responsables des lignes de conduite de faire des choix éclairés quant au moment opportun pour substituer une approche à une autre, comme par exemple, pour remplacer la réglementation gouvernementale par des subventions.

Une dernière remarque s'impose pour compléter cette introduction. La classification des approches selon le rôle attribué au droit (« filet de sûreté », agent de « qualité de vie » ou agent de redistribution) peut sembler quelque peu artificielle à première vue. Toutes les lois créent des « filets de sûreté », touchent d'une certaine manière la « qualité de vie » et comportent des facteurs de redistribution. La perception de chacun de ces aspects du droit comme des caractéristiques des différentes approches du droit et de la réglementation est, toutefois, plus qu'un concept euristique. Une loi qui vise essentiellement à créer un « filet de sûreté » différera d'une loi dont le but principal est de répondre à des critères de qualité de vie, ou d'une autre conçue pour redistribuer les ressources. En mettant l'accent sur les diverses approches d'élaboration des lois, on peut faire ressortir les options de valeurs et de politiques qui découlent du fait de privilégier un aspect du droit par rapport à un autre.

### *L'approche du « filet de sûreté »*

La première approche du droit et de la réglementation abordée ici se caractérise surtout par leur description comme « filet de sûreté ». Ce terme comporte toutefois plusieurs significations. Par exemple, les hygiénistes industriels cités plus haut considéraient que les recours juridiques pourraient protéger leur intégrité professionnelle, que la loi constituait un filet de sûreté de dernier ressort. Une perspective plus courante consiste à considérer toute action gouvernementale comme un filet de sûreté, en autant qu'elle protège les particuliers contre les abus

du marché, des relations sociales ou familiales, ou même du gouvernement lui-même. Vu sous cet angle général, ce qui est alors important de déterminer dans le débat sur les lignes de conduite, c'est la dimension de la marge de sécurité à attribuer à chaque filet de sûreté. Plusieurs soutiennent, par exemple, que les gouvernements devraient garantir le maximum de protection possible, le filet de sûreté le plus large possible, pour tous les citoyens en tout temps.

Une troisième perspective de cette fonction protectrice du droit et des règlements s'inspire du cœur du débat sur la réglementation et de la documentation classique<sup>5</sup>. Les défenseurs de ce point de vue insistent sur la nature potentiellement coercitive des lois et des règlements et soutiennent qu'il est préférable de laisser les relations sociales et celles du marché libres d'intervention gouvernementale. Puisque la dynamique du marché engendre ses propres problèmes et que les relations sociales particulières se marginalisent sérieusement, le but d'un filet de sûreté réglementaire est d'assurer, non seulement que le marché fonctionne comme il se doit, mais aussi que les gouvernements et les forces économiques prennent un visage humain.

Cette troisième fonction protectrice du droit et de la réglementation renvoie, dans la littérature technique, à des termes tels que « risque », « compensation » et « mitigation ». Le risque est une évaluation du dommage éventuel; la compensation et la mitigation sont des mesures prises pour réduire le risque. La fonction du processus réglementaire, selon cette troisième perspective du droit en tant que filet de sûreté, est d'évaluer le degré de risque et de définir des mesures de compensation et de mitigation appropriées pour faire face à ce risque. Dans la mesure du possible, l'intervention du gouvernement est restreinte au minimum. Dans chaque estimation de risque, on considère sa gravité; mais la gravité de tout risque est déterminée par rapport aux autres risques et aux coûts et bénéfices des diverses propositions visant à le réduire.

### *Considérations sur les valeurs*

L'approche du filet de sûreté est bien connue de tous ceux qui participent au débat sur la réglementation, de sorte que ses postulats de valeurs passent facilement inaperçus; il y a lieu de les exposer ci-après.

Premièrement, selon toute approche axée sur le risque, la réglementation du gouvernement ou la création d'un filet de sûreté repose sur une évaluation comparative du dommage encouru et du coût relié à la réaction de la population. Dans une réglementation de ce type, les gouvernements cessent d'agir d'une manière essentiellement préventive, mais soupèsent chacune de leurs interventions éventuelles par rapport à d'autres, qui imposent aussi des coûts à la population ou à l'industrie. Les études effectuées pour appuyer la réglementation du type « filet de sûreté » ont permis d'analyser divers facteurs qui favorisent ou restreignent l'action gouvernementale. Avant de se prononcer

sur la création ou le renforcement d'un filet de sûreté, il faut répondre à certaines questions sur l'importance du préjudice, le consentement du public à le subir, la mesure dans laquelle il est assumé volontairement, les coûts causés à l'industrie par une action plus poussée et les bénéfices relatifs d'une action par rapport à une autre.

Deuxièmement, selon l'approche du filet de sûreté, les valeurs économiques ont préséance sur les valeurs sociales. Dans une évaluation de risque, l'accent est mis sur les coûts et les bénéfices. Le débat sur les avantages sociaux qui pourrait résulter d'une intervention gouvernementale est englobé dans un débat plus général sur la façon de conserver des emplois ou de maintenir une économie productive. Même dans un débat sur un règlement portant sur la santé et la sécurité, on tient compte du coût des accidents et des maladies; des questions sont soulevées quant aux effets de la réglementation sur la dynamique des marchés.

Troisièmement, dans une approche « filet de sûreté », les négociations menées par les groupes d'intérêt deviennent des outils essentiels pour déterminer quand, et dans quelle mesure, un filet de sûreté est nécessaire. Même dans les calculs scientifiques qui accompagnent souvent une « évaluation de risque », un équilibre d'intérêts est établi, et divers groupes peuvent participer à la négociation d'une norme à appliquer, pour aboutir à une entente quant à un niveau de sûreté approprié.

Enfin, bien que, théoriquement, on puisse aborder n'importe quel risque sous l'angle du filet de sûreté, peu de risques sont, en fait, réceptifs à cette approche. On peut, par exemple, l'utiliser pour traiter des perturbations du marché ou des abus du monopole dans certains marchés précis. En pratique, c'est dans les domaines traditionnellement perçus comme faisant partie de la réglementation sociale que l'approche axée sur le risque s'est développée<sup>6</sup>. Une grande partie des problèmes d'environnement, de santé et de sécurité sont maintenant analysés sous cet angle, mais d'autres questions qui se prêtent également à ce type d'analyse ne le sont pas.

### *Conditions requises*

Un certain nombre de conditions peuvent être relevées pour une utilisation efficace de l'approche du filet de sûreté en matière de droit et de réglementation.

**Un risque acceptable sur le plan de l'éthique** L'approche du filet de sûreté n'est efficace que lorsque les risques considérés sont acceptables sur le plan de l'éthique. Comme elle suppose une comparaison de risques, elle devient inutile lorsque ceux-ci sont inacceptables, quel que soit le coût des mesures visant à les réduire. Par exemple, à Bhopal, où une fuite de substances chimiques d'usine a provoqué plusieurs pertes de vies humaines, une approche axée sur le risque serait considérée aujourd'hui inacceptable sur le plan de l'éthique.

**Des moyens efficaces de mise en oeuvre et d'application** Puisque l'approche du filet de sûreté exige une négociation de groupes d'intérêt, elle se prête à une forme d'autoréglementation. À moins qu'il n'existe des mécanismes pour mettre en vigueur des mesures d'autoréglementation, ce système devient une forme de non-réglementation. Par exemple, une compagnie peut, à la suite d'une évaluation de risque, recevoir un permis pour construire un oléoduc et s'engager, parallèlement, à mettre sur pied des programmes de mise en valeur de la faune pour compenser le dommage susceptible d'être causé à l'environnement. Faute de moyens permettant d'assurer la mise en oeuvre de ces programmes et d'en surveiller l'application, la compagnie peut demeurer passive. Mais la conformité au permis, après coup, une fois l'oléoduc construit et le dommage causé, n'est pas facile à assurer.

**Une identification de tous les groupes d'intérêt concernés** Cette condition est nécessaire, puisque l'approche du filet de sûreté suppose une négociation de groupes d'intérêt. L'évaluation du risque et des coûts et bénéfices dépend souvent d'une participation totale de toutes les parties concernées par n'importe quelle décision. Une approche « filet de sûreté » nécessitera souvent le financement de quelques groupes d'intérêt pour s'assurer de leur participation. Par exemple, les personnes défavorisées, les groupes autochtones, les communautés locales et les petits groupes d'intérêt particuliers ont peu de chances de participer à une évaluation de risque, à moins que leur participation ne soit cautionnée. Or, sans leur participation, on n'est en mesure d'estimer ni les risques ni les bénéfices des projets proposés.

**Un processus de négociation équitable et une approche d'arbitrage en cas de différends** Cette condition signifie souvent la création d'un organisme administratif pour surveiller les négociations entre les parties intéressées, pour s'assurer que le pouvoir relatif d'un groupe n'influence pas le processus de façon inéquitable, et pour régler les différends. Par exemple, les relations de travail, qui entraînent des négociations de groupes d'intérêt, nécessitent un soutien administratif consistant de la part du gouvernement. De même, les décisions économiques ayant des répercussions sur l'environnement sont prises sur les recommandations d'une enquête gouvernementale, même lorsque le gouvernement est un intervenant relativement secondaire dans la décision finale. Sa participation est considérée nécessaire pour garantir l'équité du processus de négociation.

**Une orientation commune de la gestion des ressources** On se sert de l'approche du filet de sûreté lorsque la décision à prendre constitue la meilleure utilisation d'une ressource commune. Dans une telle situation, toutes les parties concernées sont considérées intéressées à une

bonne gestion de la ressource en question et sont incitées à négocier avec d'autres. Il existe des situations où une orientation commune se révèle inappropriée. C'est le cas, par exemple, lorsque les risques se répartissent inégalement entre des groupes culturels distincts et socialement défavorisés, ou lorsque les groupes engagés dans la négociation ne sont pas tous aussi motivés à négocier de bonne foi. Tous les groupes n'ont pas quelque chose en commun à protéger en plus de leurs intérêts divergents. Prenons, par exemple, la ressource commune qu'est l'environnement; tous ceux qui participent à une étude sur l'environnement ont intérêt à le protéger. Une approche de gestion de ressource commune est alors utile, car il s'agit de décider comment gérer au mieux l'environnement du point de vue de tous les groupes intéressés.

Par contre, l'identité culturelle des peuples autochtones et leur souveraineté territoriale (comme faisant partie de cette identité) ne constituent pas une ressource commune. Le marchandage, ou une négociation de groupes d'intérêt, peut s'avérer nécessaire, alors qu'une orientation commune n'est pas l'approche appropriée. Certaines parties intéressées à la gestion des ressources n'ont aucun intérêt commun dans les décisions finales visant à assurer la survie culturelle des peuples autochtones.

**La compatibilité de l'intérêt public et des objectifs privés** Dans une approche de type « filet de sûreté », on suppose que les parties intéressées négocieront un accord pour la gestion d'une ressource qui soit aussi dans l'intérêt général du public. Lorsque l'intérêt commun ou collectif ne peut être adéquatement représenté dans une négociation de groupes d'intérêt ou lorsque les objectifs publics et les objectifs privés sont incompatibles, une approche de « filet de sûreté » a peu de chances de servir l'intérêt public avec efficacité. Par exemple, il est peu probable qu'une négociation de groupes d'intérêt sur la proposition d'un emplacement pour les déchets nucléaires donne des résultats satisfaisants, l'intérêt à protéger étant collectif et à long terme, alors que les parties à la négociation ont toutes des intérêts personnels et immédiats.

*Applications et difficultés de l'approche du filet de sûreté*  
Weiler soutient que le processus de négociation collective constitue un bon exemple de droit et de réglementation efficaces, du type « filet de sûreté ». Quelles que soient leurs divergences, travailleurs, gouvernement et patronat partagent le même but, celui de prévenir les arrêts de travail inutiles et de favoriser une main-d'oeuvre stable et productive. La ressource à gérer, dans ce cas, est la main-d'oeuvre elle-même. Les parties intéressées peuvent être, et sont effectivement, représentées au moyen du processus de négociation. L'équité des négociations est garantie par la législation du travail et les commissions de travail de chaque juridiction qui dirigent, au besoin, des études sur les règlements. Cette législation et l'action de ces commissions assurent également la

mise en oeuvre et contrôlent l'application des décisions adoptées au terme de la négociation.

Les nouveaux processus d'étude de l'environnement, mis sur pied par le gouvernement fédéral et la plupart des provinces au cours de la dernière décennie, sont également des exemples d'application relativement réussie de l'approche du « filet de sûreté ». Ces processus sont orientés vers la gestion d'une ressource, l'environnement. Le gouvernement, l'industrie et les membres du public sont censés avoir un intérêt dans un environnement bien géré et développé. Aussi sont-ils animés par les mêmes motifs pour négocier les mêmes points. Bien que certains de ces groupes aient beaucoup moins de pouvoir que les autres dans ce processus, les procédures adoptées lors des débats, comme le financement des intervenants, permettent généralement de déterminer adéquatement les risques et les coûts et bénéfiques. Il y a lieu de noter, cependant, que le processus d'étude de l'environnement s'arrête lorsqu'il y a absence de consensus public sur l'acceptation, au plan de l'éthique, des risques encourus dans un projet quelconque proposé.

Comme nous l'avons signalé plus haut, une approche de « filet de sûreté » suppose souvent, mais pas nécessairement, une certaine forme d'autoréglementation; elle peut donc prévoir de s'en remettre aux parties pour parvenir à un accord. Le processus de négociation de groupes d'intérêt, qui accompagne une évaluation de risque dans une approche de « filet de sûreté », facilite ce marchandage entre les parties intéressées. Comme dans la négociation des relations de travail, il peut aboutir à des contrats ou à des accords qui ne comportent pas, dans un premier temps, une réglementation gouvernementale. L'intervention du gouvernement est limitée, dans ce cas, au règlement des conflits entre les parties, à un arrêt des négociations et au contrôle de l'exécution des contrats si nécessaire.

Dans certains cas, cette approche d'autoréglementation ne donne pas de bons résultats. Premièrement, comme le suggère Morin, le processus de négociation des relations de travail a revêtu un intérêt public qui transcende les intérêts des parties. Selon lui, ce qui a commencé comme un processus privé de négociation, comporte nécessairement maintenant une plus grande participation gouvernementale, à tel point que, dans certaines situations, le gouvernement peut intervenir pour obliger ces parties à négocier ou à conclure un accord entre elles. Dans ces conditions, qualifier la négociation collective d'autoréglementation plutôt que de réglementation gouvernementale, ne fait que décrire certains aspects du processus. Une approche de « filet de sûreté » n'aboutirait pas à des décisions visant à protéger les intérêts plus généraux du public, même si les relations employeurs-employés étaient régies normalement par un processus de négociation.

Deuxièmement, la thèse en faveur de l'approche du « filet de sûreté » s'étend actuellement à la fois au domaine de la réglementation de la santé

et de la sécurité et celui de la protection de l'environnement. Une fois de plus, dans ces domaines du droit, l'approche risque de soulever des difficultés. Les arguments fournis en sa faveur sont généralement exposés en termes négatifs. On signale, par exemple, que la réglementation gouvernementale coûte trop cher, que, souvent, elle n'est pas applicable ou pas appliquée, compte tenu des ressources dont disposent les responsables des règlements. On critique aussi le processus d'évaluation pour élaborer les règlements, comme n'étant pas à l'écoute des besoins des divers groupes d'intérêt, et ne répondant pas aux nouvelles données scientifiques.

On a suggéré qu'une approche de « filet de sûreté », éventuellement combinée à un processus semblable à celui de la négociation collective entre les parties intéressées, serait indiquée pour faire face aux problèmes actuels relatifs à la réglementation gouvernementale. Selon les tenants de l'approche et de la négociation, il faudrait prendre les mesures suivantes :

- intégrer la négociation scientifique et celle des groupes d'intérêt en un processus unique;
- utiliser une méthodologie (l'« évaluation de risque ») pouvant se justifier par son caractère scientifique;
- laisser les parties intéressées négocier un compromis sans l'intervention du gouvernement (ou avec son intervention comme simple partie intéressée);
- utiliser les contrats comme moyen d'aboutir à un accord; et
- recourir aux tribunaux pour s'assurer de l'exécution des dispositions du contrat<sup>7</sup>.

Dans l'évaluation des propositions visant à relier la réglementation du type « filet de sûreté » et la négociation en un seul processus, il faut tenir compte de certaines caractéristiques propres à la santé et la sécurité et à l'environnement. Plusieurs facteurs conjugués permettent de douter de l'efficacité de l'approche pour régler ces questions.

Il faut remarquer, par exemple, que n'importe quel contrat négocié au cours d'un processus de négociation et touchant à la santé et à la sécurité des travailleurs devrait reposer sur des normes de santé et de sécurité connues, jugées applicables au moment du contrat et acceptées par les parties. Lorsque les normes de santé et de sécurité évoluent en fonction de nouvelles données scientifiques, il est difficile d'adapter des contrats à ces changements. De nouvelles données ne peuvent être incluses dans un contrat négocié antérieurement, pas plus qu'un contrat ne peut tenir compte des éléments de connaissance qui s'ajoutent en matière de santé et de sécurité au travail. Par conséquent, les nouvelles données ne se traduiront pas par une protection accrue au travailleur, à moins, évidemment, que les contrats aient été renégociés. Lorsqu'un contrat n'est plus adapté aux normes en évolution, c'est la santé des travailleurs qui en

souffre. Dans ces conditions, une approche de « filet de sûreté » comportant des contrats mine les droits à un environnement sain acquis par les travailleurs. De plus, ces derniers auraient de la difficulté à forcer la renégociation d'un contrat chaque fois qu'une nouvelle donnée scientifique justifie, à leurs yeux, une norme différente de sécurité, pour deux raisons. Premièrement, ce qui est négocié normalement dans un contrat dépasse les questions de santé et de sécurité. Deuxièmement, les travailleurs ont généralement un accès plus limité que leurs employeurs aux données nouvelles et pertinentes sur la santé et la sécurité. En général, les tests scientifiques sur lesquels sont fondées les nouvelles normes sont effectués uniquement par l'industrie. Ils ne sont rendus publics que si des règlements l'exigent.

Des problèmes semblables surgissent lorsqu'on applique une approche « filet de sûreté-contrat » à des questions d'environnement. Dans ce cas également, on ne peut identifier toutes les parties intéressées et les faire participer à une négociation ou à un contrat. Presqu'inévitablement, l'intervention du gouvernement est requise, en tant que partie contractuelle, afin d'assurer le respect des intérêts à long terme et plus généraux du public. Mais les gouvernements ont toujours plus d'un intérêt à protéger, puisque les projets qui mettent en danger l'environnement procurent aussi de l'emploi. Un point plus important à relever, peut-être, est que l'exécution d'un contrat requiert au moins autant de volonté politique (et de ressources gouvernementales) que l'exécution des règlements gouvernementaux. Une approche « filet de sûreté-contrat », pour s'assurer que les règlements peuvent s'appliquer, risque de produire des résultats opposés.

Des solutions de rechange à la réglementation, qui se servent d'une approche de « filet de sûreté » et comportent des contrats entre les parties intéressées, ne peuvent donc donner de meilleurs résultats que lorsque les questions peuvent être négociées équitablement au moment du contrat. Une approche de « filet de sûreté » comportant négociation et contrats est une solution de rechange utile à la réglementation gouvernementale lorsque les parties qui négocient sont presque à égalité pour réouvrir les négociations et accéder à l'information. On peut recourir efficacement aux contrats quand toutes les parties contractantes ont les moyens de recourir aux tribunaux pour faire respecter les ententes conclues. Dans les problèmes touchant les consommateurs ou les questions de santé et de sécurité des travailleurs, ces conditions se retrouvent rarement. D'autres approches du droit et de la réglementation sont alors nécessaires.

### *L'approche de la qualité de vie*

Paradoxalement, une approche de « filet de sûreté » n'est pas adéquate pour traiter des problèmes de consommateurs, car ces problèmes résul-

tent souvent de distorsions et de défaillances du marché. Comme le suggère Belobaba, un faible consensus public existe sur la nature de la protection que les consommateurs devraient recevoir. Même si des lois bien conçues sont théoriquement en vigueur, la mise en oeuvre du droit de la protection des consommateurs demeure, selon lui, déficiente. Les parties intéressées peuvent rarement négocier pour leur propre compte. La recherche juridique conclut que le « filet de sûreté » juridique et réglementaire, en vigueur depuis 1970, n'a pas réussi à créer les protections que la plupart des consommateurs considèrent opportunes.

Une autre approche du droit et de la réglementation pourrait se révéler plus satisfaisante que celle du « filet de sûreté ». Elle peut s'appeler approche de la « qualité de vie », puisqu'elle repose sur l'utilisation de la loi et des règlements pour produire des avantages sociaux positifs qui reflètent des valeurs sociales supérieures. Les valeurs de qualité de vie sont celles qui ne se prêtent pas à la négociation des groupes d'intérêt. Ce sont des valeurs qu'il est peu probable de concrétiser, même dans le système de marché le plus efficace. La radiodiffusion publique est un exemple de service mis sur pied pour répondre à ces objectifs de qualité de vie.

Les tenants de l'approche de la qualité de vie s'appuient en partie sur la recherche de Belobaba sur le droit de la protection des consommateurs. Cet auteur soutient que ce qui est en cause dans le droit, ce ne sont pas les nombreuses injustices mineures commises sur le marché, c'est la qualité de vie dont jouissent, ou plutôt ne jouissent pas, les consommateurs, à la suite de leurs transactions. À ces petites injustices vient s'ajouter la difficulté que les consommateurs éprouvent également à obtenir gain de cause devant les tribunaux pour des plaintes plus importantes. Ils en viennent alors à perdre confiance dans le système judiciaire et ses institutions. Un cynisme tenace s'installe, atteignant le droit et les tribunaux, les institutions gouvernementales et même le marché. Le cynisme, selon Belobaba, affecte indéniablement la qualité de vie.

Selon l'approche de la qualité de vie, l'État est un instrument de la volonté de ses divers publics et non une force coercitive. Il reflète donc des valeurs et des actes sociaux légitimes, directement, autant que par réaction, afin d'assurer que les valeurs soient traduites dans des programmes, des lois, des règlements et des lignes de conduite. Si l'on applique l'approche de la qualité de vie au droit et à la réglementation, on peut tenir compte des coûts et bénéfices; mais les décisions à prendre reflètent avant tout des choix de valeurs, et non une évaluation technique des coûts et bénéfices. Il peut arriver que les décisions soient prises en dépit des coûts encourus. La question de savoir qui est fautif, normalement résolue dans un processus judiciaire, peut ne plus être pertinente dans une approche de qualité de vie appliquée correctement. La législation sur la sécurité sociale, le droit de la famille, une partie du droit de l'environnement et la réglementation des drogues potentiellement

dangereuses sont autant d'exemples d'application de l'approche de la qualité de vie.

### *Considérations sur les valeurs*

Dans une approche de la qualité de vie, l'adoption de mesures tant juridiques que réglementaires doit assurer la mise en oeuvre d'objectifs déterminés par le législateur. Il faut d'abord évaluer non pas les coûts et les retombées d'une réglementation particulière, ni les risques qu'elle entraîne, mais plutôt les valeurs que les lois particulières devraient refléter, les objectifs que doit viser une mesure juridique ou gouvernementale. Il faut d'abord dégager les grandes lignes du débat sur les valeurs, dans le cadre duquel toute législation ou réglementation particulière sera promulguée. Ce qu'il faut déterminer dans le débat sur les lignes de conduite, dans cette approche, c'est ce qui devrait être fait. Les questions relatives à la structure des corps juridiques ou réglementaires ou à l'impact de règlements précis ont leur importance, mais à titre secondaire seulement.

Les approches du « filet de sûreté » et de la qualité de vie ne reposent pas sur les mêmes postulats quant aux rapports entre le droit et les valeurs (et les résultats de l'action gouvernementale). Le changement social, notamment, est abordé différemment d'une approche à l'autre. La différence est difficile à saisir, mais elle a son importance. En développant un « filet de sûreté », les changements (y compris les initiatives gouvernementales) sont considérés cumulatifs, et chaque mesure réglementaire doit être analysée séparément pour en déterminer l'impact. Dans une approche de la qualité de vie, par contre, les changements sociaux ne sont pas cumulatifs et, pour être efficaces, les lignes de conduite du gouvernement doivent s'exercer dans une perspective à long terme.

Un exemple facilitera la compréhension de ce qui précède; prenons le domaine de la réglementation sur l'environnement. Supposons qu'une compagnie hydro-électrique veuille dresser un nouveau poteau pour offrir un meilleur service d'électricité à une collectivité semi-rurale. L'érection d'un seul poteau n'est pas susceptible d'affecter la valeur panoramique du paysage (bien qu'un ensemble de ces poteaux ou les câbles aériens qu'ils supportent pourraient l'être). La collectivité proteste, pourtant. La valeur panoramique du paysage est au coeur de la polémique, et le point de vue de la collectivité apparaît, à première vue, excessif par rapport à l'importance du dommage causé.

Comment les protestataires peuvent-ils justifier leurs craintes? Leur réponse est simple. Ils considèrent qu'il est impossible de mesurer les conséquences d'une action isolée ou de déterminer le facteur qui modifie la valeur panoramique du paysage, si c'est le poteau électrique ou si ce sont les décisions qui suivent logiquement sa construction. Ils pourraient établir un parallèle avec d'autres types de décisions. Par exemple,

une simple décision de zonage ne modifie pas un quartier en particulier, mais il est raisonnable de croire qu'elle affecte le caractère du quartier, les valeurs de ses propriétés ou encore le paysage urbain dans son ensemble. Une unité supplémentaire de pollution entraîne rarement un changement important dans le niveau de dégradation de l'environnement. La décision de se lancer dans l'exploration minière de l'uranium, ne fait pas, en elle-même, de la Colombie-Britannique ou de la Saskatchewan des provinces engagées dans le club nucléaire. À un certain point, cependant, les protestataires allèguent, à juste titre, qu'un quartier a été modifié, qu'un ruisseau a été pollué, que le panorama a, pour le moins, perdu de son intérêt et que l'image du Canada au sein de la communauté internationale a été affectée.

L'approche de la qualité de vie repose, donc, sur l'hypothèse que la plupart des changements communautaires ne sont pas cumulatifs et qu'on ne peut les mesurer en appliquant la formule économique « coût marginal égale bénéfice marginal ». La moindre décision doit être traitée comme si elle avait des effets importants, car il est impossible de déterminer parmi de nombreuses décisions, apparemment anodines, laquelle représente un point critique pour le maintien de certaines valeurs sociales. Selon l'approche de la qualité de vie, les droits communautaires et collectifs, bien que dérivés et difficiles à cerner, sont légitimes, même s'il ne sont représentés par aucun groupe d'intérêt dans le processus d'évaluation. L'action gouvernementale est, au moins en partie, pro-active, et dans sa planification, elle devrait tenir compte des considérations à long terme, même au prix de l'inefficacité temporaire de certains marchés.

### *Conditions requises*

Comme les approches de « filet de sûreté », l'approche de la qualité de vie n'est efficace qu'à certaines conditions. Nous pouvons les énumérer comme suit.

**Un consensus sur les valeurs** L'approche de la qualité de vie donne de meilleurs résultats dans le cadre d'un large consensus sur les valeurs sociales supérieures à protéger dans les lois et les règlements, ou lorsque le débat sur les valeurs peut être résolu dans un délai raisonnable. Par exemple, l'universalité et la télévision publique sont des questions de qualité de vie qui peuvent s'inscrire dans l'élaboration de lignes de conduite; l'avortement, par contre, en est une qui ne se prête pas à un débat sur les valeurs en vue d'une ligne de conduite, l'opinion étant trop polarisée pour qu'un compromis soit possible.

**Un processus législatif** L'approche de la qualité de vie requiert un processus législatif ouvert au public, de façon à ce que l'on puisse déterminer les valeurs à formuler dans les lois et les règlements. Par

exemple, la variable principale d'une approche de qualité de vie est l'ouverture, puisque le débat sur les valeurs doit se dérouler sur la place publique, mais se traduire dans une politique. Les consultations en vase clos, même entre plusieurs intervenants, ont peu de chances de produire des politiques de qualité de vie acceptables.

**Une planification à long terme** L'approche de la qualité de vie exige une certaine planification et la conception d'une stratégie à long terme si l'on veut réaliser de grands objectifs sociaux. Il faut attendre que les changements de valeurs soient réalisés avant de prendre des décisions précises. Un vaste mandat législatif et une approche d'élaboration des règles semblent indispensables. La politique de radiodiffusion MF est un exemple de cette approche; la décision d'accorder des licences à des opérateurs de télévision payante en est l'exemple contraire.

**Des mesures de responsabilités** Étant donné la difficulté d'évaluer les problèmes de qualité de vie ou de les évaluer en termes très techniques, les tribunaux ou les organismes doivent bénéficier d'un grand pouvoir discrétionnaire dans l'analyse des cas particuliers; leur autorité doit, toutefois, être freinée par des mesures qui garantissent leur responsabilité. Par exemple, pour agir de façon autonome et éclairée, ils doivent avoir leurs propres experts. Mais, comme le souligne Mullan, les organismes importants, dotés d'un personnel très spécialisé, ont besoin d'une série de contrôles et de compensations pour garantir leurs responsabilités.

**Une évaluation représentative** Dans une approche de qualité de vie, l'évaluation réalisée pour élaborer une politique doit regrouper une grande variété d'opinions. Il ne suffit pas d'octroyer un statut aux intérêts les plus forts ou les mieux représentés. Une bonne option de valeurs n'est pas nécessairement une décision populaire, ni une décision qui est populaire auprès des groupes d'intérêts les plus puissants. Par exemple, le marché ne fournit, tout au plus, qu'une seule indication de valeurs de qualité de vie à mettre en oeuvre dans une ligne de conduite. Un particulier peut soulever, et soulève souvent, des questions importantes quant à une décision, sans se soucier si elle est représentative de l'opinion publique dans son ensemble.

**Un ensemble de mécanismes de mise en oeuvre** Dans une approche de qualité de vie, on a généralement recours à une variété d'instruments juridiques et réglementaires (tribunaux, procédures de médiation, techniques de conciliation, procédures d'arbitrage et consultation) généralement requis pour satisfaire aux objectifs législatifs. Un bon dosage d'initiatives proactives et d'initiatives réglementaires est nécessaire. Par exemple, dans le domaine du droit de la famille, diverses approches

judiciaires sont combinées avec des mesures administratives et des tentatives de conciliation et de médiation pour obtenir un bon niveau de qualité de vie.

### **Applications de l'approche de la qualité de vie**

On se sert de l'approche de la qualité de vie lorsque le droit et la réglementation visent la réalisation de certaines valeurs sociales. La *Loi sur la radiodiffusion* est un bon exemple de législation fondée sur cette approche; mais le droit de la famille, celui de la sécurité sociale et celui de l'immigration en constituent d'autres, dans la mesure où chacun d'eux énonce des valeurs sociales particulières à réaliser, à l'aide de la législation et de la réglementation. Les difficultés d'élaboration et de mise en oeuvre de ce genre d'approches surgissent lorsqu'il y a conflit de valeurs entre des groupes recherchant des types différents de législation, ou à l'intérieur même du cadre législatif. Des conflits de juridiction troublent également le débat sur les valeurs lorsque l'identification du palier de gouvernement approprié pour l'élaboration et la mise en oeuvre des objectifs de qualité de vie n'est pas claire.

Il est bon d'examiner ici la façon dont les recherchistes juridiques conçoivent le traitement des conflits de valeurs. Dans leurs études sur le droit de la famille, Payne et Mossman l'envisagent tous deux dans un cadre législatif. Selon eux, la première étape dans le règlement des conflits consiste à les rendre explicites afin de faciliter la réévaluation des valeurs que le droit et la réglementation devraient refléter. Cette réévaluation oblige souvent le public et les responsables des lignes de conduite à dépasser la simple évaluation du droit et de la réglementation. Il peut s'avérer nécessaire, en effet, de considérer des initiatives sociales et gouvernementales d'envergure pour atteindre des objectifs de qualité de vie. Mais Mossman prétend qu'il est possible de développer une législation cohérente (règles, règlements et décisions judiciaires) en matière de droit de la famille, qui tende à promouvoir l'égalité socio-économique entre hommes et femmes. Payne, de son côté, soutient qu'il peut être nécessaire de moins miser sur le droit et la réglementation pour résoudre les problèmes de qualité de vie découlant des dissolutions de mariage, étant donné les nombreuses réclamations concurrentes pour les ressources de l'État.

Dans leur analyse du rôle de la Cour suprême sur les questions de juridiction, Monahan et Tremblay abordent d'autres types de problèmes reliés à l'approche de la qualité de vie, en matière de droit et de réglementation. Ils relèvent, tous deux, que la Cour a suivi des principes différents à différentes occasions. Tantôt, elle cherchait à appliquer une solution qu'un profane qualifierait de « légaliste », en essayant de tracer, entre les deux paliers de gouvernements, des frontières de juridiction

strictes, sur des questions précises. Tantôt, elle agissait de façon plus pragmatique, reconnaissant la nature complexe des points à déterminer et la nécessité d'une collaboration active entre le gouvernement fédéral et les provinces dans l'élaboration des lignes de conduite. Monahan et Tremblay privilégient tous deux l'approche plus pragmatique qui, selon eux, reflète mieux le processus politique canadien et la complexité des enjeux. Tremblay fait remarquer, cependant, que cette approche a été entravée par le fait que la Cour suprême ne peut exprimer ses idées qu'en réponse aux cas qui lui sont soumis. Et Monahan d'ajouter que certaines questions exigent, non seulement une coordination pragmatique de juridiction, mais aussi des niveaux importants d'expertises technique et économique. Selon lui, un organisme à caractère plus administratif que celui de la Cour suprême (ou celui qu'elle devrait avoir) devrait combiner l'expertise technique requise et une approche pragmatique dans l'attribution des responsabilités juridictionnelles, du moins pour les questions économiques pour lesquelles un choix utilitaire plutôt qu'un choix de valeurs s'impose.

Enfin, un certain nombre de commentateurs ont également souligné les difficultés de mise en oeuvre et d'application des lois et des règlements sur la qualité de vie. Emond, entre autres, estime que la structure incitative des sociétés réglementées encourage peu à l'observance des règlements, qui semblent répondre à des objectifs sociaux et comporter des coûts importants à l'industrie. Les organismes de réglementation, notamment, sont souvent décrits comme inflexibles et inefficaces. Différents chercheurs ont proposé des solutions de rechange à la réglementation. Chacune de ces solutions tend à concilier les objectifs du droit et de la réglementation et les types de décisions que prennent les sociétés. Emond fait état d'une proposition qui prône le versement de primes aux compagnies qui se conforment à la loi. Il émet toutefois des réserves sur la moralité d'une proposition qui consiste à rémunérer une personne ou une compagnie pour avoir respecté la loi. Il propose, plutôt, certaines mesures pour accroître le prix de la dérogation à la loi et favoriser des initiatives positives en vue d'une meilleure qualité de vie. Des propositions, telles que les frais de lutte contre la pollution, de même que les mesures fiscales incitatives pour le développement des ressources frontalières ou pour les investissements effectués au Canada par les firmes multinationales dans la recherche et le développement, tombent dans cette dernière catégorie de solutions de rechange.

Comme le fait remarquer Emond, il est trop tôt pour apprécier la valeur de ces nouvelles propositions, car peu d'entre elles ont été vraiment testées. Tous les chercheurs juridiques s'accordent à reconnaître que même ces options, apparemment non réglementaires et visant des objectifs de qualité de vie, exigent une certaine forme d'évaluation (quant au montant à payer, aux mesures incitatives appropriées, à la

somme devant être déboursée par les quartiers, à la quantité de pollution produite) et certains mécanismes de mise en oeuvre et d'application efficaces.

### *L'approche de la redistribution*

Au Canada, l'approche conventionnelle du droit et de la réglementation est de les concevoir comme des facteurs de distribution équitable des ressources. Toujours sur le plan conventionnel, le débat sur la politique s'est porté sur l'identification de l'objectif de redistribution qui devrait avoir préséance à un moment donné. Divers programmes ont été lancés à différents moments pour traiter, par exemple, des disparités : disparités entre les régions, les riches et les pauvres, les régions rurales et les régions urbaines, aux plans social et économique, aux niveaux de la langue et de la culture, etc. Tantôt, l'action du gouvernement est essentiellement législative, tantôt la réglementation est réalisée par le truchement d'organismes et de tribunaux. Parfois, l'action du gouvernement prend la forme de subventions et de programmes spéciaux, parfois son pouvoir général de taxation tend à favoriser une distribution plus équitable des ressources. Toutes ces mesures sont de nature réglementaire et visent une allocation et une redistribution des ressources.

Le débat actuel sur la déréglementation a modifié la vision conventionnelle du rôle du droit et de la réglementation dans la réalisation de l'équité dans les ressources. Certains commentateurs ont poussé le raisonnement jusqu'à prétendre que seul le marché, et non l'État, devrait s'occuper de la distribution ou la redistribution des ressources, puisque, selon eux, seuls les marchés peuvent en garantir un usage efficace. D'autres ont mis l'accent sur les coûts élevés de nombreux programmes gouvernementaux de redistribution, par rapport aux bénéfices réellement retirés. Ces commentateurs recommandent qu'on cesse de se servir de l'État pour une distribution plus équitable des ressources, à moins qu'il ne soit démontré que les bénéfices retirés de telles initiatives dépassent substantiellement les coûts. Ces deux approches sont populaires, mais ne font pas encore l'objet d'un consensus, même parmi les théoriciens, et certainement pas dans le public. Il n'en demeure pas moins que ces critiques ont ajouté des éléments au contenu du débat.

Le terme le plus souvent employé dans le débat actuel sur les lignes de conduite, lorsqu'il est question des effets possibles du droit et de la réglementation sur la redistribution, est « interfinancement ». Ce terme a pris une connotation négative, en raison des nombreuses critiques formulées à l'égard de l'intervention gouvernementale. La définition de l'expression « interfinancement » mérite qu'on s'y attarde. Dans une analyse économique, elle a un sens technique qui, traduit dans le langage courant, désigne le financement de services non rentables à partir

des ressources recueillies de services plus rentables. La critique des économistes à l'égard de ce mécanisme est qu'il favorise l'inefficacité dans l'usage des ressources et à l'intérieur de certains marchés. Ils estiment que la qualité des services en souffre, car les secteurs non rentables et inefficaces sont renfloués par un transfert de ressources provenant des secteurs plus rentables. Les prix des biens et services aux consommateurs sont plus élevés qu'ils ne le seraient sans l'interfinancement, du fait de la conjugaison d'un usage efficace et inefficace des ressources. Certains économistes soutiennent aussi que l'interfinancement est utilisé par les compagnies importantes pour contourner l'examen minutieux réglementaire. Ces arguments peuvent être facilement prouvés.

Le désaccord autour de ces arguments vient de ceux qui s'écartent de la logique et des témoignages des économistes, pour traiter d'autres types de données et de questions relatives à la politique sociale. Ils considèrent que la logique du marché ne peut s'étendre à toutes les décisions sur les lignes de conduite et que certains coûts, voire certaines inefficacités, sont justifiés pour réaliser un intérêt national et social. Ils estiment que d'autres types de données que les données économiques doivent être compris dans toute évaluation de ligne de conduite. L'interfinancement est exactement ce que visent les programmes de soutien régional, la péréquation, la législation sur la sécurité sociale, les aides aux pays du tiers monde en voie de développement et tous les programmes qui transfèrent quelque profit de secteurs économiques rentables vers ceux qui disposent de chances ou d'avantages sociaux ou économiques moindres. L'interfinancement est généralement nécessaire pour réaliser une union économique. Les mesures pour assurer le maintien des lignes de chemin de fer non rentables, des services de lignes aériennes à des localités petites ou éloignées, des services de câble à contenu canadien aux postes de radiodiffusion canadienne pour des régions périphériques, toutes ces mesures ne peuvent être justifiées par une stricte logique économique. Elles installent l'inefficacité dans les marchés concernés. Néanmoins, elles peuvent être jugées nécessaires et souhaitables pour réaliser certains objectifs nationaux ou sociaux désignés par les législatures. Ces objectifs ne pourraient être atteints sans une certaine forme d'interfinancement.

L'approche de redistribution est donc celle qui comporte un interfinancement, des décisions au sujet des bénéficiaires et des payeurs du maintien du système social et économique au Canada. Dans une approche de redistribution, l'État est un instrument de la politique sociale. Par ses activités, ou à défaut d'activités, les transferts de ressources deviennent possibles et sont mis en oeuvre. Différentes approches de lignes de conduite donnent forme, de différentes façons, aux efforts du gouvernement en matière de redistribution.

## *Approches pour atteindre les objectifs de redistribution*

Le débat autour de l'interfinancement et de la réglementation a brouillé la compréhension de la manière dont les institutions juridiques sont structurées ou pourraient l'être. Avant de déterminer les choix de valeurs inhérents aux différentes approches, nous devons relever certains points. On pense généralement que les gouvernements doivent choisir entre le laisser-faire et l'interventionnisme, et que les institutions qu'ils délèguent seront soit dotées de façon formelle de pouvoirs décisionnels, soit marquées d'un caractère administratif.

Bien que Arthurs ne se limite pas à la redistribution quand il traite du droit et de la réglementation, son analyse nous sera utile. Il considère que, pratiquement, si l'on tient compte des contraintes du processus politique, la plupart des institutions juridiques tombent dans un continuum laisser-faire-interventionnisme. Ainsi, un marché ou une approche de laisser-faire peut être pratiquement compromis par la surveillance des gouvernements; une approche interventionniste peut l'être beaucoup moins si les responsables de la mise en oeuvre de la réglementation ne sont pas vraiment engagés dans l'intervention gouvernementale ou s'ils manquent de ressources pour entreprendre leur mandat. Arthurs soutient aussi que la plupart des institutions juridiques supposent une interrelation entre un système décisionnel formaliste et un processus administratif.

Les choix sont donc plus complexes qu'une simple distinction entre le laisser-faire et l'intervention. Une fois de plus, dans la mise en oeuvre concrète du droit, les processus administratif et formellement décisionnel peuvent être combinés. Examinons chacune des options discutées actuellement, quant au degré de laisser-faire ou d'intervention gouvernemental qu'elle comporte.

**Les paiements de péréquation** Bien que ne comportant pas de « règlements » au sens strict du mot, les paiements de péréquation ont un effet fortement réglementaire. Ils remplacent l'implication directe et active des gouvernements pour les actions du marché; ils sont mis en oeuvre à travers une procédure administrative, mais doivent être négociés parfois par voie judiciaire.

**Les sociétés d'État** Comme le constate Garant, il existe des différences importantes entre les opérations des différentes sociétés d'État, et une réforme s'impose. Certaines de ces sociétés ont souvent une orientation moins administrative que les ministères qu'elles remplacent (Postes Canada, par exemple), mais toutes sont fortement interventionnistes, même si elles sont relativement indépendantes de la volonté du législateur. Garant recommande que les sociétés d'État soient traitées davantage comme des sociétés du secteur privé sur le plan juridique,

mais qu'elles soient soumises à une surveillance subséquente pour assurer leur responsabilité.

**Les subventions** Les subventions et les programmes fiscaux incitatifs sont destinés à compléter et à compenser les actions du marché, mais sont une forme d'implication gouvernementale fortement interventionniste. Les subventions sont mises en oeuvre dans un processus administratif et entraînent, de ce fait, l'établissement d'une structure au sein du gouvernement pour en contrôler la distribution.

**Les organismes de réglementation** Différents organismes utilisent plus ou moins de procédures formellement décisionnelles, en dépit de leur caractère administratif. De même, bien que l'élaboration de la réglementation par un organisme soit considérée comme une stratégie gouvernementale interventionniste, les organismes ne répondent qu'aux demandes qui leur sont adressées et qui émanent généralement du secteur privé. Aussi, leur démarche est-elle moins interventionniste que l'intervention des subventions, par exemple.

**La consultation secteur public-secteur privé** Les approches consultatives entraînent toujours, d'autre part, une étroite relation de travail entre le gouvernement et les différents groupes d'intérêt. En conséquence, un processus consultatif comporte une « intervention » intense, même s'il n'est pas toujours décrit ainsi. Mais la consultation est un processus fortement administratif.

**L'autoréglementation** Enfin, les approches d'autoréglementation sont destinées à cadrer avec une orientation de ligne de conduite gouvernementale de « laisser-faire », mais demandent généralement un certain processus décisionnel formel (de type judiciaire) pour s'assurer que les litiges soient réglés entre les parties, et que les codes d'autoréglementation soient appliqués. Elles comportent une implication gouvernementale minimale.

L'accent mis sur le caractère réglementaire de toutes les initiatives vise à éviter tout débat stérile entre l'option favorable à la réglementation et celle favorable à la déréglementation. Il ressort de l'analyse de Arthurs, par exemple, que la réglementation gouvernementale (dans sa conception traditionnelle) comporte moins d'implication de la part du gouvernement (surtout du fait que de nombreux organismes manquent de ressources ou de volonté politique pour appliquer toujours pleinement tous leurs règlements) que les subventions, les paiements de péréquation ou même la consultation. À partir de l'analyse de Arthurs, on peut aussi éviter le débat également stérile entre les défenseurs de l'approche formellement décisionnelle et ceux de l'approche adminis-

trative. Son modèle soutient que les subventions ont un caractère aussi fortement administratif que la consultation. Dans de nombreux cas, même l'autoréglementation dépend de l'existence d'une procédure décisionnelle formelle; il s'agit, dans ce cas particulier, d'assurer l'application des « codes » adoptés par ceux qui ont la charge de réglementer leur propre industrie.

Ce manque de distinctions claires entre les approches dites interventionnistes et de laisser-faire, d'une part, ou les procédures formellement décisionnelles et administratives, d'autre part, ne devraient pas nous inquiéter. Si, en fait, toutes les options équilibrent de façon différentes intervention et laisser-faire, approches formellement décisionnelle et administrative, les responsables des lignes de conduite ont la liberté d'ajuster chaque initiative gouvernementale au besoin précis actuel ou, en fait, de combiner les approches (réglementation, plus mesures fiscales incitatives et subventions, par exemple), pour atteindre leurs objectifs politiques.

### *Considérations sur les valeurs*

Pour déterminer le rôle des valeurs dans les différentes options, il faut également prêter attention aux messages symboliques de chacune d'elles. Par exemple, les messages symboliques que transmettent les paiements de péréquation sont différents dans un régime de réglementation que dans un régime de société d'État, encore que chacun de ces régimes suppose une redistribution des ressources. Ce contenu symbolique provient, dans une certaine mesure, de l'intervention directe de l'État, comme il a été décrit plus haut. Toutefois, chaque type d'initiative comporte aussi un type de message différent.

La légitimité de l'action étatique repose en partie sur ces messages. La bonne volonté du public et du milieu industriel à se conformer et à coopérer aux différents programmes, également. L'exemple éloquent, à cet égard, est celui de la réaction à des programmes tels que le Programme national d'énergie ou l'Agence d'examen de l'investissement étranger (AEIE). Chaque fois, l'opposition farouche et pragmatique de certains secteurs de la société s'accompagnait d'une opposition au message symbolique transmis par le programme comme un tout. Même lorsque des réformes modifiant l'orientation et la mise en oeuvre de chaque programme étaient adoptées, l'opposition demeurait, dans ce cas, plus en raison du contenu symbolique des programmes que d'une de leurs dispositions particulières.

Quels sont les messages symboliques inhérents à chacune des options exposées plus haut? Les paiements de péréquation peuvent être considérés, théoriquement, comme des subventions, mais la terminologie utilisée pour décrire cette forme de redistribution des ressources renferme une idée d'association entre partenaires égaux. Le message symbolique inhérent à la péréquation en est un qui accorde des droits égaux

et un pouvoir de négociation à tous les participants. Les paiements de péréquation sont considérés opportuns entre les provinces, mais pas de façon aussi intéressante en matière de sécurité sociale, bien qu'il s'agisse, dans les deux cas, de redistribution. En fait, il se peut, comme le soutiennent Bureau, Lippel et Lamarche, que les limites à la redistribution des ressources à travers les programmes de sécurité sociale soient intentionnelles et qu'elles soient transmises au public sous la forme et l'étiquette de programmes de redistribution.

Les subventions, mesure défendue actuellement comme solution de rechange à la réglementation sociale, transmettent un message tout différent de celui des paiements de péréquation et comportent donc un type différent de choix de valeurs. Les subventions supposent que le donneur et le receveur de l'aide ne sont pas sur le même pied d'égalité et ne sont pas associés dans une union économique. Ceux qui les reçoivent ne s'attendent généralement pas à participer à la structure et la réalisation du programme qui leur fournit l'aide, sauf (dans la meilleure des hypothèses) sous l'effet de fortes pressions. Il est admis, en général, que le donneur établit les critères d'attribution des subventions et que celles-ci peuvent ne pas correspondre à l'aide jugée adéquate par le receveur. Les receveurs de subventions sont considérés des solliciteurs; ils doivent défendre leur cause et, assurément, être reconnaissants pour toute aide reçue.

D'autre part, un régime réglementaire impose des devoirs et des obligations à toutes les parties à la négociation et, de ce fait, la réglementation peut être perçue comme plus coercitive que les autres types d'initiative gouvernementale. Mais on suppose, aussi, que toutes les parties à une négociation réglementaire sont des bénéficiaires. Ainsi, de petites municipalités peuvent recevoir les services électriques d'un service public réglementé, à un prix inférieur au coût de leur fourniture. Ce service réglementé dépend, à son tour, de l'organisme pour protéger ses marchés plus rentables et se propose d'assurer certaines obligations imposées par le règlement, en échange des avantages que celui-ci lui procure.

Enfin, la création d'une société d'État véhicule un amalgame de messages symboliques, une image de choix de valeurs contradictoires. Les sociétés d'État peuvent être perçues comme imposant des devoirs et des obligations, au même titre que la réglementation. Elles peuvent être considérées comme interventionnistes, même si elles le sont moins que les ministères auxquels elles sont substituées. Le recours aux sociétés d'État pour la réalisation des objectifs de redistribution renferme l'idée d'une initiative gouvernementale directe dans un domaine particulier, mais toute société de ce type peut être appelée à agir comme une société privée répondant surtout aux impératifs du marché. Les sociétés d'État ont pour mandat de réaliser des objectifs sociaux et politiques, mais sont appelées parfois à agir aussi comme si elles ne recevaient ni ne béné-

ciaient d'aucun régime spécial du gouvernement. Ce mélange d'aspirations de messages symboliques des sociétés d'État provoque fatalement des polémiques au sein des gouvernements qui visent des objectifs de redistribution, même si les sociétés elles-mêmes sont efficaces et utiles dans la poursuite des objectifs politiques.

### *Conditions requises pour chaque approche*

Nous avons soutenu plus haut que les différentes approches équilibrent différemment intervention-laisser-faire, et décision formelle-administration. Nous avons vu aussi que chaque option de réalisation de la distribution transmet un message symbolique différent. Comment les choix doivent-ils donc se faire parmi les options si l'on vise un pluralisme juridique (différentes institutions étant destinées à réaliser différents objectifs), et comment doivent-ils tenir compte des choix de valeurs dans l'élaboration de mesures d'intérêt public? Pour y répondre, il faut déterminer quand, et à quelles conditions, les différentes options se substituent vraiment l'une à l'autre. Il faut savoir à quel moment le choix de l'une d'entre elles suspend certains choix de valeurs et en soutient d'autres. La recherche juridique estime ce qui suit.

1. Les subventions peuvent remplacer la « réglementation par règlements » si la volonté de déréglementer (c'est-à-dire supprimer la réglementation par règlement) est complétée par celle d'établir des niveaux de subventions appropriés. Par exemple, le soutien de la production canadienne est considéré, de nos jours, comme un devoir imposé par réglementation à toutes les industries réglementées du secteur de la radiodiffusion. Si ce secteur devait être déréglementé, il serait essentiel de remplacer les « devoirs » actuels par de nouvelles subventions, dans l'hypothèse où les mêmes valeurs sociales étaient maintenues.

2. Puisque les critiques adressées à la réglementation par règlements mettent souvent l'accent sur des problèmes de mise en oeuvre et d'application, il faut prêter attention à la manière dont on pourrait appliquer les subventions et atteindre leurs objectifs d'intérêt public, dans l'hypothèse où elles devraient être traitées comme des substituts aux règlements. Par exemple, comme les organismes de réglementation ont une relation suivie avec les industries réglementées et que celles-ci sont tributaires de la réglementation ou des permis pour poursuivre les activités désirées, les responsables de la réglementation disposent d'un mécanisme pour sa mise en oeuvre et son application (en supposant que les organismes aient la volonté de s'en servir). Si les subventions doivent être considérées comme un substitut à la réglementation, toute subvention ou tout programme spécial de taxation requiert aussi des mécanismes de mise en oeuvre et d'application.

3. Puisque la réglementation par règlements entraîne des coûts et des bénéfices pour toutes les parties intéressées, toute suppression qui en réduit les coûts doit en réduire aussi les bénéfices ou garantir que ces

bénéfices soient autrement assurés. Par exemple, la déréglementation complète d'une industrie (la suppression des coûts et des bénéfices de réglementation) peut être préférable à sa déréglementation partielle, si celle-ci laisse intacts les bénéfices mais élimine une bonne partie des coûts.

4. D'autre part, la réglementation par règlements paraîtra lourde si les devoirs et les obligations (les coûts) qu'elle impose ne sont pas compensés par des bénéfices économiques attribués également par réglementation. Par exemple, si de nouvelles technologies offrent des occasions de développement économique qui seront entravées par les dispositions réglementaires en vigueur, le poids de la réglementation se fera nouvellement sentir.

5. Puisque la réglementation par règlements et les paiements de péréquation confèrent un statut égal à tous les participants, aucun des deux procédés ne peut être remplacé facilement par les subventions (ce qui n'est pas le cas), à moins que l'intention soit de changer en même temps les relations entre participants. Par exemple, une « subvention » aux provinces « démunies », des subventions aux radiodiffuseurs canadiens indépendants et des subventions aux petites communautés soutenues actuellement par le rail ou le service aérien garantissent, toutes, que les participants « démunis » sont réduits à un statut de solliciteurs.

6. Théoriquement, les sociétés d'État assurent un mécanisme idéal pour la mise en oeuvre de lignes de conduite gouvernementales, mais elles se trouvent aux prises avec un conflit d'aspirations qui mine leur crédibilité et leur fonctionnement. À l'heure actuelle, les sociétés d'État tentent trop souvent d'opérer simultanément dans les secteurs public et privé; leurs actions sont compromises par une surveillance sommaire du gouvernement, mais elles jouissent d'avantages injustes sur certains marchés, du fait de leur rattachement à l'État. Par exemple, la Société Radio-Canada et Air Canada sont deux sociétés de la Couronne prises dans un conflit d'aspirations publiques.

7. La consultation et l'autoréglementation ne peuvent remplacer la réglementation par règlements que dans la mesure où justice semblera rendue au moyen de consultations informelles, souvent à huis clos, ou grâce à des efforts d'autoréglementation. Ce souci de justice doit passer du processus décisionnel à la mise en oeuvre et à l'application mêmes des décisions. Par exemple, la mise en oeuvre de mesures adéquates de protection de l'environnement, au moyen d'un processus consultatif plutôt que réglementaire, laissera l'impression que justice n'a pas été rendue et que le vaste intérêt social dans la protection de l'environnement a été ignoré.

### *Applications des diverses approches*

Alors que la redistribution n'est pas l'objectif formel de la politique culturelle (bien que les politiques culturelles visent à réaliser la

redistribution des ressources pour soutenir la production et les industries culturelles), cette dernière constitue un bon exemple pour illustrer les conséquences du choix de différentes approches de mesures d'intérêt public. La Société Radio-Canada est une société d'État, qui opère à mi-chemin entre les secteurs public et privé. Elle doit solliciter de la publicité et rivaliser avec ses concurrents pour maintenir sa part sur le marché de l'audition. Mais elle dépend également des subventions et se voit comme un solliciteur de l'aide gouvernementale. Ses actions sont restreintes par un organisme de réglementation à orientation administrative qui intervient pour déterminer comment la société remplira son mandat législatif. Les actions de Radio-Canada sont donc, de façon prouvable, entravées par la controverse publique créée par l'amalgame des messages symboliques que comporte son mode d'opération et de financement continu.

La plus grande partie de la politique de radiodiffusion est mise en oeuvre par réglementation. Les objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion* sont de promouvoir les chances culturelles et la diversité, à l'aide des médias électroniques. La réglementation impose ces objectifs, comme des devoirs et des obligations, à toutes les industries qui opèrent dans ce secteur, y compris les opérations de câble. En échange, pour la protection réglementaire de leurs marchés, tous les radiodiffuseurs et opérateurs de câble doivent contribuer (concrètement, par la redistribution de leurs ressources) pour soutenir la culture et l'identité canadiennes. Ils le font avec réticence, mais quelques membres de cette industrie plaident en faveur de l'abolition du régime réglementaire, puisque tant les câblodiffuseurs que les radiodiffuseurs bénéficient, de façon appréciable, de certains avantages de la réglementation de cette industrie. Il y a lieu de signaler que dans la réglementation sur la radiodiffusion, toutes les parties intéressées n'ont pas besoin d'être représentées pour que leurs intérêts soient considérés d'intérêt public. Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) doit agir à la fois comme mandataire des intérêts publics et comme tribune de négociations des groupes d'intérêt. Il n'en demeure pas moins qu'on a souvent reproché à cet organisme de ne pas avoir à rendre de comptes.

La politique du film est mise en oeuvre à l'aide de programmes fiscaux et de subventions. Sans les pressions tangibles et persistantes des groupes culturels et des producteurs, ces subventions seraient incontestablement réduites. Face aux programmes de restrictions du gouvernement, les subventions sont souvent les premières dépenses gouvernementales à être réduites. Par conséquent, ni les subventions ni les mesures fiscales ne procurent de sécurité permanente à leurs bénéficiaires. En outre, avec la mise en oeuvre des programmes de subventions et des programmes fiscaux, un certain nombre de problèmes sont apparus. Le contrôle réglementaire a été institué, par le biais de Téléfilm

Canada plutôt que le CRTC, pour s'assurer que les objectifs politiques des programmes de subventions sont atteints.

Enfin, un vaste programme d'expérimentation des formes de réglementation en matière de radiodiffusion et d'industries connexes a vu récemment le jour. Dans un cas, tant l'industrie que le public ont participé à l'élaboration de codes de l'industrie, et les codes qui en ont résulté ont une force exécutoire autonome. Dans un autre cas, l'industrie a été requise d'élaborer ses propres codes, l'organisme de réglementation étant responsable de leur mise en application, de la même façon que lorsqu'ils sont adoptés comme règlements. Enfin, un certain nombre d'autres codes d'industrie servent de guides aux membres de l'industrie. Ces derniers ont été élaborés par l'industrie exclusivement et n'ont pas de force exécutoire autonome. Dans quelle mesure ces expériences d'autoréglementation peuvent-elles être tenues pour réussies? La réponse est moins simple qu'elle n'en a l'air. La menace de réglementation du CRTC est un puissant facteur de motivation dans l'élaboration et la mise en oeuvre de codes d'autoréglementation. Les membres de l'industrie reconnaissent franchement que si la menace de réglementation disparaissait, l'autoréglementation serait probablement bien moins réussie qu'elle ne l'est actuellement.

Chacune des approches de politique culturelle mentionnées précédemment (subventions, mesures fiscales incitatives, réglementation, sociétés d'État et autoréglementation), comporte des avantages et des inconvénients. Ce n'est que si un gouvernement envisage de modifier le message symbolique ou la redistribution résultant de ses initiatives que des changements d'une approche à l'autre sont souhaitables. Toutes les approches tendent actuellement, plus ou moins également, à réaliser les objectifs des mesures d'intérêt public, mais chacune d'elles comporte une image différente des objectifs du gouvernement. Chacune engendre des relations différentes parmi celles que comporte la politique culturelle ou celles qui en tirent profit. Chaque approche attribue différemment les coûts et les bénéfices de la politique culturelle. Le débat sur les solutions de rechange aux règlements est en réalité une discussion des différents moyens de réglementation, ou (si le mot « réglementation » est ambigu) de réalisation des objectifs des mesures d'intérêt public fixées par le législateur.

## **En guise de conclusion**

Il ressort du débat actuel que le choix des lignes de conduite est plus vaste qu'on pourrait le croire. Mais les lignes de conduite ne sont jamais établies dans le vide. Les responsables négligent, à leurs risques, les préoccupations et les intérêts actuels de la société et de leurs collègues. Ces préoccupations influencent l'analyse des choix de valeurs et

accréditent la discussion de certaines options de lignes de conduite plutôt que d'autres.

Par exemple, aucune réforme ne pourrait être entièrement débattue et efficacement appliquée, de nos jours, sans la reconnaissance des revendications faites par les provinces pour obtenir une part de responsabilité croissante dans la prise de décision. Les gouvernements provinciaux se sont constitués eux-mêmes représentants des intérêts régionaux et locaux dans les négociations avec le gouvernement fédéral. La recherche juridique démontre clairement que leurs intérêts n'ont pas été sous-représentés dans le système judiciaire fédéral ni dans les décisions rendues par la Cour suprême. Des revendications sont faites, néanmoins, pour que certaines institutions canadiennes, dont la Cour suprême, soient plus explicitement représentatives des besoins des provinces. Si les gouvernements provinciaux estiment que les institutions canadiennes ont un parti pris pour le pouvoir fédéral et qu'ils ne jouissent pas d'un réel pouvoir décisionnel, l'inéquité est un fait qui doit être pris en considération dans les réformes actuelles.

Une fois que les autorités provinciales ont exprimé leurs demandes de pouvoirs accrus, les conventions juridictionnelles existantes ne peuvent plus servir de référence adéquate pour le partage des pouvoirs, quelles que soient les conséquences d'une réforme précise. Les domaines traditionnellement perçus comme relevant de la juridiction fédérale sont examinés minutieusement lors des conférences fédérales-provinciales, et de nouveaux défis sont lancés aux tribunaux. Il en résulte souvent un changement important. Prenons l'exemple de la juridiction en matière de radiodiffusion. Il y a cinq ans, on s'entendait à reconnaître que la question avait été résolue en faveur de la juridiction fédérale. Mais depuis plus de dix ans, la juridiction sur la radiodiffusion était inscrite à l'ordre du jour de conférences fédérales-provinciales. Les conventions de longue date sont aujourd'hui reconsidérées, surtout par les tribunaux. Toutefois, même une décision définitive de la Cour suprême a peu de chances de mettre un terme aux négociations sur ce type de juridiction. Comme le fait remarquer Monahan, même une décision de la Cour suprême confirmant les conventions juridictionnelles existantes n'entraîne souvent qu'un déplacement des tribunes de négociations, passant des tribunaux pour retourner à l'ordre du jour de conférences fédérales-provinciales.

Dès qu'un groupe exige avec vigueur et persistance une participation active au processus décisionnel, les procédures décisionnelles et les conventions juridictionnelles existantes sont remises en question. La présence d'intervenants éloquents, l'ampleur de leurs revendications et le caractère apparemment contestable de tout partage de pouvoirs et de toute procédure décisionnelle permettent d'assurer que les revendications seront considérées légitimes et qu'elles seront négociées à travers

les tribunaux, les conférences fédérales-provinciales ou le processus politique.

Par exemple, les groupes concernés par l'environnement ont remis en question la juridiction relative au processus d'enregistrement des pesticides et ont ainsi entraîné une modification du processus pour satisfaire leur demande de participation. Les groupes industriels ont fait des pressions visant à obtenir un processus plus « consultatif »; il en est résulté un nouveau programme d'information sur les pesticides qui a coûté plus d'un million de dollars qui a été mis en application malgré l'accent mis actuellement sur les restrictions budgétaires. Les groupes de pression dans chaque secteur de l'économie ont obligé le gouvernement, habitué à s'en remettre à sa propre expertise, à publier un programme de réglementation et à solliciter les soumissions de groupes non gouvernementaux. Tous les ministères prennent leurs décisions en utilisant largement les méthodes fondées sur les coûts et bénéfices, lesquelles ont fait l'objet de vives critiques dans la littérature académique, en partie à la demande des groupes en quête de réformes. Les revendications des divers groupes ont placé les responsables de l'élaboration des lignes de conduite dans l'impossibilité d'éviter ce qui, autrefois, était considéré comme des « questions fermées ».

Ces pressions en faveur du changement prennent la forme de revendications en faveur de ce qu'il est convenu d'appeler « consultations ». Cet appel à une plus grande consultation provient de groupes aux objectifs fort divergents. Il a, néanmoins, permis d'instituer des programmes de consultations publiques dans presque tous les ministères du gouvernement fédéral, ainsi que dans la plupart des gouvernements provinciaux. On doit, cependant, interpréter la demande de consultation avec une certaine prudence. Les groupes en faveur d'une consultation accrue (et, en réalité, d'une plus grande représentativité et d'une plus grande responsabilité au sein du gouvernement également) se comportent comme s'ils formaient une coalition. Il s'en dégage trop facilement l'impression que les changements de procédure et de juridiction seront accueillis par un large public, sans égard à leurs effets réels, simplement parce que la plupart des groupes favorables au changement utilisent le même langage pour défendre la réforme. Le Conseil économique, la Commission sur la réforme du droit et les autres organismes politiques de consultation sont nécessairement influencés par la coalition apparente de ces groupes. Leurs rapports font écho aux préoccupations politiques actuelles et les renforcent, en attribuant à la responsabilité, à la représentativité et à la consultation une signification particulière dans l'élaboration d'une série de recommandations. La coalition apparente des groupes en faveur de la réforme est, toutefois, instable. Les préoccupations actuelles de ses « membres » ont trait au processus, à la façon dont les décisions sont prises. Si les décisions résultent de nouvelles

conventions ou procédures juridictionnelles (des organismes nouvellement « responsables » ou « consultatifs ») qui ne réussissent pas à satisfaire plusieurs groupes favorables au changement, ce qui sera inévitablement le cas, d'autres sortes de propositions de réforme seront faites. Ce qui ressemble à un accord sur les priorités de valeurs aboutira en conflits, une fois que l'attention se tournera, de la manière de prendre les décisions, vers les décisions elles-mêmes.

La rhétorique du débat actuel sur les lignes de conduite éclipse des différences substantielles et des désaccords profonds sur les questions d'ordre politique. Il en résulte qu'un certain nombre de points essentiels n'ont pas été abordés. Un processus consultatif ne signifie pas la même chose pour un activiste de l'environnement et pour un groupe de pression industriel. Pour le premier, la consultation signifie l'accès à l'information comme moyen de développer l'étude scientifique de certains polluants précis. Pour le deuxième, elle signifie l'élaboration de règlements plus souples, qui répondent aux conditions du marché. Un gouvernement qui introduit un nouveau processus de consultation dans la prise de décision sur l'environnement ignore ces différences, au seul risque de différer, et peut-être d'intensifier, un débat sur les choix de valeurs à faire dans un processus touchant l'environnement.

Un nouveau système de « représentation » ou de « responsabilité » pour les institutions juridiques et politiques semble être une option séduisante dans le climat politique actuel. En effet, certaines réformes défendues en ce moment ne pourraient que profiter également au public et au gouvernement. Une fois de plus, la rhétorique du débat politique actuel masque des désaccords profonds autour de l'élaboration des lignes de conduite parmi différents groupes. Proposer simplement que les institutions gouvernementales soient plus représentatives ou responsables c'est se demander : responsables envers qui? représentatives de quels groupes? Si ces questions sont ignorées, les réformes pourraient n'apparaître que symboliques, puisqu'aucun compromis d'intérêts ou d'opinions ne sera intervenu.

Enfin, il est courant, de nos jours, de se référer aux choix de valeurs qui sous-tendent les décisions politiques et réglementaires. L'analyse présentée dans la présente étude se fonde sur l'hypothèse que d'explicitier les choix de valeurs peut faciliter l'élaboration des recommandations de lignes de conduites. Il existe des situations où la référence aux choix de valeurs n'est d'aucun secours pour les responsables des lignes de conduite ou leur public. Chacun sait, bien sûr, ce que sont les valeurs, mais dans une réflexion plus approfondie, le sens des « choix de valeurs » et ce que comporte leur contenu est fort différent. C'est ici surtout que la rhétorique éclipse le débat sur les valeurs. Ainsi, l'expression « liberté de choix » est aussi bien utilisée par les adeptes de Milton Friedman, les compagnies de câblodiffusion qui annoncent leurs services (et exercent des pressions en faveur de certaines politiques de

communication), que les groupements féministes qui proposent la réforme de la législation sur l'avortement. De toute évidence, ces différents groupes ne sont pas d'accord sur les choix de valeurs ou les éléments de base d'une ligne de conduite qui favoriserait au maximum une « liberté de choix ». Si, comme on le prétend, la politique est l'art du compromis, l'usage d'expressions telles que « liberté de choix » agit souvent comme un avertissement que le débat sur les options politiques est clos. Il indique que les positions se sont polarisées et que tout compromis, sous forme de loi ou de ligne de conduite généralement admise, n'est plus acceptable, du moins pour certains défenseurs de ces positions.

## Annexe

---

### Liste des études de la Commission consultées pour la réalisation de la présente étude

#### Volume 46 : Le droit, la société et l'économie

Ivan Bernier et Andrée Lajoie	Le droit, la société et l'économie : un aperçu
H.W. Arthurs	Le droit en tant qu'instrument d'intervention de l'État : un cadre de recherche
Guy Rocher	Droit canadien dans une optique sociologique
Liora Salter	Le droit et les valeurs

#### Volume 47 : La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique

Andrée Lajoie Pierrette Mulazzi et Michèle Gamache	Les idées politiques au Québec et l'évolution du droit constitutionnel canadien, 1945 à 1985
Patrick J. Monahan	La Cour suprême et l'économie
Guy Tremblay	La Cour suprême du Canada : dernier arbitre des conflits d'ordre politique

#### Volume 48 : Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs

Patrice Garant	Les sociétés d'État, instruments d'intervention économique : aspects juridiques
Roderick A. Macdonald	L'intervention réglementaire par la réglementation
David J. Mullan	Les tribunaux administratifs : leur évolution au Canada de 1945 à 1984

#### Volume 49 : Le droit de la famille et la législation en matière de bien-être social au Canada

Julien Payne	Les répercussions du droit de la famille au Canada sur les conséquences financières de la dissolution des mariages et du divorce
--------------	--

Mary Jane Mossman	Le droit de la famille et le bien-être social au Canada
Robert D. Bureau, Katherine Lippel et Lucie Lamarche	Développements et tendances du droit et social de 1940 à 1988
Volume 50 : La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés	
Edward P. Belobaba	L'évolution de la législation en matière de protection des consommateurs au Canada de 1945 à 1984
D. Paul Emond	La politique et le droit en matière d'environnement : un examen de l'expérience canadienne
Stanley M. Beck	Le pouvoir des sociétés et la politique d'État
Volume 51 : Le droit du travail et le droit urbain au Canada	
Joseph M. Weiler	Le rôle du droit dans les relations de travail
Fernand Morin	L'usage de la loi pour contenir les relations de travail : l'expérience du Québec
Stanley M. Makuch	Le droit urbain et l'élaboration de la politique au Canada : le mythe et la réalité

## Notes

La présente étude a été terminée en février 1985. Je tiens à exprimer ma reconnaissance à ceux dont la collaboration a rendu possible la réalisation de ce travail. Je remercie, d'abord, mes chercheurs et traducteurs, Janice Peck, Richard Smith et Debbie Kirby. Aucune formule ne suffirait pour témoigner ma gratitude envers Lucie Menkveld qui, comme dactylo, a vu autant d'ébauches de ce document que moi. J'avoue qu'elle a fait preuve d'une patience plus considérable que la mienne. Je tiens, enfin, à souligner la contribution remarquable de M<sup>e</sup> Ivan Bernier, dont les commentaires judicieux ont apporté, au besoin, l'éclairage nécessaire.

1. Tout document, même un travail de synthèse, reflète les opinions et les valeurs de son auteur. C'est précisément ce qui fait la difficulté de ce type d'ouvrage. Très souvent, la relation se complique lorsque l'auteur de la synthèse tente de combiner sa propre analyse avec celle des différents auteurs qui font l'objet de sa recherche. Lorsque des divergences d'opinions surgissent entre eux, la tâche devient plus pénible encore.

Pour pallier cette difficulté, tout en demeurant fidèle à mon approche, j'ai opté dans la rédaction de cette étude pour certaines orientations. D'abord, j'ai décidé de mettre l'accent sur l'élaboration des recommandations de lignes de conduite, au risque de sacrifier le développement plus détaillé des relations État-sociétés ou du processus

politique. Ensuite, je n'ai tiré des études de la recherche juridique que les aspects de l'analyse susceptibles d'alimenter une discussion des recommandations de lignes de conduite. Pour une meilleure compréhension des opinions avancées, le lecteur est fortement invité à se référer au document original. Enfin, la prise de position fondamentale de la présente étude a été laissée aux chercheurs juridiques. Ma rédaction s'effectue donc dans une perspective en quelque sorte pluraliste et je mets de côté les aspects plus critiques de mon travail personnel. Dans cet esprit, aucun choix touchant les responsables de l'élaboration des lignes de conduite n'a été négligé, qu'il s'agisse d'une plus grande réglementation gouvernementale ou d'une autoréglementation.

2. L'auteur a assisté à l'assemblée de fondation du Comité sur le droit et l'éthique de l'ACGIH, lequel a tenu, depuis, plusieurs réunions. La référence à ce comité est faite dans un but euristique et ne doit pas être interprétée comme une indication des opinions actuelles de l'un ou l'autre de ses membres, ces opinions pouvant avoir, entretemps, évolué.
3. Ceux qui souscriraient aux opinions exposées ici comme étant celles de la théorie du choix public rejetteraient quand même l'étiquette de « théoriciens du choix public ». Cette étiquette est adoptée par souci de commodité et peut être utilisée avec réserve : la théorie du choix public désigne uniquement une série particulière d'opinions exprimées dans la documentation politique et économique classique et non l'étude d'un auteur en particulier ou une analyse disciplinaire (fondée sur le marché) de l'économie.
4. Il existe une autre approche très différente pour identifier les « rôles » de l'État, c'est celle qui met l'accent sur la relation entre l'État et le secteur des sociétés, et qui situe les différents rôles de l'État en fonction de sa manière de reproduire les relations sociales du capitalisme. Cette approche n'est pas traitée ici, bien qu'elle soit soulevée dans plusieurs études de recherche, l'accent étant mis dans la présente étude sur le développement des recommandations de lignes de conduite.
5. Cette opinion ne doit pas être assimilée à la théorie du choix public décrite plus haut, bien qu'elle soit considérée généralement compatible avec l'analyse de cette théorie, au même titre que d'autres approches orientées vers le marché.
6. Quelles que soient les critiques de l'approche des coûts et bénéfices à l'égard de l'élaboration des lignes de conduite (ou celle de l'évaluation du risque à l'égard de la politique d'État), cette approche est souvent requise par le droit et la réglementation lorsque de nouvelles politiques, décisions ou réglementations sont en cours d'élaboration. En d'autres termes, l'approche du « risque » ou des coûts et bénéfices est très courante.
7. Voir, par exemple, A.R. Thompson, *Bargaining with the Environment: the Limits of Regulation*, polycopié.



**H.W. Arthurs** est professeur à l'école de droit Osgoode Hall et recteur de l'Université York à Toronto.

**Ivan Bernier** est professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval à Québec; il est également directeur du programme de recherche sur Le droit et la Constitution, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada.

**Andrée Lajoie** est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal; elle est aussi l'un des coordonnateurs de la recherche sur Le droit, la société et l'économie qui relève du programme de recherche sur Le droit et la Constitution, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada.

**Guy Rocher** est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

**Liora Salter** est directeur du département de communications et professeur agrégé à l'Université Simon Fraser, Burnaby (C.-B.).

## LES ÉTUDES

---

### *Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*

#### L'ÉCONOMIE

**La répartition du revenu et la sécurité économique au Canada** (vol. 1), *François Vaillancourt, coordonnateur de la recherche*

- Vol. 1 La répartition du revenu et la sécurité économique au Canada,  
*F. Vaillancourt (R)\**

**La structure industrielle** (vol. 2-8), *Donald G. McFetridge, coordonnateur de la recherche*

- Vol. 2 L'industrie canadienne en transition, *D.G. McFetridge (R)*  
Vol. 3 L'industrie canadienne et le virage technologique, *D.G. McFetridge (R)*  
Vol. 4 La mise en oeuvre de la politique industrielle canadienne, *D.G. McFetridge (R)*  
Vol. 5 Les dimensions économiques de la politique et de la stratégie industrielles,  
*D.G. McFetridge (R)*  
Vol. 6 Les économies d'échelle et la productivité : l'écart entre le Canada et  
les États-Unis, *J.R. Baldwin et P.K. Gorecki (M)*  
Vol. 7 La politique en matière de concurrence et les échanges verticaux,  
*F. Mathewson et R. Winter (M)*  
Vol. 8 L'économie politique de l'adaptation économique, *M. Trebilcock (M)*

**Le commerce international** (vol. 9-14), *John Whalley, coordonnateur de la recherche*

- Vol. 9 La politique commerciale canadienne et l'économie mondiale,  
*J. Whalley (M)*  
Vol. 10 Le Canada et le système d'échanges multilatéraux, *J. Whalley (R)*  
Vol. 11 Le libre-échange canado-américain, *J. Whalley (R)*  
Vol. 12 La politique intérieure et le milieu économique international,  
*J. Whalley (R)*  
Vol. 13 Le commerce, la politique industrielle et la concurrence internationale,  
*R.G. Harris (M)*  
Vol. 14 Le secteur primaire et la politique d'exportation de l'eau au Canada,  
*J. Whalley (R)*

**Le marché du travail et les relations de travail** (vol. 15-18), *Craig Riddell, coordonnateur de la recherche*

- Vol. 15 La coopération ouvrière-patronale au Canada, *C. Riddell (R)*  
Vol. 16 Les relations de travail au Canada, *C. Riddell (R)*  
Vol. 17 Le travail et le salaire : le marché du travail au Canada, *C. Riddell (R)*  
Vol. 18 S'adapter au changement : l'adaptation du marché du travail au Canada,  
*C. Riddell (R)*

**La macro-économie** (vol. 19-25), *John Sargent, coordonnateur de la recherche*

- Vol. 19 Le rendement macro-économique et les questions d'orientation, *J. Sargent (M)*  
Vol. 20 L'évolution macro économique depuis la Guerre, *J. Sargent (R)*  
Vol. 21 Les politiques budgétaire et monétaire, *J. Sargent (R)*  
Vol. 22 La croissance économique : ses facteurs déterminants et ses perspectives,  
*J. Sargent (R)*

\* (R) indique un recueil, (M) une monographie.

- Vol. 23 Les perspectives économiques de longue durée au Canada : un colloque, *J. Sargent* (R)  
 Vol. 24 L'expérience macro-économique à l'étranger : un colloque, *J. Sargent* (R)  
 Vol. 25 La lutte contre l'inflation et le chômage au Canada, *C. Riddell* (M)

**La pensée économique et les questions sociales** (vol. 26 et 27), *David Laidler*,  
*coordonnateur de la recherche*

- Vol. 26 Le bien-être économique, *D. Laidler* (R)  
 Vol. 27 Les réactions au changement économique, *D. Laidler* (R)

## LA POLITIQUE ET LES INSTITUTIONS DE L'ÉTAT

**Le Canada et l'économie politique internationale** (vol. 28–30), *Denis Stairs et Gilbert R. Winham*,  
*coordonnateurs de la recherche*

- Vol. 28 Le Canada et le milieu politico-économique international, *D. Stairs et G.R. Winham* (R)  
 Vol. 29 Les dimensions politiques des rapports économiques entre le Canada et les États-Unis, *D. Stairs et G.R. Winham* (R)  
 Vol. 30 Quelques problèmes concernant l'élaboration de la politique économique extérieure, *D. Stairs et G.R. Winham* (R)

**L'État et la société dans le monde moderne** (vol. 31 et 32), *Keith Banting*,  
*coordonnateur de la recherche*

- Vol. 31 L'État et la société : le Canada dans une optique comparative, *K. Banting* (R)  
 Vol. 32 L'État et les milieux économiques, *K. Banting* (R)

**Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société** (vol. 33–35), *Alan Cairns et Cynthia Williams*,  
*coordonnateurs de la recherche*

- Vol. 33 Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada, *A. Cairns et C. Williams* (R)  
 Vol. 34 Les dimensions politiques du sexe, de l'ethnie et de la langue au Canada, *A. Cairns et C. Williams* (R)  
 Vol. 35 L'opinion publique et la politique d'État du Canada, *R. Johnston* (M)

**Les institutions de représentation** (vol. 36–39), *Peter Aucoin*,  
*coordonnateur de la recherche*

- Vol. 36 Les partis et la représentation régionale au Canada, *P. Aucoin* (R)  
 Vol. 37 L'Administration fédérale et la réceptivité aux besoins des régions, *P. Aucoin* (R)  
 Vol. 38 Le gouvernement représentatif et la réforme des institutions, *P. Aucoin* (R)  
 Vol. 39 Le fédéralisme intra-étatique au Canada, *D.V. Smiley et R.L. Watts* (M)

**Les dimensions politiques de la politique économique** (vol. 40–43), *G. Bruce Doern*,  
*coordonnateur de la recherche*

- Vol. 40 Les dimensions politiques de la politique économique, *G.B. Doern* (R)  
 Vol. 41 La budgétisation au fédéral et au provincial, *A.M. Maslove, M.J. Prince et G.B. Doern* (M)  
 Vol. 42 La réglementation économique et le système fédéral, *R. Schultz et A. Alexandroff* (M)  
 Vol. 43 La bureaucratie au Canada : son contrôle et sa réforme, *S.L. Sutherland et G.B. Doern* (M)

**La politique industrielle** (vol. 44 et 45), *André Blais*,  
*coordonnateur de la recherche*

- Vol. 44 La politique industrielle, *A. Blais* (R)  
 Vol. 45 Une sociologie politique de l'aide à l'industrie, *A. Blais* (M)

## LE DROIT ET LA CONSTITUTION

**Le droit, la société et l'économie** (vol. 46–51), *Ivan Bernier et Andrée Lajoie*,  
*coordonnateurs de la recherche*

- Vol. 46 Le droit, la société et l'économie, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)
- Vol. 47 La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique,  
*I. Bernier et A. Lajoie* (R)
- Vol. 48 Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs, *I. Bernier  
et A. Lajoie* (R)
- Vol. 49 Le droit de la famille et le droit social au Canada, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)
- Vol. 50 La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir  
des sociétés, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)
- Vol. 51 Le droit du travail et le droit urbain au Canada, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)

**Le milieu juridique international** (vol. 52–54), *John J. Quinn*, *coordonnateur de la  
recherche*

- Vol. 52 Le milieu juridique international, *J.J. Quinn* (R)
- Vol. 53 Le développement économique du Canada et le système de commerce  
international, *M.M. Hart* (M)
- Vol. 54 Le Canada et le nouveau droit international de la mer, *D.M. Johnston* (M)

**L'harmonisation du droit au Canada** (vol. 55 et 56), *Ronald C.C. Cuming*,  
*coordonnateur de la recherche*

- Vol. 55 L'harmonisation du droit au Canada, *R.C.C. Cuming* (R)
- Vol. 56 L'harmonisation du droit commercial au Canada, *R.C.C. Cuming* (R)

**Les accords institutionnels et constitutionnels** (vol. 57 et 58), *Clare F. Beckton et  
A. Wayne MacKay*

- Vol. 57 Les dossiers permanents du fédéralisme canadien, *C.F. Beckton et  
A.W. MacKay* (R)
- Vol. 58 Les tribunaux et la Charte, *C.F. Beckton et A.W. MacKay* (R)

## LE FÉDÉRALISME ET L'UNION ÉCONOMIQUE

**Le fédéralisme et l'union économique** (vol. 58–72), *Mark Krasnick, Kenneth Norrie et  
Richard Simeon*, *coordonnateurs de la recherche*

- Vol. 59 Le fédéralisme et l'union économique au Canada, *K. Norrie, R. Simeon et  
M. Krasnick* (M)
- Vol. 60 Points de vue sur l'union économique canadienne, *M. Krasnick* (R)
- Vol. 61 Le partage des pouvoirs et la politique d'État, *R. Simeon* (R)
- Vol. 62 Le partage des pouvoirs : études de cas, *M. Krasnick* (R)
- Vol. 63 Les relations intergouvernementales, *R. Simeon* (R)
- Vol. 64 Les disparités et les adaptations interrégionales, *K. Norrie* (R)
- Vol. 65 Le fédéralisme fiscal, *M. Krasnick* (R)
- Vol. 66 La libre circulation des capitaux à l'intérieur de l'union économique  
canadienne, *N. Roy* (M)
- Vol. 67 La gestion économique et le partage des pouvoirs, *T.J. Courchene* (M)
- Vol. 68 Les dimensions régionales de la Confédération, *J. Whalley* (M)
- Vol. 69 Les rapports entre les groupes de pression et les gouvernements dans le  
système fédéral canadien, *H.G. Thorburn* (M)
- Vol. 70 Le Canada et le Québec : un essai rétrospectif et prospectif, *D. Latouche* (M)
- Vol. 71 L'économie politique du fédéralisme canadien de 1940 à 1984, *R. Simeon et  
I. Robinson* (M)

## LE NORD

- Vol. 72 Le Nord, *Michael S. Whittington*, *coordonnateur de la recherche* (R)

# ORGANIGRAMME DE LA COMMISSION

## Président

Donald S. Macdonald

## Commissaires

Clarence L. Barber  
Albert Breton  
M. Angela Cantwell Peters  
E. Gérard Docquier

William M. Hamilton  
John R. Messer  
Laurent Picard  
Michel Robert

Daryl K. Seaman  
Thomas K. Shoyama  
Jean Casselman-Wadds  
Catherine T. Wallace

## Direction

*Directeur exécutif*  
J. Gerald Godsoe

*Directeur de  
l'élaboration des  
politiques*  
Alan Nymark

*Secrétaire*  
Michel Rochon  
  
*Directrice des services  
administratifs*  
Sheila-Marie Cook

*Conseillers  
principaux*  
David Ablett  
Victor Clarke  
Carl Goldenberg  
Harry Stewart

*Directeur des  
publications*  
Ed Matheson

*Directeurs de recherche*  
Ivan Bernier  
Alan Cairns  
David C. Smith

*Codirecteurs de recherche*  
Kenneth Norrie  
John Sargent

## Recherche

### Économie

*Directeur de recherche*  
David C. Smith

*Attachée de direction  
et directrice adjointe  
(Services de recherche)*  
I. Lilla Connidis

*Coordonnateurs*  
David Laidler  
Donald G. McFetridge  
Kenneth Norrie\*  
Craig Riddell  
John Sargent\*  
François Vaillancourt  
John Whalley

*Agents de recherche*  
Caroline Digby  
Mireille Éthier  
Judith Gold  
Douglas S. Green  
Colleen Hamilton  
Roderick Hill  
Joyce Martin

### Politique et institutions de l'État

*Directeur de recherche*  
Alan Cairns

*Attachée de direction*  
Karen Jackson

*Coordonnateurs-trices*  
Peter Aucoin  
Keith Banting  
André Blais  
G. Bruce Doern  
Richard Simeon  
Denis Stairs  
Cynthia Williams  
Gilbert R. Winham

*Agents de recherche*  
Claude Desranleau  
Ian Robinson

*Auxiliaire administrative*  
Donna Stebbing

### Droit et Constitution

*Directeur de recherche*  
Ivan Bernier

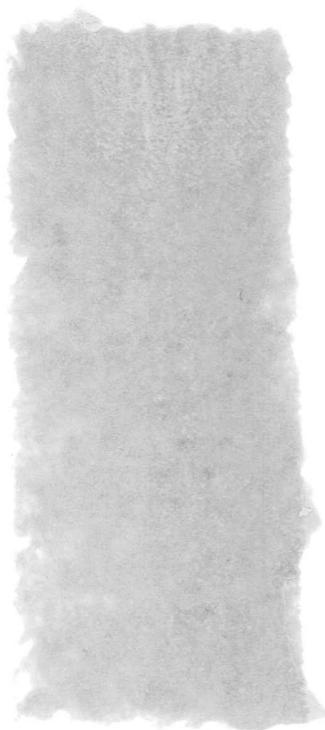
*Attaché de direction  
et administrateur du  
Programme de recherche*  
Jacques J.M. Shore

*Coordonnateurs-trices*  
Clare F. Beckton  
Ronald C.C. Cuming  
Mark Krasnick  
Andrée Lajoie  
A. Wayne MacKay  
John J. Quinn

*Adjoint à la recherche  
et à l'administration*  
Nicolas Roy

*Agent de recherche*  
Nola Silzer

\*Kenneth Norrie et John Sargent ont assuré avec David Smith la direction de la recherche sur l'économie pour la dernière phase des travaux.



LE DROIT ET LA CONSTITUTION

Le droit, la société et l'économie

## **Le droit, la société et l'économie**

IVAN BERNIER et ANDRÉE LAJOIE, coordonnateurs de la recherche

Voici le premier volume d'une série de six portant sur **Le droit, la société et l'économie** (voir la liste des études à la fin du volume) et qui s'inscrit au nombre des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada.

Trop complexe, incapable de répondre aux besoins des Canadiens et des Canadiennes, notre système juridique est de plus en plus critiqué alors même que les groupes d'intérêt recherchent davantage la protection et l'appui de la loi. Cette apparente contradiction fait l'objet des essais regroupés dans ce volume; le droit y est étudié tant par des non-juristes que par des gens du métier, qui mettent tous l'accent sur les rapports entre le droit et les valeurs sociales au Canada.

### AUTEURS ET ÉTUDES

**Le droit, la société et l'économie : un aperçu** Ivan Bernier et Andrée Lajoie

**Le droit en tant qu'instrument d'intervention de l'État : un cadre de recherche**  
H.W. Arthurs

**Le droit canadien : un regard sociologique** Guy Rocher

**Le droit et les valeurs** Liora Salter

IVAN BERNIER est professeur à la Faculté de droit, Université Laval, Québec.

ANDRÉE LAJOIE est professeur à la Faculté de droit, Université de Montréal.



**Commission royale sur l'union économique  
et les perspectives de développement du Canada**

ISBN 0-660-91539-1