

Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*: le *reading in*, le *reading down*, l'interprétation large, l'interprétation atténuée, etc.!

Danielle PINARD

Résumé

Au cours de la dernière décennie, la Cour suprême du Canada a considérablement élargi la gamme des sanctions qui peuvent être imposées à l'occasion d'un prononcé d'inconstitutionnalité d'une règle de droit d'origine législative. Une lecture superficielle de propos judiciaires récents sur cette question laisse cependant une impression de confusion importante. En quoi l'interprétation d'une loi peut-elle logiquement en constituer la sanction d'inconstitutionnalité? Comment peut-on parler d'interprétation large d'une disposition législative dont on limite la portée? Ou imposer à la fois l'interprétation large *et* l'interprétation atténuée comme sanctions d'une même inconstitutionnalité? Le présent texte tente de cerner certaines pistes d'explication de ce désordre apparent, au nombre desquelles on retrouve une confusion entre l'interprétation d'une loi et l'imposition d'une sanction d'inconstitutionnalité, une traduction française approximative de certains termes clés, et, par dessus tout, l'absence de distinction entre la sanction d'une règle de droit inconstitutionnelle et la mise en œuvre matérielle de cette sanction dans le texte de la disposition législative qui l'exprime. Il propose une démarche formellement rigoureuse en matière de sanction d'inconstitutionnalité, qui distingue la conceptualisation de la règle de droit dont on conteste la constitutionnalité, la qualification du pro-

blème constitutionnel, la détermination des sanctions disponibles, la considération de critères de choix, et, enfin, l'expression concrète de la sanction dans le libellé de la disposition législative.

Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*: le *reading in*, le *reading down*, l'interprétation large, l'interprétation atténuée, etc.!

Danielle PINARD*

Introduction	425
1- La confusion conceptuelle ambiante	425
1.1. Interprétation, ou sanction d'inconstitutionnalité?.	426
1.1.1. Confusion	427
1.1.2. Distinction des étapes: interprétation et sanction	429
1.1.3. Pistes d'explication de la confusion	434
A) Des lieux de ressemblance	434
i) Processus	434
ii) Résultat ultime	441
B) Contentieux de partage	442
C) Version française	445
1.2. Des distinctions entre des sanctions d'inconstitutionnalité	449

* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal. Je remercie les étudiantes et étudiants suivants: Rasha Hojeige, Florence Paul et Sébastien Jetté pour leur aide dans le repérage des sources, et Laurent Ouellet pour son travail d'édition.

1.2.1.	<i>Reading down</i> et <i>Reading in</i>	450
A)	L'établissement de la distinction: le principe et les incohérences	450
B)	Incertitudes et incohérences: les suites.	455
1.2.2.	Dissociation et <i>Reading down</i>	460
2-	Proposition en vue d'une clarification conceptuelle	465
2.1.	Abstraire, qualifier et conceptualiser	466
2.1.1.	Au-delà de la forme: abstraire la règle de droit	466
2.1.2.	Qualifier le problème constitutionnel	472
2.1.3.	Conceptualiser les possibilités de sanction	474
2.2.	Décider et mettre en forme	479
2.2.1.	Décider: les critères de choix	479
2.2.2.	Mettre en forme la correction matérielle	480
	Conclusion	484

INTRODUCTION

Vingt ans après l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹, dix ans après un arrêt de principe portant sur la question², la communauté juridique canadienne tente toujours de systématiser l'approche des sanctions d'inconstitutionnalité. Du *reading down* au *reading in*³, ou encore de l'interprétation large à l'interprétation atténuante, on se perd.

Je tente, dans le présent texte, d'illustrer certains aspects importants de la confusion qui règne dans le discours sur les sanctions et d'en donner des pistes d'explication. Je suggère ensuite une approche, en vue de ce qui serait, je l'espère, une clarification conceptuelle.

Il s'agit d'une réflexion sur la méthodologie judiciaire. Il est maintenant reconnu que les tribunaux imposent à des règles de droit législatives⁴ des sanctions d'inconstitutionnalité qui ont pour effet, non plus simplement de les rendre inopérantes, mais bien de les modifier. Je tiens ce pouvoir pour acquis, et n'en discute aucunement la légitimité. Je ne fais que plaider, encore une fois, en faveur d'une plus grande rigueur dans la méthode.

1- LA CONFUSION CONCEPTUELLE AMBIANTE

La distinction entre l'interprétation de la règle de droit dont on conteste la constitutionnalité et l'imposition de sanctions suite

1. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c. 11, ci après: la *Charte*.
2. *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 75, ci-après: *Schachter*.
3. Une francophone qui décide d'écrire un texte sur les sanctions d'inconstitutionnalité telles qu'elles sont discutées par la Cour suprême du Canada fait face à un dilemme de taille. Elle sait que les concepts utilisés pour décrire la chose sont généralement conçus et écrits dans la langue de Shakespeare et qu'ils sont ensuite traduits, la pensée étant ainsi souvent trahie. Dans quelle langue aborder le problème? Utiliser le vocable original anglais des concepts, et ainsi parsemer un texte français de termes anglais précis? Utiliser les mots de la traduction française des jugements ne peut que perpétuer la confusion qu'elle souhaite dénoncer. En inventer de nouveaux risque de l'accroître. On fera preuve ici de pragmatisme: aucune décision définitive sur le choix des termes; être le plus claire possible, selon les contextes.
4. On ne s'intéressera pas dans ce texte aux autres règles de droit, comme les règles de common law développées par les tribunaux.

à un prononcé d'inconstitutionnalité semble obscurcie par de nombreux propos jurisprudentiels (1.1.). De même, l'explication de différentes sanctions d'inconstitutionnalité est parfois fort énigmatique (1.2.).

1.1. Interprétation, ou sanction d'inconstitutionnalité?

Le fait de ne pas distinguer l'étape de l'interprétation d'une loi de celle de l'imposition d'une sanction d'inconstitutionnalité en vertu du principe de la suprématie de la Constitution prévu au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵ engendre une part importante de la confusion qui règne dans la discussion jurisprudentielle des sanctions⁶.

On connaît les dangers d'utilisation d'un même terme pour désigner des réalités différentes. À défaut de savoir distinguer entre l'étape initiale de l'interprétation d'un texte législatif et celle de la modification que lui apporte ultérieurement une juge à titre de sanction d'inconstitutionnalité, on ne peut que se perdre dans les concepts de *reading in* et de *reading down*, d'interprétation large et d'interprétation atténuée.

Après avoir illustré la confusion à l'aide de certaines décisions judiciaires (1.1.1.), et insisté sur la distinction conceptuelle incontournable entre l'interprétation et l'imposition de sanctions d'inconstitutionnalité (1.1.2.), on abordera certaines pistes d'explication de cette confusion pernicieuse (1.1.3.).

5. «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.»: *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 1, par. 52(1).

6. Ce traitement parfois indistinct des questions d'interprétation et de sanctions, manifeste dans la jurisprudence, se retrouve aussi en doctrine. Voir, par exemple, Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Carswell, édition sur feuilles mobiles avec mises à jour annuelles, qui aborde ce qu'il appelle le «*reading down*» tant dans sa discussion de l'interprétation des lois dont la constitutionnalité est contestée (p. 15-23: «The «*reading down*» doctrine requires that, wherever possible, a statute is to be interpreted as being within the power of the enacting legislative body [...] *Reading down* is simply a canon of construction (or interpretation)») que dans le chapitre de son ouvrage qui porte sur les sanctions de lois déclarées inconstitutionnelles (p. 37-16: «*Reading down* is the appropriate remedy when a statute will bear two interpretations, one of which would offend the *Charter* of Rights and the other which would not. In that case, a court will hold that the latter interpretation, which is normally the narrower one (hence *reading down*) is the correct one.»). Voir aussi Ruth SULLIVAN, *Sullivan and Driedger On the Construction of Statutes*, 4^e éd., Toronto, Butterworths, 2002, qui traite de ce qu'elle nomme le «*reading down*» à la fois comme un outil d'interprétation et comme une sanction d'inconstitutionnalité, p. 370 et 372.

1.1.1. Confusion

De prime abord, certaines décisions judiciaires semblent nourrir la confusion entre l'étape initiale de l'interprétation d'une disposition contestée et celle, en principe ultérieure, de l'imposition d'une sanction en vertu du principe de la suprématie de la constitution. Quatre exemples illustrent ici mon propos.

Dans l'affaire *Osborne*⁷, la majorité de la Cour suprême du Canada a discuté, dans un *obiter*, des possibilités de correction d'une disposition jugée inconstitutionnelle à cause de son trop vaste champ d'application. Après avoir conclu à une violation de la liberté d'expression non justifiée comme limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*, la Cour s'est interrogée sur la possibilité de donner une «interprétation atténuée» à la disposition fautive. Tout au long de cette discussion, sous la rubrique «La réparation»⁸, il est extrêmement difficile de déceler si l'on fait référence à l'interprétation de la disposition, processus qui a lieu préalablement à la détermination de sa constitutionnalité, ou plutôt à une sanction disponible suite à un jugement d'inconstitutionnalité. Au nom de la Cour, le juge Sopinka souligne d'ailleurs ce qui lui apparaît comme le caractère illusoire de la distinction entre ces deux étapes, puisque, écrit-il, une décision sur l'existence d'une atteinte aux droits et, le cas échéant, sur sa justification, précède inévitablement tout exercice d'interprétation atténuée⁹. «Il n'y a aucune raison, affirme-t-il, pour habiller l'exercice de ce pouvoir [d'invalider une loi en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*] du manteau traditionnel de l'interprétation»¹⁰.

Plus récemment, dans *Little Sisters*¹¹, lorsque le juge Binnie écrit, au nom de la majorité, que la disposition législative qui impose un renversement de fardeau de preuve en contexte de douanes¹² «ne doit pas être interprété[e] et appliqué[e] de manière à imposer à l'importateur la charge d'établir que les marchandises

7. *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69.

8. *Ibid.*, 101.

9. *Ibid.*, 102.

10. *Ibid.*, 104.

11. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120.

12. *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), c. 1 (2^e suppl.), art. 152(3).

ne sont pas obscènes au sens du par. 163(8) du Code criminel»¹³, on ne sait pas très bien à quelle étape de l'analyse il se trouve. Ce n'est que plus loin dans le jugement que l'on découvre que ce prononcé relatif à l'interprétation requise de la disposition contestée se fonde en réalité sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴.

De même, si l'on écrit dans l'affaire *Lucas*¹⁵ qu'«il convient d'interpréter une loi criminelle de manière à ce qu'elle soit conforme aux principes de la *Charte*»¹⁶, que «l'historique de l'application de la mens rea et l'application des principes traditionnels d'interprétation des lois amènent inévitablement à conclure qu'une telle intention est vraiment requise [l'intention de diffamer] et que l'art. 300 devrait être interprété en conséquence»¹⁷, on le fait dans le cadre de l'analyse du volet «atteinte minimale» du test des limites raisonnables de la *Charte*¹⁸. L'exercice d'interprétation est donc mis en œuvre au stade de l'article premier, après un constat de violation de la liberté d'expression, mais avant une décision quant à l'existence d'une éventuelle sanction d'inconstitutionnalité. Il s'agit en l'espèce d'interprétation au sens traditionnel du terme, et non pas d'une forme de sanction d'inconstitutionnalité judiciairement imposée à l'encontre de la volonté initiale du législateur.

Finalement, un passage du *Renvoi sur la rémunération des juges*¹⁹, passé relativement inaperçu, illustre aussi l'ambiguïté du recours à l'interprétation en matière constitutionnelle. On y décide qu'une disposition de la loi manitobaine prévoyant l'imposition de congés sans solde aux employés de la fonction publique devra être considérée comme ne visant pas les employés de la Cour provinciale, et ce afin d'assurer le respect du principe de l'indépendance judiciaire. Le seul paragraphe du jugement consacré à cette

13. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la justice)*, précité, note 11, p. 1181.

14. *Ibid.*, p. 1203.

15. *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439.

16. *Ibid.*, p. 469.

17. *Ibid.*, p. 467.

18. «La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.» *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 1, art. 1.

19. *Renvoi: juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3.

question²⁰ réfère aux limites de l'interprétation atténuée au sens de l'arrêt *Slaight Communications*²¹, à la nécessité que la disposition soit «interprétée de manière à exempter le personnel de la Cour provinciale», et au fait qu'il s'agirait en l'espèce de la «réparation» la plus appropriée. L'interprétation atténuée est ici comprise dans ce dernier sens de «réparation» tel que discuté dans l'arrêt *Osborne*²². Dans l'ensemble, on ne sait donc pas très bien si l'on discute de l'interprétation de la disposition en cause, ou encore des modalités possibles de la sanction d'une inconstitutionnalité aux contours limités.

1.1.2. Distinction des étapes: interprétation et sanction²³

L'interprétation d'une loi et l'imposition d'une sanction d'inconstitutionnalité sont des activités judiciaires distinctes qui relèvent d'impératifs fort différents.

La recherche et le respect de la volonté ou de l'intention législative constituent les principes structurants de l'activité judiciaire d'interprétation des lois. Ou, à tout le moins, sont-ce les expressions utilisées afin de démontrer l'essentielle déférence judiciaire qui doit prévaloir à l'égard des choix législatifs. Notre organisation constitutionnelle repose en effet sur une théorie de relative séparation des pouvoirs, voulant que, dans le cours de leurs activités régulières, les tribunaux interprètent et appliquent fidèlement les choix d'un autre corps politique, soit le pouvoir législatif. Les tribunaux doivent donner effet à la règle de droit qui, raisonnablement interprétée, dans le cadre des limites sémantiques des termes utilisés dans le texte de loi, devrait refléter l'intention du législateur. Loin de moi l'idée de nier ici l'inévitable part de création dans toute activité d'interprétation des lois par les juges. Les limites inhérentes au langage humain sont telles que le message législatif, à supposer même qu'il soit par ail-

20. *Ibid.*, p. 152-153.

21. *Slaight Communications c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. On y a consacré, en ces termes, le principe de l'interprétation compatible avec les valeurs de la *Charte*: «Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante» (p. 1077-1078).

22. *Osborne c. Canada (Conseil du trésor)*, précité, note 7.

23. Cette partie du texte s'inspire largement de 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.

leurs clair et non équivoque dans l'esprit de ses rédacteurs, ne sera jamais parfaitement exprimé au point de ne nécessiter qu'une application mécanique. On s'entend. J'admets aussi que cette création judiciaire inhérente à l'interprétation, parce qu'elle heurte, en apparence du moins, la séparation constitutionnelle des pouvoirs, est parfois dissimulée sous un discours peu crédible de recherche fébrile et de découverte d'une intention législative claire et certaine, mais noyée dans les mots de la loi. Il demeure cependant que, au-delà de l'inévitable activité de création présente dans tout acte d'interprétation, notre structure constitutionnelle exige que l'interprétation des lois par les juges soit guidée par une honnête recherche de mise en œuvre de l'intention législative telle que révélée dans le texte adopté. Que ce soit dans les faits, ou, à tout le moins et dans les pires des cas, au niveau du discours. Il existe dès lors des limites à ce que peuvent faire les juges en vertu de cette activité d'interprétation²⁴.

La logique du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois est tout autre. Le principe de la suprématie de la Constitution est, depuis toujours mais de plus en plus, au cœur du droit constitutionnel canadien. Si la souveraineté parlementaire existe, elle ne peut s'exercer que dans les limites fixées par la Constitution. L'exemple le plus évident en est le partage des compétences législatives: la souveraineté du parlement fédéral et des législatures provinciales ne peut s'exercer que de façon limitée, soit sur les matières qui leur sont assignées par le texte constitutionnel. Depuis 1982, les souverainetés parlementaires canadiennes font l'objet de nouvelles limites: elles ne peuvent s'exercer que dans le respect des droits et libertés protégés par la *Charte canadienne*

24. Le juge Harland de la Cour suprême des États-Unis dénonce, dans l'affaire *Welsh v. United States*, (1970) 398 U.S. 333, la rhétorique du recours à un vocabulaire d'interprétation quand il s'agit en fait de dénaturer une loi afin d'en confirmer la validité constitutionnelle. Il s'agissait dans cette affaire de la contestation constitutionnelle, au nom de la liberté de religion, d'une loi américaine qui prévoyait une exemption de service militaire pour des motifs religieux. La majorité de la Cour y a interprété la notion de motif religieux comme incluant des motifs d'ordre moral, et ce malgré les termes explicites de la définition statutaire. Il écrit: «Against this legislative history it is a remarkable feat of judicial surgery to remove (...) the theistic requirements of 6(j). The prevailing opinion today, however, in the name of interpreting the will of Congress, has performed a lobotomy and completely transformed the statute by reading out any distinction between religiously acquired beliefs and those deriving from «essentially political, sociological, or philosophical views or a merely personal moral code». Discuté dans David M. BIZAR, «Remedying Underinclusive Entitlement Statutes: Lessons From a Contrast of the Canadian and U.S. Doctrines», (1992) 24 *The University of Miami Inter-American Law Review* 121, 131.

des droits et libertés. Bien sûr, la définition du contenu exact de ces droits et libertés ne découle pas indiscutablement d'une analyse, aussi studieuse qu'elle puisse être, du texte utilisé. Le pouvoir d'appréciation considérable conféré aux juges, dans l'interprétation de ces normes constitutionnelles floues, n'échappe à personne. Et c'est à propos de cette définition des droits et libertés, et de l'évaluation de l'incompatibilité entre ces derniers et des règles de droit démocratiquement adoptées, que l'on demande parfois aux juges d'intervenir avec retenue, déférence et circonspection. Il demeure cependant qu'en bout de ligne, et après la détermination de l'existence d'un conflit entre une règle de droit adoptée par un parlement et une disposition constitutionnelle, toutes deux interprétées par les juges, c'est le texte constitutionnel lui-même qui prévoit, et cette fois en des termes on ne peut plus explicites, sa propre préséance²⁵. On ne devrait plus ici tenter désespérément de respecter l'intention législative, ou encore de convaincre que c'est ce que l'on fait: il est en quelque sorte trop tard. À ce stade de la sanction d'une inconstitutionnalité, les règles du jeu constitutionnelles ne sont plus les mêmes: la souveraineté parlementaire doit céder le pas à la suprématie de la Constitution. Et ici, les juges n'ont plus à s'excuser de ce qu'elles font, elles remplissent un mandat clair. Parler d'*interprétation* de la loi contestée, alors qu'on en est en fait à l'étape de l'imposition d'une sanction suite à la détermination de l'existence d'une inconstitutionnalité, s'avère un procédé rhétorique peu convaincant, et d'ailleurs inutile. L'imposition de cette sanction est en effet explicitement dictée par le texte même de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'interprétation des lois et l'imposition de sanctions en cas d'inconstitutionnalité sont donc des activités distinctes, et l'utilisation d'un seul et même vocable pour les décrire ne peut qu'engendrer de la confusion²⁶.

S'il n'en est peut-être pas la cause première, l'arrêt *Schachter*²⁷, cette décision de principe sur la question des sanctions en

25. *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 1, art 52(1).

26. Voir, dans le même sens, Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 1999, Montréal, 3^e éd., Les Éditions Thémis, qui écrit, p. 470: «L'interprétation conciliatrice comme technique visant à déterminer l'intention probable du législateur historique doit être distinguée de certaines techniques abusivement désignées en français par le terme «interprétation», qui ont pour but de corriger, par une véritable réécriture, une règle dont on reconnaît le caractère inconstitutionnel.»

27. *Schachter c. Canada*, précité, note 2.

matière de *Charte*, rendue par la Cour suprême du Canada en 1992, a certes une responsabilité considérable quant à la confusion qui semble régner en jurisprudence entre l'interprétation d'une loi et la sanction d'inconstitutionnalité qui lui est imposée pour un motif relié à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

D'emblée, la Cour affirme dans cette affaire que quatre options s'offrent à un tribunal, dans le cadre du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit après la détermination de l'existence d'une inconstitutionnalité (donc, y compris la détermination de l'absence de justification au sens de l'article premier de la *Charte*)²⁸: il peut annuler une disposition, l'annuler et suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité, ou encore, écrit la Cour, il peut appliquer les techniques d'«interprétation atténuée»²⁹ (ou dissociation³⁰) ou d'«interprétation large»³¹. La dissociation, ou l'interprétation atténuée, consiste, selon la Cour, à ne déclarer inopérante que la partie inconstitutionnelle d'une loi ou d'une disposition, lorsque cette inconstitutionnalité résulte d'une inclusion fautive³². L'interprétation large consiste à ne déclarer inopérante que l'exclusion fautive d'un texte législatif, lorsque cette exclusion est la source de l'inconstitutionnalité³³. L'effet logique de l'interprétation large est donc l'extension de la portée de la loi³⁴.

Après avoir rappelé que la dissociation ou interprétation atténuée constitue une pratique courante en matière constitutionnelle, la Cour tente de démontrer que l'interprétation large en est le pendant logique, et qu'il serait arbitraire de les traiter différemment puisque la seule distinction possible en serait une, artificielle, essentiellement fondée sur le style de rédaction législative³⁵.

Pour la Cour, l'interprétation large et la dissociation servent les mêmes fins. Elles permettront d'assurer le respect du rôle du

28. *Ibid.*, p. 695.

29. «*Reading down*» est l'expression utilisée dans la version originale anglaise du jugement.

30. «*Severance*» est l'expression utilisée dans la version originale anglaise du jugement.

31. «*Reading in*» est l'expression utilisée dans la version originale anglaise du jugement.

32. *Schachter c. Canada*, précité, note 2, p. 698.

33. *Ibid.*

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*

législateur en empêchant un empiétement judiciaire injustifié sur le domaine législatif³⁶. De plus, elles seront parfois plus compatibles avec les objets de la *Charte* qu'une simple déclaration d'invalidité³⁷.

La Cour précise que la dissociation et l'interprétation large ne devraient jouer que dans les cas les plus clairs, et élabore certains critères devant éclairer le choix de la mesure appropriée, ou de la «réparation»³⁸. L'interprétation large et la dissociation ne devraient être utilisées que lorsque les cas à inclure ou à exclure peuvent être définis avec une relative précision. Leur utilisation ne doit pas constituer un empiétement injustifié sur le domaine législatif, et notamment sur des décisions financières. On doit aussi se demander si l'annulation de la partie incompatible seulement change le sens de la partie qui reste au point où il n'y a pas lieu de supposer que le législateur l'aurait quand même adoptée, ainsi amputée. Finalement, l'historique et l'importance de la partie qui reste pourront aussi être des indices du fait que le législateur l'aurait quand même adoptée, malgré l'absence de l'inclusion ou de l'exclusion contestée.

Quoi qu'il en soit de l'à-propos d'une correction judiciaire de lois inconstitutionnelles³⁹, c'est la consécration par *Schachter* d'une association entre l'interprétation d'une loi et la sanction d'inconstitutionnalité qui lui est imposée, le cas échéant, qui pose le problème auquel on s'intéresse. Parler d'*interprétation* d'une loi, quand il s'agit d'ajouter ou de soustraire des cas d'application que l'on a par ailleurs dit être voulus par le législateur, équivaut à dénaturer complètement le concept.

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit la sanction d'une inconstitutionnalité, soit le caractère inopérant de la règle de droit incompatible avec une disposition constitutionnelle. L'application de l'article 52 présuppose la réalisation d'étapes d'analyse préalables: 1^e interpréter la disposition législative dont on conteste la constitutionnalité, et donc rechercher

36. *Ibid.*, p. 700 et s.

37. *Ibid.*, p. 701 et s.

38. *Ibid.*, p. 705 et s.

39. L'à-propos d'une correction judiciaire de lois inconstitutionnelles, par opposition à une simple déclaration du caractère inopérant faite en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, est une question de philosophie politique qui dépasse l'objet du présent texte. On s'intéresse ici plutôt à la méthodologie judiciaire en contexte de *Charte*.

l'intention législative dont elle procède; 2^e interpréter la disposition constitutionnelle avec laquelle on dit la disposition législative incompatible; 3^e conclure à l'existence d'une incompatibilité; 4^e évaluer qu'il ne s'agit pas d'une limite permise par l'article premier de la *Charte*. Alors, et alors seulement, peut-on imposer la sanction de caractère inopérant prévue à l'article 52. Il est trompeur de prétendre que l'on peut ici *interpréter* la loi ou la disposition contestée de façon à inclure ou exclure certains cas d'application. On ajoute ou on retranche peut-être, mais on n'interprète pas, du moins pas en vertu de l'acception consacrée du terme en droit canadien. On agit en fait en pure contravention de la volonté législative telle que manifestée dans le texte contesté, puisque l'on a préalablement décidé, après l'avoir correctement interprété, que le vice constitutionnel de la loi était justement l'exclusion ou l'inclusion que l'on cherche à corriger⁴⁰.

1.1.3. Pistes d'explication de la confusion

Plusieurs facteurs concourent à la création de cette apparente confusion entre l'interprétation d'une loi et l'imposition d'une sanction en cas d'inconstitutionnalité, qu'il s'agisse des lieux de ressemblance entre le fonctionnement et le résultat de ces activités [A]), d'un passé jurisprudentiel déjà empreint d'incertitudes [B]), ou encore de certaines versions françaises d'opinions judiciaires qui semblent être le fruit de traductions au mieux approximatives [C]).

A) Des lieux de ressemblance

i) Processus

L'interprétation des lois et l'imposition de sanctions d'inconstitutionnalité ont en commun de pouvoir étendre ou restreindre le sens d'un texte législatif, ou encore d'y ajouter ou d'en retrancher des termes.

40. Dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, la Cour reconnaît d'ailleurs en ces termes la distance qui sépare le contrôle de constitutionnalité et le respect de la volonté du législateur, au par. 166: «L'examen fondé sur la *Charte* comportera toujours, par définition, une forme d'empiètement sur la volonté du législateur», et, au par. 167: «Lorsqu'une loi est jugée inconstitutionnelle, que le tribunal choisisse d'avoir recours à l'interprétation large ou d'annuler la loi, il y a nécessairement une certaine ingérence dans l'intention du législateur.»

L'interprétation

Même en dehors de toute contestation constitutionnelle, et dans son aspect le plus orthodoxe, l'interprétation des lois a toujours permis la restriction ou l'extension du sens premier et apparent d'une disposition, tout comme l'ajout ou la suppression de termes.

Ainsi, il est admis que le recours aux objectifs de la loi à des fins d'interprétation amènera parfois à restreindre⁴¹ ou à étendre⁴² le sens d'une disposition⁴³.

De même, si l'on insiste en principe sur une présomption de rédaction adéquate des lois, la «présomption contre l'addition ou la suppression des termes»⁴⁴ n'est pas irréfragable, et il arrivera que l'interprétation correcte d'une disposition donne lieu à l'ajout ou au retranchement de certains termes. Ainsi, comme l'écrit Côté, «dans la mesure où le juge adopte des mots pour rendre explicite ce qui est implicite dans le texte, on ne peut pas dire qu'il s'écarte de sa mission d'interprète»⁴⁵. De plus, il se peut que le texte comporte des redondances, et que certains termes utilisés n'ajoutent rien au message législatif. L'interprétation correcte pourra donc impliquer l'ignorance de termes jugés redondants. Il est à noter que l'on réfère ici au libellé de la disposition, et non pas à la règle qu'elle est censée exprimer. En effet, selon les modes de rédaction, l'ajout ou le retranchement de termes pourra avoir pour effet d'étendre ou de restreindre la portée de la disposition⁴⁶.

L'interprétation conciliatrice

La question de l'interprétation dite atténuée⁴⁷, ou conciliatrice, se soulève en principe au stade préliminaire de l'interprétation de la disposition contestée, lorsque l'on se demande si cette dernière n'est pas susceptible, par le langage utilisé, d'une interprétation qui soit conforme à la Constitution. Ce principe d'interprétation ne joue évidemment que dans la mesure où le per-

41. R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 6, p. 223.

42. *Ibid.*, p. 225.

43. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 26, p. 500.

44. *Ibid.*, p. 349.

45. *Ibid.*, p. 350.

46. Voir R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 6, p. 223.

47. Cette expression étant ici comprise dans le sens qu'elle avait avant l'arrêt *Schachter*.

met le texte législatif utilisé, et n'autorise donc pas à contredire une volonté législative clairement exprimée⁴⁸. Il veut que la loi contestée doive, autant que raisonnablement possible, être interprétée de manière à être conforme à la Constitution. Théoriquement, ce principe entre en jeu, de même que tous les autres principes d'interprétation, à une étape logiquement antérieure à toute décision sur la constitutionnalité de la loi⁴⁹. C'est une loi dont on comprend le sens et la portée, une loi d'abord interprétée et comprise qui doit ensuite subir le test constitutionnel. Dans un premier temps, donc, la signification de la loi contestée sera déterminée à partir des principes ordinaires d'interprétation des lois: on recherchera le sens des règles à la lumière des mots utilisés, du contexte et de l'objectif poursuivi par le législateur. Lors de cette détermination, on cherchera à éviter des résultats absurdes, déraisonnables, et inconstitutionnels, dans la mesure où les contraintes textuelles le permettront. Le principe discuté ici ne suggère qu'une manifestation plus précise de principes généraux d'interprétation des lois. Cette interprétation atténuée ou conciliatrice s'accomplira généralement par l'interprétation d'un texte de portée large, de façon à exclure des applications qui seraient inconstitutionnelles⁵⁰.

Dans le contexte du contentieux constitutionnel fondé sur le partage des compétences législatives, l'interprétation conciliatrice a en effet essentiellement servi à limiter la portée de certaines dispositions de façon à éviter une intrusion dans des matières relevant de l'autorité de l'autre ordre législatif. Il n'est donc pas surprenant que l'on ait associé l'interprétation conciliatrice à une

48. Dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, la Cour suprême du Canada a récemment rappelé que, «dans la mesure où [la Cour suprême du Canada] a reconnu un principe d'interprétation fondé sur le respect des «valeurs de la Charte», ce principe ne s'applique uniquement [sic] qu'en cas d'ambiguïté véritable, c'est-à-dire lorsqu'une disposition législative se prête à des interprétations divergentes mais par ailleurs tout aussi plausibles l'une que l'autre» (par. 63).

49. On a déjà relevé ailleurs le caractère théorique de cette chronologie officielle qui fait précéder l'interprétation de la loi sur la détermination de sa constitutionnalité. Voir D. PINARD, *loc. cit.*, note 23, p. 317: «Bien sûr, cette conception est théorique et abstraite à l'excès, car le doute relatif à la constitutionnalité pré-existe évidemment à l'exercice interprétatif: l'interprétation conciliatrice est probablement faite dans le but même d'éviter d'arriver à un jugement d'inconstitutionnalité». Voir aussi les propos suivants du juge Sopinka pour la Cour dans *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, précité, note 7, p. 102: «[P]our déterminer quelle interprétation est compatible avec la Charte, il faut déterminer également sous quels aspects de son application la loi ne s'y conforme pas.»

50. Voir D. PINARD, *loc. cit.*, note 23, p. 315-316.

idée de restriction de la portée de la disposition (le traditionnel *reading down*).

Ainsi, on a parfois limité la portée d'un texte législatif formulé en termes généraux et abstraits de façon à le confiner aux limites des pouvoirs constitutionnels de l'autorité l'ayant édicté. Plus particulièrement, il s'agit d'interpréter une loi formulée en termes généraux comme ne s'appliquant qu'aux situations relevant de la compétence du parlement l'ayant adoptée. L'exemple classique en est le fameux arrêt *Mackay*⁵¹, dont, curieusement, la Cour ne fait nulle mention dans l'affaire *Schachter*. Dans *Mackay*, une réglementation provinciale relative à l'affichage fut interprétée comme ne s'appliquant pas dans le contexte d'une élection fédérale. Le juge Cartwright, pour la majorité, a ainsi expliqué le principe de l'interprétation conciliatrice, dans des propos qui en devinrent la formulation classique⁵²:

... if an enactment whether of Parliament or of a legislature or of a subordinate body to which legislative power is delegated is capable of receiving a meaning according to which its operation is restricted to matters within the power of the enacting body it shall be interpreted accordingly. An alternative form in which the rule is expressed is that if words are fairly susceptible of two constructions of which one will result in the statute being *intra vires* and the other will have the contrary result the former is to be adopted.

En matière de contentieux constitutionnel fondé sur la violation des droits et libertés, selon le type de rédaction législative utilisée, le problème constitutionnel allégué pourra aussi être évité par un honnête effort d'interprétation du texte contesté. On a initialement émis des doutes quant à la possibilité d'appliquer le principe de l'interprétation conciliatrice ou atténuée dans le domaine de la *Charte*⁵³. Depuis, cependant, l'importance d'interpréter les lois de façon à ce qu'elles soient conformes à la *Charte* a

51. *Mackay c. R.*, [1965] R.C.S. 798.

52. *Ibid.*, p. 803-804.

53. Voir, par exemple, le célèbre *obiter* du juge Beetz dans *P.G. Manitoba c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, 125: «Dans un autre sens, la "présomption de constitutionnalité" est la règle d'interprétation selon laquelle une loi contestée doit, autant que possible, être interprétée de manière qu'elle soit conforme à la Constitution. Cette règle d'interprétation est bien connue et est généralement acceptée et appliquée sous l'empire des dispositions de la Constitution relatives au partage des pouvoirs entre le Parlement et les législatures provinciales. [...] C'est cette règle qui a amené une "interprétation atténuée" de certaines lois rédigées en des termes suffisamment larges pour viser des objets hors de la compétence de la législature qui les a adoptées: [...]

été confirmée. Ainsi, retrouve-t-on le passage suivant, dans l'arrêt *Slaight Communications*⁵⁴:

Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte* elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante.⁵⁵

Après une période de relative incertitude, il est maintenant bien établi que ce principe d'interprétation conciliatrice s'applique aussi à propos de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que «lorsqu'une disposition législative peut être jugée inconstitutionnelle selon une interprétation et constitutionnelle selon une autre, cette dernière doit être retenue»⁵⁶.

Quant à savoir si cette règle d'interprétation s'applique par ailleurs dans le domaine de la *Charte* est un point controversé: [...] Je m'abstiens d'exprimer une opinion sur cette question qui, elle aussi, ne se pose qu'au moment de l'examen du fond du litige.»

54. *Slaight Communications c. Davidson*, précité, note 21.

55. *Ibid.*, p. 1077-1078.

56. *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, opinion majoritaire, par. 33. Voir aussi les propos des juges dissidents dans *Lavallée c. P.G. Canada*, 2002 CSC 61, par. 54 à 57. Le pouvoir d'apporter des limites aux droits et libertés, constitutionnellement reconnu aux parlements, rend cependant plus complexe l'interprétation conciliatrice en contexte de *Charte*. La détermination précise du rôle de ces possibles justifications étatiques des atteintes aux droits et libertés en matière d'interprétation pose problème. En effet, puisque l'exercice d'interprétation de la disposition contestée précède en principe la détermination de sa constitutionnalité, doit-on s'interroger sur la possibilité d'interpréter la disposition comme ne portant tout simplement pas atteinte aux droits et libertés, sans considération aucune de la question des limites raisonnables qui pourraient par ailleurs leur être apportées (voir l'opinion du juge Bastarache pour la majorité dans *R. c. G.(B.)*, [1999] 2 R.C.S. 475, qui écrit, au par. 46: «en appliquant la présomption de validité, il faut préférer l'interprétation qui ne rend pas la disposition inopérante, si tant est qu'elle soit plausible, et ce même si une justification sous le régime de l'art. 1 serait possible»). Cela semble aussi être l'opinion de la Cour dans *Bell ExpressVu*, précité, note 48, par. 64. Voir aussi, dans le même sens, R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 6, p. 371) ou ne doit-on pas plutôt se demander si on peut l'interpréter comme leur apportant, le cas échéant, une limite raisonnable, donc constitutionnellement permise (il semble que cela ait été la position du juge Sopinka dans *Osborne*, quand il écrit: «On soutient que la voie prise par le juge Walsh constitue un empiètement moins grave sur le domaine législatif que ne l'est la solution retenue par la Cour d'appel. Cet argument repose sur la notion selon laquelle, en donnant à une loi une interprétation atténuée destinée à la rendre conforme à la *Charte*, on ne se trouve pas à invalider les dispositions contestées. Or, ce raisonnement a ceci de défectueux que, pour déterminer quelle interprétation est compatible avec la *Charte*, il faut déterminer également sous quels aspects de son application la loi ne s'y conforme pas. Cette dernière détermination revient essentiellement à invalider les dispositions de la loi jugées non conformes. On doit à cette fin conclure non seulement qu'il y a vio-

Si les méthodes acceptées d'interprétation le permettent, on pourra donc conclure que, de par le langage utilisé: 1^o le législateur n'a pas voulu couvrir les cas susceptibles d'entraîner des résultats inconstitutionnels, ou encore 2^o le législateur n'a pas voulu exclure les cas dont l'exclusion était susceptible d'entraîner des résultats inconstitutionnels.

Une interprétation conforme aux valeurs de la *Charte* pourra exiger, par exemple, la limitation de la portée d'un texte créateur d'infraction ou encore l'élargissement d'une règle qui crée une défense ou octroie des avantages. Dans l'un ou l'autre cas, cela pourra se faire par l'ajout ou l'ignorance de certains termes. Cependant, s'agissant d'un principe *d'interprétation*, cette interprétation conciliatrice ne pourra opérer que dans la mesure où elle est plausible, raisonnablement fondée sur le texte et le contexte, et logiquement imputable à ce que l'on dit être l'intention du législateur.

Notons que si l'on distingue la norme législative de sa formulation, de son support textuel, la restriction de la portée de la norme, conçue de façon abstraite, peut se matérialiser concrètement tout autant par l'ajout de termes limitatifs (ex: «seulement si») que par l'ignorance de certains termes du libellé de la disposi-

tion d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte*, mais que cette violation n'est pas justifiée aux termes de l'article premier. Ce que l'on appelle «interprétation atténuée» permet d'éviter une conclusion d'inconstitutionnalité. Dans une affaire mettant en cause la *Charte*, cela s'applique non seulement à une violation d'un droit ou d'une liberté, mais à une violation qui ne constitue pas une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit et justifiée aux termes de l'article premier» (je souligne)? Dans la première hypothèse, ne risque-t-on pas d'émasculer l'article premier de la *Charte* et de nier aux parlements un pouvoir qui leur est constitutionnellement reconnu, soit celui d'apporter des limites raisonnables aux droits et libertés? Il semble que ce soit en partie cette préoccupation qui ait amené la Cour à insister sur le fait que l'interprétation conciliatrice ne peut jouer qu'en cas d'ambiguïté véritable de la disposition législative. En effet, dans *Bell ExpressVu*, le juge Iacobucci, pour une Cour unanime, a exprimé une telle crainte de voir une utilisation abusive de l'interprétation atténuée empêcher le gouvernement de «justifier une atteinte à la *Charte* comme une limite raisonnable en vertu de l'article premier puisque le processus d'interprétation empêcherait initialement de conclure à l'existence d'une atteinte à la *Charte*», par. 64. Dans la seconde hypothèse, qu'en est-il des fardeaux de preuve? S'agissant d'un exercice d'interprétation, les tribunaux pourraient-ils procéder à l'essentielle pondération requise par l'article premier en l'absence de toute preuve présentée par l'État, dans ce que l'on a dénoncé ailleurs comme un inacceptable «vide factuel»? On le voit, les deux voies présentent des écueils certains.

tion qui l'exprime⁵⁷. Le résultat de l'interprétation restrictive de la norme pourra donc être formulé tant par l'ajout que par le retrait de mots de son libellé.

Mais il est fréquent que l'on confonde l'effet de l'interprétation atténuée sur la portée de la norme et son impact sur le libellé de la disposition législative⁵⁸. Cette confusion se retrouve en jurisprudence. Ainsi en est-il de certains propos que l'on retrouve dans l'arrêt *Metropolitan Stores*⁵⁹. Le juge Beetz y souligne qu'une particularité de l'interprétation conciliatrice discutée dans l'affaire *Southam*⁶⁰ consistait en ce qu'il s'agissait dans cette dernière affaire d'«interprétation large et non pas d'interprétation atténuée»⁶¹. Or, il s'agissait dans *Southam* de s'interroger sur la possibilité de limiter la portée d'un pouvoir de perquisition prévu dans la loi. Contrairement à ce qu'affirme le juge Beetz, c'était donc en fait un cas d'interprétation atténuée⁶² au sens traditionnel de cette expression en contexte de partage, soit un cas de limitation de la portée de la norme. La caractéristique de la chose consistait plutôt dans le fait que la limitation de la portée de la norme, afin d'en assurer la constitutionnalité, aurait requis la mise en œuvre active de paramètres détaillés, dont les modalités pouvaient être diverses, et dont l'expression matérielle aurait nécessité l'ajout de dispositions au libellé de la norme.

Des préoccupations de l'ordre de la certitude et de la prévisibilité du droit ont certes leur place dans la discussion de la disponibilité du recours à l'interprétation atténuée. En effet, dans la mesure où elle est par ailleurs appropriée, l'interprétation conciliatrice d'une disposition législative ne devrait jouer que dans la mesure où elle implique, par exemple, une limitation de la portée des termes qui peut être formulée clairement, à l'aide de catégo-

57. Carol ROGERSON, «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under The Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness», dans Robert J. SHARPE (dir.), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworth, p. 233, 248: «Although *reading down* can be thought of as the *reading in* of a limitation or the *reading in* of an exemption, attention has not been directed to the «*reading in*» aspect of the doctrine.»

58. Infra, section 2.1.1., sur l'importance, et la difficulté, de distinguer une règle de droit de son support textuel.

59. *P.G. Manitoba c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd*, précité, note 53.

60. *Hunter c. Southam inc.*, [1984] R.C.S. 145.

61. *P.G. Manitoba c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd*, précité, note 53, p. 125. Le texte anglais du propos se lit comme suit: «But that was a question of «*reading in*» not «*reading down*».»

62. Un cas de «*reading down*».

ries relativement simples et bien définies. Ainsi, elle ne devrait pas donner lieu à l'interprétation d'une norme comme étant valide «dans la mesure où elle ne porte pas atteinte à la constitution», de façon à exiger dans chaque cas une évaluation ponctuelle de la constitutionnalité de l'application⁶³.

L'imposition de sanctions en vertu du principe de la suprématie de la Constitution

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. En vertu de ce principe de la suprématie de la constitution, une règle de droit pourra être déclarée purement et simplement inconstitutionnelle. Les tribunaux ont cependant développé des sanctions plus raffinées, mieux adaptées aux problèmes d'inconstitutionnalité causés de façon périphérique par des cas d'application à la marge que des règles de droit excluent ou incluent à tort. Ainsi, peuvent-ils inclure les cas d'application inconstitutionnellement exclus, ou encore exclure les cas d'application inconstitutionnellement inclus par le législateur. La norme pourra ainsi être restreinte ou étendue, et des termes pourront être ajoutés ou retranchés de son libellé. Le principe de la suprématie de la constitution fonde cette fois ces diverses sanctions, qui sont alors imposées en claire violation de l'intention du législateur.

Tant l'interprétation des lois que l'imposition d'une sanction d'inconstitutionnalité peuvent donc donner lieu à l'élargissement ou à la limitation de la portée d'une norme, tout comme à l'ajout ou à l'ignorance de certains termes. Cette ressemblance entre les processus peut amener à les confondre.

ii) Résultat ultime

Une similitude d'effets tend aussi à obscurcir la différence entre l'interprétation d'une règle de droit et la sanction d'inconstitutionnalité qui peut lui être imposée. En effet, qu'une règle de droit soit interprétée comme ne s'appliquant pas à certains cas, ou qu'un tribunal décide de restreindre la portée de cette règle, par ailleurs souhaitée par le législateur, en vertu du principe de la

63. Pour une discussion des inconvénients d'une interprétation conciliatrice qui requiert une évaluation ponctuelle dans chacun de ses cas d'application, voir C. ROGERSON, *loc. cit.*, note 57, p. 266.

suprématie de la constitution, on arrive au même résultat concret: la règle de droit ne s'applique pas à ces cas litigieux⁶⁴. Le raisonnement, les principes fondateurs et les conditions d'application des deux voies sont cependant distincts⁶⁵.

B) *Contentieux de partage*

Quand on y regarde de plus près, on s'aperçoit que le contentieux fondé sur le fédéralisme n'est pas non plus exempt d'ambiguïtés en ce qui concerne la distinction entre l'interprétation de la loi contestée et, le cas échéant, l'imposition de sanctions en cas d'inconstitutionnalité.

Si la détermination judiciaire de la validité, de la divisibilité ou du caractère opérant d'une loi ne semble pas être imprégnée de cette confusion entre sanction et interprétation⁶⁶, il en va autrement quand il s'agit d'en déterminer l'applicabilité constitutionnelle.

Lorsque la loi (ou une disposition de la loi) est valide, de par son caractère véritable, et que le problème d'inconstitutionnalité est périphérique, marginal, en ce que seules certaines applications limitrophes de la loi (ou de la disposition de la loi) sont problématiques⁶⁷, l'imprécision marque parfois les interventions judiciaires en contexte de partage.

Il faudrait ici encore distinguer les étapes, soit d'abord l'interprétation de la loi, et ensuite une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité, cette fois-ci limitée à certains cas d'application de la loi.

64. Voir, dans le même sens: *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, l'opinion du juge Lamer, qui écrit, au par. 15: «Il importe toutefois de noter que le processus par lequel on recourt à la présomption de constitutionnalité pour parvenir à une interprétation différente de celle qui aurait normalement découlé de l'application des règles d'interprétation des lois conduit essentiellement au même résultat que celui qui découlerait de l'adoption de l'interprétation ordinaire, par laquelle on conclut que la disposition législative est inconstitutionnelle, avant de la soumettre à une «interprétation atténuée» en guise de réparation sous le régime de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.»

65. *Contra: ibid.*, le juge Lamer.

66. *Infra*, section 1.2., pour une discussion de la confusion entre sanctions.

67. Le vocabulaire utilisé ici est en partie emprunté à la version française de l'arrêt *R. c. Sharpe*, précité, note 56, par. 111, où l'on retrouve les expressions «marginale-ment problématiques» et «applications limitrophes».

En principe, on devra d'abord se demander si la loi, correctement interprétée, cause réellement les problèmes constitutionnels invoqués, comme, par exemple, l'application directe d'une loi provinciale à un élément essentiel d'une entreprise fédérale⁶⁸. C'est à cette étape que jouera la présomption de constitutionnalité, et le principe d'interprétation qui favorise la validité constitutionnelle de la loi, dans le respect de cette fiction qu'est l'intention du législateur telle qu'exprimée dans le texte de loi.

On présume donc que le législateur souhaite limiter le champ d'application de ses interventions aux matières qui relèvent de sa juridiction constitutionnelle.

Les applications problématiques pourront ainsi être écartées d'emblée, la cour estimant que, correctement interprétée, la loi ne les vise pas.

Ainsi, le juge Beetz écrit-il, dans *CSST c. Bell*⁶⁹, qu'il «y a lieu de douter sérieusement que le législateur québécois ait pu penser et vouloir que la Loi s'applique à des entreprises fédérales»⁷⁰, et que «le champ d'application limité de la Loi [...] est conforme à la présomption selon laquelle le législateur n'a pu vouloir conférer à la loi une portée inconstitutionnelle en réglementant la gestion des entreprises fédérales»⁷¹.

Si, au contraire, la cour en vient à la conclusion que, correctement interprétée, la loi était destinée à couvrir ces applications, le principe de la suprématie de la constitution l'autorise à les déclarer inconstitutionnelles. Le jugement d'inconstitutionnalité cible à ce moment les seules applications interdites par le partage des compétences. On parle alors d'une loi valide, mais constitutionnellement inapplicable à certains cas.

«L'exclusivité [du partage des compétences], nous rappelle-t-on dans *Bell*⁷², suffit [...] à empêcher la sujétion des entreprises

68. Sur cette question, voir, par exemple, *Irwin Toy Ltd. c. P.G. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927.

69. *Bell Canada c. Québec (CSST)*, [1988] 1 R.C.S. 749.

70. *Ibid.*, p. 815.

71. *Ibid.*

72. *Ibid.*

fédérales à une loi [provinciale] de même nature»⁷³. On conclura dans cette affaire que certains «articles [de la loi provinciale] ne sont pas applicables à Bell, au plan constitutionnel»⁷⁴.

La jurisprudence issue de la contestation de ces applications périphériques pour des motifs reliés au partage des compétences révèle cependant une certaine ambiguïté⁷⁵. À cet égard, les propos des juges, parfois dans une même opinion, oscillent entre la discussion d'une intention législative présumée de ne pas toucher aux affaires qui relèvent de l'autre ordre de juridiction, et celle d'une obligation faite aux juges de déclarer inconstitutionnels certains cas d'application par ailleurs souhaités par le législateur⁷⁶.

Le fait que l'on puisse référer, à propos d'un même problème constitutionnel, à une disposition provinciale⁷⁷:

- devant recevoir une interprétation atténuée⁷⁸ [un langage d'interprétation],

73. *Ibid.*, p. 815. On y ajoute: «De telles lois provinciales sont inapplicables aux entreprises fédérales lorsqu'elles ont pour effet de régir des matières qui relèvent de la compétence principale du Parlement. [L]a loi empiète sur un domaine qui relève de la compétence exclusive du Parlement et se trouve pour ce motif inapplicable aux entreprises fédérales [...]».

74. *Ibid.*

75. Voir, sur cette question, D. PINARD, *loc. cit.*, note 23, p. 319 et s.

76. Voir *Bell Canada c. Québec (CSST)*, précité, note 69. On retrouve cette même confusion entre interprétation et sanction dans d'autres types de causes constitutionnelles, comme l'illustre l'arrêt *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, à propos d'une disposition de la *Loi sur les jeunes contrevenants* portant atteinte aux pouvoirs des cours supérieures protégés par l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, où l'on réfère à la fois à la nécessité d'une interprétation atténuée et au caractère partiellement inopérant de la règle. Voir l'opinion du juge Lamer, qui écrit au nom de la majorité, au par. 43, qu'un paragraphe de la *Loi sur les jeunes contrevenants* est «inconstitutionnel dans la mesure où il a pour objet de conférer compétence exclusive au tribunal pour adolescents ... La disposition devrait donc recevoir une interprétation atténuée [*should be read down*]. ... Interprétée de façon atténuée [*as read down*] elle est sans effet [*the section is inoperative*] pour ce qui est de priver la cour supérieure de son pouvoir de condamner l'appelant pour outrage en l'espèce.»

77. *Husky Oil Operations Ltd c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, où étaient discutés les problèmes constitutionnels soulevés par l'application de certaines règles de droit provincial en contexte de faillite.

78. *Ibid.*, par. 3: «Conformément à la présomption de constitutionnalité, je suis d'avis que l'art. 133 devrait recevoir une interprétation atténuée dans la mesure du conflit ...», et, au par. 81: «Conformément à la présomption de constitutionnalité – l'autorité législative étant présumée avoir eu l'intention d'adopter des dispositions à l'intérieur de son champ de compétence constitutionnelle – la loi provinciale doit recevoir une interprétation atténuée dans la mesure du conflit. En d'autres termes, elle doit être interprétée de façon à ne

- à titre de redressement⁷⁹ [un langage de sanction d'inconstitutionnalité],
- de façon à être déclarée inapplicable⁸⁰ [un langage relatif à la validité constitutionnelle de certaines applications],
- pour cause de conflit avec une loi fédérale⁸¹ [alors que l'on réfère habituellement au caractère inopérant d'une disposition provinciale valide, applicable, mais en conflit opérationnel avec une disposition fédérale, elle aussi valide et applicable],

illustre on ne peut mieux l'imprécision conceptuelle qui peut régner à l'occasion, en contexte de partage, à la fois entre l'interprétation de la loi contestée et l'imposition d'une sanction d'inconstitutionnalité, et entre les sanctions d'inconstitutionnalité elles-mêmes⁸².

C) *Version française*

On est finalement en droit de se demander si la traduction française des jugements de la Cour suprême n'entretient pas cette confusion entre interprétation et sanction.

En effet, et malheureusement, rien ne prévoit à ce jour, explicitement, le caractère officiel de la traduction des jugements de cette Cour (ni d'aucune autre cour, d'ailleurs). La Cour suprême du Canada peut rendre ses jugements en anglais ou en français⁸³. Il semble n'y avoir, à cet égard, qu'une obligation statutaire de

pas s'appliquer à la matière qui ne relève pas de la compétence de l'autorité qui l'a adoptée.».

79. *Ibid.*. La rubrique précédant le par. 81 se lit en effet comme suit: «c) *Le redressement approprié: l'article 133 est-il inapplicable ou inopérant?*», et en anglais: «(c) *The Appropriate Remedy: Is Section 133 Inapplicable or Inoperative?*»

80. *Ibid.*, par. 3: «[L]'art. 133 est inapplicable en matière de faillite.»; par. 81: «[L]a loi attaquée doit être déclarée inapplicable plutôt qu'inopérante en matière de faillite.»

81. *Ibid.*, par. 81: «Cependant, puisque le domaine de la faillite est dégagé de celui de la propriété et des droits civils dont il relève au niveau conceptuel, une loi provinciale valide d'application générale continue de s'appliquer en matière de faillite jusqu'à ce que le législateur fédéral légifère conformément à sa compétence exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité. À ce moment, la loi provinciale cède le pas à la loi fédérale dans la mesure où il y a conflit entre les deux (*Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (C.P.); *Crown Grain Co. c. Day*, [1908] A.C. 504 (C.P.)) et devient inapplicable dans cette mesure.»

82. *Infra*, section 1.2.

83. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 133.

mettre les jugements simultanément à la disposition du public dans les deux langues officielles, si le point de droit en litige présente de l'intérêt ou de l'importance pour le public, ou encore lorsque les débats ou les actes de procédure ont été bilingues⁸⁴. Il demeure cependant qu'au-delà des prescriptions précises de droit positif, et en vertu, peut-être de principes supérieurs comme celui de l'accessibilité inhérente à la primauté du droit, on serait en droit de s'attendre à ce que les versions anglaise et française des jugements de la Cour suprême du Canada véhiculent le même message. On peut d'ailleurs présumer que la communauté juridique francophone du Canada portera exclusivement son attention, dans bien des cas, sur la version française du jugement.

C'est en fait la version française de l'arrêt *Schachter* qui utilise un langage d'interprétation (large et atténuée) pour référer aux sanctions possibles en cas d'inconstitutionnalité. Le vocabulaire de *reading in* et de *reading down*, dans le texte original anglais, laisse mieux transparaître l'intervention judiciaire d'ajout ou de retrait de cas d'application, par rapport à l'impression de découverte relativement passive que peut donner le terme *interprétation*.

L'expression «interprétation atténuée» avait déjà une acception reconnue dans la jurisprudence et la doctrine: il s'agissait d'un principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité⁸⁵. *Schachter* lui donne une signification nouvelle, comme sanction d'inconstitutionnalité limitée à certains cas d'application de la loi. Puisque l'ancienne signification survit à *Schachter* on a donc aujourd'hui deux types d'interprétation atténuée: celle qui joue à l'étape initiale de l'interprétation véritable de la loi contestée, et celle qui agit ensuite en bout de piste, comme sanction d'inconstitutionnalité, le cas échéant. L'affaire *Sharpe*⁸⁶ illustre bien les deux étapes. La juge McLachlin y réfère d'abord au principe d'interprétation qui favorise la validité constitutionnelle des lois, dans la partie initiale de son opinion au cours de laquelle elle s'intéresse à l'interprétation correcte de la disposition⁸⁷. Ce n'est qu'après une détermination du caractère non raisonnable de certaines limites apportées à la liberté d'expression

84. *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985), c. O-3, art. 20.

85. *Supra*, section 1.1.2.

86. *R. c. Sharpe*, précité, note 56.

87. *Ibid.*, par. 33.

qu'elle aborde, sous l'angle des sanctions, la possibilité d'interprétation atténuée au sens de *Schachter*⁸⁸.

On note de plus, dans quelques décisions récentes de la Cour, une nouvelle traduction du terme «*reading down*» comme sanction constitutionnelle au sens de l'arrêt *Schachter*. En effet, l'interprétation atténuée semble devenir «atténuante»⁸⁹. L'originalité et la variété ont certes leur place dans le monde du droit, mais la constance dans l'utilisation de termes, à défaut de rectitude substantielle, en demeure cependant une qualité essentielle.

L'expression «interprétation large» avait, elle aussi, une signification bien établie dans le monde de l'interprétation des lois, fort étendue et non limitée au contexte constitutionnel. Les lois d'interprétation, fédérale et québécoise, par exemple, prescrivent l'interprétation «la plus large» qui soit compatible avec l'objet de la loi⁹⁰, l'interprétation «large, libérale, qui assure l'accomplissement de l'objet [de la loi] et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin»⁹¹. *Schachter* donne une signification nouvelle et fort différente à cette expression, qui réfère maintenant à la sanction qui consiste à ajouter des cas d'applications qui avaient été inconstitutionnellement exclus de la portée de la loi.

Il est intéressant de retracer de possibles sources de cette confusion langagière, que consacre la version française de l'arrêt *Schachter* dans des décisions antérieures, dont on a peut-être retenu ce qu'elles n'ont en fait jamais affirmé.

Avec le temps, on a en effet fini par perdre de vue le contexte de certains propos de décisions judiciaires, propos tenus par la suite comme étant des énoncés de principe. Ainsi en est-il de certaines remarques du juge Dickson dans *Southam c. Hunter*⁹² sur les rôles respectifs des juges et des parlements quant à la confor-

88. *Ibid.* La juge McLachlin n'utilise cependant le vocable d'interprétation atténuée qu'à cette dernière étape de l'analyse des sanctions.

89. Voir, par exemple, *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Minister of Justice)*, précité, note 11, par. 214 et 252; *R. c. Sharpe*, précité, note 56, par. 114, *T.U.A.C. section locale 1518 c. Kmart Canada Ltée*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 8, et *Ruby c. Canada (Solliciteur Général)*, 2002 CSC 75, par. 60.

90. *Loi d'interprétation*, L.R.C., c. I-23, art. 12.

91. *Loi d'interprétation*, L.R.Q. c. I-16, art. 41.

92. *Hunter c. Southam inc.*, précité, note 60. On fera ici référence à des propos retrouvés dans la version française du jugement.

mité constitutionnelle des normes législatives. Si le juge Dickson écrit dans cette affaire qu'«[il] n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives»⁹³, on doit se rappeler qu'il le fait dans une discussion des limites inhérentes à l'interprétation des dispositions contestées. En effet, il répond ainsi à un argument selon lequel la cour devrait interpréter ces dernières comme incluant des critères dans les faits absents mais constitutionnellement requis, argument qui invoque une analogie avec l'interprétation atténuée faite dans l'affaire *Mackay*⁹⁴. C'est donc dans une discussion portant sur les limites de la création judiciaire dans l'interprétation des lois qu'il réfère à l'impossibilité de résoudre par interprétation une inconstitutionnalité qui est soit flagrante, soit le fait de l'absence de paramètres législatifs précis⁹⁵. Il ne se prononce ici d'aucune façon sur la marge de manœuvre possible dans la délimitation des sanctions d'inconstitutionnalité imposées en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Si le juge Dickson

93. *Ibid.*, p. 169.

94. *MacKay c. The Queen*, précité, note 51; voici le propos pertinent de *Southam* (p. 168): «Les appelants soutiennent que même si les par. 10(1) et 10(3) n'établissent pas un critère compatible avec l'art. 8 lorsqu'il s'agit d'autoriser une entrée, une fouille, une perquisition et une saisie, ils ne devraient pas être radiés comme incompatibles avec la *Charte*, mais ils devraient plutôt recevoir une interprétation large de manière à leur prêter le critère approprié [*the appropriate standard should be read into*]. On établit une analogie avec l'arrêt *McKay v. The Queen*, où cette Cour a jugé qu'une ordonnance locale réglementant l'usage des biens par l'interdiction d'ériger des affiches non autorisées, bien qu'elle eût, semble-t-il, une portée illimitée, n'a pu être adoptée dans le but d'empiéter sur la compétence fédérale en matière d'élections et devait, par conséquent, recevoir une «interprétation atténuée» de manière à ne pas s'appliquer aux affiches électorales.»

95. *Hunter c. Southam inc.*, précité, note 60, p. 168-169: «En l'espèce, l'incompatibilité évidente [*overt inconsistency*] avec l'art. 8, qui se manifeste par l'absence d'un arbitre neutre et impartial, fait en sorte que les arguments des appelants concernant l'ajout, au moyen d'une interprétation large, des critères appropriés applicables à la délivrance d'un mandat, sont purement théoriques. Cependant, même s'il n'en était pas ainsi, je serais peu disposé à donner suite à ces arguments. Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails [*to fill in the details*] qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives. Si elles n'offrent pas les garanties appropriées, les lois qui autorisent des fouilles, des perquisitions et des saisies sont incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte*. Comme je l'ai dit, toute loi incompatible avec les dispositions de la Constitution est, dans la mesure de cette incompatibilité, inopérante. J'estime que les par. 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* sont incompatibles avec la *Charte* et inopérants, tant parce qu'ils ne spécifient aucun critère approprié applicable à la délivrance des mandats que parce qu'ils désignent un arbitre qui n'a pas les qualités voulues pour les décerner.»

utilise dès 1984 les termes de «*reading into*», «ajout au moyen d'une interprétation large», dans le cadre du contentieux constitutionnel fondé sur la *Charte*, c'est à propos de l'interprétation de la disposition contestée, au sens traditionnel du terme. On ne peut s'autoriser de ses propos pour justifier l'utilisation d'un nouveau vocable pour désigner les sanctions disponibles en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

De même, certaines remarques du juge Beetz dans *Metropolitan Stores*⁹⁶ doivent être replacées dans leur contexte d'énonciation. Rappelant la règle d'interprétation issue de la présomption de constitutionnalité en matière de partage des compétences, selon laquelle «une loi contestée doit, autant que possible, être interprétée de manière qu'elle soit conforme à la Constitution»⁹⁷, le juge Beetz y note que la Cour, dans *Southam*⁹⁸, a refusé de se livrer à une telle interprétation en contexte de *Charte*. Laconiquement, le juge Beetz mentionne qu'il s'agissait cependant dans cette dernière affaire d'un cas de *reading in* («interprétation large»), et non pas de *reading down* («interprétation atténuée»). Il conclut qu'il n'a pas, en l'espèce, à se prononcer sur l'applicabilité de ce principe d'interprétation des lois de façon à confirmer leur validité constitutionnelle, dans un contexte de *Charte*. L'opposition entre interprétation large et interprétation atténuée, peut-être formulée ici pour la première fois dans le contentieux constitutionnel, se rattache donc en l'espèce aussi au monde de l'interprétation, et non pas à celui des sanctions.

1.2. Des distinctions entre des sanctions d'inconstitutionnalité

La confusion entre l'étape de l'interprétation de la loi contestée et celle de l'imposition d'une sanction d'inconstitutionnalité n'explique pas à elle seule l'incohérence jurisprudentielle actuelle en matière de sanctions.

Plusieurs imprécisions marquent la discussion judiciaire des sanctions disponibles suite à un jugement d'inconstitutionnalité.

96. *P.G. Manitoba c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, précité, note 53.

97. *Ibid.*, p. 125.

98. *Hunter c. Southam inc.*, précité, note 60.

On s'intéressera ici aux sanctions de *reading in*, de *reading down* et de divisibilité, dont on parle en cas de violation des droits et libertés protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'absence de distinction, cette fois entre la règle de droit et sa formulation matérielle, engendre ici une confusion additionnelle. Bien souvent, en effet, il semble que le traitement distinct de la sanction de l'inconstitutionnalité de la règle de droit et de la question, accessoire et ultérieure, de la nécessaire modification de son support textuel, éclairerait la discussion.

L'identification des caractères distincts du *reading down* par rapport au *reading in* (1.2.1.), et ensuite par rapport à la divisibilité (1.2.2.), fera l'objet des prochains développements.

1.2.1. Reading down et Reading in

L'élaboration initiale de la distinction entre *reading down* et *reading in* [A]) et certains traitements jurisprudentiels dont ces sanctions d'inconstitutionnalité ont par la suite fait l'objet [B]) semblent marqués par une confusion fondamentale.

A) L'établissement de la distinction: le principe et les incohérences

Quoiqu'une opposition entre *reading in* et *reading down* ait été utilisée antérieurement à l'arrêt *Schachter*⁹⁹, il demeure que c'est cette dernière affaire qui consacre officiellement l'utilisation de ces termes pour référer à des sanctions d'inconstitutionnalité.

Les contours des concepts de *reading down* et *reading in* apparaissent plutôt flous.

Pour la Cour, dans *Schachter*, le *reading down* consiste en principe à ne déclarer inopérante que la partie d'une loi ou d'une disposition qui viole la Constitution¹⁰⁰, dans les cas où l'incompatibilité découle de ce que la loi *inclut* à tort¹⁰¹. À propos du *reading in*, la Cour écrit qu'il s'agit de l'élargissement de la portée de

99. *Supra*, texte accompagnant la note 96, pour une analyse de l'affaire *P.G. Manitoba c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd*, précité, note 53, qui réfère à *Hunter c. Southam inc.*, précité, note 60, mais à propos de questions d'interprétation, et non de sanctions d'inconstitutionnalité.

100. *Schachter c. Canada*, précité, note 2, p. 696.

101. *Ibid.*, p. 698.

la loi, dans les cas où l'incompatibilité découle de ce que la loi *exclut* à tort¹⁰². Les concepts utilisés renvoient donc en principe aux normes contestées, à l'ampleur du champ couvert par les règles de droit visées, plutôt qu'à leur libellé ou à leur style de rédaction. *Reading down* et *in* réfèrent donc respectivement à la limitation ou à l'élargissement de la portée de la règle de droit, et ce peu importe le style de rédaction de la disposition qui l'énonce (i.e. qu'il s'agisse d'une formulation générale et abstraite ou encore d'une inclusion ou d'une exclusion fautives expressément prévues). La Cour dénonce d'ailleurs expressément, et avec raison, l'attitude formaliste qui consisterait à traiter différemment des vices constitutionnels selon le type de rédaction législative utilisée¹⁰³, et rappelle avec à-propos que le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* impose le caractère inopérant de règles de droit inconstitutionnelles, et non pas des termes utilisés pour leur formulation¹⁰⁴.

Dès lors, l'incompatibilité, tout comme la mesure correctrice, doivent être déterminées de façon substantielle, par rapport au contenu de la loi ou de la ou des règles de droit contestées, plutôt que de façon littérale, par rapport au seul texte législatif. La mise en œuvre de cette approche exige une grande rigueur dans l'identification et la conceptualisation de la règle de droit contestée, et ce au-delà de son libellé formel. Cette rigueur est d'autant plus nécessaire qu'une difficulté importante découle de ce que les expressions *reading down* et *reading in* peuvent justement être comprises, à un premier niveau, plus simple et plus immédiatement accessible, soit à un niveau littéral ou textuel, comme référant à l'ajout ou à la soustraction de *termes*¹⁰⁵. On peut être tenté de s'en tenir à ce niveau littéral, à ce traitement des mots utilisés par le législateur, traitement qui peut donner une impression trompeuse de certitude, de précision, et de moins grand interventionnisme que le traitement judiciaire des règles de droit abstraites en tant que telles.

102. *Ibid.*

103. *Ibid.*

104. *Ibid.*, p. 699.

105. Hogg écrira, par exemple, que: «*Reading in* [...] involves adding new words to a statute to remove a constitutional defect», P. HOGG, *op. cit.*, note 6, p. 37-12, voir aussi, dans le même sens, p. 37-3.

Pire encore, on risque d'utiliser indistinctement les termes de *reading down* et de *reading in* selon leur acception littérale ou substantielle, comparant ainsi, à l'occasion, des incomparables¹⁰⁶.

Si l'inconstitutionnalité d'une disposition découle de ce qu'elle exclut à tort, la mesure correctrice pourra donc être le *reading in* de ce qui est fautivement exclu, et ce peu importe le style de rédaction utilisé, et même si l'exercice a éventuellement pour effet de retrancher des mots au texte de loi, plutôt que de lui en ajouter (si, par exemple, l'exclusion était expressément formulée). De la même façon, lorsque l'inclusion fautive est la cause de l'inconstitutionnalité, il pourra s'agir d'un cas de *reading down*, même si l'effet concret de la mesure est d'ajouter des mots au texte de loi contesté (par exemple, l'ajout de conditions ou d'exceptions qui auront pour effet de limiter le champ d'application de la règle de droit).

Or, il n'est pas certain que cette approche substantielle soit utilisée avec toute la cohérence requise, et ce même lors de sa formulation initiale, dans l'arrêt *Schachter*. Par exemple, à propos de *R. c. Swain*¹⁰⁷, arrêt dans lequel la Cour a prononcé l'inconstitutionnalité des dispositions du *Code criminel* prévoyant la détention automatique d'une personne acquittée pour cause d'aliénation mentale, au bon plaisir du lieutenant-gouverneur, au motif de la violation de la liberté en contravention des principes de justice fondamentale, le juge Lamer y écrit: «... j'ai rejeté l'argument qu'il suffisait de donner une interprétation large au texte législatif pour qu'il fût considéré comme respectant l'équité procédurale ...»¹⁰⁸. Or, la possibilité discutée dans cette affaire, si on la conçoit de la façon dont la Cour nous a donné les outils conceptuels, semble plutôt en être une de *reading down*, puisqu'il s'agirait d'exclure des cas d'application de la règle de droit, même si cela doit se faire par l'ajout de mots visant ses conditions d'application. La discussion de la décision *R. c. Hebb*¹⁰⁹ semble

106. Voir, par exemple, Peter Hogg qui écrit: «*Reading in*, which involves adding new words to a statute to remove a constitutional defect, should not be confused with *reading down*, which involves giving a narrow interpretation to a statute in order to avoid a constitutional defect.», P. HOGG, *op cit.*, note 6, p. 37-12. Ne compare-t-il pas ici le *reading in* littéral et le *reading down* substantiel?

107. *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

108. *Schachter c. Canada*, précité, note 2, p. 708. Dans la version originale anglaise: «I rejected the argument that the requirements of procedural fairness could just be read into the legislation as it stood...».

109. *R. c. Hebb*, (1989) 69 C.R. (3d) 1 (N.S.T.O.).

marquée de la même confusion. Le problème constitutionnel consistait en ce que la disposition législative ne permettait à la cour d'examiner si l'accusé avait les moyens de payer une amende avant d'être incarcéré pour non-paiement que dans les cas où ce dernier avait entre 18 et 22 ans. Dans *Schachter*, le juge Lamer décrit ainsi le problème présent dans l'affaire *Hebb*: «Il fallait ensuite déterminer s'il était possible de dissocier la restriction relative à l'âge du reste de la disposition»¹¹⁰. On doit se rappeler ici que la Cour semble utiliser indistinctement les expressions «dissociation» et «interprétation atténuée». Or, au niveau conceptuel, l'affaire *Hebb* met en cause un problème de *reading in*, et non pas de *reading down*. En effet, le problème constitutionnel consiste en l'exclusion d'un certain groupe, et le *reading in* de ce groupe devra donc être envisagé, qui exigera peut-être le retrait de certains termes de la disposition législative. D'ailleurs, un peu plus loin dans l'opinion, on référera, toujours à propos de cette affaire *Hebb*, à la possibilité «d'élargir la portée de la disposition»¹¹¹.

Cette confusion entre *reading down* et *in* substantiel et *reading down* et *in* littéral est porteuse de conséquences. En effet, la Cour affirme qu'une distinction entre les deux sanctions consiste en ce que le *reading down* peut être utilisé avec plus de précision que le *reading in*, et que, dès lors, cette dernière sera plus souvent inappropriée que la première. La Cour écrit en effet:

Bien que l'interprétation large soit le pendant logique de la dissociation et serve la même fin, il importe de se rappeler qu'il existe une distinction importante entre les deux pratiques. En ce qui concerne la dissociation, la partie incompatible de la disposition législative peut être déterminée avec une certaine précision en fonction des exigences de la Constitution, ce qui ne sera pas toujours possible dans le cas de l'interprétation large. 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.¹¹²

Or, il se peut que cet avantage de précision attribué au *reading down* ne s'avère qu'à propos du *reading down* textuel, soit la

110. *Schachter c. Canada*, précité, note 2, p. 713. Dans la version originale anglaise: «The question was whether the limitation to ages 18 to 22 could be severed from the rest of provision».

111. *Ibid.*, p. 713. Dans la version originale anglaise: «expansion of the provision».

112. *Ibid.*, p. 705.

soustraction de termes du libellé de la disposition législative. En effet, l'inconstitutionnalité cristallisée dans certains mots du texte législatif est facilement identifiable, et l'éventuelle correction exprimée par leur retrait s'impose d'elle-même.

Mais cette cristallisation textuelle d'un problème d'inconstitutionnalité peut être le fait d'une portée trop limitée, exprimée par des exclusions ou des conditions d'application expresses, autant que d'une portée trop large, manifestée par des cas d'application explicitement prévus.

Il s'agit d'une question de style, de rédaction, dont on nous dit par ailleurs qu'elle ne doit pas déterminer la disponibilité de sanctions d'inconstitutionnalité.

Il demeure que la mise en œuvre du véritable *reading down* et du *reading in* au niveau substantiel, telle que formellement préconisée par la Cour, présente virtuellement les mêmes problèmes d'imprécision dans les deux cas. Lorsque l'inconstitutionnalité consiste en l'inclusion ou en l'exclusion de certaines applications de la règle de droit, et ce quel que soit le mode de rédaction utilisé dans la disposition législative la prévoyant, il se peut en effet que la même imprécision soit inhérente à l'exclusion des cas fautivement inclus et à l'inclusion des cas fautivement exclus. Le test, selon la Cour, devrait être que «la partie incompatible de la disposition législative [puisse] être déterminée avec une certaine précision en fonction des exigences de la Constitution»¹¹³.

Il semble donc que, alors que la Cour prône officiellement une approche substantielle des mécanismes de *reading down* et de *reading in*, la distinction qu'elle établit entre les deux ne vaut parfois que lorsqu'on les conçoit dans leur acception textuelle ou littérale.

L'approche substantielle semble préférable. La reconnaissance de la distinction entre la règle de droit et son expression matérielle dans le texte de loi est essentielle¹¹⁴. La Constitution prévoit sa propre préséance sur toute règle de droit. Ce sont les règles de droit qui créent des droits et des obligations, et qui risquent dès lors d'être contraires à la Constitution. C'est à leur

113. *Ibid.*, p. 705.

114. Sur cette question, voir la deuxième partie de ce texte.

égard que les sanctions d'inconstitutionnalité sont imposées. La traduction concrète de la sanction sur le libellé de la disposition n'en est qu'une conséquence accessoire.

B) Incertitudes et incohérences: les suites

Le défaut de distinguer la règle de droit abstraite dont la constitutionnalité est contestée de son support textuel, de sa formulation concrète, explique en grande partie la confusion qui semble marquer la discussion judiciaire des sanctions de *reading in* et de *reading down*. Dans *Schachter*, la Cour a suggéré, avec à-propos, de retenir une approche qui consiste à conceptualiser la règle de droit, à identifier les aspects précis de cette dernière qui créent un problème constitutionnel, et à examiner, le cas échéant, la sanction d'exclusion ou d'inclusion de certains cas d'application. Il s'agit, semble-t-il, de la voie la plus adéquate, la plus rigoureuse, qui permet de consacrer toute l'attention requise à l'étude de l'inconstitutionnalité substantielle de la norme, plutôt qu'à la rédaction de son support textuel.

Or, l'exercice est intellectuellement difficile, et la Cour suprême, même dans *Schachter*, n'aborde pas la discussion avec toute la rigueur requise.

La jurisprudence postérieure à *Schachter* est souvent marquée de cette confusion initiale entre l'ajout ou le retrait de mots, et l'ajout ou le retrait de cas d'application de la norme telle qu'abstraite de son support textuel.

Les propos du juge Lamer dans l'affaire *Rodriguez*¹¹⁵, qui reçoivent sur cette question l'appui des autres juges dissidents, entretiennent cette confusion entre une approche substantielle et une approche littérale des notions de *reading down* et de *reading in*. En effet, après avoir conclu à l'inconstitutionnalité des dispositions législatives criminalisant l'aide au suicide, le juge Lamer s'interroge sur l'à-propos du recours au *reading down* et au *reading in*¹¹⁶, comme si les deux questions pouvaient logiquement se poser simultanément à propos de la même règle inconstitutionnelle¹¹⁷. L'explication de son approche consiste en ce que le juge

115. *Rodriguez c. P.G. Colombie-Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519.

116. *Ibid.*, p. 569. On retrouve les expressions «interprétation large» et «interprétation atténuée» dans la traduction française du jugement.

117. *Ibid.*, p. 569: «Ni l'interprétation large ni l'interprétation atténuée ne sont des réparations appropriées en l'espèce.»

Lamer traite en l'espèce de la question du *reading down* et du *reading in* à un niveau littéral, le premier étant selon lui impossible parce que, s'agissant d'une interdiction formulée en termes généraux¹¹⁸, «on ne peut la rendre acceptable du point de vue constitutionnel en dissociant une partie de la disposition ou en lui donnant une interprétation atténuée»¹¹⁹, et le second étant tout aussi inadéquat, «étant donné la gamme de mécanismes de rechange parmi lesquels la Cour devrait effectuer un choix»¹²⁰. On comprend que cette dernière remarque porte sur le critère de précision dans le choix d'une sanction d'inconstitutionnalité, et que la difficulté concerne la diversité des cas que l'on pourrait exclure de la prohibition criminelle (*reading down* substantiel) bien plus que le choix des mots pour les exprimer.

De même, le juge Iacobucci, dans une opinion dissidente rendue dans l'affaire *Egan*¹²¹, aurait acquiescé à «la demande des appelants de recourir à l'interprétation atténuée et à l'interprétation large»¹²², qui consistait à supprimer les mots «de sexe opposé» et à ajouter les mots «ou comme étant dans une union analogue» à la définition statutaire de conjoint aux fins de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Cette utilisation simultanée de ce que l'on dit être du *reading down* et du *reading in* n'est possible en l'espèce que parce l'on se situe à un niveau littéral, parce qu'il s'agit de retrancher et d'ajouter des *mots* à l'expression formelle de la norme. En effet, le recours simultané à l'interprétation atténuée et à l'interprétation large, comme limitation et extension de la portée de la règle de droit, soit le recours au *reading down* et au *reading in* substantiels, est logiquement impossible. Le *reading down* et le *reading in* ne peuvent se cotoyer harmonieusement que si les deux sont utilisés dans leur acception littérale, ce qui était le cas dans cette opinion du juge Iacobucci dans *Egan*, ou encore s'ils sont respectivement utilisés l'un dans son acception substantielle,

118. *Ibid.*, p. 569. On réfère, dans le texte original anglais, à la «blanket nature of the prohibition».

119. *Ibid.*, p. 569-570. Dans la version originale: «there is no part of the provision which can be read down or severed in order to render it constitutional».

120. *Ibid.*, p. 570.

121. *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513. Les juges Cory et Iacobucci y écrivent une opinion dissidente conjointe, dont ils se séparent cependant la rédaction de parties qui leur sont respectivement attribuées. On référera ici à cette partie de la dissidence conjointe qui porte la signature du juge Iacobucci.

122. *Ibid.*, par. 223. On réfère, dans la version originale anglaise, à la «appellants' request to both read in and read out».

et l'autre dans son acception littérale¹²³. Si on conçoit le problème constitutionnel abstraitement, par rapport au contenu de la règle de droit et non quant à son expression matérielle, le problème constitutionnel consiste vraisemblablement en une exclusion *ou* en une inclusion fautive, et on ne peut qu'y ajouter *ou* en soustraire des cas d'application, mais rarement sera-t-il à propos de recourir simultanément aux deux mécanismes. D'ailleurs, ailleurs dans son opinion dans *Egan*, le juge Iacobucci réfèrera à la sanction d'inconstitutionnalité qu'il aurait imposée comme à de l'interprétation large au sens de *Schachter*¹²⁴. Il s'agit effectivement d'un élargissement du champ d'application de la norme (en l'espèce, le droit à l'allocation de conjoint en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*), de l'inclusion de cas d'application inconstitutionnellement exclus, sanction matériellement réalisée en l'espèce par l'ajout et le retrait de termes. On retrouve donc dans cette opinion une utilisation des termes de *reading in* et de *reading down* selon deux acceptions distinctes, soit celle, proposée dans *Schachter*, qui réfère au contenu de la norme et celle, plus superficielle, qui porte sur son libellé.

L'arrêt *Corbiere*¹²⁵, où la Cour était saisie de la question de la constitutionnalité de la règle de droit imposant une condition de résidence sur la réserve pour la reconnaissance du droit de vote lors de l'élection du chef de bande, participe aussi de cette confusion dans le traitement des sanctions¹²⁶. À un niveau substantiel,

-
123. Par exemple, dans une opinion en partie dissidente écrite dans l'affaire *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, le juge Lamer écrit, au par. 15: «J'estime qu'un mélange d'interprétation atténuée et d'interprétation large des dispositions est la meilleure façon d'assurer la protection des droits garantis par la *Charte* qui sont en jeu [...]». Et dans la version originale anglaise: «a combination of *reading down* the sections and *reading in* new language ...». La formulation originale est plus claire: en effet, il faut voir qu'ici, la notion de *reading down* est utilisée dans son acception substantielle, qui réfère à la limitation de la portée de la règle de droit, alors que celle de *reading in* est utilisée dans son sens textuel ou littéral, qui réfère à l'ajout de termes à la formulation matérielle de la norme (en l'espèce: «à moins que le dossier ne soit en la possession ou sous le contrôle du poursuivant, auquel cas le présent alinéa ne s'applique pas»). Des termes limitatifs sont donc ajoutés à la formulation matérielle de la norme, afin d'exprimer la limitation de son champ d'application.
124. *Egan c. Canada*, précité, note 121, par. 220: «La réponse favorable à la demande de réparation des appelants est conforme aux principes d'«interprétation large» élaborés par notre Cour dans *Schachter*». Dans la version originale anglaise: «The granting of the appellants' request for remedy is consonant with the principles of «*reading in*» developed by this Court in *Schachter*».
125. *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.
126. La disposition contestée se lisait comme suit: «Un membre d'une bande, qui ... réside ordinairement sur la réserve, a qualité pour voter en faveur d'une per-

on aurait pu s'attendre à une discussion de la règle de droit relative au droit de vote lors de l'élection du chef de bande, du problème constitutionnel créé par l'exclusion de la catégorie des personnes non-résidentes, et de l'inclusion comme éventuelle sanction d'inconstitutionnalité disponible en vertu du principe de la suprématie de la constitution. Or, il est remarquable que, et ce contrairement aux prescriptions expresses de *Schachter*, la question constitutionnelle même, dans cette affaire, ait été formulée par rapport aux *mots* de la disposition: «les mots «et réside ordinairement sur la réserve» ... contreviennent-ils ... [à] la *Charte canadienne des droits et libertés* ...», et non pas par rapport à la règle de droit qu'elle exprime¹²⁷. La conclusion du jugement de la Cour sera de reconnaître que «les mots [sont] incompatibles avec le par. 15(1)»¹²⁸, de «supprimer» ces mots¹²⁹ jugés inconstitutionnels¹³⁰. Et pourtant, n'avait-on pas éloquentement écrit, dans *Schachter*, que «l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* impose le caractère inopérant de règles de droit inconstitutionnelles, et non pas des termes utilisés pour leur formulation»¹³¹? Il peut sembler à première vue plus acceptable de déclarer inopérants des mots d'exclusion expressément utilisés par le législateur que de nommer l'action réelle du prononcé d'inconstitutionnalité, soit l'élargissement de la portée de la norme. Dans ce jugement, à cet égard unanime, l'expression *reading in* ou interprétation large n'est d'ailleurs jamais utilisée pour référer à la conclusion prononcée en l'espèce. Et si, dans des motifs distincts¹³², certains juges discutent de cette technique de *reading in* ou d'interprétation large, c'est à propos d'une sanction autre, que l'on refuse du reste d'imposer en l'espèce, et qui aurait été d'«accorder aux non-résidents un droit de vote les habilitant à se prononcer sur certaines questions mais non sur d'autres»¹³³. Les quatre juges qui s'expriment sur cette question estiment qu'une telle

sonne présentée comme candidat au poste de chef de la bande ...», *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c. I-5, art. 77(1).

127. *Corbiere c. Canada*, précité, note 125, par. 43.

128. *Ibid.*, par. 23. L'opinion de la majorité: «Nous sommes donc d'avis de déclarer les mots «et réside ordinairement sur la réserve» ... incompatibles avec le par. 15(1) ...».

129. *Ibid.*, par. 24: «nous sommes d'avis de ... modifier la réparation en supprimant [«striking out», dans la version originale anglaise] les mots «et réside ordinairement sur la réserve»...».

130. La Cour suspend la prise d'effet de la déclaration d'invalidité pour une période de 18 mois.

131. *Schachter c. Canada*, précité, note 2, p. 699.

132. *Corbiere c. Canada*, précité, note 125, par. 25 et s.: l'opinion de la juge L'Heureux-Dubé, à laquelle souscrivent les juges Gonthier, Iacobucci et Binnie.

133. *Ibid.*, par. 115.

inclusion aurait impliqué des choix d'options et l'élaboration de détails, «qui ne sont pas des rôles appropriés pour notre Cour en l'espèce»¹³⁴. On doit remarquer que l'ajout auquel procède *de facto* la Cour, en supprimant purement et simplement la condition de résidence, est cependant beaucoup plus drastique, plus global et quantitativement important. Mais il n'est pas nommé comme tel, et se réalise concrètement par l'invalidation des mots mêmes utilisés par le législateur, il ne crée pas de nouvelles catégories, il n'«invente» pas de solution constitutionnelle détaillée. Selon les expressions utilisées par le juge Beetz dans *Singh*¹³⁵, c'est un cas d'opération drastique, et non pas d'embellissement ou de reconstruction¹³⁶. *Corbiere* est un cas paradigmatique de *reading in* substantiel, tel que prescrit par *Schachter*. On n'utilise cependant jamais cette expression pour décrire ce que l'on y fait. On s'en sert plutôt pour décrire un exercice judiciaire auquel on refuse sagement de procéder, et qu'on décrit comme une intrusion abusive dans l'autonomie parlementaire.

L'affaire *Sharpe*¹³⁷ illustre aussi très bien l'absence de cohérence dans la typologie des sanctions. Saisie d'une contestation de la constitutionnalité de l'interdiction criminelle de la possession de pornographie infantile, la majorité de la Cour y prononce la validité constitutionnelle de la norme, sauf en ce qui concerne deux cas d'application qu'elle juge être des violations de la liberté d'expression non justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. On semble être ici en présence d'un exemple parfait de norme dont l'inconstitutionnalité provient de ce qu'elle couvre à tort une certaine catégorie de situations, et dont la sanction d'inconstitutionnalité pourrait être le *reading down* de ces seules catégories. Or, si elle se réclame pour ce faire de l'autorité de l'arrêt *Schachter*, la Cour décrit en l'espèce la sanction qu'elle impose comme «l'inclusion d'une exception par interprétation large»¹³⁸, utilise un vocabulaire de *reading in* pour décrire l'exclusion de cas d'application, la limitation de la portée de la norme à

134. *Ibid.*

135. *Singh c. Ministre de l'immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

136. *Ibid.*, p. 236: «Si la Constitution l'exige, cette Cour et d'autres cours peuvent procéder à des opérations drastiques sur les dispositions législatives défectueuses, mais non à des opérations d'embellissement ou de reconstruction.» Dans la version originale anglaise: «If the Constitution requires it, this and other courts can do some relatively crude surgery on deficient legislative provisions, but not plastic or re-constructive surgery.»

137. *R. c. Sharpe*, précité, note 56.

138. *Ibid.*, par. 114.

laquelle elle procède. Il s'agit certes ici d'ajout de termes, de dispositions. C'est du *reading in* au sens littéral, au sens de l'ajout de mots, mais c'est du *reading down* du champ d'application de la norme¹³⁹.

On doit remarquer que l'ajout de cas d'application de la norme et l'ajout de termes pourront parfois aller de pair. Ainsi en était-il dans *Vriend*¹⁴⁰, où l'élargissement de la norme anti-discriminatoire requérait l'ajout de l'orientation sexuelle à la liste des motifs interdits de discrimination. Il s'agissait donc en l'espèce à la fois de *reading in* substantiel et de *reading in* littéral. On ne devrait cependant pas utiliser une terminologie qui n'a de sens que sporadiquement, selon les hasards de la rédaction législative.

1.2.2. *Dissociation et Reading down*

Dans *Schachter*, tout au long du jugement, les expressions «interprétation atténuée» (*reading down*) et «dissociation»¹⁴¹ (*severance*) semblent utilisées comme synonymes¹⁴².

139. *Ibid.*, par. 114: «[L]a réparation qui convient en l'espèce consiste à exclure de la portée de l'art. 163.1, au moyen d'une interprétation large, les applications problématiques de cette disposition ...»; et dans la version originale anglaise: «[T]he appropriate remedy in this case is to read into the law an exclusion of the problematic applications of s. 163.1 ...». On ajoute, au paragraphe 115: «Pour décider s'il convient d'accorder une réparation au moyen d'une interprétation large, il nous faut identifier une disposition précise qui pourrait être incluse dans la loi existante afin d'en maintenir l'équilibre constitutionnel.»; et dans la version originale anglaise: «To assess the appropriateness of *reading in* as a remedy, we must identify a distinct provision that can be read into the existing legislation to preserve its constitutional balance.»

140. *Vriend c. Alberta*, précité, note 40.

141. Une certaine doctrine francophone utilise aussi le terme «divisibilité», pour référer à cette possibilité de ne déclarer inconstitutionnelle qu'une disposition d'une loi, plutôt que la loi dans son ensemble. Voir, par exemple, Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 200 et s. On retrouve aussi l'expression en jurisprudence. Voir, par exemple, les propos du juge Beetz pour la Cour dans *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, précité, note 69. On emploiera ici, indistinctement, les termes dissociation, et divisibilité.

142. *Schachter c. Canada*, précité, note 2. En effet, on y oppose parfois interprétation large à interprétation atténuée (par exemple, p. 695, 707 et 720), et parfois à dissociation (par exemple, p. 698, 700, 701, 702, 705, 710, 715, 717, 718, 725), sans raison apparente venant justifier le choix de l'expression. De plus, la Cour écrira: «Les tribunaux n'ont toujours annulé que les dispositions incompatibles des lois en appliquant la doctrine de la dissociation ou de «l'interprétation atténuée» (p. 696). «The courts have always struck down laws only to the extent of the inconsistency using the doctrine of severance or 'reading down'» (p. 696) – On réfère ici à la doctrine, au singulier, de dissociation ou d'interprétation atté-

Or, on peut se demander si les deux expressions ne réfèrent pas à des sanctions en réalité fort différentes.

En effet, alors que le concept de dissociation traditionnellement connu en droit constitutionnel canadien réfère à la possibilité de limiter un prononcé d'invalidité constitutionnelle à une seule règle de droit, par opposition à l'ensemble de la loi dans laquelle elle se retrouve, le *reading down* développé dans *Schachter* sert plutôt à limiter la portée d'une loi ou d'une règle de droit, à circonscrire un prononcé d'inconstitutionnalité aux seuls cas d'application inconstitutionnelle. Leur caractère restreint est en principe le seul lieu de convergence de ces sanctions: la dissociation permet des prononcés d'inconstitutionnalité limités à certaines règles de droit; le *reading down* permet des prononcés d'inconstitutionnalité limités à certains cas d'application de la loi ou de la règle de droit. La première ne modifie ni la règle de droit, ni le libellé de son énonciation, ni le reste de la loi.

Dissociation

Traditionnellement, en droit constitutionnel canadien, la question de la dissociation se pose à propos de la survie du reste de la loi lorsque l'une (ou plusieurs) des règles de droit qu'elle contient, telle qu'exprimée dans une de ses dispositions, a été déclarée constitutionnellement invalide¹⁴³. On discute de la divisibilité à l'étape de la délimitation de la portée d'un prononcé d'invalidité constitutionnelle.

Il ne s'agit pas ici de modifier la règle de droit ou son champ d'application¹⁴⁴, ou encore d'en changer le support textuel. Quand on parle de divisibilité, la règle de droit a été jugée invalide, et on

nuée, et ce dans le texte original anglais comme dans la version française du jugement. (On doit cependant remarquer que le juge La Forest, dans une opinion séparée à laquelle souscrit la juge L'Heureux-Dubé, semble éviter l'expression «dissociation» et n'oppose que l'interprétation atténuée à l'interprétation large).

143. *Ibid.*, p. 696: «Par exemple, dans le cas où un seul article d'une loi viole la Constitution, on peut normalement retrancher cet article du reste de la loi [*that section may be severed*], afin de ne pas avoir à annuler l'ensemble de la loi.»

144. Rogerson écrit, à propos de la jurisprudence constitutionnelle fondée sur le partage des compétences: «Severance will only be appropriate when the text of the statute is such that the invalidity can be confined to a particular section or subsection which is clearly separable from the remainder of the statute. It does not allow courts to distinguish between valid and invalid applications which are both authorized by the same section.» C. ROGERSON, *loc. cit.*, note 57, p. 246.

s'interroge sur l'impact de cette inconstitutionnalité limitée sur le reste de la loi.

Il est encore une fois essentiel de distinguer la règle de droit de son support textuel. La question de la divisibilité se pose à propos de la possibilité de survie de la loi indépendamment de la règle jugée constitutionnellement invalide. Si elle implique de quelque façon le libellé de la loi, c'est uniquement dans la mesure où, en cas de divisibilité, un jugement d'inconstitutionnalité de la seule règle fautive sera considéré, fictivement, comme la suppression de la disposition la formulant. Mais le principe de divisibilité n'a traditionnellement pas été utilisé pour modifier le texte d'une disposition législative particulière, par exemple par le retrait de certains termes, de façon à transformer la règle qu'elle exprime.

Une question hypothétique constitue, dit-on, le facteur à considérer: le législateur, sachant l'inconstitutionnalité de certaines dispositions du texte, souhaiterait-il la survie du reste de la loi, ou, autrement dit, aurait-il adopté un texte législatif ainsi amputé¹⁴⁵?

Dans le contexte du contentieux constitutionnel fondé sur les règles du partage des compétences législatives, il semble que les tribunaux, dans la détermination qu'ils ont faite des effets d'un jugement d'inconstitutionnalité, aient généralement conclu à l'indivisibilité du texte législatif contesté. Comme le souligne avec à-propos le juge Lamer, dans *Schachter*, cela ne devrait pas surprendre, étant donné le fait qu'«[e]n matière de partage des compétences, la question de la constitutionnalité nécessite souvent un examen global du caractère véritable de la loi plutôt qu'un examen des répercussions de certaines parties de la loi sur les droits individuels»¹⁴⁶. Généralement une loi qui, de par son caractère véritable, ne porte pas sur une matière qui relève de la compétence législative de l'autorité qui l'a édictée, sera déclarée inconstitutionnelle dans son ensemble.

145. *Schachter c. Canada*, précité, note 2, p. 697. Il devrait en fait s'agir d'une interrogation portant sur la conformité de l'ensemble des dispositions restantes à la politique législative, et non pas sur une supposée intention législative initiale, lors de l'adoption du texte dans son intégralité, intention qui ne pourrait qu'être fictive et imputée. Au mieux, le législateur avait l'intention d'adopter la loi qu'il a adoptée. Comme l'écrit Bizar, «Courts should face the fact that the legislature enacted what it enacted ... the legislature intended to enact only what it enacted. It could intend nothing more», D. BIZAR, *loc. cit.*, note 24, p. 144-145 et 157.

146. *Schachter c. Canada*, précité, note 2, p. 696.

Les questions se présentent différemment en matière de contentieux constitutionnel fondé sur la violation des droits et libertés. Il se pourra alors très bien que le problème constitutionnel allégué soit bien délimité. En effet, la violation de droits et libertés pourra souvent être le fait d'une seule des règles de droit contenues dans la loi¹⁴⁷. Des jugements d'inconstitutionnalité limités à certaines règles de droit «divisées» ou «dissociées» du reste de la loi risquent d'être plus fréquents en contexte de *Charte* qu'en contexte de partage.

Reading down

Par ailleurs, une loi ou une règle de droit pourra être intrinsèquement valide, mais couvrir certains cas d'application incompatibles avec la Constitution. Ce n'est alors pas la substance de la loi ou de la règle de droit en tant que telle qui pose problème, mais plutôt certaines de ses applications qu'on juge être constitutionnellement interdites.

En matière de partage des compétences législatives, cette question est souvent exprimée comme relevant de l'applicabilité constitutionnelle. On s'interroge, par exemple, sur l'applicabilité de certaines lois ou dispositions législatives provinciales, par ailleurs valides, à des affaires qui relèvent de l'autorité du Parlement fédéral.

Schachter tente de préciser le droit applicable à cet égard en matière de *Charte*. Lorsque le problème constitutionnel est le fait de certaines applications seulement d'une loi (ou d'une seule règle de droit), cette loi pourra recevoir, à titre de sanction d'inconstitutionnalité, ce que la Cour nomme une «interprétation atténuée» (*read down*). Appliquant cette sanction, le tribunal chargé d'assurer le contrôle de constitutionnalité prononce l'inconstitutionnalité des seules applications problématiques, et la loi peut continuer d'opérer à l'égard des autres applications, celles-là valides.

Selon les modes de rédaction législative, cette modification du champ d'application de la loi ou d'une de ses règles, réalisée par un tribunal qui agit en vertu du principe de la suprématie de la Constitution exprimé par le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, peut requérir une correction matérielle du texte

147. *Ibid.*

de la disposition législative par l'ajout ou le retrait de termes. Cette rectification n'est que l'accessoire de la sanction d'inconstitutionnalité, son expression concrète dans le support textuel de la norme. Ainsi, il se peut que la limitation de la portée de la norme, son *reading down*, nécessite le retrait de termes du libellé de la disposition législative qui l'exprime. Il en sera ainsi lorsque le cas d'application inconstitutionnel est explicitement prévu¹⁴⁸.

* * * * *

La confusion entre la règle de droit et sa formulation matérielle, entre la modification judiciaire de la première et celle de la seconde, explique aussi, en partie du moins, l'incohérence dans le traitement de la divisibilité et du *reading down*, présente dans *Schachter* et dans certains commentaires doctrinaux qui l'ont suivi.

Si on peut écrire dans *Schachter* que l'ajout de cas d'application d'une règle de droit que le législateur a inconstitutionnellement exclus (*reading in*) est le pendant logique de la divisibilité¹⁴⁹ c'est uniquement dans la mesure où, superficiellement, l'un implique un ajout et l'autre un retrait. Mais, en réalité, le *reading in* implique l'ajout de cas d'application à une règle de droit, modifie sa portée, et modifie donc la règle de droit elle-même. Alors que la divisibilité, si elle modifie la loi en retirant une disposition, ne modifie pas le contenu des règles de droit édictées par le parlement.

De même, il se peut qu'une confusion semblable fonde l'opposition formulée par Peter Hogg, entre la notion traditionnelle de divisibilité, qui n'impliquait aucune modification du reste de la loi¹⁵⁰, et ce qu'il qualifie de nouvelle utilisation de la divisibilité, qui apporterait selon lui une modification du reste de la loi, essen-

148. Voir, par exemple, *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, où la Cour, à la majorité, a déclaré inconstitutionnel un cas d'application, explicitement prévu, du pouvoir judiciaire de refus de mise en liberté avant le procès.

149. *Schachter c. Canada*, précité, note 2, p. 698: «[E]xtension by way of *reading in* is closely akin to the practice of severance», retrouve-t-on dans la version originale anglaise.

150. P. HOGG, *op. cit.*, note 6, p. 37-9: «Severance, as traditionally employed, is not designed to alter the meaning or effect of the remainder of the statute that survives.»

tielle à la validité de cette dernière¹⁵¹. Selon Hogg, cette nouvelle divisibilité, qui permet d'assurer la validité de la partie restante de la disposition, consiste en fait dans le retranchement de certains mots choisis d'une disposition législative. Cet exercice n'a pourtant rien à voir avec la divisibilité prise dans son acception traditionnelle, qui, on l'a vu, porte sur la possibilité de la survie indépendante d'une loi amputée d'une règle de droit jugée invalide constitutionnellement. Cette nouvelle divisibilité dont parle Hogg semble plutôt être le résultat, la correction matérielle d'une disposition législative lorsque l'on a préalablement jugé que certaines de ses applications ou de ses exclusions sont inconstitutionnelles, que le *reading down* ou le *reading in* constituent la sanction d'inconstitutionnalité appropriée, et que, ces exclusions ou inclusions étant explicitement mentionnées dans la loi, la concrétisation du *reading in* ou *down* exige le retranchement des mots de ces mentions expresses¹⁵².

2- PROPOSITION EN VUE D'UNE CLARIFICATION CONCEPTUELLE

De nombreuses considérations de l'ordre de la philosophie politique alimentent la discussion des sanctions d'inconstitutionnalité imposées par les juges. L'objet du présent texte est plus simplement méthodologique. Il suggère une approche analytique plus rigoureuse, plus conforme aux concepts juridiques établis que celle qui semble prévaloir actuellement en jurisprudence.

151. *Ibid.*, p. 37-11: «What is new about the use of severance in these *Charter* cases is that in each case words were deleted from a statutory provision that were integral to the operation of the provision. The remainder of the provision could survive only because it had been altered by the court's deletion of the severed words. The provision was invalid in the language in which it was enacted by Parliament, and could be upheld only after the court had amended it.»

152. Hogg présente ainsi les arrêts *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906 et *Tétreault-Gadoury c. Canada*, [1991] 2 R.C.S. 22 comme des exemples de dissociation / «severance» (P. HOGG, *op.cit.*, note 6, p. 37-9 à 11), alors qu'il s'agissait respectivement, dans ces affaires, de limiter l'ampleur d'une infraction criminelle et d'étendre le champ d'application de prestations d'assurance chômage. Dans les deux cas, l'expression de la sanction d'inconstitutionnalité requerrait une correction matérielle, soit le retrait de certains termes du libellé des dispositions pertinentes. De la même façon, dans *R. c. Hall*, précité, note 148, il s'agissait de la limitation de la portée de la norme, limitation qui exigeait le retranchement de certains termes de la disposition législative. La juge McLachlin a estimé que le terme exprimant le cas d'application inconstitutionnel pouvait être «dissocié» (par. 44), et les dissidents ont référé à ce qu'elle faisait comme à de l'«interprétation atténuée de manière à n'en [de l'alinéa] dissocier que la partie inconstitutionnelle» (par. 87).

Dans un premier temps, la distinction de l'étape de l'interprétation de la loi dont la constitutionnalité est contestée de celle de l'imposition de sanctions d'inconstitutionnalité illuminerait considérablement le discours sur les sanctions. Les procédés sont différents, répondent à des principes directeurs distincts, et devraient donc être l'objet de désignations terminologiques appropriées. L'interprétation de la loi est une chose, les procédés d'inclusion ou d'exclusion réalisés en violation de l'intention législative, mais en vertu du principe de la suprématie de la constitution, sont autre chose. On ne peut faire dire aux mots tout ce que l'on souhaite, et son contraire¹⁵³.

Dans un deuxième temps, l'explicitation de la distinction entre la règle de droit et son support textuel dans le libellé de la norme éclairerait le traitement des sanctions d'inconstitutionnalité. Cette partie du texte est consacrée à cette dernière question. On y abordera tout d'abord (2.1.) la nécessité d'abstraire la règle de droit (2.1.1.), de qualifier le problème constitutionnel (2.1.2.) et de conceptualiser les possibilités de sanctions (2.1.3.). Après avoir évoqué la question de la décision et des critères de choix (2.2.1.), on y distinguera ensuite l'étape de la mise en forme matérielle de la sanction (2.2.2.).

2.1. Abstraire, qualifier et conceptualiser

La clarification du discours sur les sanctions passe par l'abstraction de la règle de droit contestée (2.1.1.), la qualification du problème constitutionnel (2.1.2.), et la conceptualisation des sanctions disponibles (2.1.3.).

2.1.1. Au-delà de la forme: abstraire la règle de droit

La seule approche cohérente en matière de sanctions d'inconstitutionnalité semble être celle qui se préoccupe du contenu des règles de droit plutôt que de leur formulation textuelle¹⁵⁴. On

153. À moins, bien sûr, d'être Humpty Dumpty dans *Alice au pays des merveilles*. «Lewis Carroll said it all in *Alice Through the Looking Glass*: «When I use a word», Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, «it means just what I choose it to mean – neither more or less.» – «The question is» said Humpty Dumpty, «which is to be master – that's all», Margaret RITCHIE, «*Alice Through the Statutes*», (1975) 21 *McGill L.J.* 685, 707.

154. Sur la distinction entre la règle de droit et l'énoncé qui l'exprime, voir notamment Christophe GRZEGORCZYK et Tomasz STUDNICKI, «Les rapports entre la norme et la disposition légale», dans (1974) *Archives de philosophie du*

nous le rappelle dans *Schachter*, la Constitution rend inopérantes les règles de droit incompatibles, et non pas les mots qui les expriment¹⁵⁵.

La conceptualisation de la règle de droit qui fait l'objet d'une contestation constitutionnelle fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés* doit donc être la première étape de l'analyse¹⁵⁶.

Toute règle de droit doit être conforme aux prescriptions de la Constitution. Le contentieux constitutionnel en est un de conflit de règles, et non pas de conflit de mots. C'est la règle de droit qui risque d'être partiellement ou complètement inconstitutionnelle. C'est sur elle que doit porter l'attention, et ce quel que soit le mode de rédaction du libellé qui l'exprime. Les mots utilisés dans une disposition législative sont eux-mêmes bien inoffensifs. C'est la règle de droit qu'ils expriment qui seule crée des droits et des obligations, et qui peut donc être problématique¹⁵⁷. Le mot «chien» ne mord pas, dit-on. Une question constitutionnelle formulée par rapport à certains mots semble marquée par l'écueil de la confusion entre la règle et son expression littérale¹⁵⁸.

droit, vol. XIX, Le langage du droit, 243, et P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 26, p. 314 qui réfère, sur cette question, à Riccardo GUASTINI, «Interprétation et description des normes», dans Paul AMSELEK (dir.), *Interprétation et Droit*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 89, et à William TWINING et David MIERS, *How to do Things with Rules*, 2^e éd., Londres, Wendenfield and Nicolson, 1982.

155. *Schachter c. Canada*, précité, note 2, p. 699.

156. *Ibid.*, p. 699. La Cour rappelle, dans *Schachter*, que «la mesure de l'incompatibilité peut être déterminée par rapport au fond d'une loi plutôt que seulement par rapport à son libellé». L'esprit de ce jugement amène en fait à conclure que cette mesure *doit*, et non seulement *peut*, être déterminée par rapport au contenu plutôt que par rapport à la forme.

157. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 26, p. 315: «[L]'interprète des lois recherche le sens des règles de droit et non simplement le sens «littéral» des énoncés législatifs. Ce qui l'intéresse, c'est la teneur de la règle ou de la norme, et il l'établit en tenant compte du texte, certes, mais il prend en considération de nombreux autres facteurs.»

158. Dans *Corbiere c. Canada*, précité, note 125, par. 43, on l'a vu plus haut (texte accompagnant la note 127), la principale question constitutionnelle était ainsi formulée: «Les mots «et réside ordinairement sur la réserve» figurant au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c. I-5, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais uniquement en ce qui concerne les membres de la bande indienne de Batchewana?». De même, dans *R. c. Hall*, précité, note 148, par. 22, la majorité de la Cour écrira que certains mots d'un texte de loi sont inconstitutionnels. Elle écrit: «L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit qu'une *règle de droit* incompatible avec la *Charte* est inopérante. Ces mots sont donc inopérants.» (je souligne).

Il faut absolument distinguer la règle de droit de sa formulation matérielle dans un texte de loi¹⁵⁹.

Une analyse centrée sur le style de rédaction, inquiète de l'effet de la décision judiciaire sur le libellé de la norme, effet qui pourra exiger tantôt l'ajout tantôt le retrait de termes, ne peut qu'être superficielle et trompeuse. Ce niveau d'analyse de texte comporte sa propre échelle de valeurs, qui crée notamment l'impression qu'enlever des mots est moins grave que d'en ajouter, puisqu'on est, dans le premier cas, formellement contraint par les paramètres d'une rédaction législative initiale, mais laissé à l'arbitraire illimité de sa propre imagination dans le second. Or, si on se préoccupe du contenu de la norme exprimée, le fait même de l'ajout ou du retrait de termes n'est pas nécessairement un indicateur fiable de l'importance relative de la modification qu'on lui apporte¹⁶⁰. De plus, l'ajout et le retrait de termes ne sont souvent que les deux faces d'une même médaille. Ainsi, le retrait de termes qui précisent certains cas d'application et l'ajout de termes qui qualifient ou limitent le champ d'application pourront avoir le même effet, soit de restreindre la portée de la norme telle qu'initialement conçue.

Cette absence de distinction entre la norme et son expression littérale, entre la modification judiciaire de la règle de droit et le nécessaire ajustement du support textuel qui lui sert de véhicule d'expression, semble, par exemple, fonder l'affirmation de Hogg

159. Des auteurs ont souligné l'importance de cette distinction entre la règle de droit et le texte qui l'exprime. Voir, par exemple, R. GUASTINI, *op. cit.*, note 154, p. 95: «[I]l n'y a pas de correspondance biunivoque entre la disposition légale et la norme»; C. GRZEGORCZYK et T. TUDNICKI, *op. cit.*, note 154, p. 247: «Nous proposons de faire une distinction entre un énoncé normatif ... et la norme elle-même. La disposition légale, étant une forme d'énoncé normatif, doit être au même titre séparée conceptuellement de la norme.»; TWINING, *op. cit.*, note 154, p. 137-148: «In handling rules it can be important to realize that the substance of the rule and the syntax of its formulation are different matters. (...) We talk quite naturally of reading, drafting, breaking or writing down a rule. [...] sometimes we may fall into the trap of confusing the rule with its physical expression.»

160. Voir, par exemple, l'affaire *Corbiere c. Canada*, précité, note 125, par. 115, où l'on a refusé d'élaborer une sanction qui aurait «pour effet d'accorder aux non-résidents un droit de vote les habilitant à se prononcer sur certaines questions mais non sur d'autres», parce qu'«[u]ne telle décision impliquerait des modifications considérables et détaillées au régime établi par la loi». On y a cependant déclaré invalides les mots «et réside ordinairement sur la réserve», qui qualifiaient l'octroi législatif du droit de vote, ce qui a eu pour effet d'apporter un changement de fond beaucoup plus considérable, mais qui n'impliquait qu'une intervention limitée sur le texte de la loi.

selon laquelle le problème constitutionnel présenté dans *Schachter* était beaucoup plus difficile que celui soulevé dans *Tétreault-Gadoury*¹⁶¹. En réalité, dans les deux cas, le problème constitutionnel était du même ordre, soit l'exclusion d'une catégorie de personnes du bénéfice de certains avantages législatifs. Il s'agissait dans le premier cas des pères naturels exclus des prestations d'assurance-chômage pour congés parentaux, et dans le second cas des personnes de plus de 65 ans exclues du régime régulier de prestations. Cependant, seul le mode de rédaction législative les distinguait, soit une exclusion expresse dans *Tétreault-Gadoury*, et logiquement nécessaire dans *Schachter*. Si la correction matérielle était techniquement plus facile dans *Tétreault-Gadoury*¹⁶², l'importance de la modification de fond apportée à titre de sanction d'inconstitutionnalité était dans les deux cas fort semblable¹⁶³. On reconnaît ici le piège contre lequel *Schachter* nous mettait en garde: éviter que le mode de rédaction législative ne détermine à lui seul la disponibilité des sanctions¹⁶⁴, ou plutôt, en ce cas-ci, que le mode de rédaction ne détermine à lui seul la qualification du problème constitutionnel comme étant plus ou moins «difficile».

On ne doit cependant pas nier la difficulté de la conceptualisation de la règle de droit, de la nécessaire abstraction à laquelle on doit procéder à partir du texte de loi¹⁶⁵. Une formulation abstraite est requise. C'est un exercice ardu, auquel on ne procède souvent, dans le meilleur des cas, qu'intuitivement, inconsciemment. Si le fonctionnement d'autres ordres normatifs facilite

161. P. HOGG, *op. cit.*, note 6, p. 37-12/13, écrit: «A much more difficult problem was presented to the Supreme Court of Canada in *Schachter* [...]».

162. *Ibid.*, p. 37-11: «The age-65 bar was simply deleted by the exercise of the Court's power of severance, leaving the plaintiff in a position to rely upon the general rules of entitlement.»

163. On doit cependant noter, comme la Cour le remarque dans *Schachter c. Canada*, précité, note 2, p. 723, que les répercussions financières de l'inclusion des pères naturels auraient été beaucoup plus importantes que celles rattachées à l'inclusion des personnes de plus de 65 ans dans *Tétreault-Gadoury c. Canada*, précité, note 152.

164. *Schachter c. Canada*, précité, note 2, p. 698.

165. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 26, p. 112, réfère à l'importance de «ne pas confondre le texte de la loi et la règle de droit qu'exprime le texte». Gottlieb souligne en ces termes le nécessaire exercice de formulation de la norme: «Normative utterances need not, therefore, be completely formulated. The crucial question about such an utterance, from a functional viewpoint, is whether it lends itself to a *restatement* in normative form» (souligné dans le texte), dans Gidon GOTTLIEB, *The Logic of Choice*, New York, MacMillan Company, 1968, p. 40, cité dans TWINING, *op. cit.*, note 154, p. 138.

l'appréhension abstraite des règles¹⁶⁶ (on ne confond généralement pas une règle de politesse avec sa transcription occasionnelle, dans une note d'ordre disciplinaire, par exemple), le monde du droit identifie bien souvent la règle de droit statutaire avec l'article de loi qui l'exprime¹⁶⁷. Cette identification de la norme juridique à son énonciation matérielle ne joue vraisemblablement pas dans le cas des règles de *common law*¹⁶⁸, et semble plutôt être un phénomène propre aux règles de droit statutaire. En effet, le statut officiel et définitif de la formulation formellement adoptée par un parlement favorise la démesure dans l'importance accordée au texte, et alimente cette confusion entre la norme et son expression. Le glissement est facile, de la discussion de la règle à celle du texte de loi¹⁶⁹.

La règle de droit est donc distincte du texte qui l'exprime¹⁷⁰. Il se peut qu'une même disposition législative exprime plus d'une norme, ou encore qu'une règle de droit trouve son expression textuelle dans plus d'une disposition, et donc qu'une disposition légis-

166. Twining rappelle les divers niveaux d'expression dont des normes peuvent faire l'objet: «First, there are rules expressed in fixed verbal form and rules not expressed in fixed verbal form. Some, such as statutory rules, are expressed in a particular form of words which has official status, so that it is not open to interpreters to change the wording. [...] Other rules [...] may have been expressed differently at different times, may have been only partly articulated or may never have been expressed in words at all.», TWINING, *op. cit.*, note 154, p. 143.

167. Sur cette confusion de la norme et de son expression matérielle, voir notamment Guastini: «Or, dans le langage commun des juristes, le terme «norme» est habituellement employé pour se référer soit aux textes (ou bien à des parties de textes: des énoncés) du discours législatif, soit au contenu de sens de ces textes. [...] les juristes ne distinguent pas entre les textes normatifs et leur contenu de sens.» R. GUASTINI, *op. cit.*, note 154, p. 94; voir aussi Côté: «La manière dont les juristes parlent du droit les conduit fréquemment à confondre la règle de droit et le texte qui lui sert de support formel.», P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 26, 314.

168. Les règles de droit de *common law*, développées par les tribunaux, ne sont en effet pas le lieu d'une telle confusion entre la norme et son support formel. L'énonciation d'une règle par un tribunal ne présente pas le caractère sacré du formalisme de l'édiction statutaire.

169. Voir, par exemple, le propos suivant, tenu dans *Schachter c. Canada*, précité, note 2, p. 696: «La flexibilité du libellé de l'art. 52 n'a rien de nouveau en droit constitutionnel canadien. Les tribunaux n'ont toujours annulé que les dispositions incompatibles des lois en appliquant la doctrine de la dissociation ou de l'«interprétation atténuée»». On y parle de la souplesse du langage de l'article 52, alors que c'est la règle elle-même, celle de la suprématie de la Constitution, qui présente cette caractéristique.

170. «Ils [les juristes] croient qu'il y a correspondance parfaite entre les énoncés du législateur et les normes: à chaque énoncé législatif correspond une norme, et chaque norme est exprimée par un énoncé législatif. En d'autres termes, les juristes ne distinguent pas entre les mots et le sens des mots.», R. GUASTINI, *op. cit.*, note 154, p. 94.

lative n'exprime qu'un élément de la règle¹⁷¹. De plus, certaines dispositions législatives n'énoncent aucune règle¹⁷².

Ainsi, une définition législative n'est en soi créatrice d'aucune règle de droit¹⁷³; elle ne crée ni droit ni obligation, et ne peut donc, en soi, donner lieu à un résultat inconstitutionnel. Ce n'est que dans un exercice de conceptualisation d'une règle de droit exprimée ailleurs, à la lumière de la définition législative applicable, que l'on peut par exemple conclure à l'existence d'une incompatibilité entre cette règle à portée trop étroite ou trop large et certaines exigences constitutionnelles. Il est dès lors surprenant de remarquer dans certaines décisions judiciaires ce qui se présente comme la discussion de la constitutionnalité de définitions législatives¹⁷⁴.

Lors de la conceptualisation de la règle de droit dont on conteste la constitutionnalité, la détermination du degré de généralité requis constitue une étape difficile mais essentielle, dont les modalités de réalisation concrète dépendent des cas d'espèce et ne répondent aucunement à des figures imposées¹⁷⁵.

Par exemple, en matière criminelle, la perspective appropriée peut être difficile à établir: peut-on se limiter à l'examen de la constitutionnalité d'une règle créant une défense trop limitée¹⁷⁶, ou ne doit-pas plutôt et absolument rattacher cette défense

171. «[I]l n'y a pas de correspondance biunivoque entre la disposition légale et la norme ... Il est faux de croire qu'il y a une norme – et une seule norme – pour chaque disposition. Et il n'y a pas non plus une, et une seule, disposition pour chaque norme.» R. GUASTINI, *loc. cit.*, note 154, p. 95. «Tous les textes de loi n'énoncent pas des règles de droit [...] La construction d'une règle peut faire appel à plus d'une disposition.» P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 26, p. 314.

172. R. GUASTINI, *op. cit.*, note 154, p. 96

173. *Ibid.*; P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 26, p. 314.

174. Voir, par exemple, l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, dont plusieurs passages laissent croire qu'il s'agit de procéder dans cette affaire à la discussion de la constitutionnalité de la *définition* de pornographie. Voir, de même, *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, où l'on conclut à l'inconstitutionnalité d'une définition du terme «conjoint». Voir enfin *T. U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, précité, note 89, où l'on retrouve, au par. 80: «Je conclus que la définition de «piquetage» au par. 1(1) du *Labour Relations Code* porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* et que sa validité ne peut être sauvegardée par l'application de l'article premier. La définition de «piquetage» est déclarée inopérante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982.*»

175. «[S]ome of the most difficult choices in interpretation relate to choosing an appropriate level of generality.» TWINING, *op. cit.*, note 154, p. 142.

176. Voir, par exemple, l'affaire *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, où l'on a discuté, sans référence à son application dans le cadre d'une infraction particulière, de la constitutionnalité du moyen de défense de contrainte reconnu par le *Code criminel*.

au contexte d'une infraction particulière dans le cadre de laquelle elle peut jouer?

La conceptualisation adéquate de la règle de droit sur laquelle un contrôle de constitutionnalité sera exercé demeure l'étape première et essentielle, en vue d'une harmonisation du traitement de la question ultérieure des sanctions d'inconstitutionnalité. Elle renferme la clé de l'intelligence de la problématique des sanctions d'inconstitutionnalité.

2.1.2. Qualifier le problème constitutionnel

Lorsque l'on a conceptualisé la règle de droit qui fait l'objet de la contestation constitutionnelle, il s'agit de «déterminer la mesure de l'incompatibilité», comme on le prescrit dans l'arrêt *Schachter*.

Il faut identifier le problème, voir en quoi la règle de droit est incompatible avec les exigences constitutionnelles. Et prendre les distances requises avec le libellé de la disposition qui exprime cette règle, afin d'éviter les écueils d'une approche purement textuelle.

À cet égard, la sanction d'une incompatibilité frontale, brutale, totale, le produit d'une règle de droit inconstitutionnelle dans son essence, pose relativement peu de problèmes conceptuels¹⁷⁷.

Les difficultés réelles sont plutôt créées par les cas où l'incompatibilité constitutionnelle résulte d'applications limitrophes¹⁷⁸ ou de cas exclus de la portée de la règle de droit.

Il se peut en effet que le problème constitutionnel provienne de ce que la règle de droit a un *champ d'application trop étendu*.

177. J'ignore délibérément ici d'importants problèmes, qui relèvent cependant d'un autre ordre de préoccupations, comme la question de l'effet dans le temps d'une telle déclaration d'inconstitutionnalité, qui peut aller de la rétroactivité à la remise (suspension).

178. On réfère, dans *Schachter c. Canada*, précité, note 2, par. 114, au «problème des dispositions ou applications limitrophes inconstitutionnelles».

Ainsi peut-il en être de:

- l’infraction d’avoir des relations sexuelles avec une femme de moins de 14 ans, peu importe la connaissance que l’on a de l’âge de cette femme¹⁷⁹;
- la criminalisation intégrale de la possession de pornographie juvénile, peu importe ses conditions de production et de possession¹⁸⁰;
- l’inversion du fardeau de la preuve dans les procédures engagées sous le régime de la *Loi sur les douanes* (i.e. l’imposition à l’importateur), y compris dans le cas de matériel prétendument obscène¹⁸¹;
- l’octroi d’un trop large pouvoir de fouilles, de perquisition et de saisies¹⁸²;
- l’interdiction de piquetage, lorsque cette dernière activité est définie de façon à inclure la distribution de tracts à des lieux de travail secondaires¹⁸³;
- l’interdiction d’aide au suicide, qui a pour effet d’empêcher le suicide de personnes physiquement inaptes à le faire elles-mêmes¹⁸⁴.

À l’opposé, l’incompatibilité avec les exigences constitutionnelles peut résulter de ce que la règle de droit a une *portée trop limitée*.

179. Règle discutée dans *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen*, précité, note 152.

180. Règle discutée dans *R. c. Sharpe*, précité, note 56, où on en décrit en ces termes, au par. 75, le problème de portée excessive, en ce qu’elle «peut viser du matériel qui fait particulièrement intervenir la valeur de l’épanouissement personnel et ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants».

181. Règle discutée dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, précité, note 11.

182. Règle discutée dans *Southam c. Hunter*, précité, note 60.

183. Règle discutée dans *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, précité, note 89.

184. Règle discutée dans *Rodriguez c. P.G. Colombie-britannique*, précité, note 115.

On pourra contester, par exemple, la reconnaissance législative¹⁸⁵:

- de prestations régulières d’assurance-chômage qui excluent les personnes de plus de 65 ans¹⁸⁶;
- d’un congé parental qui exclut le cas des pères naturels¹⁸⁷;
- de prestations d’assurance qui excluent les conjoints non mariés¹⁸⁸;
- de pensions de conjoint qui ne reconnaissent pas les conjoints homosexuels¹⁸⁹;
- d’un droit de vote limité aux résidents des réserves indiennes¹⁹⁰;
- en matière criminelle, d’une défense de contrainte limitée par des conditions de présence et d’immédiateté¹⁹¹;
- d’un droit à la protection contre la discrimination fondée sur une liste de motifs qui ne comprend pas l’orientation sexuelle¹⁹².

2.1.3. Conceptualiser les possibilités de sanction

Une fois l’inconstitutionnalité comprise par rapport au contenu de la règle de droit, la sanction adéquate doit être conceptualisée, elle aussi, par rapport à la règle de droit, sans égard à sa mise en forme matérielle¹⁹³. Les incidences sur la rédaction, sur

185. L’interprétation judiciaire de la *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 1, est fondée sur un postulat de libéralisme, de telle sorte qu’elle ne permet en principe que la contestation d’une action de l’État, par opposition à une inaction totale. Si on peut contester une règle de droit au motif qu’elle a une portée trop limitée, on ne peut donc, paradoxalement, contester l’absence de règle de droit.

186. Règle discutée dans *Tétreault-Gadoury c. Canada*, précité, note 152.

187. Règle discutée dans *Schachter c. Canada*, précité, note 2.

188. Règle discutée dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

189. Règle discutée dans *Egan c. Canada*, précité, note 121.

190. Règle discutée dans *Corbiere c. Canada*, précité, note 125.

191. Règle discutée dans *R. c. Ruzic*, précité, note 176.

192. Règle discutée dans *Vriend c. Alberta*, précité, note 40.

193. Voir, dans ce sens, Evan H. CAMINKER, Note, «A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes», (1986) 95 *Yale Law Journal* 1185, qui écrit, à la page 1186, à la note 3: «[A] court’s choice between extension and nullification is not constrained by the particular manner in which a statutory text prescribes unequal treatment. Court-ordered relief often coincides with a “rewording”

les mots de la disposition qui exprime la règle, sont des conséquences techniques et accessoires de la sanction, et devraient être considérées comme telles, et non pas comme des critères préalables de sa détermination.

Malheureusement, dans son état actuel, la jurisprudence traite bien souvent de façon indistincte la question de la sanction et celle de ses modalités de mise en œuvre matérielle.

Ainsi, parler de *reading in*, au sens de *Schachter*, pour référer à une limitation du champ d'application d'une interdiction criminelle par l'ajout d'exceptions, c'est confondre la sanction d'inconstitutionnalité imposée, soit la limitation de la portée de la règle de droit, et la façon concrète et matérielle de réaliser cette sanction, soit la création d'exceptions, exprimées par l'ajout de dispositions au texte législatif¹⁹⁴.

Les possibilités

La déclaration d'inconstitutionnalité pure et simple, l'élargissement ou la limitation de la portée de la règle de droit¹⁹⁵ sont des sanctions d'inconstitutionnalité disponibles, en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en cas de violation de droits et libertés constitutionnellement garantis.

Le droit constitutionnel canadien connaît bien la déclaration d'inconstitutionnalité pure et simple de la règle de droit. Il s'agit d'une sanction drastique, d'une «*crude surgery*»¹⁹⁶ clairement prescrite par le principe de la suprématie de la Constitution.

L'élargissement et la limitation de la portée de la règle de droit statutaire impliquent plutôt une *modification* de cette dernière, intervention traditionnellement laissée à la discrétion de son auteur, le parlement.

rather than “deletion” of an offending clause, e.g., extending benefits granted by statute to “males” to all persons». Caminker renvoie à Deborah BEERS, Note, «Extension versus Invalidation of Underinclusive Statutes: A remedial Alternative», (1975-1976) 12 *Columbia Journal of Law and Social Problems* 115, qui avait écrit, dix ans plus tôt, p. 121: «The fact that certain words must be added or substituted rather than subtracted should not be a conceptual stumbling block for those who consider extension to be an appropriate remedy.».

194. Voir *R. c. Sharpe*, précité, note 56.

195. Toutes ces sanctions peuvent être reportées dans le temps, assorties de ce que l'on a dit être une suspension.

196. L'expression est du juge Beetz, dans l'affaire *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, note 135, p. 235-236. Voir la citation complète reproduite à la note 136.

Le principe de suprématie de la Constitution, tel qu'exprimé en droit constitutionnel canadien, ne rend cependant inopérantes les règles de droit incompatibles avec la Constitution que dans la mesure de l'incompatibilité (*to the extent of the inconsistency*). Tel qu'expliqué dans *Schachter*, la déclaration de l'incompatibilité, et donc du caractère inopérant, d'une seule exclusion ou inclusion fautive a pour effet logique d'inclure ou d'exclure ces cas d'application qui ont initialement été inconstitutionnellement traités par le législateur.

On doit remarquer que l'inclusion ou l'exclusion ne sont cependant que des sanctions disponibles, et non obligatoires. Même en cas de simple inclusion ou exclusion fautive, une cour peut décider de déclarer l'inconstitutionnalité pure et simple, non qualifiée, de la règle de droit¹⁹⁷. Et ce avec ou sans suspension dans le temps. Et sans avoir à se justifier¹⁹⁸.

Limiter le champ d'application de la norme – l'exclusion en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Une sanction limitée aux cas d'application inconstitutionnellement inclus par le législateur donne lieu à une exclusion de ces cas qui sera prononcée par les juges en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

On peut ainsi:

- exclure de l'infraction d'avoir des relations sexuelles avec une femme de moins de 14 ans, les situations où l'accusé ne sait pas que cette femme a moins de 14 ans¹⁹⁹;

197. Voir, pour un tel choix, *T.U.A.C., section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd*, précité, note 89, *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, et *M. c. H.*, précité, note 174.

198. Par exemple, dans *T.U.A.C., section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd*, précité, note 89, par. 79, où était en cause l'ampleur excessive d'une interdiction de piquetage, la Cour ne consacre qu'un paragraphe de son jugement à la question des sanctions. On y retrouve: «Suivant les principes applicables en matière de réparations fondées sur la Constitution énoncées dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 75, je déclarerais invalide la définition de «piquetage» à l'art. 1 du Code et suspendrais l'effet de cette déclaration d'invalidité pendant six mois afin de permettre à la législature de modifier la disposition pour la rendre conforme à la garantie constitutionnelle de liberté d'expression exposée dans les présents motifs.». Aucune justification n'est apparemment jugée nécessaire.

199. Sanction imposée dans *R. c. Hess* et *R. c. Nguyen*, précités, note 152, p. 934, où l'on retrouve, dans l'opinion de la majorité, «qu'il est approprié de déclarer que les termes du par. 146(1) "que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus" sont inopérants.». La limitation de la portée de la

- exclure de la portée de la criminalisation de la possession de pornographie juvénile «(1) les écrits ou représentations créés par l'accusé seul et conservés par ce dernier exclusivement pour son usage personnel, et (2) tout enregistrement visuel créé par l'accusé ou dans lequel ce dernier figure, qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qui est conservé par l'accusé exclusivement pour son usage personnel»²⁰⁰;
- exclure le cas de matériel prétendument obscène de la portée d'une règle portant inversion de la charge de la preuve en contexte douanier²⁰¹;
- limiter l'octroi aux policiers d'un trop large pouvoir de fouilles, de perquisition et de saisies²⁰²;
- limiter la définition de piquetage, dans le cadre d'une interdiction législative de piquetage²⁰³;
- exclure d'une interdiction d'aide au suicide, le cas de personnes physiquement inaptes à se suicider elles-mêmes²⁰⁴.

Élargir le champ d'application de la norme – l'inclusion en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Une sanction limitée aux cas d'application inconstitutionnellement exclus par le législateur donne lieu à une inclusion de ces

norme est réalisée en l'espèce par le retrait de termes du libellé de la disposition législative.

- 200. Sanction imposée par la majorité de la Cour dans *R. c. Sharpe*, précité, note 56, par. 129, par l'ajout du texte prévoyant ces exceptions.
- 201. Sanction imposée dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada*, précité, note 11.
- 202. Ce n'est pas la sanction qui a été imposée dans *Southam c. Hunter*, précité, note 60, p. 169, où l'on a prononcé l'inconstitutionnalité pure et simple des dispositions contestées, estimant qu'«il n'appart[enait] pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives.».
- 203. Ce n'est pas la sanction qui a été imposée dans *T.U.A.C., section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd.*, précité, note 89. On y a plutôt déclaré l'inconstitutionnalité pure et simple de la définition de piquetage.
- 204. Ce n'est pas ce qui a été fait dans *Rodriguez c. P.G. Colombie-Britannique*, précité, note 115. La Cour, à la majorité, y a prononcé la validité constitutionnelle de la criminalisation de l'aide au suicide. Le juge Lamer, dissident, aurait déclaré la disposition inconstitutionnelle, suspendu la déclaration d'inconstitutionnalité pour une période d'un an, et instauré un régime d'exemptions constitutionnelles pour la période de la suspension.

cas qui sera prononcée par les juges en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

On peut ainsi:

- inclure les personnes de plus de 65 ans comme bénéficiaires de prestations régulières d'assurance-chômage²⁰⁵;
- inclure les pères naturels dans un programme de congés parentaux²⁰⁶;
- inclure les conjoints non mariés dans un régime de prestations d'assurance²⁰⁷;
- inclure les conjoints homosexuels dans un régime de pension de conjoint²⁰⁸;
- étendre un droit de vote aux membres de la bande qui ne résident pas sur le territoire de la réserve²⁰⁹;
- en matière criminelle, élargir la portée d'une défense de contrainte au-delà de conditions de présence et d'immédiateté²¹⁰;
- élargir un droit à la protection contre la discrimination en ajoutant l'orientation sexuelle à titre de motif interdit de discrimination²¹¹.

205. C'est ce qui fut fait dans *Tétreault-Gadoury c. Canada*, précité, note 152. Par l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition de la loi qui créait un régime particulier pour les personnes de plus de 65 ans, ces dernières se retrouvaient assujetties au régime régulier.

206. La Cour n'a pas procédé à cette inclusion dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, précité, note 2. Elle aurait plutôt procédé à un prononcé suspendu d'inconstitutionnalité. Mais, puisque le législateur fédéral avait modifié sa loi pendant l'instance judiciaire de façon à respecter les droits à l'égalité, la Cour a estimé qu'elle n'avait à imposer aucune sanction.

207. C'est la sanction imposée par la Cour, à la majorité, dans *Miron c. Trudel*, précité, note 188, p. 510, qui parlera d'«interprétation large rétroactive».

208. Aucune sanction ne fut imposée dans *Egan c. Canada*, précité, note 121, puisque la Cour, à la majorité, n'y a pas conclu à l'inconstitutionnalité des dispositions législatives. Les quatre juges dissidents, dans cette affaire, auraient suspendu pour un délai d'un an leur sanction consistant à inclure les couples homosexuels dans la définition de conjoint.

209. La Cour a procédé à une telle extension dans *Corbiere c. Canada*, précité, note 125.

210. Dans *R. c. Ruzic*, précité, note 176, la Cour a invalidé ces exigences de présence et d'immédiateté. Voir notamment le par. 101.

211. C'est la sanction imposée par la Cour dans *Vriend c. Alberta*, précité, note 40.

2.2. Décider et mettre en forme

Après l'identification de la règle de droit contestée, la qualification du problème constitutionnel et la considération des sanctions disponibles, il s'agit de décider de la sanction d'inconstitutionnalité à imposer (2.2.1.) et, le cas échéant, de mettre en forme la correction matérielle requise pour exprimer cette sanction (2.2.2.).

2.2.1. *Décider: les critères de choix*

Une fois qu'une conclusion d'inconstitutionnalité est élaborée, la discussion des critères qui doivent guider les juges dans le choix de la sanction appropriée en est une de fond, qui dépasse l'objet, méthodologique, du présent texte.

La détermination judiciaire de cette sanction doit en effet être nourrie par des préoccupations de contenu, de fond, de l'ordre du juste et du raisonnable, par exemple. Elle doit ignorer les caractéristiques ou le style de rédaction des dispositions législatives qui expriment la règle de droit qui fait l'objet du jugement d'inconstitutionnalité. Ces considérations techniques ou matérielles ne devraient devenir pertinentes qu'à l'étape suivante, soit celle de la mise en forme de la sanction choisie.

La discussion des critères de choix implique la prise en compte de considérations théoriques sur les fondements de la démocratie parlementaire, sur les rapports entre les diverses branches de l'État quant aux choix de vie en société, sur la légitimité du contrôle judiciaire, et notamment sur les paramètres légitimes qui doivent en éclairer l'exercice. Joue maintenant à cet égard un rôle important cette théorie, fort à la mode, du dialogue entre les tribunaux et les parlements en matière de respect des exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés*²¹².

L'objet du présent texte se limitant à un plaidoyer en faveur d'une certaine cohérence conceptuelle dans la méthode, il suffira de rappeler brièvement certains critères de choix pour l'élabora-

212. Pour des discussions jurisprudentielles récentes de ce que l'on dit être cette «métaphore» du dialogue, voir notamment *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, précité, note 48, *R. c. Hall*, précité, note 148 et *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68.

tion de sanctions d'inconstitutionnalité abordés dans la jurisprudence.

La justification de principe apportée au soutien de l'imposition des sanctions plus nuancées que sont l'élargissement et la limitation de la portée de la règle de droit veut qu'il soit souhaitable, autant que possible, de laisser jouer les normes législatives dans la mesure où elles peuvent le faire de façon constitutionnelle, et que des inconstitutionnalités marginales ne requièrent généralement pas un prononcé d'inconstitutionnalité absolue de la norme.

La disponibilité de multiples options d'élargissement ou de limitation de la portée de la règle peut jouer en faveur d'un jugement d'inconstitutionnalité global: on estime alors que les instances parlementaires constituent un forum institutionnel plus habile à exercer ce genre de choix²¹³. Corrélativement, la présence d'une seule possibilité plausible de correction peut militer en faveur d'une modification judiciaire de la règle.

On considère aussi la précision et la simplicité avec laquelle se dessine la version constitutionnelle de la règle, son caractère plus ou moins controversé et ses coûts.

Dans l'ensemble, ces critères semblent souvent implicites, flous, objets d'appréciations subjectives et de mise en œuvre ad hoc imprévisible.

Mais quels qu'en soient les motifs, réels ou simplement affirmés, une fois le choix arrêté, les sanctions d'élargissement ou de limitation de la portée de la règle de droit peuvent exiger une mise en forme matérielle.

2.2.2. *Mettre en forme: la correction matérielle*

Suite à la détermination de la sanction appropriée, on doit procéder à l'aménagement matériel de la ou des dispositions légis-

213. Voir, par exemple, les propos du juge Lamer dans *Rodriguez c. P.G. Colombie-Britannique*, précité, note 115; *Schachter c. Canada*, précité, note 2, p. 705. Voir aussi *Vriend c. Alberta*, précité, note 40, par. 155; *Corbiere c. Canada*, précité, note 125, par. 115.

latives en cause, afin d'exprimer le changement apporté à la règle de droit par le jugement d'inconstitutionnalité, le cas échéant²¹⁴.

Il s'agit ici tout simplement de l'expression concrète, d'une mise en forme de la sanction d'inconstitutionnalité jugée appropriée. Si des critères d'opportunité politique, de *policy*, jouent dans la détermination de la sanction, seules des considérations d'intelligibilité doivent guider l'élaboration de la correction matérielle du texte qui l'exprime. On est maintenant à l'étape du «comment», et non plus du «quoi».

Selon les styles de rédaction initiale, un éventail de moyens est disponible. On peut priver d'effets certains mots, ou en ajouter certains autres à la disposition législative. On peut ajouter des exceptions, ou limiter la portée de certaines expressions générales. On peut à la fois retirer certains mots et en ajouter d'autres.

Ainsi, on pourra procéder à l'élargissement de la portée d'une loi jugée trop limitative par le retranchement de certains mots²¹⁵, ou par l'ajout de certains autres²¹⁶.

La jurisprudence a reconnu à l'occasion la distinction entre la sanction d'inconstitutionnalité et ses modalités de mise en forme.

214. Seul le législateur a le pouvoir constitutionnel de conférer une valeur officielle à la formulation qu'il donne à l'expression de règles de droit. On a référé plus haut dans ce texte à l'importance extrême que l'on accorde au *texte* de la loi. Si les juges ont depuis toujours le pouvoir de créer du droit, notamment par l'élaboration de règles de common law, la formulation, le libellé de ces règles ne reçoit qu'une attention secondaire. Les sanctions d'inconstitutionnalité ont ceci de particulier qu'elles impliquent la correction judiciaire de règles de droit adoptées par le législateur, et que se côtoieront dès lors dans la règle corrigée le langage législatif original, dans son libellé à valeur officielle, et l'expression plus informelle de la correction judiciaire.
215. Dans *Tétreault Gadoury c. Canada*, précité, note 151, la Cour a prononcé l'inconstitutionnalité de l'article de loi créant un régime spécial pour les personnes de 65 ans et plus, ramenant donc ces dernières dans le champ d'application du régime commun d'assurance-chômage. Peter Hogg décrit cette affaire comme un exemple de «remedy of extension» opéré par «striking out the words that make the statutory scheme under-inclusive», P. HOGG, *op. cit.*, note 6, p. 37-10 ou encore «severing words from the statute», *ibid.*, p. 37-14.
216. Dans *Miron c. Trudel*, précité, note 188, la majorité de la Cour a élargi une définition législative de conjoint de façon à étendre aux couples non mariés un bénéfice d'assurance-automobile. Dans *Vriend c. Alberta*, précité, note 40, on a ajouté l'orientation sexuelle à la liste des motifs interdits de discrimination prévue dans la *Individual's Rights Protection Act* de l'Alberta, élargissant par le fait même la protection contre la discrimination. Hogg décrit ces affaires comme des exemples de «remedy of extension» réalisée par «read[ing] in new words into the statute» P. HOGG., *op. cit.*, note 6, p. 37-14.

Ainsi, dans *Laba*²¹⁷, le juge Sopinka écrit, au nom de la majorité, après avoir *de facto* conclu en l'espèce au caractère approprié de la sanction de limitation de la portée d'une infraction²¹⁸ par l'élargissement de la possibilité de disculpation déjà prévue dans la loi²¹⁹, qu'«[u]ne fois qu'il est satisfait aux critères susmentionnés, la technique utilisée pour obtenir le résultat de l'application de ces critères relève davantage de la forme que du fond. ... [L]e même résultat pourrait être obtenu par d'autres moyens»²²⁰.

Malheureusement, on confond bien souvent la sanction d'inconstitutionnalité d'une règle de droit avec ses modalités de mise en œuvre matérielle.

Ainsi, affirmer dans cette même affaire *Laba* que la réparation appropriée était «la radiation et l'interprétation large»²²¹ équivaut à confondre la sanction, en l'espèce la limitation de la portée de l'infraction par l'élargissement de la possibilité de disculpation, et ses modalités de mise en œuvre, soit le retrait des termes «à moins qu'il n'établisse»²²² et l'ajout de «en l'absence de preuve soulevant un doute raisonnable»²²³.

Dans *Sharpe*, «l'inclusion d'une exception par interprétation large»²²⁴ n'était pas la «réparation convenable», mais bien plutôt la modalité de mise en œuvre de la sanction choisie, soit la limitation de la portée trop large de la règle de droit qui créait l'infraction criminelle de possession de pornographie juvénile.

La déclaration du caractère inopérant des mots «que cette personne de sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus» dans l'affaire *Hess*²²⁵ était le moyen de réaliser la sanction de limitation de la portée d'une infraction jugée trop large, en ce qu'elle excluait la possibilité d'invoquer une défense constitutionnellement requise dans ce contexte.

217. *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965.

218. Il s'agissait de l'infraction de commerce du minerai volé qui renferme des métaux précieux.

219. Soit la réduction d'une charge ultime à une simple charge de présentation.

220. *R. c. Laba*, précité, note 217, par. 98.

221. *Ibid.*

222. *Ibid.*, par. 95.

223. *Ibid.*

224. *R. c. Sharpe*, précité, note 56, par. 114.

225. *R. c. Hess*, précité, note 152.

Dans *Little Sisters*²²⁶, la déclaration que «le par. 152(3) de la *Loi sur les douanes* ne [devait] pas être interprété et appliqué de manière à imposer à l'importateur la charge d'établir que des marchandises [n'étaient] pas obscènes»²²⁷ était le moyen utilisé afin de réaliser la sanction de limitation d'une norme à portée trop large.

L'ajout de l'orientation sexuelle à la liste des motifs interdits de discrimination prévue dans la loi a été le procédé de mise en œuvre de la sanction d'élargissement d'une règle jugée trop limitée dans *Vriend*²²⁸. Si on a pu correctement écrire dans cette affaire qu'il fallait «inclure l'orientation sexuelle par interprétation large»²²⁹, c'est que l'ajout de termes coïncidait ici avec l'extension de la portée de la norme, que *reading in* substantif et *reading in* littéral concordaient, par pur hasard, à cause de la formulation particulière de la norme.

L'invalidation partielle²³⁰ des conditions d'immédiateté et de présence de la défense de contrainte a été le moyen choisi dans *Ruzic* pour élargir la portée de cette défense²³¹.

Dans *Corbiere*, la déclaration d'invalidité (ou «suppression»²³²) des mots «et réside ordinairement sur la réserve» a permis de sanctionner par inclusion de la catégorie de personnes inconstitutionnellement exclue l'octroi législatif d'un droit de vote jugé trop restrictif. Et ce quoi qu'on semble avoir évité d'y nommer cette intervention judiciaire d'inclusion.

Afin d'élargir la portée de la reconnaissance législative trop étroite d'un droit à une pension de conjoint, le juge Iacobucci, dissident dans l'affaire *Egan*, aurait supprimé les mots «de sexe opposé» et ajouté «ou comme étant dans une union analogue» à la disposition législative initiale²³³.

226. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada*, précité, note 11.

227. *Ibid.*, par. 159.

228. *Vriend c. Alberta*, précité, note 40.

229. *Ibid.*, par. 147. En anglais: «*reading in* of sexual orientation in the offending sections».

230. «[S]triking down», retrouve-t-on dans le texte anglais.

231. *R. c. Ruzic*, précité, note 176.

232. *Corbiere c. Canada*, précité, note 125, par. 24.

233. *Egan c. Canada*, précité, note 121, par. 223. La confusion entre la sanction et ses voies de matérialisation concrète est ici aussi présente. En effet, si le juge Iacobucci qualifie la sanction d'inconstitutionnalité qu'il privilégie d'«interprétation large / *reading in*» au sens de l'arrêt *Schachter*, il affirme du même souffle faire droit à la demande des appelants de «recourir à l'interprétation atténuée et à l'interprétation large».

L'imposition d'une sanction d'inconstitutionnalité est un acte grave. La transcription matérielle de la sanction d'inconstitutionnalité n'en est qu'une conséquence accessoire. Elle exige certes de la clarté et de la précision, et est déterminée par le mode de rédaction initial de la disposition législative qui l'exprime. Mais elle ne constitue pas un enjeu pertinent dans le débat sur la légitimité du contrôle de constitutionnalité, qui s'intéresse, lui, à des questions de fond.

CONCLUSION

La cohérence interne du droit, son intelligibilité sont des valeurs en soi.

On s'intéresse depuis déjà longtemps à la nécessaire clarté des lois. À cet égard, l'imprécision peut parfois même, en soi, justifier un prononcé d'inconstitutionnalité de la loi qui en est affectée.

Il est temps d'appliquer le même ordre de préoccupation à la production judiciaire du droit.

La jurisprudence rendue en matière constitutionnelle est inévitablement complexe, en ce qu'elle traite de notions abstraites aux contours incertains, et navigue dans des eaux où il serait vain de tenter de départager le bien du mal, et le vrai du faux.

On ne peut donc souhaiter plus de clarté que ne le permet le sujet traité. On ne peut non plus exiger une unanimité, pourtant si précieuse, là où les orientations idéologiques transcendent inévitablement la simple cohérence doctrinale.

Mais on est en droit d'espérer une cohérence minimale dans le libellé et le traitement des outils de la méthode. L'interprétation d'une loi n'est pas la même chose que l'imposition d'une sanction d'inconstitutionnalité en vertu du principe de la suprématie de la Constitution. On ne doit pas confondre la règle de droit contestée et son expression dans la disposition législative. L'élargissement ou la limitation de la portée de la règle de droit, imposés comme sanctions d'inconstitutionnalité, diffèrent de la matérialisation concrète de ces sanctions dans le texte de loi qui exprime la règle de droit.

Cette simple clarification serait déjà une étape heureuse vers une plus grande intelligibilité de la jurisprudence constitutionnelle.