

L'interprétation législative au Canada : la théorie à l'épreuve de la pratique*

Jeanne SIMARD**

Résumé

L'auteure examine jusqu'à quel point le modèle d'interprétation traditionnel rend compte de toute la démarche interprétative effectuée, en pratique, par les juristes canadiens depuis quelques années. L'auteure soutient que ces derniers dérogent régulièrement aux présupposés de ce modèle dont l'objectif principal est la découverte de l'intention historique du législateur. L'auteure souscrit à un modèle d'interprétation plus évolutif qui, tout en rendant compte de la pertinence explicative du modèle traditionnel, témoigne des aspects pragmatiques, des contraintes normatives et des préalables herméneutiques qui interagissent en vue d'une prise de décision. Ainsi, la notion d'intention historique du législateur ne sera pas écartée, car ce serait nier l'évidence de croire que celle-ci ne fera plus

Abstract

The author examines up to which point the traditional interpretation model takes account of the interpretative steps that are done, in practice, by the Canadian jurists. The author sustains that the jurists regularly derogate from the presupposed model that has, as principal objective, to discover the historical intention of the legislator. The author subscribes to a more evolved interpretation model that, while admitting the relevance of the traditional explicative model, evinces of the pragmatic aspects, the normative restraints and of the hermeneutical prerequisites that interact in the objective of taking the decision. Therefore, the historical notion of intention of the legislator will not be discarded, because it would deny the evidence to believe that that intention would not be a part of the

* L'auteure tient à exprimer sa très grande reconnaissance au professeur Pierre-André Côté sans lequel cette démarche n'aurait pas trouvé son aboutissement. Toutefois, l'auteure assume l'entière responsabilité des matières contenues dans cet article. Que tous ceux et celles qui nous ont appuyés reçoivent ici l'expression de notre gratitude.

** Avocate, LL.D., professeure de droit au Département des sciences économiques et administratives de l'Université du Québec à Chicoutimi.

partie des stratégies de rédaction et d'interprétation des juristes canadiens. L'auteure propose plutôt de replacer cette notion dans ce qui devrait être sa véritable perspective, c'est-à-dire un élément parmi d'autres devant jouer dans la construction du sens de toute règle de droit.

writing and interpretation strategies of the Canadian jurists. The author proposes to rather replace that notion in what should be its true perspective, in other words, an element among others, having its part in the construction of the meaning of all rules of law.

Plan de l'article

Introduction	553
I. La théorie traditionnelle et sa pertinence explicative de l'interprétation juridictionnelle canadienne	555
A. Les caractères déterminants de la théorie traditionnelle	555
1. L'objectif poursuivi par l'interprétation législative canadienne : la recherche de l'intention du législateur	556
2. La non-influence des conséquences de l'application sur l'interprétation	563
B. Les principes d'interprétation utilisés par les juristes canadiens afin d'atteindre les objectifs visés par la théorie traditionnelle	570
1. La première étape de compréhension de la loi : l'examen des termes de la loi	570
2. La deuxième étape de compréhension de la loi : la prise en considération de différents contextes	583
a. Contexte de la loi et du corpus législatif	584
b. Contexte d'énonciation	585
i. <i>Les travaux préparatoires</i>	585
ii. <i>L'histoire législative</i>	590
iii. <i>La ratio legis ou le but visé par le législateur</i>	591
iv. <i>Les principes généraux du droit et l'équité</i>	593
v. <i>La jurisprudence et la doctrine pré-existantes</i>	594

C. Les fonctions de l'utilisation de l'intention du législateur	597
1. Les fonctions pratiques de la théorie traditionnelle	597
a. Les fonctions de régulation	598
b. Les fonctions de justification ou de persuasion	599
2. Les fonctions idéologiques de la théorie traditionnelle	600
II. La critique de la théorie traditionnelle et l'élaboration d'un modèle plus conforme au phénomène interprétatif canadien	604
A. La position critique adoptée par la doctrine : un éventail de théories proposées	605
1. La théorie du rôle supplétif de l'interprète	607
2. La théorie de la création sujette à des contraintes	612
B. La position adoptée par les tribunaux : une évolution en dents de scie	617
1. Le critère de l'interprétation déraisonnable en droit administratif	618
2. Le cas des lois imprécises en droit social : les affaires <i>Nova Scotia</i> et <i>Canadien Pacifique</i>	622
3. L'interprétation des lois ordinaires : la méthode contextuelle moderne	630
Conclusion : jalons d'un nouveau modèle théorique	645

*Dans le bloc de marbre, je vois
l'ange, et j'essaie de le délivrer.*

Michel-Ange

La citation mise en exergue fait apparaître un parallèle des plus intéressant entre le travail du sculpteur, tel que le concevait Michel-Ange à son époque, et celui de l'interprète des textes juridiques. Dans les deux cas, il ne s'agit pas de créer un substrat, il s'agit de tirer, d'une matière amorphe, un être latent que le sculpteur ou l'interprète mettra au jour donnant ainsi à la société artistique ou juridique un ange à contempler ou une *parole à voir*.

C'est, à peu de chose près, ce que la doctrine traditionnelle du droit canadien exige de l'interprète : qu'il se limite à extraire d'un texte l'intention du législateur d'origine. Cette démarche, par trop réductrice, nous semble mal adaptée à une société évolutive comme la nôtre. Pourtant, c'est cette doctrine qui, depuis presque toujours, est officiellement à la base du système juridique au Canada.

Cette approche repose sur deux grands principes philosophiques : les bienfaits de la toute-puissance de la loi et le caractère universel des solutions juridiques. Le modèle juridique classique, toujours enseigné dans nos facultés de droit, voue un culte indéniable au texte de loi. Un tel culte vient du fait que la loi doit traduire les choix politiques et sociaux que l'État ou le législateur a faits au nom de la volonté nationale. « Le contrat social fait que la loi votée au nom de tous, est sensée s'appliquer également à tous d'un commun accord »¹, même si l'application de cette loi doit

¹ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, texte présenté et commenté par J.-Marie Fataud, M.-C. Bartholy, Paris, Éditions Bordas, 1985.

conduire dans les cas d'espèce, à une solution inéquitable ou injuste.

Cette conception de l'interprétation législative, en apparence rassurante pour le milieu juridique canadien, favorise la prévisibilité des décisions de justice et assure une certaine forme de sécurité dans les relations juridiques. Elle est l'objet, depuis peu cependant, de nombreuses critiques. En effet, certaines décisions des tribunaux canadiens nous révèlent l'existence de plus en plus marquée d'un pouvoir d'appréciation et d'adaptation du juge à une société en constante mutation. Le juge se donne le droit d'outrepasser les valeurs de ceux qui ont présidé à la rédaction du texte législatif pour y substituer les siennes. Un tel comportement est même, à l'occasion, encouragé par le législateur qui inclut, dans certaines lois, des notions volontairement floues. Il donne ainsi au juge la possibilité d'intégrer les faits au discours juridique. Toutefois, même si on perçoit un désir palpable de changement, les juges hésitent encore, sauf pour quelques situations particulières, à reconnaître ouvertement leur activité créatrice de crainte que leurs décisions ne prêtent flanc à la critique. La doctrine, pour sa part, propose de plus en plus des modèles faisant appel à des valeurs plus dynamiques que celles de la stabilité des lois et de la sécurité juridique sans pour autant négliger le texte et ses différents contextes d'utilisation.

Le présent article vise trois grands objectifs. Dans un premier temps, il tente de donner un exposé synthétique du modèle traditionnel d'interprétation législative. Dans un deuxième temps, il vérifie jusqu'à quel point le modèle traditionnel rend toujours compte, sur le plan pratique, de toute la démarche interprétative effectuée par les juges canadiens depuis quelques années. Enfin, dans un troisième temps, il propose les jalons d'un modèle d'interprétation plus évolutif qui, tout en rendant compte de la pertinence explicative du modèle traditionnel, témoigne des aspects pragmatiques, des contraintes normatives et des préalables herméneutiques qui interagissent en vue d'une prise de décision. Ainsi la notion d'intention historique du législateur ne sera pas écartée du revers de la main. Ce serait nier l'évidence de croire que cette intention ne fera plus partie des stratégies de rédaction et d'interprétation des juristes canadiens. Nous proposons de replacer cette notion dans ce qui devrait être sa véritable perspective, c'est-à-dire un élément parmi d'autres devant jouer dans la construction du sens de toute règle de droit.

I. La théorie traditionnelle et sa pertinence explicative de l'interprétation juridictionnelle canadienne

Il s'avère fondamental, pour le droit canadien, d'exposer « les critères de la vérité dogmatique »² tels qu'ils sont présentement véhiculés par notre théorie implicite d'interprétation des lois appelée la « théorie traditionnelle de l'interprétation » (A). Celle-ci énonce des directives déterminant le champ d'action de l'interprète quant aux textes amphigouriques ou équivoques (B). Ainsi, tous ceux qui interprètent une loi ou un règlement doivent se soumettre à cette théorie pour que leur argumentation soit reconnue par la communauté des juristes (C).

A. Les caractères déterminants de la théorie traditionnelle

Notre interrogation sur ce qu'est la théorie traditionnelle d'interprétation canadienne nous semble tout à fait légitime. Elle fait partie d'une démarche plus générale qui vise non seulement à en identifier les faiblesses et les manquements, mais aussi à en apprécier les richesses. Par contre, nous sommes consciente du danger de vouloir simplifier et systématiser l'approche interprétative des juristes canadiens. Nous devons éviter de nombreux écueils, notamment, la tentation d'amplifier les lacunes que recèle cette théorie. Il est effectivement plus facile de broser au départ un tableau peu flatteur d'un adversaire qu'on veut par la suite démolir. C'est ce qu'on a reproché au début du siècle au professeur François Gény lorsqu'il a analysé en profondeur et critiqué pour la première fois la théorie d'interprétation exégétique qui était la théorie d'interprétation « officielle » en France. Certains prétendirent qu'il avait construit un « adversaire imaginaire », aussi « vulnérable que possible », qu'il a pu ensuite « pourfendre sans grand danger ni rémission »³. Pour éviter de jouer au *Don Quichotte*, nous devons faire preuve de beaucoup d'objectivité en décrivant la théorie dite

² Jean-François PERRIN, « Qu'est-ce que la dogmatique juridique? », dans *Formalismus und Phänomenologie in Rechtsdenken der Gegenwart, Festgabe für*, Berlin, Atroller, 1987, p. 49, à la page 54.

³ Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, Paris, P.U.F., 1987, p. 162 et 163.

« traditionnelle » pour en faire surgir le squelette et, conséquemment, « sa précarité en tant que structure formelle »⁴.

1. L'objectif poursuivi par l'interprétation législative canadienne : la recherche de l'intention du législateur

En principe, un texte de loi ne vaut rien en lui-même à moins qu'on y découvre l'intention de l'émetteur du message, le législateur. Cette affirmation se retrouve de façon explicite dans de nombreuses décisions des différentes instances judiciaires canadiennes. « Cette interprétation est conforme à l'intention du législateur »⁵, « si tel est le vœu du législateur, on doit s'y conformer »⁶, « ce serait contraire à l'intention du législateur »⁷, « si on recherche l'intention du législateur, on voit que »⁸, « on doit plutôt interpréter celui-ci en tenant compte de l'intention du législateur lorsqu'il a édicté cette loi »⁹, « ces indices suffisent à démontrer l'intention du législateur »¹⁰, « découvrir la véritable intention du Parlement [...] est l'objet principal de l'interprétation des lois »¹¹, « [n]otre cour doit déterminer quelle était l'intention du législateur »¹².

La notion d'intention demeure cependant ambiguë¹³. Elle inclut plusieurs réalités : l'intention apparente ou formelle du législateur, l'intention réelle ou historique, l'intention présumée ou rationnelle et enfin l'intention probable ou hypothétique du législateur actuel¹⁴. Il importe que nous fassions les distinctions qui s'imposent, car

4 Jacques DERRIDA, *Entretiens avec le Monde : 1-Philosophie*, Paris, La Découverte-Le Monde, 1984, p. 84.

5 *Lutfy Ltd. c. Lutfy*, [1996] R.D.J. 320 (C.A.).

6 *Southam inc c. Gauthier*, [1996] R.J.Q. 603, 604 (C.A.) (interprétation de l'article 511(3) C.p.c.).

7 *Bourassa Pontiac Buick Ltée c. Office de la Protection du consommateur*, [1990] R.J.Q. 1153, 1160 (C.S.).

8 *Protection de la jeunesse - 357*, [1989] R.J.Q. 87, 90 (C.S.).

9 *Leatherdale c. Leatherdale*, [1982] 2 R.C.S. 743

10 *Healey c. Québec (procureur général)*, [1987] 1 R.C.S. 158, 178.

11 *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221, 235.

12 *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, 714.

13 « Le législateur est un sujet assez mystérieux » : Zygmunt ZIEMBINSKI, « La notion de rationalité du législateur », 23 *Arch. de phil. du droit* 1978.175, 177.

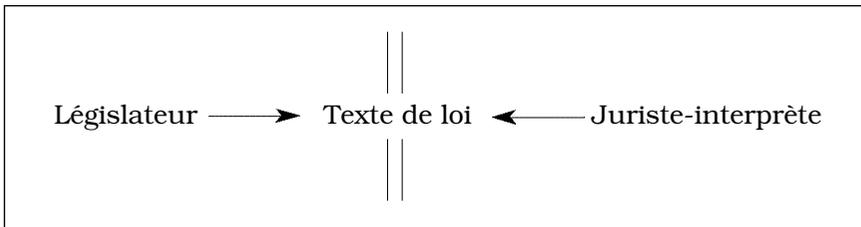
14 Les auteurs ne distinguent bien souvent que trois types d'intention : ce que le législateur dit, ce qu'il a voulu dire et ce qu'il aurait dit; voir : Xavier DIJON, *Méthodologie juridique. L'application de la norme*, préface de Paul Orianne, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 31.

même si ces intentions peuvent constituer des objectifs d'interprétation justifiables, celles-ci ne sont pas toutes reçues de la même façon par la tradition.

La recherche de l'intention apparente repose sur l'idée que « le texte est moulé exactement sur la pensée du législateur et que celui-ci a employé des formules absolument adéquates à son intention »¹⁵. Dans cette optique, l'accent est mis sur l'approche textuelle de la pensée du législateur et, schématiquement, on pourrait représenter cette recherche de la façon suivante¹⁶ :

Figure 1

L'approche textuelle de la pensée du législateur

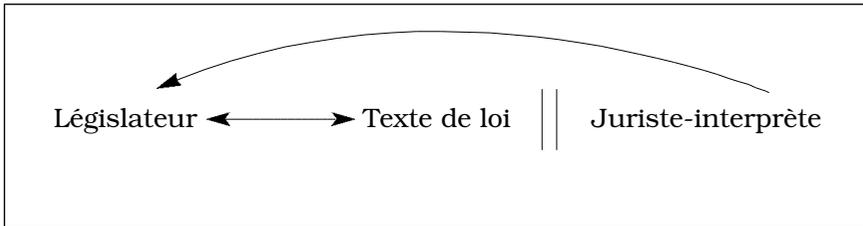


La recherche de l'intention réelle du législateur consiste à déterminer dans quel état d'esprit se trouvait l'auteur de la loi lorsqu'il l'a élaborée. À l'aide du texte de loi mais aussi par l'utilisation des travaux préparatoires et de l'histoire législative, l'interprète, tel un archéologue, tentera de déterrer l'intention du législateur d'origine. Dans une telle optique, cette recherche peut sans doute être qualifiée de psychologique, car elle voue l'interprète à la recherche d'une intention. On peut aussi la qualifier d'historique, car elle resitue dans le temps l'intention originelle du législateur. On pourra la représenter comme suit¹⁷ :

¹⁵ Claude du PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Paris, Delachaux & Niestlé S.A., 1967, p. 186.

¹⁶ La notion d'intention du texte est depuis quelques années exploitée par Umberto Eco qui a fait des efforts considérables pour rétablir une dialectique entre les droits du lecteur et les droits du texte : Umberto ECO, *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1992, p. 12.

¹⁷ L'idée générale de cette figure a été prise dans Walter VOGELS, « Les limites de la méthode historico-critique », (1980) 36 *L.T.P.* 173, 187 et 188. Elle fut toutefois adaptée au problème particulier de l'interprétation du droit.

Figure 2*L'approche historique de la pensée du législateur*

Lorsqu'il deviendra difficile, à la simple lecture de la loi ou même avec l'assistance de son contexte global d'énonciation de reconstruire la pensée historique de l'auteur, on se servira de l'intention présumée du législateur. L'interprète devra alors, à l'aide de lignes de conduite, de principes généraux ou de valeurs qui dominent dans la société à un moment donné, rechercher quelle a pu être sa pensée réelle quoique non exprimée spécifiquement dans le texte¹⁸. En mettant au jour les idées que le législateur avait à l'esprit lors de la rédaction de la loi, l'interprète se donne les moyens de reconstruire ses intentions véritables.

L'intention probable ou hypothétique du législateur actuel est une notion très prisée par les tenants des mouvements évolutionnistes. On invite les interprètes à « rechercher ce que serait au moment où surgit la difficulté d'interprétation, la volonté probable du législateur, si celui-ci avait à régler le point »¹⁹. Une supposition qui laisse à l'interprète une grande place à la spéculation et à la création, car il devra puiser dans la raison, les données de la vie sociale contemporaine du législateur, le substrat qui lui permettra d'interpréter les textes le plus adéquatement possible.

¹⁸ François OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », dans Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit : approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 97, à la page 173.

¹⁹ Gérard CORNU, *Droit civil; Introduction, Les personnes - Les biens*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 1990, p. 134; voir aussi : Aulius AARNIO, « On Truth and the Acceptability of Interpretative Propositions in Legal Dogmatics », dans Aulius AARNIO, I. NIINILUOTO et J. UUSITALO (dir.), *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, p. 33, à la page 38.

Ainsi, le sens des règles change au cours de l'histoire : c'est toujours l'actualité qui le détermine. La valeur de base de cette option interprétative est l'adaptation du droit aux besoins de la vie actuelle, telle que vue par l'interprète, et donc c'est une valeur dynamique.²⁰

C'est ainsi que la notion d'intention utilisée par les juristes canadiens est un peu le mélange de l'intention apparente, réelle et présumée du législateur. Ces types d'intention qui constituent les différentes étapes d'un processus herméneutique ne peuvent sur le plan pratique être dissociées²¹. C'est plutôt une question de degré qui les distingue.

L'intention apparente, c'est-à-dire le sens que le texte de la loi a pour le lecteur type, se présente donc également comme un objectif de l'interprétation : c'est un objectif non pas ultime, comme l'intention réelle, mais un objectif intermédiaire, à la fois moyen et but. Il faut en effet faire l'hypothèse que l'intention apparente mène à l'intention véritable : à défaut de perception extrasensorielle, il n'y a pas d'autre possibilité.²²

Nous pourrions faire le même raisonnement à propos de la relation entre l'intention présumée et l'intention réelle du législateur. L'intention présumée est censée conduire à la véritable signification du texte législatif²³. Elle ne se présente pas, cependant, comme l'ultime objectif de l'interprétation. Elle est à la fois moyen et but.

Ainsi envisagées, les présomptions d'intention traduisent l'image que l'on se fait des préférences politiques du législateur. À ce titre, elles font implicitement partie du message législatif et elles sont de nature à conduire à l'intention véritable de l'auteur du texte.²⁴

Il serait possible d'opposer, à l'instar du droit des contrats, deux pôles à l'interprétation des lois, soit le système de volonté interne

²⁰ Jerzy WROBLEWSKI, « Le non-dit dans le droit : présuppositions et conventions implicites », dans Paul AMSELEK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, P.U.F., 1989, p. 137, à la page 150.

²¹ En pratique, elles seront bien souvent utilisées indistinctement par les juges « pour faire porter par le législateur la responsabilité des choix que l'application de la loi exige » : Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 420.

²² *Id.*, p. 277.

²³ Selon le discours officiel, la présomption d'intention du législateur ne sera utilisée que pour reconstituer la pensée véritable de l'auteur du texte. Elle n'est pas là pour tempérer les rigueurs de la loi.

²⁴ P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 21, p. 421.

et le système de volonté déclarée du législateur²⁵. D'un côté, le système de volonté interne s'attacherait uniquement à l'aspect psychologique de l'intention du législateur et ce, au détriment de sa manifestation écrite dans le texte. Le travail de l'interprète s'apparenterait à celui d'un psychanalyste ou à celui d'un détective qui doit essayer de comprendre l'état d'esprit du rédacteur à l'époque de l'élaboration de la loi. Une tâche qui s'avérerait la plupart du temps irréalisable en raison des trop nombreux intervenants dans la rédaction des lois. Mais la difficulté viendrait surtout de la discordance entre la volonté collective traduite dans le texte et le « véritable état d'esprit des personnes qui ont effectivement contribué à l'élaboration et à l'adoption du texte »²⁶. À l'état pur, dans un système de volonté interne, l'interprète pourrait utiliser tous les moyens mis à sa disposition pour découvrir la véritable intention du législateur. Il pourrait aller à l'encontre d'un texte législatif clair, s'il apparaissait que le législateur avait, à l'époque de l'adoption, une tout autre intention. Le fait de mettre le droit par écrit ne constituerait donc plus une garantie. Les lois seraient constamment remises en question par l'utilisation des travaux préparatoires et des documents produits lors de leur élaboration.

De l'autre côté, dans un système de volonté déclarée, l'interprète ne tiendrait compte que de l'expression objective de l'intention du législateur. Il n'aurait pas à chercher l'intention réelle du législateur. On présumerait qu'il a exprimé sa pensée d'une façon claire et entière. Ainsi, les motifs qui ont poussé le législateur à intervenir dans un domaine précis, ne seraient pas considérés lors de l'interprétation sauf, bien entendu, s'ils y sont expressément déclarés.

Or, il semble que le droit canadien a adopté le système de volonté interne, mais l'a réaménagé afin de tempérer certains effets excessifs. La recherche de l'intention réelle subjective du législateur demeure l'objectif ultime de l'interprétation. Ceci nous semble incontestable. Toutefois, si le sens apparaît clairement dans le texte, l'interprète ne poussera pas plus loin son investigation, du moins officiellement, car l'interprétation ne doit commencer que si le texte

²⁵ Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 178-183; Maurice TANCELIN, *Sources des obligations : l'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 53-57.

²⁶ Pierre-André CÔTÉ, « L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes », (1990) 50 R. du B. 329, 333.

est insuffisamment clair. En procédant ainsi, on évite la vulnérabilité de lois pouvant être trop facilement contestées. Mais toutes ces données appellent, de la part de l'interprète, une grande flexibilité.

Cette réflexion en amène une autre : l'intention du législateur recherchée par l'interprète a-t-elle une portée indéfinie? En droit canadien, notre législation positive est-elle susceptible de présenter des lacunes? De deux choses l'une : soit que l'on accroisse le domaine de la loi de façon à assurer à l'ensemble des dispositions légales une étendue ou un champ presque indéfini et à admettre l'absence de lacunes dans la législation positive canadienne soit, au contraire, que l'on s'en tienne aux conclusions qui pourraient raisonnablement en être déduites. Il faut accepter que le législateur ne puisse tout prévoir, qu'il y ait inévitablement des lacunes dans les textes législatifs. Il s'agit d'une interrogation essentielle qui est de nature à circonscrire le rôle du juge et les pouvoirs qui lui sont dévolus.

Le discours officiel a toujours nié l'existence de lacunes en affirmant la « plénitude » et la « suffisance » de la législation écrite. On semble croire que la loi a une portée indéfinie grâce, entre autres, aux présomptions de volonté qui y sont prévues ou encore fréquemment utilisées par les tribunaux. Sur un plan quantitatif, un examen rapide de la jurisprudence de la Cour supérieure du Québec, de la Cour d'appel du Québec, de la Cour suprême du Canada et de la Cour fédérale des trente-cinq dernières années, nous indique que ces cours n'ont que très rarement reconnu l'existence de lacunes dans la loi²⁷. Quelques décisions seulement y font allusion mais toujours dans un exposé purement théorique²⁸. Dans l'affaire *Pongratz*²⁹, par exemple, la Cour fédérale du Canada, après avoir réaffirmé que l'interprétation des tribunaux ne doit porter que sur les mots que le législateur a employés et qu'ils n'ont pas le pouvoir de combler les lacunes qu'ils détectent dans le texte, considère qu'il n'y a aucune lacune dans le texte de loi litigieux

27 Maurice TANCELIN, « Comment un droit peut-il être mixte? », dans Frederick Parker WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 15; sur le plan pratique, les juges ont souvent identifié des lacunes dans la législation et refusé de les combler; à titre d'exemple, on verra : *B.R.C. c. Concrete Column Clamps*, [1977] 2 R.C.S. 456.

28 Voir à ce sujet : *National Building Centres Ltd. c. Brunswick of Canada Ltd.*, [1968] C.A. 428; *Malek c. Parent*, [1972] C.S. 229.

29 *La Reine c. Pongratz*, [1983] 1 C.F. 77, 86.

soumis à son attention. Selon cette cour, les expressions « se soustraire », « pendant un certain temps », et « temporairement » de l'article 163 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont claires et comme telles doivent être interprétées en faveur du contribuable. Plus récemment, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Schachter* se trouvait devant un problème d'assurance chômage créant un bénéfice inégal entre les prestations que peuvent toucher les parents naturels et les parents adoptifs. Elle devait décider si un tribunal pouvait apporter des mesures correctives à la loi de façon à la rendre conforme à l'article 15 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge Lamer, qui rendait le jugement majoritaire dans cette affaire, tiendra des propos qui ne laissent aucun doute sur le rôle des tribunaux devant les ratés du législateur.

*Dans certains cas, il ne sera pas possible, à partir d'une analyse fondée sur la Constitution, de déterminer avec suffisamment de précision dans quelle mesure il faut élargir la portée d'une loi pour la rendre compatible avec la Constitution. Il appartient alors aux législateurs et non aux tribunaux de combler les lacunes.*³⁰

Le principe de la « plénitude » et de la « suffisance » de la loi écrite est de plus soutenu par deux textes législatifs, soit celui de l'article 49 de la *Loi d'interprétation* québécoise et celui de l'article 10 de la *Loi d'interprétation canadienne*³¹. De façon générale, ces articles prévoient qu'une loi parle toujours et, quel que soit le temps du verbe employé dans une disposition, celle-ci reste en vigueur à toutes les époques et dans toutes les circonstances où elle peut s'appliquer. Le juge, sous prétexte qu'une loi ne serait pas complète ou présenterait des ambiguïtés, ne pourra jamais refuser de juger même si, en principe, il n'y a pas de sanction attachée à ce refus³².

³⁰ *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, 705; voir aussi : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

³¹ *Loi d'interprétation* (Québec), L.R.Q., c. I-16, art. 49 : « La loi parle toujours, et quel que soit le temps du verbe employé dans une disposition, cette disposition est tenue pour être en vigueur à toutes les époques et dans toutes les circonstances où elle peut s'appliquer » (ci-après citée « L.I.Q. »); *Loi d'interprétation* (Canada), L.R.C. (1985), c. I-21, art. 10 : « La règle de droit a vocation permanente; exprimée dans un texte au présent intemporel, elle s'applique à la situation du moment de façon que le texte produise ses effets selon son esprit, son sens et son objet. »

³² Voir : art. 41.2 L.I.Q. et l'ancien article 11 C.c.B.C. Toutefois, selon l'honorable François Langelier « ce que devrait faire alors le juge, ce serait de donner gain de cause à la partie contre laquelle on invoque son autorité, sans pouvoir indiquer une loi claire qui justifie son intervention. Car s'il n'y a pas moyen de

Par conséquent, selon la théorie traditionnelle, la législation positive est, dans le domaine occupé par la législation, une source prépondérante de droit. La loi, ainsi que les principes généraux qui s'en dégagent, sont le plus souvent susceptibles de donner à eux seuls toutes les réponses aux cas soumis. Les juges n'auront à recourir à d'autres sources de droit comme l'équité que s'ils doivent « combler un vide [...] en *cherchant l'intention du législateur* »³³. De plus, les besoins de l'interprète ne doivent pas être pris en considération. En effet, entre l'interprétation d'un texte et son utilisation, il y a une limite que les juristes canadiens ne doivent jamais franchir, car ils risqueraient de se faire rapidement rappeler à l'ordre au nom de la distinction classique entre les trois grands pouvoirs.

2. La non-influence des conséquences de l'application sur l'interprétation

Selon Montesquieu³⁴, chaque État doit, pour se prémunir de l'absolutisme, partager ses fonctions entre trois organes distincts : un organe législatif qui aura le pouvoir d'édicter des règles d'application générale, une instance exécutive servant à gérer et à administrer les affaires de l'État et un organe judiciaire qui jugera les différends des particuliers et punira les crimes selon les prescriptions des règles de droit. Ces trois pouvoirs ne doivent en aucun temps se retrouver entre les mêmes mains, car il y aurait un risque d'autoritarisme qui mettrait en péril les droits et libertés des citoyens.

Au Canada, c'est un lieu commun d'affirmer que, sur le plan pratique, la théorie des trois pouvoirs est quelque peu réduite³⁵. En

donner un sens à une loi, c'est comme si elle n'existait pas » : François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905, p. 90.

33 Claude C. EMANUELLI, « Le droit comparé selon une perspective canadienne », (1980) 40 *R. du B.* 75, 84.

34 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois; les grands thèmes*, coll. « Idées », Paris, Éditions Gallimard, 1970, p. 129.

35 Cette situation a d'ailleurs été formellement rappelée par la Cour suprême du Canada en 1996 dans l'affaire *Cooper c. Canada* (*Commission des droits de la personne*), [1996] 3 R.C.S. 854, 871 et suiv. : « Bien que la séparation des pouvoirs en vertu de la Constitution canadienne ne soit pas absolue, le droit constitutionnel canadien reconnaît une certaine notion de séparation des

raison de notre régime parlementaire, l'exécutif n'est pas tout à fait séparé du législatif. Il est formé de membres du législatif qui ont obtenu la majorité des sièges au Parlement. Par contre, bien que cela n'apparaisse pas formellement dans la Constitution canadienne, le pouvoir judiciaire est largement indépendant du pouvoir exécutif et législatif³⁶. Mais pour conserver cet équilibre entre les pouvoirs, les juges, de leur côté, ne doivent pas intervenir dans le processus législatif, c'est-à-dire se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire dans les causes qui leur sont soumises. Ils ne doivent pas corriger non plus les imperfections que le législateur a pu laisser filtrer dans son texte.

*Si chaque tribunal pouvait rendre des décisions générales et réglementaires, il y aurait bientôt autant de lois particulières qu'il y a de manières différentes d'interpréter les mêmes lois; nous retomberions dans cette diversité de coutumes, de statuts locaux, qui régissaient autrefois notre territoire. L'unité de la loi, ce grand bienfait de la civilisation, serait ainsi détruite.*³⁷

La fonction judiciaire se trouve donc réduite à l'application pure et simple du droit. « Le rôle du juge est de rendre justice dans le cadre du droit » mentionne l'article 1^{er} du *Code de déontologie de la magistrature québécoise*³⁸. Aucune place n'est laissée à l'arbitraire de l'interprète. Et si besoin est, on fait appel à des procédés d'interprétation rigoureux. Toutes les solutions doivent découler strictement de la loi³⁹. Ainsi, même si une loi paraît déraisonnable ou injuste au regard des circonstances actuelles (on entend ici une

pouvoirs. L'existence des cours de justice découle de la séparation des pouvoirs, tel qu'il appert de la jurisprudence concernant l'article 96 de la loi constitutionnelle de 1867 et de l'interprétation jurisprudentielle du préambule de la loi constitutionnelle de 1867, qui établit que le Canada doit avoir une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni ».

36 C'est de lois ordinaires que les tribunaux canadiens tirent leur origine : *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, c. S-19; *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, c. C-10 (2^e supp.); *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, c. J-1; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16.

37 Pierre Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien basé sur les « répétitions écrites sur le Code civil » de Frédéric Mourlon avec revue de la jurisprudence de nos tribunaux*, t. 1, Montréal, C. Théoret, éditeur, Librairie de droit et de jurisprudence, 1895, p. 106.

38 (1982) 114 G.O. II, 1271.

39 « L'interprète [est] ainsi quelque espèce de décrypteur, qui finirait par déchiffrer des énigmes portant sur la parole du législateur » : Constantin M. STAMATIS, « La concrétisation pragmatique des normes juridiques », (1993) 31 *R.I.E.J.* 1, 4.

absurdité subjective qui demande absolument l'appréciation du juge sur le terrain de la pratique), il n'est pas du ressort des tribunaux de la réformer ou même d'en atténuer les effets. Ils devront se contenter de l'appliquer telle qu'elle a été adoptée et ce, indépendamment de sa valeur de justice. Il reviendra au législateur seulement de faire les modifications qui s'imposent⁴⁰.

Par ailleurs, il apparaît, à la lecture de la jurisprudence, que les tribunaux font une nette distinction entre une loi qui serait ambiguë et celle qui aurait des conséquences pratiques apparemment absurdes⁴¹, illogiques⁴², inéquitables ou incommodes⁴³. Une loi ambiguë doit toujours faire l'objet d'une interprétation, car la pensée univoque du législateur n'est pas toujours détectable *a priori*. Par contre, un texte clair, alors même qu'il aurait des conséquences absurdes, ne doit jamais être interprété; il doit s'appliquer tel quel⁴⁴. Le juge n'a pas à porter de jugement de valeur sur le sujet et encore moins à s'écarter de la lettre pour éviter les conséquences négatives, même si, en principe, il existe un préjugé

⁴⁰ Certains juges canadiens l'affirment d'ailleurs ouvertement. « [M]ême si l'application de la loi crée des effets sur les gains du requérant antérieurs au 31 décembre 1976, l'intention du législateur quant à ces effets est clairement exprimée dans la loi » : *Riel c. Commission des affaires sociales du Québec*, J.E. 88-743 (C.S.); voir aussi : *Magor and St. Mellons Rural District Council v. Newport Corp.*, [1952] A.C. 189 (H.L.); *Vacher & Sons Ltd. c. London Society of Compositors*, [1913] A.C. 107 (H.L.).

⁴¹ Le professeur Pierre-André Côté qualifiera d'absurde une interprétation qui mène à des conséquences ridicules ou futiles, qui est extrêmement déraisonnable ou inéquitable, qui est illogique ou incohérente. Elle est incompatible avec d'autres dispositions ou avec l'objet du texte législatif : P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 21, p. 430. Par contre, Ruth Sullivan élargit considérablement l'absurdité en qualifiant d'absurdes les interprétations qui vont à l'encontre de la fin d'une loi ou en rendent un aspect inutile ou futile : Ruth SULLIVAN, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Toronto et Vancouver, Butterworths, 1994, p. 79; du même auteur : « Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada » (1998-99) 30 *Ott. L.R.* 175.

⁴² *Assurance mutuelle des fabriques de Québec (L') c. Héritiers de feu Marc Châtigny*, [1986] R.R.A. 309 (C.S.).

⁴³ On utilise aussi les expressions conséquences « futiles » ou « ridicules », voir : *R. c. Liggett-Findlay Drug Stores Ltd.*, [1919] 3 W.W.R. 1025 (Alta. C.A.).

⁴⁴ En droit anglais, même si les juges ont un respect quasi religieux de la souveraineté du Parlement, il n'en demeure pas moins qu'ils se sont « régulièrement reconnu le droit de refuser l'application d'une loi où celle-ci serait manifestement absurde ou manifestement injuste. L'autorité d'interpréter est encore une autorité, et c'est le juge qui dit ce qui est juste, non pas la loi » : Hans Albrecht SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, Paris, L.G.D.J., 1977, p. 91 et 92.

favorable à la rationalité du législateur⁴⁵. Ce principe, qui a été à maintes reprises formulé par les auteurs⁴⁶, a été réaffirmé par le juge en chef de la Cour suprême du Canada, Antonio Lamer, dans l'affaire *McIntosh* :

*Lorsqu'une législature adopte un texte législatif qui emploie des termes clairs, non équivoques et susceptibles d'avoir un seul sens, ce texte doit être appliqué même s'il donne lieu à des résultats rigides ou absurdes ou même contraires à la logique [...]. Le fait qu'une disposition aboutisse à des résultats absurdes n'est pas, à mon avis, suffisant pour affirmer qu'elle est ambiguë et procéder ensuite à une analyse d'interprétation globale.*⁴⁷

Cependant, cela ne doit pas empêcher les tribunaux d'examiner minutieusement une loi afin de s'assurer d'une logique et d'une justice sans équivoque. La jurisprudence admet que, lorsqu'un texte se prête à deux interprétations possibles, dont l'une conduit à un résultat déraisonnable, il faut préférer l'autre. C'est ce que certains appellent une formulation prudente de la présomption de rationalité du législateur.

Ce n'est que lorsqu'un texte législatif est ambigu, et peut donc raisonnablement donner lieu à deux interprétations, que les résultats absurdes susceptibles de découler de l'une de ces interprétations justifieront de la rejeter et de préférer l'autre. L'absurdité est un facteur dont il faut tenir

⁴⁵ On rejoint ici en quelque sorte la distinction faite par le professeur Elmer Driedger entre deux types d'absurdité : l'un qu'il appelle « objectif » et qui rejoint la notion d'ambiguïté, car il constitue une interprétation qui contredirait d'autres dispositions de la loi ou son objet; l'autre « subjectif », car il découle d'un jugement de valeur quant aux conséquences de l'application d'un texte et recoupe ainsi la définition que nous donnons à l'absurdité. Selon l'auteur, seul le type d'absurdité objectif justifierait qu'on écarte un texte législatif : Elmer DRIEDGER, *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 50 et suiv.

⁴⁶ « Il suit de là que si elle [la loi] est parfaitement claire, les tribunaux doivent l'appliquer purement et simplement, quelque mauvaise et absurde qu'elle puisse leur paraître, sans s'occuper de savoir quel était le but que le législateur avait en vue, ni ce que dit le préambule, s'il y en a un » : F. LANGELIER, *op. cit.*, note 32, p. 91; voir aussi en ce sens : P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 21, p. 436.

⁴⁷ R. c. *McIntosh*, précité, note 12, p. 704 : «La reconnaissance des rôles légitimes du législateur et des tribunaux exige que ces derniers donnent effet au sens ordinaire des mots d'une loi dûment adoptée. Les tribunaux n'ont pas compétence pour modifier un régime législatif soigneusement conçu simplement parce qu'ils désapprouvent le résultat qu'une loi engendre dans un cas donné»; voir aussi dans ce sens : *Zeitel c. Ellscheid*, [1994] 2 R.C.S. 142; *New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Ltd.*, (1982) 44 N.B.R. (2d) 201; *Inland Revenue Commissioners c. Hinchy*, [1960] A.C. 748.

*compte dans l'interprétation de dispositions législatives ambiguës; cependant, il n'existe pas de méthode distincte d'« analyse fondée sur l'absurdité ».*⁴⁸

On a donc la ferme conviction que le droit peut toujours se réaliser en lui-même, sans qu'on ait besoin de l'intervention d'une volonté humaine pour l'adapter à la réalité des choses. On suppose que la règle abstraite et les faits concrets ne seront jamais en confrontation. En raison de ces principes, l'intervention personnelle du juge serait mal vue. Tout au plus, dans un cas difficile, un pouvoir discrétionnaire lui sera accordé afin qu'il puisse remplir adéquatement sa mission et assouplir au besoin la rigidité des formules légales⁴⁹.

En résumé, selon le discours officiel des juristes canadiens, il ne revient pas aux tribunaux de remettre en question la sagesse du législateur « puisqu'il lui est loisible, sous réserve des contraintes constitutionnelles, de légiférer de façon irrationnelle si tel est son bon vouloir »⁵⁰. Même s'il y a des injustices, l'interprète ne doit jamais franchir l'écart qui existe entre ce que nous appellerons désormais le monde « notionnel » de la loi et le monde « réel » de son application⁵¹. Il faut savoir que le travail de l'interprète consiste

⁴⁸ Dans l'affaire *R. c. McIntosh*, précitée, note 12, 704 et 705, le ministère public prétendait que la Cour d'appel de l'Ontario avait commis une erreur lorsqu'elle a conclu qu'un accusé, qui est l'agresseur initial peut invoquer la légitime défense, au sens de l'article 34 (2) du *Code criminel*. On soulève donc une question d'interprétation législative pure, à savoir si le libellé de cet article est clair ou s'il doit faire l'objet d'une interprétation générale. La Cour suprême du Canada qui rejeta le pourvoi décida que l'article 34 (2) s'applique à première vue aux agresseurs initiaux et peut donc donner lieu à une telle interprétation.

⁴⁹ À titre d'exemple, le juge Yvan Godin de la Cour supérieure de Montréal disait dans une affaire récente en droit de la famille ce qui suit : « L'article 587.1 du *Code civil du Québec* exprime le caractère présomptif de la contribution alimentaire et démontre l'intention du législateur de préserver le pouvoir discrétionnaire des tribunaux dans l'interprétation des notions « frais particuliers » et de « difficultés excessives » : *Droit de la famille – 2957*, B.E. 98BE-347; voir aussi : *Trust général du Canada c. Ministère du revenu du Québec*, [1984] C.S. 1093.

⁵⁰ *R. c. St Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791, aux paragraphes 84 et 91 cité dans 2747-3174 *Québec inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, 1004.

⁵¹ Cette distinction entre le monde notionnel et le monde réel fut empruntée à la littérature traitant de l'évaluation de l'entreprise : Ian R. CAMPBELL, Robert B. LOW et Nora V. MURRANT, *The Valuation & Pricing of Privately-Held Business Interests*, Toronto, CICA, 1990.

uniquement à découvrir un sens à la loi et non à prévoir les conséquences de son application. Cette découverte du sens nous apparaît comme un processus abstrait, un effort de conceptualisation de l'esprit. Un monde qui est ni plus ni moins en rupture avec le réel⁵².

Pourtant, cet effort de conceptualisation n'est pas libre. La théorie traditionnelle impose des objectifs et des règles précises permettant de découvrir le seul et unique sens de la loi. On délimite ainsi le champ de ce monde notionnel et, du même coup, l'écart possible qui pourrait être donné au texte par les différents interprètes. C'est à partir de cette base conceptuelle que l'interprète pourra accéder à l'autre monde, c'est-à-dire au monde réel et « tirer de la survenance de faits concrets les conséquences prescrites par la règle »⁵³. On reconnaîtra alors au juge, dans une mesure variable, un pouvoir discrétionnaire qui l'autorisera à effectuer quelques ajustements minimes pour rendre le résultat de l'interprétation applicable à la réalité qui se présente à lui. Toutefois, ce pouvoir ne donne pas ouverture à la modification de son interprétation, car une fois que l'interprète a traversé dans ce monde réel, il ne lui est plus possible de revenir en arrière pour changer le sens du texte découvert dans le monde notionnel⁵⁴. L'inverse est aussi vrai. Lorsque l'interprète cherche dans le monde notionnel le sens d'un texte, il n'a pas accès au monde réel pour vérifier quelles seraient les conséquences de son application par une opération de *sub-somption*⁵⁵. Ces deux mondes sont entièrement dissociés et font

⁵² On rejoint ici la philosophie post-cartésienne, où « l'abstraction est rupture avec le réel : elle est création de l'esprit, et elle se termine non au réel mais à l'idée. Le sens même du mot abstraction a radicalement changé; il n'est pas celui d'une opération (à partir du concret), mais d'une entité existant en soi (à part du réel). On est à l'antipode de l'abstraction aristotélicienne » : Philippe I. ANDRÉ-VINCENT, « L'abstrait et le concret dans l'interprétation », 17 *Arch. de phil. du droit* 1972, 135, 136.

⁵³ P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 26, 335.

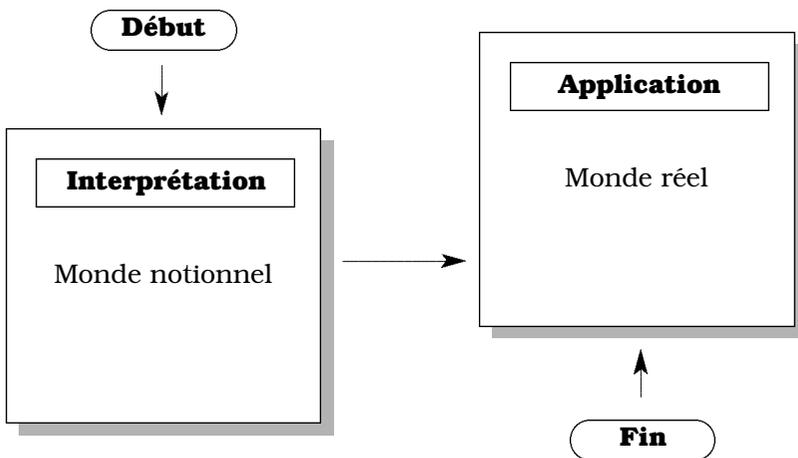
⁵⁴ Dernièrement, nous avons eu un bel exemple, où le monde réel a perdu du terrain au profit du monde notionnel. En effet, en 1997, le législateur adoptait des lignes directrices pour la fixation des pensions alimentaires pour les enfants. De telles tables viennent limiter de façon significative le pouvoir du juge qui, avant cette loi, avait en matière familiale une certaine marge de manœuvre dans la fixation des pensions alimentaires : *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, entrées en vigueur le 1^{er} mai 1997 (DORS/97-175).

⁵⁵ Cette expression utilisée par P.I. André-Vincent signifie le passage du concret à l'abstrait : P.I. ANDRÉ-VINCENT, *loc. cit.*, note 52, 136.

l'objet, depuis toujours, de deux traitements complètement indépendants⁵⁶. « Le droit légal [...] est donc un droit idéal, une formulation qui se réfère à des idées et se termine en elles, bref une entité abstraite. Ce droit ne rejoint le réel que par son impérativité catégorique. »⁵⁷

Figure 3

*Écart entre le monde notionnel de l'interprétation de la loi
et le monde réel de l'application*



Certains préconisent des changements au niveau du processus de découverte du sens à l'intérieur du monde notionnel, tandis que d'autres insistent sur le développement du monde réel et fixent plutôt des règles d'application. Ces règles visent à réduire l'écart entre ces deux mondes et à établir un consensus entre les parties en litige. À tout le moins, cette distinction nous permet de prendre conscience que la théorie traditionnelle navigue entre deux problèmes d'ordre différent et qu'il est important de ne pas les confondre.

⁵⁶ François Gény fait, pour sa part, une nette distinction entre le processus d'interprétation du droit et son application aux faits concrets : François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif; essai critique*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1954, p.188.

⁵⁷ P.I. ANDRÉ-VINCENT, *loc. cit.*, note 52, 139.

B. Les principes d'interprétation utilisés par les juristes canadiens afin d'atteindre les objectifs visés par la théorie traditionnelle

Le postulat de la raison comporte des répercussions profondes sur les méthodes à suivre pour découvrir la vérité et plus particulièrement la vérité des textes législatifs. Curieusement, même si la philosophie moderne donne à l'individu et à sa raison une place prépondérante, les méthodes scientifiques se veulent un processus dénué de tout subjectivisme. On essaie d'établir des règles objectives devant lesquelles « s'incline tout homme raisonnable »⁵⁸. Le droit n'y échappe pas. Il est proposé aux juristes des méthodes d'interprétation rigoureuses qui permettront de découvrir la seule véritable solution.

La théorie traditionnelle donne aux juges canadiens la mission d'appliquer les dispositions législatives dont la volonté du législateur constitue, comme nous l'avons déjà démontré, la signification obligatoire. Pour la découvrir, l'interprète doit tout d'abord examiner minutieusement les termes mêmes de la loi. Lorsque le texte reste obscur ou ambigu, c'est-à-dire s'il n'exprime pas fidèlement cette volonté, la signification doit être recherchée par la mise en œuvre de certains principes d'interprétation. Ces principes tiendront compte des différents contextes d'utilisation de la loi : le contexte de la loi et du corpus législatif et le contexte global d'énonciation.

1. La première étape de la compréhension de la loi : l'examen des termes de la loi

Nos instances judiciaires ont affirmé à maintes reprises que le texte est sans contredit l'élément de base que les juristes canadiens doivent consulter en tout premier lieu afin de déterminer le sens de la loi. Elles vont même jusqu'à réclamer que la règle de droit s'identifie le plus possible avec le texte dont le législateur s'est servi pour exprimer sa pensée⁵⁹. La Cour suprême du Canada nous l'a

⁵⁸ Pierre ATTALLAH, *Théories de la communication : histoire, contexte, pouvoir*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1989, p. 30.

⁵⁹ Dans la jurisprudence canadienne, il y a souvent une confusion entre la clarté des textes et la clarté des règles qui sont pourtant deux notions différentes. Un texte de loi est une « disposition légale promulguée par le pouvoir législatif de l'État ou par un autre organe compétent doté d'une autorisation législative », tandis que la règle de droit est le contenu normatif de ces textes; voir en ce sens :

rappelé encore récemment : « il importe de respecter la volonté que le législateur a exprimée dans le texte de loi »⁶⁰; « il ne fait aucun doute que le devoir des tribunaux est de donner effet à l'intention du législateur telle qu'elle est formulée dans le libellé de la loi »⁶¹; « il faut rechercher l'intention dans les termes employés »⁶². En d'autres termes, le texte est en quelque sorte le « substitut écrit de la présence d'un législateur absent au moment de l'interprétation »⁶³.

Afin de faciliter la compréhension de cette distinction fondamentale entre la règle de droit et le texte, nous avons cru opportun de résumer les différentes conceptions de l'utilisation du texte législatif dans le processus interprétatif en cinq grandes hypothèses. Très utile sur le plan méthodologique, cette distinction nous a permis de regrouper l'ensemble des théories d'interprétation proposées depuis les cinquante dernières années sous un dénominateur commun, à savoir l'utilisation d'un texte, et de situer plus facilement les paramètres de notre théorie traditionnelle. On rejoint ainsi les préoccupations de François Geny qui, on le rappelle, trouvait simpliste l'opposition traditionnelle de la lettre et de l'esprit lorsque venait le temps d'interpréter un texte. L'opposition réductrice entre ces deux pôles n'était pas suffisante en soi pour inclure tous les points de vue⁶⁴. Geny propose plutôt « de substituer une autre distinction [...], celle de l'interprétation par la formule du texte – produit de l'activité consciente et réfléchie de son auteur – et celle obtenue à l'aide d'éléments étrangers à la formule »⁶⁵. De cette façon, l'interprète deviendra plus critique quant aux outils qu'il utilisera pour parvenir à ses fins⁶⁶. Nous sommes consciente que

Greenshields c. The Queen, [1958] R.C.S. 216, 236; C.M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 3.

60 *Cooper c. Canada*, précité, note 35, 854.

61 *New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.*, précité, note 47, 230.

62 *La Reine c. Sommerville*, [1974] R.C.S. 387, 394.

63 C.-M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 4.

64 François OST et Michel Van DE KERCHOVE, « De la bipolarité des erreurs ou de quelques paradigmes de la science du droit », 33 *Arch. de phil. du droit* 1988.177, 206.

65 Yann PACLOT, « La découverte du sens en droit. À travers l'esprit ou la lettre : un point de vue historique », dans François PAYCHÈRE (dir.), *La découverte du sens en droit*, Colloque de l'Association française de philosophie du droit du 5 avril 1991, tenu à Paris, Stuttgart, F. Steiner, 1992, p. 51, à la page 58.

66 Il est important de s'y attarder, car nous avons constaté que plusieurs juristes ne font pas toujours les distinctions qui s'imposent. Comme l'a si bien fait remarquer Lucie Lauzière, « la règle du sens ordinaire des mots semble mal

cette nouvelle distinction ne crée pas nécessairement une dialectique entre le texte et le non-texte, mais traduit plutôt des compromis entre les deux situations opposées⁶⁷. Avant d'entrer dans les détails, nous proposons un schéma synoptique des différentes conceptions de l'utilisation du texte législatif dans un processus interprétatif.

Schéma 1

Les cinq conceptions de l'utilisation du texte législatif
dans le processus interprétatif

1 ^{re} hypothèse Le texte de loi est le seul élément à considérer (rien que la loi)
2 ^e hypothèse Le texte de loi est l'élément le plus important à considérer (tout dans la loi)
3 ^e hypothèse Le texte de loi est un élément important à considérer
4 ^e hypothèse Le texte de loi est un élément parmi d'autres à considérer
5 ^e hypothèse Le texte de loi n'est pas un élément à considérer

Dans la première hypothèse, le texte de loi est le seul élément à considérer. L'interprète cherche dans le texte ce que l'auteur a dit, mais souvent indépendamment de ses intentions. On rejoint certaines méthodologies structuralistes qui prétendent pouvoir analyser le texte dans son objectivité linguistique⁶⁸. « Rien que la loi » sera la maxime des tenants de l'interprétation littérale ou du « *textualism* » américain qui donnent une valeur absolue au sens

définie et mal comprise dans notre système juridique » : Lucie LAUZIÈRE, « Le sens ordinaire des mots comme règle d'interprétation », (1987) 28 *C. de D.* 367, 379.

⁶⁷ Voir à ce sujet : Gaston BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, 15^e éd., Paris, Librairie scientifique J. Vrin, 1993.

⁶⁸ U. ECO, *op. cit.*, note 16, p. 26.

grammatical du texte⁶⁹. Le texte, plus qu'un support, deviendra la fin en soi, l'objectif ultime de l'interprétation⁷⁰. On bloque toute possibilité de recherche de renseignements en dehors des textes. Ainsi, on empêche les juges de faire appel à leur propre vision de la justice.

À l'opposé, la cinquième hypothèse vise le cas où le texte de loi ne serait pas un élément important à considérer donc ouvert à toutes les lectures et interprétations possibles. Il ne serait « qu'un pique-nique où l'auteur apporte les mots et les lecteurs le sens »⁷¹. Le législateur, dans une telle hypothèse, n'aurait aucune influence ou contrôle sur le sens que l'interprète donnera à la loi. Quelques juristes, dont certains américains, ont été séduits par une telle approche, notamment certains adeptes des *Critical Legal Studies*⁷². Cette indétermination radicale du droit et de la loi fut ardemment critiquée, car elle revenait à faire du texte légal « une sorte d'outre vide que chacun remplirait à son gré » et ce, au détriment de la prévisibilité et de la sécurité qui sont des valeurs fondamentales en droit.

Entre ces deux pôles opposés se situent les trois autres hypothèses qui couvrent l'ensemble des propositions exposées par les nombreux théoriciens du droit qui s'intéressent à l'interprétation. Dans la deuxième hypothèse, le texte de loi est l'élément essentiel : « Tout est dans la loi ». Le texte doit pouvoir, à lui seul, mener à un jugement adéquat. Mais il arrive que le texte n'atteigne pas les objectifs escomptés. Ces partisans de la deuxième hypothèse ouvrent une porte à l'utilisation de certaines sources d'interprétation, mais cela doit demeurer une exception. À l'état pur, l'École

69 Sur le « *textualism* » américain, voir : F. EASTERBROOK, « Statute's Domain », 50 *U. Chi. L. Rev.* 533 (1983); W. ESKRIDGE, « The New Textualism », 37 *UCLA L. Rev.* 621 (1990).

70 L'interprète pourrait ainsi enfreindre l'esprit de la loi sous le couvert du respect de la lettre.

71 Tzvetan TODOROV, cité dans Umberto ECO, *Interprétation et surinterprétation*, traduit de l'anglais par Jean-Pierre Cometti, Paris, P.U.F., 1996, p. 22.

72 A. D'AMATO, « Can Legislatures Constrain Judicial Interpretation of Statutes », 75 *Virg. L. Rev.* 561 (1989); par ailleurs, selon Philippe I. André-Vincent, « l'école du libre droit (Welzel, Isay, Dahm,) et, toute proche d'elle, la jurisprudence sociologique, réagissent contre le légalisme, le formalisme hérités de l'*Aufklärung* et du jusnaturalisme moderne, mais en leur abandonnant la loi. Ce libre droit dénie toute valeur à la loi positive » : P. I. ANDRÉ-VINCENT, *loc. cit.*, note 52, 139.

française de l'Exégèse serait une belle illustration de cette application. Vouant un véritable culte à la loi écrite, l'interprète, s'il décèle quelque obscurité, pourra consulter, à l'occasion, d'autres supports que le texte, comme les travaux préparatoires et les précédents historiques⁷³.

Pour ce qui est de la troisième hypothèse, le texte de loi reste un élément important à considérer, mais on reconnaît que le législateur n'a pas tout prévu et qu'il sera nécessaire parfois de s'aventurer au-delà du texte pour découvrir la règle de droit applicable au cas soumis. Le juge aura recours à la raison et à l'équité rejoignant l'École de la libre recherche scientifique. Le point de départ de l'interprétation est et demeure la loi écrite, non « comme source unique du droit vivant, mais comme cadre scientifique dans lequel s'inscrit le travail de l'interprète »⁷⁴. Les méthodes d'interprétation proposées par le droit canonique constituent un bel exemple de l'application des paramètres de cette troisième hypothèse. On permet à l'interprète de suppléer aux lacunes en faisant appel à d'autres sources de droit que la loi, soit les principes généraux, l'équité, le style et la pratique de la Curie romaine et enfin l'opinion commune des docteurs. L'interprète prend donc appui sur la lettre pour comprendre toute la portée d'une loi, mais il peut, à l'occasion, la dépasser lorsque celle-ci présente un doute ou une lacune.

Enfin, dans la quatrième hypothèse, le texte de loi est un élément à considérer parmi les autres. On affranchit l'interprète de trop grandes contraintes formelles, ce qui lui permet de faire œuvre de création en adaptant « libéralement, humainement le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne »⁷⁵. Les modèles dits évolutionnistes préconisent une complémentarité du législateur et du juge dans la découverte et la formulation du droit. La loi écrite perd sa souveraineté au profit de nombreuses autres sources de droit comme l'équité, les besoins de la pratique, la justice et l'utilité sociale. Le texte de loi a donc un sens propre et évolutif qui se pliera

⁷³ « On n'a pas suffisamment observé qu'avant d'arriver au seuil de l'interprétation, les tenants de la libre recherche commencent par l'exégèse des textes et leur font subir une interprétation fondée sur les mêmes principes. Il y a un long bout de chemin à faire ensemble, quel que soit le choix de la méthode » : G. CORNU, *op. cit.*, note 19, p. 134.

⁷⁴ Y. PACLOT, *loc. cit.*, note 65, 58.

⁷⁵ BALLOT-BEAUPRÉ, Discours prononcé le 29 octobre 1904, *Le Centenaire du Code civil*, p. 27, cité dans Pierre PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, p. 333.

aux réalités de l'heure. L'interprétation du droit constitutionnel en est un bel exemple⁷⁶. Au Canada, dès 1930 dans l'affaire *Edwards*, le Conseil privé a comparé la Constitution canadienne à un arbre capable de croître à l'intérieur de ses limites naturelles.

*Leurs seigneurs ne croient pas qu'il soit du devoir de cette Chambre – et ce n'est certainement pas ce qu'elle désire – de restreindre les dispositions de l'Acte au moyen d'une interprétation étroite et littérale, mais elle doit plutôt leur donner une interprétation large et généreuse, de façon que le Dominion puisse, dans une grande mesure, mais dans certaines limites déterminées être maître chez lui, comme les provinces sont maîtresses chez elles, dans une grande mesure, mais dans les limites déterminées.*⁷⁷

Cette décision donna par la suite le ton à une série d'arrêts de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel du Québec, qui reconnurent ouvertement que la Charte et la Constitution réclament des règles d'interprétation qui leur sont propres afin que les individus puissent bénéficier pleinement des libertés et droits fondamentaux qui y sont énoncés⁷⁸. Sur le plan concret, cela se

⁷⁶ Dans l'affaire *Bank of Toronto c. Lambe*, (1887) 12 A.C. 575, il fut décidé que l'A.A.N.B. n'était qu'une loi ordinaire et qu'à ce titre devait être interprété selon la règle d'interprétation littérale et grammaticale. À cette règle, les tribunaux ont toutefois apporté plusieurs adoucissements, car elle aurait pu avoir, selon certains, des conséquences pour le moins sérieuses sur l'évolution du fédéralisme canadien en confirmant « le caractère centralisateur du compromis de 1867 ». Il s'est donc développé trois exceptions importantes à l'utilisation de la règle d'interprétation littérale et grammaticale. La première exception concerne les articles 91 et 92 de l'A.A.N.B. qui doivent se lire ensemble et non séparément afin d'effectuer les interrelations et éviter ainsi les situations équivoques. La deuxième exception permet de consulter l'histoire législative pour saisir toute la portée d'une disposition en matière constitutionnelle. Enfin, la dernière exception et non la moindre est l'admission, de façon générale, d'une interprétation large et généreuse des textes constitutionnels; voir aussi : Gil RÉMILLARD, *Le fédéralisme canadien : éléments constitutionnels de formation et d'évolution*, Montréal, Éditions Québec/Amérique, 1980, p. 189; William F. PENTNEY, « Les principes généraux d'interprétation de la Charte », dans Gerald-A. BEAUDOIN et Walter S. TARNOPOLSKY, *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. sous la direction de Gerald-A. BEAUDOIN et Edward RATUSHNY, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 32 et suiv.; Danielle PINARD, « Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la Charte canadienne des droits et libertés », (1990) 35 *McGill L.J.* 305.

⁷⁷ *Edwards c. Procureur général du Canada*, [1930] A.C. 124, 136, traduction de Gil RÉMILLARD, *Le fédéralisme canadien : éléments constitutionnels*, Montréal, Éditions Québec/Amérique, 1980, p. 192.

⁷⁸ *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Commission des droits*

traduit par le fait que l'interprétation d'une disposition constitutionnelle n'est pas figée dans le temps. Elle doit répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que bien souvent ses auteurs n'ont peut-être pas envisagées⁷⁹.

En définitive, sauf en ce qui concerne l'interprétation des lois constitutionnelles, nous croyons que traditionnellement les juristes canadiens embrassent simultanément la première et la deuxième hypothèse. Cela expliquerait en partie la difficulté de percevoir les fondements de notre modèle théorique de façon précise. Il semble y avoir divergence entre les juges et les interprètes sur la véritable place qu'occupe le texte dans la compréhension de la loi. Certains s'en servent comme un outil, un moyen pour découvrir l'intention du législateur⁸⁰; d'autres en font presque un objectif d'interprétation, notamment en droit fiscal et en droit pénal⁸¹. « On réclame un relation de correspondance directe entre le texte et la pensée »⁸².

de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Ville de), J.E. 98-512 (C.A.).

79 En pratique, on doit constater que lorsqu'ils interprètent la Charte, la plupart des juges de la Cour suprême font tout de même appel à l'intention du législateur pour justifier leur prise de décision. Dans un excellent article sur la rhétorique des droits constitutionnels, Marc Gold a démontré avec justesse que la motivation des arrêts de la Cour suprême de 1982 à 1988 a eu tendance à rendre moins perceptible la responsabilité des juges dans l'interprétation donnée à la Charte. La Cour a embrassé la rhétorique de la conception classique de l'interprétation qui minimise, sinon occulte le rôle créateur du juge en appliquant scrupuleusement les règles de droit aux faits. En effet, plusieurs hésitent à laisser transparaître leur créativité même si elle est bien là. Aussi, ils la justifient à l'aide des techniques de la théorie traditionnelle, de façon à arriver à un résultat jugé souhaitable par la population, et les exemples sont nombreux selon l'auteur; Marc GOLD, « La rhétorique des droits constitutionnels » (1988) 22 *R.J.T.* 1; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, 366.

80 « La détermination du sens ordinaire des termes, en admettant qu'on puisse le dégager, est un principe secondaire d'interprétation qui vise à déterminer quelle était l'intention du législateur » : R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 41, p. 3.

81 La juge Tourigny de la Cour d'appel du Québec qui était alors dissidente dans l'affaire *Daishowa* explique très bien ce point de vue : « Cela ne signifie cependant pas que toute ambiguïté apparente d'interprétation satisfait à ces exigences. En effet, cette règle d'interprétation ne doit pas être appliquée a priori sans que le tribunal appelé à statuer n'ait tenté au préalable, et dans un effort raisonnable, de faire ressortir la volonté du législateur, puisqu'il s'agit là du but ultime de tout processus d'interprétation, même en matière criminelle » : *Syndicat démocratique des salariés de la Scierie Leduc (C.S.D.) c. Daishowa inc., division de Scierie Leduc*, [1991] R.J.Q. 2477 (C.A.).

82 C.M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 4.

Il s'agit là, toutefois, d'une opposition fort discutable. Que l'on soit en matière fiscale ou dans un autre domaine du droit, le présupposé de la théorie traditionnelle demeure le même : la recherche de l'intention d'origine du législateur. Il y aura divergence seulement quant au champ contextuel qui peut légitimement être laissé à cette recherche⁸³.

Mais peu importe cette apparente opposition. La formule légale occupe une place prépondérante dans le travail des juristes canadiens qui, traditionnellement, en ont toujours fait une étude minutieuse, intelligente et réfléchie. Les juges le mentionnent souvent expressément dans leurs décisions avec des formules telles que « pour répondre à une question d'interprétation de la loi, il faut toujours commencer par examiner le texte même de la loi en cause »⁸⁴.

De plus, si après examen le sens apparaît clairement à l'interprète (car il laisse bien découvrir l'intention de celui qui a rédigé la loi), celui-ci mettra fin au processus de compréhension et ce, en raison du fait qu'un texte clair n'est pas susceptible d'interprétation : « *interpretatio cessat in claris* »⁸⁵.

Sous réserve de vérification statistique, l'impression générale qui se dégage de la jurisprudence est que les juges hésitent autant qu'ils le peuvent à s'aventurer dans les arcanes de l'interprétation et s'en

⁸³ Cette opinion est partagée par le professeur Pierre-André Côté qui mentionnait, il y a quelques années, dans un article traitant de l'admissibilité et de l'autorité de l'interprétation administrative dans l'interprétation judiciaire des lois fiscales, ce qui suit : « Il est devenu banal d'affirmer que les lois fiscales ne sont pas dans une classe à part au point de vue de l'interprétation et, plus particulièrement, qu'elles doivent être interprétées en tenant compte non seulement de leur formulation, mais aussi d'éléments contextuels comme, par exemple, les objectifs ou les buts poursuivis par leur auteur » : Pierre-André CÔTÉ, « L'interprétation de la loi fiscale – quelques problèmes », (1991) 39 *Rev. fiscale can.* 258, 259.

⁸⁴ *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550, 559.

⁸⁵ Pour plusieurs auteurs, cette méthode est fondée sur le premier regard que jette l'interprète sur le texte législatif. « Un des dangers de la méthode fondée sur le premier regard réside dans ce que l'on appelle parfois l'impression. En effet, lorsqu'une personne prend connaissance d'une proposition écrite, il se forme immédiatement dans son esprit une impression du sens à donner à cette proposition. Cette impression peut être difficile à écarter »; Francis Alan Roscoe BENNION, *Statutory Interpretation: A Code*, 2^e éd., London, Butterworths, 1992, p. 427-429, cité dans 2747-3174 *Québec inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, précité, note 50, 1002.

tiennent le plus possible à la phase préliminaire qui consiste à décider, chaque fois que c'est possible, que le texte est clair et ne donne pas lieu à interprétation.⁸⁶

Cette directive a été à maintes reprises consacrée par la Cour suprême du Canada⁸⁷.

*La tâche des tribunaux à qui l'on demande d'interpréter une loi consiste à rechercher l'intention du législateur. Lorsque le texte de la loi est clair et sans ambiguïté, aucune autre démarche n'est nécessaire pour établir l'intention du législateur. Nul n'est besoin d'une interprétation plus poussée lorsque le législateur a clairement exprimé son intention par les mots qu'il a employés dans la loi.*⁸⁸

Le juge en chef Lamer a réitéré ce principe en 1995 dans l'affaire *McIntosh*.

*Pour résoudre la question d'interprétation soulevée par le ministère public, je pars de la proposition qu'il faut donner plein effet à une disposition législative qui, à sa lecture, ne présente pas d'ambiguïté. C'est une autre façon de faire valoir ce que l'on a parfois appelé la règle d'or de l'interprétation littérale; une loi doit être interprétée d'une façon compatible avec le sens ordinaire des termes qui la compose. Si le libellé de la loi est clair et n'appelle qu'un seul sens, il n'y a pas lieu de procéder à un exercice d'interprétation.*⁸⁹

En droit canadien, on peut donc identifier deux étapes distinctes et successives dans le processus de compréhension de la règle de droit. Une première qui consiste à déterminer le sens littéral des termes employés et une deuxième qui vise à résoudre une ambiguïté par référence à divers éléments tels les différents contextes de la loi.

⁸⁶ M. TANCELIN, *loc. cit.*, note 27, 16.

⁸⁷ R. c. *McIntosh*, précité, note 12, 686; voir aussi : R. c. *Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.

⁸⁸ R. c. *Multiform Manufacturing Co.*, précité, note 87, 630. Un tel principe a été à maintes reprises affirmé par la jurisprudence canadienne : « en présence d'un texte de loi clair et précis il n'est pas nécessaire de recourir aux règles d'interprétation pour déterminer quelle était l'intention du législateur »; voir aussi : *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271.

⁸⁹ R. c. *McIntosh*, précité, note 12, 686; « Aucune autre démarche n'est nécessaire pour établir l'intention du législateur lorsque le texte de la loi est clair et sans ambiguïté [interprétation du mot recommandation qui figure à l'article 52 (2) de la *Loi sur le service canadien de renseignement et de sécurité*] » : *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, 399; voir aussi : R. c. *McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72.

Un processus pour le moins lourd et rigide qui fait dire à la juge L'Heureux-Dubé, dans l'affaire de la *Régie des permis d'alcool*, que la règle du sens ordinaire telle qu'appliquée par les tribunaux depuis nombre d'années « agit de façon analogue à une sorte de préclusion méthodologique qui prétend empêcher la mise en marche du processus d'interprétation juridique »⁹⁰.

Toutefois, au-delà de ces débats théoriques concernant les limites de la tâche des interprètes, l'affirmation du sens clair d'une disposition législative a été souvent explicitée par nos différentes instances judiciaires : « le Code est clair et sans ambiguïté relativement à la question qui nous est soumise »⁹¹; « selon son sens clair l'article [...] s'applique aux procédures engagées »⁹²; « l'étendue du pouvoir conféré par l'article 118 a) du Code ressort du sens clair du texte de cette disposition »⁹³.

Mais qu'est-ce au juste qu'un texte clair? Les tribunaux canadiens ont-ils élaboré des critères précis pour l'établir objectivement? Quand une loi devient-elle ambiguë? Communément, on dit que le sens d'un texte est clair lorsqu'on « s'entend sur ce qu'il veut dire dans un certain contexte »⁹⁴. Sur le plan juridique, la règle du sens clair a été pour la première fois élaborée par un arrêt de la Chambre des Lords, *Sussex Peerage Case*, qui mentionnait : « *if the words of the statute are in themselves precise and unambiguous, then no more can be necessary than to expound those words in their natural and ordinary sense* »⁹⁵. Sauf s'ils ont été spécifiquement définis, les termes employés par le législateur sont

⁹⁰ 2747-3174 *Québec inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, précité, note 50, 997-999; d'autres diront que l'utilisation de cette règle équivaut à « l'abdication par le juge de ses responsabilités » ou encore la compare à une « approche mécanique irresponsable » : Michael ZANDER, *The Law-Making Process*, 4^e éd., London, Butterworths, 1994, p. 121-127.

⁹¹ *Jumbo Motors Express Ltd. c. François Nolin Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 423, 432.

⁹² *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, précité, note 87, 625.

⁹³ *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Association canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, 726; *Canada c. Maritime Group (Canada) inc.*, [1995] 3 C.F. 124.

⁹⁴ Pierre ISSALYS, *Interprétation et élaboration des lois et règlements*, notes de cours, Québec, Université Laval, 1984, p. 109; voir aussi un texte sur une tentative de mathématisation du sens juridique : Théodore IVAINER, « Qu'est-ce qu'un sens clair? (Essai de mathématisation) », dans Jacques CHEVALIER et Danièle LOSCHAK (dir.), *Le droit en procès*, Paris, 1983, p. 147, à la page 151.

⁹⁵ (1844), 11 C. & F. 85, 8 E.R. 1034.

à prendre dans le sens *ordinaire*⁹⁶, *littéral*⁹⁷, *évident*⁹⁸, *naturel*⁹⁹, *courant*¹⁰⁰, *commun*¹⁰¹, *consacré par l'usage*¹⁰², *généralement accepté*¹⁰³. Il semble, en effet, que ces notions soient souvent utilisées indistinctement par les différentes instances judiciaires canadiennes même si, en principe, elles font référence à des réalités fort différentes. Le sens littéral, ordinaire ou naturel évoque l'idée d'univocité, de prédétermination et d'historicité du sens qui repose dans le texte en attente d'être découvert¹⁰⁴. En revanche, des expressions telles que sens usuel, commun ou courant laisseraient plutôt croire que les termes utilisés dans la loi peuvent évoluer en fonction du sens que la communauté est prête à leur accorder. Cela « permet ainsi au juge de prendre des initiatives constructives »¹⁰⁵.

En réalité, malgré la terminologie utilisée, les juges canadiens ne semblent pas faire une telle distinction. Un examen de la jurisprudence nous révèle qu'il faut entendre le sens clair comme étant celui « *that is understood by competent user of language upon reading the words in their immediate context* »¹⁰⁶ ou encore « *the*

96 *Farhat c. Ordre des opticiens d'ordonnances du Québec*, J.E. 1158 (C.S.); *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 1 R.C.S. 213; *Paiement c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1994] R.D.F.Q. 282 (C.Q.).

97 *Symons General Insurance Co. c. Sabau construction Inc.*, [1986] R.J.Q. 2823, 2340 (C.A.).

98 *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la fonction publique*, [1977] 1 C.F. 91, 100; *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124.

99 *Larivière c. Boyer*, J.E. 98-124 (C.S.); *R. c. Collette*, J.E. 96-1894 (C.Q.); *John De Kuyper & Fils (Canada) c. Société Devin Internationale Ltée*, [1992] R.J.Q. 2332, 2339 (C.Q.).

100 *Canada c. Cymerman*, [1996] 2 C.F. 593; *Désilets c. La Commission des affaires sociales*, [1980] C.A. 493.

101 *Lafarge Canada inc. c. Québec (Procureur général)*, [1992] R.J.Q. 1373, 1377 (C.S.).

102 *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182, 1201; *R. c. Wheeler*, [1979] 2 R.C.S. 650.

103 *Québec (Procureur général) c. G.G. Construction & Location inc.*, [1995] R.J.Q. 1308, 1313 (C.A.); *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103.

104 P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 26, 335.

105 H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *op. cit.*, note 44, p. 93.

106 R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 41, p. 8.

meaning with which it is ordinarily used by persons having a knowledge of language in which it is used »¹⁰⁷. De plus, c'est le sens des mots lors de l'adoption de la loi qui doit être utilisé par l'interprète¹⁰⁸ :

*Le principe général veut que l'on se reporte, pour interpréter la loi, au jour de son adoption : puisqu'il s'agit, à partir d'un texte, de reconstituer une pensée, il paraît normal de donner aux mots le sens qu'ils avaient, à l'époque de l'adoption, dans le langage courant, compte tenu également du contexte dans lequel ils ont été énoncés.*¹⁰⁹

Afin de faciliter la tâche des interprètes dans leur démarche, il existe une présomption d'adéquation entre ce que la loi dit et ce que son auteur a voulu dire. « La meilleure façon pour les tribunaux de mener à terme la tâche de donner effet à l'intention du législateur consiste habituellement à présumer que le législateur entend dire ce qu'il dit » édicte la Cour suprême du Canada¹¹⁰ ou encore « [qu']il n'y a rien dans cette disposition qui tende à supplanter la règle selon laquelle l'intention de la législature doit se déduire des mots utilisés »¹¹¹. Cette présomption fondamentale permettra de résoudre plus facilement de nombreux cas. Son absence aurait pour conséquence d'alourdir considérablement la charge des juges qui seraient inévitablement confrontés à une escalade des litiges.

Malgré cette présomption, il peut arriver qu'un texte législatif comporte des ambiguïtés. C'est ainsi que différentes expressions sont utilisées par les tribunaux pour signaler qu'un texte n'a pas toute la clarté requise pour être compris correctement

107 *The Dentist's Supply Company of New York c. The Deputy Minister of National Revenue*, [1956-1960] R.C. de l'É. 450, 456.

108 « Or les mots "pour les fins de pêche" de la *Loi concernant la pêche et les pêcheurs* doivent être examinés dans le contexte de la loi dans laquelle ils ont été insérés, d'abord en 1888, puis en 1899 »; *Procureur général du Québec c. Healy*, [1983] C.A. 573; voir aussi : *Bogoch Seed Co. c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1963] R.C.S. 247; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

109 P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 21, p. 249.

110 *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, 1050.

111 *Wellesley Hospital c. Lawson*, [1978] 1 R.C.S. 893, 904.

par l'interprète : antinomie¹¹², obscurité¹¹³, ambiguïté¹¹⁴, imprécision, incertitude¹¹⁵ ou doutes sur le sens de la législation¹¹⁶. Ces notions recourent toutefois la même réalité : l'intention du législateur n'apparaît pas clairement dans le texte ou n'est pas univoque. Devant une telle situation, le juge pourra utiliser l'interprétation logique et étendre son champ d'analyse à ce que nous appellerons les différents contextes d'utilisation de la loi. Pour beaucoup de juristes canadiens, ce n'est qu'à cette étape-ci du processus de compréhension de la loi, que l'on peut véritablement parler d'interprétation : un processus qui consiste « à déterminer, par le secours du raisonnement, le véritable sens des lois obscures ou ambiguës »¹¹⁷.

¹¹² *Dorcine c. Laval (Ville de)*, J.E. 96-347 (C.A.)

¹¹³ *James Doyle (Jr) & Sons c. Canada (Ministre des pêches et océans)*, [1992] 3 C.F. 128, 132.

¹¹⁴ *Banque indienne des Opetchesahc c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119, 153.

¹¹⁵ *Union des employés de commerce, local 503, C.T.C., F.T.Q. c. Québec (Ville de)*, [1985] C.A. 352, 354.

¹¹⁶ *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29.

¹¹⁷ P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 37, p. 106; le recours à l'interprétation apparaît comme un acte d'entremise indispensable à la compréhension de l'expression humaine. L'étymologie latine du terme interprétation le rappelle : *inter*, qui dénote l'idée de liaison, d'intermédiaire, et le composé *prestatio* qui indique que l'on procure (prestation) quelque chose, soit une pensée, une idée. Cette étymologie suggère qu'un interprète soit un médiateur chargé d'établir le pont entre le signifiant et le signifié, c'est-à-dire entre le message codé et le contenu de pensée auquel il renvoie, mais aussi entre la vérité d'hier et celle d'aujourd'hui. Cette idée de médiation de la communication des signes apparaît de façon plus évidente dans son équivalent en grec ancien : *Hermeneia*. Selon certains auteurs, ce terme renvoyait à l'origine au dieu grec Hermès, messager céleste de la volonté des dieux aux hommes et inversement des espérances des hommes aux dieux. Il est donc le symbole de la circulation du sens, mais aussi celui par qui le sens se manifeste; voir à ce sujet : Paul AMSELEK, « Le droit dans les esprits », dans Paul AMSELEK et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, P.U.F., 1988, p. 27, aux pages 35 et 36; Jean-Paul RESWEBER, *Qu'est-ce qu'interpréter? Essai sur les fondements de l'herméneutique*, Paris, Éditions du Cerf, 1988; Pierre CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque : histoire des mots*, Paris, Klincksieck, 1968, p. 373; Gustav GUSDORF, *Les origines de l'herméneutique*, Paris, Éditions Payot, 1988, p. 19.

Schéma 2

Les différents types d'incertitude de la loi

<p>Lacunes</p> <p>(silence ou absence de règles de droit)</p> <p style="text-align: center;">▼</p> <p>Problème d'interprétation (monde notionnel)</p>	<p>Inadéquation ou absurdité</p> <p>(sens univoque trouvé, conséquences absurdes)</p> <p style="text-align: center;">▼</p> <p>Problème d'application (monde réel)</p>	<p>Ambiguïté ou imprécision</p> <p>(sens non univoque, possibilité de plusieurs règles de droit applicables)</p> <p style="text-align: center;">▼</p> <p>Problème d'interprétation (monde notionnel)</p>
---	---	--

2. La deuxième étape de compréhension de la loi : la prise en considération de différents contextes

Deux significations peuvent être données au terme « contexte » que l'on retrouve dans le *Dictionnaire historique de la langue française* de Robert. D'une part, un sens plus étroit emprunté au latin, *cum* (co-) et *texere* (-tisser) soit un assemblage, une réunion. Dans cette définition, il est fait référence à l'organisation des relations entre les différents éléments du discours. Sur un plan juridique, ce premier aspect de la définition de contexte peut se vérifier dans la cohérence qui existe entre les différents éléments d'une loi et toutes les autres lois, nombreuses, qui forment le corpus législatif canadien. Cela lui donne une connotation plus formelle que substantielle. D'autre part, nous pouvons attribuer au mot contexte une signification beaucoup plus large. Il recoupe le sens qui s'est développé à la suite de la traduction de l'allemand du terme « *context* » dans la *Critique de la raison pure* de Kant, soit « l'ensemble de circonstances dans lesquelles s'insère un fait ». On fait référence à l'environnement social, politique et historique dans lequel se situe un événement particulier, « de façon à examiner les raisons reliées au fond plutôt qu'à la forme »¹¹⁸. Avec cette approche, les juristes se « demanderont d'abord et avant tout si les moyens mis en œuvre dans la loi sont proportionnés aux objectifs déclarés »¹¹⁹, donnant ainsi une connotation substantielle à l'environnement contextuel de l'utilisation de la loi.

¹¹⁸ Donald POIRIER, *Introduction générale à la common law*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 255.

¹¹⁹ *Id.*

Schéma 3

Les différents contextes de la loi

Contexte de la loi et du corpus législatif

- contexte immédiat
- contexte élargi
- contexte de la loi dans son ensemble
- dispositions des autres lois
- autres règles du système juridique

Contexte global d'énonciation de la loi

- travaux préparatoires
- histoire législative
- faits de commune renommée
- *ratio legis*
- principes généraux et équité
- jurisprudence et doctrine préexistantes

Il va sans dire que, selon la théorie traditionnelle, l'interprète n'aura pas également accès à tous ces contextes pour mettre au jour l'intention du législateur et par conséquent la règle de droit applicable. Certains pourraient aller jusqu'à contredire cette intention. Notre modèle théorique traditionnel privilégie des valeurs précises – l'ordre et la sécurité –, même au prix d'injustices dans certains cas d'espèce¹²⁰. Elle ne permet que l'utilisation de procédés intellectuels qui mettent l'accent sur l'approche textuelle de la parole du législateur et sur les motivations qui l'ont incité à s'exprimer ainsi. Ces deux outils d'interprétation ne sont pas interdépendants. Au contraire, ils se renforcent mutuellement.

a. Contexte de la loi et du corpus législatif

Ce qui se dégage de notre théorie traditionnelle, c'est l'idée que la compréhension du tout devrait être tirée des parties et celle des parties tirée du tout. Une sorte de spirale de relations, une structure circulaire de la compréhension à laquelle l'interprète ne peut échapper. On retrouve dans cette spirale une relation entre l'occurrence

¹²⁰ « En insistant ainsi sur la nécessité de laisser la législation au législateur, même si c'est au prix d'injustices dans certains cas d'espèce, les tribunaux évoquent implicitement les valeurs d'ordre et de sécurité qui fondent la théorie classique de la séparation et de la spécialisation des fonctions législative et juridictionnelle » : P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 21, p. 439.

d'un mot et l'ordre de la disposition législative¹²¹, la disposition législative et le chapitre¹²², le chapitre et la loi dans son ensemble¹²³ et la loi particulière et l'ensemble de la législation *in pari materia*¹²⁴. L'interprète pourra ainsi reconstruire la règle de droit à partir des textes et ce, par voie de raisonnement : induction, comparaison, appréciation, définition, déduction. On admet ainsi que la règle de droit ne coïncide pas toujours, « du point de vue syntactique et sémantique »¹²⁵, avec le texte de loi à l'étude et qu'elle peut découler d'une interprétation combinée du texte de plusieurs dispositions législatives. Ces règles d'interprétation sont bien connues et ont été à maintes reprises commentées¹²⁶.

b. Contexte d'énonciation

Dans le contexte d'énonciation, nous retrouvons plusieurs outils : les travaux préparatoires, l'histoire législative, les faits de commune renommée, l'objet de la loi, les principes généraux, la jurisprudence et la doctrine. Ces outils se distinguent par leur champ d'investigation qui va au-delà du texte pour découvrir le discours qui émane de la pensée du législateur. Nous verrons qu'à certains égards, le discours officiel des juristes canadiens s'est montré prudent à reconnaître, dans leur intégralité, l'utilisation de certains de ces outils. On craint qu'ils ne détournent les interprètes de la recherche de la pensée historique de l'auteur.

i. Les travaux préparatoires

Le recours aux travaux préparatoires permet, aux dires de certains, de retracer la genèse d'un texte en reconstituant l'état d'esprit du législateur d'origine¹²⁷. On le retrouve dans les exposés

¹²¹ *Hyman Wienstein c. Swift Canadian Co.*, [1976] C.A. 253, 254.

¹²² *Blanco c. Commission des loyers*, [1980] 2 R.C.S. 827, 831.

¹²³ *Ville de Montréal c. Vaillancourt*, [1977] 2 R.C.S. 849, 855; *Procureur général de la province de Québec c. Cumming*, [1978] 2 R.C.S. 605.

¹²⁴ *Toronto Railway Co. c. The Queen*, (1895) 25 R.C.S. 24, 27.

¹²⁵ C.M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 2.

¹²⁶ P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 21; L. LAUZIÈRE, *loc. cit.*, note 66; R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 41.

¹²⁷ « Cette méthode d'interprétation consiste à rechercher l'intention du législateur dans des documents autres que législatifs, à savoir des exposés de motifs, des rapports des discussions, des avis qui ont précédé le vote, la sanction et la communication des dispositions législatives. C'est une enquête historique [...] » : Philippe GÉRARD, « Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du

de politique gouvernementale, les notes techniques ou explicatives, les discours en chambre, les interventions en comité ou en commission. Ces travaux pourraient être une source d'information utile aux juges dans l'exercice de leur fonction.

Or, jusqu'à tout récemment, les tribunaux canadiens ne les admettaient que très rarement comme preuve de l'intention du législateur dans le cadre de l'interprétation des lois¹²⁸. On accorde une très grande importance à la souveraineté parlementaire, au fait que la législature exerce une suprématie sur les organes judiciaires et exécutifs. Il s'établit alors une nette différence entre le discours juridique qui a pour objet le « discours anonyme du législateur »¹²⁹, c'est-à-dire la loi, et le discours politique qui permet plutôt de révéler une série de déclarations individuelles confuses et contradictoires des députés engagés dans les débats. On préfère, de façon générale, s'en tenir à la séquence au cours de laquelle le discours du Parlement « effectue son intégration »¹³⁰, à savoir la loi elle-même : un discours anonyme et univoque qui fait référence non plus à l'intention des parlementaires, mais à celle du Parlement comme entité unique¹³¹.

législateur », dans M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *op. cit.*, note 18, p. 51, aux pages 79 et suiv.

128 Parmi les nombreuses affaires traitant de l'utilisation des travaux préparatoires, on verra : *Entreprises E.A. Bourque (Québec) inc. c. Hull (Corp. municipale de la ville de)*, [1992] R.J.Q. 757 (C.S.); *Petryshyn c. Canada*, [1993] 3 C.F. 640; *Beaudoin c. La Presse*, [1994] R.J.Q. 810 (C.S.); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] 2 C.F. 49; *Québec (Procureur général) c. G. Darveau Transport inc.*, J.E. 91-926 (C.Q.); *Société de développement Marc Perreault inc. c. Rosemère (Ville de)*, [1993] R.J.Q. 811 (C.S.); *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1993] 1 R.C.S. 1080.

129 Éric LANDOWSKI, « Le débat parlementaire et l'écriture de la loi », 3 *Revue française de science politique* 1977.428, 429; pour une étude des racines historiques de la règle d'exclusion et de non-recours aux travaux préparatoires, on verra la remarquable analyse de Gordon BALE, « Parliamentary Debates and Statutory Interpretation: Switching on the Light or Rummaging in the Ashcans of the Legislative Process », (1995) 74 *R. du B. can.* 1; voir aussi : James A. CORRY, « The Use of Legislative History in the Interpretation of Statutes », (1954) 32 *R. du B. can.* 624; David G. KILGOUR, « The Rule Against the Use of Legislative History: Canon of Construction or Counsel of Caution? », (1952) 30 *R. du B. can.* 769.

130 À strictement parler, on pourrait dire que cet émetteur est collectif, soit les individus qui ont participé aux débats parlementaires amenant à l'adoption d'une loi particulière.

131 En 1980, le professeur Alain-François Bisson mentionnait : « Le droit positif canadien et québécois, malgré d'importantes exceptions et des indices récents

*La raison en est qu'il est impossible de déterminer avec certitude quelle interprétation a été donnée à un Acte par les membres d'un corps législatif qui l'a passé en recourant aux speeches de ses membres individuels. Ceux qui n'ont pas pris la parole peuvent n'avoir pas partagé l'avis de ceux qui ont parlé, et ceux qui ont pris la parole peuvent avoir différé d'opinion entre eux.*¹³²

De plus, les travaux préparatoires servent essentiellement à justifier une interprétation téléologique, une interprétation qui se fonde sur les objectifs de la loi et non pas sur l'intention réelle du législateur. En raison de la pratique de ces travaux, il serait difficile qu'il en soit autrement. « Ainsi, la volonté du législateur qu'ils [les travaux] permettent d'élucider n'est pas vraiment une notion psychologique, mais une notion objective. »¹³³

Pourtant, la Cour suprême du Canada s'est montrée plus encline à reconnaître l'admissibilité des travaux préparatoires devant les tribunaux « pour élucider le contexte d'adoption de la loi, pour faire ressortir le problème auquel la loi veut apporter une solution (le mischief) et pour identifier les objectifs poursuivis par le législateur »¹³⁴. En 1984, dans l'affaire *Lyons*, le juge Estey a même laissé entendre que désormais les tribunaux auraient le droit de s'aider des débats de la Chambre des Communes pour vérifier le désordre ou le malaise qu'une disposition législative avait pour objet de corriger¹³⁵. En 1994, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Heywood*, a toutefois réitéré la règle d'exclusion des travaux préparatoires dans l'interprétation des textes législatifs, sauf en ce qui concerne la recherche des objectifs de la loi lorsque cela est nécessaire :

Le principal problème de l'utilisation de l'historique législatif est sa fiabilité. Premièrement, l'intention de certains députés n'est pas toujours la même que celle de l'ensemble du Parlement. En conséquence, on peut affirmer que la volonté générale du législateur ne peut se dégager qu'à

de libéralisation, demeure hostile en principe à cette admissibilité » : Alain-François BISSON, « L'interaction des techniques de rédaction et des techniques d'interprétation des lois », (1980) 21 *C. de D.* 511, 518.

¹³² Louis BAUDOUIN, « Méthode d'interprétation judiciaire du *Code civil du Québec* », (1950) 10 *R. du B.* 397, 412.

¹³³ Jean-Louis BERGEL, « La découverte du sens en droit par la finalité », dans F. PAYCHÈRE (dir.), *op. cit.*, note 65, p. 67, à la page 73.

¹³⁴ P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 83, 277; voir au même effet : *Canada (Procureur général) c. Young*, [1989] 3 C.F. 647.

¹³⁵ *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, 684.

*partir du libellé même des dispositions adoptées. Deuxièmement, le caractère politique des débats parlementaires soulève des doutes quant à la fiabilité des déclarations qui y sont faites. En effet, les députés peuvent avoir des objectifs différents lorsqu'ils présentent leur position. Ainsi, les déclarations faites par un député dans le feu d'un débat ou en comité parlementaire pourraient bien ne pas correspondre à sa position au moment du vote final sur le projet de loi.*¹³⁶

L'affaire portait sur la définition du terme « flâner » à l'article 179(1)b) du *Code criminel*. Il s'agissait de préciser si cette définition contrevenait à plusieurs dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* (art. 7, 9, 11d), 11h) et 12) et, dans l'affirmative, à déterminer si ces atteintes pouvaient se justifier en vertu de l'article premier. Afin d'établir si le terme « flâner » devait être interprété dans son sens ordinaire ou comme contenant une intention malveillante, l'une des parties a soumis à la cour les débats législatifs qui ont entouré l'adoption de l'article du *Code criminel* faisant l'objet du litige, ainsi que ceux qui se sont déroulés lors d'un réexamen subséquent.

Devant l'opportunité d'utiliser ou non les travaux préparatoires pour mettre au jour l'intention du législateur dans l'interprétation de cet article, la Cour suprême du Canada a semblé hésiter. D'un côté elle admet le « bien-fondé apparent » de la règle de l'exclusion des travaux préparatoires, mais de l'autre, elle avoue les avoir utilisés à l'occasion pour aider à interpréter une loi¹³⁷. En définitive, la cour permet l'utilisation de ces travaux lorsqu'ils aident l'interprète à démontrer le mal auquel le législateur tentait de remédier et non pas pour établir directement le sens d'un texte¹³⁸.

¹³⁶ R. c. *Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, 788.

¹³⁷ La Cour suprême cite les affaires *La Reine c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469, 487 et *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621. La Cour suprême du Canada réaffirme par ailleurs les exceptions à la règle de l'exclusion des travaux préparatoires, soit pour déterminer la validité constitutionnelle d'une disposition législative ou encore pour aider à interpréter certaines dispositions de la Charte des droits; P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 21, p. 402 et suiv.

¹³⁸ L.R.C. (1985), c. C-46. Une lecture attentive de l'arrêt *Heywood* permet de constater que la Cour a consulté les débats pour régler l'affaire. Elle les a même cités : « Les débats relatifs à l'al. 179(1)b) ne sont pas concluants quant au sens du terme flânant », mentionnera-t-elle. Mais elle fait une pirouette en prétendant qu'il n'est pas nécessaire d'établir, en l'espèce, l'admissibilité des débats pour dégager l'intention du législateur. Un examen de ces derniers démontre qu'ils ne sont pas concluants quant au sens qu'il faut donner au terme « flâner » à l'article 179(1)b) du *Code criminel*. En d'autres termes, pour éviter de trancher

Somme toute, l'arrêt *Heywood* s'avère une décision difficile à évaluer car elle n'apporte rien de vraiment nouveau à la situation existante. D'ailleurs, certains juges semblaient très embarrassés par ce flottement décisionnel. Nous en avons eu un bel exemple avec les propos de la juge Bertha Wilson, de la Cour suprême du Canada, lors d'une conférence en Nouvelle-Zélande :

*I believe that if we are serious about giving effect to Parliament's intention, we must take a more broadly based approach and inquire into the social context in which the Act was passed. We must encourage counsel to do their homework and come prepared to tell us what the legislature was trying to achieve.*¹³⁹

Or, en 1997, la Cour suprême du Canada semble vouloir régler cette indécision. Dans l'affaire *Ville de Verdun*, elle permet, pour cerner et confirmer l'intention historique du législateur, l'utilisation des commentaires du ministre de la Justice ainsi que des débats parlementaires entourant l'adoption de l'article 2930 du nouveau *Code civil du Québec*¹⁴⁰. En effet, la Cour se sert ouvertement de ces deux outils pour établir le sens authentique de ce texte et déterminer s'il aura préséance sur les dispositions de l'article 585 de la *Loi sur les cités et villes*¹⁴¹ qui font échec à la prescription de trois ans prévue au Code civil en matière de dommages corporels. Les juges considèrent les commentaires du ministre fondés essentiellement sur les travaux de l'Office de révision du Code civil, les débats en commission parlementaire et les comités des légistes comme une source d'information non négligeable. Ils émettent, toutefois, les réserves suivantes :

Évidemment, l'interprétation du Code civil doit avant tout se fonder sur le texte même des dispositions. Cela dit et, comme le soulignait le juge Baudouin dans le jugement dont appel, il n'y a cependant aucune raison

la question dans un sens ou dans l'autre, la Cour contourne une fois de plus le problème – comme l'avait fait le juge Lamer dans l'arrêt *Vasil* –, et laisse encore les juristes canadiens dans l'incertitude quant à l'exclusion ou non de la règle d'admissibilité des travaux préparatoires.

139 Bertha WILSON, « Statutory Interpretation – The Use of Extrinsic Aids », *9th Commonwealth Law Conference*, Auckland, Nouvelle-Zélande, 18 avril 1990, p. 18 et 19 (non rapportée), cité dans P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 83.

140 *Doré c. Verdun (ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; voir aussi : *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Vego Ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299 et Claude MASSE, « Le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation du nouveau Code civil du Québec », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application – Les Journées Maximilien-Caron*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 149.

141 L.R.Q., c. C-19.

*d'écarter systématiquement les Commentaires du ministre, puisqu'ils peuvent parfois constituer un élément utile pour cerner l'intention du législateur, particulièrement lorsque le texte de l'article prête à différentes interprétations [...]. Toutefois, ces commentaires ne constituent pas une autorité absolue. Ils ne lient pas les tribunaux et leur poids pourra varier, notamment, au regard des autres éléments pouvant aider l'interprétation des dispositions du Code civil.*¹⁴²

En ce qui concerne les débats parlementaires proprement dits, la Cour les utilise pour confirmer « la justesse de l'interprétation donnée »¹⁴³. En l'espèce, elle n'hésite donc pas à reproduire l'échange qui eut lieu devant la Sous-commission des institutions entre la députée Louise Harel et le conseiller auprès de l'opposition officielle, Claude Masse, concernant la portée de l'article 2930 du Code civil :

*Les travaux préparatoires « sont à lire avec réserve puisqu'ils ne constituent pas toujours une source fidèle de l'intention du législateur » (Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée, [1997] 2 R.C.S. 299, au par. 20). En l'espèce les travaux préparatoires mentionnent à plusieurs reprises la portée de l'art. 2930 C.c.Q. et expriment même une unanimité d'intention chez les législateurs.*¹⁴⁴

La règle d'exclusion des travaux préparatoires paraît sérieusement remise en cause. La Cour suprême, avec ce jugement, a ouvert la voie à un emploi beaucoup plus large de ce genre de preuve extrinsèque dans la recherche de l'intention historique du législateur. Elle souligne, par contre, le caractère particulier du droit civil québécois. À cet égard, son interprétation doit être libérale et favoriser l'intention du législateur sur la lettre de la loi. Par conséquent, il nous apparaît peu probable que les juristes puissent recourir aussi facilement aux travaux préparatoires et aux débats parlementaires ayant précédé l'adoption d'une loi en *common law* où le principe cardinal de l'interprétation est celui de l'interprétation littérale¹⁴⁵. Ce débat reste à suivre.

ii. L'histoire législative

Le recours à l'histoire législative consiste à comparer le libellé d'un texte avec d'autres : textes antérieurs ou postérieurs sur le même sujet ou sur un sujet connexe. En faisant appel à l'histoire

¹⁴² Doré c. Verdun (ville), précité, note 140, 873.

¹⁴³ *Id.*, 885.

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ Voir en droit anglais : *Pepper v. Hart*, [1992] 3 W.L.R. 1032 (H.L.).

des textes eux-mêmes, on présume que le législateur ne parle pas pour ne rien dire et qu'il s'exprime de manière cohérente, notamment quant à ses choix terminologiques¹⁴⁶ : « L'historique d'une législation peut servir à interpréter parce que les textes antérieurs sont de nature à jeter de la lumière sur l'intention qu'avait le législateur en les abrogeant, les modifiant, les remplaçant ou y ajoutant. »¹⁴⁷

Le discours officiel a toujours su tirer profit de la modification d'un texte législatif, même si le législateur fédéral a essayé d'exclure ce procédé en énonçant, à l'article 45 (2) de la *Loi d'interprétation*¹⁴⁸, que la modification d'un texte n'est pas censée traduire une volonté de modifier le fond du droit. Il s'est montré plus réticent, par contre, à faire usage de l'histoire législative d'une loi lorsque celle-ci est modifiée postérieurement aux faits qui ont donné lieu à un litige. Il considère que cette histoire ne donne aucune information sur le contexte global d'énonciation de la loi¹⁴⁹. « Les parties ne pouvaient, au moment où les faits sont survenus, connaître l'état ultérieur du droit et en tirer des conclusions quant à leur situation juridique à cette époque »¹⁵⁰. Il s'agit d'une approche qui peut être contestable, car l'utilisation d'un tel procédé permet de mettre au jour les lacunes constatées par le législateur et auxquelles il a remédié par le nouveau texte.

iii. La ratio legis ou le but visé par le législateur

La *ratio legis* c'est la fin, le but que le législateur a voulu atteindre par l'intermédiaire de la loi. Selon la théorie traditionnelle, elle ne sera prise en considération par l'interprète que lorsque l'intention du législateur reste obscure même après un effort

¹⁴⁶ À titre d'exemple, les juges de la Cour d'appel ont fait appel à l'histoire législative de la loi sur les succédanés afin de déterminer si l'intention du législateur est de contrôler ou non la fabrication de la margarine destinée à être vendue hors de la province : *Procureur général du Québec c. Léo Bernard Liée*, [1975] C.A. 68, 70; voir aussi : *Langille c. Toronto Dominion Bank*, [1982] 1 R.C.S. 44.

¹⁴⁷ *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660, 667.

¹⁴⁸ *Loi d'interprétation* (Canada), précitée, note 31.

¹⁴⁹ De plus, on estime que l'utilisation de l'histoire législative subséquente « équivaut à faire rétroagir le texte nouveau sur l'interprétation de l'ancien » enfreignant ainsi le principe de non-rétroactivité des lois mis de l'avant par la Cour suprême : Pierre-André CÔTÉ, « L'interprétation de la loi par le législateur », (1980-81) 15 *R.J.T.* 29, 39; P. ISSALYS, *op. cit.*, note 94, p. 153.

¹⁵⁰ P. ISSALYS, *op. cit.*, note 94, p. 153.

raisonnable d'interprétation. Le but du processus interprétatif demeure, il importe de le rappeler, la recherche du sens que l'auteur du texte a voulu donner à celui-ci et non pas l'objectif pratique qu'il avait en édictant la loi¹⁵¹. La référence à l'objet constituera tout au plus un argument ou un outil de dernier ressort qui sera invoqué lorsque le texte n'est pas clair en lui-même ou pourrait avoir plusieurs sens. Il aidera alors le juge à choisir celui qui paraît le plus conforme à l'intention générale, car on se fonde sur l'idée que « ce que l'auteur d'un texte cherche à accomplir constitue un élément contextuel susceptible de mieux cerner ce qu'il a voulu dire »¹⁵². Le juge Pigeon, dissident dans l'affaire *Sommerville*, a bien énoncé cette règle :

*Je n'ai pu trouver aucun précédent à l'appui de la proposition selon laquelle on peut déroger au sens clair d'un texte législatif s'il paraît aller à l'encontre de son programme ou de son but. Bien sûr, il en va autrement si le texte législatif n'est pas clair. Il est alors tout à fait approprié d'étudier le but et l'intention générale afin de choisir parmi les divers sens possibles celui qui paraît le plus conforme à l'intention générale.*¹⁵³

C'est au législateur et non aux tribunaux que revient la tâche de déterminer ce qui constituera une restriction souhaitable à la réalisation du but de la loi. Autrement le domaine de celle-ci risquerait de ne connaître aucune limite et d'outrepasser l'intention de son auteur d'origine.

Cette façon de concevoir l'utilisation de la *ratio legis* a perduré même si les différentes lois d'interprétation donnent une assise légale au principe d'interprétation des lois par leurs fins. Depuis quelques années, toutefois, l'emploi de la *ratio legis* semble regagner la faveur, même lorsque le texte législatif semble clair¹⁵⁴. Le juge J.

¹⁵¹ « *Even in the heyday of literal construction, the purpose of legislation was often taken into account. Under the literal construction rule, purpose could be considered when the literal meaning of the words to be interpreted was unclear. If these words were susceptible of more than one interpretation, the courts could choose the interpretation which best advanced the purpose* » : R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 41, p. 38.

¹⁵² Pierre-André CÔTÉ, « Le recours aux objectifs de la loi dans son application en matière pénale », dans Association Internationale de Méthodologie juridique, *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 81, à la page 82.

¹⁵³ R. c. *Sommerville*, précité, note 62, 387.

¹⁵⁴ Selon le professeur Pierre Issalys, « [l]'évolution récente du style législatif québécois tend à remettre en question l'attitude traditionnelle de méfiance réciproque entre le législateur et le juge et appelle au contraire leur collaboration

Rouleau de la Cour fédérale, dans l'affaire *ECG Canada Inc.*, a bien résumé ce qui nous apparaît comme étant désormais la position officielle des tribunaux face à l'utilisation de la *ratio legis*.

*There is no question that the literal approach is a well established one in statutory interpretation. Nevertheless, it is always open to the Court to look to the object or purpose of a statute, not for the purpose of changing what was said in Parliament, but in order to understand and determine what was said. The object of a statute and its factual setting are always relevant considerations and are not to be taken into account only in cases of doubt.*¹⁵⁵

En effet, à l'intérieur des présupposés de la théorie traditionnelle, on permet que l'objectif de la loi soit pris en considération afin de mettre en lumière le contexte d'énonciation et, par conséquent, le sens voulu par le législateur à l'époque de son adoption.

iv. Les principes généraux du droit et l'équité

L'utilisation des principes généraux et de l'équité peut jouer un rôle déterminant dans la reconstitution de l'intention réelle du législateur. Lorsqu'une loi est susceptible de deux sens utiles, l'interprète choisira celui qui est le plus conforme à l'équité et aux principes généraux. On suppose que le législateur avait constamment à l'esprit, en élaborant la loi, un idéal de justice, d'utilité et de raison.

Toutefois, selon la doctrine officielle, l'interprète ne peut tirer profit de ces outils si la loi établit clairement l'intention du législateur : « La prohibition d'interpréter une loi claire a été poussée au point qu'on l'a maintenue, en présence d'une loi qui ne semblait pas conforme aux principes généraux du droit, ni à l'équité. »¹⁵⁶ Au surplus, l'interprète ne pourra les utiliser pour tempérer *a posteriori*

à la réalisation des fins de la loi » : P. ISSALYS, *op. cit.*, note 94, p. 120; Ruth Sullivan abonde dans le même sens : « *A change in the style of legislative drafting has also encouraged reliance on a purposive approach. Modern legislation tends to be drafted in general, open-textured language. Provisions often embody standards as opposed to rules. Drafters no longer attempt to foresee and provide for every possible contingency; repetition and detailed itemisation are now avoided whenever possible. This new style of drafting lends itself to a purposive approach* » : R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 41, p. 41; voir aussi : *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, précité, note 110, 1031.

¹⁵⁵ *ECG Canada Inc. c. M.N.R.*, [1987] 2 C.F. 415, 423.

¹⁵⁶ Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, p. 78.

la rigueur des lois lors de leur application dans le monde réel. Une telle démarche reviendrait à substituer les valeurs de l'interprète à celles du législateur¹⁵⁷. Mignault dira concernant l'utilisation de l'équité :

*On voit tous les jours des juges traiter de vaines subtilités les décisions du droit positif et le pervertir à force d'équité! Ce sont de mauvais juges! Je ne sais rien qui soit, en jurisprudence, plus dangereux que cette manie de préférer à la règle toujours fixe de la loi les prestiges si souvent trompeurs de l'équité naturelle. L'équité, c'est le caprice pour la loi, l'anarchie sous les apparences de l'ordre, l'auxiliaire de ceux qui, par orgueil ou par intérêt, mettent leur raison au-dessus de la règle. Tout le monde en parle, mais personne ne la définit.*¹⁵⁸

Lorsqu'une législature adopte un texte législatif, celui-ci doit être appliqué même s'il donne lieu à des résultats rigides, absurdes ou inéquitables. Il ne revient pas au juge de corriger les erreurs qui ont pu être commises par le législateur, même si c'est au nom de l'équité.

v. La jurisprudence et la doctrine préexistantes

Les juristes canadiens utilisent bien souvent, pour soutenir leur point de vue, l'interprétation doctrinale¹⁵⁹ et jurisprudentielle qu'a pu recevoir un texte de loi au cours des années¹⁶⁰. Il est difficile, toutefois, de rendre compte de la légitimité de ces outils dans le contexte de la théorie traditionnelle.

¹⁵⁷ Selon René David, le recours aux principes généraux « et l'utilisation qui en est faite, sont difficiles à expliquer pour les théoriciens du positivisme législatif; ils mettent en évidence la subordination du droit aux impératifs de la justice, telle qu'elle est conçue à une époque et à un moment donnés, et le caractère *de droits des juristes*, et non seulement de systèmes de normes législatives, qui appartient aux droits de la famille romano-germanique » : René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1988, p. 164.

¹⁵⁸ P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 37, p. 103.

¹⁵⁹ L'activité doctrinale qui consiste « à connaître et à faire connaître le droit comporte nécessairement elle aussi une dimension d'interprétation: elle vise à démêler l'écheveau des significations, à dégager de l'enchevêtrement des textes certains fils conducteurs, à dénouer les contradictions éventuelles qu'ils comportent » : Jacques CHEVALLIER, « Conclusion générale : Les interprètes du droit », dans *Texte intégral d'une conférence donnée le 5 janvier 1993 au Centre de philosophie du droit de l'Université Panthéon-Assas, (Paris II)*, p. 259, à la page 267.

¹⁶⁰ Pour une définition de l'argument d'autorité, voir : Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, 4^e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988, p. 411.

[L]e recours systématique aux précédents dans l'interprétation des lois peut entrer en conflit avec le devoir qui incombe à tout interprète de rechercher dans le texte même l'intention véritable du législateur : le justiciable n'est-il pas en droit d'attendre du juge qu'il accorde autant d'importance à la volonté législative qu'à une jurisprudence antérieure, qui peut être erronée?¹⁶¹

La jurisprudence et la doctrine peuvent, à l'occasion, être considérées comme des éléments de preuve du contexte d'énonciation d'un texte législatif. Leur rôle prendra alors une toute autre importance en raison de l'influence possible qu'elles ont pu avoir sur la rédaction de la loi nouvelle¹⁶². Elles donneront des renseignements sur l'intention du législateur ainsi que sur les motifs qui l'ont poussé à intervenir dans une situation donnée.

*La loi n'est pas une création absolue. Avant de la formuler, le législateur écoute les faits : il tient grand compte des comportements (normaux et anormaux) : il est sociologue et politicologue, il est moraliste aussi; donc il cherche dans les mœurs et les institutions à travers les faits sociaux les intérêts et les valeurs, les principes de discernement du normal. Il les cherche dans ce miroir des mœurs et de la moralité publique qu'est la jurisprudence.*¹⁶³

Ce n'est qu'à ce titre que l'on peut en faire état dans un système d'interprétation qui accorde une place aussi prépondérante à la recherche de l'intention du législateur d'origine dans l'expression textuelle de la loi.

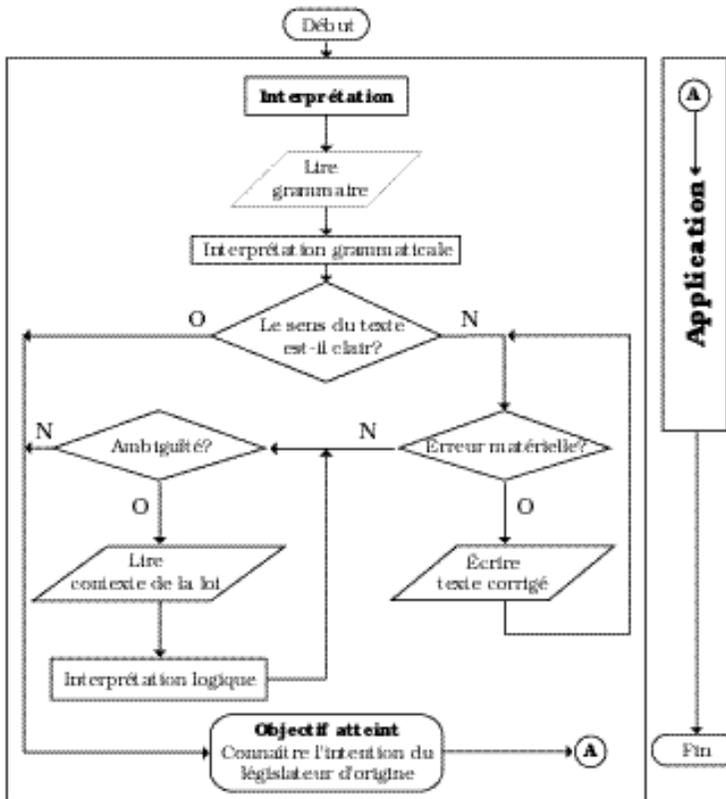
Afin de résumer nos propos, la figure 4 illustre le cheminement suivi officiellement par les interprètes dans le monde notionnel pour arriver à une interprétation qui rencontre l'objectif visé par la théorie traditionnelle, soit la découverte de l'intention du législateur d'origine.

¹⁶¹ P.-A CÔTÉ, *op. cit.*, note 21, p. 518.

¹⁶² On retrouve d'ailleurs dans le *Code civil du Québec* plusieurs articles de droit nouveau qui reflètent la jurisprudence qui existait sur le sujet. À titre d'exemple, les articles 11, 13(2), 157, 1375, 1444, 1445, 1479, 1644 et 1775.

¹⁶³ P. I. ANDRÉ-VINCENT, *loc. cit.*, note 52, 138.

Figure 4
*Cheminement du processus traditionnel d'interprétation législative canadienne (monde notionnel)*¹⁶⁴



¹⁶⁴ Les symboles de l'ordinogramme indiquent ce qui suit : 1° Le cercle indique le renvoi ou un raccordement de l'ordinogramme, c'est-à-dire l'objectif poursuivi par l'interprète. 2° Le losange indique une question que l'interprète doit se poser logiquement avant de prendre une décision ou de poursuivre le processus interprétatif. 3° L'ovale aplati indique un terminal, la fin du processus interprétatif. 4° Les flèches relient les différents symboles entre eux et indiquent le flux de l'information dans l'ordinogramme ou le cheminement logique que doit suivre l'interprète. 5° Le parallélogramme est utilisé pour les opérations d'entrée-sortie quel que soit le support ou l'unité d'entrée-sortie utilisé; 6° Le rectangle indique un traitement. Il est à noter que les symboles utilisés sont conformes aux définitions de l'International Standard Organization (ISO); voir en ce sens : Michel BELLEHUMEUR et Jean-Pierre VALARD, *Éléments d'informatique et programmation fortran*, Montréal, Lidec, 1979, p. 83-93.

En définitive, avant de tirer de faits concrets les conséquences prescrites par la règle, l'interprète doit suivre les directives que la théorie traditionnelle impose par séquences. Il doit d'abord comprendre la loi dans le sens ordinaire des mots. Si le texte lui apparaît ambigu, il pourra enclencher le processus interprétatif et faire appel aux différents contextes de la loi. Ceux-ci ne pourront pas être utilisés pour changer les conséquences défavorables de l'application d'un texte. Ils ne compléteront que l'expression et la pensée du législateur d'origine.

C. Les fonctions de l'utilisation de l'intention du législateur

Afin de s'interroger adéquatement sur les fonctions de notre théorie traditionnelle d'interprétation et plus particulièrement sur le rôle qu'y tient la notion d'intention du législateur d'origine, il s'avère utile de tenir compte de façon concomitante de deux fonctions. La notion d'intention du législateur a d'abord une fonction pratique incontournable. Le juge n'interprète pas comme il l'entend les textes de loi. Cela doit être fait dans le respect des normes établies par la volonté générale. Ce n'est que de cette façon qu'il pourra justifier rationnellement ses décisions et persuader les justiciables de leur valeur. Mais la notion d'intention du législateur a aussi une fonction idéologique. Elle fait appel à une dimension qui est hors de portée des sens externes et de la pensée rationnelle.

1. Les fonctions pratiques de la théorie traditionnelle

Le recours à l'intention du législateur produit des effets très réels sur le plan concret. Il influe sur les pratiques judiciaires et le style des jugements. Il est aussi de nature à favoriser une adhésion plus spontanée des justiciables aux décisions rendues¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Voir en ce sens : P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 21, p. 265-268; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes », dans M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *op. cit.*, note 18, p. 47-50.

a. Les fonctions de régulation

La fonction pratique la plus manifeste de l'utilisation de notre théorie traditionnelle consiste dans la régulation du rôle du juge face à l'interprétation et l'application des lois. Elle lui impose la recherche d'un objectif précis : l'intention du législateur historique¹⁶⁶. Pour l'atteindre, la théorie traditionnelle consacre la prédominance des méthodes de types grammatical, systématique, historique et logique sur des méthodes de type téléologique ou d'induction sociale. Chercher l'intention du législateur, c'est faire prédominer une interprétation fondée sur l'esprit et la lettre de la loi et ce, bien souvent au détriment des besoins variables de l'équité et de l'utilité sociale.

Ainsi, notre théorie traditionnelle se présente comme une doctrine qui restreint au maximum la liberté de l'interprète. Le discours législatif sera « à la fois contrôlé(e), sélectionné(e), organisé(e) et redistribué(e) par un certain nombre de procédures »¹⁶⁷ afin de conjurer les pouvoirs et les dangers d'« appréciations subjectives combien variables et personnelles »¹⁶⁸ des juristes canadiens. La figure 4, illustrant le cheminement du processus traditionnel d'interprétation législative canadienne, dégagée à partir de ses principales caractéristiques, le démontre bien. L'interprète s'est vu tracer « un programme réglant d'avance une suite d'opérations à accomplir et signalant certains errements à éviter en vue d'atteindre un résultat déterminé »¹⁶⁹. Il lui devient donc pratiquement impossible de se tromper en découvrant le sens fixé par le législateur d'origine : un sens immuable et unique.

En mettant en avant des présupposés interprétatifs qui orientent la découverte du sens dans « des voies largement intégrées et

¹⁶⁶ Ainsi, pour les plus rationnels, le concept d'intention du législateur se révèle un « concept technique », un « fait institutionnel » ou encore, une « fiction juridique ». On entend par là, un outil servant à « répondre à des impératifs méthodologiques » : P.A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 26, p. 334.

¹⁶⁷ Michel FOUCAULT, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971, p. 10.

¹⁶⁸ Frédéric DUMON, « Complexité et multiplicité des lois et des règlements actuels – connaissances de ceux-ci – techniques nécessaires de publicité et de coordination – écueils de certaines coordinations », dans *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 186.

¹⁶⁹ « L'interprétation juridique, ses méthodes et l'activité du juge », dans Académie serbe des sciences et des arts, *Symposium international sur la méthodologie des sciences juridiques*, 1973, p. 714.

homogènes »¹⁷⁰, la théorie traditionnelle sécurise les justiciables. Ils pourront prévoir la décision du juge, car ils disposent des mêmes outils intellectuels pour retracer, dans l'ensemble, la démarche suivie¹⁷¹.

*Le juge est soumis à la loi exactement comme tout autre membre de la communauté. L'idée d'un ordre juridique implique que la sentence du juge ne procède pas d'un caprice imprévisible, mais de la juste estimation de l'ensemble. Quiconque s'est plongé à fond dans le concret des circonstances est capable d'une telle estimation. C'est bien pour cela que, dans un état de droit, il y a une sécurité juridique, c'est-à-dire que chacun idéalement peut savoir où il en est. Tout avocat, tout conseiller a en principe la possibilité de délibérer correctement, c'est-à-dire de prédire correctement la décision du juge en se fondant sur les lois existantes.*¹⁷²

La sécurité qui a été érigée en valeur fondamentale dans notre système juridique traditionnel donne ainsi l'illusion que l'être humain peut prévoir et dominer la réalité¹⁷³.

b. Les fonctions de justification ou de persuasion

En accréditant l'idée que le destinataire du texte est censé rechercher l'intention du législateur telle qu'il l'a manifestée à l'époque de son adoption, la théorie traditionnelle remplit une deuxième fonction pratique que certains appellent une fonction de justification. Il semble que, pour les justiciables, cette recherche d'intention représente une autorité à laquelle le juge canadien doit forcément se référer en raison de la nature purement déclarative de sa fonction : appliquer le droit créé par le pouvoir législatif¹⁷⁴.

¹⁷⁰ P. GÉRARD, *loc. cit.*, note 127, 78.

¹⁷¹ En ce sens, on consultera : François TULKENS, « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », (1990) *R.I.E.J.* 25; A.-F. BISSON, *loc. cit.*, note 131, 513.

¹⁷² Hans-Georg GADAMER, *Vérité et méthode : les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, 2^e éd., traduit de l'allemand par Etienne Sacre, coll. « L'ordre philosophique », Paris, Éditions du Seuil, 1976, p. 172; voir aussi la définition de « sécurité » dans : *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 367.

¹⁷³ Pierre ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 1951, p. 333.

¹⁷⁴ Dans cet auditoire on retrouve les avocats au dossier, les parties, le Barreau, les autres tribunaux, la communauté universitaire, les législateurs, les autres institutions gouvernementales, le public en général et les médias; voir à cet effet : M. GOLD, *loc. cit.*, note 79, 165.

Les jugements qui sont au centre du système judiciaire sont d'autant mieux acceptés et, par conséquent plus efficaces, qu'ils sont perçus comme légitimes. La croyance sans équivoque en la légitimité du système judiciaire est de nature à favoriser une adhésion spontanée aux décisions des juges. Elle permet d'assurer le respect et l'exécution des jugements rendus sans qu'il soit nécessaire de recourir à la force.

Le travail des juges, lié à l'interprétation des lois, est grandement facilité par le recours au concept d'intention du législateur. Le juge peut dissimuler sa pensée derrière ce concept afin de ne pas dévoiler ouvertement les vrais facteurs (équité, justice) qui ont guidé son interprétation¹⁷⁵. Cet « écran de protection » évite que ses décisions soient remises en question sur la place publique comme dans certains cas, aux États-Unis¹⁷⁶. De telles situations, fort malheureuses, sont de nature à déconsidérer la justice. On a mis en évidence certains extraits de jugement sans tenir compte des nuances, lesquelles, si on en fait une lecture complète, permettent de voir le cheminement. Le discours juridique traditionnel « déploie tout son savoir-faire pour [...] réduire au silence » ses sujets de droit¹⁷⁷. En cela notre théorie traditionnelle est mystificatrice. Elle prétend lier les tribunaux judiciaires, « alors qu'elle renforce leur pouvoir en les mettant à l'abri de la contestation »¹⁷⁸.

2. Les fonctions idéologiques de la théorie traditionnelle

Même si la société moderne semble s'être affranchie de la transcendance divine pour expliquer l'ordre social établi et s'il revient dorénavant à la raison humaine de l'organiser, il demeure des séquelles de ces ascendances théologiques. Bien qu'on justifie l'autorité des lois par le consensus social, cela n'explique pas tout. La raison est souvent confrontée à des questions qui la dépassent.

¹⁷⁵ Gérard TIMSIT, *Les figures du jugement*, Paris, P.U.F., 1993, p. 187 et suiv.

¹⁷⁶ D.L. SHAPIRO, « In Defense of Judicial Candor », 100 *Harv. L. Rev.* 731, 744 (1987); voir aussi : N.S. ZEPPON, « Judicial Candor and Statutory Interpretation », 78 *Geo. L.J.* 353, 362 (1989).

¹⁷⁷ Jean FLORENCE, « Discours psychanalytique et discours juridique : remarques sur l'interprétation », dans M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *op. cit.*, note 18, p. 551, à la page 562.

¹⁷⁸ Chaim PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988, p. 22 et suiv.; M. GOLD, *loc. cit.*, note 79, 1.

« Alors qu'elle s'estimait être la source de toute intelligibilité, la raison se découvre projetée dans des horizons préalables de sens dont elle ne maîtrise plus tous les ressorts »¹⁷⁹. La notion d'intention du législateur d'origine évoque, dans l'inconscient collectif, l'idée d'une autorité qui se trouverait comme imposée de « l'extérieur à l'entendement ». Source de toute légitimité judiciaire, l'intention du législateur est érigée en absolu et constitue une sorte de référence symbolique.

*Habitants inquiets d'un monde désenchanté qui a remplacé l'ordre naturel des choses par un univers artificiel, nous souffrons d'une perte de sens. Refusant d'admettre qu'au prisme d'une modernité qui se veut affranchie de toute tradition « il n'y a pas de norme, il n'y a que des interprétations », nous avons toutefois besoin de certitudes, au point de « parer la contingence des prestiges de la vérité ». Refusant de franchir le pas qui nous ferait assumer l'idée qu'une loi naturelle guide nos juges, nous accordons cependant à leurs paroles une sacralité douteuse, faite du mélange d'une idolâtrie venant combler un déficit de croyance et d'un rationalisme naïf qui leur prête un fondement dans la pure raison.*¹⁸⁰

Or le mot symbole (qui dérive du mot grec *symbolon*) signifie « mettre ensemble, joindre » deux niveaux d'une même réalité : l'observable et l'au-delà de l'observable¹⁸¹.

*Le symbole lui, se trouve, dans le registre de ma connaissance (non plus empirique, mais intuitive), à unir, d'une part, une réalité observable, et d'autre part, l'au-delà d'elle-même, c'est-à-dire le sens plein qu'elle peut prendre, comme par débordement. Aussi a-t-on pu parler, dans le cas du symbole, de « signification en excès », de « surplus de sens ».*¹⁸²

Le symbolisant fait partie du domaine de l'observable qui renvoie au symbolisé, à l'au-delà de l'observable. Il ne constitue pas une autre réalité, mais un autre niveau de cette même réalité. En droit, la première symbolisation est anthropologique. La loi écrite adoptée est matériellement observable. Nous pouvons la lire ou l'énoncer. Elle renvoie à cette dimension inobservable qu'est la

¹⁷⁹ Jean GRONDIN, « Canonicité et philosophie herméneutique », (1993) 1/2 *Revue de la Faculté de théologie de l'Université de Montréal* 2, 12.

¹⁸⁰ Pierre BOURETZ, « La force du droit », dans Pierre BOURETZ (dir.), *La force du droit : panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1992, p. 9, à la page 10.

¹⁸¹ Marc GIRARD, *Les symboles dans la Bible : essai de théologie biblique enracinée dans l'expérience humaine universelle*, Montréal, Éditions Bellarmin, 1991, p. 76.

¹⁸² *Id.*, p. 57.

pensée du législateur ou la volonté nationale, s'exprimant dans une parole¹⁸³. Le droit n'est pas « donné » comme le serait un tableau ou une sculpture. « Son aspect extérieur et visible n'est qu'une représentation de son être intérieur et invisible. »¹⁸⁴

*[L]es règles elles-mêmes n'appartiennent pas au monde extérieur, au monde des choses sensibles que l'on peut regarder, toucher du doigt. Elles font uniquement partie de ce que Karl Popper appelle le Monde 3, c'est-à-dire le monde des produits de l'esprit. On ne peut prendre en main une règle juridique ou se la communiquer de la main à la main comme on peut le faire pour un objet du monde sensible.*¹⁸⁵

Toutefois, au-delà de cette symbolisation humaine, il y a une symbolisation plus religieuse, où tout le processus observable de l'écrit renvoie au mystère d'une pensée transcendante : la parole de Dieu elle-même. Plusieurs auteurs partagent ce point de vue, même s'il semble en opposition avec les postulats de la modernité¹⁸⁶.

*Il semble bien, en fait, qu'aucune institution ne puissent maintenir sa cohésion ni subsister sans un système de symboles et de croyances qui permettent d'obtenir l'adhésion et l'obéissance de ses sujets par des ressorts relevant non pas seulement de la contrainte ou de la raison, même mystifiée, mais de l'imaginaire et du désir.*¹⁸⁷

Notre droit est imprégné de la « réminiscence du sacré »¹⁸⁸. Les mots humains trouvent leur valeur normative dans le « Verbe de

¹⁸³ U. ECO, *op. cit.*, note 16, 10.

¹⁸⁴ Paul AMSELEK, « La teneur indécise du droit », (1992) 26 R.J.T. 1, 5.

¹⁸⁵ *Id.*, 6.

¹⁸⁶ À ce sujet, on consultera : Danièle LOSCHAK, « Le principe de légalité : mythes et mystifications », (1981) *Actualité juridique – droit administratif* 387; Jacques CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », 6 *Revue du droit public* 1990.1651 et suiv.; Gérard TIMSIT, *Les noms de la loi*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1991; Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique et de la rationalité juridique*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1980; François OST, « L'herméneutique juridique entre hermétisme et dogmatisme. Le jeu de l'interprétation en droit », (1993) 4 *Revue internationale de sémiotique juridique* 227; Pierre LEGENDRE, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Seuil, Champ freudien, 1974.

¹⁸⁷ D. LOSCHAK, *loc. cit.*, note 186, 388.

¹⁸⁸ G. TIMSIT, *op. cit.*, note 186, 12; selon Danièle Loschak, « [l]a sacralisation du droit, émanation d'une instance mythique et inaccessible placée au-dessus des simples humains, "Parole écrite du Père imaginaire", s'étend aux détenteurs du pouvoir qui tiennent d'elle leur autorité : la légalité devient "le passeport pour le sacré" » : *id.*

Dieu » qui les a utilisés pour parler aux hommes par l'intermédiaire d'un législateur. Son intention constitue le symbole d'une valeur morale incontestable et incontestée¹⁸⁹. « La perspective d'un jugement des âmes au terme duquel l'observance de la loi sera récompensée et sa transgression punie, opère bien évidemment comme facteur de maintien de l'ordre établi, tandis que la certitude d'une justice éternelle permet aux moins favorisés de s'accommoder des injustices présentes. »¹⁹⁰

On ne contrevient pas à la loi de Dieu. L'intention du législateur constitue aussi un symbole de pouvoir et d'autorité¹⁹¹. Se conformer à une décision judiciaire c'est, en définitive, obéir à la loi et, par delà, à l'instance supérieure, bienfaisante et omnisciente qui l'a émise¹⁹². Or, le caractère symbolique de cette notion rejaillit sur les tribunaux chargés d'appliquer la loi en leur donnant une « présomption quasi irréfragable de légitimité ». La volonté du législateur n'est plus simplement une exigence, mais un « dogme intouchable », le « soubassement indispensable » de toute la construction d'une théorie d'interprétation juridique qui marque l'ensemble du système judiciaire canadien.

La loi, parole de Dieu, [...] ou de son substitut laïque, l'État. Sacralisation de la Loi [...] Théologie de la Parole qui est portée à élever la parole au-dessus de l'écriture et à considérer que, puisque la loi est parole, elle est –

189 « Le père est l'autorité en soi et son modèle imprègne profondément le psychisme des enfants. De sorte qu'ultérieurement tant les dieux que les princes prendront les traits de cette figure paternelle et pourront détourner à leur profit l'instinct de soumission qu'elle a su inculquer chez les individus. Mis en situation de toute-puissance, le père-Dieu-Roi parvient à brider les dispositions les plus naturelles des hommes jusqu'à exiger d'eux le sacrifice de leur vie » : François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « La référence à Dieu dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen », dans *Qu'est-ce que Dieu? Hommage à l'abbé Daniel Coppieters de Gibson*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1985, p. 285, à la page 289.

190 *Id.*

191 « Le Pouvoir s'exerce aujourd'hui avec compréhension, participation, par une sorte de manipulation souriante grâce à des techniques démocratiques qui évacuent, en apparence, ce que le Moyen Âge affichait avec splendeur et majesté : la force visible, physique du pouvoir, le terrorisme de la pénitence, l'Inquisition, l'Excommunication » : J. FLORENCE, *loc. cit.*, note 177, 559.

192 « Ainsi l'effectivité de l'ordre juridique est-elle garantie par la peur qu'inspire la toute-puissance de la divinité législatrice » : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *loc. cit.*, note 189, 289.

*comme la parole de Celui qui l'a proférée – vérité, insusceptible de variation dans son expression, ni dans son interprétation.*¹⁹³

Enfin, l'intention du législateur peut aussi constituer le symbole d'un savoir. Il confère aux dispositions législatives une canonicité dont la sagesse ne pourra être contredite par de simples mortels. Les présupposés de notre théorie traditionnelle viennent « compenser », « camoufler » les limites des êtres humains qui sont derrière les lois. « On pourrait dire de la canonicité qu'elle est la compétence qui vient compenser notre incompetence. »¹⁹⁴

Somme toute, en droit canadien, la loi s'organise autour d'un centre qui correspond à la volonté du législateur. En adaptant une formule qu'avait employée autrefois Léo Spitzer pour représenter la place de l'auteur face à son texte littéraire, on pourrait dire que le législateur est une sorte de « système solaire qui tient sur son orbite toutes sortes de choses ». Langue, contextes et valeurs ne sont « que des satellites d'une entité mythologique »¹⁹⁵. Malheureusement, si l'on s'en réfère au discours officiel, le contexte d'application de la loi n'a pas été invité à se joindre à ces satellites et encore moins au système solaire comme tel. Pourtant son intégration aurait permis d'éclairer d'avantage le rôle de l'interprète face à une société en perpétuelle évolution et qui réclame des ajustements constants. Les juristes canadiens, en demeurant obnubilés par la recherche d'une interprétation vraie, régulière et impartiale de la loi, risquent de passer à côté de la vie concrète qui requiert de constantes mises à jour.

II. La critique de la théorie traditionnelle et l'élaboration d'un modèle plus conforme au phénomène interprétatif canadien

Le système de droit canadien a représenté les modalités de son propre fonctionnement dans la théorie traditionnelle d'interprétation législative. Le postulat de l'existence d'un foyer de sens

¹⁹³ G. TIMSIT, *op. cit.*, note 186, p. 44.

¹⁹⁴ J. GRONDIN, *loc. cit.*, note 179, 19.

¹⁹⁵ Léo SPITZER, *Études de style*, précédé de Léo Spitzer et la lecture stylistique par Jean Starobinski, Paris, Gallimard, 1970, p. 56.

unique en est l'idée maîtresse. Elle expose ce que doit être l'interprétation juridique et non pas ce qu'elle est en train de devenir. Même si ce modèle théorique se réclame des fonctions d'unification, d'adaptation et de stabilisation de l'ordre juridique, on constate que, sur le plan pratique, une double démarche interprétative est à l'œuvre quotidiennement dans l'interprétation et l'application du droit canadien : déclarative en ce que la découverte du sens de l'objet interprété doit être conforme à l'intention originelle du législateur; constructive en ce que l'interprète élabore un sens en fonction des intérêts à satisfaire même s'ils étaient inconnus au temps de son auteur. On semble reconnaître, depuis quelques années, une plus grande place à la création de l'interprète. À mots couverts, les juristes canadiens admettent que les problèmes juridiques ne se prêtent pas toujours à une solution unique et que l'interprète fait souvent des choix qui impliquent ses croyances et ses valeurs. De plus, on se rend compte que l'interprétation des lois n'opère pas en vase clos et que les conséquences de leur application sont souvent considérées avant qu'une décision ne soit prise. Le juge a inévitablement un souci d'équité qui l'incite à éviter une solution opposée à la justice.

A. La position critique adoptée par la doctrine : un éventail de théories proposées

Quelques auteurs canadiens ont, à des degrés divers, remis en cause notre théorie traditionnelle qui ne donne plus, selon eux, une représentation adéquate de la démarche suivie par les juristes canadiens lorsqu'ils procèdent à l'interprétation d'un texte. Les principales critiques formulées sont habituellement de deux ordres : l'absence de prise en considération du rôle du lecteur sur la détermination du sens et l'influence inévitable des conséquences de l'application des textes sur leur interprétation¹⁹⁶.

L'interprète n'aborde jamais un texte de loi de façon neutre et objective. Il ne peut se départir de lui-même, c'est-à-dire mettre entre parenthèse sa subjectivité pour revivre l'intentionnalité du législateur d'origine. « Ce serait là un subterfuge psychologique sans fondement assuré ». L'interprète comprendra le texte législatif à travers ses représentations, c'est-à-dire dans la perspective de sa

¹⁹⁶ Xavier-Léon DUFOUR, « L'exégèse trente ans après », (1974) 340 *Études* 279, 285.

propre situation historique, de ses valeurs et de ses croyances. De cet ensemble de représentations émergeront des questions qui le guideront dans sa lecture et auxquelles il répondra graduellement au fur à mesure de sa démarche de compréhension. La nature circulaire, voire spirale de toute interprétation permet de réaliser que l'activité de l'interprète est incluse dans « l'effectuation » du ou des sens du texte et non dans un processus strictement reproducteur de l'intention d'origine de l'auteur¹⁹⁷.

De son côté, le pouvoir législatif, en édictant des règles, n'opère pas en vase clos. Son activité communicationnelle « n'est pas affranchie d'attachements divers, constitutionnels et politiques. De surcroît, elle ne se développe pas dans quelque vacuum linguistique. Elle-même véhicule ou participe à plusieurs jeux de langage, historiquement constitués »¹⁹⁸. Ainsi, la façon dont le texte sera rédigé découle nécessairement d'une histoire à laquelle nous appartenons tous. Par conséquent, l'objectivité des textes législatifs est au départ orientée.

Par ailleurs, un texte de loi n'est jamais compris dans l'abstrait, comme une entité coupée de toutes les influences extérieures. Au contraire, il est appliqué à des cas particuliers et réclame une mise à jour constante de la part de l'interprète. « L'application (Anwendung) est une composante tout aussi constitutive du processus herméneutique que la compréhension et l'interprétation »¹⁹⁹. En effet, une nouvelle réalité est créée chaque fois que cette opération a besoin d'être réeffectuée, car elle dépasse inévitablement la simple compréhension de son sens juridique.

Afin de répondre à ces critères et de remettre en cause la pertinence explicative du modèle interprétatif traditionnel, d'autres alternatives théoriques furent proposées. Les juristes canadiens n'ont pas cru à propos de recourir à une théorie d'interprétation trop subjective qui mettrait l'accent essentiellement sur le pouvoir de création des juges. Le développement de la pensée juridique est soumis, rappelons-le, à ce que Gaston Bachelard a appelé la « loi de la bipolarité des erreurs », selon laquelle « les obstacles à la culture scientifique se présentent toujours par paires » et « sont solidaires

¹⁹⁷ Charles WACKENHEIM, « Les textes normatifs à l'épreuve de l'interprétation », 65 *Revue des sciences religieuses* 1991.95, 99.

¹⁹⁸ C. M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 7.

¹⁹⁹ H.-G. GADAMER, *op. cit.*, note 172, p. 149.

dans leur opposition même »²⁰⁰. Pour cette raison, certains juristes croient inopportun d'adopter la position opposée à la théorie traditionnelle et de faire du juge, « la seule source de droit valide »²⁰¹. En plus de contrevenir aux principes de l'État de droit, une telle position ne donnerait pas plus une représentation adéquate de la réalité juridique canadienne, car elle nierait le pouvoir du rédacteur d'influer sur le sens que l'interprète donnera au texte de la règle.

Afin de dépasser cette opposition, certains juristes ont plutôt exploré la possibilité d'adopter d'autres voies qu'on pourrait qualifier « d'intermédiaires »²⁰². Certains recherchent une conciliation, c'est-à-dire un juste milieu entre les deux positions extrêmes qui se manifesterait dans un modèle théorique combinant à la fois des éléments émanant de la volonté du législateur – qui traduisent un souci de sécurité juridique – avec des considérations pragmatiques, de nature sociale et politique, morale et politique – qui reflètent un souci d'équité²⁰³. D'autres, par contre, privilégient une position se rapprochant davantage d'un pôle que d'un autre.

Parmi ces positions, on retrouve la théorie du rôle supplétif de l'interprète et celle de la création sujette à des contraintes. Elles susciteront beaucoup d'intérêt parmi les juristes canadiens ces dernières années et méritent, par conséquent, que nous nous y attardions.

1. La théorie du rôle supplétif de l'interprète

La théorie du rôle supplétif de l'interprète, ou communément appelée la méthode de la libre recherche scientifique qui reçut un accueil favorable de la communauté juridique française au début du siècle, serait susceptible, selon certains, de trouver le plus d'appuis parmi les juristes canadiens si elle leur était soumise²⁰⁴.

²⁰⁰ G. BACHELARD, *op. cit.*, note 67, p. 20; voir aussi : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *loc. cit.*, note 64, 177.

²⁰¹ François OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », dans Pierre BOURETZ (dir.), *op. cit.*, note 180, p. 242, à la page 249.

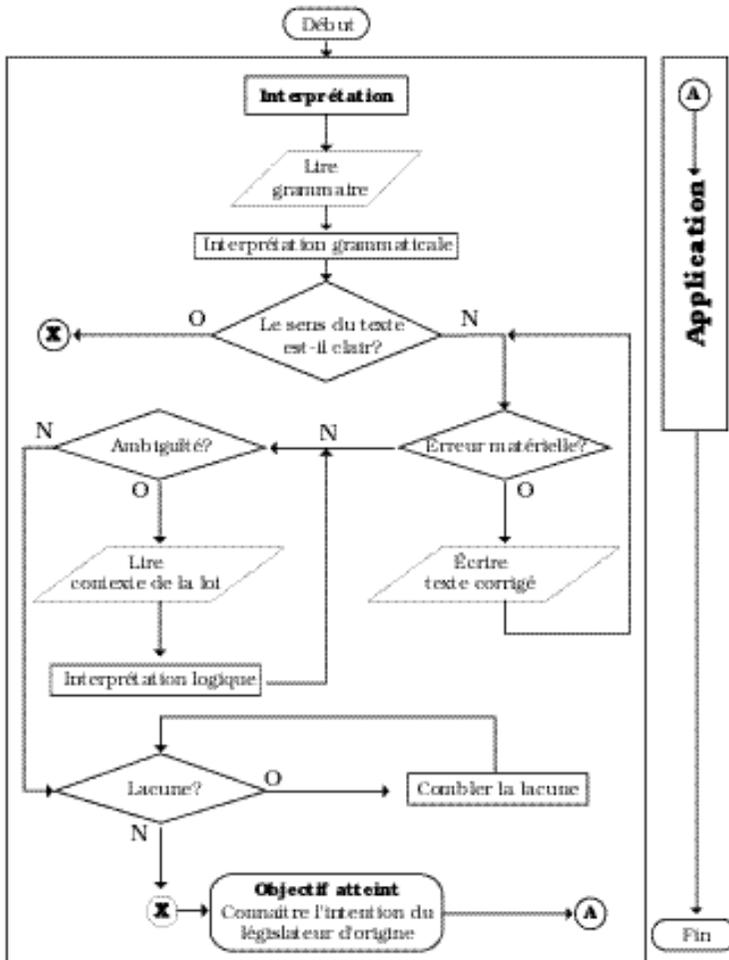
²⁰² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *loc. cit.*, note 64, 177.

²⁰³ Chaïm PERELMAN, « Droit positif et droit naturel », dans Chaïm PERELMAN, *Le raisonnement et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 25.

²⁰⁴ P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 26, 347.

Schématiquement, cette dernière pourrait se représenter comme suit :

Schéma 4
Théorie du rôle supplétif de l'interprète



On observe que la théorie du rôle supplétif de l'interprète fait un *long bout de chemin* avec la théorie traditionnelle avant d'arriver à l'étape qui les différencie, soit le seuil d'interprétation. L'objectif d'interprétation demeure le même : la recherche de l'intention du législateur d'origine. Pour la découvrir, l'interprète dispose de

moyens qui font appel à la logique et à l'objectivité. Par contre, on admet que malgré un effort d'interprétation, les sources formelles de droit peuvent demeurer obscures et receler des lacunes²⁰⁵. Devant une telle situation, l'interprète pourra s'aventurer au-delà du texte et créer en quelque sorte une règle de droit qui s'inspire de la nature des choses.

*Parlons net. De quelque façon que l'on s'y prenne, on n'arrivera pas, en présence de sources formelles insuffisantes, ou s'adaptant inégalement aux faits, à ravir toute influence à l'appréciation subjective du juge. Ne vaut-il pas mieux, dès lors, chercher à limiter celle-ci, par des éléments objectifs, tirés de la réalité des choses, plutôt que de dénaturer la plus sûre de nos sources formelles, la loi écrite, pour lui arracher, par force, des préceptes, qu'elle ne saurait contenir, ou d'abuser de la logique, pour la substituer indûment à l'enseignement de la vie même?*²⁰⁶

À cette étape plus créatrice qui a été vue par certains comme une « greffe sur le tronc du positivisme traditionnel »²⁰⁷, l'interprète prendra toutes les précautions afin d'échapper aux dangers de l'arbitraire et se dégagera « de toute influence personnelle, ou venant de la situation particulière qui s'offre à lui »²⁰⁸. L'utilisation de la libre investigation scientifique ne permet pas au juge d'étendre indistinctement le champ d'action du droit, ni d'imposer sa vision de la justice et de l'équité. Lorsqu'il fait face à une lacune du texte législatif, le juge doit appuyer sa décision sur les mêmes principes que ceux qu'aurait utilisés le législateur. Il s'agit « de constituer, par un effort scientifique, une sorte de droit commun, général de par sa nature, subsidiaire par son office, qui supplée aux lacunes des sources formelles, et dirige tout le mouvement de la vie juridique »²⁰⁹. Il devra, pour fixer cette règle, faire appel à des

205 « Durant le sommeil du législateur, il faut bien qu'il applique le droit de son chef, préparant en même temps la tâche, que l'organisme formel devra achever à son réveil » : F. GÉNY, *op. cit.*, note 56, p. 228; même si le Français François Gény est méconnu au Canada, il n'en demeure pas moins que certaines de ses idées ont influencé notre pratique doctrinale.

206 *Id.*, p. 225.

207 C.M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 14.

208 F. GÉNY, *op. cit.*, note 56, p. 78.

209 *Id.*, p. 188.

éléments soi-disant *objectifs* tels les données historiques, rationnelles, idéales et sociales qui s'harmonisent le mieux avec la civilisation actuelle.

*Dans cette vaste complexité de données nécessaires, il devra faire des classifications nombreuses, et distinguer les objets d'investigation, suivant le degré de lumière et de certitude qu'ils lui apportent. Il devra surtout, comme le ferait le législateur lui-même, doser ces objets d'après leur nature propre, et déterminer les lois de leur harmonie, en tenant les yeux fixés vers l'idéal de justice ou d'utilité sociale, qu'il faut, avant tout, satisfaire.*²¹⁰

Il va sans dire que, « sous l'angle d'un pareil platonisme de règles »²¹¹, cette libre recherche scientifique se fait dans le cadre du processus interprétatif dans ce que nous avons déjà appelé le « monde notionnel ». De l'aveu même de ses principaux instigateurs, il importe qu'une distinction soit faite entre le processus d'interprétation et celui de l'application du droit aux faits concrets. Ils constituent deux problèmes d'ordre différents devant recevoir un traitement distinct. L'usage de la libre recherche n'est pas une incursion créatrice du juge dans le processus d'application du droit aux problèmes qui lui sont soumis. Celle-ci se limitera à élaborer des règles générales et abstraites à partir de sources extralégales qui pourront par la suite être appliquées à d'autres cas similaires. Le juge supplée aux lacunes comme s'il avait à faire acte de législateur et non d'interprète.

On conçoit donc une différence, du plus ou moins, entre la libre recherche, qui tend à créer individuellement des règles nouvelles, et le pouvoir discrétionnaire, qui se borne à imprimer une direction inattendue à des règles, dont la forme est révélée primitivement par la loi. Que si l'on veut préciser cette différence, au moyen d'une terminologie, qui en rende nettement la pensée essentielle, peut-être pourrait-on dire, que la première vise proprement l'interprétation du droit positif, tandis que la

²¹⁰ *Id.*, p. 223.

²¹¹ C.M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 7.

seconde se réfère à son application, c'est-à-dire à son adaptation à la vie.²¹²

En définitive, ce modèle théorique ne vient en aucune façon remettre en cause les principaux présupposés de notre théorie traditionnelle. La recherche de l'intention du législateur d'origine demeure le principal objectif de la théorie de la libre recherche scientifique. Elle sera découverte tantôt dans la loi ou dans la coutume, tantôt dans la nature des choses lorsque les textes sont silencieux. Ainsi, même si cette théorie nous donne l'impression « d'un dépassement du strict positivisme juridique », la mission du juge n'est pas de créer du droit, mais « d'actualiser des règles pré-existantes de nature positive et suprapositive »²¹³. De plus, les conséquences possibles de l'application des textes dans le monde réel n'auront aucune influence sur leur interprétation. Les méthodes utilisées sont toujours antérieures aux expériences d'application.

Cette tentative de dépasser les pôles opposés de l'interprétation en essayant d'aménager la coexistence de valeurs incompatibles, a mené « à réintroduire des oppositions toutes aussi tranchées au sein de couples différents »²¹⁴ et à obtenir un résultat tout aussi réducteur. Privée du mouvement dialectique, la théorie du rôle supplétif de l'interprète se fige dans une position donnée, ce qui entraîne inévitablement de nouveaux dualismes. Elle est fondée « sur une opposition discutable entre les cas simples, où le sens du texte serait entièrement prédéterminé [...] et les cas difficiles, où la détermination du sens ferait appel au pouvoir créateur de ce dernier

²¹² F. GÉNY, *op. cit.*, note 56, p. 188. Nos non-italiques.

²¹³ C.-M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 14 et 15; voir aussi : Brocher DE LA FLÉCHÈRE, « Le Droit coutumier et la Philosophie du droit », (1877) 9 *Revue de droit international et de législation comparée* 578.

²¹⁴ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « Rationalité et souveraineté du législateur, paradigmes de la dogmatique juridique? », dans François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 97.

(de l'interprète) »²¹⁵. Or, dans la réalité, il est rare que tout soit aussi simple et que l'on puisse trancher facilement lors de difficultés d'interprétation. On assiste généralement à une progression continue. Par conséquent, il était indispensable de revoir cette position de « l'entre-deux » et de concevoir un modèle qui s'en éloignerait résolument. La théorie de la création, sujette à des contraintes, aspire à cet idéal.

2. La théorie de la création sujette à des contraintes

Certains auteurs reconnaissent au texte de loi un sens propre et évolutif de façon à permettre à l'interprète de découvrir des solutions plus en harmonie avec l'équité et les besoins de la pratique²¹⁶. Un modèle qui a été mis de l'avant par les professeurs Ruth Sullivan²¹⁷ et Pierre-André Côté²¹⁸ représente l'interprétation comme une construction encadrée du sens, plutôt qu'un processus visant la découverte du sens latent du texte²¹⁹. Il pourrait schématiquement prendre la forme suivante :

²¹⁵ P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 21, p. 19.

²¹⁶ Raymond SALEILLE, Préface, dans F. GENY, *op. cit.*, note 56, p. XVI.

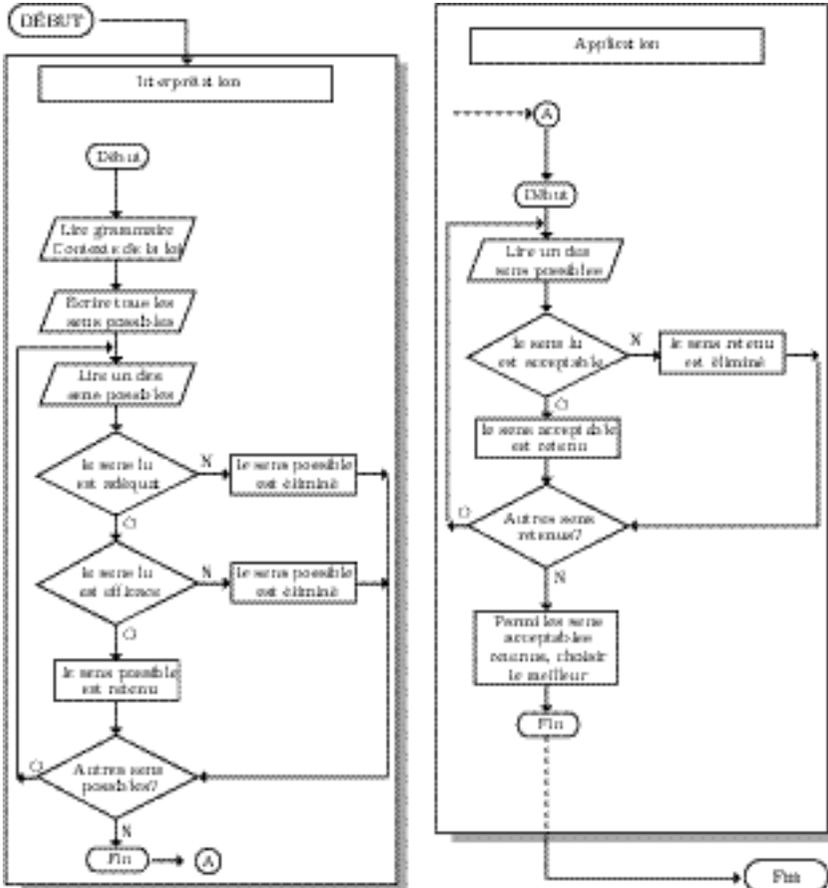
²¹⁷ « *There is only one rule in modern interpretation, namely, courts are obliged to determine the meaning of legislation in its total context, having regard to the purpose of the legislation, the consequences of proposed interpretations, the presumptions and special rules of interpretation, as well as admissible external aids. In other words, the courts must consider and take into account all relevant and admissible indicators of legislative meaning. After taking these into account, the court must then adopt an interpretation that is appropriate. An appropriate interpretation is one that can be justified in terms of (a) its plausibility, that is, its compliance with the legislative text; (b) its efficacy, that is, its promotion of the legislative purpose; and (c) its acceptability, that is, the outcome is reasonable and just* » (nos non-italiques) : R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 41, p. 131; voir aussi à cet effet : R. SULLIVAN, *loc. cit.*, note 41.

²¹⁸ P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 26, 347; aux États-Unis, cette théorie fait aussi son chemin. Voir : O. FISS, « Objectivity and Interpretation », 34 *Stan. L. Rev.* 739 (1982).

²¹⁹ P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 26, 347.

Schéma 5

Théorie de la création sujette à des contraintes
 Modélisation des processus d'interprétation et d'application



Ce modèle théorique part du principe qu'il peut y avoir autant de sens différents qu'il y a d'interprètes : le sens est le résultat d'une production et non plus d'une découverte. Toutefois, les interprètes se trouvent limités dans leur construction de sens par des contraintes « issues des traditions et des méthodes d'interprétation en

usage »²²⁰. On désire ainsi prévenir les malentendus et éviter que les rapports intersubjectifs des acteurs juridiques ne rappellent la tour de Babel²²¹, car « ce que fait la décision du juge, ce n'est pas simplement de trancher un litige, voire n'importe comment »²²². À l'inverse, ces contraintes ne sont pas à ce point exigeantes qu'elles ne permettraient plus aucune liberté à l'interprète. Elles laissent subsister un certain « jeu ». Elles permettent à l'interprète de procéder à des choix qui engageront sensiblement sa personnalité, ses croyances et ses valeurs. On parle ainsi à bon escient d'une compétence « semi-discrétionnaire » de l'interprète²²³.

Notre compréhension de ce modèle nous amène à croire qu'en tenant compte de tous les indices pertinents et acceptables au sens d'un texte législatif, l'interprète devra, de façon générale, effectuer trois opérations d'élimination de sens : deux à partir du monde notionnel de l'interprétation, une autre à partir du monde réel de l'application²²⁴. Dans chaque monde, l'interprète aura un objectif particulier à poursuivre : la recherche de la volonté du législateur ou de la loi dans le monde notionnel et l'application raisonnable du texte dans le monde réel.

Ruth Sullivan a classé ces contraintes en trois grandes catégories : la plausibilité, l'efficacité et l'acceptabilité. Cette classification a l'avantage de faire ressortir les différentes dimensions que l'interprète devra mettre en rapport pour retenir un sens plutôt qu'un autre. Dans un premier temps, l'interprète examinera si les sens retenus sont *plausibles*, c'est-à-dire conformes à la formule du texte législatif et, de façon plus générale, avec la portée normative des règles applicables²²⁵. Il fera appel à la dimension intellectuelle de l'interprétation et utilisera les procédés logiques habituels²²⁶. Par contre, contrairement à la théorie traditionnelle, ces procédés

²²⁰ *Id.*, 347; voir aussi : F. DUMON, *loc. cit.*, note 168.

²²¹ P. AMSELEK, *loc. cit.* note 184, 1.

²²² C.-M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 21.

²²³ O. FISS, « Conventionalism », 58 *S. Cal. L. Rev.* 183 (1985); O. FISS, *loc. cit.*, note 218; P. AMSELEK, *loc. cit.*, note 184, 1.

²²⁴ Cette classification a été prise dans l'ouvrage de R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 41, p. 131 et suiv.

²²⁵ À notre avis, le système juridique dont la règle fait partie et les circonstances qui ont pu entourer l'adoption du texte seront aussi pris en considération à ce moment.

²²⁶ René ROBAYE, *Introduction à la logique et à l'argumentation*, Louvain-La-Neuve, Academia, 1991, p. 23 et suiv.

n'auront pas pour objectif de découvrir la seule et unique vérité, mais de mettre en jeu des arguments nécessaires pour soutenir logiquement les sens retenus.

Dans un deuxième temps, l'interprète vérifiera si les sens plausibles retenus sont *efficaces*²²⁷, c'est-à-dire s'ils favorisent la réalisation de l'objectif général de la loi. Cette finalité sera considérée comme un élément contextuel permettant de découvrir ce que le législateur a voulu accomplir en édictant la règle. Dans cette optique, le processus interprétatif élargit considérablement son champ d'analyse. Il permet une appréciation de la finalité de la loi en cause au-delà de sa formulation. Ainsi, un sens pourrait être plausible sur le plan de la lettre, mais ne pas atteindre les objectifs ou la finalité de la loi et être rejeté pour cette raison.

Une fois ces deux étapes accomplies, le décideur se retrouve devant un éventail de choix interprétatifs partiellement diminué, mais il tiendra compte « de la finitude de la raison humaine » et de la cohérence du système. C'est à ce moment qu'il traversera dans le monde réel pour effectuer une dernière élimination. Il choisira le sens qui lui apparaît le plus *acceptable* compte tenu du résultat qui devra être équitable et raisonnable. On s'éloigne de ce que l'on suppose être l'intention du législateur et de la loi pour mettre en jeu des aspects pragmatiques et plus humains de la justice. Il va de soi que cet aspect de l'interprétation n'est pas quantifiable. Il n'est pas possible de fixer des critères qui pourraient objectivement placer dans un ordre de préférence un sens par rapport à un autre²²⁸. On fait plutôt appel à des qualités, à un savoir-faire du juge qui lui permettront d'obtenir un consensus de toutes les parties en litige²²⁹.

Certains juristes ont une mauvaise perception de ce dernier aspect du processus interprétatif. Ils sont réfractaires à l'idée d'accorder aux juges des outils autres qu'intellectuels pour rendre justice. « L'idée que des juges puissent faire un usage légitime du pouvoir qui leur est conféré d'interpréter des lois même s'ils choisissent un sens raisonnable en jouant aux dés heurte nos

²²⁷ L'adjectif « efficace » est emprunté au latin classique *efficax*, *-acis*, et veut dire « qui produit l'effet attendu », « dont les actes atteignent leur but ».

²²⁸ A. AARNIO, *loc. cit.*, note 19, 46.

²²⁹ Si l'interprète fait appel à la jurisprudence et à la doctrine, ce ne sera pas comme faisant partie du contexte d'énonciation du texte législatif, mais plutôt comme arguments d'autorité inspirant ou confirmant l'à-propos de sa prise de décision.

convictions morales et politiques relatives à la légitimité du pouvoir judiciaire. En particulier, elle heurte ce qui constitue sans doute l'un des seuls aspects non controversés de la primauté du droit, notamment, l'idée que la décision judiciaire doit être rationnelle »²³⁰. Nous sommes consciente qu'un tel pouvoir peut paraître insécurisant pour des juristes habitués à se conformer aux postulats du positivisme juridique et tout particulièrement à considérer comme seule valable l'interprétation qui correspond à l'intention historique du législateur. Par contre, il nous apparaît essentiel de faire confiance au bon jugement de celui qu'on appelle souvent « l'adjoint pensant du législateur »²³¹. Il est plus qu'un simple intermédiaire, un porte-parole neutre et objectif qui s'interpose entre le législateur et les justiciables.

Le principal atout de cette théorie, c'est qu'elle établit l'impossibilité d'une lecture purement objective autant que strictement subjective d'un texte de loi. Il y a, dès le départ, des conditions qui permettent de déterminer si l'acte de lecture de l'interprète est raisonnable ou pas. À la différence de la théorie traditionnelle, ces conditions ne sont pas perçues comme des éléments textuels ou contextuels permettant de découvrir le seul sens voulu par l'auteur. Elles apparaissent plutôt comme des freins à la discrétion judiciaire. Les auteurs qui proposent cette théorie cherchent sans aucun doute à « satisfaire au critère d'universalisation des intérêts impliqués, en ce sens que la solution apportée doit être généralisable à chaque affaire identique qui puisse apparaître »²³².

En reconnaissant que l'interprétation de la loi est un processus un peu plus dynamique auquel les juges peuvent apporter une contribution créatrice, ce modèle théorique fait un pas important dans le développement de la théorie du droit²³³. Il permet aux juges

²³⁰ Luc B. TREMBLAY, « La norme de retenue judiciaire et les "erreurs de droit" en droit administratif : une erreur de droit? Au-delà du fondationalisme et du scepticisme », (1996) 56 *R. du B.* 141, 182.

²³¹ Cette théorie reproche aux interprètes de se tenir trop à l'écart des faits « qu'ils jugent sous prétexte de demeurer désintéressés par rapport à l'enjeu du différend » : C. M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 20.

²³² *Id.*, 22.

²³³ Nous ne pouvons passer sous silence les travaux des professeurs François Ost et Michel Van de Kerchove qui suggèrent une théorie du droit comme jeu. L'interprétation doit être, selon eux, une activité collective « caractérisée comme un mouvement dans un cadre ». Une dialectique s'établit donc entre la liberté

de rendre leurs décisions avec plus de candeur, en mentionnant les vrais facteurs qui ont motivé leur action. De plus, il maintient l'équilibre entre l'aspect intellectuel et humain du processus interprétatif. Par conséquent, le pont entre la loi adoptée hier et la réalité du cas présent s'établit dans le plus grand respect des intérêts en cause²³⁴.

La question est maintenant de savoir où se situe la position de la jurisprudence canadienne parmi toutes ces nouvelles propositions. Est-ce qu'elle en a retenu une en particulier? Ou, au contraire, les a-t-elle rejetées en bloc pour en construire de nouvelles? Notre examen de la pratique judiciaire des dernières années, soit de la Cour suprême du Canada, de la Cour d'appel du Québec et de la Cour supérieure du Québec nous offre quelques surprises.

B. La position adoptée par les tribunaux : une évolution en dents de scie

La Cour suprême du Canada s'est penchée à plusieurs reprises sur le problème spécifique de l'interprétation des lois et a posé les premiers jalons de ce qu'elle considère comme le modèle le plus acceptable pour les années à venir, la méthode contextuelle moderne. Les juristes qui désiraient des modifications significatives au modèle interprétatif traditionnel seront quelque peu déçus par ces décisions. Les changements proposés n'en modifient pas les principaux postulats : la mission de l'interprète demeure la recherche de l'intention du législateur d'origine.

D'autres décisions ont laissé entendre, par contre, qu'il serait peut-être possible à l'interprète d'effectuer une concrétisation pragmatique des normes. On a, à quelques reprises, souligné l'importance d'assurer une souplesse à certains types de lois de façon à ce qu'elles puissent répondre à une vaste gamme d'hypothèses factuelles qui ne pouvaient être envisagées au moment de leur adoption. Par le fait même, on permet aux interprètes de se libérer de la volonté législative d'origine et de mettre en évidence la nature dialogique de l'interprétation.

et la contrainte. Leurs travaux ont été largement inspirés par l'enseignement de Umberto Eco qui en 1992 consacrait un ouvrage retentissant sur les limites de l'interprétation; F. OST, *loc. cit.*, note 186, 228; U. ECO, *op. cit.*, note 16.

²³⁴ D.L. SHAPIRO, « In Defense of Judicial Candor », 100 *Harv. L. Rev.* 731 (1987).

Par ailleurs, l'utilisation de l'interprétation « manifestement déraisonnable » ou « simplement déraisonnable » comme critère d'évaluation d'une décision administrative, constitue un autre exemple de l'abandon partiel des principaux présupposés de la théorie traditionnelle. Cette notion apparaît incompatible avec la conception de la vérité et de l'erreur en matière d'interprétation législative en ce qu'elle admet une pluralité de sens raisonnables.

Ceci nous amène à constater que le système juridique canadien vit présentement avec plusieurs modèles théoriques d'interprétation. Il s'avère donc intéressant d'examiner de quelle façon s'effectue cette cohabitation et de se questionner sur l'à-propos d'une telle diversité méthodologique.

1. Le critère de l'interprétation déraisonnable en droit administratif

Lorsqu'il y a matière à retenue judiciaire, notamment, en raison de l'expertise de l'administration, le juge doit se garder d'intervenir à moins d'y trouver une « interprétation déraisonnable »²³⁵. Vers le début des années 1980, nos tribunaux de droit commun ont fait appel dans un premier temps, à la notion « d'erreur manifestement déraisonnable » comme critère de révision des interprétations faites par l'administration lorsque les décisions de celle-ci sont protégées par une clause privative²³⁶. Il s'agit d'un concept exigeant que le juge Cory a bien défini dans l'affaire *Alliance de la fonction publique*.

²³⁵ Sur la notion d'erreur manifestement déraisonnable, voir : *S.C.F.P. c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] R.C.S. 227; *Procureur général du Canada c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Domtar Inc. c. Québec (CALP)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Ville de Pointe-Claire c. Tribunal du travail*, [1997] 1 R.C.S. 1015; sur la notion d'erreur simplement déraisonnable, voir : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557.

²³⁶ « Les cours de justice devraient faire preuve de circonspection et de retenue dans l'examen des décisions des tribunaux administratifs spécialisés comme la Commission en l'espèce. Cette retenue s'étend à la fois à la constatation des faits et à l'interprétation des lois. Ce n'est que lorsque les éléments de preuve, perçus de façon raisonnable, ne peuvent étayer les conclusions de fait du tribunal ou que l'interprétation donnée aux dispositions législatives est manifestement déraisonnable que la cour de justice peut intervenir » : *Lester (W.W.) 1978 Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644.

Le sens de l'expression manifestement déraisonnable fait-on valoir, est difficile à cerner. Ce qui est manifestement déraisonnable pour un juge peut paraître éminemment raisonnable pour un autre. Pourtant, pour définir un critère nous ne disposons que de mots, qui forment, eux, les éléments de base de tous les motifs. Le critère du caractère manifestement déraisonnable représente, de toute évidence, une norme de contrôle sévère. Dans le Grand Larousse de la langue française, l'adjectif manifeste est ainsi défini : « se dit d'une chose que l'on ne peut contester, qui est tout à fait évidente ». On y trouve pour le terme déraisonnable la définition suivante : « Qui n'est pas conforme à la raison; qui est contraire au bon sens ». Eu égard donc à ces définitions des mots « manifeste » et « déraisonnable », il appert que si la décision qu'a rendue la Commission, agissant dans le cadre de sa compétence, n'est pas clairement irrationnelle, c'est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison, on ne saurait prétendre qu'il y a eu perte de compétence. Visiblement, il s'agit d'un critère très strict.

[...]

Il ne suffit pas que la décision de la Commission soit erronée aux yeux de la cour de justice pour qu'elle soit manifestement déraisonnable, cette cour doit la juger clairement irrationnelle.²³⁷

Le décideur administratif, en interprétant les dispositions d'une loi, d'un règlement ou d'un autre texte juridique, ne suit peut-être pas consciemment ce processus. Il s'attache aux présupposés de la théorie traditionnelle et recherche l'intention du législateur d'origine²³⁸. Toutefois, lors d'une révision de sa décision, les tribunaux supérieurs ne cherchent pas à déterminer si ce sens véritable a été découvert, car la simple erreur de droit ne donnera pas ouverture à leur contrôle. Ils vérifieront plutôt si le sens qui a été donné peut raisonnablement se tenir eu égard au texte et au contexte des politiques générales dans lequel doivent fonctionner les organismes administratifs²³⁹.

Le tribunal de contrôle n'intervient que pour identifier l'aire de compétence spécialisée et qualifier la décision prise, pour s'assurer qu'elle

²³⁷ *Procureur général du Canada c. Alliance de la fonction publique du Canada*, précité, note 235, 941, 963 et 964. Nos non-italiques.

²³⁸ Le juge Roger Banford de la Cour supérieure mentionnera : « L'arbitre déduit qu'en rédigeant le texte de l'article 19.01 en 1981, l'intention des auteurs visait à accorder [...] » : *Syndicat des professeures et professeurs de l'Université du Québec à Chicoutimi c. Lyse Tousignant*, C.S. Chicoutimi, n° 150-05-000289-96-9, 12 décembre 1996, j. Banford. L'appel fut rejeté le 2 octobre 1998, n° 200-09-001263-97-6.

²³⁹ *National Corn Growers c. C.I.T.*, [1990] 2 R.C.S. 1325, 1336.

*demeure dans les bornes du raisonnable ou pour préserver les règles fondamentales de la justice. Sous ces réserves, il doit respecter la liberté de choix du décideur contrôlé. Lorsqu'elles se situent dans les limites du rationnel, le choix entre les décisions possibles appartient au tribunal spécialisé, non à la Cour supérieure ou à la Cour d'appel du Québec.*²⁴⁰

Les tribunaux supérieurs sont amenés à faire preuve de retenue dans l'exercice de leur pouvoir de surveillance et de contrôle même si le décideur administratif n'est pas protégé par une clause privative²⁴¹. Dans l'affaire *Southam*, la Cour suprême du Canada a décidé que l'objet des lois serait mieux servi si les cours d'appel se fiaient davantage à l'expertise du décideur administratif. « La norme qui s'impose en est une qui exige une retenue plus grande que la norme de la décision correcte, mais moins élevée que celle de la décision « non manifestement déraisonnable. »²⁴²

*Par ailleurs, l'appel d'une décision d'un tribunal administratif spécialisé n'est pas exactement comme un appel formé contre une décision d'une cour de première instance. Si le Parlement confie l'examen de certaines questions à un tribunal administratif plutôt qu'aux tribunaux ordinaires (du moins en première instance), il est permis de présumer que c'est parce que le tribunal administratif apporte un certain avantage que les juges ne sont pas en mesure d'offrir. Pour cette seule raison, le contrôle des décisions d'un tribunal administratif doit souvent se faire non pas en regard [sic] de la norme de la décision correcte, mais en fonction d'une norme exigeant de faire montre de retenue. En conséquence, une troisième norme est nécessaire.*²⁴³

Selon la conception traditionnelle, le décideur administratif commettrait une erreur d'interprétation s'il ne découvrait pas la véritable intention du législateur. Or, pour ce qui est de la révision ou de l'appel de sa décision, l'erreur d'interprétation prend une toute autre dimension²⁴⁴. On voit dès lors poindre en droit public un autre processus interprétatif à côté de la théorie traditionnelle : celui du raisonnable. C'est ce qu'a constaté le juge Louis Lebel de

²⁴⁰ *Procureur général du Canada c. Alliance de la fonction publique du Canada*, précité, note 235, 941, 963 et 964.

²⁴¹ Patrice GARANT, *Droit administratif*, 4^e éd., vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 42.

²⁴² *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam inc.*, précité, note 235, 775.

²⁴³ *Id.*, 776.

²⁴⁴ « Le tribunal doit donc examiner si l'exercice par l'arbitre de sa compétence a été contaminé par un processus irrationnel » : *Caisse populaire Meilleur c. Sylvestre*, C.S., Montréal, n° 500-05-015361-965, j. Rayle.

la Cour d'appel du Québec dans l'affaire du *Syndicat des travailleurs et travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu* (C.S.N.).

La règle de la retenue judiciaire à l'égard des décisions des tribunaux et organismes spécialisés implique ainsi, à certains égards, un abandon partiel des théories officielles d'interprétation, que décrivait le professeur P.-A. Côté [...]. Elle admet qu'un processus d'interprétation juridique puisse dégager plusieurs sens possibles. Il appartient alors à un décideur d'en choisir un. En limitant le champ de la révision judiciaire au contrôle de l'erreur qualifiée de déraisonnable, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada admet que l'interprétation d'une convention collective ne se limite pas à un processus de pure prise de connaissance d'un sens unique, mais comporte un élément de choix volontaire, comme le rappelait Kelsen dans les textes cités plus haut. Elle attribue au décideur spécialisé, dans son aire d'activité propre, le choix de l'interprétation qui lui paraît la plus appropriée.²⁴⁵

En définitive, les notions d'interprétation manifestement déraisonnable et simplement déraisonnable amènent graduellement les tribunaux à concevoir deux façons d'interpréter les lois : un premier modèle à l'égard de la révision judiciaire des décisions administratives et un deuxième pour tout ce qui concerne les autres décisions. Pour réviser la décision d'un décideur administratif, les tribunaux supérieurs prennent pour acquis certains présupposés de la théorie de la création sujette à des contraintes²⁴⁶. On admet que le sens d'une norme est relatif et que l'interprète peut avoir le choix entre plusieurs solutions possibles. Ce choix ne pourra être révisé que s'il s'avère socialement déraisonnable ou inacceptable. Il reste maintenant à savoir si ce nouveau mouvement interprétatif en droit public aura des répercussions dans les autres secteurs du droit.

²⁴⁵ *Syndicat des travailleurs et travailleuses des Épiciers Unis Métro-Richelieu* (C.S.N.) c. *Lefebvre*, [1996] R.J.Q. 1509, 1531 (C.A.).

²⁴⁶ « [L']un des plus importants progrès du droit public contemporain au Canada est l'acceptation croissante par les tribunaux judiciaires de l'idée que, souvent, les dispositions législatives ne se prêtent pas à une seule interprétation qui soit particulièrement juste, mais qu'elles peuvent être ambiguës ou muettes sur une question donnée ou rédigées dans des termes qui invitent manifestement à exercer un pouvoir discrétionnaire » : John M. EVANS et autres, *Administrative Law*, 3^e éd., Toronto, Emond-Montgomery Publications, 1989, p. 414, cité dans *National Corn Growers c. C.I.T.*, précité, note 239, 1336.

2. Le cas des lois imprécises en droit social : les affaires *Nova Scotia* et *Canadien Pacifique*

Quelques décisions de la Cour suprême du Canada ont reconnu l'importance d'effectuer, à la lumière du cas considéré, une concrétisation de la norme lorsqu'elle contient des notions vagues²⁴⁷. Deux de celles-ci ont tout particulièrement retenu notre attention : les affaires *Nova Scotia Pharmaceutical Society*²⁴⁸ et *Canadien Pacifique Ltée*²⁴⁹.

Dans l'affaire *Nova Scotia*, le juge Gonthier a énoncé la démarche interprétative qu'il convient d'adopter à l'égard d'une prétendue imprécision contraire à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁵⁰. Selon le plus haut tribunal du pays, les lois doivent fournir le fondement d'une interprétation judiciaire cohérente et délimiter suffisamment une sphère de risque en donnant les indications nécessaires quant à la manière dont les décisions doivent être prises.

Les faits de cette affaire peuvent se résumer comme suit. Au milieu des années 1980, douze appelants ont fait l'objet d'une mise en accusation portant sur deux chefs de complot en vue d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence en contravention de l'article 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*²⁵¹ (maintenant l'article 45(1)c) de la *Loi sur la concurrence*²⁵²). Les deux chefs se rapportaient à la vente et à la mise en vente de médicaments prescrits ainsi qu'à la fourniture de services de pharmaciens. Toutefois, avant que le dossier ne procède sur le fond,

²⁴⁷ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'article 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

²⁴⁸ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

²⁴⁹ *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, précité, note 110, 1031.

²⁵⁰ L'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* proclame le droit de chacun à ce qu'il ne soit porté atteinte à son droit à la liberté « qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Ces principes exigent que l'infraction soit clairement définie.

²⁵¹ S.R.C. 1970, c. C-23 (ci-après appelée la « Loi »).

²⁵² *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), c. C-34.

ces derniers ont présenté une requête afin d'obtenir une ordonnance annulant l'acte d'accusation parce que, selon eux, l'article 32(1)c) de la Loi²⁵³ violait l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en raison de la *mens rea* exigée pour l'infraction et pour cause d'imprécision résultant de l'emploi du mot *indûment*. Le plus haut tribunal du pays rejeta le pourvoi considérant que l'article 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* n'enfreignait pas l'article 7 de la Charte.

La question qui nous intéresse ici concerne le débat qui entoure l'imprécision du libellé de l'article 32(1)c) de la Loi. Les plaignants invoquèrent, dans le cadre de l'article premier de la Charte, un principe de justice fondamentale qui exige que les lois ne soient pas imprécises au point qu'elles ne satisfont plus à l'exigence selon laquelle une restriction de droits garantis par la Charte doit être prescrite « *par une règle de droit* ». Afin d'examiner cette question, la Cour suprême du Canada a dû se pencher sur le contenu de la *théorie de l'imprécision* et décrire l'exigence de précision de la loi.

Selon le plus haut tribunal du pays, cette théorie a comme fondement, d'une part, l'exigence d'un avertissement raisonnable aux citoyens afin qu'ils soient prévenus des conséquences de leur conduite et puissent « faire valoir une défense pleine et entière en cas de poursuites »²⁵⁴ et, d'autre part, la nécessité d'interdire que la loi soit appliquée de façon discrétionnaire. En effet, il est essentiel qu'une loi ne soit pas « dénuée de précision au point d'entraîner automatiquement la déclaration de culpabilité dès lors que la décision de poursuivre a été prise »²⁵⁵. Par contre, la Cour suprême du Canada a retenu des critères relatifs à l'imprécision qui sont à ce point exigeants qu'il est peu probable qu'on puisse désormais conclure qu'une disposition législative n'est pas une restriction prescrite par une règle de droit. Parmi ces conditions, on retrouve la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d'interprétation; l'impossibilité de précision absolue du texte

²⁵³ Art. 32 (1) « Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans ou d'une amende d'un million de dollars, ou de l'une et l'autre peine, toute personne qui complot, se coalise, se concert, ou s'entend avec une autre [...] c) pour empêcher ou diminuer, *indûment*, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture d'un produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens ».

²⁵⁴ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 248, 637.

²⁵⁵ *Id.*

législatif, une norme d'intelligibilité étant préférable; la possibilité qu'une disposition accepte la coexistence de nombreuses interprétations²⁵⁶.

L'affaire *Nova Scotia*, même si elle traite essentiellement de l'interprétation des lois pénales, est d'un grand intérêt, car c'est la première fois que le plus haut tribunal du pays reconnaît aussi ouvertement la relativité du sens des textes législatifs. Le juge Gonthier, qui a rendu le jugement pour la majorité, a surpris la communauté juridique en affirmant que, dans une disposition législative donnée, de nombreuses interprétations différentes peuvent coexister. Pour appuyer ses propos, il cite le professeur Paul Amselek dans un article sur la nature irrésolue de la réglementation juridique²⁵⁷. Selon cet auteur, la pratique juridique ne peut être que chatoyante en raison de la non-objectivité et du caractère incomplet des lois qui apparaissent dans leur essence même comme une réalité à la « texture ouverte ».

Les critères dégagés par la Cour suprême pour juger si une loi est imprécise élargissent considérablement la conception traditionnelle de la vérité et de l'erreur en matière d'interprétation législative. Ces critères font en sorte que le sens véritable d'un texte législatif n'est plus lié exclusivement à la pensée du législateur d'origine. Ce dernier, en s'abstenant de clarifier le sens d'une expression, confère à l'interprète un rôle de médiateur dans l'actualisation du droit et lui donne par le fait même le pouvoir de contribuer à l'élaboration du sens²⁵⁸.

La Cour suprême du Canada modifie ainsi la conception traditionnelle que la communauté des juristes se faisait de la loi, c'est-à-dire une entité enfermant à tout jamais une volonté législative univoque et historique. Celle-ci devient plutôt un « guide », un « cadre », une « sphère de risque » qui expose les grandes lignes de ce qui est acceptable et de ce qui ne l'est pas pour les justiciables. Elle doit être assez précise pour donner lieu à un débat judiciaire et permettre une discussion sur son actualisation par l'autorité

²⁵⁶ *Id.*, 627.

²⁵⁷ P. AMSELEK, *loc. cit.*, note 184, 1.

²⁵⁸ Selon le juge Gonthier, on ne doit pas voir de différence de nature entre les dispositions générales en vertu desquelles le pouvoir judiciaire exercerait en partie le rôle du pouvoir législatif et les dispositions mécaniques à l'égard desquelles le pouvoir judiciaire joue toujours un rôle de médiateur dans l'actualisation du droit, encore que l'étendue de ce rôle puisse varier.

compétente. « On ne peut soutenir qu'un texte de loi peut et doit fournir suffisamment d'indications pour qu'il soit possible de prédire les conséquences juridiques d'une conduite donnée. Tout ce qu'il peut faire, c'est énoncer certaines limites, qui tracent le contour d'une sphère de risque. »²⁵⁹

Cet arrêt a beaucoup fait parler²⁶⁰. Le tournant interprétatif que la Cour suprême proposait a-t-il été suivi par la suite? L'arrêt *Canadien Pacifique Ltée*²⁶¹ rendu en 1995, nous donne un début de réponse.

Les faits sont les suivants : en 1988, la compagnie Canadien Pacifique a procédé à un brûlage « contrôlé » des herbes sèches à proximité de la voie ferrée traversant la ville de Kenora, en Ontario. Or, deux de ces opérations de brûlage ont rejeté dans l'atmosphère une quantité importante de fumée causant des conséquences néfastes pour la santé et les biens des personnes résidant à proximité des lieux. Le Canadien Pacifique a donc été accusé d'avoir illégalement occasionné ou permis le rejet d'un contaminant dans l'environnement naturel, ce qui pouvait entraîner une conséquence préjudiciable en violation de la loi ontarienne sur la protection de l'environnement.

13(1) : *Malgré toute autre disposition de la présente loi et des règlements, nul ne doit déposer, ajouter, émettre ou rejeter un contaminant, ou causer ou permettre le dépôt, l'ajout, l'émission ou le rejet dans l'environnement naturel d'un contaminant qui*

- a) cause ou risque de causer la dégradation de la qualité de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait.²⁶²

La Cour des infractions provinciales de l'Ontario a acquitté le Canadien Pacifique, car le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable a suscité un doute raisonnable. La division provinciale d'appel maintint cette décision²⁶³. La Cour d'appel de l'Ontario a

²⁵⁹ R. c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 248, 639.

²⁶⁰ Donald A. MACINTOSH, « The Vagueness Doctrine and Overbreadth: A Comment on *Canada v. Pharmaceutical Society (Nova Scotia)* », (1992/93) 2 *N.J.C.L.* 242; Jean-Claude HÉBERT, « La Charte canadienne et l'interprétation de la loi », (1993) *R. du B.* 407, 415.

²⁶¹ *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, précité, note 110, 1031.

²⁶² *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1980, c. 141, modifiée par S.O. 1983, c. 52. Nos non-italiques.

²⁶³ (1992) 9 *C.E.L.R. (N.S.)* 26.

été saisie de cette affaire²⁶⁴. En riposte à l'argumentation de l'appelant, le C.P. soulève deux questions constitutionnelles. La première traite de l'exclusivité des compétences d'un établissement fédéral. La seconde invoque l'imprécision de l'article 13(1)a). Selon le Canadien Pacifique, le libellé de cet article et, plus particulièrement, les expressions « rejet », « contaminant », « environnement naturel » et « dégradations » ne constituent pas un guide suffisant pour permettre un débat judiciaire. Or, la Cour d'appel de l'Ontario ne retient pas cet argument et croit qu'au contraire l'article 13(1)a) offre une norme intelligible permettant aux citoyens de régler leur conduite en conséquence.

La Cour suprême du Canada fut saisie des mêmes questions par le Canadien Pacifique. Exprimant les motifs de la majorité des juges de la Cour, le juge Gonthier confirme la décision de la Cour d'appel de l'Ontario. Il règle rapidement à l'audience la première question concernant l'exclusivité des compétences d'un établissement fédéral. Selon lui, le Canadien Pacifique est soumis aux lois provinciales, dont la loi ontarienne sur l'environnement, dans la mesure où cela ne compromet pas ses opérations²⁶⁵. Dans le cas présent, les faits ne démontraient pas qu'il en était ainsi.

En ce qui concerne la deuxième question, le juge Gonthier considère que les mots choisis par le législateur à l'article 13(1)a) fournissent un guide suffisant pour permettre un débat judiciaire. Ils satisfont au critère se rapportant à l'imprécision déjà énoncé par cette cour dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society*²⁶⁶. Ce qui nous apparaît intéressant dans ce jugement, ce sont les remarques formulées par le juge concernant les critères qui doivent être suivis par les tribunaux afin de déterminer si une disposition législative est à ce point vague qu'elle irait à l'encontre de l'article 7 de la Charte. Cette question ne doit pas être envisagée dans l'abstrait, mais plutôt « dans un contexte interprétatif plus large

²⁶⁴ (1993) 13 O.R. (3d) 389.

²⁶⁵ *Canadian Pacific Railway Co. c. Corp. of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367.

²⁶⁶ Les juges de la Cour suprême, en répondant négativement à la deuxième question, n'ont pas eu à répondre à la troisième, à savoir si l'imprécision se situe dans les limites raisonnables de l'article premier de la Charte. Si tel avait été le cas, les juges auraient eu alors à appliquer les critères de proportionnalité et vérifier ainsi si les moyens choisis pour réaliser l'intérêt du gouvernement étaient raisonnables compte tenu de la situation; voir à cet effet : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

élaboré dans le cadre d'une analyse de certains aspects tels que l'objectif, le contenu et la nature de la disposition attaquée, les valeurs sociales en jeu, les dispositions législatives connexes et les interprétations judiciaires antérieures de la disposition »²⁶⁷. En d'autres termes, pour examiner cette question, le juge Gonthier a utilisé les commentaires de la Commission de réforme du droit du Canada sur les crimes contre l'environnement²⁶⁸. Il a pris en considération les valeurs sociales qui forment le substrat du texte d'incrimination et qui ont considérablement évolué ces dernières années dans le contexte environnemental canadien et même mondial.

Selon le juge Gonthier, le pouvoir judiciaire a un rôle médiateur qui revêt une importance particulière dans les cas où des difficultés pratiques empêchent le législateur de formuler des lois en termes précis. Pour appuyer ses propos, il cite l'auteur Andrew S. Butler : « *A Presumption of Statutory Conformity with the Charter* »²⁶⁹. Cet article est intéressant car il traite des difficultés auxquelles le législateur est confronté lorsqu'il exprime ses intentions et de l'inévitable application prospective des lois. Les législateurs se retrouvent souvent devant un dilemme : « identifier et déterminer avec soin les constantes qu'ils souhaitent interdire par voie législative »²⁷⁰ et « prévoir les variations de ces situations factuelles qui risquent de se *produire à l'avenir* »²⁷¹. Pour résoudre un tel problème, on a souvent recours à un libellé de la loi qui est plus général et plus englobant et ce, au risque de lui donner une portée excessive ou de la considérer comme imprécise. Selon Butler, si tel est le cas, « les législateurs s'attendent invariablement à ce que les tribunaux étouffent les dispositions générales par une interprétation fondée sur l'expérience »²⁷². Une telle affirmation donne à l'interprète, à notre avis, un rôle créateur en lui permettant d'ajouter à la loi dans certaines circonstances ou du moins à répondre à une gamme d'hypothèses qui ne pourraient être envisagées au moment de l'adoption d'une loi.

²⁶⁷ *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, précité, note 110, 1070.

²⁶⁸ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *Les crimes contre l'environnement*, Document de travail 44, Ottawa, 1985.

²⁶⁹ Andrew S. BUTLER, « *A Presumption of Statutory Conformity with the Charter* », (1993) 19 *Queen's L.J.* 209.

²⁷⁰ *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, précité, note 110, 1071.

²⁷¹ *Id.*

²⁷² *Id.*

Par contre, il nous semble vraisemblable que le juge Gonthier ne voudrait sûrement pas que l'on donne une portée trop large à son jugement²⁷³. Il faut rappeler qu'il s'agissait de déterminer l'imprécision d'une loi environnementale et de l'interpréter avec tous les impondérables que cela comporte. Sur un plan plus technique, il est impensable d'énumérer dans un texte législatif tout ce qui contrevient à l'environnement ou de le modifier chaque fois qu'une nouvelle forme de pollution apparaît. Dans un tel domaine, les juges doivent avoir une certaine latitude lorsque vient le temps de déterminer si l'exercice d'un droit subjectif dépasse les limites des valeurs sociales actuelles en matière environnementale. Les contours pragmatiques de l'interprétation deviennent plus apparents et la recherche de l'intention d'origine du législateur plus ténue.

En définitive, dans cette affaire, le juge Gonthier n'a eu aucune difficulté à conclure que les termes employés dans la loi ontarienne sur la protection de l'environnement fournissaient matière à un débat judiciaire sur ce qui constitue un « contaminant », un « environnement naturel » et un « usage » et à rejeter ainsi l'appel du Canadien Pacifique. Pour ce faire, il a passé une à une ces définitions et, sans les interpréter spécifiquement, a néanmoins exposé les différents outils et techniques dont il se servirait, s'il avait à les appliquer à une situation factuelle particulière. On remarquera alors quelques divergences entre ce que notre théorie interprétative permet officiellement et ce à quoi le juge Gonthier ferait appel²⁷⁴.

Par ailleurs, le juge Gonthier croit qu'il est essentiel de tenir compte des conséquences de l'interprétation afin d'éviter des résultats absurdes ou inévitables. Il reconnaît ainsi à l'interprète

273 « Je voudrais toutefois souligner que la norme de précision législative exigée par l'article 7 varie selon la nature et le contenu de chaque disposition législative particulière » : *id.*

274 « Diverses techniques d'interprétation entrent en jeu. En premier lieu [...], il ne faut pas étudier les dispositions législatives dans l'absolu. Le contenu d'une disposition est enrichi par le reste de l'article dans lequel il est situé et par le mode d'examen retenu par les tribunaux qui l'ont interprété et appliqué » : *id.*, 1081.

un accès au monde réel, ce qui était strictement défendu selon la théorie traditionnelle²⁷⁵.

Le message que la Cour suprême a donné à travers ce jugement nous apparaît clair. Le gouvernement, lorsqu'il veut promouvoir une politique sociale comme l'environnement, la santé²⁷⁶, l'éducation ou la sécurité du revenu, pourra utiliser un libellé législatif quelque peu vague sans que cela ne constitue pour autant une imprécision contraire à l'article 7 de la Charte. En revanche, nous croyons que les tribunaux pourront considérer les événements et les valeurs qui sont entrés en jeu subséquemment à l'adoption de la loi. Ils deviendront les médiateurs entre les lois d'hier et la réalité factuelle d'aujourd'hui et pourront contribuer à créer une impulsion dynamique au droit. On donne à l'interprète et à sa lecture une certaine liberté, mais à la condition que le texte soit structuré de manière à lui en donner la possibilité.

On perçoit, toutefois, un net recul entre les décisions *Canadien Pacifique* et *Nova Scotia*. Dans cette dernière affaire, le juge Gonthier, après avoir rappelé l'importance du rôle médiateur du pouvoir judiciaire dans l'actualisation du droit, mentionne qu'il « ne voit pas de différence de nature entre les dispositions générales en vertu desquelles le pouvoir judiciaire exercerait en partie le rôle du pouvoir législatif et les dispositions mécaniques à l'égard desquelles

²⁷⁵ Une des principales divergences entre les juges Gonthier et Lamer dans cette affaire concerne le fait d'accepter ou non une interprétation absurde de la notion d'« usage » figurant à l'article 13(1)a) de la loi ontarienne sur l'environnement. Le juge Lamer applique strictement les critères élaborés dans l'affaire *R. c. McIntosh*, précitée, note 12. Selon lui, lorsque le sens ordinaire des mots employés dans une loi a été circonscrit, on ne doit pas pousser plus loin l'exercice d'interprétation, même si cela a pour effet d'amener des résultats absurdes ou indésirables. « La meilleure façon pour les tribunaux de mener à terme la tâche de donner effet à l'intention du législateur consiste habituellement à présumer que le législateur entend dire ce qu'il dit, lorsque cela peut être clairement établi ». Le juge Gonthier prend d'ailleurs le soin de souligner cette divergence d'opinion à la fin de son jugement : « Avec égards je ne suis pas d'accord pour dire que le terme usage a un sens ordinaire et littéral dans le contexte de la protection de l'environnement. Ce terme peut être interprété et je préfère une interprétation qui évite les types d'applications absurdes de l'article 13(1)a) dont parle le juge en chef Lamer. À mon avis, la première étape d'une analyse de la portée excessive exige qu'un tribunal épuise les possibilités se rattachant à sa fonction d'interprétation. Ce n'est que par la suite que la portée excessive peut être évaluée » : *id.*, 1093.

²⁷⁶ *R. c. Morgentaler*, précité, note 247.

le pouvoir judiciaire appliquerait simplement la loi »²⁷⁷. Dans l'affaire *Canadien Pacifique*, par contre, ce dernier semble plus réticent à faire de nouveau une telle déclaration. Au contraire, on limite cette opération à des cas bien précis qui réclament que l'interprète se prononce sur des notions axiologiques. Par conséquent, à la lumière de ces arrêts, nous croyons que les tribunaux canadiens ont un rôle de médiateur à « *géométrie variable* ».

3. L'interprétation des lois ordinaires : la méthode contextuelle moderne

En 1996, la juge Claire l'Heureux-Dubé, dans trois affaires différentes, attirait notre attention sur l'à-propos d'utiliser la méthode du sens ordinaire pour l'interprétation d'un texte de loi ordinaire²⁷⁸. Les tribunaux doivent plutôt utiliser ce qu'elle appelle la « méthode contextuelle moderne » et recourir uniquement à l'ancienne règle du sens ordinaire quand les circonstances s'y prêtent soit, à titre d'exemple, pour interpréter les lois en matière fiscale qui utilisent un langage technique propre.

Même si, d'entrée de jeu, une telle affirmation peut paraître discutable, il est important d'examiner, avant toute chose, ce que la juge L'Heureux-Dubé entend par « méthode du sens ordinaire ». C'est, selon elle, l'approche méthodologique sur laquelle la Cour suprême s'est appuyée, depuis de nombreuses années, pour rendre la plupart de ses jugements. Nous avons constaté une certaine ambiguïté dans la description que la juge L'Heureux-Dubé donne de cette méthode. Lorsqu'on analyse attentivement les jugements qui en traitent, on s'aperçoit que les expressions, « règle ou méthode du sens ordinaire », « approche littérale », « interprétation textuelle », « règle du sens clair », sont quelquefois utilisées ou citées indistinctement. Ces expressions ne font pas nécessairement référence aux même réalités interprétatives²⁷⁹.

²⁷⁷ R. c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 248.

²⁷⁸ *Verdun c. Toronto-Dominion Bank*, précité, note 84, 550; *Banque Manwile du Canada c. John Joseph Conlin*, [1996] 3 R.C.S. 415; 2747-3174 *Québec inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, précité, note 50.

²⁷⁹ Mise à part la terminologie utilisée, la Cour suprême semble recourir à deux définitions de la règle du sens ordinaire. Officiellement, elle la définit comme un processus comprenant deux étapes successives. L'interprète doit utiliser dans un premier temps le soi-disant sens ordinaire des mots. Il se fie à sa première impression, sans aucun effort particulier de sa part. Ensuite, si, et seulement s'il y a quelque chose dans le contexte indiquant que le sens est différent du

Il n'est pas interdit de penser que la juge L'Heureux-Dubé croit qu'il y a lieu désormais d'utiliser la méthode contextuelle comme méthode d'interprétation des textes juridiques canadiens. « Avec l'évolution que connaît notre droit dans la foulée de l'adoption des Chartes, avec la reconnaissance grandissante de la pluralité des perspectives autochtones, je crois que l'époque des prémisses sous-jacentes dissimulées est maintenant révolue »²⁸⁰. Plusieurs significations peuvent être données à cette méthode. Celle-ci peut prendre une connotation substantielle en ce qu'elle permet d'examiner l'ensemble des facteurs politiques et sociaux pour interpréter un texte de loi ou demeurer simplement formelle en confinant les interprètes à l'examen « de l'ensemble des textes de loi en vigueur dans le régime juridique pertinent »²⁸¹. Or, voici comment la juge L'Heureux-Dubé définit ce nouveau tournant interprétatif qu'elle estime fondamental pour les années à venir :

*Considérant la multiplicité des termes couramment employés pour désigner ces approches, je désignerai ici par « approche moderne » la synthèse des approches contextuelles qui rejettent l'approche du « sens ordinaire ». Selon cette « approche moderne », on doit tout d'abord considérer notamment, outre le texte, le contexte, les autres dispositions de la loi, celles des autres lois in pari materia et l'historique législatif, afin de cerner correctement l'objectif du législateur. Ce n'est qu'après avoir lu les dispositions avec tous ces éléments présents à l'esprit que l'on s'arrêtera sur une définition.*²⁸²

sens ordinaire, il pourra s'éloigner de ce sens ordinaire. Cette deuxième étape laisse donc entendre que l'interprète a dû jeter, dès le départ, un coup d'œil sur ce contexte afin de déterminer s'il y a ou non une ambiguïté dans le texte. Si tel est le cas, il procédera à une analyse détaillée de ce contexte de façon à obtenir un sens tout à fait clair de la disposition. Or, une telle explication de la règle du sens clair diverge quelque peu d'autres définitions qui furent données à celle-ci par la théorie traditionnelle et auxquelles la juge L'Heureux-Dubé a référé à maintes reprises dans son opinion. En effet, elle rappelle, pour élaborer les assises de sa critique, les commentaires du professeur Zander qui désigne, d'une part, cette règle « *d'approche littérale* » et, d'autre part, la définit comme reposant sur un examen étroit des mots utilisés et ce, indépendamment de toutes les circonstances susceptibles d'expliquer le sens réel qu'on entendait leur donner. Une approche qui défend strictement aux juges de se demander si leur compréhension des mots de l'article a du bon sens dans le contexte en question.

²⁸⁰ 2747-3174 *Québec inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, précité, note 50, 1001.

²⁸¹ D. POIRIER, *op. cit.*, note 118, p. 256.

²⁸² 2747-3174 *Québec inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, précité, note 50, 1002. Nos non-italiques.

Cette volonté d'abandonner la méthode d'interprétation fondée sur le sens ordinaire des mots et d'adopter pour l'avenir « l'approche moderne », ne semble toutefois pas rallier ouvertement les autres juges de la Cour suprême ou, à tout le moins, les intéresser outre mesure. Dans les arrêts susmentionnés, la juge Claire L'Heureux-Dubé s'écarte du consensus en émettant un commentaire particulier sur le sujet.

Dans l'affaire *Verdun*, la Cour suprême devait décider si un véritable actionnaire est un « actionnaire habile à voter » au sens de l'article 143 (1) de la *Loi sur les banques* et pouvant, par conséquent, soumettre une proposition d'actionnaire en vue de son incorporation dans une circulaire de sollicitation de procurations envoyée par la direction de la banque. Exprimant les motifs de la cour, le juge Iacobucci affirme que, pour être habile à voter, un actionnaire doit être un « détenteur inscrit ». Par conséquent, comme les faits démontrent que l'appelant n'était pas le détenteur inscrit de ses actions, il n'était pas qualifié pour voter et soumettre une proposition d'actionnaire. Selon lui, le libellé et le contexte des dispositions en question en rendent le sens clair. Il devient inutile de procéder à une analyse complète des autres techniques d'interprétation que lui ont soumises les deux parties :

[L]a méthode contextuelle ou *structurelle* (*y compris l'application du principe expressio unius est exclusio alterius*) et celle de l'interprétation fondée sur l'objet visé, qui fait appel à la compréhension de ce qu'a pu être l'intention du législateur, particulièrement à la lumière de l'origine des textes de lois comparables en vigueur au Canada [...]. Il y avait aussi une méthode axée sur une politique générale [...]²⁸³

La juge L'Heureux-Dubé, entièrement d'accord avec les conclusions auxquelles le juge Iacobucci est arrivé, apporte néanmoins un commentaire concernant la qualification de la méthode d'interprétation des lois utilisée. La démarche adoptée ne constitue pas une application de la méthode du « sens ordinaire » comme le prétend le juge Iacobucci, mais plutôt l'utilisation de la « méthode contextuelle moderne ». En effet, même si ce dernier a procédé, dans un premier temps, à une analyse des dispositions de la *Loi sur les banques*, il demeure qu'il a fait une étude beaucoup plus approfondie de la question. Même s'il a prétendu le contraire, il a néanmoins comparé les dispositions attaquées à celles d'autres lois

²⁸³ *Verdun c. Toronto-Dominion Bank*, précité, note 84.

fédérales, provinciales et américaines semblables et a examiné plusieurs documents de groupes de travail ainsi que des énoncés de politique. Ceci constitue, pour la juge L'Heureux-Dubé, une démonstration sans équivoque de l'utilisation de la méthode d'interprétation contextuelle moderne²⁸⁴.

Dans l'affaire *Banque Manuwie du Canada*²⁸⁵, la Cour suprême devait déterminer quelle était la bonne façon d'interpréter les contrats de cautionnement. Plus précisément, elle devait déterminer si l'expression « l'attribution d'un délai de paiement [...] ou la modification des conditions de paiement » apparaissant dans un contrat de cautionnement comprenait ou non une situation de renouvellement d'hypothèque. Or, même si cette affaire traite spécifiquement de l'interprétation des contrats, la Cour suprême considère que les règles qui les régissent sont essentiellement les mêmes que les règles d'interprétation des lois.

Selon l'opinion majoritaire, il faut interpréter le contrat de cautionnement de façon à libérer la caution de ses obligations. Les mots qui y sont utilisés sont suffisamment clairs pour permettre de conclure, lorsque l'échéance et le taux d'intérêt sont modifiés sans son consentement, que la caution n'a pas renoncé aux droits que lui confère l'*equity* d'être libérée en cas de renouvellement de prêt hypothécaire. Par ailleurs, ne prenant aucun risque, les juges concluent que même si le texte du contrat était jugé ambigu, la même conclusion prévaudrait en raison de la règle *contra proferentem*. Celle-ci prescrit qu'une clause ambiguë doit être interprétée contre celui qui a stipulé, le créancier, et en faveur de celui qui s'est obligé, le débiteur.

Au contraire, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Iacobucci auraient interprété la clause en question comme comprenant la convention de renouvellement et par conséquent, maintiendraient la responsabilité de la caution. Leur argumentation est fort simple. Les contrats de cautionnement sont des contrats comme les autres qui doivent être interprétés selon les règles ordinaires d'interprétation des contrats. Ainsi, les tribunaux doivent mettre à exécution l'intention des parties. Celle-ci se trouve clairement exprimée dans le contrat de cautionnement comme comprenant la convention de renouvellement.

²⁸⁴ *Id.*, 553.

²⁸⁵ *Banque Manuwie du Canada c. John Joseph Conlin*, précité, note 278.

La juge L'Heureux-Dubé, qui se réserve un commentaire particulier, ne manque pas de réitérer l'importance qu'elle accorde à l'utilisation de la « méthode contextuelle moderne » comme méthode d'interprétation tant pour les actes et les contrats que pour les lois. Elle nuance une fois de plus les propos du juge Iacobucci qui aurait utilisé l'ancienne règle du « sens ordinaire » des mots pour fonder son interprétation et arriver à la conclusion présentée. Elle soutient que l'interprétation qui en a résulté découle plutôt de leur « sens en droit » en raison des termes techniques propres au domaine juridique utilisés dans le contrat. Afin de déterminer le sens exact de l'expression « accorder un délai », les juges Gonthier et Iacobucci ont dû avoir recours à une source d'aide extérieure, soit à des ouvrages spécialisés en droit des affaires outrepassant ainsi son sens ordinaire.

Le jugement qui a été le plus élaboré concernant l'application de la méthode contextuelle moderne demeure sans contredit l'affaire de la *Régie des permis d'alcool*²⁸⁶. La Cour suprême devait alors interpréter les expressions « personne ou [...] organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires » et « tribunal quasi judiciaire » des articles 23 et 56 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne* afin de déterminer si la Régie des permis d'alcool du Québec était soumise à ces dispositions²⁸⁷. Or, même si cette affaire traite plus spécifiquement de l'interprétation de la Charte, la juge L'Heureux-Dubé est d'opinion que ce « pourvoi constitue une bonne occasion de clarifier certains aspects méthodologiques qui sous-tendent cette activité essentielle qu'est l'interprétation juridique »²⁸⁸ et par conséquent, ses remarques s'appliqueront à l'interprétation de n'importe quel texte de loi qu'il soit constitutionnel ou non.

Les faits de cette affaire sont les suivants : une compagnie contestait par voie d'évocation, d'une part, la décision de la Régie

²⁸⁶ 2747-3174 *Québec inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, précité, note 50, 919.

²⁸⁷ La Régie des permis d'alcool a été remplacée en 1993 par la Régie des alcools, des courses et des jeux.

²⁸⁸ 2747-3174 *Québec inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, précité, note 50, 993 et 994.

de lui révoquer ses permis d'alcool pour cause d'atteinte à la tranquillité publique, une sanction fondée sur les articles 75 et 86 (8) de la *Loi sur les permis d'alcool*²⁸⁹. D'autre part, elle remettait en cause la validité de l'article 2 de cette loi parce que, selon elle, la Régie ne respectait pas les garanties d'indépendance et d'impartialité imposées par l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. La Cour supérieure fit droit aux arguments de la compagnie en déclarant invalide et inopérant l'article 2 de la loi susmentionnée²⁹⁰. La décision de la Cour supérieure fut cependant infirmée en Cour d'appel où, à l'unanimité, l'article 2 fut déclaré valide, mais les mentions des articles 75 et 86 (8) de la *Loi sur les permis d'alcool* furent déclarées inopérantes²⁹¹.

La Cour suprême a jugé de façon majoritaire que la Régie des permis d'alcool était un tribunal exerçant des fonctions de nature quasi judiciaire au sens des articles 23 et 56 (1) de la Charte et, par conséquent, qu'elle devait se conformer aux exigences d'impartialité et d'indépendance prévues par ces articles. Toutefois, il fut décidé que, même s'il apparaissait à la lecture du dossier que la Régie avait commis certaines irrégularités dans le traitement de la demande de permis de l'intimée, celles-ci n'étaient pas suffisantes en soi pour invalider l'article 2 de la *Loi sur les permis d'alcool*. En effet, le comportement défaillant ne résulte pas de la loi constitutive de la Régie ou de ses règlements accessoires, mais est plutôt attribuable à un ou des comportements particuliers de ses régisseurs.

La juge L'Heureux-Dubé arrive au même résultat que ses collègues, mais par un tout autre cheminement intellectuel. Selon elle, une interprétation éclairée des articles 23 et 56 de la Charte permet d'arriver à la conclusion que ceux-ci ne sont applicables qu'à un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires dans le domaine des matières d'importance pénale. Par conséquent, comme la décision de la Régie de révoquer le permis d'alcool de l'intimée n'était pas une décision relevant de cette catégorie, l'article 23 de

289 L.R.Q., c. P-9.1.

290 [1993] R.J.Q. 1877 (C.S.).

291 [1994] R.J.Q. 2440, 122 D.L.R. (4th) 553 (C.A.).

la Charte est inapplicable et il n'y avait pas ouverture au recours déclaratoire qui y était prévu. En revanche, elle accueille la requête en évocation, puisque la demande de la compagnie intimée était justifiée, et annule ainsi la décision de la Régie.

Pour justifier ses conclusions, la juge L'Heureux-Dubé prétend avoir utilisé la méthode d'interprétation moderne des textes de loi. En d'autres termes, elle examine, dans un premier temps, le soi-disant sens ordinaire de l'article 23 de la Charte qui s'applique, de prime abord, à n'importe quel organisme administratif accomplissant un acte de nature quasi judiciaire. Elle analyse, par la suite, la disposition constitutionnelle contestée dans différents contextes, soit le contexte immédiat de la disposition elle-même, le contexte élargi, c'est-à-dire le chapitre de la Charte où se trouve la disposition, le contexte général de la loi dans son ensemble et le contexte externe relié à l'ensemble de la législation et de la jurisprudence qui prévalaient au moment de l'adoption de la Charte. Enfin, elle termine son analyse par un examen de l'évolution de la disposition de la Charte à travers le temps, soit l'ensemble de la législation et de la jurisprudence au moment de son adoption.

Cette lecture contextuelle des dispositions pertinentes amène la juge L'Heureux-Dubé à formuler un raisonnement différent de celui de ses collègues. Selon elle, l'intention claire du législateur au moment de l'adoption des articles 23 et 56 (1) de la Charte était de limiter leur application aux organismes prenant des décisions de nature quasi judiciaire dans les domaines d'importance pénale.

Ce que désigne la juge L'Heureux-Dubé comme étant la « méthode contextuelle moderne » n'est, à notre avis, qu'une méthode d'interprétation quelque peu modifiée si on la compare à celle utilisée traditionnellement par les juristes canadiens. Lorsqu'on examine les divers éléments contextuels utilisés, dans ces trois affaires, pour interpréter les dispositions législatives, on remarque une similitude avec la méthode systématique et logique. Ceci n'a donc rien à voir avec l'application d'une véritable méthode contextuelle moderne qui aurait pour effet de changer les paramètres de la théorie traditionnelle de la façon que la conçoivent Ruth Sullivan ou Pierre-André Côté. De la sorte, l'interprétation ne consisterait pas uniquement à découvrir la pensée historique de l'auteur du texte, mais

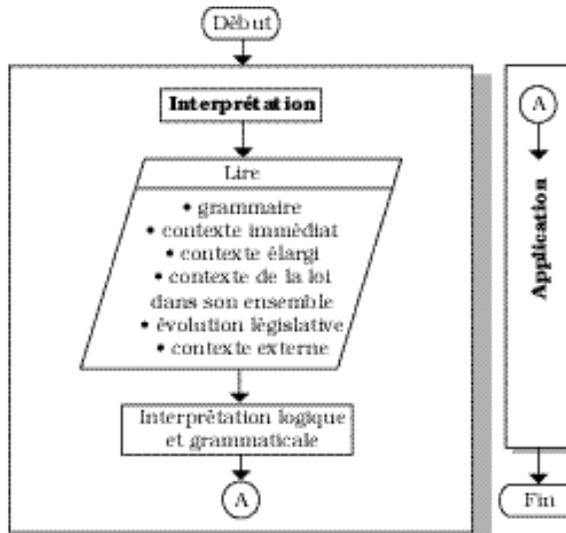
tiendrait aussi compte de l'évolution dynamique de notre droit. L'interprétation poursuivrait ainsi d'autres objectifs comme, par exemple, la prise en compte des conséquences de l'application de la loi et laisserait une place plus importante à la subjectivité de l'interprète dans la découverte du sens de la loi.

Lorsqu'on lit attentivement l'opinion de la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire de la *Régie des alcools*, par exemple, il ne fait aucun doute que l'intention du législateur demeure l'objectif ultime de recherche du sens des textes de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Elle y fait constamment référence tout au long de son jugement dans les termes suivants : « l'intention du législateur apparaît donc clairement », « ce n'est évidemment pas là l'intention du législateur », « il n'est pas certain que le législateur ait cherché à étendre le droit à une audition *viva voce* », « un tel résultat apparaît bien plus comme un effet pervers imprévu [...], que comme un effet véritablement désiré de façon intentionnelle par le législateur », « on présume que le législateur est compétent et qu'il connaît l'ensemble de la législation et de la jurisprudence au moment de l'adoption d'une loi » et encore elle termine son analyse en mentionnant que « le tout donne une vision claire de l'intention du législateur au moment de l'adoption de l'art. 23 et du par. 56 (1) ». Elle laisse ainsi entendre, par l'utilisation de ces expressions, que l'intention recherchée doit être celle que le législateur avait à l'époque où il a adopté les dispositions en question. Son analyse historique des dispositions législatives pertinentes le confirme amplement.

Après avoir déterminé, par une lecture contextuelle des dispositions pertinentes, si le législateur avait l'intention ou non d'étendre un recours quasi constitutionnel en annulation *erga omnes* de la loi habilitante à toutes décisions quasi judiciaires ou seulement aux décisions quasi judiciaires d'importance pénale, la juge L'Heureux-Dubé effectue une vérification dans le monde réel des conséquences en droit d'une telle catégorisation. Elle ne se prête toutefois à cet exercice qu'une fois sa décision rendue, ce qui ne peut plus vraiment avoir d'incidence sur le résultat final.

La figure 5 illustre la méthode contextuelle moderne telle que proposée par la juge Claire L'Heureux-Dubé.

Figure 5
Méthode contextuelle moderne



Par conséquent, il serait discutable d'opposer la méthode traditionnelle à la méthode contextuelle moderne en laissant entendre que la première est statique et non la seconde. Les fondements théoriques sous-jacents de ces deux méthodes sont en partie les mêmes. La principale distinction réside dans le fait que désormais le processus interprétatif ne fera plus l'objet de deux étapes distinctes. Le texte de loi sera examiné au même moment que d'autres éléments contextuels de façon à donner au juge les éléments nécessaires prouvant le sens de la loi en question. Elle applique, en quelque sorte, une des composantes du cercle herméneutique lequel ne peut comprendre un tout sans en comprendre toutes les parties; on ne peut comprendre correctement les parties si on ne les voit pas s'insérer dans le tout qu'elles forment²⁹². Mais ces éléments contextuels qui forment ce tout sont limités. Ils constituent des règles relatives à l'économie des textes qui découlent d'une volonté de tenir compte des relations entre les diverses parties de la loi aussi bien qu'entre celles-ci et les textes environnants.

La juge L'Heureux-Dubé met d'ailleurs en garde ceux qui voudraient pousser la méthode moderne au-delà de certaines

²⁹² H.-G. GADAMER, *op. cit.*, note 172, p. 193 et suiv. et 209 et suiv.

limites en permettant l'examen de l'ensemble des facteurs politiques et sociaux pour interpréter un texte de loi. Elle trouve excessive l'approche dynamique d'interprétation des lois mise de l'avant, entre autres, par le professeur américain William N. Eskridge :

*Ce dynamisme pragmatique d'Eskridge a, à mon avis, pour effet de fournir au judiciaire un fondement justificatif pour manufacturer des interprétations diamétralement opposées à l'objet manifeste d'une loi. Eskridge fonde cette approche sur une opinion exprimée par Aristote dans son Éthique de Nicomaque. Or, cette opinion a une tendance divergente par rapport aux concepts de règle de droit et d'état de droit tels que nous les acceptons aujourd'hui dans nos sociétés démocratiques. Nous devons donc conserver une attitude extrêmement circonspecte par rapport aux opinions socio-politiques exprimées par les auteurs classiques afin d'éviter de fonder le développement de notre système judiciaire sur un soubassement théorique lézardé.*²⁹³

Par ailleurs, la juge L'Heureux-Dubé ne semble accorder aucune place à l'intuition comme mode de connaissance de la science juridique. Elle cite le professeur Lourens M. Plessis à ce sujet : « Il va de soi qu'une interprétation purement ou absolument intuitive constitue, dans le meilleur des cas, un exercice risqué, et il est préférable, aux diverses étapes de l'interprétation, que l'interprète obéisse aussi méticuleusement que possible aux normes applicables »²⁹⁴. Elle reproche au juge de première instance, d'avoir adopté une définition du terme *quasi judiciaire*, prévu à la Charte, de façon intuitive, c'est-à-dire en se fondant sur des impressions non rationalisées. Une lecture informée de la loi selon une démarche interprétative moderne aurait permis d'adopter, selon elle, une définition plus adéquate.

En revanche, elle considère que la discipline juridique aurait beaucoup à apprendre des procédés de logique formelle aristotéliens afin d'atteindre une plus grande rigueur méthodologique. Elle cite les propos de la professeure Martha C. Nussbaum :

Once again, this explicitness and rigor seems to me to have a great deal to offer to the law, which inevitably talks about evidence and knowledge,

²⁹³ 2747-3174 *Québec inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, précité, note 50, 1010; voir aussi : Hannah ARENDT, *La crise de la culture : huit exercices de pensée politique*, Paris, Gallimard, 1972, p. 121-185.

²⁹⁴ Lourens M. du PLESSIS, *The Interpretation of Statutes*, Durban, Butterworths, 1986, aux pages 55 et 57, cité dans 2747-3174 *Québec inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, précité, note 50, 1005.

about interpretation and objectivity, *and about the nature of rationality*.²⁹⁵

Par ce passage, la Cour suprême du Canada vient réaffirmer les principaux paradigmes admis par la science juridique depuis des décennies et qui sont loin de vouloir donner leur place à des valeurs qui privilégieraient davantage le rôle du juge par rapport à celui du législateur²⁹⁶. La recherche de l'objectivité dans l'interprétation du droit réclame, on le rappelle, « une relation de correspondance directe entre le texte et la pensée » de son auteur²⁹⁷. En effet, « si le droit est un fait réel qui possède un sens objectif en lui-même [...], alors une interprétation donnée d'une loi doit être qualifiée d'erronée à chaque fois que la proposition qui l'exprime ne correspond pas à l'intention du législateur contenue dans la loi »²⁹⁸.

Enfin, même si la juge L'Heureux-Dubé prétend que le juge Iacobucci, dans l'affaire *Verdun*, utilise la méthode d'interprétation moderne, il n'empêche que ce dernier se défend bien de tenir compte des conséquences des interprétations proposées. Il se montre cependant ouvert au fait que certaines dispositions de la *Loi sur les banques* étant désuètes, elles avaient besoin d'être réformées pour répondre aux exigences de la réalité actuelle du marché. Il conclut l'exposé de ses motifs comme suit, ce qui nous apparaît assez révélateur de son approche interprétative : « Mais quelque souhaitables ou non souhaitables que puissent être ces modifications, elles relèvent du législateur et non des tribunaux »²⁹⁹. Une telle solution est donc conforme à la théorie traditionnelle de l'interprétation qui s'est toujours réduite à appliquer la loi, malgré sa désuétude, laissant ainsi le soin au législateur d'intervenir pour la rendre plus conforme aux besoins actuels de la société. Aucune initiative de ce genre ne sera prise par le juge qui demeure le serviteur du législateur.

²⁹⁵ M.C. NUSSBAUM, « The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education », 45 *Stan. L. Rev.* 1627 (1993). Nos non-italiques.

²⁹⁶ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique? », (1991) 27 *R.I.E.J.* 77, 85.

²⁹⁷ C.M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 5.

²⁹⁸ L. B. TREMBLAY, *loc. cit.*, note 230, 155.

²⁹⁹ *Verdun c. Toronto-Dominion Bank*, précité, note 84, 564.

Au vu de jugements récents, force est de constater que les arrêts *Régie des permis d'alcool*, *Verdun* et *Banque Manuvie du Canada* ne donnent pas une indication très nette de la position de la Cour suprême en matière d'interprétation des lois ordinaires. Le point de vue de la juge L'Heureux-Dubé, qui a une valeur d'*obiter*, est bien souvent contredit par le juge en chef Lamer.

Or, en 1997, dans l'affaire *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, le juge Iacobucci, qui rédige cette fois-ci la décision majoritaire d'une formation composée aussi des juges Gonthier, Cory, McLachlin et Major, conçoit une méthode d'interprétation qui rejette quelques paramètres de la théorie traditionnelle³⁰⁰. Dans cette affaire, la question était de savoir si, en vertu des articles 40 et 40 a) de la *Loi sur les normes d'emploi* de l'Ontario, des employés avaient le droit de réclamer des indemnités de licenciement et de cessation d'emploi lorsque ces événements résultent de la faillite de leur employeur. Une question d'interprétation législative était donc au centre du litige, car le sens ordinaire des mots employés dans la loi donnait à penser que l'obligation de verser de telles indemnités est limitée aux seuls cas où l'employeur licencie ses employés, ce qui exclut la cessation d'emploi forcée résultant de la faillite. Ce fut d'ailleurs sur cette base que la Cour d'appel de l'Ontario rendit son jugement et conclut que les employés de *Rizzo* n'avaient pas droit aux indemnités de cessation d'emploi et de licenciement.

Le juge Iacobucci considère que la solution à laquelle arrive la Cour d'appel de l'Ontario est incomplète et surtout injuste vis-à-vis les employés qui n'ont pas eu la « chance », disons-le ainsi, d'être congédiés la veille de la faillite de l'entreprise. Il croit donc le moment opportun d'expliquer la méthode d'interprétation législative qu'il privilégie, soit une méthode qui n'est pas fondée sur le seul libellé d'une loi, mais qui cherche avant tout le but de la loi, son objectif. À ce sujet, il s'appuie sur l'article 10 de la *Loi d'interprétation*³⁰¹ ontarienne et cite les propos du professeur Elmer Driedger, à savoir qu'il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global, en

³⁰⁰ *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

³⁰¹ L.R.O., 1980, c. 219 : « Les lois sont réputées apporter une solution de droit et doivent s'interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit pour garantir la réalisation de leur objet selon leurs sens, intention et esprit véritables. » Le libellé de cette disposition est en substance le même que ceux des articles 12 de la *Loi d'interprétation* fédérale et 41 de la *Loi d'interprétation* du Québec.

suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise le mieux avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur³⁰². En 1983, Driedger écrivait que cette règle d'interprétation devrait constituer la nouvelle approche interprétative moderne. Il ne va donc pas aussi loin que le font présentement Pierre-André Côté ou Ruth Sullivan³⁰³ dans l'élaboration d'une nouvelle théorie.

La Cour suprême du Canada, en adoptant la position plus conservatrice de Driedger, démontre qu'elle n'est pas prête à remettre en cause les assises mêmes de notre théorie traditionnelle. Le juge Iacobucci préconise tout au plus une méthode d'interprétation qui met l'accent sur les objectifs du texte législatif même s'il utilise indistinctement, à l'occasion, l'expression « l'intention du législateur » ou « objet de la loi ». En voulant faire échec aux divers principes d'interprétation restrictive des lois, le juge espère que, désormais, les interprètes s'attacheront moins à la lettre de la loi et plus à son esprit³⁰⁴.

Il fut donc décidé que l'objectif des dispositions relatives à l'indemnité de licenciement et à l'indemnité de cessation d'emploi est de protéger les salariés à qui l'on doit donner le temps nécessaire à la recherche d'une autre situation. En définitive, on reconnaît qu'un salarié a fait un investissement dans l'entreprise de son employeur. L'importance de cet investissement est en fonction de la durée du service. L'indemnité de cessation d'emploi, fondée sur les années de service, ne fait que compenser, en toute justice, cet investissement perdu.

Le juge Iacobucci reconnaît ainsi que l'interprétation d'une loi peut donner lieu à des résultats déraisonnables. Si tel est le cas, l'interprète devra à tout prix les éviter, car le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes. C'est ce qu'il a fait en

³⁰² « Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament » : E.A. DRIEDGER, *op. cit.*, note 45, p. 87.

³⁰³ « The treatment of most issues has been modified and expanded and so-called modern principle of construction has been significantly changed » : R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 41, p. vii.

³⁰⁴ Selon certains auteurs, en principe, les tribunaux ne devraient pas avoir besoin d'excuses pour considérer le but de la loi. « Today purposive analysis is a regular part of interpretation, to be relied on in every case, not just those in which there is ambiguity or absurdity » : R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 41, p. 38.

adoptant, à partir de la finalité de la législation en cause, une solution équitable au cas qui lui était soumis.

Il faut admettre, toutefois, qu'avant l'affaire *Rizzo*, certains juges se sont montrés réticents à appliquer l'interprétation littérale de dispositions législatives lorsqu'elle conduisait à des résultats absurdes ou injustes. En 1982, le juge en chef Lamer, dans l'affaire *Paul*, affirmait qu'il fallait s'écarter des règles ordinaires d'interprétation « si, par leur emploi, le droit devait devenir ce que le M. Bumble de Dickens disait qu'il pouvait parfois être un âne, un idiot (Dickens, *Oliver Twist*) »³⁰⁵. Des propos tout à fait surprenants pour celui qui, presque quinze ans plus tard dans l'affaire *McIntosh*³⁰⁶, prétendait que, lorsqu'une législature adopte un texte qui emploie des termes clairs, non équivoques et susceptibles d'avoir un seul sens, ce texte doit être appliqué même s'il donne lieu à des résultats rigides ou absurdes.

En généralisant, à partir de ces arrêts de la Cour suprême du Canada, on peut avancer l'hypothèse que l'interprétation législative oscille entre quatre méthodes.

Premièrement, les méthodes d'interprétation traditionnelles s'appliqueraient désormais strictement au domaine du droit fiscal. Pour interpréter les dispositions de la *Loi sur les déclarations de revenu*, il conviendrait d'appliquer la règle du sens ordinaire, d'une part, en raison des impératifs de stabilité et de prévisibilité du droit, d'autre part, parce que, dans ce domaine, cette règle ne crée pas d'effets secondaires dysfonctionnels.

Deuxièmement, la « méthode contextuelle moderne » telle qu'élaborée par la juge L'Heureux-Dubé serait utilisée pour interpréter les soi-disant lois ordinaires. Cette méthode, qui est une forme de conciliation ou de dépassement partiel de la méthode traditionnelle, deviendrait désormais la méthode officielle pour les juristes canadiens. Tout en maintenant l'idée que l'interprète doit rechercher l'intention d'origine du législateur, ce modèle invite à concevoir l'interprétation comme un processus en une seule étape. Le sens qui émergera à la lecture des mots dans leur contexte immédiat devra être considéré à la lumière d'un contexte interprétatif plus

³⁰⁵ *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621, 662; voir aussi l'importante dissidence du juge Sopinka dans l'affaire *Zeitel c. Ellscheid*, [1994] 2 R.C.S. 142, 153.

³⁰⁶ Précitée, note 12.

large, mais qui fait référence essentiellement à l'organisation des relations entre les différents éléments du discours³⁰⁷. L'interprète doit déterminer le sens des mots non pas isolément, mais dans le cadre d'une totalité linguistique existante.

Troisièmement, pour interpréter le droit administratif et réviser les décisions prises par les tribunaux administratifs, on utiliserait les principaux présupposés de la théorie de la création sujette à des contraintes. Il s'agirait de se demander si l'interprétation retenue est valide, compte tenu du libellé de la disposition interprétée ainsi que des conventions qui prescrivent la méthode d'interprétation acceptée par la communauté juridique.

Quatrièmement, lorsque le législateur utilise, dans la formulation de certaines lois sociales, des notions vagues qui requièrent « une prise de position axiologique »³⁰⁸, les interprètes pourront utiliser des méthodes plus dynamiques. Celles-ci permettent de mettre à jour les lois qui ne répondent plus adéquatement aux besoins actuels d'une société en perpétuel changement. Les frontières entre l'interprétation et l'application des règles de droit deviennent ainsi plus floues. Le juge devra dégager des solutions dictées par l'utilité sociale, l'équité et les valeurs en jeu³⁰⁹.

En définitive, on retrouve en droit canadien une coexistence entre la théorie traditionnelle en deux étapes, la théorie traditionnelle « modifiée » en une seule étape, la théorie de création sujette à des contraintes et une théorie plus évolutive. Nous trouvons discutable une séparation aussi radicale des théories qui contribue à compliquer considérablement le travail des interprètes. Qu'on doive interpréter une loi fiscale, à caractère social, ordinaire ou touchant le droit administratif, l'approche devrait toujours être la même. Nous sommes entièrement de l'avis du professeur Côté, à savoir que « ce n'est pas dans l'existence ou l'inexistence de création que réside essentiellement la distinction entre l'interprétation » d'une loi par rapport à une autre³¹⁰. Toutes les lois demandent que l'interprète s'implique à part entière et qu'il établisse un dialogue avec les normes. La différence réside plutôt au niveau du

³⁰⁷ R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 41, p. 3.

³⁰⁸ C.M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 5.

³⁰⁹ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « Interprétation », *Archives philosophiques de droit* 1650, 185.

³¹⁰ P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 26, 349.

type de contraintes qui prévalent durant l'entreprise interprétative. Celles-ci sont inégales d'une loi à l'autre, ce qui a pour effet de n'autoriser qu'un nombre plus ou moins restreint d'interprétations différentes.

Conclusion : jalons d'un nouveau modèle théorique

Au-delà de certaines différences tenant au particularisme de l'objet interprété, l'analyse du processus d'interprétation nous autorise à mettre en évidence trois dimensions qui traversent cette opération. Elles remettent en cause directement certains paramètres de la théorie traditionnelle et permettent d'esquisser les jalons d'un nouveau modèle théorique.

Tout d'abord, une dimension d'ordre analytique en ce que l'interprète doit posséder un intellect fonctionnant correctement. C'est une condition sine qua non qui lui permettra d'acquérir assez de connaissances juridiques et de culture générale pour « comprendre »³¹¹ le sens original du texte et le garder à l'esprit tout au long du processus d'interprétation. Il devra avoir l'habileté nécessaire pour effectuer « une saisie conceptuelle de l'être » à partir des procédés logiques d'induction, de comparaison, d'appréciation et enfin de déduction. Toutes ces étapes s'avèrent essentielles à la compréhension adéquate d'un texte législatif.

Ensuite, l'interprète doit pouvoir saisir la réalité qui l'entoure et adapter le texte aux cas particuliers qui lui sont soumis. C'est ce qu'on appelle la dimension pratique du processus d'interprétation. Cette activité ne peut être purement mécanique, désincarnée, détachée des préoccupations présentes qui l'entourent. Elle fait appel à l'expérience acquise au fil des années.

[D]ans le domaine du droit, on a affaire à une interprétation pratique, intéressée, en vue de se servir de la réglementation juridique reconstruite, qu'il s'agisse pour ceux dont la conduite est visée d'y obéir, de se conformer à ses prescriptions, ou qu'il s'agisse pour les organes d'application – comme, en particulier, les tribunaux – d'exercer leurs fonctions,

³¹¹ « La compréhension des choses du monde intelligible [...] consiste à prendre ou saisir en soi, au-dedans de soi, dans son esprit, quelque chose qui a une réalité purement intérieure, immanente » : P. AMSELEK, *loc. cit.*, note 184, 1, 7.

*d'émettre des jugements de valeur ou d'édicter des dispositions particulières sur la base de cette réglementation.*³¹²

En faisant intervenir activement les faits dans la détermination du sens, le décideur se retrouvera devant un éventail de choix qu'il devra sélectionner en fonction du cas sous jugement.

Or, sur le plan pratique, le travail de l'interprète serait beaucoup plus pragmatique et actif s'il se déplaçait de la compréhension du texte de loi vers la compréhension et l'application de la règle de droit. Traditionnellement, les juristes canadiens ont eu tendance à confondre le contenu de la règle de droit ou d'une norme de conduite avec la signification du texte de loi. Ceci a eu pour effet d'occasionner de nombreuses confusions ou, du moins, de limiter considérablement le travail de l'interprète. En réduisant le contenu de la règle au sens clair du texte, l'entreprise interprétative s'est vue confinée à une opération essentiellement logique visant « à révéler des significations enfouies, constituées avant même et indépendamment du processus de l'interprétation »³¹³. Pourtant, ces deux notions ne s'identifient pas et, conséquemment, ne doivent être utilisées que pour ce qu'elles sont. Une règle juridique est un énoncé impératif ou prescriptif appartenant à un ordre ou à un système normatif³¹⁴. Un texte de loi est un matériau à partir duquel sera construite la règle. Il est ni plus ni moins « une séquence de signes linguistiques formulée et édictée par voie législative »³¹⁵. La distinction entre le texte de loi et la règle peut renvoyer à l'opposition entre le contenant et le contenu.

Pour mettre au jour le sens clair d'un texte, l'interprète utilise essentiellement des outils sémantiques ou syntaxiques. Son travail, qui s'effectue à partir du monde notionnel, se limite à un simple travail de décalquage³¹⁶. En d'autres termes, une fois le sens du

³¹² *Id.*, 8.

³¹³ C.M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 4.

³¹⁴ André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 266; voir aussi : P. AMSELEK, *loc. cit.*, note 184, 1.

³¹⁵ C.M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 5.

³¹⁶ Selon Paul Amselek, le syllogisme, « c'est en somme l'équivalent sur le plan intellectuel de l'opération matérielle qui consiste à appliquer un modèle de vêtement – un patron – sur un tissu à façonner ou déjà façonné et à faire ainsi apparaître, en quelque sorte en pointillé, les contours que devrait avoir ce tissu (qu'il devrait avoir pour être conforme au modèle en question); cette opération

texte découvert, il doit l'appliquer tel quel à un cas réel sans s'interroger sur les conséquences pratiques. Par contre, si l'interprète doit mettre au jour la clarté de la règle, la démarche sera plus complexe, car de nombreux éléments contribuent à son contenu : la signification du texte, la cohérence des règles entre elles et les conséquences juridiques face à leur applicabilité à un cas concret. C'est la prise en considération de ce dernier élément qui change toute la perspective du travail de l'interprète. Celui-ci n'a d'autre choix que de se placer dans le monde réel pour évaluer la clarté d'une règle qui varie selon les personnes et les circonstances. Le texte qui servira d'indicateur peut paraître clair, mais la règle qu'il invoque ne l'est pas nécessairement³¹⁷.

Enfin, une dimension que nous qualifierons d'« artistique », de manière de faire, d'art de faire, s'avère indispensable au travail de l'interprète. Il fera appel à des facultés de l'esprit qui sont d'un autre ordre que celui de la pure induction logique. Même s'il est vrai que cette dimension est moins facile à définir, elle nous apparaît d'une importance cruciale. Elle permet de faire le pont entre la rigidité des règles et l'acceptation de celles-ci par les justiciables.

D'aucuns pourront qualifier cet aspect de l'interprétation d'« induction artistique-instinctive », de « tact psychologique » ou de « savoir-faire »³¹⁸. En effet, quel que soit le texte à interpréter, seul un esprit juridique authentique donnera à l'interprète-juriste accès à l'au-delà des mots, à l'esprit créateur potentiel contenu dans le signe inerte des textes. Malheureusement, aucun enseignement, aucune école ne peut suppléer à un manque d'« esprit juridique naturel »³¹⁹. C'est pour cette raison qu'il y aura toujours une démarcation entre les interprètes habiles et ceux qui le sont moins.

permet ensuite de guider la main du tailleur pour couper le tissu, ou encore de juger si le vêtement déjà coupé est « correct » ou non » : P. AMSELEK, *loc. cit.*, note 117, 33.

³¹⁷ « Les règles juridiques sont des outils mentaux de ce type autoritairement mis en service, en vigueur, par les pouvoirs publics institués à la tête des populations humaines pour les gouverner : il s'agit de contenus de pensée finalisés, instrumentalisés, chargés de servir à diriger les conduites; ces contenus de pensée fixent des marges de possibilité d'action en fonction des circonstances – marges qu'évoquait précisément chez les Romains la notion même de « jus » dans son sens le plus originaire et que traduit aussi d'ailleurs notre notion de droit qui dénote l'idée même de possibilité, de latitude » : P. AMSELEK, *loc. cit.*, note 184, 2.

³¹⁸ H.-G. GADAMER, *op. cit.*, note 172, p. 21 et suiv.

³¹⁹ Cette expression est de nous.

Nous croyons qu'un texte juridique, tout comme une œuvre musicale, ne peut se comprendre sans un engagement de l'interprète qui l'inclut tout entier, non seulement par son intelligence, mais aussi par son imagination, sa sensibilité et son intuition³²⁰. C'est ce que nous appelons la dimension présente, mais impalpable du droit qui est, à notre avis, exercée par les juges quotidiennement. On en a conscience dans le milieu juridique sans toujours l'exprimer ouvertement.

« Seul un homme qui a le sens musical peut comprendre un texte de musique et en interpréter les mesures », diront certains. « Seul un homme qui a le sens de l'amour, de l'amitié, de la famille, du métier peut comprendre un roman », diront d'autres³²¹. Seul un homme qui a « l'esprit juridique » peut comprendre les textes de loi et les appliquer, dirons-nous. Une noble justice demeurera toujours étrangère à certains juges en raison d'un manque de tact sans lequel on ne peut deviner l'esprit du texte, l'appliquer et l'achever conformément à sa fin. L'intelligence de l'exécutant est fonction de son niveau de culture, non seulement comme la résultante de connaissances pures, mais plutôt comme une connaissance vivante du monde qui l'entoure et qui adhère à son être même³²². À notre avis, les qualités affectives et émotionnelles de l'interprète sont tout aussi importantes que son intelligence et son sens pratique. Si elles venaient à manquer, l'inspiration juridique même serait coupée de sa source et l'interprète perdrait le pouvoir de saisir le texte qui doit

³²⁰ Voir à ce sujet : Joseph C. HUTCHESON, Jr., « The Judgment Intuitive: the Formation of the "Hunch" in Judicial Decision », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929; la juge L'Heureux-Dubé n'est pas très enthousiaste à l'idée d'utiliser l'intuition dans les jugements : « Un exercice d'interprétation à la Humpty-Dumpty n'est en fait rien d'autre qu'une interprétation fondée sur des règles aléatoires ou floues ou qui est accomplie uniquement de façon intuitive ou en se fondant sur des impressions non rationalisées ou encore en omettant de considérer les prémisses sous-jacentes du raisonnement juridique. Il va de soi que les tribunaux doivent éviter ce genre d'exercice d'interprétation » : 2747-3174 *Québec inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, précité, note 50, 1008.

³²¹ Bernard DUPUY, « Herméneutique », dans *Encyclopaedia Universalis*, corpus 11, Paris, 1990, p. 364.

³²² Gisèle BRELET, *L'interprétation créatrice : essai sur l'interprétation musicale*, t. 1, Paris, Presses universitaires de France, 1951, p. 42; voir aussi à cet effet : Jacques GRAND'MAISON, *Quand le jugement fout le camp*, Montréal, Éditions Fides, 1999; l'auteur fait une réflexion critique sur la société nord-américaine qui s'en remet de plus en plus à la logique juridique pour régler les différents problèmes qui se posent.

être appliqué. Nous assisterions alors à des applications sans doute correctes, mais non vivantes du droit canadien.

La distinction que nous faisons entre le raisonnement et l'esprit juridique se rapproche de celle que fait Pascal, dans les *Pensées*, entre l'esprit de finesse et l'esprit de géométrie. Le premier opère par la saisie instantanée des choses qu'il faut voir « d'un seul regard et non pas par progrès de raisonnement, au moins jusqu'à un certain degré ». Le deuxième effectue une démarche déductive faisant appel à des définitions et à des principes rationnels précis. « Le jugement est celui à qui appartient le sentiment, comme les sciences appartiennent à l'esprit. La finesse est la part du jugement, la géométrie est celle de l'esprit. »³²³ Ces deux types d'esprit sont des facteurs utiles à l'interprète qui doit se débattre pour arriver à dégager la finitude des textes juridiques. Riche de ces instruments, il pourra entreprendre avec plus de facilité un dialogue avec tous les intervenants dans le processus judiciaire et fixer un sens qui fera l'objet d'un consensus acceptable entre les parties. Il y a tout lieu de croire que le juge en exercice doit aussi pratiquer son art en misant sur ce que le psychologue américain Carl Rogers appelait une « réaction organismique totale »³²⁴.

Pour toutes ces raisons, nous partageons quelques idées de l'école de la *Sociological Jurisprudence* et du mouvement réaliste américain qui se sont montrés attentifs au rôle que jouent les émotions et les idées dans le processus interprétatif. Selon ses principaux tenants, un juge n'est pas un être de pure raison mais « un citoyen comme les autres qui va devoir essayer d'accomplir aussi bien que possible une tâche ardue dans laquelle les tours de son métier, les techniques de l'art judiciaire vont lui venir en aide »³²⁵. Quand il s'agit de prendre une décision, le juge rencontre les mêmes difficultés que n'importe quel autre homme. Ce qui le différencie du commun des mortels, c'est sans doute la façon dont les arguments doivent être présentés, mais c'est surtout l'autorité de ses décisions³²⁶.

³²³ Blaise PASCAL, *Pensées*, texte établi par Louis Lafuma, préface d'André Dodin, Paris, Éditions du Seuil, 1962, p. 258

³²⁴ Carl ROGERS, *Le développement de la personne*, Paris, Dunot, 1968.

³²⁵ Françoise MICHAUT, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », (1987) 2 *R.I.D.C.* 343, 348.

³²⁶ « *When judges decide cases, they should do what we all do when we face a moral decision. We identify a limited set of alternatives; we predict the most likely*

Le philosophe allemand Edmund Husserl disait que « des sciences purement empiriques produisent des hommes purement empiriques »³²⁷. Le juriste doit éviter que sa science demeure uniquement empirique. La rigueur et le souci de précision – qui sont de bonnes choses en soi – ne doivent pas prendre le pas sur l'idéal de justice que la société veut se donner. Le droit, tout comme l'ensemble des sciences humaines, aurait avantage à se libérer de ses complexes vis-à-vis l'idéal méthodologique des sciences pures. Il aurait beaucoup à gagner à sortir de la rigueur apparente des modèles traditionnels qui imposent, dans le monde notionnel, un programme réglant d'avance les opérations interprétatives minimisant le rôle de création et d'adaptation à la réalité concrète des juristes qui y prennent part.

Au départ, il ne faut jamais perdre de vue que ce sont des êtres humains qui seront jugés avec leur vie, leurs expériences et leurs besoins situés historiquement et culturellement³²⁸. Un processus de prise de décision purement déductif et détaché de la réalité et de l'humanité ne règle pas tout³²⁹. Au contraire, il peut entraîner chez les justiciables de l'incompréhension, de la frustration et l'impression que justice n'a pas été rendue comme il se doit.

Par contre, contrairement à ce qu'on pourrait penser, en pratique, les lois font fréquemment l'objet d'une mise à jour par les juges qui sont conscients de la dimension humaine de la justice.

consequences of following different courses of action; we articulate the values that are important in the context of the decision and the ways in which they conflict with each other; we see what relevant people (judges, scholars) have said about similar issues; we talk with our friends; we drink enormous amounts of coffee; we choose what to do. There is nothing mysterious about any of this. The only thing that makes it appear mysterious is the myth that judges have an advantage the ordinary citizens do not have that allows them to adjudicate value conflicts rationally: legal reasoning » : J.W. SINGER, « The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory », 94 *Yale L.J.* 1, 65 (1984).

327 René LEIBOWITZ, *Le compositeur et son double : essais sur l'interprétation musicale*, Paris, Gallimard, 1986, p. 39.

328 « We need to unfreeze the world as it appears to common sense as a bunch of more or less objectively determined social relations and to make it appear as (we believe) it really is : people acting, imagining, rationalizing, justifying » : Robert GORDON, « New Developments in Legal Theory », cité dans J.W. SINGER, *loc. cit.*, note 326, 63.

329 « If morality and law are matters of conviction rather than logic, we have no reason to be ashamed that our deeply felt beliefs have no basis that be demonstrated through a rational decision procedure or that we cannot prove them to be true or right » : J. W. SINGER, *loc. cit.*, note 326, 57.

Dans certaines circonstances, cette mise à jour s'effectue avec la complicité même du législateur qui emploie des notions vagues et floues dans le libellé de ses textes, afin de donner au discours juridique « la possibilité de rendre compte du monde réel »³³⁰. « On a l'impression qu'ils [...] ont été choisis délibérément pour permettre aux tribunaux d'introduire des facteurs dont la nature ne peut être décrite que d'une manière générale. Ces termes confèrent à la loi une flexibilité particulière aux dépens de la certitude »³³¹. Les termes vagues peuvent être de nature axiologique – « bonne foi »³³², « bonnes mœurs »³³³, « ordre public »³³⁴, « intérêt de la morale »³³⁵ –, ou peuvent simplement demander à être précisés par la prise en compte des conditions spécifiques du cas à l'étude – « délai raisonnable »³³⁶, « dépenses raisonnables »³³⁷. Mais peu importe la nature de ces notions. Elles réclament toutes de l'interprète un apport créatif qui va au-delà de la simple recherche de l'intention historique du législateur et des termes employés. « Le juge aura à leur donner un contenu à la fois en rapport avec la preuve qu'il

-
- ³³⁰ Paul ST-PIERRE, « Le discours juridique : la maîtrise du réel », dans Pierre OUELLET (dir.) avec la collaboration de Khadiyatoullah FALL, *Les discours du savoir : actes du colloque tenu à l'Université du Québec à Chicoutimi lors du 53^e Congrès de l'ACFAS du 20 au 24 mai 1985*, Montréal, Association canadienne-française pour l'avancement des sciences, 1986 p. 245, à la page 252. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs reconnu la légalité de ces notions dans les décisions suivantes : *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 248.
- ³³¹ Ejan MACKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », (1979) 53 *Langages* 33, 35.
- ³³² Voir : *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 6.
- ³³³ Voir : *Loi sur les loteries, les concours publicitaires et les appareils d'amusement*, L.R.Q., c. L-6, art. 20.1; *Code municipal du Québec*, L.R.Q., c. C-27.1, section XIV; *Loi sur le cinéma*, c. C-18.1, art. 81.
- ³³⁴ Voir : *Code civil du Québec*, art. 9; *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1, art. 182.1; *Loi sur l'organisation policière*, L.R.Q., c. O-8.1, art. 124; *Loi sur les loteries, les concours publicitaires et les appareils d'amusement*, précitée, note 333, art. 20.
- ³³⁵ Voir : *Loi sur les valeurs mobilières*, précitée, note 334, art. 182.1; *Loi sur l'organisation policière*, précitée, note 334, art. 124.
- ³³⁶ Voir : *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, art. 193; *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1, art. 133; *Code civil du Québec*, art. 1392.
- ³³⁷ Voir : *Loi sur les assurances*, A-32, art. 93.76; *Code municipal du Québec*, précité, note 333, art. 86; *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3, art. 726.4.20.1 et 965.31.5; *Loi sur les stimulants fiscaux au développement industriel*, L.R.Q., c. S-34, art. 21; *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., c. T-O.1, art. 449.

entend et le contexte juridique »³³⁸. Selon la Cour suprême du Canada :

*[L]es lois qui sont conçues en termes généraux sont peut-être mieux faites pour la réalisation de leurs objectifs, en ce sens que, dans les domaines où l'intérêt public est en cause, les circonstances peuvent varier considérablement dans le temps et d'une affaire à l'autre. Un texte de loi très détaillé n'aurait pas la souplesse nécessaire et pourrait en outre masquer ses objectifs derrière un voile de dispositions détaillées.*³³⁹

Dans certaines circonstances, même lorsque le législateur n'utilise pas une terminologie floue, il arrive aux juges canadiens de tenir compte du réel en procédant par inversion de raisonnement³⁴⁰. Les travaux en psychologie de Karl N. Llewellyn sont tout à fait éclairants sur la compréhension de ce phénomène. Ses conclusions s'appliquent tout aussi bien aux juges, qu'à tout individu devant prendre une décision :

[I]l est rare que la décision réelle soit arrêtée en fonction d'une déduction exacte, formelle du type des déductions de la logique formelle. Le processus habituel était plutôt soit une intuition soudaine – un saut sur le résultat avec lequel disparaissait la tension –, soit une succession d'expériences mentales dans lesquelles l'imagination développait et passait en revue les différentes possibilités jusqu'à ce que l'une ou plusieurs d'entre elles se présentent comme satisfaisantes. Dans les cas courants, la justification raisonnée du résultat constituait un travail subséquent, qui consistait à confronter la décision à l'expérience, à en

³³⁸ P. ST-PIERRE, *loc. cit.*, note 330, 252; selon Paul Ricoeur, « [c]e qu'on a appelé avec regret le flou ou le vague du texte littéraire ne fait plus figure de faiblesse, mais de force, pour ce qu'on peut appeler symétriquement l'« entreprise judiciaire » » : Paul RICOEUR, *Le juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995, p. 167.

³³⁹ R. c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 248, 641.

³⁴⁰ Même si le texte n'est pas rédigé de façon à donner une liberté aussi apparente à l'interprète, les nombreuses études en sémiotique ont bien démontré la « texture ouverte » du langage, ainsi que « la polysémie virtuelle de tous les termes ». Ces éléments d'imprécision sémantique donnent le pouvoir à l'interprète de se manifester, de se rendre présent dans le processus interprétatif. « [...] de l'aveu de théoriciens positivistes comme Hart, les lois les plus explicites ont une open structure, au sens d'un texte ouvert sur des interprétations constructives non prévues » : P. RICOEUR, *op. cit.*, note 338, p. 166; voir aussi à ce sujet: F. OST, *loc. cit.*, note 186, 228; Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires St-Louis, 1976, p. 155 et suiv.; P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 21, p. 261 et suiv.

*mesurer le caractère acceptable, à la conforter et à persuader les autres de son bien-fondé.*³⁴¹

Même si cette pratique n'est pas toujours décelable, ou du moins quantifiable, il n'en demeure pas moins que la doctrine canadienne en a fait état à quelques reprises³⁴². On n'a, pour se convaincre de son existence, qu'à prendre connaissance du libellé de certains jugements. Bien souvent, on a tendance à occulter non seulement les particularités du litige, mais aussi les facteurs qui ont vraisemblablement guidé l'interprète dans sa prise de décision et ce, afin de ne pas contrevenir aux présupposés de la théorie traditionnelle³⁴³. À titre d'exemple, dans l'affaire *Stewart*, les juges de la Cour suprême du Canada, pour déterminer le sens de l'expression « une chose quelconque » employée à l'article 283(1) du *Code criminel*, ont vraisemblablement été influencés par les conséquences de son application au cas concret qui leur était soumis³⁴⁴. Il aurait été injuste, en l'occurrence, de condamner l'accusé pour vol d'information alors qu'une personne qu'il croyait avoir des liens avec un syndicat l'avait engagé pour obtenir une liste de noms, adresses et numéros de téléphone des employés du Constellation Hotel. Par conséquent, les juges ont donné une interprétation étroite à l'article 283 du *Code criminel*, de façon à ce que le vol d'une « chose quelconque » n'englobe pas les renseignements confidentiels dont il était question. Une autre interprétation de cet article aurait pu, à notre avis, être possible.

Ainsi, en raison des trois dimensions qui traversent le processus de compréhension, d'interprétation et d'application d'un texte législatif, celui-ci prend la forme d'une spirale. Ce mouvement circulaire va au-delà de la simple recherche d'une relation entre l'occurrence d'un mot, l'ordre d'une disposition et l'ensemble d'un

³⁴¹ K.N. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition*, p. 11 et suiv. (1960), passage traduit par F. MICHAUT, *op. cit.*, note 325, p. 347.

³⁴² P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 26, 343; R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 41, p. 132 et suiv.

³⁴³ « La majorité des juges effectuent un travail d'interprétation bien plus important que ne le laisse supposer l'utilisation du syllogisme normatif et de la théorie du sens clair. Pour de nombreuses raisons, ces derniers ne disent pas toujours ce qu'ils font et ne font pas toujours ce qu'ils disent. Ils refoulent en quelque sorte les motifs qui ont guidé leurs décisions comme si leurs choix étaient honteux et qu'il valait mieux les passer sous silence. »

³⁴⁴ *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963.

corpus législatif³⁴⁵. Ce mouvement s'insère dans l'ensemble beaucoup plus vaste de la réalité concrète. « Ainsi, plus qu'un paramètre qu'il conviendrait d'utiliser afin de valider l'interprétation, le texte est un objet que l'interprétation construit au cours de l'effort circulaire qui consiste pour elle à se valider à partir de ce qu'elle façonne comme son résultat. »³⁴⁶ La complexité du raisonnement humain, à laquelle n'échappent pas les juges, fait en sorte qu'il devient difficile de consacrer un modèle linéaire de communication comme décrivant et expliquant tout le phénomène de l'interprétation des lois³⁴⁷. Les interprètes, même s'ils ne le manifestent pas toujours ouvertement, ne se tiennent pas « en dehors des circonstances qu'ils jugent »³⁴⁸. Ils expérimentent, au contraire, différentes solutions et retiennent celles qui leur apparaissent les plus justes compte tenu de l'enjeu d'un éventuel différend.

*Decisionmaking is, therefore, polycentric, and thus cannot be linear and purely deductive. Instead, it is spiral and deductive: We consider the consistency of the evidence for each value before reaching a final decision, and even then check our decision against the values we esteem the most. Given this web of beliefs and the spiral form of decisionmaking, an individual's reasoning will depend very much on the context of the case at hand, and specifically on the relative strength of each consideration.*³⁴⁹

Certes, il y eut une époque où le problème de la concrétisation des normes ne se posait pas vraiment, car la société évoluait à pas de tortue, en vase clos. En raison du peu de changement qu'il y avait, la compréhension d'une loi était toujours actuelle. On pouvait appliquer, de façon systématique, des textes législatifs qui respectaient en tout point le consensus social qui les avait vu naître.

³⁴⁵ « [T]oute interprétation donnée portant sur une certaine portion d'un texte peut être acceptée si elle est confirmée par, et elle doit être rejetée si elle est contestée par, une autre portion du même texte. En ce sens, la cohérence textuelle interne contrôle les parcours du lecteur, lesquels resteraient sans cela incontrôlables » : U. ECO, *op. cit.*, note 71, p. 59.

³⁴⁶ *Id.*

³⁴⁷ Par modèle linéaire de communication, on entend un processus se déroulant toujours suivant un mouvement unidirectionnel de la gauche vers la droite. Autrement dit, l'information transmise par le destinataire et contenue dans le message parvient intacte au destinataire.

³⁴⁸ C.M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 20.

³⁴⁹ W. ESKRIDGE et P.P. FRICKEY, « Statutory Interpretation as Practical Reasoning », 42 *Stan. L. Rev.* 321, 348 (1990).

Dans une société où les ordinateurs deviennent désuets après six mois, pourquoi le droit devrait-il, de son côté, rester ou du moins paraître fixe³⁵⁰? « Vivons-nous encore au temps des diligences, des fabriques et de la marine à voile? Notre droit n'aurait-il donc pas suivi les progrès de l'économie, des sciences et des mœurs? »³⁵¹ Il serait hasardeux d'incruster le processus interprétatif canadien dans de vieux modèles qui ont pour effet de contraindre les interprètes. Il nous semble plus à-propos de les laisser faire occasionnellement des mises à jour à la lumière du contexte de la société actuelle et, par conséquent, d'exposer honnêtement les critères qui ont joué dans leurs prises de décision. En respectant ces données, nous croyons que les justiciables reconnaîtront la justice comme partie intégrante de leur évolution.

*Si le peuple ne reconnaît pas sa voix dans le droit auquel il doit se soumettre, c'est parce que ce n'est pas sa voix. L'entreprise idéologique consiste à le lui faire croire, mais l'analyse du niveau plus profond de la rationalité juridique montre que le droit vit alors d'un souffle propre. Reste à savoir qui le lui a donné, et comment le peuple pourrait récupérer sa fonction de diseur du droit.*³⁵²

Ainsi, la préoccupation des juristes-praticiens devrait être davantage orientée sur la façon d'appliquer les règles de droit dans le monde réel que sur celle de les interpréter³⁵³. Il serait souhaitable que les efforts tendent à développer un peu plus le processus d'application afin de s'assurer que le texte de loi, à partir duquel

³⁵⁰ Le droit n'est pas le seul domaine de la connaissance humaine à se faire reprocher son conservatisme. La profession comptable a fait l'objet de nombreuses critiques. On reproche aux praticiens d'établir le bilan d'une entreprise à partir des coûts d'origine, ce qui ne rend pas toujours compte de la valeur marchande de l'entreprise. Une telle façon de faire, bien qu'objective, éloigne les états financiers de la réalité et peut desservir le public investisseur; voir à ce sujet : G.L. JOHNSON et J.A. GENTRY, *Firney and Miller's Principles of Accounting*, 8^e éd., p. 32 et suiv. (1980); Michel BERNARD, *Introduction à la comptabilité financière*, Chicoutimi, Gaëtan Morin éditeur, 1986, p. 5 et 6.

³⁵¹ André-Jean ARNAUD, « Repenser un droit pour l'époque post-moderne », (1990) *Le courrier du CNRS, les sciences du droit* 81.

³⁵² André-Jean ARNAUD, « Du bon usage du discours juridique », (1979) 53 *Langages* 117, 124.

³⁵³ Selon Paul Ricoeur, « le syllogisme juridique ne se laisse pas réduire à la voie directe de la subsumption d'un cas sous une règle, mais doit en outre satisfaire à la reconnaissance du caractère approprié de l'application de telle norme à tels cas » : P. RICOEUR, *op. cit.*, note 338, p. 178.

justice sera rendue, soit actualisé et que l'ordre juridique, dans sa totalité concrète, soit considéré³⁵⁴.

Selon le discours officiel, le monde notionnel dans lequel s'effectue le processus interprétatif paraît très développé. Le monde réel, quant à lui, semble laissé-pour-compte, mais nous comprenons que c'est dans le but de répondre aux directives d'un rédacteur soucieux de voir l'intention du législateur respectée en tout point. L'interprète traditionnel ne fait une incursion dans le monde réel que pour y appliquer simplement le droit aux faits. Là s'arrête officiellement sa responsabilité. Une telle distorsion entre ces deux mondes nous laisse perplexe et nous amène à reconsidérer le processus interprétatif général dans une toute autre perspective.

Le foyer de la justice ne devrait pas être exclusivement la loi abstraite, mais plutôt la réalité qui donne la juste mesure du cas à l'étude. « *Statutory interpretation should be pragmatic, in that the interpreter has a responsibility to take practice seriously and to consider the consequences of different interpretative choices.* »³⁵⁵ Dans un modèle théorique éventuel, il nous apparaît opportun de réunir, par mode de réduction à l'unité ou de fusion, les mondes notionnel et réel afin que la pratique du droit ne se retrouve plus confrontée à deux univers juridiques séparés et sans aucune interaction. Nous croyons que « le sens juridique rejette ce dualisme » ainsi que, de façon générale, la pratique judiciaire³⁵⁶.

*Dans cette commune référence à cette même réalité une et multiple, essentielle et existentielle, nous trouvons l'issue de l'antinomie abstrait/concret. Le dualisme des deux droits est dépassé dans l'unité sans confusion de la loi, norme abstraite, et du droit, chose concrète.*³⁵⁷

³⁵⁴ Dans ce sens, on verra l'américain William N. ESKRIDGE, *Dynamic Statutory Interpretation* (1994); « The New Textualism », 37 *U.C.L.A. L. Rev.* 621 (1990); du même auteur : « Dynamic Statutory Interpretation », 135 *U. Pa. L. Rev.* 1479 (1986-87); W. ESKRIDGE et P.P. FRICKEY, *loc. cit.*, note 349, 321; voir aussi : Paul MICHELL, « Just Do It! Eskridge's Critical Pragmatic Theory of Statutory Interpretation », (1996) 41 *McGill L.J.* 713.

³⁵⁵ W.N. ESKRIDGE, *op. cit.*, note 354, p. 175 et 176.

³⁵⁶ P.I. ANDRÉ-VINCENT, *loc. cit.*, note 52.

³⁵⁷ *Id.*, 146.

Une simple réflexion sur le sujet nous amène à réaliser que le monde abstrait de la loi est du réel pensé, tandis que le monde réel constitue de l'abstrait en devenir. Ce sont deux mondes en perpétuelle copénétration qui se nourrissent mutuellement pour produire des normes juridiques.

*Une loi existant à part du réel, comme les idées divines de Platon, n'est pas une loi humaine. La législation la plus idéaliste ne part pas de rien : le cerveau du législateur, bien ou mal, peu ou prou, était en connexion avec le réel, sans quoi il y a chimère cornue et non loi. Cette référence concrète qui était au départ de l'abstraction ne peut être perdue en cours de route; et nous la retrouvons à l'arrivée : dans tous les cas concrets d'exécution de loi; c'est en vue de ces cas que la loi a été faite à partir de cas semblables. Au reste la réalité visée par la loi n'est pas seulement une collection de cas individuels, un catalogue d'intérêts particuliers, c'est l'ensemble organique de ces intérêts qui est visé par le législateur. Le réalisme de la loi s'affirme au point même où elle élève son effort d'abstraction pour globaliser.*³⁵⁸

Par contre, qu'on le veuille ou pas, il y aura toujours la loi dont on « s'inspirera pour rendre jugement ». Nous ne sommes pas partisane de l'école du droit vivant qui prend parti contre la raison et élimine les normes légales pour laisser toute la place au libre jeu du lecteur³⁵⁹. « Il y a des limites [...] à l'individualisation du droit. Par sa nature, l'univers juridique requiert une certaine homogénéité, une certaine unité dans la diversité des méthodes et des sources de droit. Parmi ces sources on ne peut mettre entre parenthèses la loi : ce serait abolir le régime de l'État de droit, et pratiquement, la société »³⁶⁰. Les contraintes ou les limites du monde notionnel seront toujours présentes de façon à démontrer que toutes les interprétations n'ont pas la même valeur³⁶¹. Elles

³⁵⁸ « Le vrai droit est donc un droit "concret" celui qui est élaboré par des actes individuels et, tout spécialement celui que définissent avec autorité les décisions judiciaires. Ce droit concret s'oppose au droit "abstrait" de la loi. Pourtant il en découle. L'interprétation est le passage de l'abstrait au concret (qualification du cas) et du concret à l'abstrait (subsumption) » : *id.*, 135 et 136.

³⁵⁹ « Quelqu'un pourrait dire qu'un texte, une fois détaché de son émetteur (aussi bien que de l'intention de ce dernier) et des circonstances concrètes de son émission (et par conséquent du référent visé), flotte (pour ainsi dire) dans l'éther d'une série potentiellement indéfinie d'interprétations possibles » : U. ECO, *op. cit.*, note 71, p. 37.

³⁶⁰ P.I. ANDRÉ-VINCENT, *loc. cit.*, note 52, 146.

³⁶¹ Sur ce point particulier, on consultera : F. OST, *loc. cit.*, note 186; U. ECO, *op. cit.*, note 16; Jean-Pierre COMETTI, « L'intention du texte ou les figures de l'évêque Wilkins », (1995) 51 *Revue générale des publications françaises* 94.

comprennent la formulation d'un texte de loi ou son sens littéral³⁶², son histoire législative, sa finalité ainsi que les autres éléments du système juridique³⁶³. Ces contraintes auront plus ou moins de poids, selon l'âge de la loi et le libellé de son texte³⁶⁴.

*When the statute at issue is of recent origin or is particularly detailed, the textual or historical perspective will most likely control. When the statute is older or there has been a significant shift in public values, however, the evolutive perspective will usually be most important.*³⁶⁵

Ainsi, le juge se trouve soumis à différents « préalables herméneutiques » lorsqu'il procède à l'interprétation des lois. Celle-ci n'aborde jamais les textes législatifs de façon neutre et objective comme le voudrait la théorie traditionnelle. Le juge a, face à l'objet à interpréter, des attentes, des motivations qui engendrent des projections de sens inévitables. L'« historicité » du juge, son appartenance à une tradition deviennent en quelque sorte des limites à la compréhension des problèmes qui lui sont soumis³⁶⁶. Il n'aura accès à la réalité des choses qu'à travers son « horizon », c'est-à-dire ses acquis intellectuels et son vécu émotionnel.

Pour toutes ces raisons, nous croyons que « le jeu du langage juridique durant l'entreprise interprétative est mené au carrefour d'aspects pragmatiques, de contraintes normatives et de préalables herméneutiques qui n'autorisent qu'un nombre restreint d'interpré-

³⁶² Selon Umberto Eco, « à l'intérieur des limites d'une certaine langue, il existe un sens littéral des items lexicaux, celui que les dictionnaires enregistrent en premier, celui que l'homme de la rue citerait en premier si on lui demandait le sens d'un mot donné » : U. ECO, *op. cit.*, note 16, p. 12.

³⁶³ Ces types de contraintes sont comprises, à notre avis, dans la notion d'*intentio operis* ou l'intention de l'œuvre proposée par U. ECO, *op. cit.*, note 71, p. 9; contrairement au modèle traditionnel, ces éléments ne sont plus perçus comme des outils permettant de découvrir l'intention du législateur historique, mais plutôt comme des bornes qui viennent baliser le travail de l'interprète. Ainsi, la notion d'intention du législateur n'est plus un objectif interprétatif en soi, mais un outil de création de sens.

³⁶⁴ W.N. ESKRIDGE et P.-P. FRICKEY, *loc. cit.*, note 349, 321.

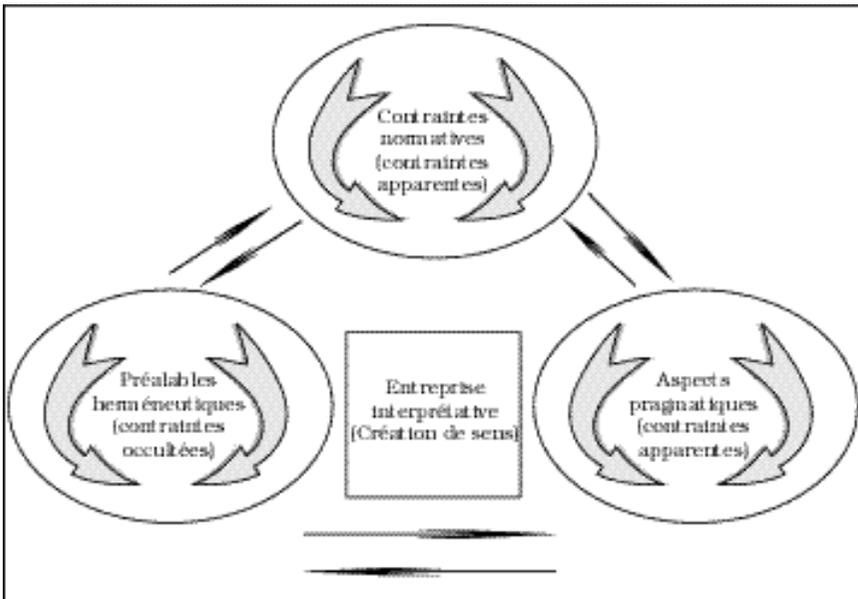
³⁶⁵ N. S. ZEPPOS, *loc. cit.*, note 176; devant une loi vieillie qui ne remplit plus les objectifs désirés, l'interprète n'aura d'autres choix que d'accorder moins d'importance aux contraintes du monde notionnel et plus à celles du monde réel.

³⁶⁶ Jean GRONDIN, *L'universalité de l'herméneutique*, Paris, P.U.F., 1993, p. 167.

tation différentes »³⁶⁷. En effet, ce sont ces différents éléments qui viennent baliser le choix de l'interprète parmi les sens possibles d'une disposition législative. Cette relation pourrait se schématiser comme suit :

Figure 6

Les différentes contraintes de l'entreprise interprétative



Ainsi, le choix de l'interprète est limité par deux grands types de contraintes : apparentes et occultées. Les contraintes apparentes se rapportent au contexte linguistique, historique et systématique de la législation à l'étude, ainsi qu'aux « exigences du raisonnable dans le cas d'espèce »³⁶⁸. Elles sont facilement identifiables et peuvent faire l'objet, du moins en ce qui a trait au texte, d'une analyse logique. Par contraintes occultées, on entend tous les préjugés qui viennent influencer la compréhension préalable de l'interprète. Elles « agissent [...] comme des conditions quasi

³⁶⁷ C.M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 21.

³⁶⁸ P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 26, 349; voir aussi : Jerzy WROBLEWSKI, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », (1972) 17 *A.P.D.* 51.

transcendantales du comprendre »³⁶⁹ et s'expriment à travers l'intelligence, l'expérience et la perspicacité du juge.

On n'y retrouve donc pas, comme pour le modèle interprétatif traditionnel, des étapes distinctes et successives de la « technique du comprendre » que l'interprète doit minutieusement respecter au nom de l'objectivité et de l'impartialité du système judiciaire³⁷⁰. Tous les éléments de la compréhension interagissent lorsque vient le temps pour le juge de choisir un sens³⁷¹. Il passe d'un élément à un autre, sans ordre précis, confronte ses résultats en vertu des contraintes qui lui sont imposées, consciemment ou non, et peut reprendre ce processus jusqu'à ce qu'il trouve la solution la plus acceptable. Par contre,

[c]e cercle n'est pas un tourner-en-rond logique, typique par exemple de la définition qui intègre le défini comme un de ses éléments, ou encore de la définition d'une chose par une autre, elle-même définissable uniquement par la première, mais il s'avère plutôt l'expression même de la structure de préalables (*Vor-struktur*) de l'existence humaine en tant qu'être-là comprenant et interprétant.³⁷²

Nous faisons un pas de plus que la juge Claire L'Heureux-Dubé dans l'affaire de la *Régie des permis d'alcool*³⁷³ qui, on le rappelle, appliquait une des composantes de ce cercle herméneutique, à savoir qu'un interprète doit déterminer le sens des mots non pas isolément, mais dans « le cadre général d'une totalité linguistique existante »³⁷⁴. Sa remise en cause de la théorie tra-

³⁶⁹ J. GRONDIN, *op. cit.*, note 366, p. 166.

³⁷⁰ Même en musique, les critiques furent nombreuses concernant l'utilisation intempestive de la technique. Selon Gisèle Brelet, « édifier en soi une technique mécanique, artificielle, c'est se priver de cette simple spontanéité qui sait rendre opportun l'imprévisible et qui donne ainsi à l'exécutant son accent d'actualité » : G. BRELET, *op. cit.*, note 322, p. 467.

³⁷¹ Le professeur William Eskridge a, pour sa part, bien saisi la relation dialectique qui existe entre le texte, le législateur et son lecteur. Il s'est largement inspiré de la philosophie pratique d'Aristote pour construire un modèle interprétatif plus conforme, selon lui, aux stratégies d'interprétation actuelles de la Cour suprême des États-Unis : W.N. ESKRIDGE, *op. cit.*, note 354; W. ESKRIDGE et P.P. FRICKEY, *loc. cit.*, note 349, 348.

³⁷² Fernand COUTURIER, *Herméneutique : traduire, interpréter, agir*, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 1990, p. 149.

³⁷³ 2747-3174 *Québec inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, précité, note 50.

³⁷⁴ La juge L'Heureux-Dubé rejoint sur ce point la pensée de Friedrich SCLEIER-MACHER, *Herméneutique*, traduit de l'allemand par Marianna Simon avec un avant-propos de Jean Starobinski, coll. « Lieux théologiques », Genève, Labor et Fides, 1987.

ditionnelle ne traitait que d'un aspect de la problématique interprétative, soit des contraintes normatives. Ceci constitue, à notre avis, un bon départ, mais il aurait été nécessaire de pousser plus loin l'exercice de façon à englober tous les éléments qui doivent être considérés dans une véritable entreprise interprétative.

Par ailleurs, en prenant conscience que le raisonnement juridique peut se libérer d'une quête absolue de certitude, d'objectivité et de neutralité, on ne peut faire autrement qu'espérer désormais un peu plus de transparence dans la rédaction des jugements. Ainsi, l'utilisation de « procédés institutionnalisés et méthodologiquement contrôlables »³⁷⁵, comme ceux proposés par notre théorie traditionnelle, complique singulièrement tout le processus décisionnel. Ces procédés requièrent plus d'acuité et d'intelligence qu'il n'en faudrait normalement en obligeant les juges à « adapter le moins mal possible le droit tel qu'ils le rencontrent dans les textes, aux situations de la vie quotidienne (souvent des cautères sur une jambe de bois!) »³⁷⁶.

Une nouvelle façon de procéder entraînerait, certes, plus d'insécurité, mais en même temps, une fois acceptée, responsabiliserait davantage les différents intervenants au processus judiciaire. Ce n'est pas l'auteur d'une loi qui doit supporter l'odieux d'un résultat injuste et inéquitable. C'est plutôt celui qui l'applique. Il nous apparaît important de donner un rôle plus actif aux gens qui sont près de la réalité et qui peuvent, à la lumière des situations qui leur sont présentées, identifier les besoins particuliers des parties en cause. L'intégrité de la justice est à ce prix.

³⁷⁵ C.M. STAMATIS, *loc. cit.*, note 39, 6. Par ailleurs, cette pratique négative discrédite, à notre avis, la justice et entraîne une perte de confiance dans le système judiciaire. Chaque fois que le public ne peut débattre et critiquer les vraies raisons qui ont poussé un juge à prendre une telle décision, c'est la foi en la justice qui est atteinte.

³⁷⁶ A.-J. ARNAUD, *loc. cit.*, note 351, 81.

