- THEME N° 2 -

L'UTILISATION DES STANDARDS DANS LES NORMES JURIDIQUES :

TRAITES, CONSTITUTIONS, LOIS ET DECRETS, CONTRATS

THE USE OF "STANDARDS" IN THE GENERAL LEGAL NORMS :

TREATIES, CONSTITUTIONS, STATUTES, DECREES, CONTRACTS

Présidents de Séance

Chairmen

Matin : *M. le Doyen Louis FAVOREU*

Après-Midi : *Mme le Professeur Anna de VITA*

L'UTILISATION DES STANDARDS DANS LES TRAITES ET LES TEXTES PLURILINGUES

****

THE STANDARDS IN TREATIES AND MULTILINGUAL TEXTS

Par

A. YOKARIS
Professeur Agrégé à la Faculté de Droit d'Athènes
Département d'Etudes Internationales (Grèce)

A - LA NOTION DE "STANDARDS" DANS LES TEXTES INTERNATIONAUX

A la différence de la règle juridique qui est précise dans son application une fois réalisée la situation de fait qu'elle régit, le standard est plus vague, plus souple, il indique de quelle façon doit se faire l'appréciation juridique des faits, il fournit une méthode (1).

Dans les droits primitifs on ne trouve pas de notions générales, de standards. On ne trouve que des règles précises. Mais par la suite le droit a progressé par raisonnement. A partir de règles on a dégagé des notions plus générales, d'où l'on a procédé par déduction. On a posé des exceptions ; les formules synthétiques se sont recoupées et ainsi on a élaboré des systèmes logiques. Mais à l'apogée du développement d'un système juridique on utilise un instrument de travail beaucoup plus savant : c'est le standard, règle directrice : "une formule générale comprenant des critères généraux pour l'adoption d'une ligne de conduite qui permettrait une certaine liberté d'action et des possibilités pour une adaptation beaucoup plus souple aux circonstances variables, exemple : la notion générale de "raisonnable".

Le standard juridique, que ce soit en droit interne ou en droit international, est le procédé qui permet à l'organe d'application du droit de prendre en considération le type moyen de conduite correcte pour la catégorie d'actes qu'il s'agit d'apprécier juridiquement (2).

Les comportements rendus obligatoires par le droit, interne ou international, s'expriment par un verbe, un adjectif ou un adverbe qui laissent une marge d'appréciation plus ou moins importante au destinataire de la norme, individu, Etat ou organe d'application, interne ou international : "péril imminent", "notion de raisonnable", "notion d'équitable", "état de nécessité", "bonne foi", etc. ... (3). Le but est de laisser une marge de manoeuvre ou d'appréciation à ceux qui devront appliquer la règle. On parle à propos de règles de ce genre de "directives" ou de "standards".

(1) Sur ces deux notions v. J. Maury, Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives, in Recueil Lambert, t. I, Paris 1938, p. 421.
(2) Voir à ce sujet l'analyse du Professeur André Tunc, Standards juridiques et unification du droit, in Livre du Centenaire de la Société de Législation Comparée, Paris 1971, p. 105 ss.
(3) Sur les problèmes de qualification qui en résultent, v. J. Salmon, Le fait dans l'application du droit international, in R.C.A.D.I. 1982, II, p. 277.

B - LES "STANDARDS" INTERNATIONAUX EN TANT QUE "CONSTANTES" EN DROIT

Cette orientation de technique juridique dans la formation des textes est plus particulièrement importante dans le domaine des relations externes des Etats, domaine où la standardisation du droit international est une conséquence naturelle et la tendance vers l'internationalisation de notions juridiques, concepts, principes et standards s'accentue. Les notions juridiques dépassent aujourd'hui largement les frontières nationales.

Ce sont les exigences de justice et de sécurité qui sont invoquées pour expliquer le recours systématique du droit, surtout du droit international, à la généralité : traiter de la même manière des cas semblables car, de plus en plus, aujourd'hui, nous nous trouvons en face de problèmes communs, surtout en milieu international.

Ces problèmes communs correspondent à des éléments communs dans les différents systèmes juridiques, en droit interne, en droit international uniforme ou en droit international public, qui représentent des constantes en droit.

Aujourd'hui, par un examen comparatif approfondi, on peut constater l'existence d'éléments communs, de concepts, de principes et de standards, qui apparaissent comme des constantes en droit, indépendamment du contenu normatif des institutions juridiques et des systèmes socio-politiques ; et c'est cette existence d'éléments communs qui permet l'utilisation de formules générales dans les textes internationaux, ce qui facilite le mouvement pour l'unification du droit international et l'application uniforme des textes conventionnels.

A cet effet, il faudrait préparer un système homogène et complet de notions générales. Ces notions doivent être générales pour qu'elles puissent être valables pour toute connaissance concrète du contenu du droit (privé, public, international). C'est pour cela qu'on peut appeler ces notions des "notions formelles" et, dès lors, distinguer entre le contenu et la forme abstraite du droit.

L'utilisation de formules générales est due au fait que le droit, essentiellement le droit de la famille romaniste -héritière de la science juridique gréco-romaine- a progressé par raisonnements : à partir de règles on a dégagé des notions plus générales sur la base d'inductions et de déductions logiques. Ce processus de "scientification du droit" a atteint son apogée lors de sa reprise en main par les écoles juridiques rationalistes. L'élaboration systématique du droit -à laquelle elles se sont consacrées suivant les règles de stricte logique juridique- aboutit à la présentation de

ce dernier comme un système rationnel composé de règles directrices sous forme de concepts, de principes et de standards.

Les concepts sont donc des abstractions dégagées par un long travail de synthèse de la masse des situations qu'il s'agit de régir et comprenant les quelques traits constants et caractéristiques qui sont nécessaires pour que leur application se déclenche.

Car le formalisme étant inhérent à toute construction conceptuelle, c'est l'autonomie relative des éléments de superstructure face aux conditions sociales et économiques qui fait des concepts des éléments de continuité à travers les systèmes socio-politiques, qui fait d'eux des constantes exerçant, dans leur autonomie relative, une action directrice sur les éléments de l'infrastructure des textes conventionnels, donc, sur le contenu concret des règles.

De ce point de vue, le concept en tant que constante ne serait que l'expression en droit de la logique juridique formelle et sous cet angle nous pouvons le concevoir comme étant antérieur, en tant que forme, au contenu concret du droit.

En effet, sans les concepts, un système de droit ne saurait être pensé. Si, parvenu à un certain degré d'abstraction, le concept est le bilan du passé, il peut être également une anticipation sur l'avenir. Ceci parce que, même s'il résulte d'idées préconçues, il peut par la suite mener une vie autonome et par voie d'interprétation évoluer en sorte que des situations futures puissent être comprises dans sa prévision normative. Cela est plus particulièrement important en droit conventionnel international, système qui se caractérise par l'absence -ou presque- d'organes centralisant le processus de la production normative et le contrôle de l'application des règles conventionnelles.

Le formalisme dans la formation des concepts s'atténue par une approche plus pragmatique de ce processus, due au fonctionnalisme juridique. Cette approche reflète l'idée qu'il serait possible de construire des infrastructures juridiques conventionnelles dont la cohérence et l'uniformité seraient assurées par l'existence de "constantes fonctionnelles" dégagées au moyen d'une analyse fonctionnelle des institutions. Les concepts ainsi dégagés répondraient à la standardisation de plus en plus poussée de la vie internationale et par conséquent rendraient compte de la standardisation croissante du droit international.

Car les concepts, les notions juridiques, tout ce qui est à la base d'une institution juridique, apparaissent à l'occasion d'une expérience d'autrui et des "choses", expérience qui a lieu dans le concret et non pas dans l'abstrait.

Néanmoins, ces concepts et ces notions juridiques, bien qu'ils représentent le contenu normatif d'une institution et

doivent rendre compte de son contenu substantiel, gardent une certaine indépendance par rapport à ce dernier et c'est cette indépendance relative de leur forme qui leur permet de parvenir à un certain degré d'abstraction, d'être le bilan du passé mais de posséder, également, une force d'anticipation sur l'avenir.

C - L'AUTONOMIE DES "PRINCIPES" AU SEIN D'UNE REGLEMENTATION CONVENTIONNELLE

Les principes, au sein d'une réglementation conventionnelle, ce sont des impératifs un peu plus généraux que l'on peut induire d'un ensemble de règles. Ceux-ci sont des propositions premières dégagées par un lent travail d'inductions particulières ; par la voie déductive, ils peuvent par la suite être appliqués à des situations concrètes qui ne sont pas expressément réglées par le droit positif du texte conventionnel.

Ainsi conçus, ces principes ne sont que des normes juridiques formulées à un niveau d'abstraction très élevé et, dès lors, ils constituent, par leur combinaison, l'ensemble des propositions directrices auxquelles, tant la structure que le développement du système normatif d'une convention internationale, sont subordonnées.

Cependant, l'utilisation des standards, concepts, principes, directives, à raison même du caractère imprécis de leur contenu, introduisent dans tout problème de droit un élément inconnu qui risque d'affecter la cohérence et l'uniformité du texte conventionnel lors de son application.

La règle de droit international général, par exemple, qui dicte l'observation des "standards internationaux" pour le traitement des étrangers se caractérise par l'imprécision de la notion de "standards internationaux". Le problème se pose alors du choix à faire entre la certitude du droit et sa faculté d'adaptation. Dans un tel cas le consensus sur le contenu d'une notion générale se fera pas une approche comparative de la pratique internationale sur le standard utilisé dans chaque cas concret. Ce sera à la méthode comparative d'intervenir pour déterminer, par exemple, ce qui est exigé par l'obligation internationale générale de se conformer à des "standards internationaux" pour le traitement des étrangers.

Il en est de même dans le cas des articles 188 du Traité Euratom et 215 al. 2 du Traité C.E.E. qui prévoient qu'"en matière de responsabilité non contractuelle la Communauté doit réparer conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions". Or, la Cour de Justice des C.E.E. n'a pas essayé d'appliquer dans ce domaine

des principes communs aux Etats membres. Les juges communautaires ne se sont pas contentés d'une simple transposition en droit communautaire des principes nationaux en la matière car il serait absurde de procéder, pour découvrir les principes régissant la responsabilité non contractuelle des organes communautaires, à une superposition quasi-mécanique du droit de chacun des pays membres pour ne retenir que les éléments qui se recouvrent. La Cour a, au contraire, adopté une démarche comparative afin de rechercher des principes généraux en cette matière propres aux Traités eux-mêmes.

D - L'UTILISATION DES "STANDARDS" DANS LA TECHNIQUE JURIDIQUE CONVENTIONNELLE

L'utilisation des standards, concepts et principes dans les textes conventionnels a contribué de façon très positive à l'unification du droit sur le plan international par la formation de conventions internationales de droit uniforme et des textes moins contraignants comme les lois-modèles, les contrats-types et les textes comportant des "conditions générales" pour une certaine catégorie d'activité en milieu international, comme p. ex., en matière de transactions internationales commerciales.

D'autre part, dans les conventions internationales, réglant de rapports entre Etats, l'utilisation des "standards" est très complexe et peut servir de support à des finalités multiples.

La notion générale de "raisonnable" (concept de raisonnable) illustre bien les situations qu'on rencontre assez souvent et peut ainsi servir de "typologie".

1 - Au point de vue de la technique juridique

Le concept de "raisonnable" est utilisé par les sujets de droit international pour la création de normes juridiques (4) ; ce faisant, ils se déchargent de la responsabilité de déterminer le contenu sur ceux qui auront à appliquer la norme ou à trancher les litiges.

2 - En ce qui concerne les fonctions qu'elle remplit

a - La notion de "raisonnable" joue un rôle considérable, une fois insérée dans un texte conventionnel, dans le contrôle de l'exercice des droits, compétences ou pouvoirs reconnus à des individus ou aux Etats : contrôle, p. ex., des finalités ou des moyens utilisés pour aboutir à la fin proclamée par la règle

(4) Voir J. Salmon, Le concept de raisonnable en droit international public, in Mélanges P. Reuter, Pedone, 1981, p. 447.

("mesures raisonnables" (5), "limites raisonnables", "discrimination raisonnable").

b - La notion de raisonnable est un moyen d'appréciation de l'adéquation d'un comportement aux circonstances. Il est fréquent en effet qu'une convention n'impose une obligation que pour autant que cela soit raisonnable dans la pratique ("prévision raisonnable", "intervalles raisonnables", "quantités raisonnables").

c - Elle peut servir de moyen de trouver une limite dans le souci de limiter les compétences discrétionnaires que les Etats possèdent dans certains domaines ("dimensions raisonnables" (6), "délai raisonnable") (7).

d - Elle est aussi un moyen d'établir un équilibre entre des droits ou intérêts divergents des particuliers ou des Etats (8).

3 - En ce qui concerne le destinataire de la norme

a - Assez souvent, surtout dans les conventions internationales de droit uniforme, le destinataire est un particulier qui se voit conférer par le texte de la convention un droit (9).

b - Les Etats peuvent être aussi destinataires et la notion de raisonnable joue alors un rôle modérateur dans l'exercice des droits, pouvoirs ou compétences que la convention leur confère.

c - Les Cours internationales ou les tribunaux arbitraux sont aussi destinataires lorsque la notion de raisonnable est liée à la façon de rendre la justice (10).

(5) Voir, p. ex., l'art. 1 parag. 7 de la convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures du 29/11/1969 : "Mesures de sauvegarde signifie toutes mesures raisonnables prises par toute personne après la survenance d'un événement pour prévenir ou limiter la pollution".

(6) Voir, p. ex., l'art. 11 parag. 1 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques : "A défaut d'accord explicite sur l'effectif de la mission, l'Etat accréditaire peut exiger que cet effectif soit maintenu dans les limites de ce qu'il considère comme raisonnable et normal eu égard aux circonstances et conditions qui règnent dans cet Etat et aux besoins de la mission en cause".

(7) Voir, p. ex., l'art. 5 parag. 3 de la Convention de Rome de 1950 sur la sauvegarde des droits de l'homme : "Toute personne arrêtée ou détenue ... a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ...".

(8) Voir, p. ex., l'art. 2 de la Convention de Genève du 29/4/1958 sur la haute mer : "... Ces libertés ... sont exercées par tous les Etats en tenant raisonnablement compte de l'intérêt que la liberté de la haute mer présente pour les autres Etats".

(9) Voir, p. ex., l'art. 3 parag. 1 de la convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de transport de passagers par mer (Bruxelles 1961) : "... lorsqu'un transporteur est propriétaire du navire, il exercera une diligence raisonnable pour mettre et conserver le navire en état de navigabilité ...".

(10) Voir, p. ex., l'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du Détroit de Corfou (1949) : "... La preuve pourra résulter de présomptions de fait à condition que celles-ci ne laissent place à aucun doute raisonnable" (Recueil 1949, p. 18).

4 - En ce qui concerne l'organe chargé de la qualification

La qualification appartient, en première instance, aux organes de l'Etat concerné, surtout dans le cas des conventions de droit uniforme pour l'application desquelles ont normalement compétence les organes judiciaires internes.

La qualification peut aussi appartenir à des tribunaux internationaux dans la mesure où des conventions internationales leur reconnaissent une telle compétence.

E - LA PROBLEMATIQUE DE L'APPLICATION DE TEXTES INTERNATIONAUX CONTENANT DES STANDARDS OU DES FORMULES GENERALES

L'application de ces textes pose, sur le plan international et sur le plan interne, deux séries de problèmes. Sur le plan du droit international le problème qui se pose est celui de la portée juridique et de la force contraignante des textes contenant des engagements vagues et imprécis, à la suite de l'utilisation de formules générales. Sur le plan interne les problèmes se présentent au niveau de l'application de ces textes par les organes administratifs ou judiciaires, chargés de leur mise en oeuvre ou appelés à les interpréter et les appliquer.

1 - L'utilisation de formules générales du type, p. ex., "péril imminent", notion de "raisonnable", notion d'"équitable", "état de nécessité", etc., dans des textes internationaux réglant des rapports interétatiques répond à la volonté des Etats de limiter les contraintes auxquelles ils acceptent de se soumettre dans leurs rapports mutuels en les consignant dans des textes les engageant dans la moindre mesure du possible. Pour ce faire, ils ont recours à des modes de rédaction destinées à laisser au débiteur d'une obligation juridique le maximum de liberté d'appréciation du contenu de son obligation internationale ou interétatique et des circonstances dans lesquelles elle se met en oeuvre.

Le problème qui se pose alors est celui de la portée juridique et de la force contraignante en droit international des dispositions comportant des engagements stipulés dans des termes vagues et imprécis ou accompagnés de formules générales qui subordonnent l'exécution à l'appréciation subjective de circonstances non définies, au point où l'on se demande si ces dispositions, ainsi rédigées, ne seraient pratiquement pas dépourvues de toute force contraignante. En effet, des formules telles que "dans la mesure du possible", "s'il le juge approprié" ou "raisonnable", "pour autant qu'il l'estime compatible", "compte

du conditionnel permettent ainsi de vider une obligation internationale de toute sa substance (11).

Il faut dire aussi que ce problème se pose, surtout, en ce qui concerne les traités interétatiques traitant des questions bilatérales et non pas les conventions internationales multilatérales conclues au sein d'une organisation internationale concernée et sous le contrôle de ses organes, organes qui peuvent avoir aussi des compétences juridictionnelles. Par contre, dans le premier cas, on se trouve en présence d'engagements bilatéraux dont la mise en oeuvre dépend d'une appréciation subjective ou dont l'exécution est subordonnée à une telle appréciation.

Néanmoins, il faut dire que, même dans ce deuxième cas, un traité en vigueur, soumis à la règle "pacta sunt servanda", constitue toujours un texte de portée juridique, même s'il ne contient que des dispositions vagues, pratiquement dépourvues de force contraignante. Ce sera à l'interprète -organe interne ou international- appliquant le principe de l'effet utile des textes conventionnels, de faire apparaître les droits et obligations que les parties contractantes ont entendu créer en adoptant la forme du traité. Car, dès lors que les parties ont recouru à un instrument qui a le caractère d'un traité, au sens de l'art. 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il ne devrait plus y avoir lieu de se demander si telle ou telle disposition dudit instrument est revêtue ou dépourvue de portée juridique. De l'art. 26 de la Convention de Vienne il ressort clairement qu'aucune distinction n'est à faire en ce sens et que toutes les dispositions d'un traité sont soumises à la règle "pacta sunt servanda" et ont, donc, une portée juridique. Toute autre solution risquerait de déstabiliser les relations contractuelles internationales (12).

Ceci est vrai pour les dispositions dans des traités bilatéraux qui comportent des obligations de négocier, de consulter ou de coopérer. Ceci est vrai également pour les engagements pris sous réserve discrétionnaire. Ces engagements n'ont peut-être pas un contenu très précis. Insérés, cependant, dans un traité international ils sont soumis à la règle "pacta sunt servanda". Il en est de même pour les formules générales insérées dans des "mémoires d'entente" ou des "déclarations d'intention" : pour le peu qu'elles obligent, ce sont des obligations juridiques qu'elles créent (13).

(11) Voir à ce propos le Rapport du Professeur M. Virally à la session de Cambridge de l'Institut du Droit International, La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique, in Annuaire de l'I.D.I., 1983, p. 284 ss.
(12) Voire en ce sens, Virally, op. cit., p. 302.
(13) Voir en ce sens, Le Fur, Précis de droit international public, 3e éd. 1937, parag.

2 - Sur le plan interne, les problèmes qui se posent concernent, d'une part, l'interprétation par les organes juridictionnels des conventions internationales de droit uniforme et, d'autre part, l'application des traités de caractère plus politique réglant, dans un cadre bilatéral ou multilatéral, des rapports entre Etats.

Pour ce qui est des textes conventionnels d'unification du droit, il faut observer que leur application uniforme en droit interne peut être altérée par des interprétations divergentes des tribunaux nationaux si les formules générales utilisées, concepts, principes et standards ne correspondent pas, au point de vue de leur contenu, à des notions générales similaires du droit interne ou si, de façon consciente, elles sont interprétées différemment dans le but de rapprocher ou de rendre compatibles les dispositions de la convention de droit uniforme avec la politique législative interne sur la même matière, poursuivie par le législateur national et appliquée par les tribunaux.

Cet objectif peut être atteint d'autant plus facilement qu'un grand nombre de textes conventionnels d'unification du droit sur une matière donnée, p. ex., droit du travail, n'ont pas un caractère self-executing et, donc, leur mise en oeuvre sur le plan interne nécessite la prise de mesures nationales, administratives ou législatives. Dans ce cas, l'ambiguïté de leurs dispositions, du fait de l'utilisation de formules générales, est sujette à l'"interprétation correctrice" soit du législateur, soit de l'organe administratif chargé de leur application (14).

Les mêmes observations peuvent être faites en ce qui concerne les conventions internationales de caractère plutôt politique.

Dans le cas du recours à des formules générales, lors de la négociation et de la rédaction du texte, l'ambiguïté qui en résulte sert de façon légitime l'interprétation "gouvernementale" du texte conventionnel, surtout si cette ambiguïté a été délibérée. Le gouvernement concerné, devant appliquer la convention qu'il a conclue, se trouve alors devant plusieurs options interprétatives et il est de pratique courante qu'il cherche à tirer profit de l'ambiguïté des dispositions du texte en vue d'altérer le sens et l'étendue des obligations qu'il a assumées.

Ceci est plus particulièrement fréquent dans le cas des traités bilatéraux qui comportent des obligations de coopérer. Cette catégorie de traités, en effet, n'a pas de caractère self-executing car leur application dépend de la prise au niveau

44, O. Schachter, The twilight existence of non-binding international agreements, in A.J.I.L. 1977, p. 296.

(14) Voir Lacharière, La politique juridique extérieure, Economica, Paris 1983, p. 108.

national de mesures complémentaires, administratives ou législatives. Leur mise en oeuvre, donc, la nature et l'étendue des mesures à prendre, dépendent d'une appréciation subjective de l'Etat qui s'est engagé, qui conserve donc une grande liberté lors de l'exécution de son engagement, pour déterminer de façon unilatérale l'étendue de ses obligations et, même, d'apprécier discrétionnairement si les circonstances actualisant son obligation sont ou non survenues.

APERCU DES STANDARDS DANS LA LEGISLATION BILINGUE DU CANADA

****

THE STANDARDS IN BILINGUAL TEXTS IN CANADA

Par

Michel SPARER
Conseil de la langue française (Québec)

La réalité politique et institutionnelle canadienne est complexe. La structure fédérale du pays affronte, en plus des difficultés inhérentes à ce système, le défi de faire vivre ensemble deux peuples porteurs d'une histoire et d'aspirations distinctes, et de leur faire partager les mêmes lois, la même programmation politique.

Le défi est d'autant plus remarquable que les deux peuples fondateurs du Canada moderne sont les héritiers de deux grands courants de civilisation bien distincts par leurs traditions, leurs valeurs, leurs cultures et leurs langues.

Si bien que la constitution du Canada a évité depuis 1867 de nombreux problèmes en se limitant à fixer un minimum de règles d'ordre fonctionnel pour la bonne marche des institutions. En 1982, puis en 1987 la constitution fut modifiée. La principale modification de 1982 (1) consista entre autres choses à introduire une Charte des droits et libertés. On le devine déjà, il ne s'agissait plus seulement de la forme de l'Etat, de la dévolution des pouvoirs et encore moins de leur exercice. Point de quorum, de mode de scrutin ou d'autres mécanique démocratique ou administrative. La constitution s'intéresse désormais à la liberté de conscience et de religion (freedom of conscience and religion, al. 2a), à la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression (freedom of thought, belief, opinion and expression, al. 2b), à la liberté de réunion pacifique (freedom of peaceful assembly, al. 2c) et à la liberté d'association (freedom of association, al. 2d).

Le texte suprême s'intéresse aussi au droit à la liberté (right to liberty, art. 7) au droit à l'égalité (equality right, art. 15).

Autant de notions déjà connues comme figurant dans des déclarations, des conventions internationales et des lois (2). Ce qui en fait le poids particulier au Canada, depuis 1982, est la conjonction de trois caractéristiques.

1 - Les droits et libertés sont déclarés.

2 - Ils le sont dans le texte même de la constitution.

3 - Les tribunaux judiciaires sont compétents au Canada pour juger de la compatibilité des lois avec la constitution. Ils peuvent déclarer nulle une disposition législative qu'ils jugent incompatible.

Ainsi, on peut demander à un tribunal judiciaire de déclarer la non-validité d'une loi à raison de son incompatibilité avec les droits et libertés garantis par la Charte canadienne des droits et libertés désormais située au niveau constitutionnel.

(1) Loi constitutionnelle de 1982.
(2) Le Québec a depuis 1975 une Charte des droits et libertés de la personne (L.Q. c. C-12).

Or, les Canadiennes et Canadiens sont assujettis à plusieurs dizaines de milliers de pages de législation qui constituent autant de contraintes et de protections. Il suffit donc que la législation comporte une disposition allant à l'encontre d'un droit ou d'une liberté garantis par la constitution pour qu'un tribunal anéantisse cette disposition.

A peine Sa Majesté Elizabeth II avait-elle inauguré la nouvelle loi constitutionnelle à Ottawa en avril 1982, les Canadiens et Canadiennes frappaient à la porte des tribunaux pour donner l'assaut aux lois qu'ils estimaient incompatibles avec ces droits ou libertés.

Ainsi a-t-on vu, à titre d'exemple, une multinationale du jouet invoquer avec succès sa liberté d'expression pour faire déclarer nulle une disposition de la Loi sur la protection du consommateur (3) du Québec qui interdisait la publicité destinée aux personnes de moins de 13 ans. Le législateur québécois avait estimé avisé et légitime en 1978 de protéger ainsi ses enfants contre une publicité qui très souvent les sollicitait de façon abusive en profitant de leur capacité insuffisante de juger des qualités ou de l'utilité des produits vantés (4).

La liberté d'expression a également été invoquée avec succès pour annuler deux dispositions québécoises prescrivant, avec de très larges exceptions, l'unilinguisme français dans la publicité commerciale, l'affichage public et les raisons sociales (5). Troisième exemple (la liste serait interminable). Plusieurs tribunaux canadiens ont été récemment saisis de demande d'invalidation d'un article récent du code criminel (195.1) qui, en substance, interdit qu'on communique sur la voie publique en vue d'offrir ou de recevoir des services sexuels.

La raison invoquée était que cet article serait incompatible avec la liberté d'expression, qu'il entraverait la liberté d'association, toutes deux reconnues par la constitution canadienne et qu'il porterait atteinte au droit fondamental de gagner sa vie. Plusieurs tribunaux ont, chacun à sa manière, fait droit à cette prétention. L'un d'eux l'a fait sans partage (6), un autre indiquant pour sa part que l'article du Code criminel ne pourrait être mis en oeuvre qu'au cas où l'activité de communication entre "l'offre et la demande" engendrerait l'achalandage ou le désordre public que cette contrainte est censée prévenir (7). La question sera, comme les autres, tranchée par la Cour suprême.

(3) L.Q. c. P-40-1, article 248.
(4) Irwin Toy Ltd c. Procureur général du Québec (1986) R.J.Q. 2441 (C.A.).
(5) Procureur général du Québec c. Chaussures Brown's (1987) R.J.Q. 80 (C.A.).
(6) La Reine c. Dorman Skinner (1987) 58 C.R. (3d) 137.
(7) Lina Marie Stagnitta c. la Reine (1987) Cour d'appel d'Alberta.

Nous n'entrerons pas dans le détail des argumentations sur la portée de ces standards en contexte.

Signalons simplement, à titre d'exemple, que pour les uns, la liberté d'expression couvre la liberté d'opinion et ne s'étend pas de façon absolue au choix des moyens et de la langue de communication. Pour les autres, la liberté d'expression ne permet pas d'imposer par la loi la langue du message. Pour certains enfin, la liberté d'expression appliquée au message commercial aurait pour corollaire les droits des destinataires du message.

Quoi qu'il en soit, l'Etat fédéral, de même que les dix Etats provinciaux ont entrepris de passer leurs législations respectives au peigne fin pour débusquer et anéantir les dispositions qui seraient contraires à la Charte canadienne des droits et libertés. Les Canadiens et Canadiennes n'ont pas voulu attendre, comme on l'a vu, la fin de cette fastidieuse révision pour demander aux tribunaux d'invalider les dispositions qu'ils ou elles avaient déjà repérées comme étant contraires à la constitution.

Une opération de cette envergure comporte à notre avis au moins deux effets sur la connaissance et l'état du droit. D'une part, le délai de révision et de réforme laisse planer l'incertitude sur la validité de certaines dispositions. D'autre part, la révision judiciaire entraîne une double évaluation : l'interprétation de la loi contestée mais surtout, l'interprétation des droits, et libertés au nom desquels on conteste la loi.

Il va de soi que l'interprétation de la portée de ces standards est un exercice qui, s'il n'est pas nouveau, reste complexe et surtout aléatoire. On aura donc deviné que le droit revu et corrigé à la lumière de la Charte canadienne et de ses nombreux standards n'est pas pour demain.

Le constituant de 1982 semble avoir perçu les inconvénients de l'indétermination des contours de ces standards que sont les droits et libertés en cause. Il n'est pas allé jusqu'à en donner une définition quelconque, solution irréaliste s'il en fût. Il a plutôt introduit deux dispositions prévoyant la limite ou la suspension de ces droits et libertés.

> **Article 1** : La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique (8).

Cet article, on peut le constater, n'aide en rien à préciser les contours de ces droits et libertés. Il ne fait que permettre un

(8) Loi constitutionnelle de 1982.

dialogue au terme duquel les tribunaux judiciaires décideront jusqu'où peut aller le législateur. Loin de décrire l'étendue des droits et libertés de la Charte, l'article premier apporte lui-même à notre débat son lot de standards puisqu'il parle de limites *raisonnables* dont la *justification* puisse se démontrer dans le cadre d'une *société libre et démocratique*.

La deuxième disposition (9) permet au fédéral ou à une province de suspendre pour cinq ans la garantie de certains droits ou libertés protégés par la Charte canadienne. Cet article, marqué par l'exceptionnel ou la force majeure, n'offre pas d'intérêt pour notre propos. Il est malheureusement trop clair.

Dernier exemple de l'incursion du flou dans la constitution en 1982.

> **Article 27** : Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens (10).

Au-delà d'une formulation malaisée, les concepts en cause ne renseignent pas précisément sur la balise que semble installer l'article. N'y a-t-il pas, au contraire, accumulation d'incertitudes. Qu'entend-on par promouvoir le maintien ? Promouvoir la valorisation ? Qu'est-ce au juste que le patrimoine multiculturel ? La combinaison de ces interrogations est sans limite.

On aurait pu croire que le recours aux notions floues resterait l'apanage du constituant. Ce ne fut pas le cas et, à la lecture du récent projet de loi sur le maintien et la valorisation du multiculturalisme au Canada, on a dû se résoudre à constater que les méthodes du droit étaient en train de changer. En effet, si jusqu'à très récemment on s'accordait à penser que la règle était d'autant plus générale qu'on se trouvait haut dans la hiérarchie des textes, le législateur fédéral a réussi à être plus flou dans la loi que dans la constitution. Citons à grands traits deux articles centraux du projet de loi :

> **Article 3** : "La politique du gouvernement fédéral en matière de multiculturalisme consiste à :
> a) sensibiliser la population ...
> b) sensibiliser la population,

(9) Article 33 : (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte. - (2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte. - (3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur. - (4) Le Parlement ou une législateur peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1). - (5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4).

(10) Loi constitutionnelle de 1982.

c) promouvoir la participation entière et équitable des individus et des collectivités de toutes origines à l'évolution de la nation et au façonnement de tous les secteurs de la société,
d) reconnaître l'existence de collectivités dont les membres partagent la même origine,
e) faire en sorte que ...
f) encourager et aider,
g) promouvoir la compréhension ...
h) favoriser la reconnaissance et l'estime réciproque ...
Article 4 : Le ministre suscite et encourage la coordination de la mise en oeuvre de la politique canadienne du multiculturalisme" (11).

Le reste de la loi est du même genre c'est-à-dire qu'elle se limite à des déclarations et à des dispositions énonciatives d'objet.

Autre et dernier exemple du débat et de l'incertitude que peuvent provoquer les notions floues au sein d'un texte constitutionnel : celui de la liberté d'association (12).

A priori, peu nombreux sont ceux ou celles qui nourrissent des doutes sur le sens et l'objet de cette liberté. Le contexte historique et sociologique de son émergence conduit à s'en faire une idée assez claire. Toutefois, depuis qu'elle figure parmi les libertés qu'on a choisi de doter d'une garantie constitutionnelle, on assiste à un nombre croissant de recours judiciaires dans lesquels on brandit la liberté d'association pour obtenir du tribunal qu'il déclare inopérante telle ou telle disposition qui empêche les Canadiennes et Canadiens de s'associer ? Loin de là. Nombreux sont les cas où on entend renverser une législation qui conduit ou contraint à s'associer. Dans certains cas également on invoque la liberté d'association pour permettre de constituer une association ou un syndicat distincts de ceux déjà en place. Ailleurs, il s'agit de permettre la désaffiliation d'une centrale syndicale. Autant d'initiatives auxquelles s'opposent, bien sûr, les associations ou syndicats déjà constitués et qui revendiquent par exemple la représentation exclusive de travailleurs et travailleuses dans un milieu ou une entreprise donnés.

Tels spécialistes d'un profession libérale désirent constituer une unité autonome de négociation afin de ne pas se trouver représentés par la coalition des professionnels de leur domaine ; tels commerçants refusent que la loi les force à s'associer avec les commerçants de leur quartier aux fins de promotion du quartier et refusent surtout d'acquitter la cotisation correspondante ; tels

(11) Projet de loi C-93, Ottawa 1987.
(12) Charte canadienne des droits et libertés, Lois constitutionnelle de 1982, al. 2 d).

travailleurs se plaignent que l'exigence d'adhésion à un syndicat pour accéder à un emploi d'une entreprise donnée brime leur liberté d'association ... Au Canada comme aux Etats-Unis, il est fréquent de devoir cotiser à un syndicat pour occuper un emploi. Dans le fonction publique du Québec par exemple, l'adhésion à un syndicat n'est pas obligatoire mais la cotisation l'est et est même retenue à la source. La liste serait longue des cas où on invoque la liberté d'association pour refuser de s'associer.

Il serait étonnant que cette grande parmi les grandes libertés publiques ait été conquise pour permettre de ne pas s'associer. Les tribunaux assaillis de demandes de ce genre ont déjà répondu par exemple que l'objet de cette garantie était à l'évidence de protéger l'individu contre l'isolement et de lui permettre d'unit ses forces à celles d'autres afin de promouvoir des intérêts communs.

En l'occurrence, on veut se soustraire au besoin d'appartenir à une association et, lorsque la loi, pour des raisons d'intérêt public, exige qu'il y ait association, on attaque la validité constitutionnelle de cette loi pour incompatibilité avec la liberté d'association garantie.

Si l'on faisait droit aux prétentions des uns et des autres, il faudrait voir dans la liberté d'association notamment la liberté de créer une association et la liberté d'adhérer, mais également la liberté d'en partir, la liberté d'accéder à un emploi sans faire partie d'une association, la liberté de créer des associations parallèles, concurrentes ou dissidentes, etc. ... Autant de questions pour celui qui n'avait jamais pensé que la liberté de s'associer garantie par la constitution servirait à combattre les structures ou règles que la société s'est données pour promouvoir l'union des forces.

Cela pose bien sûr le problème général du volet négatif des libertés garanties par la constitution : un témoin peut-il invoquer la liberté d'expression pour refuser de témoigner ? Vaste débat en perspective.

Il faudra attendre, que les tribunaux sculptent, là encore, l'édifice social.

LA REFORME CONSTITUTIONNELLE DE 1987 (13)

En mai 1987 les onze premiers ministres du Canada sont convenus d'un nouvel ajout à la constitution canadienne ; ce furent les accords du Lac Meech. Cette réforme apporte aussi son lot de notions floues agencées en série et qui constituent sans doute un défi au talent d'interprètes des tribunaux.

(13) Modification constitutionnelle de 1987 (en cours de ratification).

On introduit deux dispositions destinées à l'interprétation de toutes la constitution.

La première de ces dispositions "reconnaît" comme une caractéristique fondamentale du Canada le fait que des Anglophones et des Francophones coexistent partout au Canada (14).

La seconde de ces dispositions "reconnaît", qu'au sein de ce Canada bilingue, le Québec constitue une société distincte (15).

Le texte attribue au fédéral et aux provinces le "rôle" de protéger la dualité linguistique fondamentale du Canada et confie au Québec le "rôle" de protéger et de promouvoir son caractère distinct (16).

S'il est clair que les "rôles" sont dans le prolongement logique des "reconnaissances" il n'en reste pas moins que le "rôle" est une notion floue. Ces rôles confèrent-ils des droits ou des obligations ? Confèrent-ils des pouvoirs ou des compétences législatives au fédéral ou aux provinces ?

Les uns comme les autres ne tenant pas, pour des raisons différentes, à ce que ces "rôles" nouveaux modifient la répartition des pouvoirs entre le fédéral et les provinces, on dut ajouter une quatrième disposition (17) pour indiquer que les reconnaissances et les rôles ne doivent pas être interprétés comme conférant d'autres pouvoirs que des pouvoirs existants.

Voilà donc le constituant contraint de veiller à l'interprétation d'un article d'interprétation qui contient lui-même des notions floues. La question est d'autant plus préoccupante que ce dispositif sert à l'interprétation de toute la constitution. Nous passerons sur le fait que l'ensemble des dispositions d'interprétation que nous venons d'évoquer fait à son tour l'objet d'un article (16) qui indique que les dispositions relatives à la dualité linguistique du Canada et au caractère distinct du Québec

(14) Loi constitutionnelle de 1867, al. 2 (1) a) (en cours de ratification).
Article 2 : "(1) Toute interprétation de la Constitution du Canada doit concorder avec :

- a) la reconnaissance de ce que l'existence de Canadiens d'expression française, concentrés au Québec mais présents aussi dans le reste du pays, et de Canadiens d'expression anglaise, concentrés dans le reste du pays mais aussi présents au Québec, constituent une caractéristique fondamentale du Canada ;
- b) la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte.

(2) Le Parlement du Canada et les législatures des provinces ont le rôle de protéger la caractéristique fondamentale du Canada visée à l'alinéa (1) a).
(3) La législature et le gouvernement du Québec ont le rôle de protéger et de promouvoir le caractère distinct du Québec visé à l'alinéa (1) b).
(4) Le présent article n'a pas pour effet de déroger aux pouvoirs, droits ou privilèges du Parlement ou du gouvernement du Canada, ou des législatures ou des gouvernements des provinces, y compris à leurs pouvoirs, droits ou privilèges en matière de langue".
(15) Idem, al. 2 (1) b) (en cours de ratification).
(16) Idem 2 (2) et 2 (3) (en cours de ratification).
(17) Cf. texte cité note 14, parag. 2 (4).

ne peut être interprétées comme limitant en substance la protection dont jouir le patrimoine multiculturel du Canada (le revoilà) (18).

Bilan. Une disposition d'interprétation qui nécessite elle-même deux dispositions d'interprétation.

LA LOI SUR LES LANGUES OFFICIELLES (19)

Dans le prolongement immédiat de son rôle de protéger la dualité linguistique canadienne, le parlement fédéral a adopté un projet de loi dont l'objet principal est de promouvoir dans l'ensemble de la société canadienne l'égalité de statut et d'usage de l'anglais et du français.

Première difficulté ; on l'aura deviné : le concept d'"égalité" de statut et d'usage. Il s'agit bien sûr d'un objectif ; celui d'un bilinguisme symétrique et équilibré. Or, la société canadienne n'est à cet égard ni symétrique ni équilibrée puisque les francophones sont minoritaires au Canada (25 %) (et très minoritaire sur le continent américain (2 %)). comble de malchance, le législateur fédéral a choisi de ne protéger que les minorités provinciales. Cela exclut de cette protection les 5,5 millions de francophones du Québec puisqu'ils sont majoritaires dans la province. Dès lors, c'est la minorité anglophone que le fédéral entend protéger au Québec. De plus, promouvoir l'égalité de statut et d'usage des langues dans une province à 85 % francophone revient à promouvoir l'anglais c'est-à-dire la langue de 300 millions de personnes autour de nous. Lorsqu'on connaît les tendances assimilatrices qui s'exercent sur les langues minoritaires, l'objectif d'égalité des langues aboutit, en renforçant l'anglais, à compromettre les chances du français au Québec.

Le concept d'égalité de statut et d'usage a en effet conduit le législateur fédéral vers l'optique surprenante d'*égalité de mesures* alors qu'on aurait attendu un *objectif d'égalité* commandant des mesures asymétriques. L'idée n'est pourtant pas nouvelle et la Cour suprême du Canada le rappelait en 1985 dans une décision relative à la liberté de religion : "La véritable égalité peut fort bine exiger qu'elles (les religions) soient traitées différemment (...). Le sens d'un droit ou d'une liberté garantie par la Charte doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie" (20).

Comme on peut le constater, qu'il s'agisse de la liberté d'association ou de la notion d'égalité, l'esprit n'est pas encore rompu à l'exercice nécessaire de définition de ces concepts. On

(18) Modification constitutionnelle de 1987, article 16.
(19) Projet de loi C-72, Ottawa, adopté en juillet 1988.
(20) La Reine c. Big M. Drug Mart Ltd (1985) 1 R.C.S. 295.

constate encore trop d'incertitude ou de flottement tant dans certaines lois qui recourent à ces concepts que chez les justiciables qui invoquent ces standards devant les tribunaux.

*

On n'a encore rien dit d'une autre problématique : celle de la présence de standards dans une législation bilingue. Les problèmes de concordance des textes français et anglais pourraient en effet s'ajouter à ceux que nous venons d'évoquer.

S'agissant toutefois de standards, le risque d'écart d'une langue à l'autre est moins apparent. En effet, les concepts en cause sont plus englobants, moins délimités. La non coïncidence des contours sémantiques est donc moins visible. La dérive peut néanmoins se produire. Elle a d'ailleurs d'autant plus de chance de se produire que les concepts sont largement indéterminés dans chacune des langues et qu'ainsi, la vérification de concordance est difficile.

Par ailleurs, il s'agit, comme nous l'avons vu, de notions chargées de valeurs morales et culturelles avant d'être des notions juridiques. Or, derrière les deux langues du Canada, on trouve deux grandes cultures qui comportent chacune un système de valeurs bien distinct. Ces valeurs continuent de se transformer et de perpétuer leurs différences en fonction de la transformation culturelle de chacune des deux sociétés. Le fait qu'elles soient arrimées au sein d'une loi bilingue suffit-il à garantir que leur évolution sera désormais parallèle ou liée en tant que valeur au sein des deux sociétés ?

Est-ce par hasard ou par la force des faits que le Québec a réclamé de se faire reconnaître société distincte dans le texte même de la constitution ? Les exemples ne manquent pas de problèmes de société sur lesquels francophones et anglophones ne portent pas le même regard.

On peut toutefois repérer deux facteurs de rapprochement, de compromis ou de nivellement.

- Il existe un rapprochement progressif de certaines valeurs d'une société à l'autre au Canada, si ce n'est à l'échelle de l'Occident tout entier. Nous ne citerons pas toutes les causes et les effets de ces rapprochements. Il suffit de constater par exemple le nombre d'emprunts faits à la galaxie nord américaine, qu'il s'agisse de mots, de procédés ou même d'institutions. Il est clair que la mondialisation des moyens de communication et des moyens de production culturelle favorise la diffusion des idées. Elle fait également baisser la diversité culturelle en favorisant les modèles forts et surtout en érigeant en modèles virtuels les productions les mieux diffusées.

- Le second facteur de nivellement résulte sans doute de la récupération par la loi des grandes valeurs dont on vient de souligner la dimension culturelle. La présence de ces valeurs au centre de certaines législations constitutionnelles entraîne les tribunaux dans une entreprise complexe de délimitation et d'application concrète de ces standards. Les juges sont alors intronisés philosophes à part entière. Or, au Canada, la philosophie prépondérante est nécessairement celle de la Cour suprême. Cette Cour ne saurait fournir des interprétations différenciées des standards selon les deux grandes cultures du Canada. Le sens que leur donnera la Cour suprême s'imposera uniformément aux deux groupes culturels et linguistiques du Canada.

S'agira-t-il de solutions de compromis ou de l'interprétation inspirée par l'une des deux cultures ? Ou bien s'agira-t-il d'un oeuvre de création de la Cour suprême ?

Dans tous les cas, il restera à "vendre" la solution retenue aux groupes sociaux concernés.

THE OBJECTIVES OF THE E.E.C. AS STANDARDS OF THE EUROPEAN COMMUNITY LAW

****

LES OBJECTIFS DE LA C.E.E. COMME STANDARDS DU DROIT COMMUNAUTAIRE

By

Anastassios VERNARDOS
Vice-Advocate General, Supreme Court of Greece

I

Legal rules in terms of their objective dimension as standards of evaluation of conduct (1) are actually the safest methodological basis. However, legal standards do not cover the field of standards of appraisal fully (2). The indeterminacy due to unsettled law, in particular to standards in the narrower sense mentioned below, necessitates having recourse not only to the more stable parts of the system, but also to additional extra-legal standards. By virtue of this, the general social goals of the system can be considered as standards by which to evaluate the claim of rights (3). Equally we cannot disregard the interpretative value of the social aims of the given institution or set of rules or particular rule. Principles, on the other hand, differ from policies in that they are general standards. Moreover, even the above mentioned sorts of standards are not exhaustive of the totality of second order standards. So Dworkin speaks about other standards at the end of his own enumeration (4). Indeed, in the context of legal reasoning are also included other criteria known as guiding standards (5). Generally speaking, traditional standards in the broad sense are divided into first order standards and various implicit elements. It is a matter of more general interest if these elements are still another source of law (6).

The varied interpretative weight of the various subordinate standards must briefly be discussed for the purposes of this lecture. To begin with, the consequence of a concret social situation or relation is governed by a principle and thus a new norm in its entirety as condition and consequence comes into being. Accordingly and in view of the fact that principles are anyway accepted as part of positive law, the technique of transformating principles into complete norms is the same, whether the norm be a legal rule or original judge-made law. The principle of the judgment in the case Riggs v. Palmer (115 N.Y. 506, 22 NE 188, 1889), relying on the general principle that no one can profit by his own fraud (7), is practically equivalent to

(1) The term is used by Raz in analyzing the structure of rules (J. Raz, The concept of a legal system, 1980, pp. 22 ff.).
(2) Evaluation relates to conduct, appraisal to judicial decisions ; See H.L.A. Hart, Essays in Jurisprudence and Philosophy, 1983, pp. 105, 109.
(3) H. Bredemeier, Law as an intergrative mechanism, in W. Evan (Ed.) Law and Sociology, 1962, at 74.
(4) See R. Dworkin, The model of rules, 35, U. Ch. L. Rev. 14 (1967).
(5) Cf. M. Freeman, Standards of Adjudication (1973), C.L.P. (Current Law Problems) 166, T. Eckhoff, Guiding standards in legal reasoning (1976) C.L.P. 205.
(6) See generally H. Gross, Standards as law (1968-1969) A.S.A.L. (Annual Survey of American Law) 575.
(7) Dworkin, op. cit.

the art 1860 par. I of Greek Civil Code concerning unworthiness to inherit. Secondly, the same is not true of policies because political and social aims of law have no legal validity of their own. Yet, by contrast with principles, policies, if embodied in legislative acts, would acquire binding force though not to the degree to be equalized to complete norms. In the hypothetical case we are examining, social goals would become established standards tending to develop into law and operating differently than principles whereas from the latter do not evolve new social situations. That means also that conversely in view of the model we spoke of at the beginning, established objectives would be imagined to be the initial position while legal rules compensate their insufficiency.

The preceding somewhat long introduction was necessary. This is because the objectives of the more general and comprehensive among the three European Communities are perhaps the only standards occupying the middle area of rules manqués of the above described type. More specifically, the objectives of the E.E.C. are those laid down in the Preamble and in Art. 1-8 of the E.E.C. Treaty and supplemented by the rules of the same Treaty setting out the common policies. It can be said that the policies of the Community are just detailed objectives. This is notably apparent with regard to the objectives of the Common Agricultural Policy (8). All the same only partly fall the principle Art. 100 and 235 of the Treaty under this category. Lastly, the statements and declarations included in the European Unique Act of February 1987 simply emphasize the already expressed ideological foundations of the Community.

Below we will examine the influence the objectives of the E.E.C. exercise upon the construction of complete rules and the contribution of these objectives to the formation of judicial precedents. At the end some concluding comments will follow.

II

The role of the main aims of the E.E.C. as basis of interpretation is only ancillary and complementary. Principally are these goals the substratum of legal rules. True, the content of legislative material cannot be accurately predicted with the aid of mere generalisations that do not surpass the stage of potential law. On the contrary, implementation of Directives by the harmonisation of national law is predictable to a greater degree.

(8) On the description and origin of the objectives of the C.A.P. see A. Ries, L'ABC du Marché Commun Agricole, 1978, p. 81, F. Snyder, Law of Common Agricultural Policy, 1985, pp. 15 ff.

Explicit objectives of the law and law itself are, however, more intimately associated than the nature of things and the corresponding norms though they are more loosely associated than original and derived European legislation. Contiguously it is to be noticed that deduction of rules from legalized objectives is independent of degrees of formal validity.

From the standpoint of perfect and selfsufficient Community law, either primary or secondary, is significant the distinction between the foundations of the Community which constitute the so-called four liberties, (the interdiction of certain discriminations and restrictions), and the positive legislative practices promoting the policies of the Community. The distinction is of importance to the problem of indefinite legal concepts since the rules of the former kind are those mainly containing such concepts. But some explanatory notes concerning indeterminate legal concepts in general must be interpolated to facilitate the approach to the specific issue of ambiguous concepts of Community Law.

It is impossible to prophesy of each right outcome in its particularity. Hence the relevant rule is sometimes restricted to marking out an average type of conduct, parts of which are indefinite concepts (9). One of the reasons for defining laws of this kind as vague or open-ended standards is the fact that the focus shifts towards the indefinite concept (10). The rule as a whole gives in turn meaning to the confused concept (11). In conclusion, the descriptive part of the rule and the indeterminate concept are imseparable. Accordingly, it is justified to make use of the terms legal standards, general clauses and indefinite commands of law indiscriminately to denote the same thing (12). This interpretative basis offered by the more solid parts of the rule is, to be sure, missing 1) in rule-like standards, namely in respect of conceptions that refer to conduct rather autonomously, as in the case of the concept of due care or diligence, and 2) in discretionary standards. So much for standards in the strict sense on grounds of general aspect. Of course, standards in the strict sense are fundamentally met in open legal systems and this is especially true in the case of E.E.C. Law (13).

(9) The conception of standards in the strict sense as defined in the text converges by and large with the definitions given with slight differences by J. Farrar - A. Dugdyle, Introduction to Legal Method, 1984, pp. 8-9 (with reference to R. Pound), and by St. Rials in his work titled "Le juge administratif français et la technique du standard", Paris, 1980.

(10) J. Bell, Policy arguments injudicial decisions, 1983, pp. 38, 132, 219.

(11) Note the interesting remarks of S. Rials, Les standards-notions critiques du Droit, in "Notions à contenu variable en Droit", Bruxelles, 1984, pp. 39 ff.

(12) E. Castberg, Problems of Legal Philosophy, 1957, at. 85.

(13) See further H. Bauer-Bernet, Notions indéterminées en Droit Communautaire, "Notions à contenu variable etc...", op. cit., at 269.

Typical examples of standards in the context of Community law are the Art. 85 and 86 of the E.E.C. Treaty about competition and the rulings of Dir. 75/1975 setting out the criteria of permitted indirect sex discrimination in labour relations. But, as already implied, of crucial importance are the exceptions to the four liberties. To be more exact, the application of a basic freedom is specially excluded on the ground that 1) the relative activity is connected with the exercise of public autority or 2) public order or public health should be protected. In fact, only the first exception is totally independent of specific circumstances of the interested country. And further a distinct category of reservation clauses constitute the safeguard clauses classified to discretionary standards. We must conclude, therefore, that with regard to degree of certainty the clauses mentioned above under n° 2 stand between the first class of clauses and safeguard clauses.

Finally it has to be noticed that in so far as European Community legislation, original or derived, clear or open-ended, is dominated by the objectives of the Community, it is sometimes thought to be necessary a case enumeration of types of Companies according to the law of each member-state or of classes of lawyers etcetera in a special annex in order to reduce the impact of divergence of domestic legislations.

III

The way the objectives of the E.E.C. affect judicial decision-making is now to be dealt with in respect of viewpoints a) common to every legal system b) specific for international law and c) relating exclusively to the E.E.C. law.

1) A legal standard can qualify another legal standard of higher legal validity. This is the case of Reg. 17/62 in the field of competition and of Reg. 1612/68 that is more detailed as regards the freedom of establishment. Quite another matter is the shaping of judicial standards (standards jurisprudentiels as Rials calls them), although they represent a particular form of standards in the strict sense. On the other hand, judicial rule creation is either original of intermediate. In both cases judicial standards conduce to consistency of adjudication by limiting judicial discretion (14). Examples of such rules of reason give the decisions of the Court of Justice in the cases 43/74 (van Dynn), 48/74 (Charmasson), 120/78 (REWE), 52/79 (Coditel). The

(14) Rials, Le juge administratif, p. 207.

remaining uncertainty margin has to be covered with the aid of guiding standards. As has been seen above, the final phase in the process of individualisation is a matter of judicial law making in terms of reasonableness in the perspective that every standard is by definition ideal standard.

2) It may be said that in addition to the vertical or internal dimension of selfdetermination of law, private international law possesses also an horizontal or external dimension of development to the direction of uniformity of elements common to differing legal orders. In furtherance of this view it has been suggested that indefinite concepts of international law ought to be uniformly interpreted by an international court (15). This suggestion has been materialised in the realm of legal order of the Community whereby elements of international law have been preserved. Apart from the concepts already mentioned, the principle of uniform interpretation applies also to the rest of abstract concepts of European law such as the concept of undertakings. Only on rare occasions is the interpretative difficulty a complex of terminology differences met in a multilingual text and difference between systems. In that event, if the problem has not authoritatively found its solution, the only way out is the remedial intervention of the Court. For instance, the Court of Justice of the E.E.C. held in case 30/77 (Bouchereau) that the terms dispositions, measures and Vorschriften are notionally identical and further that all of them comprise expulsion. It is noteworthy that unification in terms of case law is also expressed by the assumption that general principles of law are source of European law to the extent that they are common to the legal orders of all Member - States. That applies, for example, to the principle of proportionality in taking administrative measures.

3) The substantive side of the particular subject we are considering here is the more approximate to the specific content of the objectives of the Community. The action of these objectives is both direct and indirect.

First, the objectives of the E.E.C. are by virtue of their own nature constitutional standards conducting directly the interpretation of rules determined exactly by these objectives. As it has been pointed out by an eminent writer, the principles of equality, non-discrimination, liberty, solidarity and unity are interpretative principles as well (16). This is the reason why the

(15) Ch. Perelman, Le raisonnable et le déraisonnable en Droit, 1984, at 156.
(16) P. Pescatore, Les objectives de la C.E.E. comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice, Mélanges Ganshof van der Meersch, 1972,

objectives of the E.E.C. perform an additional action similar to the constitutional interpretation of law. This thesis has been verified by recent judicial data (17). In principal, priority is given to outcomes most converging to the objectives of the E.E.C. mainly with the expansive interpretation of rules confirming fundamental principles, the restrictive interpretation of rules providing exceptions and the creation of according complementary standards. At first sight the view is justified that the interpretative power of the objectives of the Community is due to preference for teleological methods. Yet inversely the truth of the matter appears to be that the teleological interpretation is imposed by the moderately binding force of institutionalized objectives. On the whole only apparent is the cyclic character of the relation between the two functions we referred to previously.

Secontly, indirect action consists in framing new interpretative canons. For the proper treatment of this theme we take probatively for granted that the specific features of the supranationality of E.E.C. Law, just as they are known *post facto* to be recognized, have been enshrined in the Treaty. Now, if that were true, those characteristics would be effortlessly regognized as forming integral part of the Constitution of the Community. From all this it will be clear that the real question is whether the existing legal status is virtually equivalent to the respective principles. But because of the very content of the expressed ends of the E.E.C. the answer is in the affirmative. The only thing needed to fill in the gap owing to the fact that the initial presupposition is imaginary, is the process of deriving the new standards from those adopted by the legislature. The results of this interpretative work are at first stage the two well known devices, i.e. the *effet utile* and the *effet necessaire*, and at second stage the elaborate grounds of judgments giving effect to the principle of supremacy of E.E.C. Law (Case Costa V. Enel a.o.), or to the theory of direct effect (Case Simenthal), or to the principle of the exclusive competence of the Community (Case AETR, Case Kramer) (18).

325. Of course, it is essential to distinguish between general principles which emerge from the E.E.C. - Treaty and general principles of law.
(17) For a number of leading cases relative to the principles mentioned in the text, see J.V. Louis, The Community Legal Order, 1980, pp. 30 ff.
(18) Ultimately the Court of Justice has greatly contributed to European integration : see A. Vernardos, The elaboration of Community Law in terms of case law, "Legal Tribune", 1979, pp. 365 ff.

VI

The strategy of Community legal order is the adequate point of departure to set forth a new paradigm. To summarize the general idea, the legally accepted objectives of a potential legal system occupy a middle place between unwritten social targets and perfect rules. And to complement this conclusion, these *sui generis* dynamic standards are the foundation of the legal order corresponding to the predesigned framework and moreover a guide to its interpretation.

LE STANDARD EN DROIT PUBLIC : LES DONNEES DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE EN GRECE

****

THE STANDARDS IN THE PUBLIC LAW

Par

Procopios PAVLOPOULOS
Professeur Adjoint de l'Université d'Athènes (Grèce)

INTRODUCTION

A partir de 1925 (1) le concept du standard a trouvé son chemin vers la consécration définitive dans le cadre de l'évolution de la science juridique. La doctrine et la jurisprudence en la matière témoignent éloquemment, surtout au sein du droit public (2).

La réalité doctrinale et jurisprudentielle en Grèce, relative aux données du standard en tant que concept et en tant que technique dans le cadre du droit public, présente une particularité non négligeable. Depuis l'introduction définitive de l'institution du Conseil d'Etat en 1929 (3) et tout au long de la formation de la juridiction administrative, le standard est omniprésent dans des arrêts qui émergent de plus en plus nombreux. Et pourtant la doctrine n'a pas senti le besoin de s'en soucier, au moins d'une manière systématique. Cela peut s'expliquer par le fait que, contrairement à la pratique suivie en France, la jurisprudence du Conseil d'Etat et des autres tribunaux administratifs, en Grèce, n'a pas constitué l'objet d'une ample élaboration.

A - Dans les pages qui suivent nous essayerons de décrire certains traits du profil du standard en droit hellénique. L'ambition de cet effort reste, certes, très limité, puisque d'une part elle se cantonne dans le domaine du droit public et d'autre part elle ne reflète que les données de la jurisprudence (4) du Conseil d'Etat.

Pourtant, on peut nourrir l'espoir que, même ainsi circonscrite, l'analyse ici entreprise reflète, certes en partie mais

(1) Date de parution du livre capital en la matière de Al Sanhoury "Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise". Pour le rôle de la technique du standard juridique avant cette date v. par ex. S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard, 1980, surtout p. 15 et s.

(2) Pour une présentation complète et détaillée nous nous contenterons de nous référer à la thèse de S. Rials op. cit. Cf. Th. Fortsakis, Conceptualisme et empirisme en droit administratif français, 1987.

(3) Il est à signaler que le Conseil d'Etat hellénique a été créé initialement en 1835 et a fonctionné jusqu'en 1844. Mais ce n'est que sous la Constitution de 1927 et sur la base de la loi n° 3713/1928 qu'il a pris sa forme actuelle à la tête des tribunaux administratifs.

(4) Nous nous limiterons par la suite à l'analyse des données jurisprudentielles qui se rattachent à la réalité du recours juridictionnel le plus représentatif en la matière, à savoir du recours pour excès de pouvoir. Il n'en reste pas moins que la technique du standard peut être repérée dans d'autres domaines du contrôle exercé par le juge administratif et surtout par le Conseil d'Etat. C'est ainsi que le domaine du sursis à l'exécution se caractérise par une remarquable richesse d'exemples qui prouvent l'omniprésence du standard dans l'ensemble du terrain jurisprudentiel. Il nous semble pourtant que les particularités du domaine du sursis à l'exécution méritent de faire l'objet d'un examen détaillé à part.

d'une manière assez représentative, les particularités de l'ordre juridique hellénique.

B - Même s'il n'est pas permis de sous-estimer l'importance de la maxime "omnis difinitio periculosa est" nous devons commencer par la définition du standard. Il n'en reste pas moins que cette définition ne vise pas à clarifier, au niveau théorique, la notion et les fonctions du standard juridique - comment pourrait-il en aller autrement, dans le cadre d'un rapport si bref- mais elle sert de base concrète de délimitation de notre approche et de notre analyse.

C'est ainsi qu'en partant d'un point de vue fonctionnel (5), on peut concevoir le standard comme un moyen conceptuel, créé par le juge administratif lors de l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, par l'intermédiaire duquel ce dernier essaye d'ajuster l'interprétation et, par conséquent, l'application des normes sur lesquelles se fonde son contrôle à l'évolution des faits qui sont à son origine. D'un tel point de vue, le standard doit être regardé et examiné non, certes, en dehors de la normalité établie par la règle de droit mais en marge de celle-ci, puisqu'il ne fait pas partie de la réglementation introduite par cette règle, mais il sert à assurer son interprétation et son application effective et efficace.

Le choix délibéré d'une analyse plutôt fonctionnelle du standard dans le cadre de la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique détermine en grande partie les traités généraux du plan qui sera suivi par la suite. En effet, et étant donné que cette analyse sera opérée à partir des fonctions que le standard assume tout au long du déploiement du syllogisme du juge administratif, son ossature ne peut que se baser sur les différentes variantes de ces fonctions. Pour cette raison et en respectant les phases de l'évolution de l'exercice du contrôle juridictionnel de la légalité administrative, on peut arriver à la conclusion que le concept et la technique du standard permettent successivement au juge administratif de préciser les conditions de la mise en marche de son contrôle, de tracer ses limites et, enfin, de trouver des moyens pour opérer son renforcement. D'où les trois parties de l'analyse qui suit.

(5) Pour les divers points de vue, sous l'angle desquels le concept et la technique du standard peut être examiné, v. par. ex. S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard, op. cit., surtout p.15 et s.

I - LE STANDARD JURIDIQUE ET LA DETERMINATION DES CONDITIONS DE LA MISE EN MARCHE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL

La mise en marche du contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif dépend, en grande partie, de l'examen préalable, effectué par celui-ci même d'office, des conditions de recevabilité des divers recours juridictionnels. Dans ce cadre précis, le juge administratif et surtout le Conseil d'Etat en Grèce a souvent recours à la technique du standard. C'est dans ce sens qu'on peut soutenir la thèse que le standard dans le domaine de la jurisprudence est utilisé par le juge administratif pour déterminer les conditions de la mise en marche de son contrôle juridictionnel. Nous nous référons, à titre d'exemple, à la présence du standard, d'une part lors de la délimitation de la compétence du juge administratif et, d'autre part, lors de l'examen des autres conditions de recevabilité.

A - Le standard et la délimitation de la compétence du juge administratif

1 - Le fait que si la Constitution consacre, par les dispositions de l'article 94, le principe de la séparation entre la juridiction des tribunaux administratifs et la juridiction des tribunaux civils, ni ses dispositions ni celles de la législation émise en son application n'adoptent de critère solide pour réaliser cette séparation, oblige le juge à recourir à la technique du standard.

2 - Le recours au concept de "clause exorbitante" (6) offre un exemple assez significatif en la matière. Plus précisément, par ce biais, le juge administratif arrive à constater, dans le cadre des contrats qui sont conclus par les diverses autorités administratives, l'existence d'un régime de droit public ou, plus exactement, d'une ambiance de droit public, dont la particularité donne à ces contrats leur caractère administratif. Du même coup, cette constatation permet au juge administratif de circonscrire ainsi les limites de sa compétence juridictionnelle en matière contractuelle.

B - Le standard et les autres conditions de recevabilité

Le recours au concept et à la technique du standard par le juge administratif est très courant dans le domaine de l'examen des autres conditions de recevabilité des recours juridictionnels et

(6) Voir par ex. les arrêts n° 222/1987 et 2655/1987 du Conseil d'Etat et les arrêts n° 312/1986, 313/1986 et 497/1987 de la Cour d'Appel Administrative d'Athènes.

surtout du recours pour excès de pouvoir. C'est ainsi par exemple qu'un tel recours peut être testé lors de l'examen :

1 - De l'intérêt à agir.

En déterminant les conditions qui doivent être réunies pour que l'intérêt à agir existe en la personne du requérant, le Conseil d'Etat est arrivé à admettre que :

a) l'intérêt à agir doit être :
- "personnel" (7), à savoir intimement lié, au moyen d'un lien juridique spécial, avec la personne du requérant ;
- "direct" (8), à savoir provenant d'un préjudice qui frappe directement la personne requérante ;
- "actuel" (9), ce qui signifie que l'intérêt à agir doit exister tant lors de l'émission de l'acte administratif attaqué que lors de l'exercice du recours juridictionnel et de son jugement.

b) L'intérêt à agir disparaît si le requérant a auparavant accepté l'acte administratif attaqué. Or cette acceptation :
- doit être "expresse" (10) ou "tacite", mais "ne laissant aucun doute quant à sa signification" (11) ;
- n'est pas valable si elle est émise "sous condition" ,(12) ou si elle est le résultat de la "situation économique" (13) du requérant ;
- doit résulter "des éléments du dossier" (14) ou, si elle est tacite, des agissements du requérant qui "ne laissent aucun doute quant à leur signification" (15).

2 - Du respect du délai du recours

a) Selon la jurisprudence administrative et en cas de recours contre un acte administratif individuel, outre la communication de l'acte attaqué, la connaissance de son contenu par le requérant peut constituer le point de départ du délai du recours. Or cette connaissance, qui doit résulter "des éléments du dossier" (16), peut être prouvée, selon une présomption, certes, réfragable, au moyen de l'expiration du "délai raisonnable" (17), dont les dimensions chroniques sont calculées sur la base de l'intérêt que l'administré intéressé doit montrer, suivant les circonstances en présence.

(7) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 3606/1971, 3608/1980, 2999/1983 et 4130/1983.
(8) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 50/1969, 310/1978 et 823/1980.
(9) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 2162/1968, 3564/1977, 2449/1980 et 2319/1984.
(10) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 4789/1977.
(11) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 2612/1982 et 432/1983.
(12) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 480/1970 et 1745/1977.
(13) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 2407/1970.
(14) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 2087/1970.
(15) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 1341/1966.
(16) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 3624/1979 et 3345/1983.
(17) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 3311/1970, 3954/1978 et 3567/1983.

b) En application de la règle "impossibilium nulla obligatio est", la jurisprudence des tribunaux administratifs applique la règle que le délai des recours contentieux n'expire pas si l'administré intéressé est empêché en raison de faits qui constituent une force majeure (18). Parmi ces faits, cette même jurisprudence range "la maladie grave" (19), à savoir toute maladie qui, selon les particularités des circonstances en présence, rend impossible tout agissement de l'administré intéressé qui pourrait assurer la défense de ses intérêts par voie juridictionnelle (20).

3 - De l'existence ou non d'un recours parallèle

Tout comme dans le cadre du droit français, en droit grec la non-existence d'un recours parallèle constitue une des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir. En essayant de circonscrire à la nature intrinsèque du recours parallèle, la jurisprudence administrative en Grèce admet qu'un recours juridictionnel ne présente les caractéristiques d'un recours parallèle que s'il peut produire au moins un "effet équivalent" (21) à celui résultant de l'exercice du recours pour excès de pouvoir.

II - LE STANDARD JURIDIQUE ET LA DELIMITATION DE L'ETENDUE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL

La présence du standard juridique dans le cadre de la jurisprudence administrative peut être également repérée, même après le stade de la détermination des conditions de la mise en marche du contrôle juridictionnel. C'est ainsi que, dans une phase ultérieure, le juge administratif a recours à la technique du standard pour tracer les limites de son contrôle, surtout lorsque ce dernier se cantonne à l'examen de la conformité de l'action administrative au principe de la légalité (22). L'analyse de certaines des particularités jurisprudentielles des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir en apporte une preuve assez significative.

En effet, et en examinant, certes à titre d'exemple, successivement certains aspects de la nature du vice de forme substantielle, de la violation de la loi et du détournement du pouvoir, on peut constater que, par le biais de la technique du standard, le juge administratif, et surtout le juge du recours pour excès de pouvoir, arrive à circonscrire les limites que son contrôle, en tant que contrôle de légalité, ne peut pas dépassé.

(18) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 2172/1983.
(19) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 68/1972 et 2450/1980.
(20) Voir par ex. les arrêts du Conseil d'Etat n° 3867/1978 et 1375/1979.
(21) Voir les arrêts du Conseil n° 494/1972 et 2125/1973.
(22) Comme c'est principalement le cas dans le domaine du recours pour excès de pouvoir.

A - Le cas du vice de forme substantielle

Dans le cadre de ce cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, qui se rattache au contrôle de la légalité externe des actes administratifs, le concept et la technique du standard permettent, par exemple, de délimiter le contrôle du juge administratif quant à la légalité de la composition des organes administratifs collégiaux et à la qualification de la forme comme substantielle.

1 - Le standard et la légalité de la composition des organes administratifs collégiaux

Le principe de la neutralité de l'administration est à l'origine de la règle qui impose aux organes administratifs le respect de l'obligation de l'impartialité dans l'exercice de leurs fonctions. Cette obligation présente une importance particulière dans le cadre du régime juridique des organes administratifs collégiaux, puisque, selon la jurisprudence des tribunaux administratifs, est entaché d'un vice de forme substantielle tout acte administratif émis par un tel organe, si à sa composition participe une personne dont le jugement, à une affaire déterminée, ne présente pas les garanties nécessaires d'impartialité. Or, à l'occasion du contrôle du respect de cette règle d'impartialité, cette même jurisprudence, et surtout celle du Conseil d'Etat en Grèce, ont recours à la technique du standard. C'est ainsi que, selon la jurisprudence susmentionnée, le manque d'impartialité peut être présumé lorsque les membres d'un organe administratif collégial montrent, à l'égard des administrés intéressés, "un sentiment d'hostilité" ou lorsqu'ils sont liés avec eux au moyen d'un "lien spécial" ou d'une "relation spéciale" (23).

2 - Le standard et la qualification de la forme comme substantielle

Seul le vice de forme qui est considérée comme substantielle peut, selon la législation et la jurisprudence administrative en Grèce, entraîner la nullité de l'acte administratif attaqué au moyen d'un recours juridictionnel.

Dans le cadre de son contrôle qui procède à une telle qualification le juge administratif tient principalement compte de l'influence que la forme exerce sur "la protection de l'administré intéressé" et sur "le fonctionnement de l'administration".

(23) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 298/1980, 1980/1983 et 4911/1984.

B - Le cas de la violation de la loi

La technique du standard permet aussi au juge administratif de délimiter son contrôle portant sur la violation de la loi lors de l'émission d'un acte administratif. L'examen attentif par exemple du contrôle de l'erreur de fait et du dépassement des extrêmes limites du pouvoir discrétionnaire -qui correspond, en gros, à l'erreur manifeste d'appréciation de la jurisprudence administrative en France- en apportent une preuve significative.

1 - Le standard et le contrôle de l'erreur de fait

Si le juge de l'excès de pouvoir en Grèce ne contrôle pas, au moins en principe (24), l'appréciation des faits opérés par l'administration, il procède, au contraire, au contrôle de leur existence matérielle. Mais, selon la jurisprudence administrative en Grèce, l'erreur de fait n'arrive pas toujours à entacher l'acte administratif attaqué de nullité. Seule l'erreur de fait qui présente "un caractère déterminant" (25) et qui "peut être prouvée au moyen des éléments du dossier (26) est en mesure de produire un tel résultat.

2 - Le standard et le contrôle du dépassement des extrêmes limites du pouvoir discrétionnaire

Le juge de l'excès de pouvoir, en Grèce, ne contrôle pas l'attitude que l'administration a suivie lors de l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est concédé par la réglementation en vigueur. L'attitude contraire entrerait d'ailleurs en opposition avec le principe de la séparation des pouvoirs, puisqu'elle permettrait au juge de faire oeuvre d'administration. Pourtant, le juge du recours pour excès de pouvoir censure d'administration déraisonnable en faisant ainsi entrer le critère de la "raison" parmi les éléments de la légalité. Le juge administratif en Grèce, et surtout le Conseil d'Etat, a rangé, parmi les moyens qui font partie du cas d'ouverture de la violation de la loi, "le dépassement des extrêmes limites du pouvoir discrétionnaire" (27). C'est en grande partie au moyen des standards que le Conseil d'Etat hellénique est arrivé à circonscrire et à préciser les critères, suivant lesquels il constate si le jugement de l'administration lors

(24) Puisqu'il contrôle une telle appréciation lorsqu'elle arrive à constituer un dépassement des extrêmes limites du pouvoir discrétionnaire.
(25) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 1664/1962.
(26) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 3336/1978 et 2924/1983. Cf. également les arrêts 1720/1977, 662/1978 et 2187/1984.
(27) Il est à signaler que le "dépassement des extrêmes limites du pouvoir discrétionnaire" peut et même doit être vu comme une sorte de standard inventé en Grèce de toutes pièces par le Conseil d'Etat.

de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire a dépassé les limites extrêmes qui lui sont imposées.
a) Parmi ces standards on pourrait mentionner :
- les conclusions qui doivent être tirées à partir "de l'expérience commune" ;
- le critère de la "bonne administration" (28) ;
- le concept de la "mesure proportionnée" (29), qui permet l'application effective du principe de proportionnalité en la matière (30).
b) A partir de ce fondement conceptuel, la jurisprudence administrative, en Grèce, est arrivée à formuler d'autres standards qui, cette fois, s'inscrivent dans le cadre des résultats du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration. C'est ainsi que selon cette jurisprudence :
- le contrôle juridictionnel ne peut pas intervenir dans le domaine circonscrit par "le jugement technique de l'administration" (31) (32) ;
- le contrôle juridictionnel ne peut intervenir, dans le domaine du jugement de l'administration relatif à l'avancement au choix des fonctionnaires et autres agents publics, que si la juridiction compétente en la matière constate une "supériorité manifeste" de la personne qui n'a pas bénéficié de l'avancement (33).

C - Le cas du détournement de pouvoir

Enfin le concept et la technique du standard sont à l'origine de la délimitation du contrôle juridictionnel lors de l'examen, surtout par le juge de l'excès de pouvoir, du cas d'ouverture relatif au détournement de pouvoir (34). C'est ainsi que, selon la jurisprudence administrative et surtout celle du Conseil d'Etat :
- le moyen d'annulation basé sur le détournement de pouvoir ne peut être retenu que "si le détournement de pouvoir est manifeste" (35) ;
- le moyen susmentionné ne peut être également retenu que "s'il

(28) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 1382/1948 et 810/1983.
(29) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 2112/1984 et 2261/1984.
(30) Principe qui, à son tour, entre dans le cadre du principe d'égalité lato sensu.
(31) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 2250/1985.
(32) Surtout lorsque ce jugement se réfère à des questions de "haute technicité".
(33) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 273/1981, 588/1982, 1896/1982, 975/1984, 2131/1984 et 3797/1985.
(34) Il est à signaler que ce cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir présente, dans le cadre de la jurisprudence administrative en Grèce, un intérêt très limité, surtout parce qu'il est surplanté par d'autres cas d'ouverture, dont l'examen se fait à une phase antérieure. Parmi ces derniers on doit mentionner principalement celui qui est relatif au contrôle des motifs.
(35) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 2339/1985.

est prouvé par celui qui l'invoque" (36) ou "s'il résulte clairement des éléments du dossier" (37).

III - LE STANDARD JURIDIQUE ET LE RENFORCEMENT DU CONTROLE JURIDICTIONNEL

Dans le cadre des limites qui sont imposées à son contrôle tant par les normes qui composent le principe de la légalité que par les standards inventés par lui selon la méthode précédemment décrite, le juge administratif et surtout le Conseil d'Etat en Grèce fait recours au concept et à la technique du standard pour rendre son contrôle plus efficace. Un tel renforcement, dans ce cadre précis, doit être interprété tant comme une tendance du juge administratif à souligner les éléments et caractéristiques prétoriens de son rôle juridictionnel que comme un effort pour combler les lacunes inévitables de la réglementation en vigueur et pallier aux inconvénients éventuels des imperfections qui sont le résultat surtout de la mutation constante et, souvent, abusive de cette réglementation.

Parmi les standards au moyen desquels le juge administratif et surtout le Conseil d'Etat en Grèce essaye de renforcer son contrôle, on peut, certes à titre d'exemple représentatif en la matière, ranger celui du "délai raisonnable", ceux qui précisent les caractéristiques nécessaires de la motivation et enfin celui concernant la nature et le rôle fonctionnel de "l'intérêt général".

A - Le standard de l'expiration du "délai raisonnable"

Selon une pratique législative assez courante dans le domaine du droit public et plus particulièrement du droit administratif, les normes en vigueur ne précisent pas toujours les délais dans lesquels les autorités administratives doivent procéder à un agissement déterminé (38). En essayant de minimiser les inconvénients et surtout les abus qu'une telle incertitude de la réglementation en vigueur pourrait produire de la part des autorités administratives, le juge administratif en Grèce a recours au standard du "délai raisonnable". Plus précisément et suivant ce standard, le juge administratif compétent en la matière reconnaît, certes, à l'administration le pouvoir -d'ailleurs reconnu par les normes qui circonscrivent son champ d'action- de choisir le temps

(36) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 4083/1973, 422/1977, 531/1983 et 4893/1984.
(37) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 2644/1973, 4275/1977 et 2922/1985.
(38) Au contraire et, au moins en règle générale, ces mêmes normes précisent les délais dans lesquels les administrés doivent procéder à tel ou tel agissement, qui leur est prescrit envers l'administration.

de son agissement ; mais il impose une limite extrême que l'administration ne peut pas dépasser. Cette limite est déterminée au moyen du "délai raisonnable", dont la longueur est précisée discrétionnairement par le juge administratif, selon les circonstances particulières de chaque cas précis. C'est ainsi que le standard du "délai raisonnable" apparaît par exemple :

1 - Dans le cadre du retrait des actes administratifs individuels

Selon un principe général du droit administratif en Grèce, les autorités administratives peuvent procéder librement au retrait des actes administratifs individuels qui sont illégaux. Pourtant, et si l'application de ces actes a créé des effets favorables au profit des administrés qui ont montré bonne foi envers l'adminsitration, ce retrait ne peut pas intervenir après l'expiration d'un "délai raisonnable" (39) (40).

2 - Dans le cadre des délais indicatifs prévus pour l'accomplissement d'un agissement des autorités administratives

Lorsque les dispositions en vigueur prévoient que les autorités administratives compétentes en la matière doivent agir dans un délai, qui est précisé d'une manière indicative, le juge administratif reconnaît à ces autorités le pouvoir de dépasser les limites de ce délai mais il leur défend d'excéder les frontières chronologiques qui découlent du concept du "délai raisonnable" (41).

3 - Dans le cadre de la réalisation de l'expropriation

La réglementation en vigueur ne prévoit pas de limites chronologiques à la réalisation effective de l'expropriation après la déclaration d'utilité publique. Or, étant donné qu'après la déclaration d'utilité publique la propriété privée, protégée d'ailleurs par les dispositions de l'article 17 de la Constitution, subit une charge juridique et économique très lourde, le juge administratif et plus précisément le Conseil d'Etat admet que la réalisation de l'expropriation doit intervenir dans un "délai raisonnable" (42).

(39) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 47/1963, 20/1971, 3507/1979 et 832/1983.
(40) Selon les dispositions de la loi 261/1968 ce délai ne peut pas être inférieur à cinq ans à compter de l'émission de l'acte administratif incriminé.
(41) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 1967/1966, 2093/1969 et 2472/1982.
(42) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 152/1985, 519/1985, 1741/1985, 2676/1985 et 4262/1985.

B - Le standard relatif aux caractéristiques de la motivation des actes administratifs

Les règles légales et réglementaires ainsi que les principes généraux, qui constituent le régime de la motivation des actes administratifs, ne décrivent pas, au moins d'une manière précise et systématique, les caractéristiques que cette motivation doit respecter pour qu'elle puisse être conforme encore, par le biais de la légalité. C'est, pour une fois encore, par le biais de la technique du standard que la jurisprudence administrative hellénique a décelé ces caractéristiques.

Plus précisément, selon cette jurisprudence, la motivation des actes administratifs doit être :
- "spéciale" (43), à savoir adaptée chaque fois aux particularités concrètes de la situation, sur laquelle se base l'émission de l'acte motivé :
- "suffisante et complète" (44), à savoir contenant tous les éléments de fait et de droit, qui permettent de tester la conformité de l'acte motivé avec le principe de la légalité ;
- "conforme aux éléments du dossier" (45), à savoir aux éléments que l'administration a retenus pour former le contenu de l'acte motivé.

C - Le standard de l'intérêt général

Il paraît, prima faciae, difficile de ranger l'intérêt général parmi les standards inventés par le juge administratif lors de l'exercice de ses fonctions juridictionnelles. N'est-il pas en effet vrai que l'intérêt général constitue une notion juridique indéterminée qui fait partie intégrante des normes qui l'incorporent et qui permettent ensuite de concrétiser son contenu? Par conséquent n'est-il pas plus conforme à la réalité juridique d'admettre que l'intérêt général constitue une pièce essentielle du cadre normatif des règles qui s'y réfèrent et qu'il ne peut pas ainsi être considéré comme un outil d'interprétation et d'application de ces règles inventé par le juge compétent en la matière ?

La réponse qui doit être donnée aux questions précédemment posées doit être, en principe, affirmative. Il n'en reste pas moins que l'évolution récente de la jurisprudence administrative en Grèce montre que, dans certains cas, le juge qui est à son origine procède à une approche du concept d'intérêt général qui, du point de vue méthodologique, l'assimile, au moins

(43) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 3522/1971, 2424/1982 et 4177/1984.
(44) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 1412/1964, 1140/1965, 4150/1973, 2418/1976, 1061/1981 et 2441/1983.
(45) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 276/1983.

quant aux fonctions qu'il y exerce, au concept et à la technique du standard.

1 - L'intérêt général et la hiérarchie des normes

En effet, et en examinant la jurisprudence administrative hellénique, on peut déceler des exemples, d'ailleurs de plus en plus nombreux, où le juge compétent en la matière ne voit pas dans le concept d'intérêt général une notion juridique indéterminée, qui doit être interprétée et précisée avant de procéder à l'application de la norme qui la contient, mais plutôt un moyen qui lui permet de faire le choix de la norme qu'il doit appliquer dans un cas précis. Plus concrètement, le juge administratif et surtout le Conseil d'Etat lorsque, dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, il se trouve en présence de deux ou plusieurs normes de valeur égale, parmi lesquelles il faut choisir afin de trancher le litige qui lui est soumis, a recours au concept d'intérêt général pour opérer ce choix. Et sa méthode consiste, en gros, dans un premier temps en la détermination de l'intérêt général que chacune des normes en présence exprime et, dans un deuxième temps, en l'établissement d'une hiérarchie parmi les intérêts généraux ainsi dégagés, hiérarchie qui lui permet d'opter pour l'application de la norme représentant l'intérêt général qui se trouve à sa tête.

2 - Le témoignage de certains exemples jurisprudentiels

C'est ainsi que par le biais de l'intérêt général, inséré cette fois comme une sorte de standard dans le cadre de ses syllogismes, le Conseil d'Etat hellénique a récemment pu, dans des cas précis, écarter par exemple :
a) L'application des dispositions des articles 17 de la Constitution (protection de la propriété privée) et 107 de la Constitution (protection spéciale de la réglementation relative aux capitaux étrangers), au profit des dispositions constitutionnelles concernant la défense nationale (46).
b) L'application des dispositions de l'article 109 de la Constitution (protection du contenu et des termes d'un testament), au profit des dispositions de l'article 21 parag. 3 de la Constitution (protection de la santé des citoyens) (47).
c) L'application des dispositions des articles 22 parag. 2 de la Constitution (garantie concernant les conventions collectives du travail) et 23 parag. 1 de la Constitution (protection de la liberté syndicale), au profit des dispositions de l'article 106 de la Constitution (protection de l'économie nationale) (48).

(46) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 58/1977.
(47) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 400/1986.
(48) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 2289/1987.

3 - Vers une approche critique

Cette attitude jurisprudentielle qui consiste en l'utilisation de l'intérêt général en tant que standard permettant d'établir une hiérarchie parmi les normes de valeur égale, avant de procéder à leur application, paraît, à bien des égards, très critiquable.

a) En premier lieu, et pour se limiter à l'exemple des normes de valeur constitutionnelle, elle conduit à l'acceptation de la thèse suivant laquelle il existe une hiérarchie des dispositions de la Constitution, quant à leur valeur juridique, hiérarchie qui peut, en définitive, faire échec à l'application de certaines d'entre elles au profit d'autres qui se présentent, du point de vue normatif, comme supérieures. Cette conclusion est doublement fausse et dangereuse. D'abord parce qu'elle est contraire à la volonté du législateur constituant, à l'esprit duquel une telle hiérarchie paraît inconcevable (49). Ensuite parce qu'elle aboutit à l'instauration d'un climat d'incertitude juridique puisqu'elle rend impossible toute prévision certaine quant aux relations normatives entre les dispositions de la Constitution. Et cette incertitude est -faut-il le souligner davantage ?- préjudiciable, voire même catastrophique, pour la garantie de l'efficacité et de l'effectivité de la réglementation constitutionnelle.

b) En deuxième lieu, parce qu'elle ne doit pas être considérée, dans le cadre de l'interprétation des normes juridiques, comme à sens unique et, par conséquent, comme inévitable. En effet, le problème qui a causé son invention peut être résolu par l'intermédiaire de la méthode de la délimitation respective des domaines d'application des normes en présence, comme l'a d'ailleurs démontré d'une manière très simple mais limpide par exemple la récente décision du Conseil Constitutionnel français du 28/7/1987.

EN GUISE D'EPILOGUE

Né en marge de la normalité, le concept et la technique du standard, dans le cadre de la jurisprudence administrative en Grèce, pénètrent petit à petit et d'une manière presque imperceptible vers son noyau. C'est pour cette raison qu'il serait faux de regarder le standard comme une simple technique, jouant un rôle auxiliaire dans le domaine du contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif.

(49) Il est à cet égard significatif que la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique a consacré, d'une manière très solennelle et expresse, le principe de la valeur juridique égale de toutes les normes constitutionnelles (v. l'arrêt 292/1984, rendu en assemblée). Pourtant son évolution ultérieure doit, comme il est manifeste, être interprétée comme un revirement non négligeable.

Au terme de cette analyse et à l'appui des données jurisprudentielles susmentionnées, on peut conclure que le standard, monté de toutes pièces par le juge administratif, ne fait que mettre en relief, certes avec d'autres facteurs qui vont dans le même sens, son rôle créateur incontestable. De l'autre côté, cette attitude du juge administratif à l'égard du standard montre non seulement l'évolution de l'arsenal des moyens mis à sa disposition pour rendre son contrôle juridictionnel plus efficace, mais également la subtilité des méthodes qu'il utilise pour parvenir à cette fin. C'est ainsi qu'en suivant cette voie le juge administratif arrive parfois à intervenir, d'une manière certes indirecte mais très efficace, dans le domaine de la constitution des normes qu'il doit interpréter et appliquer, sans que l'on puisse lui reprocher ouvertement l'ambition de l'instauration d'un gouvernement de juges.

STANDARDS ET CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS

****

THE STANDARDS AND THE CONTROL OF THE CONSTITUTIONALITY OF THE LAWS

Par

Monsieur le Professeur Alessandro PIZZORUSSO
Institut de Droit Comparé - Faculté de Droit de Florence (Italie)
(Traduit de l'italien par Melle Edmée MOREAU)

1. On a pendant longtemps abordé la question des "standards" (1) sous l'angle de l'activité que les juges ordinaires ou administratifs développent afin d'appliquer le droit aux faits soumis à leur examen. Dans cette optique, on s'est interrogé sur le point de savoir si l'emploi de "notions à contenu variable" par le législateur (en plus de leur utilisation par les juges eux-mêmes) donne lieu à une activité juridictionnelle considérée comme "discrétionnaire" ou s'il conduit au contraire seulement à l'exercice, même de façon plus diffuse et engagée, des pouvoirs interprétatifs normaux du juge (2).

Des débats approfondis ont été destinés, en particulier, à évaluer si l'usage de telles formules conduit à une violation du principe de la légalité (spécialement lorsqu'elles sont contenues dans des normes pénales ou dans d'autres règles auxquelles cependant les normes pénales font renvoi (3)), et de même l'on s'est demandé si cette utilisation paraissait compatible avec les règles constitutionnelles qui président à la répartition des compétences entre le législateur et le juge, à savoir entre celui qui crée et celui qui applique le droit (4).

La reconstruction du système des sources du droit déclenchée dans de nombreux pays par la mise en place d'un régime de constitution rigide et surtout par l'introduction d'un système de contrôle de la constitutionnalité des lois garantissant la

(1) Voir, également pour des références ultérieures, S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), Paris, L.G.D.J., 1980. En Italie et dans les pays de langue allemande, on parle plutôt, pour désigner la même réalité, de "clauses générales" : voir surtout S. Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto, Milan, Giuffrè, 1969 ; U. Natoli, Clausole generali e principi fondamentali davanti alla corte di cassazione, dans Scritti in memoria di D. Barillaro, Milan, Giuffrè, 1982, p. 343 s. ; F. Roselli, Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali, Naples, Jovene, 1983, spec. pp. 7, 152 s. ; S. Rodotà, Il tempo delle clausole generali, dans Riv. crit. dir. priv., 1987, p. 709 s. Dans une certaine mesure ce problème est lié aussi à celui de la détermination des "principes" et de leur distinction des "règles" : sur ce point, voir R. Dworkin, Taking Rights Seriously, Cambridge Mass., Harvard Univ. Press., 1977, traduction italienne réalisée par G. Rebuffa, Bologne. Il Mulino, 1982, p. 79 s. ; S. Bartole, Principi generali del diritto (dir. cost.), dans Enc. del diritto, XXXV, Milan, 1986, p. 494 s. ; A. Cerri, Il "principio" come fattore di orientamento interpretativo e come valore "privilegiato" : spunti ed ipotesi per una distinzione, dans Giur. cost., 1987, I, p. 1806 s. Une analyse complète des problèmes soulevés par l'usage de ce type de formules par le législateur se trouve dans Ch. Perelman et R. Vander Elst, Les notions à contenu variables en droit, Bruxelles, Bruylant, 1984.

(2) Ainsi que le note S. Rials, Les standards, notions critiques du droit, dans Les notions à contenu variable en droit, cit., p. 39 s., les "règles jurisprudentielles formulées à l'aide d'un standard, (...) ne sont pas l'expression d'un quelconque pouvoir discrétionnaire, mais d'un pouvoir normatif" (p. 48). A ce sujet, pour approfondissement, voir plus en avant dans le texte.

(3) Voir, aussi pour des références ultérieures, F. Palazzo, Il principio di determinatezza nel diritto penale, Padoue, Cedam, 1979.

(4) Voir, également pour des références ultérieures, A. Pizzorusso, The Law-Making Process as a Juridical and Political Activity, dans A. Pizzorusso (ed.), Law in the Making. A Comparative Survey, Heidelberg, Springer, 1988, p. 5 s.

suprématie des normes constitutionnelles sur les normes législatives ordinaires, a soumis ce problème à de nouveaux développements.

Tandis qu'auparavant la question concernait en fait seulement la détermination ou l'élaboration par le juge (mais aussi dans une certaine mesure également par le fonctionnaire ou le citoyen) de la norme à appliquer à une espèce, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois il ne s'agit pas tant de définir ou d'élaborer une telle norme que de confronter des dispositions ou des normes (5) de niveau différent au sein de la hiérarchie des sources, afin de distinguer les règles compatibles avec les normes constitutionnelles de celles éventuellement en contradiction avec elles.

Ainsi, alors que, pendant des années, le débat autour des standards s'est attaché à leur emploi en vue de la détermination de la norme à appliquer à un certain fait, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois (comme, du reste, déjà auparavant dans le cadre du contrôle de légalité des règlements), il s'agit de savoir dans quelle mesure les notions à contenu variable peuvent constituer des paramètres utilisables dans l'établissement de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité d'une disposition ou d'une norme législative. Cela revient donc à envisager une opération qui, même lorsqu'elle est appliquée conformément à la norme constitutionnelle (ou à celle qui reste en vigueur après l'élimination de la norme inconstitutionnelle) à un fait déterminé (6), mène à une confrontation entre deux normes plutôt qu'à la subsomption d'un fait à l'espèce abstraite prévue par une norme.

(5) Selon la distinction opérée par V. Crisafulli, Disposizione (e norma), dans Enc. del diritto, XIII, Milan, Giuffrè, 1964, p. 195 s., et par G. Tarello, Diritto, enunciati, usi, Bologne, Il Mulino, 1974, p. 135 s., par "disposizione" (ou "enunciato"), on entend une proposition employée par une autorité qui exerce un pouvoir normatif, tandis que par "norma" on désigne une règle juridique appliquée concrètement par un juge ou un autre acteur du droit. Evidemment, une norme peut correspondre à une disposition, mais elle représente assez souvent le fruit d'une activité interprétative qui utilise plus d'une disposition, éventuellement en même temps que d'autres matériaux normatifs (qui peuvent par exemple résulter de certains comportements susceptibles de donner vie à une coutume, de précédents judiciaires, d'opinions doctrinales, etc...).

(6) A propos de la classification des systèmes de contrôle des lois en deux genres, "abstraits" et "concrets", selon que le contrôle est ou non effectué en vue de l'application de la norme soupçonnée d'inconstitutionnalité à un fait déterminé, voir A. Pizzorusso, I sistemi di giustizia costituzionale : dai modelli alla prassi, in Quaderni costituzionali, 1982, p. 521 s. Sur les systèmes européens de justice constitutionnelle, voir dernièrement, Ch. Starck, A. Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit dans Westeuropa, Baden-Baden, Nomos, 1986, ainsi que les essais publiés dans l'Annuaire international de justice constitutionnelle, Paris-Aix-en-Provence, Economica-P.U.A.M., 1985 s.

2. Ceci étant posé, lorsque l'on analyse le problème des notions à contenu variable en se référant à un système des sources du droit articulé selon une pluralité de degrés, tel que nous le trouvons mis en oeuvre dans les ordres juridiques prévoyant des formes de contrôle de constitutionnalité des lois (mais pas exclusivement dans ceux-ci), nous pouvons remarquer qu'un tel problème tend à s'identifier à celui de la formation progressive de normes obtenue par l'intégration d'éléments tirés d'une pluralité de sources.

En réalité, alors que dans les ordres juridiques fondés sur un système des sources qui assure la prééminence absolue de la loi du parlement celle-ci, tout en pouvant bien sûr renvoyer à d'autres sources (règlement, coutume, droit international, etc...), constituait inévitablement le facteur légitimant toute utilisation de celles-ci (7), dans les ordres juridiques dont le système des sources s'inspire de la conception hiérarchique élaborée par l'école de Vienne, selon laquelle chaque source produit des matériaux normatifs destinés à la fois à intégrer ceux dérivant des sources de niveau supérieur et à être intégrés par ceux qui proviennent des sources de niveau inférieur ; tout cela est régi par des normes sur les sources elles-mêmes (8), lesquelles, égales à toutes les autres, peuvent dériver d'une ou plusieurs sources selon les critères normaux et pas seulement de la loi du parlement (9).

Par conséquent, si dans le premier cas il n'existe pas d'espaces propres à une intégration des dispositions législatives (ou à d'autres auxquelles elles pourraient éventuellement renvoyer), en dehors des cas où elles-mêmes font appel à d'autres sources, dans le second, par contre, il apparaît logique que la réglementation adoptée par une loi (ou par une autre source primaire qui lui est assimilée), inclut celle directement fixée par la constitution (ou par une autre source de niveau égal), de même que celle établie par un règlement (ou par d'autres sources secondaires de même niveau) englobe celle établie par une loi, etc.

Une conséquence particulièrement importante de cette innovation correspond au dépassement du critère de sélection des

(7) Cet ordonnancement du système des sources, analysé par R. Carre'de Malberg dans La loi, expression de la volonté générale, (1931), Paris, Economica, 1984, était caractéristique de la troisième république française. Actuellement l'ordonnancement britannique s'inspire largement de principes analogues, sauf en ce qui concerne l'insertion du précédent dans le système des sources : voir M. Zander, The Law-Making Process, Londres, Weidenfeld et Nicolson, 1980.

(8) Sur la nature juridique des normes sur les sources, voir A. Pizzorusso, Fonti del diritto, Bologne-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1977, p. 6 s.

(9) Sur l'opposition entre les systèmes de sources identifié comme "système à rayons", pour autant que la loi est au centre de toutes les autres sources, et ceux considérés comme "système en cascade", selon le modèle de Kelsen, voir A. Pizzorusso, Le contrôle exercé par la Cour constitutionnelle sur le pouvoir d'appréciation discrétionnaire du législateur, dans Cahiers du Centre de droit et de politique comparés, III, 1988, p. 29 s., spéc. p. 35-39.

différentes techniques d'interprétation de la loi, telle qu'elle s'effectue généralement en régime de constitution flexible, et en vertu de laquelle on peut recourir à l'analogie (*analogia legis*) ou aux principes généraux (*analogia iuris*) seulement afin de combler une lacune de la loi écrite (10) ; dans un régime de constitution rigide, la possibilité d'utiliser les principes constitutionnels comme critères d'interprétation des lois ordinaires, selon la technique de l'interprétation conforme (*Verfassungkonforme Gesetzauslegung*) apparaît en fait d'autant moins discutable.

Du reste, cette répartition de la compétence législative entre les diverses sources n'est pas la seule à pouvoir être déduite des règles générales qui leur assignent un rang différent au sein de la hiérarchie ; en effet, on note aussi des exemples de normes intéressant la production juridique qui décident de façon spéciale qu'une source déterminée doit régir une certaine matière de façon relativement abstraite (par exemple, en se limitant à fixer les "principes généraux" (11) ou les "directives" (12) relatifs à la réglementation en projet), alors qu'une autre doit produire les règles plus spécifiques de mise en oeuvre de tels principes ou directives. Au regard de ces situations, on obtient une répartition des compétences législatives qui se distingue de toutes celles fondées sur des critères tenant à la matière, au territoire, au degré, etc..., du fait qu'elle émane d'un "mode de régulation" ("*tipo di disciplina*") que la source en question doit produire (13).

Lorsque ceci survient, les solutions fournies par la source supérieure ne visent pas à régler, de manière parfaite et complète, la matière à laquelle elles se rapportent, mais elles constituent néanmoins un paramètre de la constitutionnalité ou de la légitimité des dispositions de mise en oeuvre ou intégratives. Cela procède, soit directement du principe de la hiérarchie des sources, soit du fait qu'une norme de rang supérieur impose à la source

(10) ...en vertu du texte de l'art. 12 des dispositions préliminaires du code civil italien de 1942, officiellément encore en vigueur. Mais il faut noter son aspect désuet à cause de l'introduction du principe de rigidité de la constitution : voir A. Pizzorusso, Fonti del diritto, cit., pp. 123-125. A propos de la valeur des normes sur l'interprétation, voir G. Tarello, Interpretazione della legge, Milan, Giuffrè, 1980, p. 287 s.

(11) Ainsi que cela arrive par exemple lorsqu'on prévoit que des "lois-cadre" ("leggi-cornice") de l'Etat doivent fixer les principes fondamentaux auxquels la législation régionale devra se conformer : ceci se produit en Italie sur la base de l'art. 117 de la constitution, et de l'article 17 de la loi du 16 mai 1970, n. 281. Ce dernier prévoit qu'en l'absence de "leggi-cornice" spécifiques, les régions exercent leurs compétences "dans les limites des principes fondamentaux (...) qui se déduisent des lois en vigueur".

(12) On pense aux directives communautaires qui lient les états "en ce qui concerne le résultat à atteindre, mais laissent aux états la compétence quant à la forme et aux moyens" (art. 14, Traité CECA ; art. 161, Traité Euratom ; art. 189, Traité CEE). Sur la notion de directive, voir M. Clarich, La nozione di direttiva : problemi ricostruttivi e tendenze recenti, dans Foro amm, 1984, II, 551.

(13) Voir A. Pizzorusso, Fonti del diritto, cit., p. 79.

productrice de la réglementation d'application ou intégrative de se conformer aux principes ou aux directives, bien que ceux-ci soient établis par une source de même niveau (14).

3. Dans ce cas, se pose le problème de fixer la force normative attribuée aux principes ou aux directives nés de l'application de normes sur les sources tant qu'ils n'ont pas été mis en oeuvre et englobés par les dispositions produites par la source subordonnée ; de même se pose le problème de savoir si les deux compétences (celle relative aux directives générales et celle concernant la réglementation d'application) doivent être appréhendées comme des compétences réservées ou bien si, en vertu de la source supérieure, il est possible de déterminer les dispositions de détail et, au regard de la source inférieure, il est permis d'adopter une réglementation de la matière en question avant même que soient déterminés des principes ou des directives.

A propos de la première question, il s'agit de saisir qu'hormis le cas où une source habilitée prévoit de façon explicite une dérogation aux principes et aux directives de l'espèce, les règles établies à titre de principes généraux régissant une certaine matière sont susceptibles de toute application, pourvu qu'elle paraisse possible rationnellement, c'est-à-dire en utilisant les instruments normaux de l'interprétation, même avant que ne soit adoptée la réglementation d'application ou intégrative. Il convient d'observer que la détermination des principes ou directives, tout en étant insusceptible d'applications directes, sachant qu'elle fixe exclusivement des objectifs à atteindre, agit cependant de façon indirecte au moment d'analyser sa compatibilité avec la réglementation de niveau inférieur qui peut éventuellement exister (15). Ceci repose sur le principe de la hiérarchie des sources, selon lequel les normes de rang supérieur doivent malgré tout prévaloir sur celles de rang inférieur, à moins que ne soient prévues des dérogations expresses au terme de dispositions ayant un niveau au moins égal à celui des normes auxquelles elles apportent une dérogation.

(14) Ainsi que cela se produit dans le cas des lois régionales italiennes, tenues au respect des principes fondamentaux fixés par les lois-cadres (lois d'Etat ordinaires) en vertu de ce qu'établit l'art. 117 de la constitution, et dans le cas des décrets législatifs délégués, tenus au respect des principes et des critères directifs contenus dans les lois (ordinaires) d'habilitation au terme de ce que prévoit l'art. 76 de la constitution. Par rapport aux textes normatifs de rang égal, qui dans ces cas sont utilisés comme paramètre dans le contrôle de constitutionnalité, la doctrine italienne a élaboré la notion de "normes intermédiaires" ("norme interposte").

(15) Ce critère a été utilisé par la cour constitutionnelle italienne au regard des normes de portée générale inscrites dans la constitution, selon les fondements du problème qu'avait posé V. Crisafulli, La costituzione e le sue disposizioni di principio, Milan, Giuffrè, 1952.

En ce qui concerne le second problème, il faut noter que l'existence d'une compétence réservée ne peut être présumée, car l'interpénétration de règles, même incomplètes, provenant de sources de différents niveaux ressort au contraire implicitement de l'organisation générale du système des sources basée sur le principe hiérarchique. Hormis le cas des dérogations (qui peuvent résulter seulement de l'exercice de pouvoirs normatifs appropriés), la source qui peut édicter les principes et les directives peut aussi normalement se substituer à la source inférieure dans la fixation des dispositions de détail, et la source qui peut mettre en oeuvre les principes ou les directives peut suppléer à l'absence d'exercice des pouvoirs normatifs adéquats. Toutefois, dans le cas où ces pouvoirs viennent à être exercés (même ultérieurement), les règles ainsi produites prévaudront sur les dispositions adoptées (16), ou les rendront inconstitutionnelles ou illégitimes.

4. Un problème tout à fait différent et de nature plus générale s'est ajouté à celui qui vient d'être examiné. Il concerne l'éventualité où les standards sont déduits de dispositions d'un rang inférieur à celui d'une réglementation à l'encontre de laquelle ils pourraient exercer les fonctions interprétatives qui sont normalement les leurs.

A ce propos, il existe deux règles, apparemment contradictoires, et entre lesquelles il convient pourtant de trouver une issue. La première de celles-ci découle directement du principe de la hiérarchie des sources et impose l'inapplication ou l'annulation (selon les procédures prévues à cet effet) des dispositions ou des normes de rang inférieur et incompatibles avec les autres ; la seconde permet, voire impose, à chaque autorité chargée de prendre une réglementation d'application de certains principes ou directives, de spécifier leur portée exacte, ou éventuellement de les interpréter (17).

Il s'ensuit que si la source inférieure peut et, à l'occasion, doit interpréter les textes normatifs produits par la source supérieure, celle-ci peut également faire valoir le résultat de son activité d'interprétation et donc expliciter les dispositions qui ont la nature de principes ou directives.

Toutefois, il ressort du principe de la hiérarchie des sources que cette activité d'interprétation, quand bien même elle

(16) Ainsi que cela est explicitement prévu, en application des lois d'Etat qui modifient les principes fondamentaux auxquels les lois régionales italiennes doivent se conformer, l'art. 10, loi 10 février 1953, n° 62, parle "d'abrogation" des lois régionales antérieures.

(17) Le principe selon lequel une source subordonnée peut interpréter les règles décrivant d'une source supérieure trouve application, par exemple, dans le can. 27 du Codex iuris canonici de 1983, selon lequel Consuetudo est optima legum interpres.

se concrétise dans un texte normatif, n'a pas force obligatoire (sinon dans les limites correspondant à celles du degré de la source dont il s'agit). Par conséquent, les dispositions qui en constituent les fruits ne seront pas soustraites au contrôle de conformité qui s'exerce par rapport aux normes de rang supérieur et, vis-à-vis de ces dernières, elles ne pourront pas non plus justifier l'éventuelle incompatibilité de certaines autres dispositions de rang égal à celui des dispositions interprétatives (18).

5. Les nouveaux problèmes relatifs à la fonction des standards qui se posent dans le cadre des ordres juridiques inspirés du principe de la hiérarchie des sources, n'empêchent pas en eux-mêmes que l'on puisse en relever qui concernent des ordres juridiques fondés sur le principe de l'absolue suprématie de la loi et qui se résolvent aussi principalement en précisant quels pouvoirs reviennent au juge dans la détermination du droit à appliquer à l'espèce soumise à son examen.

En réalité, il existe au contraire d'importantes interférences entre les deux catégories de problèmes. Cela résulte du fait que leur solution se trouve de toute façon sollicitée de juges, même si, de ce côté-ci de l'Atlantique, le juge de la constitutionnalité des lois et celui de la légitimité des actes administratifs est presque toujours différent du juge qui applique le droit à des faits concrets.

Une approche commune du phénomène est pourtant possible à travers le fait que le standard s'identifie de toute façon à un fragment de disposition normative, à savoir une disposition incomplète. Et même s'il existe des cas prévoyant la possibilité de la compléter dans l'exercice ultérieur d'un pouvoir normatif, prévu par les normes sur les sources et inclus dans la hiérarchie relative, il n'existe pas un principe général qui impose cette forme d'intégration ou énonce qu'en son absence le standard ne constitue pas un outil propre à déduire tous les contenus normatifs qu'il est possible de saisir en recourant aux instruments communs de l'interprétation.

Le caractère incomplet des normes qui emploient les notions à contenu variable a pour effet de laisser, autant au juge

(18) Dans le même sens, la cour constitutionnelle italienne a exclu que des limites aux libertés garanties constitutionnellement puissent être déduites de lois ordinaires (par exemple, des normes du code pénal), en précisant au contraire que de telles limites peuvent être obtenues seulement de normes constitutionnelles qui les expriment ou les rappellent explicitement ou implicitement : voir Corte cost., 19 février 1965, n. 9, dans Foro it., 1965, I, 397, sur le point des limites à la liberté d'expression. Plus récemment, sur les rapports entre clauses générales de la constitution et clauses générales du code civil, voir G. Ponzanelli, Corte costituzionale e responsabilità civile : rilievi di un privatistà, dans Foro it., 1988, I, 1959-1960.

de la constitutionnalité des lois qu'au juge ordinaire ou administratif, une marge d'appréciation plus large que d'habitude et il en profite souvent pour définir des règles intégratives ou de mise en oeuvre de la clause générale inscrite dans la disposition constitutionnelle ou législative. Dans le cadre du jugement, la règle intégrative ne fait généralement pas partie du "*décisum*", mais plutôt de la "*ratio decidendi*", et ne dispose donc pas de l'autorité de la chose jugée, mais de la force du précédent (19). En fait, les règles et les pratiques observées dans les différents pays conditionnent largement l'intensité de cette force ; cependant, dans les pays d'Europe continentale, comme on le sait, une telle force n'obligera jamais totalement le juge d'un procès différent : elle détient seulement une autorité "persuasive".

6. Les notions à contenu variable examinées ici ont la particularité d'offrir la possibilité, dans les cas où plus d'une directive de ce genre se trouve applicable (et elles sont toutes dotées de force égale du point de vue de la hiérarchie des sources), de résoudre les éventuels contrastes entre elles, non pas en utilisant les types d'appréciation traditionnels employés pour éliminer les antinomies (20), mais en recherchant un équilibre entre les exigences contradictoires qu'elles présupposent (21).

La bivalence est tout autant caractéristique des notions de ce type : c'est par exemple le cas du principe d'égalité qui, ainsi que le remarquait déjà Aristote (22), énonce dans le même temps qu'à situations égales doit s'appliquer un traitement égal et qu'à situations différentes convient un traitement différent mais adéquat : en conséquence, la portée normative du principe finit presque par se consumer, tout étant lié à l'appréciation des faits, c'est-à-dire à l'égalité ou à l'inégalité des situations en confrontation (23).

Une approche rigoureuse de la notion "d'intérêt public" conduit également à de semblables considérations. En effet, elle se conclut par un renvoi au résultat de la confrontation entre les différents intérêts qualifiés de publics (24).

(19) Voir ci-dessus note 2.
(20) Voir Ch. Perelman (ed.), Les antinomies en droit, Bruxelles, Bruylant, 1965.
(21) Comme on le sait, cette technique est fréquemment employée par la cour suprême des Etats Unis.
(22) Etica Nicomachea, livre V, 1131, a.
(23) A ce propos, voir Ch. Starck, L'égalité en tant que mesure du droit (problèmes d'application du principe d'égalité), dans Les notions à contenu variable en droit, cit., p. 181 s. ; Ch. Perelman, Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse, ibid., pp. 370-372. Sur la jurisprudence de la cour constitutionnelle italienne en matière d'égalité, voir A. Cerri, L'eguaglianza nella giurisprudenza della corte costituzionale, Milan, Giuffrè, 1976 ; L. Paladin, Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza : aprile 1979-dicembre 1983, dans Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli, Padoue, Cedam, 1985, p. 605 s.
(24) Voir A. Pizzorusso, Interesse pubblico e interessi pubblici, dans Riv. trim. dir.

Ainsi que cela fut remarquablement observé (25), souvent le principe de la séparation des pouvoirs détient de même la portée d'une notion à contenu variable, vu l'impossibilité à l'appliquer rigoureusement et les nombreuses adaptations qui s'en suivent dans la pratique constitutionnelle des différents pays (26) ; en ce sens, la notion d'ordre public (27) a été utilisée entre autres pour fonder une limite générale aux droits fondamentaux (28).

Dès lors, la conclusion selon laquelle le recours aux clauses générales dans l'activité normative signifie un renoncement partiel à légiférer paraît exacte. Elle illustrerait même plus précisément un refus d'édicter des règles exhaustives et rigoureuses et un choix en faveur de la fixation d'une table de valeurs (29) à l'usage de ceux qui devront appliquer les normes ainsi posées. Cela instaure indiscutablement un élargissement des pouvoirs de ces derniers, et en premier lieu du juge, mais ce constat ne constitue pas un jugement *a priori* positif ou négatif quant à cette manière de procéder et même s'il apparaît en fait susceptible d'être utilisé au profit d'une appréciation plus politique que technico-juridique (30).

En définitive, la multiplicité des situations historiques et des formes d'organisation juridique peuvent justifier le fait de laisser au cours de la phase de mise en oeuvre, une sphère plus large à la recherche de la solution la plus adaptée à chaque cas particulier ou bien, au contraire, de réduire un tel espace à la faveur des décisions prises au niveau de l'activité normative.

Dans cet ordre d'idées, il n'apparaît pas injustifié de recourir parfois à des notions à contenu variable -ou si l'on

proc. civ., 1972, p. 57 s.

(25) A. Van Welkenhuyzen, La séparation des pouvoirs, notion à contenu variable en droit, dans Les notions à contenu variable en droit, cit., p. 113 s.

(26) Voir F. Modugno, Poteri (divisione dei), dans le Noviss. dig. it., XXIII, Turin, Utet, 1966, p. 472 s.

(27) Voir J. Ghestin, Ordre public, notion à contenu variable en droit privé français, dans Les notions à contenu variable en droit, cit., p. 77 s.

(28) Voir G. Zagrebelsky, Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, dans L. Favoreu (ed.), Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1982, p. 303 s., spéc. pp. 313-314.

(29)J. Verhaegen, Notions floues et droit pénal, dans Les notions à contenu variable en droit, cit., p. 12 s. Quant à la fonction des valeurs dans le droit, voir L. Caiani, I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica, Padoue, Cedam, 1954 ; L. Mengoni, Diritto e valori, Bologne, Il Mulino, 1985.

(30) Ainsi, par exemple, le débat qui se développait en Italie, voici quelques temps, autour de "l'usage alternatif du droit" (voir P. Barcellona (ed.), L'uso alternativo dell diritto. Scienza giuridica e analisi marxista, Bari, Laterza, 1973) fût mal posé à cause de la conviction que l'élargissement des pouvoirs du juge et, en général, l'emploi préférentiel d'une telle technique juridique, plutôt que d'une autre, puisse être considérée comme conforme à une politique de tendance progressiste plutôt qu'à une politique de type conservateur, tandis que l'expérience a clairement confirmé la polyvalence qui est normalement propre aux techniques juridiques.

préfère, à des notions rendues confuses à dessein (31)- afin de réaliser des compromis politiques permettant de débloquer des situations autrement sans issue. Le fait que ce type de solutions charge le juge d'une responsabilité qui lui est inhabituelle (32) présente certes des inconvénients, mais il n'est pas évident que cela ne représente pas un moindre mal face aux risques encourus en cas de paralysie de l'activité des organes constitutionnels.

Du reste, à bien y regarder, l'existence d'une marge d'appréciation plus ou moins large au bénéfice du sujet qui applique le droit ne dépend pas seulement de la technique législative (33) adoptée par celui qui rédige les textes normatifs (c'est-à-dire selon que ceux-ci préfèrent employer des clauses générales ou des règles plus limitatives), mais aussi d'autres facteurs, parmi lesquels peuvent être rappelées, par exemple, la façon dont sont réglementées la publication et l'entrée en vigueur des textes mêmes (34), la tolérance accordée à l'ignorance en toute bonne foi de la loi (35), etc.

Et on peut affirmer de manière encore plus sûre que l'équilibre qui doit subsister, afin de préserver le fonctionnement correct d'un système juridique considéré dans son ensemble, entre les activités d'appréciation des faits et les activités d'énonciation des règles (36), entre les exigences de certitude et le besoin de justice (37), ne dépend pas seulement de la technique de rédaction des textes législatifs, tout en ne pouvant nier qu'elle représente une composante importante de ce cadre complexe.

(31) Voir J. Verhaegen, Notions floues en droit pénal, cit., p. 8.

(32) Face à ce type de situations on a souvent parlé en Italie de "suppléance" du juge (et de la cour constitutionnelle) par rapport aux organes constitutionnels politiques.

(33) Voir, récemment, A. Viandier, Recherche de légistique comparée. Le processus législatif, Heidelberg, Springer, 1988, auquel on fait renvoi à propos de références ultérieures.

(34) Voir J.B. Herzog, G. Vlachos, La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé, Paris, Les éditions de l'épargne, 1961.

(35) Voir Cour d'appel de Bruxelles, 30 juin 1983 (cit. par Ch. Perelman, Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse, qui a justifié, par rapport à la légalité de leur conduite, "l'erreur invincible" qui aurait été commise par un groupe de médecins et d'infirmières ayant exécuté des interruptions de grossesse au-delà de ce que la loi leur permettait, et corte cost. 24 mars 1988, n. 364, dans Foro it., 1988, I, 1385, qui a considéré inconstitutionnel l'art. 5 du Code pénal, lequel codifiait le principe ignorantia iuris non excusat, "nella parte in cui non esclude(va) dall"inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile".

(36) De "prédominance que l'on souhaiterait transitoire, du fait sur le droit", en parle Perelman, op. cit., p. 374.

(37) Voir A. Pizzorusso, Certezza del diritto (profili applicativi), dans Enc. Giur. Treccani, en cours de publication.

LA PROGRAMMATION DE HAUTE QUALITE :
Repères sur le rôle des standards dans la réglementation canadienne de l'audiovisuel (1)

****

THE STANDARDS IN THE SPECIAL LEGISLATION ABOUT SPECIAL TECHNICAL SUBJECTS
(Broadcasting : "High quality")

Par

Pierre TRUDEL
Professeur à l'Université de Montréal (Canada)
Faculté de Droit - Centre de Recherche en Droit Public

(1) Cette étude a été menée dans le cadre d'un projet entrepris au Centre de recherche en droit public et devant conduire à la publication d'un traité sur le droit de la radio et de la télévision. Ce projet de recherche a reçu l'appui financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, du Fonds FCAR du Québec, de la Fondation du Barreau du Québec, de la Société Radio Québec et du Fonds de développement de la recherche de l'Université de Montréal. Le ministère des communications du Canada ainsi que le ministère des communications du Québec ont commandité la réalisation de certaines études ayant permis de faire progresser le projet. Les propos exprimés ici sont le fruit d'une réflexion entreprise, il y a plus de cinq ans, et notamment lorsque l'auteur était directeur de la recherche du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion. L'auteur désire remercier ses collègues Danielle Pinard et Pierre André Côté de la Faculté de droit ainsi que France Abran et Sylvie Latour du Centre de recherche en droit public pour l'aide qu'ils lui ont apporté dans cette recherche ; il est seul responsable des carences qui subsistent dans ce texte.

INTRODUCTION

Peu de questions de politique publique sont marquées d'autant d'émotivité que la radio et la télévision. Chacun se sent concerné par ces médias omniprésents. A tort ou à raison, on prête aux médias audiovisuels une influence déterminante sur nos modes de pensée, sur les manières dont les problèmes sont portés à l'attention du public (2).

Prenant la "communication" dans son sens le plus large, le Rapport de la Commission internationale d'étude des problèmes de la communication (Rapport Mc Bride) reconnaissait à la communication, et par le fait même aux médias, des fonctions d'information, de socialisation, de motivation, de discussion, d'éducation, de promotion culturelle, de distraction et d'intégration (3). Le rapport ajoute ensuite que "les fonctions de la communication sont reliées à la totalité des besoins à la fois matériels et immatériels des individus (4)".

Cela explique sans doute, en partie, les appels à l'intervention des pouvoirs publics dans ce domaine, souvent identifié au nombre des plus "sensibles" des secteurs d'activités méritant l'attention de l'Etat. Les activités d'information suscitent souvent craintes et anticipations ; il est souvent exclu de les laisser se développer en dehors de tout encadrement étatique. Guillou et Padioleau rappellent que :

> Les parlements créent des instances de régulation parce que, à la suite de constats ou d'anticipations, les législateurs discernent des problèmes, présents ou futurs, susceptibles d'influer sur le fonctionnement correct des systèmes. Sous cet angle, un problème correspond aux différences perçues entre les états d'une situation et ses états désirés ou attendus, ou, sous la forme plus imagée, à des écarts entre "ce qui est", "ce qui pourrait être", ou "ce qui devrait être" (5).

(2) Pour une revue des très nombreuses approches d'analyse mises au point dans les sciences sociales afin de cerner l'effet des médias de masse, voir Francis Balle, Médias et société, Troisième édition, Paris, Montchretien, 1984, 708 p. ; Denis Mac Quail et Sven Windahl, Communication Models for the study of mass communications, New York, Longman, 1981, 110 p.

(3) Voix multiples un seul monde, Rapport de la Commission internationale d'étude des problèmes de la communication, Paris, La documentation Française, Les Nouvelles éditions africaines, UNESCO, 1980, p. 17.

(4) Ibid., p. 18.

(5) Bernard Guillou et Jean-Gustave Padioleau, La régulation de la télévision, Paris CNCL, La documentation française, 1988, p. 43. Malgré ses mérites évidents, il est dommage que cette étude ne puise pas suffisamment dans l'expérience canadienne en matière de régulation de l'audiovisuel. A bien des égards, l'expérience canadienne, caractérisée de longue date par la cohabitation du service public et des entreprises privées, est beaucoup plus pertinente pour les chercheurs européens que l'expérience de la FCC américaine. En particulier, il est étonnant que les auteurs de cette étude

La régulation des activités de communication, à l'instar sans doute de la régulation de la plupart des activités complexes, pose des défis considérables. Il y est généralement manifeste que les perceptions de "ce qui est", ce qui pourrait être", ou "ce qui devrait être" ne correspondent pas les unes avec les autres (6). Il est en effet peu probable que les différents acteurs sociaux aient une perception unanime de ce que font les médias et du rôle qu'ils pourraient jouer. L'on attend de l'Etat qu'il fournisse un encadrement, à tout le moins minimal, pour le déroulement harmonieux des activités de communication. Voilà quelques unes des raisons pour lesquelles l'activité de communication en général et les médias de radio et de télévision en particulier sont partout l'objet d'une régulation étatique (7) et que cette régulation est régulièrement source de controverses et de conflits (8).

En raison même des enjeux importants qu'il recèle et de l'omniprésence de ces médias, la régulation de l'audiovisuel est un phénomène riche en enseignements pour le juriste s'intéressant aux techniques par lesquelles les normes sont énoncées et appliquées. C'est un champ d'étude souvent ignoré des chercheurs en sciences sociales (9) aussi bien que des juristes qui ne portent pas toujours l'attention nécessaire aux techniques par lesquelles on essaie de faire passer les objectifs souvent ambitieux des politiques publiques dans les comportements (10).

n'aient pas jugé à propos de référer au Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, qui discute précisément de plusieurs des questions examinées dans leur ouvrage.

(6) Ibid., p. 44.

(7) Voir Sydney W. Head, World Broadcasting Systems A Comparative Analysis, Belmont, Ca, Walsworth Publishing, 1985, pp. 57 s.

(8) Pierre Trudel, "Les conflits et enjeux juridico-politiques suscités par l'implantation de la télévision à péage", (1981-82), Revue Juridique Thémis, 431.

(9) Dans une tentative de rendre compte de l'émergence et de l'institutionnalisation de la recherche en communication au Québec, les sociologues Jean-Guy Lacroix et Benoît Levesque ne jugent même pas utile de mentionner les études juridiques menées au Québec sur la communication. Voir Jean-Guy Lacroix et Benoît Levesque, "L'émergence et l'institutionnalisation de la recherche en communication au Québec", Communication et information, vol. 7 n° 2, printemps 1985, p. 7 ; cela a de quoi étonner lorsqu'on sait que dans la plupart des pays occidentaux, l'on inclut les travaux sur les aspects juridiques au nombre de ceux qui peuvent figurer parmi les efforts de recherche sur les phénomènes de communication. Peut-être est-ce un indice du degré de développement de la recherche sociale québécoise en ce domaine. Sur les travaux juridiques en matière de radiodiffusion, voir René Pépin, Bibliographie séléctive sur le droit canadien de la radiodiffusion, Faculté de Droit, Université de Sherbrooke, décembre 1983, 44 p. ; en général sur la radiodiffusion canadienne, voir Marc Deschenes, Viviane Haeberle et Nicole Tremblay, Radiodiffusion et Etat : bibliographie des documents en langue française établie à l'intention du Groupe de travail sur la politique de radiodiffusion, Québec, Université Laval, Département de communication, août 1985, 129 p. ; Peter A. Bruck, Jay R. Weston, Patricia L. Bennett et E. Jill Wardy, Bibliography on Canadian Broadcasting, Prepared for the Task force to Review the Canadian Broadcasting System, Ottawa, Carleton University, Center for Communication Culture and Society, 1985, pag. mult.

(10) Pierre Trudel, La part du droit dans la défense et l'illustration des cultures

Les législations sur l'audiovisuel se caractérisent souvent par un recours intense aux standards car, en elles-mêmes, les activités de régulation ne prédisposent pas à des définitions indiscutables qui s'imposeraient d'emblée ou par "la simple force de l'évidence" (11). Bien au contraire, la richesse et la complexité des enjeux en font plutôt le terrain de prédilection pour les grandes batailles opposant les acteurs sociaux. Rien d'étonnant qu'il en résulte un impact sur la formulation des règles de droit. Les parlements ont eu tendance à tracer des cadres généraux devant présider à la régulation des activités des radios et des télévisions plutôt que de prescrire des règles précises susceptibles d'application mécanique. Il est en effet plus facile (12) de proclamer, par exemple, la liberté de la communication audiovisuelle ou le pluralisme (13) ou encore le besoin d'émissions de haute qualité, que de poser des normes qui viendraient, de façon détaillée, prescrire ce qu'il faut ou ne faut pas faire afin d'y arriver. D'ailleurs, ce qui est recherché dans la régulation de l'audiovisuel, c'est bien plus un résultat global qu'une application mécanique des règles de droit. L'on ne doit donc pas s'étonner d'y rencontrer des encadrements juridiques faisant grand usage des standards.

Aux Etats-Unis, toute l'activité de la Federal Communication Commission (FCC) repose sur l'obligation pour cette dernière de réglementer et surveiller selon le standard du "public interest, convenience and necessity" (14). A partir de ce standard, l'organisme de réglementation a élaboré un régime complet

nationales, Exposé présenté au colloque Communication et cultures Québec Vénézuela, Montréal, 15 mars 1984.

(11) Bernard Guillou et Jean-Gustave Padioleau, op. cit., p. 44.

(12) A certains égards, cela est sans doute plus souhaitable car il est sans doute difficile, dans les sociétés occidentales, de concilier liberté d'expression et réglementation détaillée des programmes de radio et de télévision par les politiciens.

(13) En France, l'article premier de la Loi du 30 septembre 1986 proclame que : "L'établissement et l'emploi des installations de télécommunications, l'exploitation et l'utilisation des services de télécommunications sont libres. Cette liberté ne peut être limitée, dans le respect de l'égalité de traitement, que dans la mesure requise par les besoins de la défense nationale, par les exigences du service public ainsi que par la sauvegarde de l'ordre public, de la liberté et de la propriété d'autrui et de l'expression pluraliste des courants d'opinion". Dans son ouvrage consacré à l'étude de cette loi, Guy Drouot identifie la liberté de communication, le pluralisme et la transparence comme étant les trois grands principes du droit français de la communication audiovisuelle. Voir Guy Drouot, Le nouveau droit de l'audiovisuel, Paris, Sirey, 1988, première partie ; Emmanuel Derieux, "Le nouveau statut de la communication" (1987) R.D.P. 321-360, "La nouvelle réforme de l'audiovisuel" (1987), Revue Française de droit administratif, 343-418 ; Jacques Chevallier, "Le nouveau statut de la liberté de communication" (1987), A.J.D.A. 59-79. Pour une excellente présentation schématique de la Loi du 30 septembre 1986, voir Bertrand Delcros et Bianca Vondan, La liberté de communication, Loi du 30 septembre 1986. Analyse et commentaire, Paris, CNCL, 1987.

(14) Communications Act, 1934, 47 U.S.C. parag. 151 à 609, voir notamment les articles 214 (a), 307 (d), 309 (a), 316 (a).

encadrant les activités des stations de radio et de télévision américaines (15).

La législation canadienne repose aussi en bonne partie sur des notions floues, des standards. La *Loi sur la radiodiffusion* (16) adoptée en 1968 énonce "que la programmation de chaque radiodiffuseur devrait être de haute qualité".

Cette disposition fait partie d'un ensemble plus large, l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* (17) intitulé "Politique de la radiodiffusion pour le Canada". Le titre complet de la *Loi sur la radiodiffusion* se lit comme suit : "Loi ayant pour objet de mettre en oeuvre, pour le Canada, une politique de la radiodiffusion". C'était la quatrième loi (18) adoptée par le Parlement pour régir la radiodiffusion au Canada (19).

(15) Voir en général R. Terry Ellmore, Broadcasting Law & Regulation, Blue Ridge Summit PA, Tab Books, 1982 ; Sydney W. Head et Christopher H. Sterling, Broadcasting in America. A survey of Television, Radio and New Technologies, Fourth Edition, Boston, Houghton Mifflin, 1982, p. 410 et s.

(16) S.R.C. 1970, c. B-11. Dans le contexte de la loi canadienne, l'expression "radiodiffusion" vise une radiocommunication destinée au public en général. Etant donné que les stations de télévision utilisent des ondes hertziennes, elles sont des entreprises de radiodiffusion désignées comme telles bien que l'on pourrait penser que l'expression "télédiffusion" serait, en français, plus précise pour les désigner.

(17) Loi sur la radiodiffusion, art. 3 (d) : "La programmation offerte par le système de la radiodiffusion canadienne devrait être variée et compréhensive et (qu') elle devrait fournir la possibilité raisonnable et équilibrée d'exprimer des vues différentes sur des sujets qui préoccupent le public et que la programmation de chaque radiodiffuseur devrait être de haute qualité et utiliser principalement des ressources canadiennes créatrices et autres".

(18) Elle faisait suite aux textes suivants adoptés à compter de 1932 : Loi concernant la radiodiffusion, S.C. 1932, 22-23 Geo V, c. 51 ; Loi concernant la radiodiffusion, S.C. 1936, 1 Ed. VIII, C. 24 ; Loi concernant la radiodiffusion, S.C. 1958, 7 Eliz II, c. 22.

(19) Le Parlement fédéral exerce une juridiction exclusive sur la radiodiffusion. Les tribunaux ont tiré cette conclusion de l'interprétation de la Loi Constitutionnelle de 1867 énonçant le partage des compétences entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales. Voir In re La réglementation et le contrôle de la radiocommunication au Canada, (1932) A.C. 304, version française dans François Chevrette et Herbert Marx, Droit Constitutionnel, Montréal, P.U.M. 1982, p. 967 ; Comme l'activité de radiocommunication comprend à la fois l'émission et la réception, il s'ensuit que le Parlement possède une juridiction exclusive aussi bien sur l'émission que sur la réception des signaux. Par conséquent, les entreprises de réception de radiodiffusion, les câblodistributeurs, tombent sous la juridiction fédérale et sont visées par la Loi sur la radiodiffusion ; voir Capital Cities Communications Inc. v CRTC, (1978) 2 R.C.S. 141 ; Régie des services publics v. Dionne, (1978) 2 R.C.S. 191. Les provinces exercent en vertu de leur juridiction sur la propriété et le droit civil dans leurs territoires respectifs un certain contrôle sur les contenus radiodiffusés, voir Procureur général du Québec v. Kellong's, (1973) 2 R.C.S. 211, mais le Parlement fédéral possède la juridiction de principe dans le domaine de la radiodiffusion, voir Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada, (1973) 3 O.R. 819 ; La radiodiffusion éducative est l'une des zones grises puisque les provinces ont juridiction exclusive sur l'éducation, voir Ronald G. Atkey, "The Provincial Interest in Broadcasting under the Canadian Constitution", (1969) 1 Can. Com. L.R. 212 ; Martha Fletcher et Frederick J. Fletcher, "Les communications et la confédération : répartition des pouvoirs et perspectives d'avenir", dans R.B. Byers et Robert W. Reford (éds), Le défi canadien : La viabilité de la confédération, Toronto, Institut canadien des affaires internationales, 1979, p. 175 ; J. Scott Wilkie, "The

La *Loi sur la radiodiffusion* est d'une architecture relativement simple. Elle énonce les principes sous-tendant la politique canadienne de la radiodiffusion (20), attribue à un organisme de réglementation, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) (21), le rôle et les pouvoirs nécessaires afin de surveiller et de réglementer les entreprises de radiodiffusion (22) de façon à mettre en oeuvre cette politique de radiodiffusion et enfin, la loi énonce le statut du service public national de radiodiffusion, dont la responsabilité revient à la Société Radio Canada (23). On trouve assez peu de dispositions substantives dans la *Loi sur la radiodiffusion*. A part une disposition concernant les émissions de nature partisane dont on interdit la diffusion le jour ou la veille d'une élection ou d'un référendum (24), il n'y a dans cette loi que des habilitations. Ainsi le CRTC se voit accorder les pouvoirs de faire des règlements (25), d'énoncer les conditions auxquelles sera soumise chaque personne se voyant accorder une licence afin d'exploiter une entreprise de radio ou de télévision (26), et des pouvoirs d'enquête, notamment sur des plaintes relativement à toute question relevant de ses pouvoirs (27).

Le coeur de la loi est indubitablement l'énoncé de la politique de radiodiffusion à l'article 3 (28). Il y est déclaré que "la réglementation et la surveillance du système de la radiodiffusion canadienne devraient être souples et aisément adaptables aux progrès scientifiques ou techniques (29)". Cette seule mention suffirait sans doute à expliquer le recours intense aux standards que fait cette loi. Al Sanhoury identifiait l'adaptabilité comme étant le besoin le plus impérieux et sans

Radio Reference and Onward : Exclusive Federal Jurisdiction over General Content in Broadcasting", (1980) 18 Osgoode Hall L.J. 49.

(20) Loi sur la radiodiffusion, art. 3.

(21) Cet organisme, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes a vu son statut considérablement modifié en 1975 lorsqu'il a acquis juridiction sur les entreprises de télécommunications relevant de la juridiction fédérale. Voir Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, S.C. 1974-75-76, c. 49. Sur la structure et le fonctionnement du Conseil voir : Marie-Philippe Bouchard, Michèle Gamache et Mireille Beaudet, La réglementation des entreprises de radiodiffusion par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Rapport préparé pour le Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, Montréal, Centre de recherche en droit public, Mars 1986, pp. 11 à 81.

(22) Loi sur la radiodiffusion, art. 15.

(23) Loi sur la radiodiffusion, art. 33 et s.

(24) Loi sur la radiodiffusion, art. 28.

(25) Loi sur la radiodiffusion, art. 16.

(26) Loi sur la radiodiffusion, art. 17.

(27) Loi sur la radiodiffusion, art. 19 (2) (c).

(28) Cet énoncé faisant l'objet de l'art. 3 de la Loi sur la radiodiffusion est reproduit en annexe.

(29) Loi sur la radiodiffusion, art. 3 (j).

doute le moins facile à réaliser pour le droit (30). Il constatait aussi que le standard était une technique de nature à favoriser cette adaptabilité. Il écrit qu'"A la fixité et la rigidité de la règle, s'oppose avantageusement la souplesse et l'adaptabilité du standard" (31).

Le législateur canadien choisit quelquefois d'exprimer sa volonté en ayant recours à des standards. Dans le projet de loi C-136 destiné à remplacer l'actuelle *Loi sur la radiodiffusion* déposé le 23 juin dernier à la Chambre des communes, on trouve un alinéa, inséré dans une disposition analogue à l'actuel article 3 qui déclare que "la programmation offerte par les entreprises de radiodiffusion devrait être de haute qualité" (32). Le Parlement canadien a voulu énoncer les principes et les objectifs qu'il entend poursuivre dans certains autres textes législatifs tels la *Loi nationale sur les transports* (33), l'ancienne *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* (34) et, bien sûr, la *Loi sur la radiodiffusion*. Cette façon d'exprimer les intentions du Parlement est relativement nouvelle et a peu fait l'objet d'analyses systématiques (35). Grant Hammond écrivait que l'émergence de cette technique n'avait pas suscité beaucoup d'intérêt de la part des chercheurs (36), bien que le procédé ait parfois été employé de façon relativement similaire aux Etats-Unis (37) et en Nouvelle-Zélande (38). Le recours aux standards prend des dimensions encore plus importantes lorsque le Parlement prétend indiquer "ce qui doit être" en termes qualitatifs. Il importe donc de bien cerner les traits et les limites du recours aux standards dans la formulation de lois fondamentales comme celles définissant la politique d'un pays en matière d'audiovisuel.

L'objet de cette étude est de montrer comment opère l'un des standards énoncé dans la *Loi sur la radiodiffusion*. Le standard de haute qualité, en raison des échos rhétoriques qu'il provoque, fait figure de spécimen de choix pour une démarche

(30) A.-A.Al-Sanhoury, "Le standard juridique" dans Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Tome II, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935, p. 144.

(31) Ibid., p. 146.

(32) Loi concernant la radiodiffusion et modifiant certaines lois en conséquence et concernant la radiocommunication, Projet de loi n° C-136 (1ère lecture), 2ème session, 33e législature (Can.), art. 3 (e).

(33) S.R.C., 1970, c. N-17, art. 3.

(34) S.C., 1973, c. 46 remplacée par la Loi sur Investissement Canada, S.C. 1985, c. 20.

(35) Voir R. Grant Hammond, "Embedding Policy Statements in Statutes : A Comparative Perspective on the Genesis of a New Public Law Jurisprudence", (1982) 5 Hastings int'l and comparative L.R. 323.

(36) Ibid., p. 325.

(37) Voir le National Environmental Policy Act (1969), 42 U.S.C. parag. 4331-4335.

(38) Hammond, loc. cit., pp. 363 et s.

visant à une meilleure compréhension de la nature, du rôle et de la fonction des standards dans le système juridique.

Dans la première partie de ce texte, nous constaterons que la notion de "haute qualité" dans la *Loi sur la radiodiffusion*, est bien un standard. Nous verrons, dans un second temps, que ce standard a une fonction rhétorique (39) à l'instar des autres standards que comporte la *Loi sur la radiodiffusion*. Cette fonction rhétorique n'empêche pas le standard de participer à la délimitation des pouvoirs discrétionnaires de l'organisme de réglementation acquérant de ce fait une fonction d'habilitation. Cette seconde fonction sera examinée dans la troisième partie du texte. Dans la quatrième partie, l'on mettra en lumière le fait que le standard de haute qualité demeure un standard de conduite puisqu'il prescrit un comportement pour les "administrés" (40).

I - LA HAUTE QUALITE COMME STANDARD

L'article 3 (d) de la *Loi sur la radiodiffusion* déclare que "la programmation de chaque radiodiffuseur devrait être de haute qualité (...)". Cet objectif est inséré dans une disposition traitant également de la programmation offerte par le système de radiodiffusion dans son ensemble. Toutefois, cet objectif de haute qualité s'adresse, quant à lui, à la programmation de chaque radiodiffuseur (41).

La signification juridique de cette notion de haute qualité est une question fascinante. Comment une telle notion peut-elle être créatrice de droits et d'obligations ? Est-elle même destinée à produire des effets normatifs et lesquels ? L'on voit mal, évidemment comment une loi prescrivant une programmation de

(39) Voir Stéphane Rials, Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), Paris L.G.D.J. 1980, p. 57.

(40) Nous utilisons le mot "administré" pour désigner les personnes dont l'Administration cherche à modifier le comportement. En cela nous adoptons la terminologie de la Commission de réforme du droit du Canada dans son Document de travail 51 Droit, objectifs publics et observations des normes, Ottawa, La Commission, 1986, p. 13.

(41) C'est là une différence avec la loi de 1958 ayant précédé la loi actuelle. Cette loi prescrivait au Bureau des gouverneurs de la radiodiffusion de réglementer la radiodiffusion de façon à engendrer : "un service de radiodiffusion" vaste et varié qui atteigne un haut niveau et soit fondamentalement canadien par son contenu et sa nature". La version anglaise de la loi canadienne de 1958 parlait d'un "varied and comprehensive broadcasting service of a high standard that is basically canadian in content and in character" Loi sur la radiodiffusion, S.C. 1958, c. 22 art. 10 ; voir A. John Beke, "Government Regulation of Broadcasting in Canada" (1970) 2 Can. Com. &L.R. 104, à la p. 127. Voir aussi le Broadcasting Act 1981, 1981, c. 68, R-U. L'article 2 de cette loi qui établit l'Independent Broadcasting Authority prévoit que "The function of the Authority shall be to provide, in accordance with this act and until 31 st December 1996, television and local sound broadcasting services, additionnal in each case to those of the BBC and of high quality (...) as may from time to time be reasonably practicable".

haute qualité ne rallierait pas de larges suffrages. Cependant, comme le relève le *Rapport du groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion* (42) "les désaccords surgissent dès qu'on cherche à identifier et à définir la "haute qualité"". C'est là que la notion pose des difficultés. Elle implique un défi de taille pour ceux qui sont chargés de la surveillance et la réglementation de la radiodiffusion. Elle suppose aussi, sans doute, une approche réglementaire graduée, procédant d'une analyse articulée et systématique des techniques de réglementation disponibles afin de traduire un tel objectif dans les faits.

Toute tentative de définir, à la manière d'un dictionnaire, ce qui équivaut à la haute qualité dans la programmation de chaque radiodiffuseur est une démarche aussi vaine que difficile. Cherchant à réduire l'imprécision, le *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion* proposait de ramener l'exigence de qualité à celles que suggèrent les "normes professionnelles reconnues". Celles-ci varient suivant la catégorie d'entreprises et l'ampleur des moyens qui leur sont disponibles, l'exigence pourrait s'avérer moins grande pour celles qui ont peu de moyens et plus lourde pour celles qui en ont davantage. Ces propos du Groupe de travail découlaient du constat que l'exigence de haute qualité "fixe les bornes du bien quelque part sur le chemin du bon et du beau".

Situer le lieu de la détermination de la "haute qualité" dans le champ des pratiques professionnelles reconnues constitue certes une précision intéressante. En le disant expressément dans un texte de loi, on court cependant le danger d'élever ces pratiques au rang de règles de droit contribuant du même coup à déterminer le seuil de qualité à même ces pratiques courantes qui pourraient très bien ne pas être les meilleures.

Il est vrai que la notion de "programmation de haute qualité" n'est nulle part définie ; elle est presque toujours invoquée de façon implicite et est dans tous les cas, mal cernée ; elle paraît indéfinissable. Cela peut, selon certains, donner ouverture à des jugements arbitraires sur les émissions soit de l'organisme de réglementation soit des tribunaux (43). En identifiant sa nature juridique, l'on pourra contribuer à une appréhension plus précise de la signification, dans le contexte de la *Loi sur la radiodiffusion*, de la notion de haute qualité. En particulier, on pourra constater que la notion de haute qualité ne donne pas véritablement ouverture à un pouvoir discrétionnaire

(42) Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion (Caplan-Sauvageau), Ottawa, Ministre des approvisionnements et services, 1986, p. 177-178.

(43) En ce sens, voir Marie Alison Finklestein, Selected social issues in programming : The legal, constitutional and policy implications of the equality provisions in Bill C-20, A research paper prepared for the Task force on broadcasting policy, november 1985, pp. 90 et s.

du C.R.T.C.. En revanche, la notion de "haute qualité" est à l'article 3 (d) de la *Loi sur la radiodiffusion* une prescription indéterminée. Elle laisse une importante faculté d'appréciation à ceux qui ont pour rôle d'appliquer la loi.

C'est en appliquant les analyses développées dans les travaux sur les standards juridiques que l'on peut espérer trouver les éléments susceptibles de permettre une meilleure compréhension de la façon dont la notion de haute qualité trouve sa signification juridique. Al Sanhoury proposait de définir le standard par ce qu'il accomplit : "il donne une mesure moyenne de la conduite sociale susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée" (44) écrivait cet auteur dans son article publié au Recueil Gény. Rials note, dans une tentative de cerner les traits caractéristiques des standards, que ceux-ci ne sont pas la règle, mais plutôt une technique de formulation de la règle de droit (45). Cette technique est tout à fait appropriée aux situations pour lesquelles il est malaisé de formuler des règles *a priori* sur les comportements que doivent avoir les sujets de droit. La radiodiffusion, caractérisée par son évolution rapide et sa nature essentiellement créatrice s'accommode mal de règles détaillées. En ayant recours à la notion de haute qualité dans le contexte de l'article 3 (d) de la *Loi sur la radiodiffusion*, le législateur veut fournir une mesure idéale de la conduite sociale correcte, en ce qui a trait à la programmation pour chaque radiodiffuseur.

Les standards se présentent selon la formule de Rials comme "des instruments de mesure en termes de normalité" (46), "c'est ce qui fait leur spécificité ; c'est aussi de là qu'ils tiennent leur ambiguïté. La normalité, en effet, est ambiguë. Le standard de haute qualité vient prescrire ce qui doit être, ou plus précisément, les traits que doit posséder "ce qui doit être". En utilisant ce standard, le législateur espère faire prévaloir ce qu'il souhaite voir un jour accéder à la normalité.

Voilà pourquoi la notion de haute qualité, fondamentalement réfractaire à toute définition se présente comme une façon de dégager les finalités essentielles que devront posséder les normes susceptibles d'être développées par l'organisme de réglementation. En matière de radio et de télévision, ces normes pourront porter sur diverses questions comme la proportion de réclame publicitaire, les façons de présenter les sujets controversés ou les normes journalistiques. Dans tous ces cas, il

(44) A.-A. Al Sanhoury, "Le standard juridique" dans Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, précité, p. 145.
(45) Stéphane Rials, "Les standards, notions critiques du droit" in Les notions à contenu variable en droit, études publiées par Chaim Perelman et Raymond Vander Elst, Bruxelles, Travaux du Centre national de recherches en logique, 1984, p. 44.
(46) Ibid., p. 43.

reviendra à l'organisme de réglementation de déterminer ce qui constitue la haute qualité dans la programmation.

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

L'interprétation de la notion de haute qualité implique nécessairement un certain jugement sur la conduite du radiodiffuseur. Ce jugement ne saurait être pratiqué sans prendre en compte les faits de chaque espèce. La notion de haute qualité n'est pas et ne pourra sans doute jamais être formulée avec plus de précision ; ce qui ne l'empêche pas d'être une notion déterminable. Elle varie avec le temps et les circonstances. Une détermination ayant été faite à une occasion ne constitue pas nécessairement un précédent pertinent dans d'autres circonstances.

Dans la *Loi sur la radiodiffusion*, la notion de haute qualité remplit plusieurs fonctions. C'est à la fois un objectif que doit viser l'exercice des pouvoirs dévolus à l'organisme de réglementation ainsi qu'un instrument de mesure des comportements. C'est aussi une formule permettant d'accroître la légitimité des gestes qui sont posés aussi bien par le Parlement qui adopte la disposition que par les instances qui s'en prévalent pour y appuyer leurs décisions.

Voyons de quelle façon le standard de haute qualité remplit ses fonctions rhétoriques, d'habilitation et de mesure des comportements.

II - LA FONCTION RHETORIQUE DU STANDARD DE HAUTE QUALITE

Le standard de haute qualité participe à la fonction rhétorique de l'ensemble de l'énoncé de politique contenu à la *Loi sur la radiodiffusion*. Les enjeux et les contradictions auxquels les politiques canadiennes de radiodiffusion ont cherché à répondre sont considérables ; cela contribue à expliquer pourquoi cette législation comporte tant de formules rhétoriques.

L'histoire de la politique de la radiodiffusion canadienne révèle à quel point la radio et, plus tard, la télévision ont été perçues comme des instruments essentiels de promotion de l'identité canadienne (47). L'évolution du régime juridique de la

(47) Voir Frank W. Peers, The Politics of Canadian Broadcasting 1920-1951, Toronto, University of Toronto Press, 1969 ; Frank W. Peers, The Public Eye - Television and the Politics of Canadian Broadcasting 1952-1968, Toronto,

radiodiffusion au Canada est marquée par les tensions résultant de la proximité des diffuseurs américains, pour lesquels le marché canadien n'est qu'un appendice de leur marché domestique, et la persistance des idéaux élevés sur le rôle que devrait jouer la radiodiffusion en tant que ciment de l'unité canadienne et comme instrument de promotion d'une culture canadienne (48).

Ces tensions se manifestent dès la première commission d'enquête sur la radiodiffusion (49) et se retrouve à toutes les étapes de l'évolution qu'ont connus la politique et le cadre juridique de la radio et de la télévision. C'est pourquoi le régime juridique et réglementaire de la radiodiffusion au Canada est caractérisé par un déchirement entre deux pôles. Le premier pôle, identifié au maintien et au renforcement de la présence étatique, attache à la radiodiffusion canadienne des idéaux culturels élevés. En plus de promouvoir la culture canadienne, le système de radiodiffusion devrait viser à desservir tout le territoire et agir comme ciment de l'unité canadienne. Le second pôle, pris en charge par les promoteurs privés, exalte les valeurs de liberté, de choix pour les téléspectateurs, privilégie l'objectif de rentabilité et réclame une réglementation permettant d'offrir au public ce qu'il demande.

Il est manifeste que cette tension fondamentale a contribué à façonner certains traits originaux du régime canadien. La coexistence d'un secteur public et d'un secteur privé de radiodiffusion assujettis en principe aux mêmes règles et objectifs, a constitué, jusqu'aux années récentes, le trait caractéristique du système canadien (50).

L'incapacité des autorités fédérales canadiennes d'implanter un véritable monopole public de radiodiffusion en raison des coûts très élevés des infrastructures (51) et du démarchage des

University of Toronto Press, 1979 ; Frank W. Peers, "Canada and the United States : Comparative origins and approaches to broadcast policy", in Cultures in collision - the interaction of Canadian and U.S. Television Broadcast Policies, New-York, Praeger, 1984, pp. 11-34 ; Richard Collins, "Canada : Nation-building threatened by the U.S. dominated media ?", in Raymond Kuhn (ed.) The Politics of Broadcasting, New-York, St-Martin Press, 1985, 197.

(48) L'histoire du développement de la radiodiffusion au Canada a été traité par plusieurs auteurs. Voir en particulier David Ellis, La radiodiffusion canadienne, objectifs et réalités 1928-1968 Ottawa, Ministre des approvisionnements et services, 1986, ch. 1 ; Margaret Prang, "The origin of public Broadcasting in Canada", (1965) Canadian Historical Review 1.

(49) Rapport de la Commission Royale de la radiodiffusion, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1929, 30 p., (Rapport Aird).

(50) Sydney W. Head écrit qu'environ 10 % des systèmes de radiodiffusion dans le monde se caractérisent par une combinaison de deux ou plusieurs modes de propriété. Voir Sydney W. Head, op. cit., p. 86. Le système australien est sans doute l'un de ceux qui ressemble le plus au système canadien de radiodiffusion. Voir Mark Armstrong, Broadcasting Law & Policy in Australia, Sydney, Butterworths, 1982, 292 p.

(51) L'étendue considérable du territoire canadien ainsi que la faible densité de

radiodiffuseurs privés a engendré un système dénommé "système unique" (52), possédant des traits des régimes européens et l'allure du modèle américain. Dès 1958, la *Loi relative à la radiodiffusion* (53) consacra cette dualité, notamment en permettant aux entreprises privées d'oeuvrer dans le domaine de la télévision d'où elles avaient été tenues à l'écart jusqu'à ce moment.

Quels qu'en soient les fondements, la politique canadienne de radiodiffusion est largement déterminée par des facteurs prenant naissance aux Etats-Unis. Pour justifier le contrôle étatique sur la radiodiffusion dans les années trente, lors des premiers épisodes des débats devant marquer le développement de la politique canadienne de la radio et plus tard de la télévision, Graham Spry s'écriait : "l'Etat ou les Etats-Unis" (54). Les innovations nombreuses qui ont marqué l'évolution de la radiodiffusion ont constamment dirigé son régime juridique vers un objectif de protection et d'augmentation quantitative ou qualitative des produits culturels d'origine canadienne face à la concurrence provenant des Etats-Unis.

La législation sur la radio et la télévision au Canada a traditionnellement soulevé les passions et controverses. Dans son rapport, rendu public en septembre 1986, le Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion notait que le système canadien de radiodiffusion est "l'une des grandes réussites nationales" (55). Les accomplissements sont en effet remarquables si l'on considère l'ampleur des défis auxquels les canadiens avaient à faire face : desservir dans deux langues officielles, par une programmation typiquement canadienne, une population répartie dans un vaste territoire situé à proximité du plus important pays producteur d'émissions de télévision. Si le sujet passionne et soulève parfois des divergences, il n'en demeure pas moins une constante, mise en lumière depuis la toute première enquête sur la politique de la radio. "Les auditeurs canadiens de radio veulent de la radiodiffusion canadienne" (56) constatait la Commission Aird dans son rapport ajoutant que "la plupart des programmes radiodiffusés proviennent de sources extra-canadiennes" (57).

population expliquent le niveau élevé des coûts en équipements pour desservir l'ensemble du territoire. Dans un tel contexte, il est tentant de profiter des initiatives qui se manifestent chez les entrepreneurs privés.

(52) L'article 3 (a) de la Loi sur la radiodiffusion déclare que les entreprises de radiodiffusion au Canada constituent un "système unique" appelé le système de la radiodiffusion canadienne.

(53) S.C. 1958, c. 22.

(54) Le Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion parle de ce slogan comme de l'un des plus célèbres de l'histoire canadienne, voir p. 9.

(55) Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, Ottawa, Approvisionnements et services, 1986, p. 5.

(56) Rapport de la Commission royale de la radiodiffusion (Aird), Ottawa, 1929.

(57) Ibid.

Cependant, les canadiens ne veulent en aucun cas être privés d'accès aux émissions américaines (58).

Les émissions américaines sont devenues un enjeu important des luttes entre les différents acteurs oeuvrant dans le système canadien de radiodiffusion. Jusque dans les années 60, les radiodiffuseurs conventionnels étaient ceux qui tiraient profit de l'importation des émissions américaines ; ils en faisaient grand usage dans la confection de leurs grilles horaires. Les diffuseurs conventionnels ont été remplacés dans leur rôle d'importateur des émissions américaines par les câblodistributeurs. Ces derniers desservent la majeure partie du territoire peuplé du Canada et retransmettent la quasi-totalité des grands réseaux américains à la plus grande partie de la population canadienne (59).

Le régime juridique et réglementaire de la radiodiffusion au Canada (60), bien que souvent attaqué à la fois par les tenants d'une plus grande libéralisation (61) ou par ceux qui voudraient une intervention accrue des autorités publiques (62), n'est pas vraiment remis en question. Le *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion* proposait en substance d'en maintenir les éléments essentiels. La même approche semblait devoir être suivie par le Comité parlementaire chargé d'examiner les recommandations du Groupe de travail en vue d'une nouvelle loi sur la radiodiffusion (63). En déposant, le 24 juin dernier un projet de loi destiné à remplacer l'actuelle *Loi sur la radiodiffusion*, le ministre des communications confirmait l'intention du gouvernement d'aller dans le même sens (64).

(58) Lorsque dans les années 70 la Société Radio Canada entreprit d'installer une station de télévision en français dans la ville de Vancouver, on a fait grand état des inquiétudes des citoyens de cette région au sujet du fait qu'il pourrait en résulter le retranchement d'une chaîne américaine du service de base des câblodistributeurs.
(59) Voir Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, op. cit., chap. 5 et 24.
(60) Pour une présentation succinte de ce régime voir : Paul Slansky, "Program Regulation and Freedom of Expression : Red Lion's Alive and Well in Canada ?", (1985), 9 Canada-United-States L.J. 81.
(61) Voir pour une vision néo-libérale de la politique canadienne de la radiodiffusion, Alain Lapointe et Jean-Pierre Le Goff, Canadian Television : An Alternative to Caplan-Sauvageau, Montréal, Institut d'économie appliquée, Ecole des Hautes études commerciales, février 1987, 19 p.
(62) Voir Institut Canadien d'Education des Adultes, La radiodiffusion au Canada : un service public, Mémoire de l'ICEA sur la révision de la politique de la radiodiffusion présenté au Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, Montréal, octobre 1985, 136 p.
(63) Pour une politique canadienne de la radiodiffusion, Rapport du Comité permanent des communications et de la culture, Jonh Gormley, président, Ottawa, juin 1988, 470 p.
(64) Voir Des voix canadiennes pour un choix véritable - Une nouvelle politique de la radiodiffusion pour le Canada, Ottawa, Ministère des communications, juin 1988, 66 p., voir en particulier à la p. 15 du document où l'on indique l'intention de maintenir une loi ayant la même structure que la loi de 1968.

Les contradictions entre ce désir d'utiliser la radiodiffusion canadienne à des fins de promotion de l'identité nationale et le désir de ne pas perdre le contact avec les produits audiovisuels américains ont généralement été masquées par des discours de légitimation. C'est ainsi qu'on voit régulièrement les politiciens faire état de la nécessité d'offrir un plus grand choix d'émissions canadiennes "de qualité", de faire en sorte qu'il y ait un équilibre entre les programmes étrangers offerts à la télévision et les émissions canadiennes. Ces affirmations n'empêchent pas les mesures ayant pour effet de permettre une importation accrue d'émissions américaines. Ni la tendance des radiodiffuseurs à s'en tenir aux exigences minimales en matière de programmation canadienne originale. Dans l'un des nombreux énoncés de politique (65) publiés depuis une quinzaine d'années, un ministre des communications affirmait la nécessité de prendre des mesures afin de mettre à la disposition des canadiens des émissions de provenance canadienne et étrangère de haute qualité, légitimant du même coup une politique libéralisant les règles sur la possession d'équipements de réception d'émissions satellisées, principalement américaines. Dans le même énoncé, on prenait bien soin de réitérer les engagements envers les objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion*.

C'est le Comité Fowler (66) qui a proposé, en 1965, d'inclure dans la *Loi sur la radiodiffusion* un énoncé détaillé des principes et objectifs qui devaient animer le système canadien de radiodiffusion. Selon Grant Hammond, "The Fowler Committee contented that the problems associated with Canadian broadcasting were not structural but related rather to inadequate goal formulation on the part of Parliament itself" (67). Cinq versions préliminaires de la loi ont été préparées au cours de l'année 1967. Trois autres versions suivirent pour les comités du cabinet. La version présentée en Chambre des Communes, le Bill C-163, devint la *Loi sur la radiodiffusion* (68). Au cours des diverses étapes de la rédaction du projet de loi, l'on a ajouté des principes à ce qui devait devenir l'article 3. A ce propos, Hammond écrit :

> "Was there a coherent, externally evolved plan, or were there a series of compromises which could lead to later difficulties ? A review of the drafts shows that new statements were added to the prospective section 3 as it evolved through the drafting process. These additions

(65) Vers une nouvelle politique nationale de la radidiffusion, Ottawa, s.d. (1983).
(66) Canada, Rapport du Comité sur la radidiffusion, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965, p. 97.
(67) R. Grant Hammond, loc. cit, p. 354.
(68) Hammond, loc. cit., p. 355.

brought with them their own conflicts and compromises" (69).

Ce phénomène témoigne bien de l'aspect rhétorique qu'avait dès ce moment l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*. Ce caractère rhétorique tient de cette accumulation d'affirmations solennelles, d'objectifs et de principes contradictoires, d'imprécisions, voire même parfois, de lieux communs qu'on y trouve. En particulier, on a fait état de l'absence de principes de hiérarchisation des divers objectifs et affirmations (70) se présentant comme un ensemble de valeurs importantes dont il est nécessaire de tenir compte dans la régulation des activités visées. On peut aussi constater le caractère incantatoire d'une proclamation selon laquelle la programmation de chaque radiodiffuseur doit être de "haute qualité".

En dépit du fait que l'énonciation d'un principe dans l'article 3 soit, en bonne partie, un acte de foi, le tout est affirmé comme si les mesures qui seront prises allaient nécessairement engendrer des résultats conformes aux énoncés qui se trouvent dans la loi. On espère de l'organisme de réglementation qu'il trouvera un certain équilibre entre ces principes et objectifs énoncés selon un modèle analogue à une liste d'épicerie ! (71).

Le processus public menant à l'adoption d'un texte législatif d'une telle importance symbolique porte nécessairement à une certaine sacralisation des principes et objectifs. Les standards énoncés à l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* ont acquis, depuis 1968, une valeur symbolique qu'il n'est plus possible d'ignorer. Tant et si bien que l'on imagine difficilement que le Parlement mette de côté l'un ou l'autre des principes se trouvant déjà dans l'article 3. Les législateurs seraient aussitôt soupçonnés de mettre au rancart l'un des principes fondamentaux de la politique canadienne de la radiodiffusion. Bien plus, chaque groupe d'intérêt cherche même à faire inclure dans la loi un principe ou un objectif correspondant à ses aspirations.

Les principes énoncés à l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* ne sont pas tous de la même nature. Certains ne sont que des rappels de principes désormais consignés dans des textes revêtus d'une plus grande autorité, comme la liberté d'expression (72). D'autres cherchent avant tout à décrire une

(69) Ibid., p. 355-356.

(70) R. Grant Hammond, Wayne Mackay, Murray Davidson, Stephanie Robinson, An analysis of Parliament's Objectives for Canadian broadcasting : Recommandations for future legislative amendments, non publié, étude réalisée pour le ministère des Communications, s.d. (1980), pag. mult.

(71) Ce phénomène tient en grande partie aux difficultés de faire réviser les décisions du Conseil par les tribunaux en soutenant que ce dernier a méconnu un principe se trouvant à l'article 3 ou s'est mépris sur sa portée et sa signification.

(72) L'article 2 (b) de la Charte canadienne des droits et libertés garantit la liberté de presse et des autres moyens de communication. Sur la façon dont s'articule cette

réalité, comme celui déclarant que "les entreprises de radiodiffusion constituent un système unique appelé le système de la radiodiffusion canadienne, comprenant des secteurs public et privé" (73). L'article 3 énonce aussi des objectifs, comme celui voulant "que le système de la radiodiffusion canadienne devrait être possédé et contrôlé effectivement par des Canadiens de façon à sauvegarder, enrichir et raffermir la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada" (74). Il y a aussi certains paragraphes de l'article 3 qui affirment des droits, comme celui déclarant que "tous les Canadiens ont droit à un service de radiodiffusion dans les langues anglaise et française, au fur et à mesure que les fonds publics deviennent disponibles" (75). Enfin, il importe de rappeler que certains principes de l'article 3 se rapportent au service national de radio et de télévision assumé par la Société Radio Canada (76).

Le standard de haute qualité vient pour sa part, au sein de cet ensemble, prescrire les caractéristiques de la programmation qui doit résulter de cette politique de radiodiffusion. Le Parlement légifère, non pas pour assurer la protection des entreprises canadiennes de radio et de télévision, par ailleurs chargées d'une mission importante de défense et d'illustration de la culture canadienne, mais plutôt pour que la programmation soit de "haute qualité". Voilà sans doute un projet plus engageant ! Et du moins plus légitime auprès de ceux qui se méfient des contrôles étatiques en ces matières mettant en cause la liberté de création. Le standard de haute qualité fournit, avec les autres standards énoncés dans la loi, une légitimité à l'intervention étatique dans un domaine où cela pourrait paraître *a priori* suspect.

liberté en droit canadien voir notamment, Walter Surma Tarnopolsky, "La liberté de la presse" dans Les quotidiens et la loi, Commission royale sur les quotidiens, publications de recherche, 1981, vol. 3, p. 1 à 55 ; Anne Skarsgard, "Freedom of the press : Avaiability of defences to a Defamation action", (1980-1981) 45 Sask. L.R. 287 ; Michel Proulx, "Le droit de s'exprimer" dans Rosalie S. Abella et Melvin L. Rothman (eds) Justice Beyond Orwell, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, Editions Yvon Blais, 1985, pp. 43 et s. ; Pierre Trudel, La liberté d'information-Règle supra légale et principe d'interprétation, Ottawa, Fondation du Barreau canadien, s.d. (1984), p. 16 ; Nicole Duplé, "La liberté de la presse et la Charte canadienne des droits et libertés", dans Alain Prujiner et Florian Sauvageau (eds), Qu'est-ce que la liberté de presse ?, Montréal, Boréal, 1986, pp. 117 et s. ; André Tremblay, "La liberté d'expression au Canada : le cheminement vers le marché libre des idées" dans Daniel Turp et Gérald A. Beaudoin, (eds), Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne, Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien des études juridiques supérieures 1984, Montréal, Yvon Blais, 1986, 281-301.

(73) Loi sur la radiodiffusion, art. 3 (a).

(74) Loi sur la radiodiffusion, art. 3 (b).

(75) Loi sur la radiodiffusion, art. 3 (e).

(76) Loi sur la radiodiffusion, art. 3 (q).

La recherche de la haute qualité dans la programmation n'obéit pas qu'à des impératifs de rhétoriques. Tous, y compris les législateurs, ont évidemment à coeur que les émissions offertes au public canadien soient de haute qualité. Toutefois, il est malaisé de déterminer de quelle façon un tel objectif si louable pourrait être atteint dans le concret. Daniel Gifford écrit à ce propos que : "These value-referents reflect (...) the inability of the legislature to speak more precisely" (77). Les spécialistes de l'analyse économique du droit comme Ejan Mackaay diraient que les coûts de formulation (78) de normes détaillées visant à faire en sorte que la programmation soit de haute qualité sont probablement si considérables qu'il faut se résoudre à choisir de l'énoncer au moyen d'un standard.

Les tensions caractérisant la politique canadienne de radiodiffusion, la difficulté d'identifier *a priori* les mesures permettant une intervention efficace sur une réalité aussi fuyante et mal connue que les médias électroniques et surtout le caractère très ambitieux des objectifs auxquels on a voulu traditionnellement faire servir la radio et la télévision dans ce pays sont au nombre des facteurs ayant conduit à l'adoption du régime de la *Loi sur la radiodiffusion*. Cela explique sans doute en bonne partie le recours aux notions floues propres à légitimer plus facilement des mesures qui ne pourront jamais faire l'unanimité dès qu'on cherchera à les appliquer de façon concrète.

Le standard de haute qualité n'a pas qu'une fonction rhétorique ou de légitimation de l'intervention étatique dans le champ de la radio et de la télévision. Plus prosaïquement, il remplit, dans le contexte de la *Loi sur la radiodiffusion*, une fonction d'habilitation sans laquelle la nécessité de faire figurer ce standard dans le corps du texte législatif serait beaucoup moins impérieuse.

III - LA HAUTE QUALITE COMME MECANISME D'HABILITATION

Inclure un principe dans l'article 3, suivant l'architecture de la *Loi sur la radiodiffusion*, c'est indiquer à l'organisme de réglementation qu'il doit en tenir compte dans ses décisions. En ce sens, les énoncés de l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* ont bien plus qu'une valeur de préambule (79). Plus qu'une

(77) Daniel J. Gifford, "Communication of Legal Standards, Policy Development, and effective conduct Regulation" (1971) 56 Cornell L.R. 409, p. 419.
(78) Sur cette question, voir Ejan Mackaay, "Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision" Langages, 12ème année, n° 53, mars 1979, p. 33.
(79) Voir Pierre André Côté, Interprétation des lois, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1982, p. 41 ; Alain-François Bisson, "Préambule et déclarations de motifs ou d'objets", (1980) 40 R. du B. 58.

fonction rhétorique ou interprétative, ils ont une fonction d'habilitation (80).

L'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* prescrit les principes généraux devant présider à toutes les décisions réglementaires en matière de radiodiffusion. Le CRTC doit, aux termes de l'article 15 de la *Loi sur la radiodiffusion*, "réglementer et surveiller tous les aspects du système de la radiodiffusion canadienne en vue de mettre en oeuvre la politique de radiodiffusion énoncée dans l'article 3 (de la loi)".

L'article 3 est bien plus qu'un simple préambule ; c'est là qu'on trouve la mesure et l'ampleur des prérogatives du CRTC. Frémont (81) écrit pour sa part que cette disposition n'est que déclaratoire car elle "ne fait en soi qu'énoncer la politique de la radiodiffusion, sans pour autant lui donner un effet contraignant". Pourtant, cet auteur reconnaît que :

> "D'autres dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* viennent cependant donner un certain impact juridique à l'article 3. En effet, alors que l'article 15 de cette loi définit le rôle du CRTC comme étant de réglementer le système de la radiodiffusion canadienne" en vue de mettre en oeuvre la politique énoncé à l'article 3", l'article 16 confie au CRTC un pouvoir général de réglementation concernant les questions nécessaires à la poursuite de la mise en oeuvre de la politique de l'article 3. L'article 17 quant à lui, accorde certains pouvoirs spécifiques au Comité de direction dont celui, entre autres, de soumettre les licences à des conditions "appropriées pour la mise en oeuvre de la politique de la radiodiffusion énoncée dans l'article 3" (82).

Il est vrai qu'en soi, ces dispositions n'ont pas un effet véritablement contraignant : nul ne peut être accusé d'une infraction parce que sa programmation n'est pas de haute qualité. L'effet normatif des standards de l'article 3 se manifeste différemment.

La place de l'article 3 dans la *Loi sur la radiodiffusion* a été examinée dans une série de décisions judiciaires. Cela a permis d'identifier de quelle façon les énoncés de la "Politique de la radiodiffusion pour le Canada" produisent des effets juridiques. Il en ressort que cette disposition ne saurait être considérée

(80) Pierre-André Côté écrit (op. cit., p. 43) qu'il se pose, à l'égard de ces déclarations d'objets "la question délicate de savoir si l'on doit leur attribuer une valeur normative propre, une force exécutoire autonome ou bien si elles n'ont d'effet qu'à travers les dispositions plus particulières qui les précisent".
(81) Jacques Frémont, Etudes des objectifs et des principes proposés et adoptés relativement au système de la radiodiffusion canadienne, Rapport préparé pour le Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, Montréal, Centre de recherche en droit public, 1986, p. 114.
(82) Frémont, op. cit., pp. 114-115.

uniquement déclaratoire. Bien au contraire, c'est là que se trouve toute la substance de la *Loi sur la radiodiffusion*.

Le caractère déclaratoire de l'article 3 tient au fait que le CRTC n'a pas une obligation très forte de mettre en oeuvre chacun des principes et objectifs énoncés. Compte tenu de la généralité des principes, il est très difficile de démontrer, aux fins du contrôle judiciaire de la légalité (83), que le Conseil a ignoré ou s'est mépris au sujet du sens de l'un ou l'autre des principes énoncés dans l'article 3 afin de conclure à l'invalidité d'une décision ou d'un règlement du CRTC. Il n'en reste pas moins que le CRTC a toujours l'obligation de rattacher les mesures qu'il prend à l'un ou à l'autre des principes ou standards énoncés à l'article 3.

Dans *CKOY c. la Reine* (84), la Cour suprême avait à déterminer la validité d'une disposition du *Règlement sur la radiodiffusion (M.A.)* (85), qui interdisait alors à une station ou à un exploitant de réseau de diffuser toute conversation téléphonique avec une personne à moins que cette personne n'ait donné son consentement ou ait téléphoné à la station afin de prendre part à une émission. Le juge Spence, s'exprimant pour la majorité de la cour a établi la méthode d'analyse permettant de déterminer la nature du lien existant entre les énoncés de l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* et les pouvoirs du Conseil de faire des règlements.

Ainsi, écrit le juge Spence, "pour déterminer la validité des règlements établis en vertu de l'art. 16 (86), il faut décider s'ils portent sur une catégorie de sujets mentionnée à l'art. 3 de la Loi et (...) examiner les règlements d'un point de vue objectif" (87). Cependant, comme le texte de l'article 3 est très général, le juge Spence opine que le Parlement a certainement voulu donner au Conseil une grande latitude dans l'exercice de son pouvoir réglementaire pour la mise en oeuvre de la politique et des objets pour lesquels il a été créé. Par conséquent, selon la Cour, "il importe peu que l'article litigieux (88) mette en oeuvre une

(83) En vertu du principe suivant lequel nul n'échappe à l'obligation de se soumettre au droit, les tribunaux canadiens ont la possibilité de vérifier la légalité des actes posés par les organismes administratifs. Voir, pour un exposé des principes fondamentaux en ce domaine, Patrice Garant Précis de droit des administrations publiques, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1987, pp. 177 et s.
(84) (1979) 1 R.C.S. 2.
(85) Aujourd'hui remplacé par le Règlement de 1986 sur la radio, (1986) 120 Gaz. Can. II 4192, ce règlement s'intitulait Règlement sur la radiodiffusion (M.A.), C.C.R., c. 379.
(86) L'article 16 de la Loi sur la radiodiffusion énonce les pouvoirs de réglementation du CRTC.
(87) (1979) 1 R.C.S., p. 11.
(88) Rappelons qu'il s'agissait en l'espèce d'une contestation de la validité d'une disposition du Règlement sur la radio M.A..

politique du moment qu'on établit objectivement qu'il vise une catégorie de sujets mentionnée à l'article 3" (89).

Après avoir reconnu qu'il s'agissait, en l'espèce, d'un règlement du CRTC ayant pour but d'interdire une technique condamnable de radiodiffusion "qui ne reflète pas la haute qualité de programmation que le Conseil doit viser à maintenir par la réglementation des licences de radiodiffusion", le juge ajoute qu'il "est évident qu'une technique condamnable de radiodiffusion peut effectivement nuire à la qualité de la programmation" (90). La haute qualité est donc considérée comme un objectif que doit viser le CRTC dans ses activités de réglementation, cet objectif servant à déterminer l'ampleur des pouvoirs du Conseil.

Le mandat du Conseil est de réglementer et surveiller en vue de mettre en oeuvre la politique énoncée dans l'article 3. C'est donc en référant à l'article 3 qu'on va déterminer les sujets pour lesquels le CRTC a le pouvoir réglementaire. Au contraire, la disposition énonce des principes, des objectifs, des standards, des finalités (91).

Le genre de rattachement que l'on doit faire entre les habilitations réglementaires prévues à l'article 16 de la *Loi sur la radiodiffusion* et les dispositions de l'article 3 est donc d'un type particulier. Les principes et objectifs de l'article 3 identifient une finalité aux normes que l'organisme de réglementation est habilité à adopter. Les normes trouvent leur validité dès lors qu'il est possible d'établir un lien entre celles-ci et l'un ou l'autre des principes et objectifs de l'article 3.

La portée du pouvoir d'imposer des conditions de licence aux entreprises de radio, de télévision, de télédistribution se trouve aussi déterminée par les énoncés de l'article 3. Ce pouvoir est conféré par l'article 17 de la *Loi sur la radiodiffusion* de la façon suivante :

> Dans la poursuite des objets du Conseil, le comité de direction, après avoir consulté les membres à temps partiel qui assistent à une réunion du Conseil, peut :
> a) attribuer des licences de radiodiffusion pour les périodes d'au plus cinq ans et sous réserve des conditions propres à la situation du titulaire,
> (i) que le comité de direction estime appropriée pour la

(89) Ibid., p. 12
(90) (1979) 1 R.C.S. à la p. 13.
(91) Comme les principes et standards énoncés à l'article 3 (d) suivant lesquels "la programmation offerte par le système de la radiodiffusion canadienne devrait être variée et compréhensive et (qu')elle devrait fournir la possibilité raisonnable et équilibrée d'exprimer des vues différentes sur des sujets qui préoccupent le public et (que) la programmation de chaque radiodiffuseur devrait être de haute qualité et utiliser principalement des ressources canadiennes créatrices et autres".

mise en oeuvre de la politique de radiodiffusion énoncée dans l'article 3 (...) (92) (nous soulignons).

Dans *CTV Television Network c. CRTC* (93), la Cour fédérale d'appel, plus tard en cela confirmée par la Cour suprême (94), a reconnu que le pouvoir conféré par l'article 17 est très large. Les décisions des deux tribunaux font l'analyse qui suit :

> (...) l'article 17 confère au comité tout le pouvoir voulu pour imposer, (...) une condition pour favoriser la poursuite d'un des objets de la politique de radiodiffusion, à condition qu'elle soit "propre à la situation" de l'appelante (le requérant de licence ou un titulaire qui en demande le renouvellement) et à la condition que son imposition ne soit pas contraire à la Loi ou à un règlement adopté en application du pouvoir de réglementation prévu à l'article 16 (95).

L'ampleur des pouvoirs du Conseil de fixer des conditions de licence est déterminée par les termes de l'article 3. En plus de fonder les décisions réglementaires et les décisions particulières que rend le CRTC, ces principes tissent un cadre général dans lequel s'exercent les activités de radiodiffusion au Canada. En proposant à la fois un idéal et une finalité à l'action régulatrice du CRTC, le standard de haute qualité contribue à déterminer l'étendue de la discrétion de l'organisme. Il a aussi un certain impact sur l'orientation que pourra adopter l'organisme dans l'exercice de sa discrétion. A ce titre, il s'agit d'habilitation d'un genre particulier.

Le *Livre Blanc sur la radiodiffusion* (96) de 1966 en proposant cette définition de la haute qualité y incluait spontanément une dimension habilitante :

> En matière de programmation, la haute qualité est plus affaire d'excellence que de simple contenu. Les prétendues émissions de caractère "intellectuel" peuvent être médiocres du point de vue artistique ou technique tandis que les émissions de simple divertissement peuvent être excellentes. La haute qualité ne découle pas nécessairement de grandes dépenses et les normes de qualité ne peuvent pas facilement constituer une condition d'un permis. On peut fort bien, cependant, juger de la qualité après coup d'après la valeur des émissions antérieures et une appréciation de cette nature

(92) Le reste de l'alinéa (a) concerne les licences attribuées à la Société Radio Canada.
(93) (1981) 2 C.F. 248, à la p. 254.
(94) (1982) 1 R.C.S. 530, à la p. 543.
(95) Ibid.
(96) Livre Blanc sur la radiodiffusion - 1966, Ottawa, Imprimeur de la reine, 1966, p. 11. Ce document, déposé au Parlement peu avant le projet de loi qui allait devenir la loi sur la radiodiffusion, expliquait la démarche du gouvernement.

> devrait intervenir pour beaucoup dans l'étude d'une demande de renouvellement d'un permis.

L'intention était donc de donner à l'organisme de réglementation une certaine possibilité de faire intervenir des motifs liés à la qualité de la programmation offerte par les détenteurs de licence lors de l'étude de demandes de renouvellement. L'on reconnaissait également les difficultés inhérentes de porter des jugements sur la qualité des émissions de radio et de télévision.

Au nom de la recherche de la haute qualité, il serait loisible à l'organisme de réglementation de faire le bilan qualitatif des performances des radiodiffuseurs en termes de programmation. L'exercice des pouvoirs du CRTC se trouve en quelque sorte légitimé par son rattachement au standard. Voilà qui met en lumière une facette de la dimension habilitante du standard. Celui-ci participe de la légitimation des décisions discrétionnaires. La fonction rhétorique du standard n'est donc pas présente uniquement dans l'énonciation qu'en fait le Parlement en adoptant la loi, elle fait partie intégrante de la fonction habilitante. Cette fonction rhétorique contribue à renforcer et à délimiter l'habilitation qui découle du standard. La haute qualité est donc un standard d'habilitation à la fois englobant et délimité.

La signification symbolique que recèle le standard marque encore plus son caractère englobant. L'exigence de programmation de "haute qualité" invite à un certain dépassement. Les normes que peut développer le Conseil peuvent exiger au-delà de ce qui est couramment pratiqué. Cette formulation en tonalité superlative contribue à accroître la marge d'appréciation des instances chargées d'appliquer la loi. Celle-ci se trouve même renforcée par le caractère légitimant du standard exprimé d'une manière qui ne peut que susciter l'adhésion de principe (97).

Le standard est aussi délimité. Dans une période donnée, il ne saurait aller au-delà de ce qui est admissible dans le milieu de la radio et de la télévision. Les limites sémantiques du standard sont celles qui résultent de l'acceptabilité dans le milieu de la radio et de la télévision. Gifford (98) explique en effet que lorsque les forces environnementales s'opposent à une interprétation large du standard, la légitimité de celui-ci est affectée, ce qui le prive de son atout principal.

Ainsi, on aura beau préconiser une amélioration des pratiques généralement suivies par l'ensemble des entreprises au

(97) Il est en effet plus légitime d'intervenir au nom de la recherche de la haute qualité qu'au nom de la protection des intérêts des groupes actifs dans l'industrie canadienne de la radiodiffusion.
(98) Daniel J. Gifford, "Communication of legal Standards, Policy Development, and effective conduct Regulation" (1971) 56 Cornell L.R. 409, à la p. 429.

nom du standard de haute qualité, il est douteux que l'on puisse obtenir de celles-ci qu'elles adoptent des pratiques qui seraient en porte-à-faux avec les comportements couramment observés. Ce phénomène ressort plus clairement lorsqu'on examine comment joue le standard de haute qualité lorsqu'il s'agit d'apprécier les conduites des radiodiffuseurs.

IV - LA HAUTE QUALITE COMME INSTRUMENT D'APPRECIATION DES CONDUITES

La haute qualité ne fait pas que définir la portée des habilitations accordées au CRTC par le Parlement ; elle sert aussi à juger de la conduite d'un radiodiffuseur dans des circonstances données. A partir de ce standard, l'organisme de réglementation a construit toute une déontologie de la programmation (99) audiovisuelle.

L'article 19 de la *Loi sur la radiodiffusion* réserve au Conseil la possibilité de tenir une audience publique au sujet de plaintes que peut formuler une personne au sujet de toute question relevant de ses pouvoirs. Cette disposition a été souvent utilisée par le CRTC afin de revoir certains comportements adoptés par les radiodiffuseurs ayant fait l'objet de préoccupations de la part du public (100).

Pour le Conseil, la programmation de haute qualité constitue une obligation pour les radiodiffuseurs. Dès 1974, dans sa décision concernant le renouvellement des licences de réseaux de la Société Radio Canada (101), le CRTC indiquait la nécessité de porter beaucoup d'attention au respect des standards journalistiques, notamment en ce qui a trait à l'exactitude de l'information et à la présentation de commentaires informés sur tous les aspects ainsi que sur l'ensemble des points de vue sur une question. C'est là, manifestement, une composante de l'obligation d'offrir une programmation de haute qualité.

La notion de haute qualité, en plus de servir de fondement à des règlements et éventuellement, à des conditions de

(99) Dans l'arrêt CKOY v. la Reine, le juge Spence, écrivant le jugement de la majorité donne un sens large à la notion de programmation, estimant que "le mot programmation n'englobe pas seulement les paroles diffusées sur les ondes, mais vise également toutes les étapes de la collecte d'informations, du montage et de la diffusion des émissions en général, auxquelles s'applique l'exigence d'une programmation de haute qualité".
(100) Le Conseil n'est jamais obligé de tenir une audience publique au sujet des plaintes qui lui sont adressées. Voir National Indian Brotherhood v. Juneau [n° 3] (1971) C.F. 498. Sur le fonctionnement des mécanismes de traitement des plaintes voir : Liora Salter et Peter S. Anderson, Responsive Broadcasting : A Report on the Mechanisms to Handle Complaints About the Content of Broadcast Programs, Préparé pour le ministère des communications, Department of Communications, Simon Fraser University, August 1985, 2 vol.
(101) Décision CRTC 74-70 du 31 mars 1974.

licence, est aussi un standard aidant à porter un jugement sur les décisions des radiodiffuseurs en matière de programmation. Elle n'est pas envisagée comme un principe limitant le champ de créativité des radiodiffuseurs mais plutôt une sorte de paramètre à l'aune duquel on jugera *a posteriori* des décisions prises par une entreprise. Dans son rapport, le Comité spécial du CRTC sur l'émission Air of Death (102) prend toutefois soin de souligner que la notion de "haute qualité" tout comme la notion d'équilibre ne doivent pas, dans le cas des documentaires, "orienter ou restreindre la recherche des radiodiffuseurs" en vue de trouver des moyens de décrire les problèmes intéressant le public.

Dans son *Avis concernant une plainte faite par la Media Watch à l'égard de CKVU Television, Vancouver* (103), le Conseil affirmait que "le droit à la liberté d'expression sur les ondes publiques ne peut pas l'emporter sur le droit du public de recevoir des émissions radiodiffusées de haute qualité, libres de commentaires dévalorisants ou d'incitation à la violence envers tout groupe identifiable". Le Conseil blâmait la station de télévision pour avoir laissé un éditorialiste déclarer qu'il souhaitait que les membres d'un groupe féministe de surveillance des activités des médias puissent, en cas de guerre "être violées par les russes".

Les propos du Conseil sur la notion de haute qualité se confondent souvent avec d'autres notions comme l'équilibre. La notion de haute qualité est cependant invoquée plus librement, en ce qu'elle peut viser les principes de bon comportement pour les radiodiffuseurs sur des questions pour lesquelles il n'existe pas deux points de vues légitimes. Toujours dans son *Avis concernant une plainte faite par la Media Watch à l'égard de CKVU Television, Vancouver* (104), le Conseil reconnaît que la question de savoir si les femmes devraient être violées ou non n'en est pas une qui se prête à un débat pour lequel l'on pourrait rechercher l'équilibre ; pareillement, dans l'affaire des plaintes du Conseil tribal Nishga (105) le Conseil déclare qu'on "ne saurait justifier des propos offensants par l'offre de temps d'antenne égal aux offensés". Dans de telles situations, la notion de haute qualité

(102) Ce rapport fut publié par le CRTC à la suite d'audiences publiques fort remarquées faisant suite à un reportage retentissant diffusé à la télévision de Radio Canada sur la pollution dans certaines régions ontariennes. Voir Rapport du Comité spécial sur l'émission "Air of Death", CRTC 9 juillet 1970 reproduit dans Pierre Trudel, Droit de l'information et de la communication - Notes et documents, Montréal, Les éditions Thémis, 1984, p. 485.
(103) Avis Public 1983-187 du 17 août 1983.
(104) Ibid.
(105) Plaintes du Conseil tribal Nishga et de la Bande indienne Musqueam contre CKNW New Westminster, Avis Public 1985-236, 4-11-1985. Dans cette affaire, un commentateur avait prononcé des paroles très dures au sujet des autochtones du Canada, les accusant de pratiquer l'inceste et des détournements de fonds publics.

fournit les justifications de la sanction ou du blâme prononcé par l'organisme de réglementation (106).

Pour déterminer si un radiodiffuseur s'est acquitté de ses responsabilités en matière de programmation de qualité, il convient de tenir compte des circonstances de chaque cas, y compris du contexte dans lequel s'inscrit l'émission (...) et "de la mesure dans laquelle le radiodiffuseur a eu l'occasion de déterminer, avant la mise en ondes de l'émission, si une déclaration méritait d'être présentée ou pas et, s'il n'a pas eu cette occasion, du fait que le radiodiffuseur ait été disposé ou pas à assumer la responsabilité d'une déclaration présentée qui n'a pas satisfait à des normes acceptables de radiodiffusion et à s'en excuser" (107). Dans son avis sur la plainte de la Media Watch, le Conseil affirmait aussi que "les radiodiffuseurs sont loin de s'acquitter de leurs responsabilités et de respecter les normes élevées de programmation requises lorsque la fréquence qui leur a été confiée est utilisée, non pas pour faire une critique des activités d'un groupe en particulier, mais pour promouvoir de la violence sexuelle à l'égard de ses membres".

L'Avis public du 28 juin 1984 (108), faisant suite à des plaintes formulées contre la station de radio CFCF de Montréal, portait sur l'utilisation par la station d'un sondage téléphonique (Instapoll) dans lequel les auditeurs étaient invités à dire, en appelant à la station, s'ils étaient d'accord avec les motifs ayant poussé le caporal Denis Lortie à se livrer, le 8 mai 1984, à une fusillade meurtrière contre l'Assemblée Nationale du Québec. C'est en soulignant les lacunes de ce type de sondage, dont la méthodologie notoirement incomplète n'offre aucune garantie de précision, voire de fiabilité des résultats, que le CRTC conclut que le standard de haute qualité n'a pas été respecté. Le Conseil écrit à cet égard que : "Demander aux auditeurs de répondre par un "oui" ou un "non" peut être acceptable ou, à tout le moins, inoffensif si la question ne porte pas sur un élément vital de l'ordre public. Mais cet exercice est inopportun et même dangereux lorsqu'il s'agit d'une question fondamentale". En outre, dans ce cas, il n'y avait pas de façon de détecter le nombre d'appels en provenance d'un même auditeur.

(106) Il y a là un recoupement avec la notion d'équilibre et les autres principes dégagés par le Conseil à l'égard du traitement de la controverse. Il semble bien en effet que le Conseil ne soit pas disposé à délimiter ce qui ressort du principe de la haute qualité et ce qui découle plutôt d'autres principes fondamentaux de la Loi sur la radiodiffusion. A la décharge du Conseil, il faut constater que la notion de haute qualité est une notion si large qu'elle peut à la rigueur couvrir le traitement de la controverse, les propos sexistes et racistes et bien d'autres questions.

(107) Avis concernant une plainte faite par la Media Watch à l'égard de CKVU Television, Vancouver Avis Public 1983-187 du 17 août 1983, à la p. 6.

(108) Radiodiffusion controversée - Plaintes formulées contre la station de radio CFCF de Montréal, Avis public 1984-159, 28 juin 1984.

Certains éléments contextuels ont aussi été mentionnés dans cette affaire comme le manque de considétation pour les proches des victimes et l'éventuelle possibilité d'encourager les gens à exprimer des sentiments extrêmes après de tels événements. C'est pourquoi le Conseil conclut qu'en réalisant et en diffusant un tel sondage, la station avait manqué à ses obligations de maintenir un standard de haute qualité dans sa programmation (109).

L'obligation de couvrir les campagnes électorales est perçue comme inhérente au devoir de renseigner le public de façon à ce qu'il soit pleinement informé afin de faire un choix éclairé entre divers partis et candidats. C'est là une application assez évidente du principe de l'équilibre mentionné à l'article 3 (d) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Le principe de la haute qualité est aussi invoqué au soutien de la règle suivant laquelle le radiodiffuseur est obligé de couvrir une élection se déroulant dans un territoire qu'il dessert. Dans sa *Circulaire n° 334 - Emissions politiques - Plaintes concernant la répartition de temps d'antenne gratuit et de temps électoral*, le Conseil déclare que "compte tenu de l'obligation pour le titulaire d'offrir une programmation de "haute qualité", qui se trouve à l'alinéa 3 (d) de la *Loi sur la radiodiffusion*, il est difficile de concevoir une situation où le titulaire n'assurerait pas une telle couverture" (110). La notion de haute qualité constitue donc un fondement des règles applicables en radiodiffusion partisane.

Ces quelques décisions, choisies parmi d'autres, illustrent de quelle façon le CRTC utilise le standard de haute qualité afin de déterminer si un radiodiffuseur a eu une conduite correcte eu égard aux circonstances. Ce phénomène met en lumière un troisième rôle joué par le standard de haute qualité dans la *Loi sur la radiodiffusion*.

En raison de son imprécision le standard de haute qualité constitue un facteur d'incertitude dans l'application de la loi. L'on a parfois fait valoir que les entreprises pouvaient décider de s'abstenir d'agir de crainte d'être prise en défaut au nom d'une détermination indûment large de la signification du standard (111).

(109) Le CRTC a toutefois reconnu, à titre de circonstances atténuantes, que la station avait admis son erreur et s'était excusée.

(110) Circulaire n° 334 - Emissions politiques - Plaintes concernant la répartition de temps d'antenne gratuit et de temps électoral, Ottawa, 4 juin 1987, p. 9

(111) Voir Robert J. Morris, "The CHNS case : An Emerging Fairness Doctrine for Canada ?" (1972) 4 Can. Comm. L.R. 1 ; Marie Alison Finkelstein, Selected Social Issues in Programming : The Legal, Constitutional and Policy Implications of the Equality Provision in Bill C-20, Rapport préparé pour le Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, Novembre 1985. Aux Etats-Unis, ce point de vue a été fréquemment mis de l'avant à propos de l'interprétation de la notion d'intérêt public sur laquelle se fondait la doctrine de l'équité développée par la FCC. Pour une

Dans la réglementation des activités d'expression, l'énonciation des obligations au moyen de la technique du standard peut effectivement conduire à un surcroît d'autocensure de la part des radiodiffuseurs. Ce danger paraît moins considérable lorsque la déontologie découlant du standard est, comme celle développée par le CRTC, assortie d'un régime de sanctions informelles destinées surtout à la gouverne et l'éducation des protagonistes. Seuls les écarts manifestes par rapport aux pratiques reconnues dans le milieu sont sévèrement sanctionnés.

Le standard de haute qualité est donc une technique efficace pour amener les stations de radio et de télévision à adopter des pratiques et des comportements conformes aux valeurs fondamentales largement partagées dans la communauté canadienne. Aussi longtemps que l'interprétation de l'organisme de réglementation est en harmonie avec les valeurs et pratiques que le milieu de la radiodiffusion trouve légitimes, le standard constitue un référent souple guidant les comportements des "administrés". Il fournit en plus une technique de réglementation légère sans doute plus efficace que les techniques alternatives reposant sur la détermination détaillée *a priori* de ce qui est interdit. La technique est particulièrement bien appropriée aux matières délicates et complexes comme les représentations stéréotypées, les propos abusifs et la présentation maladroite des émissions.

CONCLUSION

Cette revue de la façon dont le standard de programmation de haute qualité dans la *Loi sur la radiodiffusion* a été interprété depuis 1968 a permis de constater qu'il joue un triple rôle. De prime abord, le rôle de la notion de haute qualité paraît se limiter à la simple rhétorique de bon aloi. Incapable de dégager des règles qui feraient l'unanimité ou qui détermineraient avec précision les droits et obligations des diffuseurs en matière de programmation, le législateur se laisse aller à la proclamation des vertus de la vertu !

Pourtant, il y a dans le recours au standard par le Parlement une indication formelle de la finalité vers laquelle doit tendre l'action réglementaire en matière d'audiovisuel. Cette finalité contribue à conférer au standard de programmation de haute qualité une fonction habilitante. Pour faire en sorte que les émissions soient de haute qualité, l'organisme de réglementation

critique de la doctrine voir Thomas G. Krattenmaker et L.A. Powe Jr., "The Fairness doctrine today : A Constitutional curiosity and an impossible dream" (1985) Duke L.J. 151.

prendra les mesures qu'il trouve nécessaires. Ces mesures seront du même coup réputées avoir été autorisées par le Parlement.

En plus de ces deux premières fonctions, le standard de haute qualité énoncé dans la *Loi sur la radiodiffusion* conserve celle qui paraît la plus typique du standard : servir d'instrument d'appréciation des conduites. A ce titre, il s'avère un instrument qui paraît bien approprié à l'encadrement des pratiques multiples et essentiellement changeantes du monde de la création audiovisuelle.

Une meilleure conscience de la nature et du fonctionnement des standards juridiques comme celui de la haute qualité permet d'écarter les craintes de leur utilisation abusive et caporaliste pour contraindre les radiodiffuseurs à une orthodoxie qui répugnerait à ce que ce milieu créatif valorise, recherche et pratique.

ANNEXE

Loi sur la radiodiffusion,S.R.C. 1970, c. B-11, article 3. Les soulignements ont été ajoutés.

3. - Il est, par les présentes déclaré,

a) que les entreprises de radiodiffusion au Canada font usage de fréquences qui sont du domaine public et de telles entreprises constituent un système unique, ci-après appelé le système de la radiodiffusion canadienne, comprenant les secteurs public et privé ;

b) que le système de la radiodiffusion canadienne devrait être possédé et contrôlé effectivement par les Canadiens de façon à sauvegarder, enrichir et raffermir la structure culturelle, politique sociale et économique du Canada ;

c) que toute les personnes autorisées à faire exploiter des entreprises de radiodiffusion sont responsables des émissions qu'elles diffusent, mais que le droit à la liberté d'expression et les droits des personnes de capter les émissions, sous la seule réserve des lois et règlements généralement applicables, est incontesté ;

d) que la programmation offerte par le système de la radiodiffusion canadienne devrait être variée et compréhensive et qu'elle devrait fournir la possibilité raisonnable et équilibrée

d'exprimer des vues différentes sur des sujets qui préoccupent le public et que **la programmation de chaque radiodiffuseur devrait être de haute qualité** et utiliser principalement des ressources canadiennes créatrices et autres ;

e) que tous les Canadiens ont droit à un service de radiodiffusion dans les langues anglaise et française, au fur et à mesure que des fonds publics deviennent disponibles ;

f) qu'il y aurait lieu d'assurer, par l'intermédiaire d'une corporation établie par le Parlement à cet effet, un service national de radiodiffusion dont la teneur et la nature soient principalement canadiennes ;

g) que le service national de radiodiffusion devrait :

(i) être un service équilibré qui renseigne, éclaire et divertisse des personnes de tous âges, aux intérêts et aux goûts divers, et qui offre une répartition équitable de toute la gamme de la programmation,

(ii) être étendu à toutes les régions du Canada, au fur et à mesure que des fonds publics deviennent disponibles,

(iii) être de langue anglaise et de langue française, répondre aux besoins particuliers des diverses régions et contribuer activement à la fourniture et à l'échange d'informations et de divertissements d'ordre culturel et régional, et

(vi) contribuer au développement de l'unité nationale et exprimer constamment la réalité canadienne ;

h) que, lorsqu'un conflit survient entre les objectifs du service national de radiodiffusion et les intérêts du secteur privé du système de la radiodiffusion canadienne, il soit résolu dans l'intérêt public mais qu'une importance primordiale soit accordée aux objectifs du service national de radiodiffusion ;

i) que le système de la radiodiffusion canadienne devrait être doté d'un équipement de radiodiffusion éducative ; et

j) que la réglementation et la surveillance du système de la radiodiffusion canadienne devraient être souples et aisément adaptables aux progrès scientifiques et techniques ;

et que la meilleure façon d'atteindre les objectifs de la politique de la radiodiffusion pour le Canada énoncée au présent article consiste à confier la réglementation et la surveillance du système de la radiodiffusion canadienne à un seul organisme public autonome.

LES STANDARDS EN DROIT PENAL

****

THE STANDARDS IN CRIMINAL LAW

Par

Mireille DELMAS-MARTY
Professeur à l'Université de Paris-Sud
Directeur de la Section de science criminelle
de l'Institut de droit comparé de Paris

Des "standards" en droit pénal. Surprenante expression qu'on ne retrouve dans aucun index des principaux manuels de droit pénal.

Il est vrai que la notion de standard introduit une référence à la normalité donc à une moyenne, à l'"étant" ; alors que le droit pénal est par nature normatif. A travers les interdits que sont les infractions pénales il pose un "devoir être", donc un idéal de comportement et non une moyenne.

De plus, le standard ne fournit pas de solution unique et univoque. A la différence de la règle, qui permet de déduire, dans une logique binaire, une solution nette, une décision qui tranche entre interdit/permis, coupable/innocent, le standard détermine des possibilités d'autant plus ouvertes qu'il se fonde sur des critères plus nombreux, offrant des combinaisons multiples.

En ce sens la logique du standard (1) paraît heurter de front le principe de légalité que l'on sait au coeur du droit pénal dans les pays de tradition légaliste. On connaît la formule de Portalis : en droit pénal, il faut "des lois précises et point de jurisprudence" ...

C'est d'ailleurs en droit administratif, soit dans le domaine du droit où l'emprise de la légalité est la plus faible et la jurisprudence la plus créatrice, qu'est d'abord apparue en France la notion de standard. Une notion qui serait donc incompatible avec la stricte légalité du droit pénal.

Oui mais, même juridique, les choses ne sont jamais aussi simples. On trouve, ici ou là, en droit pénal des incriminations qui fondent l'interdit pénal sur un comportement moyen, sur un standard : on peut citer les "bonnes moeurs" auxquelles renvoie le délit d'outrage du Code pénal (rendu célèbre notamment par la condamnation de Baudelaire et de ses éditeurs après la publication des Fleurs du mal, puis de la révision du procès en 1949, la normalité étant par nature plus évolutive que la normativité) ; ou encore l'exemple bien différent des incriminations du droit pénal dit technique, souvent définies par le jeu du renvoi à des normes extra-pénales qui peuvent elles-mêmes contenir des standards propres au secteur concerné (environnement, consommation, transports, etc. ...).

(1) qui paraît relever selon les cas de la logique des possibilités ou de la logique floue plutôt que de la logique formelle, voir D. Dubois et H. Prade, An introduction to possibilistic and fuzzy logics. Pour une application de la logique floue aux systèmes de droit, J. Wroblewski, Fuzziness of legal system, in Essays in legal theory in honour of Kaarle Makkonen, XVI Oikenstiede jurisprudentia, 1983 p. 313 et s.. Pour une application de la logique floue à l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voir Le floue du droit, PUF, coll. Les voies du droit, 1986, également, La matière pénale, au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal, RSC 1987.819 ; vers une autre logique juridique ; à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, D. 1988, chr. 221.

Mais il s'agit là d'exemples trop dispersés et fragmentaires pour éclairer utilement notre réflexion. En revanche il me semble que le grand mouvement d'ouverture du champ pénal qui est au coeur de la politique criminelle contemporaine serait de nature à donner aux standards une importance nouvelle et une place réelle en droit pénal.

Ouverture d'abord marquée en droit interne où une extrême diversification des peines fait éclater, au moins en théorie, le postulat d'identité peine=prison et crée du même coup, avec la chance d'humaniser le système pénal, des risques d'inégalité et d'incertitude par le justiciable (2) ; tandis que parallèlement se diversifie plus largement la palette des sanctions pénales mais aussi administratives, civiles, disciplinaires, au risque d'incohérence, dans le choix du législateur cette fois.

Impossible de maîtriser par le jeu des règles du droit traditionnelles, trop rigides pour s'adapter à toutes les situations, cette diversification (des peines stricto sensu et des sanctions en général) devrait permettre une meilleure adaptation à la diversité des situations ; mais elle participe aussi dans un premier temps, au constat d'éclatement, on pourrait dire de perte d'identité, et plus largement de crise du droit pénal et de la politique criminelle (3).

Pourtant les choix multiples qu'elle offre sont de moins en moins abandonnés à l'arbitraire de l'organe de décision. Apparaissent des critères de la décision, qui paraissent bien fonctionner comme des standards en ce sens qu'ils posent les conditions d'un choix normal et acceptable. Certes, ces critères relèvent de techniques juridiques très différents, selon qu'ils s'adressent au juge pénal ou au législateur lui-même, mais ils ont en commun de renforcer le contrôle des normes pénales dans le système de droit, sans pour autant réduire ou limiter ce contrôle à un seul principe générateur : technique de "prédétermination des normes", si l'on se réfère à la distinction proposée par G. Timsit entre pré et sur-détermination (4).

Cela dit l'ouverture du champ pénal n'est pas limitée au droit interne, elle se manifeste aussi aujourd'hui par une véritable internationalisation de la politique criminelle (5) qui paraît née,

(2) Voir travaux du 8ème Colloque criminologique organisé par le Conseil de l'Europe, Strasbourg, nov. 1987, sur Les disparités dans le prononcé des peines (sentencing) : causes et solutions, (Compte rendu Janssen, RDPC 1988.651).

(3) Voir R. Gassin, Les crises des politiques criminelles occidentales, in Problèmes actuels de science criminelle, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1985.21. L'auteur évoque notamment la "submersion" et la "déconnexion" des systèmes de politique criminelle.

(4) Sur l'engendrement du droit, Rev. dr. public, 1988.39, et s., notamment p. 64-65.

(5) Voir L'internationalisation des sociétés contemporaines dans le domaine de la criminalité et les réponses du mouvement de défense sociale, XIe Congrès international de défense sociale, rapport général, M. Delmas-Marty, RSC 1987.511.

après le choc de la seconde guerre mondiale, d'une volonté de réaffirmer, avec la Déclaration universelle des droits de l'homme et les Conventions et Pactes qui ont suivi, que, même pénale, la loi n'a pas tous les droits. C'est ainsi que les principaux instruments internationaux de protection des droits de l'homme (Convention de 1966, Convention américaine de 1969) vont poser de véritables standards de procédure pénale et plus indirectement de droit pénal.

Par vocation "inter-nationaux", ces standards fonctionnent de façon tout à fait originale car ils s'appliquent simultanément à des systèmes juridiques qui sont différents et autonomes, et entendent bien le rester. N'oublions pas que le droit de punir est la marque la plus éclatante peut-être de la souveraineté nationale et que même dans le cas de l'Europe, retenu comme exemple ici, il n'est pas question d'uniformiser les pratiques pénales au point d'adopter la signature de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les standards qu'elle pose semblent bien s'affirmer comme technique efficace de coordination des normes pénales entre système de droit. Telle est du moins la seconde proposition que je voudrais développer devant vous.

D'abord le droit interne.

I - LES STANDARDS, TECHNIQUE DE PREDETERMINATION DES NORMES PENALES DANS UN SYSTEME DE DROIT

En droit interne, les standards seraient devenus nécessaires -c'est l'hypothèse que j'ai posée en introduction- pour renforcer le contrôle des normes pénales dans un système devenu hautement diversifié.

Diversification liée à deux grands courants de politique criminelle : l'individualisation, qui suppose la diversification des peines et la dépénalisation, rendue à la fois nécessaire et possible par la diversification des sanctions pénales et extra-pénales. D'où la tendance à utiliser la technique plus souple des standards pour encadrer les multiples choix possibles, choix du juge chargé d'appliquer la loi pénale, choix du législateur qui l'élabore.

1.1 - Individualisation des peines et standards de l'application de la loi pénale

Préconisée dès la fin du XIXème siècle par des auteurs comme R. Saleilles, l'individualisation des peines est à présent admise dans beaucoup de systèmes de droit pénal. Ainsi en France, même si le Conseil constitutionnel hésite encore à la rattacher en bloc de constitutionnalité comme "principe

fondamental reconnu par les lois de la République" (6), sans doute en raison du conflit sous-jacent avec le principe de légalité, il demeure que le droit pénal a progressivement intégré diverses techniques juridiques d'individualisation, allant des circonstances atténuantes à la dispense de peine, des différentes catégories de sursis aux substituts à l'emprisonnement, de la libération conditionnelle aux réductions de peines et autres variantes dans les modalités d'exécution des peines.

A partir de ce large éventail, le juge pénal, surtout en matière correctionnelle, peut à peu près faire ce qu'il veut quant à la détermination de la peine, pourvu qu'il ne dépasse pas le maximum légal et n'aille pas inventer une peine non prévue par la loi.

C'est ici que la technique des standards, parfois relayée par l'informatique (7) paraît appelée à jouer un rôle de plus en plus important car elle permet d'expliciter le choix, donc de mieux garantir certitude, égalité et finalement compréhension de la peine par le justiciable, sans pour autant réintroduire la rigidité propre à la règle de droit.

Plus ouvertement admis en pays de common law où ils ne heurtent évidemment pas de front une tradition légaliste, les standards sont alors le plus souvent conçus par les tribunaux eux-mêmes ou par des "commissions de sentencing", sans être incorporés à la loi pénale (8). Pourtant ils commencent inéluctablement à apparaître aussi en pays de tradition légaliste.

Apparition souvent discrète, au détour de quelque texte, notamment sur les modalités d'exécution des peines.

Ainsi le condamné qui présente des "gages sérieux de réadaptation sociale" ou donne "des preuves suffisantes de bonne conduite" pourra bénéficier de libération conditionnelle (art. 779, CPP) ou de réduction de peine (art. 721).

Apparition plus discrète encore, lorsqu'il s'agit du prononcé de la peine. Ainsi le Code pénal français ne définit pas les circonstances atténuantes (art. 463) et la Cour de cassation n'exige à leur sujet aucune motivation ce qui l'empêche d'établir elle-même des standards qui seraient alors jurisprudentiels et non textuels. Même silence du Code pénal et même "appréciation souveraine" des juges de fond en ce qui concerne le choix d'une peine dite de "substitut à l'emprisonnement", le juge pénal n'étant

(6) Voir notamment CC. 19-20 janvier 1980.
(7) Voir notamment R.V. de Mulder et M.M. Gubby, Legal decision making by computer : an experiment with sentencing, Computer law journal, vol. IV, summer 1983, n° 2, 243 ; également Sentencing by computer, Law technology, 1984, vol. 17, n° 1.
(8) On trouve cependant, dans certains Etats d'Amérique du nord des standards de sentencing posés par le législateur lui-même, voir Fogel, Le débat américain sur la politique du sentencing : dix années de combat, Arch. pol. crim. 1982-225.

pas même tenu dans son choix par la nature de l'infraction commise : il peut par exemple remplacer l'emprisonnement par la suspension du permis de conduire ou le retrait du permis de chasse même s'il ne s'agit ni d'un délit de circulation routière, ni d'un délit de chasse (seule l'interdiction professionnelle, qui peut également se substituer à l'emprisonnement, ne peut être prononcée à titre de peine principale que lorsque l'auteur a sciemment utilisé son activité pour commettre le délit, comp. art. 43-3 et 43-2, CP).

En revanche, la dispense de peine (art. 469-2 CPP) suppose la réunion de conditions plus proches du standard que de la règle de droit prise dans toute sa rigueur et sa rigidité. Il faut que le "reclassement" du prévenu soit acquis, le dommage causé réparé et que le "trouble" résultant de l'infraction ait cessé. Qu'il s'agisse du reclassement du prévenu ou du trouble résultant de l'infraction, c'est bien en fonction de la moyenne, de la normalité que le juge devra s'efforcer d'appliquer le critère légal.

Mais c'est peut-être dans le projet de Code pénal déposé en 1986 au Sénat que l'on trouve l'illustration la plus convaincante. Supprimant tout minimum légal à la peine, ce qui entraîne la disparition des circonstances atténuantes qui n'ont évidemment plus de raison d'être, le projet affirme néanmoins sous le titre "modes de personnalisation des peines" un principe d'individualisation à propos duquel sont posés de véritables standards de détermination de la peine : "Dans les limites prévues par la loi ou le règlement, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en tenant compte des circonstances de l'infraction, de la personnalité du prévenu, de son état psychique ou neuro-psychique, de ses ressources et de ses charges, de ses mobiles, ainsi que de son comportement après l'infraction, notamment à l'égard de la victime" (art. 132-22, projet CP).

On notera le parallélisme avec les dispositions du Code pénal allemand de 1975 intitulées "principes régissant le calcul de la peine" (art. 46) et proposant un système de fixation de la peine à deux degrés, selon lequel le juge devrait, au moins en théorie, d'abord fixer le cadre applicable à la peine qu'il estime, en son âme et conscience, appropriée à la faute commise (art. 46, parag. 1) ; puis estimer de quelle manière et avec quelle force les critères généraux et spéciaux nécessitent d'infliger une peine se situant à la limite inférieure ou supérieure du cadre légal (art. 46, par. 2) :

1) "La culpabilité de l'auteur est le fondement du calcul de la peine. Les effets de la peine sur la vie future de l'auteur en société, auxquels on peut s'attendre, doivent être pris en considération".

2) "Lorsqu'il calcule la peine, le tribunal prend en considération les circonstances favorables et défavorables à l'auteur, les unes par rapport aux autres. Entrent en ligne de compte à cet égard notamment :
- les mobiles et les buts recherchés par l'auteur,
- l'état d'esprit que dénote l'acte délictueux et la volonté qu'il traduit,
- le degré du manquement à ses obligations,
- le mode d'exécution et les effets répréhensibles résultant de l'infraction,
- les antécédents de l'auteur, sa situation personnelle et pécuniaire, ainsi que,
- son comportement après l'acte et plus spécialement ses efforts pour réparer le dommage".

3) "Les situations, qui font déjà partie de la définition légale de l'infraction ne doivent pas être prises en considération".

Systématiquement contrôlés par la Cour de cassation de la République fédérale allemande (9) ces standards ne perdent pas pour autant leur caractère légal.

En revanche, la récente loi belge du 27 avril 1987 sur la motivation des peines semble inciter à l'élaboration de standards jurisprudentiels qui évoqueraient davantage les "principes de sentencing" du système anglo-américain. Aux termes de cette loi, l'article 1985 du Code d'instruction criminelle (dont le premier alinéa dispose que tout jugement de condamnation énonce les faits dont les personnes citées sont jugées coupables ou responsables, la peine, les condamnations civiles et la disposition de la loi dont il est fait application) est complété par un deuxième alinéa selon lequel tout jugement de condamnation doit également indiquer, d'une manière qui peut être succincte mais précise, les raisons du choix que le juge fait de telle peine ou mesure parmi celles que la loi lui permet de prononcer et qu'il justifie, en outre, le degré de chacune des peines ou de chacune des mesures prononcées (10). Ainsi peut-on s'attacher à voir progressivement "standardisées" les raisons qui ont déterminé le choix d'une peine, dans sa mesure et dans sa nature.

Mais le droit pénal n'est pas le seul droit sanctionnateur. Il n'est même plus le seul à prévoir des sanctions répressives car peu à peu s'atténue la grande distinction proposée par Durkheim entre les sanctions à caractère répressif -les sanctions pénales et celles à caractère restitutif- toutes les autres catégories juridiques de sanctions. Parfois la sanction pénale se limite à l'obligation de

(9) La moitié environ des pourvois formés sur des points de droit jugés par les tribunaux concerneraient le prononcé des sanctions.
(10) Voir J. Sale, La loi belge du 27 avril 1987 sur la motivation des peines, RDPC, 1987.961.

réparer le dommage (condition de la dispense de peine ou modalité de sursis avec mise à l'épreuve, ou même directement par injonction du juge pénal comme le prévoit le système des "compensation orders" du juge britannique) et parfois la sanction extra-pénale présente un caractère répressif (certaines sanctions disciplinaires et surtout, bien souvent, la sanction administrative) (11) ; parfois d'ailleurs la même sanction (suspension du permis ou fermeture d'établissement) sera de nature pénale ou extra-pénale selon le texte qui la prévoit et l'autorité qui la prononce.

Face à cette inflation généralisée des sanctions, la dépénalisation peut sembler une réponse adéquate, à condition qu'il existe une certaine cohérence dans les choix du législateur. D'où l'utilité de standards de l'élaboration des lois pénales.

1.2 - Dépénalisation et standards de l'élaboration des lois pénales

Longtemps souverain, le législateur pénal se trouve de plus en plus soumis à des contraintes, d'abord constitutionnelles (12).

Sans revenir sur la question des "standards dans les textes constitutionnels" ni évoquer ici le problème particulier des injonctions et directives que le Conseil adresse parfois, au législateur ou aux juges, je rappellerai seulement qu'en France, le "bloc de constitutionnalité" intègre des textes forts hétérogènes. Parmi ceux qui sont applicables en matière pénale, certains (tels le principe de légalité ou celui d'égalité) s'imposent "comme une véritable règle de droit" (13). C'est sans doute parmi les textes non repris dans le corps même de la Constitution, et notamment parmi les dispositions non reprises de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 que l'on peut trouver des exemples relevant de la technique des standards (art. 5, Décl. "La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société") ou encore celui de la nécessité des peines, rattaché à la légalité et même à la rétroactivité in mitius, mais néanmoins plus large en ce sens qu'il permet non seulement de contrôler l'existence d'une loi et sa qualité de précision, mais encore le contenu de celle-ci et plus précisément la peine choisie par le législateur (art. 8, Décl. "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires"). Invoqué à plusieurs reprises à propos de peines présentées comme excessives, l'article 8 introduit un contrôle de

(11) Voir XIVe Congrès de l'Association internationale de droit pénal, 1er thème : Les problèmes juridiques et pratiques posés par les différences entre le droit criminel et le droit administratif pénal, RIDP 1988-89, à paraître. Egalement, Sanctionner autrement, Arch. polit. crim. 1984.49.

(12) Sur la "constitutionnalisation" du droit pénal et de la procédure pénale en France, voir notamment L. Philip, RSC 1985.711 ; D Mayer, RSC 1988.43 q ; L. Favoreu, Mélanges Vitu, Vers un droit constitutionnel pénal, à paraître.

(13) L. Favoreu, précité.

la proportionnalité des peines par rapport au comportement incriminé. En ce sens on peut dire qu'il crée un standard d'élaboration de la loi. Mais le Conseil constitutionnel, refusant de "substituer" sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, se réserve de ne censurer que les peines "manifestement" excessives. Le cas ne s'est jusqu'à présent produit qu'une fois (CC. 30 déc. 1987) d'une sanction jugée "revêtir un caractère manifestement disproportionné". Encore s'agissait-il, non pas d'une sanction pénale, mais d'une amende administrative à laquelle le Conseil constitutionnel reconnaissait néanmoins "le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire".

C'est dire que le standard de proportionnalité ainsi étendu ne suffit pas à guider le choix du législateur entre sanction pénale et extra-pénale.

D'où l'intérêt d'autres formules proposées dans les pays où le mouvement de dépénalisation s'est affirmé avec le plus de vigueur : Allemagne Fédérale, Italie, plus récemment le Portugal, l'exemple le plus typique étant sans doute celui de l'Italie.

Poursuivant le mouvement amorcé dès 1967 en matière de circulation routière, une loi du 24 novembre 1981 porte dépénalisation d'un certain nombre d'infractions au profit d'un système, analogue au système allemand, de sanctions administratives placées sous le contrôle de l'autorité judiciaire. La règle posée était simple : "les violations pour lesquelles est prévue la seule peine d'amende ne constituent pas un délit et sont passibles de la sanction administrative de paiement d'une somme d'argent". Trop simple sans doute, car, même assortie d'exceptions par la loi elle-même, la règle devait être peu après transgressée par de nouvelles lois. Les faiblesses du système devenaient évidentes : fondée sur la référence à une peine déjà existante, la règle ne permettait pas d'orienter le législateur dans la création de sanctions nouvelles ; et surtout, le système défini sur la base d'une règle unique et rigide avait peu de chance de s'adapter à la diversité des situations pratiques sanctionnées.

Conscient de ces faiblesses, le gouvernement italien devait adopter en 1983 une circulaire interministérielle définissant, selon une technique très proche des standards, "les critères d'orientation pour le choix entre la sanction pénale et la sanction administrative" (14).

(14) Voir Dolcini, Rapport italien pour le XIVe Congrès de l'Association internationale de droit pénal, RIDP, 488-89 à paraître. Egalement S. Lorvellec, Les frontières entre infraction pénale et administrative en Italie, Arch. polit. crim. 1985.177 et Bernardi, ibid. 1987.171.

Deux séries de critères étaient ainsi proposées au législateur : des critères de proportionnalité invitant à tenir compte du rang de l'intérêt protégé et de la gravité, qualitative ou quantitative, du dommage causé par l'infraction ; et des critères que l'on pourrait nommer "critères d'efficacité" selon lesquels la sanction pénale doit toujours demeurer "subsidiaire" et n'être retenu "qu'en l'absence d'autre technique de contrôle social de même efficacité". Sans fournir directement la solution, cet ensemble de critères se combine avec une extrême souplesse pour déterminer des zones tantôt franchement favorables ou défavorables à la voie pénale, tantôt plus indécises, la même technique étant par la suite appliquée à la distinction entre délits et contraventions (15).

Influencée par cet exemple, la Commission de révision du Code pénal français avait élaboré (au sein du groupe de travail "de l'inventaire") un ensemble de "principes directeurs" (16) conçu selon la même technique et combinant indicateurs de proportionnalité (définis par rapport aux caractères de la faute, au type de valeurs en cause et à la nature du dommage) et indicateurs d'effectivité (définis par rapport à une effectivité instrumentale, liée à la capacité d'absorption de l'appareil pénal ; symbolique (dépendant notamment de l'existence d'un consensus social) ; et pédagogique (selon les possibilités d'accès matériel et intellectuel à la loi).

Véritables standards de l'élaboration des lois pénales, ces critères seront à nouveau discutés, dans la perspective d'améliorer la qualité des lois pénales, thème proposé à la réflexion de la Commission "Justice pénale et droits de l'homme" nouvellement créée par le Garde des Sceaux. Discutés, mais en tenant compte aussi du mouvement d'internationalisation de la politique criminelle, en tenant compte, par conséquent, de l'apparition de standards européens en matière pénale.

(15) Arch. polit. crim. 1987.212.
(16) Voir Delmas-Marty, Pour des principes directeurs de législation pénale, RSC 1985.225.

II - LES STANDARDS, TECHNIQUE DE COORDINATION DES NORMES PENALES ENTRE SYSTEMES DE DROIT : L'EXEMPLE EUROPEEN

Qu'il s'agisse des communautés européennes ou du Conseil de l'Europe le droit pénal n'est guère visible dans le projet européen. Pourtant, le droit communautaire a une influence directe sur certaines dispositions de droit pénal (17), tandis qu'à partir de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) se développent peu à peu les conditions d'une harmonisation de systèmes juridiques de droit pénal aussi différents que, par exemple, le système britannique et les droits relevant de la tradition romano-germanique.

C'est de cette harmonisation qu'il sera question ici car elle s'esquisse à partir d'un processus complexe auquel participent certaines dispositions de la Convention qui semblent bien relever de la technique des standards.

Encore faut-il établir plusieurs distinctions.

Certains articles de la Convention relèvent davantage de la règle de droit que du standard. Ce sont d'ailleurs ceux qui se réfèrent le plus directement au droit pénal. Ainsi l'article 7 qui pose la règle, d'ailleurs inscrite dans la plupart des Codes pénaux européens, de la non-rétroactivité ; ou encore l'article 1 du protocole additionnel n° 6 qui abolit la peine de mort. Dispositions spécifiquement pénales, certes, mais qui vont au-delà de l'harmonisation. Sur ces deux points on peut considérer que les systèmes de droit pénal des Etats qui les ont ratifiés sont déjà unifiés. De même avec l'article 3 à forte incidence pénale (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants).

En revanche, c'est plutôt là où la Convention n'évoque pas, ou pas de façon exclusive ou privilégiée, le droit pénal, qu'apparaît la possibilité, avec la technique des standards, d'une coordination des normes pénales.

Impossible à réaliser selon la logique formelle de type binaire qui permet seulement les deux cas de figure de la conformité de la norme interne à la norme européenne (principe d'identité) et de son indépendance (principe du tiers exclu), une telle coordination suppose le recours à des logiques plus souples. C'est pourquoi la technique du standard, qui n'enferme pas dans la logique binaire de l'appartenance /ou de la non-appartenance,

(17) Voir J. Biancarelli et Maidani, RSC, 1984.335 et 455 ; également les chroniques régulières du droit pénal communautaire de la Revue rédigées par J. Biancarelli puis J. Bonichot (1988.581).

mais permet l'appartenance partielle et graduée, est essentielle ici (18).

Encore que le processus soit différent selon qu'il s'agit de procédure pénale ou de droit pénal stricto sensu. La première est encadrée par de véritables standards européens posés par la Convention. En revanche, le second, de façon plus sous-jacente, pourrait progressivement faire l'objet de standards qui se dégagent de la Convention au fil des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme.

2.1 - Standards européens de procédure pénale posés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH)

La procédure pénale est évoquée, directement sinon de façon exclusive, par les articles 5 et 6 de la Convention. Or ces textes contiennent des dispositions assez hétérogènes. Certains posent de véritables règles. Ainsi l'article 5-1, c qui définit les conditions de la garde à vue et de la détention provisoire, ou encore l'article 6-1 in fine qui impose la publicité du jugement mais assortit cette règle d'exceptions minutieuses énumérées. La technique est celle de la règle de droit : la relation entre la norme interne et la règle européenne doit être l'appartenance absolue (identité) et la Cour européenne des droits de l'homme exerce alors un contrôle de conformité.

A première vue satisfaisantes car elles semblent favoriser l'intégration juridique européenne, ces règles n'apportent en réalité guère d'innovation car elles reprennent des règles déjà communes à la plupart des droits nationaux. Or c'est plutôt là où les droits nationaux sont les plus différents les uns des autres que des progrès seraient à faire. Mais précisément ces différences, parce qu'elles sont difficiles à réduire par une stricte obligation d'identité-conformité, appellent la technique plus souple des standards qui évoque davantage une simple obligation de proximité-compatibilité (19).

Je voudrais citer deux exemples de ces "standards européens" de procédure pénale : le "délai raisonnable" (art. 5-3 et 6-1, CESDH) et le droit à un "tribunal indépendant et impartial" (art. 6-1, comp. avec le "juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" de l'article 5-3).

Il est vrai que le "délai raisonnable", celui de l'article 5-3 (droit pour une personne arrêtée ou détenue d'être jugée dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure) avait d'abord

(18) Voir, Raisonner la raison d'Etat, vers une Europe des droits de l'homme, notamment III, ch. II, Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes, à paraître PUF 1989, coll. Les voies du droit.
(19) Vers une autre logique juridique ..., précité.

été interprété par référence à de véritables standards jurisprudentiels élaborés par la Commission européenne des droits de l'homme. Pour les personnes en détention provisoire, celle-ci avait en effet défini une série de sept critères commandant l'appréciation, favorable ou défavorable, de la durée de la détention ordonnée (20). Ces critères étaient les suivants : la durée de la détention elle-même, la durée de la détention pas rapport à la nature de l'infraction et à la peine à laquelle on doit s'attendre dans le cas d'une condamnation ; les effets personnels sur l'inculpé ; la conduite de l'inculpé ; les difficultés de l'instruction ; la façon dont l'instruction a été menée ; la conduite des instances judiciaires dans l'examen des demandes de libération et dans le jugement de l'affaire.

Rejetant la technique des sept critères jurisprudentiels, la Cour européenne préfère néanmoins apprécier dans chaque cas, au regard du seul standard conventionnel du "délai raisonnable", si "les motifs donnés par les autorités nationales pour justifier le maintien en détention sont pertinents et suffisants pour faire admettre que la détention n'a pas dépassé les limites raisonnables" (21) ; vérifiant notamment si la longueur de la détention n'est pas due à des négligences des autorités judiciaires dans la conduite de l'instruction (22).

Il est vrai que lorsqu'elle applique l'autre standard, du tribunal impartial et indépendant, la Cour européenne des droits de l'homme est amenée à son tour à dégager des critères multiples de la notion même de "tribunal", ainsi que du caractère "indépendant" et "impartial" (23).

D'abord quant au tribunal "il doit s'agir d'un organe habilité à prendre des décisions contraignantes dans le domaine en cause" (arrêt Campbell et Fell (contre Royaume-Uni) 28 juin 1984 série A n° 80 parag. 76), ou encore d'un organe auquel "il appartient de trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence" (arrêt Sramek (contre Autriche) 22 octobre 1984 série A n° 84 parag. 36 ; arrêt H. contre Belgique 30 novembre 1987, série A n° 127 parag. 50 ; Belilos (contre Suisse) 29 avril 1988, série A n° 132 parag. 64). Autrement dit "un tribunal" se

(20) Voir Ph. Pouget, Les délais en matière de détention, garde à vue et détention provisoire au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, RSC 1989, n° 1, à paraître.
(21) Arrêt Wemhoff c. RFA, 27 juin 1968.
(22) Arrêt Neumeister c. Autriche, 27 juin 1968.
(23) Sur ces divers points R. Koering-Joulin, Jurisprudence de la Cour européenne relative à l'article 6 parag. 1, note dactylographiée, doc. Commission Justice pénale et droits de l'hommes, ministère de la justice, sept. 1988.

caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel ..." (arrêt Belilos, précité, ibidem.)(24).

En second lieu les différentes manifestations de "l'indépendance" d'un tribunal seraient : le mode de nomination des membres ; la composition proprement dite (magistrats/non magistrats) ; la durée du mandat des membres du tribunal ; l'impossibilité pour ces membres de recevoir des directives ou des instructions dans le cadre de leurs fonctions ; l'existence de garanties contre les pressions extérieures ; enfin, les "apparences", notion par laquelle la Cour fait référence à plusieurs reprises à l'adage anglais "Justice must not only be done, it must also be seen to be done". L'arrêt Belilos précité parag. 67, illustre bien cette importance des "apparences" : "A Lausanne, le membre de la commission de la police est un fonctionnaire supérieur issu de la direction de la police et susceptible d'être appelé à y accomplir à nouveau d'autres tâches. Les justiciables auront tendance à voir en lui un membre du corps de police, intégré à une hiérarchie et solidaire de ses collègues. Pareille situation risque d'ébranler la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique ...".

Enfin, la notion d'impartialité, telle que l'énonce la Cour dans l'arrêt Piersack c. Belgique du 1er octobre 1982, se définit à partir d'une double démarche ; "une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à recherche s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime" (parag. 30).

Sensible en procédure, où pourtant la Convention contient déjà des standards textuels, l'influence de la jurisprudence est sans doute plus nette encore dans la perspective de standards européens de droit pénal.

2.2 - Vers des standards européens de droit pénal dégagés de la CESDH

Si l'on combine ce qui a été dit plus haut dés standards (internes) de l'élaboration des lois pénales avec l'approche internationale proposée ici, il apparaît que les critères de proportionnalité qui sont au coeur de la différenciation "pénal/extra pénal" pourraient se trouver utilement éclairés par le texte même de la Convention. En effet, les droits et libertés qu'elle énonce ne sont pas tous protégés avec la même force. Selon les cas, la protection est absolue (droit à la dignité de la personne marquée par l'interdit, absolu, de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants), quasi-absolue

(24) R. Koering-Joulin, précité.

(droits de la défense protégés par l'article 6 sous la seule réserve de dérogations temporaires en cas de guerre ou de menace pour la vie de la nation, art. 15), relative forte (droit à la liberté et à la sûreté protégée sous réserve d'exceptions limitativement énumérées par la Convention et restrictivement interprétées par la Cour) ou relative faible (droit au respect de la vie privée et familiale, liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté d'expression, de réunion pacifique et d'association, droit au respect de ses biens, droit à la libre circulation, art. 8 à 11 CESDH, art. 1, P. n° 1, art. 2, P. n° 4, protégés sous réserve des "restrictions nécessaires dans une société démocratique", pour l'interprétation desquelles la Cour reconnaît une "marge nationale d'appréciation" parfois assez large).

Cet ensemble pourrait constituer la matrice sinon d'un Code pénal européen, du moins de standards européens d'incrimination pénale, marquant les intérêts à protéger en priorité et parmi ceux-ci établissant une première hiérarchie. Standards d'incrimination qui pourraient être utilement complétés par l'énumération des droits et intérêts collectifs qui figurent dans la Charte sociale européenne de 1961 et parfois dans la Convention elle-même.

Une telle matrice européenne des incriminations pénales pourrait fonder à la fois des injonctions (d'incriminer les comportements portant atteinte ou menace pour ces droits et intérêts) et des interdits d'incriminer (lorsque le fait défini comme infraction pénale consisterait seulement dans l'exercice d'un droit garanti) ; étant observé que l'hypothèse des conflits entre intérêts individuels et collectifs, ou même entre intérêts individuels et "droits et libertés d'autrui", sont l'objet d'une jurisprudence européenne qui établit assez clairement les hiérarchies.

Cette matrice pourrait être complétée, notamment du point de vue des sanctions, par référence aux standards, jurisprudentiels cette fois, établis par la Cour à propos de la "matière pénale".

On sait qu'il s'agit là d'une notion "autonome" (appliquée, par exemple, à des sanctions disciplinaires ou administratives) que la Cour développe en raison d'un risque de "fraude à la Convention" qui consisterait pour les Etats à dépénaliser certains comportements afin de ne pas avoir à respecter les garanties de procédure que l'article 6 réserve, notamment, en "matière pénale".

D'où la nécessité pour la Cour de dégager des critères, véritables standards jurisprudentiels européens organisés autour de la qualification de l'infraction d'après la technique juridique interne (critère A), la nature de l'infraction (critère B) et la gravité de la sanction (critère C), assortis chacun de nombreux

sous-critères et éléments d'appréciation tels que, pour le critère B, les caractères de la norme transgressée et la gravité de la transgression ou pour le critère C de la nature, la mesure et les modalités d'exécution de la sanction, encourue, prononcée ou exécutée (25).

En définitive, cette analyse montre qu'en droit pénal, il y aurait tout intérêt à circonscrire la notion de standard en considérant que : parmi les notions vagues et faisant référence à une normalité, c'est-à-dire à une moyenne des comportements, seules deviennent "standards" celles qui répondent à l'exigence d'un raisonnement logique qui, pour échapper à la logique formelle, n'en relève pas moins d'une autre logique (par exemple logique des possibilités, ou logique floue, voir ci-dessus note 1). Pour que cette exigence soit remplie, il faut que les possibilités plus nombreuses et plus ouvertes offertes soient encadrées par référence à des critères multiples spécifiés et pondérés entre eux avec une précision suffisante, tels les standards italiens de l'élaboration des lois pénales (voir 1.2) ou encore les standards européens de la matière pénale évoqués in fine (2.2). C'est à ce prix, me semble-t-il, que les standards peuvent apporter plus de souplesse sans pour autant favoriser l'arbitraire et l'opacité.

(25) Voir La matière pénale ..., précité, note 1.