

De l'inhabilité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles

Danielle Pinard*

Introduction

1. Les juges et les règles de *common law*

1.1. Les juges et le contenu des règles de *common law*

1.1.1. Création / déclaration

1.1.2. Contrôle de constitutionnalité

Faire évoluer les principes de *common law* à la lumière des valeurs de la *Charte*

Prononcés d'inconstitutionnalité

1.2. Les juges et la formulation des règles de *common law*

2. Les juges et les règles de droit écrit

2.1. Les juges et le contenu des règles de droit écrit

2.1.1. Interprétation

2.1.2. Contrôle de constitutionnalité

Interprétation conciliatrice

Prononcés d'inconstitutionnalité

2.2. Les juges et la formulation des règles de droit écrit

2.3. L'intervention judiciaire sur le droit écrit et le corpus législatif

2.3.1. Interprétation

2.3.2. Contrôle de constitutionnalité

Interprétation conciliatrice

Prononcés d'inconstitutionnalité

Conclusion

* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal. Ce manuscrit a été terminé le 1^{er} septembre 2014. Je remercie Guillaume Charlebois et Ariane Gaudette Turyn pour leur travail de recherche et d'édition.

Introduction

En droit constitutionnel canadien, les juges exercent un important pouvoir à l'égard de l'ensemble des *règles de droit* : selon les cas, elles¹ les développent, les remplacent, les interprètent ou encore en déclarent l'inconstitutionnalité totale ou partielle. Mais elles n'ont jamais le pouvoir de modifier le *texte des règles de droit écrit*², ni lorsqu'elles les interprètent ni lorsqu'elles en déclarent l'inconstitutionnalité³. Des propos récemment tenus dans des affaires constitutionnelles témoignent cependant du fait que la Cour suprême du Canada prétend détenir ce pouvoir et l'exercer. Ces propos participent à entretenir une confusion quant aux préceptes de base de notre organisation constitutionnelle, portant ainsi atteinte à une primauté du droit que l'on dit par ailleurs essentielle.

La Cour a tenu pour acquise l'existence de ce pouvoir de modifier le texte des règles de droit écrit. Elle a ainsi rejeté le recours aux exemptions constitutionnelles en matière de peines minimales en partie au motif que, contrairement aux autres sanctions d'inconstitutionnalité, l'exemption constitutionnelle n'apparaissait pas en tant que telle dans le corpus législatif et que la reconnaissance d'exemptions risquait de ce fait de créer de l'incertitude et de l'imprévisibilité et d'ainsi porter atteinte à la primauté du droit⁴. En effet, dans l'affaire *Ferguson*⁵, dans laquelle elle a pourtant conclu qu'une disposition du *Code criminel* prévoyant une peine minimale ne constituait pas en l'espèce un traitement cruel et inusité, la Cour a choisi de consacrer de longs développements à ce qu'elle a jugé être le caractère inapproprié des sanctions d'exemption constitutionnelle en contexte de peine minimale. Au nombre des motifs invoqués, des considérations relatives à la primauté du droit et à ses exigences inhérentes de certitude et de prévisibilité semblent centrales. La Cour a estimé que le libellé du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶ démontrait que les rédacteurs de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷ ne souhaitaient pas que les lois inconstitutionnelles soient « left on the books » sous réserve de réparations discrétionnaires *ad hoc*⁸. Référant aux autres sanctions d'inconstitutionnalité, comme à

¹ Le présent texte réfèrera aux juges au féminin seulement. Pour saluer la présence accrue des femmes dans la magistrature, pour inciter mes étudiantes à se projeter dans un avenir prometteur, et pour éviter la lourdeur de la répétition du masculin. Pour une justification théorique, voir : Danielle PINARD, « Le langage et l'interprétation du droit, au masculin seulement », dans *Femmes et droit, 50 ans de vie commune et tout un avenir*, Actes des Journées Maximilien-Caron 1991, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 199-243.

² On limitera ici aux lois *stricto sensu* notre intérêt au droit écrit ou légiféré.

³ La Cour d'appel d'Alberta l'a rappelé récemment, en citant avec approbation le propos suivant de la Cour d'appel d'Ontario dans *R. v. J.P.*, (2003) 67 O.R. (3d) 321, par. 31, (Ont. C.A.) : « In making the declaration [of invalidity], the court did not and could not repeal or otherwise alter the terms of the statute. » *R. v. Voss*, 2013 ABCA 38, par. 5.

⁴ *R. c. Ferguson*, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 69.

⁵ *Id.* La Juge en chef écrit l'opinion unanime de la Cour.

⁶ Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) (ci-après : « L.C. 1982 »).

⁷ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* (ci-après : « *Charte canadienne des droits et libertés* » ou « *Charte* »).

⁸ *R. c. Ferguson*, préc., note 4, par. 65. J'utilise ici les expressions qui m'apparaissent centrales dans leur version originale anglaise dans le jugement lorsque leur traduction française me semble douteuse. Ici, par exemple, on a traduit « left on the books » par « en vigueur ». La traduction est inexacte. Ces deux expressions ne sont pas équivalentes. On sait par exemple que sont matériellement présentes dans le corpus législatif les

celles qu'elle nomme l'invalidation, la dissociation ou l'interprétation large, la Cour écrit que, dans la mesure de son inconstitutionnalité, une loi est non seulement inapplicable à l'espèce, mais elle est : « null and void, and is effectively removed from the statute books »⁹. Selon la Cour, la reconnaissance d'exemptions constitutionnelles semble être la seule sanction d'inconstitutionnalité qui crée une « divergence entre la disposition figurant dans le corpus législatif et la règle de droit appliquée »¹⁰, créant de ce fait incertitude, imprévisibilité et donc atteinte à la primauté du droit¹¹. La Cour semble présumer que l'imposition judiciaire d'autres sanctions d'inconstitutionnalité se manifeste, en soi et par la force des choses, dans le corpus législatif. Or, il n'en est rien. Aucune sanction d'inconstitutionnalité n'apparaît dans le corpus législatif du seul fait du jugement qui la prononce¹².

Dans deux jugements rendus récemment¹³, la Cour suprême du Canada a déclaré exercer ce pouvoir de modification de textes de droit écrit. Elle a prétendu retirer, ou encore retirer et remplacer, des mots de dispositions législatives dont la constitutionnalité était contestée pour ensuite juger que le texte ainsi modifié exprimait une règle apportant des limites raisonnables à des droits protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁴.

Dans *St-Onge Lamoureux*¹⁵, la Cour a notamment déclaré que certaines conditions énoncées au *Code criminel* afin de pouvoir contester la fiabilité de résultats d'analyse d'alcootests constituaient des limites raisonnables à la présomption d'innocence¹⁶. Elle n'a cependant pu

lois sanctionnées mais non encore en vigueur. Voir Ruth SULLIVAN, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Toronto, Butterworths, 2002, p. 323 : « In effect, the statute book constitutes the complete text of every legislative provision [produced by a legislature] ».

⁹ *R. c. Ferguson*, préc., note 4, par. 65. La version française se lit comme suit : « Dans la mesure où une disposition législative est inconstitutionnelle, elle n'est pas simplement inapplicable dans l'affaire en cause. Elle est inopérante et, de fait, retirée du corpus législatif ».

¹⁰ *Id.*, par. 72.

¹¹ *Id.*, par. 69. Dans la foulée, la Cour ajoute que la reconnaissance judiciaire d'exemptions constitutionnelles, avec sa caractéristique propre d'absence de visibilité dans le texte de loi contesté, prive le législateur des nécessaires directives constitutionnelles de la Cour. Elle écrit : « Permettre que des dispositions législatives inconstitutionnelles demeurent dans le corpus législatif empêche le législateur de savoir avec certitude si la disposition législative en cause est constitutionnelle et, partant, le prive de la possibilité de la corriger » (par. 73).

¹² On peut mentionner tout de suite, à titre d'exemple, les dispositions du *Code criminel* interdisant certains types d'avortement, déclarées inconstitutionnelles en 1988 dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, et toujours présentes dans le corpus législatif. Peter Hogg écrit : « The old abortion laws remain « on the books » although being of no force or effect. » Peter W. HOGG et Allison A. BUSHHELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures, (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All) », (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, 113.

¹³ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467; *R. c. St-Onge Lamoureux*, [2012] 3 R.C.S. 187.

¹⁴ On remarque le caractère insolite de cet exercice auquel procède la Cour dans ces deux affaires, et qui consiste à valider comme limite raisonnable aux droits et libertés une prétendue disposition législative qu'elle vient elle-même de créer par une modification de celle initialement adoptée par le législateur et qui fait l'objet de la contestation constitutionnelle.

¹⁵ *R. c. St-Onge Lamoureux*, préc., note 13. L'opinion majoritaire est rédigée en français par la juge Deschamps. Sont en cause dans cette affaire le *Code criminel*, l'alcoolémie lors de la conduite automobile, la présomption d'innocence et le droit à une défense pleine et entière.

¹⁶ *Id.*, par. 67.

parvenir à cette conclusion qu'après avoir déclaré que d'autres conditions qui y étaient associées ne constituaient pas de telles limites raisonnables et que la règle devait en conséquence en être « amputée »¹⁷. La conclusion du jugement est expressément formulée en termes de retrait et de remplacement des mots de la disposition législative¹⁸. Il est d'ailleurs remarquable que, puisqu'il s'agit d'une disposition d'une loi fédérale, donc officiellement bilingue, la conclusion du jugement exprimée dans sa version anglaise sera différente de celle exprimée en français en ce que le traitement textuel requis n'implique qu'un retrait de termes dans le texte anglais de la disposition¹⁹. Or, en droit, cette disposition législative nouvellement rédigée et validée par la Cour n'existe pas. La *règle* modifiée, elle, existe, elle a été formulée dans les mots des juges, mais elle demeure dans l'ordre des représentations, des idées. Elle n'a pas de formulation statutaire valide. Si la Cour a bel et bien l'autorité de valider certaines règles de droit écrit ou encore de les déclarer en partie ou totalement inconstitutionnelles, elle n'a pas celui de modifier le texte de la loi qui les a formulées. La disposition qui existe encore dans le corpus législatif, au lendemain du jugement, comme aujourd'hui²⁰, est toujours celle initialement contestée dans cette affaire.

La Cour a réitéré l'exercice quelques mois plus tard. Le *Saskatchewan Human Rights Code*²¹ prohibe un certain nombre de publications, dont celles qui, pour un motif de distinction illicite, exposent à la haine, ridiculisent, rabaisent ou portent atteinte à la dignité de certaines personnes. À l'unanimité, la Cour a jugé dans *Whatcott*²² que la prohibition portait atteinte à la liberté d'expression et à la liberté de religion et que seuls *les mots* « les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité » ne se justifiaient pas au sens de l'article premier de la *Charte* et étaient donc constitutionnellement invalides²³. La

¹⁷ *Id.* La Cour analyse les conditions séparément et formule des conclusions individuelles à l'égard de chacune. Il n'y a donc pas de conclusion globale de limitation de la portée de l'ensemble de la règle.

¹⁸ Voir par exemple, au par. 101 : « (...) L'alinéa 258(1)c), amputé des mots « en l'absence de toute preuve tendant à démontrer à la fois que les résultats des analyses montrant une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang découlent du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé et que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang », qui sont remplacés par les mots « en l'absence de toute preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé », est justifié au sens de l'article premier de la *Charte*. » (Je souligne).

¹⁹ La version anglaise de la conclusion citée à la note précédente se lit comme suit : « (...) and s. 258(1)(c) after severance of the words "all of the following three things —" and " , that the malfunction or improper operation resulted in the determination that the concentration of alcohol in the accused's blood exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, and that the concentration of alcohol in the accused's blood would not in fact have exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood at the time when the offence was alleged to have been committed", are justified under s. 1 of the *Charter*. » (Je souligne). *Infra*, section 2.2., Exigence constitutionnelle de bilinguisme.

²⁰ 1^{er} septembre 2014.

²¹ S.S. 1979, c. S-24.1, art. 14(1)b).

²² *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 13. Le juge Rothstein écrit en anglais l'opinion d'une Cour unanime.

²³ Il s'agit de la formulation exacte utilisée par la Cour, *Id.*, par. 92 : « J'estime qu'il n'existe pas de lien rationnel entre les mots « les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité » figurant à l'al. 14(1)(b) et l'objectif visé par le législateur, à savoir lutter contre la discrimination systémique dirigée

Cour a retranché ces mots à l'étape de l'étude du lien rationnel²⁴, pour continuer une analyse portant sur la disposition ainsi amputée, et finalement déclarer que cette dernière constituait une limite raisonnable et était donc constitutionnellement valide²⁵. Or, tout comme dans le cas de l'affaire *St-Onge Lamoureux*, au lendemain de ce jugement, les dispositions législatives contestées demeurent inchangées dans le corpus législatif. Celles que la Cour a prétendu créer n'ont aucune existence matérielle.

Cette prétention de manipulation judiciaire du libellé de textes de lois procède peut-être à la fois de l'éternelle confusion entre la règle de droit et son support d'expression et d'une absence de distinction pourtant nécessaire entre l'intervention judiciaire sur le droit écrit (2) et celle portant sur la *common law* (1).

Il est vrai que les juges jouissent d'un important pouvoir quant au contenu des règles de *common law* (1.1), et que la formulation de ces dernières constitue un exercice relativement libre de contraintes (1.2). Si l'interprétation et le contrôle de constitutionnalité des règles de droit écrit donnent légitimement lieu à une certaine manipulation judiciaire de leur contenu (2.1), leur libellé cependant relève exclusivement des parlements et répond à des impératifs normatifs propres (2.2). Aucune intervention judiciaire sur le droit écrit n'apparaît en soi dans les textes de loi. Dans la mesure où cette absence de visibilité porte atteinte à la primauté du droit, le problème est inhérent à l'exercice, et nullement limité à la question des exemptions constitutionnelles (2.3). On conclura par l'esquisse de pistes

contre des groupes protégés. La façon dont ces mots portent atteinte à la liberté d'expression ne peut se justifier au regard de l'article premier de la *Charte*; ils sont par conséquent inconstitutionnels. » (Je souligne).

²⁴*Id.*, par. 93. La version originale anglaise du jugement prévoit que la Cour va « formally strike out those words », alors que la traduction française réfère plutôt à « radier » les mots considérés inconstitutionnels (par. 94). Dans le dispositif ultime du jugement, on utilisera d'autres expressions, soit « retranchés » et « severed » (par. 206). Cette dernière expression est connue du monde des sanctions d'inconstitutionnalité, elle réfère à la sanction de « severance », exprimée en français par les expressions divisibilité ou dissociation, qui permet dans certains cas de ne déclarer inconstitutionnelle qu'une partie d'une loi « si la partie valide restante peut survivre indépendamment et aurait pu être édictée séparément. » : *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, par. 82.

²⁵*Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 13, par. 206 : « L'alinéa 14(1)(b) constitue une limite raisonnable à la liberté d'expression et à la liberté de religion dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Le jugement a été rédigé en anglais. Par hasard, le libellé de la disposition a permis que la conclusion du jugement à l'égard de la traduction française de la disposition ne requière pas un traitement autre que celui de la suppression de mots. Voici, par exemple, le texte d'une des conclusions de la Cour, en anglais puis en français (par. 206) : « A prohibition of any representation that “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” any person or class of persons on the basis of a prohibited ground is not a reasonable limit on freedom of expression. Those words are constitutionally invalid and are severed from the statutory provision in accordance with these reasons. The remaining prohibition of any representation “that exposes or tends to expose to hatred” any person or class of persons on the basis of a prohibited ground is a reasonable limit and demonstrably justified in a free and democratic society. » (Je souligne). « L'interdiction de toute représentation qui, pour un motif de distinction illicite, « les [une personne ou une catégorie de personnes] ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité » ne constitue pas une limite raisonnable à la liberté d'expression. Ces mots sont constitutionnellement invalides et sont retranchés de la disposition législative conformément aux présents motifs. Le reste de la disposition qui interdit toute représentation qui « expose ou tend à exposer [...] à la haine » une personne ou une catégorie de personnes pour un motif de distinction illicite constitue une limite raisonnable dont la justification est démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique. » (Je souligne).

d'explication de cette manipulation inopportune des textes de loi par les juges, et par une interrogation sur la portée du caractère obligatoire des décisions de justice au Canada.

Mais d'abord, un bref retour sur l'essentielle distinction entre une règle de droit et son support d'expression²⁶.

La distinction entre une règle de droit et son support d'expression

L'intelligence de la distinction entre une règle de droit et son support d'expression est essentielle²⁷. Elle permet notamment une théorie méthodologique plus rigoureuse des sanctions d'inconstitutionnalité que sont la limitation ou l'extension du champ d'application de règles de droit écrit²⁸. Plus fondamentalement, elle permet de comprendre que le contrôle judiciaire de constitutionnalité s'exerce sur les règles et non pas sur leur support d'expression, quel qu'il soit²⁹. Le contentieux constitutionnel met en scène un conflit de règles et non de textes. Toute *règle de droit* doit être conforme à la Constitution.

²⁶ J'ai initialement abordé cette question dans Danielle PINARD, « 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 et l'interprétation atténuée, etc. ! », (2003) *R. du B.* 421. Je n'en reprends ici que les éléments utiles à la présente étude.

²⁷ Sur la distinction entre la règle de droit et son support d'expression, voir les sources citées dans D. PINARD, « 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 et l'interprétation atténuée, etc. ! », préc., note 26, 466, note 154. Voir aussi Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2009, qui écrit par exemple, à la p. 120 : « Normalement, l'abrogation du texte opère suppression de la règle qu'il exprime (...) »; Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^e édition, Paris, Dalloz, 2003, p. 259 : « Au-delà des idées, c'est sa formulation [de la règle de droit] qui apparaît : il y a la matière et il y a la manière de l'exprimer »; Jean-Jacques PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Paris, Économica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001; Thierry DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Paris, Économica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997. Roderick Macdonald aborde la question sous l'angle plus global des représentations symboliques des idées et des représentations : Roderick A. MACDONALD, « Legal Bilingualism », (1997) 42 *McGill L.J.* 119. Il écrit par exemple : « Few dispute that language is the translation of ideas and representations into a particular symbolic form, and few dispute that this particular symbolic form only gives the appearance of presenting precise meanings that are broadly shared within a particular community » (p. 129).

²⁸ J'ai dénoncé en 2003 le fait que la Cour suprême du Canada entretienne une incertitude relativement aux sanctions de *reading in* et de *reading down* en ce qu'elle réfère parfois à l'ajout ou au retrait de termes d'une disposition législative et parfois à l'extension ou à la limitation du champ d'application de la règle exprimée par cette disposition. Je suggérais alors une approche des sanctions fondée exclusivement sur la règle : D. PINARD, « 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 et l'interprétation atténuée, etc. ! », préc., note 26. J'ajoute aujourd'hui, dans la présente étude, que les juges n'ont tout simplement aucun pouvoir d'intervention sur le texte des dispositions de droit écrit et que les *reading down* ou *in* textuels sont tout simplement inappropriés. Ce que j'ai écrit à l'époque à propos des modifications de texte que l'imposition de certaines sanctions d'inconstitutionnalité pourrait éventuellement exiger référerait au texte des jugements qui expliquent la règle de droit qui fait l'objet de la sanction, et non au texte de loi lui-même : *id.*, note 214.

²⁹ Voir le principe de la suprématie de la Constitution énoncé au paragraphe 52(1) L.C. 1982.

La règle de droit, comme toute règle d'ailleurs, est une abstraction. Elle relève du monde de la pensée, des idées, des représentations mentales, des significations. Elle est le produit de la réflexion, le fruit de l'interprétation³⁰.

La règle de droit fait l'objet d'interventions judiciaires et ce, quel que soit son mode d'expression. Elle prend forme au fur et à mesure des interprétations, des distinctions et des précisions dont elle fait l'objet.

Son mode d'expression, s'il en est³¹, peut prendre des formes plus ou moins arrêtées³². Le droit est un sens, une signification abstraite qui peut à la rigueur trouver une expression dans divers signes, mais qui n'a pas de support inhérent ou privilégié³³. À moins que des règles supérieures ne prévoient autre chose.

Dans la tradition canadienne de *common law*, la règle de droit peut notamment trouver son support d'expression dans des jugements ou encore dans des lois. En effet, la règle de droit peut y être exprimée dans une loi par un parlement (le droit écrit), ou encore développée par des cours de justice dans une série de décisions judiciaires.

La disposition législative, comme mode d'expression de la règle de droit, présente une formulation fixe, canonique, qui donnera lieu à une interprétation judiciaire. De nombreuses règles en encadrent tant la formulation que l'interprétation.

La règle de droit énoncée par une décision judiciaire, qu'on dit être règle de *common law*, fait l'objet d'une expression plus souple³⁴, d'un mode d'expression inférentiel³⁵. En *common law*, l'énonciation de la règle prétorienne est progressive; elle se joint à sa justification et à

³⁰ Pardini écrit : « Les dispositions appartiennent au champ des textes, des signes, des actes écrits; les normes au champ des sens, des fruits de l'interprétation. » J.-J. PARDINI, préc., note 27, p. 44.

³¹ William TWINING et David MIERS, *How To Do Things With Rules*, Londres, Butterworths, 1999, p. 137 : « 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 ». Sur cette question des normes implicites, voir, bien sûr : Roderick A. MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et « inférentielle » », (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 47.

³² W. TWINING et D. MIERS, préc., note 31, p. 137 : « Firstly, there are rules expressed in fixed verbal form and rules not expressed in fixed verbal form ».

³³ Roderick A. Macdonald a éloquemment démontré le fait que l'existence même du bilinguisme juridique illustre on ne peut mieux cette distinction fondamentale entre la normativité, qui relève du monde des idées, et sa possible expression simultanée dans deux langues : R. A. MACDONALD, « Legal Bilingualism », préc., note 27. Il écrit notamment : «[A]ll interpretation is an act of translation, and all translation is an act of interpretation. This is why theorizing about legal bilingualism in a particular legal order is helpful in rendering patent the epistemological and semantic foundations of deploying language to apprehend legal normativity. » (p. 147).

³⁴ Roderick Macdonald écrit, à propos des jugements, qu'ils sont « less susceptible than the statute or regulation to statement in a discursive, canonical form. » R. A. MACDONALD, « Legal Bilingualism », préc., note 27, 161. Il ajoute cependant : « This is not to deny that some judgments interpreting statutes have achieved iconic canonical expression. » *Id.*, note 166.

³⁵ *Id.*, 143.

l'exercice de distinction dont elle procède³⁶. La paraphrase de la règle de *common law* est permise, sa formulation n'a pas le caractère sacré ou arrêté de la forme législative.

Il n'est donc pas surprenant que la confusion de la règle de droit et de son support d'expression soit plus répandue dans le cas des textes de loi³⁷, là où le statut officiel et définitif de la formulation formellement adoptée par un parlement emporte souvent la démesure dans l'importance accordée au texte³⁸. Le glissement est facile, de la discussion de la règle à celle du texte de loi qui l'exprime³⁹. L'énonciation d'une règle par un tribunal ne présente pas le caractère sacré du formalisme de l'édiction statutaire. Il se peut donc qu'une confusion entre la règle de droit écrit et le texte de loi qui l'énonce explique fondamentalement la manipulation judiciaire de textes législatifs que l'on dénonce dans la présente étude. Fortes du pouvoir de modifier une règle de droit écrit de façon à sanctionner son inconstitutionnalité partielle⁴⁰, les juges revendiquent maintenant celui de modifier le libellé législatif qui l'énonce. Or, elles n'ont pas ce dernier pouvoir.

Il se peut donc qu'une confusion entre la règle de droit et sa manifestation matérielle dans une disposition législative explique en partie cette prétention judiciaire à modifier les textes de loi. Mais les interactions intimes entre le droit écrit et la *common law* alimentent vraisemblablement aussi cette revendication judiciaire d'un pouvoir de modification des textes de loi. Les paramètres de l'intervention judiciaire sur les règles de droit écrit (2) sont cependant fort différents de ceux qui encadrent l'intervention judiciaire sur les règles de *common law* (1).

1. Les juges et les règles de *common law*

Cette regrettable prétention à un pouvoir judiciaire de manipulation du texte des règles de droit écrit procède peut-être en partie d'un certain ascendant exercé par le traitement des règles de *common law*. On connaît en effet la perméabilité des frontières entre les lois et les règles de *common law*. Les premières se développent dans le contexte juridique défini par les secondes, qui constituent le droit commun et contiennent les principes structurants du système. Or, le traitement des règles de *common law* développées par les tribunaux répond à une logique propre et inapplicable au droit statutaire.

³⁶ Voir René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002, n° 270, p. 267; R. A. MACDONALD, « Legal Bilingualism », préc., note 27, 162.

³⁷ Macdonald écrit, à propos des décisions judiciaires : « For here, it is generally acknowledged by all manner of legal theorists that a written opinion expressing a legal norm is not the norm itself. » R. A. MACDONALD, « Legal Bilingualism », préc., note 27, 161.

³⁸ D. Pinard, « 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 et l'interprétation atténuée, etc. ! », préc., note 26, 470.

³⁹ Twining réfère à une « temptation in ordinary discourse to 'thingify' » (or « reify » or « hypostatidse ») them [the rules]. (...) We talk quite naturally of reading, drafting, breaking or writing down rules. (...) [S]ometimes we may fall into the trap of confusing the rule with its physical expression » : W. TWINING et D. MIERS, préc., note 31, p. 143.

⁴⁰ L'arrêt *Schachter* a en effet confirmé que l'extension ou la limitation de la portée d'une règle de droit écrit peut, dans certains cas, constituer une sanction d'inconstitutionnalité appropriée : *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

En effet, et ce peu importe le degré d'adhésion ou de cynisme à l'égard de la théorie déclaratoire de la *common law*, force est de reconnaître l'existence du pouvoir des juges de créer des règles de droit. Les règles de *common law* sont élaborées, modifiées et renversées par les tribunaux (1.1.). Leur expression est informelle et souple, s'insère dans une méthodologie acceptée d'explication, de justification et de distinction; elle ne fait l'objet d'aucune réglementation formelle, si ce n'est des règles ordinaires du langage (1.2.). Cette marge de manœuvre considérable dont jouissent les juges dans le maniement des règles de *common law* a pu influencer sur la perception qu'elles ont de leur pouvoir à l'égard des règles de droit écrit.

1.1. Les juges et le contenu des règles de *common law*

1.1.1. Création / déclaration

Dans la tradition de *common law*, les juges ont le pouvoir de créer⁴¹, modifier, renverser et remplacer les règles de *common law stricto sensu*⁴². Un certain nombre de paramètres en encadrent certes l'exercice, mais l'existence de ce pouvoir est incontestable.

Ainsi, lorsqu'est mise en cause la conformité de règles de *common law* avec la *Charte canadienne des droits et libertés*, les juges peuvent interpréter les premières à la lumière des valeurs de la seconde, ou même déclarer l'inconstitutionnalité des règles de *common law* et les remplacer par de nouvelles.

1.1.2. Contrôle de constitutionnalité

Le pouvoir judiciaire de création et de modification des règles de *common law* se manifeste éloquentement dans le contrôle de leur constitutionnalité. Dans tous les cas, les juges doivent faire évoluer les principes de *common law* à la lumière des valeurs de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans les cas où une règle de *common law* sert de fondement à une action gouvernementale, la *Charte* s'y applique et le contrôle judiciaire de constitutionnalité interviendra. Si la distinction conceptuelle entre l'interprétation d'un principe de *common law* à la lumière des valeurs de la *Charte* et la substitution d'une nouvelle règle de *common law* à titre de sanction d'inconstitutionnalité est théoriquement plausible, il demeure cependant qu'il est souvent ardu d'identifier dans la jurisprudence pertinente laquelle des approches est mise en œuvre.

Faire évoluer les principes de *common law* à la lumière des valeurs de la *Charte*

⁴¹ On remarque cependant que, même en 2014, lorsqu'elle élabore une nouvelle règle de *common law*, la Cour suprême du Canada réfère à la reconnaissance, plutôt qu'à la création d'une règle, fidèle en cela, du moins au niveau du langage, à la théorie déclaratoire de la *common law*. Voir *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, par. 85, version originale anglaise de l'opinion de la majorité rédigée par le juge Moldaver : « The first prong recognizes a new common law rule of evidence (...) ».

⁴² Voir la formulation retrouvée dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, au par. 91, où l'on réfère au « pouvoir inhérent qu'ont les tribunaux de modifier ou d'élargir la common law de façon à ce qu'elle respecte les conditions et valeurs sociales contemporaines ».

Dès l'affaire *Dolphin*⁴³, la Cour suprême du Canada a précisé que les tribunaux devaient développer les principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs de la *Charte*⁴⁴. La Cour a par exemple réformé la règle relative aux ordonnances de non-publication⁴⁵ et celle relative au piquetage⁴⁶ de façon à ce qu'elles respectent la valeur de liberté d'expression qui fonde la *Charte*. La Cour a préconisé une pondération souple des valeurs de la *Charte* et des principes de *common law*⁴⁷.

Prononcés d'inconstitutionnalité

Dans les cas, plus rares, où une règle de *common law* est contestée dans un contexte où une action gouvernementale est en cause, la *Charte canadienne des droits et libertés* s'y applique directement⁴⁸. Une cour peut alors déclarer que la règle porte atteinte à un des droits protégés, vérifier le caractère raisonnable de l'atteinte⁴⁹ et, éventuellement, imposer une sanction d'inconstitutionnalité en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La création et la modification des règles de *common law* étant le fait des juges, la sanction sera en fait l'élaboration d'une nouvelle règle de *common law* exempte des problèmes reprochés à la règle contestée⁵⁰. Dans *Swain*, la Cour a ainsi élaboré une nouvelle règle de *common law* relative à la preuve d'aliénation mentale et propre à préserver les principes de justice fondamentale⁵¹.

1.2. Les juges et la formulation des règles de *common law*

Les règles de *common law* font certes l'objet d'une expression dans le texte écrit des jugements. Cette énonciation n'est cependant assujettie à aucun formalisme. Elle est exempte de contraintes de forme ou de présentation. Elle intègre l'affirmation de la solution, la motivation et la justification de la règle. Elle distingue cette dernière de celles

⁴³ *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573. On y retrouve, au par. 39 : « Je dois toutefois dire clairement que c'est une question différente de celle de savoir si le judiciaire devrait expliquer et développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution. La réponse à cette question doit être affirmative. »

⁴⁴ Le juge Lamer a ajouté dans *Swain* qu'il n'était pas nécessaire pour ce faire de s'autoriser du par. 52(1) L.C. 1982 : « En d'autres termes, il n'est pas strictement nécessaire d'invoquer le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour contester une règle de *common law*, formulée par les tribunaux, sur le fondement des droits et valeurs garantis par la *Charte*; si une règle de *common law* peut être reformulée de sorte qu'elle soit compatible avec les principes fondamentaux tout en atteignant ses objectifs, un juge a le droit de procéder à cette reformulation et il n'est pas tenu de s'autoriser du par. 52(1). » *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, par. 51.

⁴⁵ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

⁴⁶ *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156.

⁴⁷ *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, préc., note 42, par. 97.

⁴⁸ *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, préc., note 43, par. 34.

⁴⁹ Le juge Lamer a énoncé qu'un tribunal n'est cependant pas contraint à procéder à cette dernière analyse et peut plutôt décider d'élaborer une nouvelle règle de *common law* dès sa conclusion d'atteinte aux droits : *R. c. Swain*, préc., note 44.

⁵⁰ Voir la conclusion du juge Lamer, dans *R. c. Swain*, préc., note 44, par. 74 : « Compte tenu de ces conclusions, je suis d'avis que la règle de *common law* (...) est incompatible avec les dispositions de la Constitution et inopérante en vertu du par. 52(1) ». Il a ensuite procédé à la formulation d'une nouvelle règle.

⁵¹ *Id.*

élaborées dans des causes antérieures fondées sur des faits différents⁵². On explique et on justifie une règle de *common law*⁵³. La règle de *common law* ne fait pas l'objet d'une formulation formelle, fixe et définitive. Le rôle de la juge de *common law* n'est pas de formuler des règles générales *ex ante* qui feront par la suite l'objet d'interprétation. La paraphrase est autorisée. On n'interprète pas la formulation d'une règle de *common law* comme on interprète le texte d'une loi⁵⁴. La compréhension d'une règle de *common law* exige une analyse fine des faits, des motifs, des justifications et des distinctions énoncées dans le jugement qui lui donne lieu bien plus qu'une exégèse des termes utilisés pour la formuler⁵⁵. Certains pourraient prétendre que, si la juge a le pouvoir de modifier le contenu de la règle de *common law*, elle a *a fortiori* le pouvoir d'en modifier la formulation. Mais cet argument est superflu. En effet, la formulation de la règle de *common law* est à la rigueur non pertinente. C'est tout simplement un support nécessaire à sa communication, une expression souple, informelle, modifiable. L'expression même « droit non-écrit » pour référer aux règles de *common law* développées par les tribunaux exprime éloquemment à quel point leur « écriture » dans des jugements ne relève pas de leur nature essentielle, qui est ailleurs et réside dans la règle elle-même, une abstraction non écrite⁵⁶.

Cette liberté d'action des juges, à la fois quant au contenu et quant à la formulation des règles de *common law*, alliée à l'interaction étroite de la *common law* et du droit statutaire, explique peut-être en partie l'apparente nonchalance avec laquelle la Cour prétend modifier

⁵² René David écrit ainsi, à propos de la méthode du droit anglais : « (...) La technique du droit anglais n'est pas une technique d'interprétation des règles juridiques; elle consiste, en partant des *legal rules* qui d'ores et déjà ont été dégagées, à découvrir la *legal rule*, peut-être nouvelle, qui devra être appliquée en l'espèce; cette démarche est conduite en se tenant très près des faits de chaque espèce, et en envisageant avec soin les raisons qu'il y a de distinguer la situation qui se présente aujourd'hui de celles qui se sont présentées dans le passé. À une situation nouvelle correspond, doit correspondre selon le juriste anglais, une règle nouvelle. La fonction du juge est de rendre la justice. Ce n'est pas son rôle de formuler, en termes généraux, des règles qui dépassent, par leur portée, le litige à lui soumis. La conception anglaise de *legal rule*, plus étroite que notre conception de règle juridique, trouve son explication dans l'histoire, dans le fait que la *common law* s'est formée par l'œuvre des juges; elle est liée intimement à la technique des *distinctions* qui, par opposition à celle de l'*interprétation*, demeure la méthode du droit anglais. » R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, préc., note 36, n° 270, p. 267.

⁵³ Fuller rappelle en ces termes l'importance fort secondaire de la formulation en tant que telle de la règle de *common law* : « In the common law, it is not too much to say that the judges are always ready to look behind the words of a precedent to what the previous court was trying to say, or to what it would have said if it could have foreseen the nature of the cases that were later to arise (...) » Lon L. FULLER, *Anatomy of the Law*, New York, Praeger, 1968, p. 92.

⁵⁴ *Id.*, p. 91 : « The fact that a judicial decision is an explained thing means that the interpretation of it is quite different from the interpretation of a statute. » Macdonald écrit de son côté : « For unlike the case of legislation, here [dans une décision judiciaire] there is not even the pretence that a canonical formulation of a legal norm will serve authoritatively to control its mode of apprehension in the future. » R. A. MACDONALD, « Legal Bilingualism », préc., note 27, 162. Il ajoute : « The point is simply that the so-called *ratio decidendi* of any case is never fixed and is always being reimagined every time the case is cited in a subsequent case. » *Id.*, note 172.

⁵⁵ *Id.*, 162 : « A judicial opinion is an exercise in persuasion : it is a subtle interweaving of a statement of a legal norm and the justification for both the content of its normative pith and the form in which it is stated. »

⁵⁶ Fuller écrit : « There is, then, a real sense in which the written words of the reported decisions are merely the gateway to something lying behind them that may be called, without any excess of poetic license, « unwritten law ». » L.L. FULLER, préc., note 53, p. 92.

le texte de dispositions législatives. Mais des distinctions s'imposent, eu égard à la nature spécifique du droit statutaire.

2. Les juges et les règles de droit écrit

La Constitution canadienne n'autorise que le Parlement fédéral et les législatures provinciales à adopter des lois, soit la source première de droit écrit⁵⁷. Ce sont les seuls acteurs ayant la compétence pour adopter, modifier ou encore abroger des lois au Canada. Les juges ne le peuvent pas. Elles ne peuvent prétendre à aucune autorité constitutionnelle pour ce faire.

De plus, le libellé des règles de droit écrit doit correspondre à un certain nombre de paramètres. De multiples contraintes normatives en encadrent la rédaction par les législateurs.

Mais les juges interviennent sur les règles de droit écrit. Elles peuvent les interpréter. Elles peuvent aussi en déterminer la validité constitutionnelle. Dans ce dernier cas, elles ont l'autorité, le cas échéant, pour imposer des sanctions aux règles de droit inconstitutionnelles.

Toute intervention judiciaire à l'égard du droit écrit, qu'il s'agisse de simple interprétation ou encore de contrôle de constitutionnalité, porte sur la règle elle-même et non pas sur son expression textuelle. Le jugement produit la règle, le sens. Le texte de loi est certes la manifestation première, évidente, de la règle de droit écrit, la porte d'entrée de son appréhension, vers son interprétation, mais le texte n'est pas la règle⁵⁸.

S'agissant d'interprétation, les juges vont élaborer la règle à partir, notamment, du sens des textes législatifs⁵⁹. Si on interprète le texte, c'est pour découvrir le sens, la règle.

En matière constitutionnelle, les juges vont vérifier la conformité des règles de droit écrit avec la Constitution. L'exercice les amènera parfois à une interprétation conciliatrice de ces règles, ou encore à leur prononcé d'inconstitutionnalité assorti de certaines sanctions.

2.1. Les juges et le contenu des règles de droit écrit

Les juges ne peuvent ni adopter, ni modifier, ni abroger les lois. Mais elles s'intéressent aux règles de droit que ces dernières énoncent. Elles les interprètent et en contrôlent la

⁵⁷ La souveraineté législative au Canada est partagée entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales : *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 91 et 92.

⁵⁸ Roderick Macdonald écrit : « The language of legislation is a point of access for apprehending, constructing and translating a legal norm; it is never the norm itself. » R. A. MACDONALD, « Legal Bilingualism », préc., note 27, 161.

⁵⁹ P.-A. CÔTÉ, préc., note 27, p. 286 : « [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. »

constitutionnalité. Cet objet d'intervention est abstrait, relève du monde des idées. Le texte de loi n'est que le support d'énonciation de la règle de droit édictée par le législateur.

2.1.1. Interprétation

L'appellation « interprétation des lois » est trompeuse. En effet, elle laisse croire que l'objet d'intérêt de l'interprétation juridique est le texte de la loi, alors que c'est en fait la règle de droit que le texte exprime. Le texte adopté est certes la manifestation la plus immédiatement visible de la règle de droit écrit, la voie première de son intelligence. Toutefois, il est maintenant reconnu que l'activité d'interprétation du droit écrit concerne les règles, et qu'elle est animée à la fois d'une recherche et d'une construction du sens de ces règles⁶⁰. Dans leur activité d'interprétation, les juges manient les règles de droit et non les textes qui les expriment. Ces derniers sont fixes, une donnée certes essentielle mais non unique dans la recherche du sens des règles.

Et tout comme l'activité d'interprétation, la conclusion d'interprétation portera essentiellement sur la règle énoncée, dont elle précisera, parfois de façon fort créative, la signification et le champ d'application. La disposition législative qui l'énonce, elle, restera intacte.

2.1.2. Contrôle de constitutionnalité

Lorsqu'est contestée la constitutionnalité d'une règle de droit écrit, les juges pourront parfois interpréter cette dernière de façon à ce qu'elle soit conforme à la Constitution. On parlera alors parfois d'interprétation « conciliatrice »⁶¹. Lorsqu'elles en viennent plutôt à une conclusion d'inconstitutionnalité, elles doivent imposer une sanction. Tant l'interprétation conciliatrice que l'imposition de sanctions d'inconstitutionnalité portent sur les règles de droit écrit, et non sur leur expression textuelle. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, tel qu'il se pratique au Canada, dans sa version douce d'interprétation conciliatrice comme dans sa version autoritaire de prononcés d'inconstitutionnalité⁶², porte sur le droit vivant⁶³, sur les règles de droit telles qu'elles ont

⁶⁰ *Id.*, p. 285 : « L'interprétation des lois me semble plutôt devoir être définie comme l'opération intellectuelle qui, à partir d'un texte législatif, cherche à établir le sens d'une règle de droit ou d'une norme, de façon à ce que cette règle soit la meilleure possible, compte tenu de l'ensemble des facteurs que l'interprète compétent doit prendre en considération. (...) »

⁶¹ Voir D. Pinard, « 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 et l'interprétation atténuée, etc. ! », préc., note 26, 435 et suiv.

⁶² Sur la distinction et son importance : *Id.*, 425 et suiv.

⁶³ L'expression est ici utilisée dans le sens où elle est retenue par la Cour constitutionnelle italienne lors de l'exercice de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de lois « vivantes », de lois déjà interprétées par la jurisprudence. Voir, par exemple : Gustavo ZAGREBELSKY, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », (2010) 1 *Constitutions* 9, qui explique que le contrôle de constitutionnalité s'exerce en effet sur la signification du texte, sur la norme développée par la jurisprudence. Il écrit : « La signification de l'expression de « droit vivant », selon cette doctrine, est spécifiquement liée au problème de la justice constitutionnelle et doit être comprise à la lumière de ce type de contrôle, qui est *a posteriori* et lié génétiquement et fonctionnellement à l'application de la loi par les juges ordinaires, civils, pénaux et administratifs. » Il ajoute : « Dans la doctrine italienne s'est affirmée une distinction entre la disposition

été interprétées et appliquées, sur les abstractions progressivement définies par la jurisprudence⁶⁴.

Interprétation conciliatrice

L'interprétation conciliatrice est celle qui permet d'éviter un prononcé d'inconstitutionnalité en privilégiant une clarification plausible du sens de la règle de droit qui la concilie avec les exigences de la Constitution. Elle n'est appropriée, dit-on, que lorsque la disposition législative « comporte une ambiguïté véritable »⁶⁵. La Cour décrit ainsi l'interprétation conciliatrice qui permet d'harmoniser une règle de droit écrit avec la *Charte canadienne des droits et libertés* : « (...) lorsque la disposition législative se prête à deux interprétations différentes, mais également plausibles et compatibles avec l'objet apparent de la loi, il convient de préférer l'interprétation qui s'harmonise avec les principes de la *Charte* »⁶⁶.

C'est vraisemblablement l'interprétation qu'a favorisée la majorité de la Cour dans l'affaire *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*⁶⁷, lorsqu'elle a prononcé la validité constitutionnelle de la règle énoncée au *Code criminel* qui autorise la correction physique des enfants. Elle a déterminé le sens et la portée de la règle vivante, telle qu'interprétée par la jurisprudence. Elle a « évité » les problèmes constitutionnels invoqués en privilégiant

législative (la loi comme texte qui, pour être compris, doit être interprété) et la norme législative (le résultat de l'interprétation de la disposition). » On est loin de la notion de droit vivant développée en sociologie du droit, qui réfère au « droit au quotidien, tel qu'il émerge non seulement des documents reconnus officiellement, dans une société, comme juridiques, mais encore de l'observation directe de la pratique qui a lieu en marge, voire contre le droit institutionnalisé. » : « droit vivant », dans André-Jacques ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e édition, Paris, L.G.D.J., 1993. Les italiens s'intéressent à la question depuis longtemps : voir, par exemple Caterina SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003. L'intérêt des français est plus récent, avec l'avènement de la *Question prioritaire de constitutionnalité*, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010, et qui permet un contrôle de constitutionnalité de lois déjà promulguées. Voir l'explication du Conseil constitutionnel : CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Découvrir la question prioritaire de constitutionnalité* [ressource électronique], en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/decouvrir-la-qpc/decouvrir-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc.47106.html>> (site consulté le 12 août 2014). Sur cet intérêt doctrinal français pour le contrôle constitutionnel du droit vivant, voir, par exemple : Caterina SEVERINO, « Un an de droit vivant devant le Conseil constitutionnel », (2012) 1 *Constitutions* 43, ou encore Nicolas MAZIAU, « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité - Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolutions en France », dans *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2011 p. 529.

⁶⁴ Voir par exemple *R. c. Levkovic*, [2013] 2 R.C.S. 204, par. 47, où la Cour rappelle qu'« [u]n tribunal ne peut conclure qu'une loi est d'une imprécision inconstitutionnelle qu'après avoir épuisé les possibilités rattachées à sa fonction d'interprétation ». La Cour y a précisé la pertinence d'inclure dans l'analyse les interprétations judiciaires antérieures de la disposition contestée (par. 48). Voir aussi les cinq premières conclusions de *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 128, pour comprendre à quel point la règle « vivante » peut être plus sophistiquée que les apparences premières du texte qui l'énonce.

⁶⁵ *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 18.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

une interprétation fort restrictive. Le texte de la disposition législative est demeuré intact. La règle exprimée, elle, a subi de nombreuses manipulations⁶⁸.

De même, la Cour suprême a par exemple interprété une règle prévue dans la *Charte de la langue française*⁶⁹ de façon à ce qu'elle soit conforme aux exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés* à l'égard des droits à l'instruction dans la langue de la minorité⁷⁰.

Dans tous les cas, il est admis que ce type d'interprétation ne doit « pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte* »⁷¹. Comme toute autre activité d'interprétation, l'interprétation conciliatrice porte sur la règle de droit. Elle prend comme point de départ de l'analyse le texte de loi qui l'énonce, mais elle ne peut d'aucune façon le modifier.

Prononcés d'inconstitutionnalité

Le contrôle judiciaire de constitutionnalité porte sur la règle contestée, et non pas sur le texte de droit écrit qui l'exprime. Le nécessaire réaménagement législatif, le cas échéant, ne se fera que suite au jugement d'inconstitutionnalité, par le parlement compétent.

La Constitution prévoit sa propre supériorité hiérarchique dans l'ordre juridique canadien⁷². La suprématie de la Constitution, et les sanctions d'inconstitutionnalité qu'elle autorise, concernent par essence la hiérarchie des normes, des règles⁷³. Une norme

⁶⁸ La juge Arbour, dissidente dans cette affaire, a souligné en des termes ironiques à quel point il a été « laborieux de rendre la disposition constitutionnelle » : « Dans les motifs de la Juge en chef, l'on constate à quel point il est laborieux de rendre la disposition constitutionnelle et suffisamment précise : (1) le mot « enfant » ne doit s'entendre que d'un enfant de plus de 2 ans qui n'est pas rendu à l'adolescence, (2) certaines parties du corps doivent être exclues, (3) l'utilisation d'un objet doit être interdite, (4) la nature de la faute à l'origine de la correction infligée n'est pas réputée constituer une considération contextuelle pertinente, (5) les instituteurs ne peuvent infliger un châtiment corporel, et (6) l'emploi d'une force causant une blessure qui n'est ni passagère ni sans importance (voies de fait causant des lésions corporelles) est interdit (même dans le cas, semble-t-il, où la force est employée pour retenir un enfant). » *Id.*, par. 190.

⁶⁹ L.R.Q., c. C-11, art. 73(2).

⁷⁰ *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201. La Cour a dû pour ce faire donner une interprétation restrictive de certains critères énoncés dans le texte de loi, en suggérant une interprétation qualitative, plutôt que quantitative, de la notion de « majeure partie de l'enseignement reçu ».

⁷¹ *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1077-1078.

⁷² Par. 52(1) L.C. 1982. Les versions anglaise et française de ce paragraphe ont valeur officielle : Art. 57 L.C. 1982. On note que la version française est à tout le moins singulière. Elle prévoit que la Constitution rend inopérantes « les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Or, une règle de droit n'a pas de disposition au sens juridique du terme. Seule une loi contient des dispositions qui énoncent des règles de droit. De plus, il est reconnu que la suprématie de la Constitution prévue au par. 52(1) s'étend aux règles de *common law* qui, par définition, ne font pas l'objet de dispositions mais sont plutôt le produit de l'activité judiciaire. Il aurait été plus approprié d'énoncer tout simplement, comme le fait clairement la version anglaise, que la Constitution rend inopérante toute règle de droit contraire (« any law that is inconsistent »).

⁷³ *Schachter c. Canada*, préc., note 40, 699 : « Section 52 does not say that the words expressing a law are of no force or effect to the extent that they are inconsistent with the Constitution. It says that a law is of no force or effect to the extent of the inconsistency ». Je cite le texte original anglais de l'opinion majoritaire, dont la traduction dans la version française est à tout le moins douteuse. Sur cette question d'une hiérarchie de normes, et non pas de textes, voir aussi D. PINARD, « Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la *Charte*

supérieure peut en rendre une autre nulle et inopérante⁷⁴. Elle peut la priver d'effet. Il s'agit d'un rapport entre des normes, et non pas d'un rapport entre les textes de loi qui les expriment. Les règles de droit inconstitutionnelles doivent être déclarées inopérantes, c'est là le mandat donné aux juges gardiens de la Constitution.

De plus, le contentieux constitutionnel canadien en est un de droit vivant, où l'on juge les règles de droit écrit telles que judiciairement interprétées⁷⁵ à la lumière des règles de la Constitution elles aussi définies par la jurisprudence pertinente⁷⁶. Il est le théâtre de discussion d'un monde d'abstractions progressivement définies par la jurisprudence, d'un monde d'idées. On y analyse des règles, on interprète leur support textuel, on étudie la jurisprudence leur ayant donné forme. On examine en quoi ces règles portent atteinte à des droits, le cas échéant. On en prononce finalement la validité constitutionnelle, ou encore, à défaut, le caractère inopérant, complet ou encore limité à certaines inclusions ou exclusions constitutionnellement fautives. La conclusion du jugement, tout comme l'analyse qui la précède, porte sur la règle dont la constitutionnalité est contestée. La force normative, le caractère contraignant de cette conclusion judiciaire d'inconstitutionnalité ne porte que sur la règle. Le support textuel de cette dernière, la disposition législative qui l'énonce, est intact.

Bien sûr, en matière de droit écrit, la loi, un article ou une disposition, circonscrit le débat constitutionnel⁷⁷, puisque « les normes [ne sont] attaquables qu'à travers les actes qui les contiennent »⁷⁸. Cette réalité, alliée à l'omniprésente confusion entre la règle de droit et le texte qui l'exprime, alimente l'impression pourtant trompeuse que le contentieux constitutionnel porte sur les textes de loi, et que les juges ont dès lors le pouvoir de modifier ces derniers à titre de sanction d'inconstitutionnalité. Il ne faut donc pas se surprendre que tant les questions constitutionnelles formulées par la Cour suprême du Canada que les conclusions qu'elle impose soient souvent exprimées à l'égard des lois ou

canadienne des droits et libertés : le *reading in*, le *reading down*, l'interprétation large et l'interprétation atténuée, etc. ! », préc., note 26, 458.

⁷⁴ Pierre-André Côté écrit : « Lorsqu'il est question de conflits de lois, on fait normalement référence à un conflit entre deux normes énoncées dans deux textes différents. C'est bien d'antinomies dont il s'agit, c'est-à-dire d'incompatibilité entre des normes ou des règles, et non pas, à strictement parler, de conflits de textes ou de conflits entre des textes. (...) Le fait de souligner que le conflit se situe au plan des règles et non au plan des textes permet de mieux réaliser que l'identification du conflit suppose, comme démarche préalable, que les deux textes soient interprétés en vue de construire les règles. » P.-A. CÔTÉ, préc., note 27, p. 405.

⁷⁵ *R. c. Sharpe*, préc., note 64, par. 32 : « L'interprétation de la disposition est une étape préalable nécessaire à la détermination de la constitutionnalité (...). »

⁷⁶ Le conflit peut porter sur un volet de la règle constitutionnelle qui apparaît clairement à la simple lecture du texte de la Constitution qui l'exprime. Il peut aussi en être un avec un autre volet de la règle qui ne se révèle, celui-là, qu'après une analyse de l'esprit et de l'objet de la règle. Dans ce dernier cas, on a parfois utilisé l'expression « non-literal infringement », traduite par « atteinte non expresse » : voir l'opinion du juge Lebel dans l'affaire *Figuroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 178. Voir aussi l'analyse critique dans Danielle PINARD, « Some Thoughts on How the Court is Going about Its Business: Desperately Seeking Coherence », (2004) 25 *S. C. Law Review* (Second series) 213, 233 et suiv.

⁷⁷ T. DI MANNO, préc., note 27, p. 64.

⁷⁸ *Id.*

des dispositions législatives qui énoncent les règles contestées⁷⁹. Le curieux libellé français du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui prévoit littéralement le caractère inopérant de dispositions⁸⁰, influe peut-être sur cette façon de faire. Cette dernière est pourtant sujette à caution, en ce qu'elle alimente la confusion qui veut que le contrôle de constitutionnalité ait pour objet les dispositions législatives, alors qu'il porte en réalité sur les règles de droit que ces dernières expriment.

Il peut certes arriver que la règle contestée et une disposition législative précise qui l'énonce correspondent parfaitement, et que la déclaration judiciaire du caractère inopérant de la seconde puisse équivaloir en tous points au caractère inopérant de la première. La disposition législative déclarée inconstitutionnelle existe alors toujours dans l'état où elle a initialement été adoptée par le législateur et restera dans le corpus législatif jusqu'à son abrogation. Elle est cependant privée d'effet parce que la règle qu'elle énonce, son seul objet, a été déclarée incompatible avec la Constitution et donc inopérante⁸¹.

Mais la correspondance intégrale entre une règle de droit et une disposition législative précise qui l'énonce est fortuite, et l'expression formelle du caractère inopérant de la règle inconstitutionnelle dans le texte de loi pourra exiger une manipulation plus complexe, *ultra vires* des juges⁸².

De plus, le prononcé d'inconstitutionnalité, le cas échéant, peut ne toucher que certains cas d'application de la règle de droit, inclus ou exclus à tort par le législateur⁸³. Dans un tel cas, le caractère inopérant de la seule inclusion ou exclusion fautive ne se traduit pas simplement par le caractère inopérant de la disposition législative qui exprime la règle. Une transcription de la sanction d'inconstitutionnalité dans le texte de la disposition exigerait ici aussi une modification plus fine, à laquelle les juges n'ont pas le pouvoir de procéder.

Le pouvoir de modification des textes de loi n'appartient pas aux juges. Aucun fondement constitutionnel ne peut le justifier. Cette inhabilité mine toute prétention judiciaire à la réécriture de dispositions législatives. Une telle intervention judiciaire est de surcroît

⁷⁹ Pour des exemples récents, voir notamment: *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101 (déclaration d'inconstitutionnalité de certains articles du *Code criminel*); *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, [2013] 3 R.C.S. 733 (déclaration d'inconstitutionnalité de la *Personal Information Protection Act* (Alta)); *R. c. Tse*, [2012] 1 R.C.S. 531 (déclaration d'inconstitutionnalité d'un article du *Code criminel*); *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, [2009] 3 R.C.S. 208 (déclaration d'inconstitutionnalité de certaines dispositions de la *Charte de la langue française* (Q.)).

⁸⁰ « [La Constitution] rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». *Supra*, note 72.

⁸¹ C'est le cas des exemples mentionnés à la note 79.

⁸² On a par exemple déclaré l'inconstitutionnalité de certaines définitions législatives, alors que l'expression du caractère inopérant de la règle de droit incompatible avec la Constitution aurait en réalité requis un traitement plus nuancé impliquant un plus grand nombre de dispositions législatives. Voir les arrêts *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3 et *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, et leur discussion dans D. PINARD, « 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 et l'interprétation atténuée, etc. ! », préc., note 26, 471 et suiv.

⁸³ *R. c. Schachter*, préc., note 40.

inopportune. En effet, la forme même des règles de droit écrit est étroitement encadrée par un certain nombre de normes et principes qui ne s'adressent évidemment qu'au législateur. La production littéraire des juges, qui répond à d'autres impératifs⁸⁴, n'y est pas assujettie. Une modification législative prétendument élaborée dans un jugement soulève dès lors de nombreuses questions.

2.2. Les juges et la formulation des règles de droit écrit

Le texte de loi est un genre littéraire en soi, fort différent de la production judiciaire⁸⁵. Comme expression de la volonté du parlement qui lie l'ensemble de la population, c'est un texte officiel qui énonce des règles obligatoires et qui encadre *ex ante* la vie, la liberté et la sécurité de chacun⁸⁶. L'auditoire de la loi est la population en général, celui des jugements est professionnel⁸⁷. Sa formule est canonique, fixe, déterminée⁸⁸. Contrairement au jugement, le texte de loi ne motive ni ne justifie les règles, il se contente en principe de les énoncer formellement⁸⁹. Le texte de loi tire formellement sa légitimité non pas de la justification de son contenu, mais bien du caractère démocratique de son auteur, alors que la règle prétorienne, elle, ne se justifie que par sa motivation et son intégration dans un système normatif évolutif⁹⁰. Le processus de changement dans le droit n'est pas le même selon qu'il est le fait des juges ou des législateurs : le premier est progressif et graduel, le

⁸⁴ Certains écrits tentent d'encadrer la rédaction des jugements. Voir, par exemple, J.O. WILSON, *A Book for Judges*, Ottawa, Ministère des approvisionnements, 1980, ou encore L. MAILHOT, *Écrire la décision : guide pratique de rédaction judiciaire*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004. Macdonald réfère à ces ouvrages sur la rédaction des jugements au cours d'une critique de ce qu'il estime être une tendance à la normalisation du style des jugements : R. A. MACDONALD, « Legal Bilingualism », préc., note 27, 162.

⁸⁵ Macdonald parle d'un : « legislative drafter's « manual of style » that controls the syntactical and material presentation of statutes – titles, marginal notes, numbering, paragraphing, definitions, use of active voice, and so on. » Roderick A. MACDONALD, « The Fridge-Door Statute », (2001) 47 *McGill L.J.* 11, 20 et 21. Il ajoute : « This metric enables the lawgiver to control the set of discursive assumptions that readers bring to the task of reading. In doing so, it ensures that judges and others do not read legislation the way they read novels, subway posters (...), poems and recipe books. » *Id.*, 21.

⁸⁶ R. SULLIVAN, préc., note 8, p. 151. Fuller écrit : « Statutes, in contrast [avec les décisions judiciaires], lay down rules in anticipation of cases yet to arise. » L.L. FULLER, préc., note 53, p. 89.

⁸⁷ R. A. MACDONALD, « The Fridge Door Statute », préc., note 85, 24 : « [C]ommon law courts assume today (...) a professional audience for their normative outputs. Parliament, by contrast, enacts legislation for everyone, under the assumption that all audiences are, in fact, one audience. »

⁸⁸ Macdonald écrit : « Although the linguistics of legislation do not now line up with its presumed ontology, there is notwithstanding something mystical about the Word when it is deployed to frame *ex ante* legal rules. » *Id.*, 15. Il ajoute : « They [judicial expressions of rules] (...) do not claim to state canonical rules. (...) Legislation is the outcome of a formal process, and the resulting norm has a fixed formulation. » *Id.*, 36.

⁸⁹ Sauf les cas d'énoncés d'intention dans le préambule ou un article introductif de la loi. Macdonald explique : « [A]n enactment need not offer any justification for its contents. Unlike the common law, where the rule and the narrative reasons for the rule are usually intertwined, a statute rarely contains meaningful titular or preambular indications of its rationales. » *Id.*, 22.

⁹⁰ *Id.*, 22-23 : « A judicial decision, in continually reformulating the rule being applied and continually drawing on practices, experiences, and principles, also validates these complementary forms of law. Not so a statute. Legislation is specifically meant to preclude the continued invocation of customary or common law rules within its field of application. » Ce même auteur ajoute : « A judicial opinion is an exercise in persuasion : it is a subtle interweaving of a statement of a legal norm and the justification for both the content of its normative pith and the form in which it is stated. » R. A. MACDONALD, « Legal Bilingualism », préc., note 27, 162. Voir aussi L.L. FULLER, préc., note 53, p. 90.

second peut être plus soudain⁹¹. Le texte de loi, dont le style est strictement encadré, fera l'objet d'un examen attentif, d'une exégèse systématique et de l'interprétation obligatoire des tribunaux qui prétendront y rechercher l'intention du législateur⁹².

Un mouvement dialectique s'installe, qui lie l'auteur de la loi et son interprète, les conventions de rédaction des textes de loi influant sur leur interprétation, et vice versa⁹³.

On peut relier cette spécificité formelle de la règle de droit écrit à la théorie constitutionnelle britannique de la « Manner and Form », en vertu de laquelle la souveraineté parlementaire, qui justifie l'autorité des lois, exige non seulement que le Parlement qui les édicte soit correctement composé, mais aussi que les lois soient adoptées dans le respect des exigences prévues de manière et de forme⁹⁴.

Non seulement les juges n'ont-elles pas le pouvoir de modifier les textes de loi, mais la forme même de ces derniers répond à des impératifs propres qui n'encadrent d'aucune façon celle, plus souple, du discours judiciaire. Ainsi, les textes législatifs sont notamment assujettis à des conventions de rédaction, à des règles d'application dans le temps et à des exigences constitutionnelles de bilinguisme et de clarté qui leur sont propres.

Conventions de rédaction

Sullivan explique qu'il est bien établi que les lois doivent être rédigées dans un style formel et impersonnel. L'uniformité, la cohérence, la précision, la concision et la clarté y sont valorisées. L'originalité, la poésie ou encore les variations de style, qui font pourtant la qualité d'autres expressions textuelles, y sont au contraire à proscrire⁹⁵.

Des conventions de rédaction inspirent les interprètes autant que les rédacteurs. La loi s'exprime par exemple au présent, au singulier et au masculin⁹⁶.

Les diverses lois d'interprétation, fédérale ou provinciales, énoncent un certain nombre de ces conventions⁹⁷. Elles constituent le « droit commun de la législation »⁹⁸, qui s'applique

⁹¹ R. A. MACDONALD, « The Fridge Door Statute », préc., note 85, 24 : « To change the common law through judicial decision-making is to reframe the law's conclusions through an iteration over time of the norm that these conclusions reflect : it is not to make visible systemic alterations. To modify a statute is to reframe the law's premises by changing its canonical expression; doing so thereby makes systemic alterations patent. »

⁹² L.L. FULLER, préc., note 53, p. 44 : « Its terms [de la loi] are to be found in the words of the statute itself. If we want to know what those words mean, we look first at the words themselves and not at some expression of a more or less equivalent thought to be found somewhere else in the literature of the law. »

⁹³ Voir P.-A. CÔTÉ, préc., note 27, p. 57.

⁹⁴ Voir Han-Ru ZHOU, « Revisiting the 'Manner and Form' Theory of Parliamentary Sovereignty », (2013) 129 *L.Q.R.* 610. Il écrit, à la p. 612 : « First, the manner and form theory requires Parliament to follow a set of formal rules before an Act can be passed. Second, that theory is ultimately defined through the distinction between the formal conditions for legislation to be passed and the substance of that legislation. (...) Before its will is articulated, Parliament must first be properly constituted and then it must express its will in the proper manner and form. » Il ajoute : « Thus, it is only when the formal rules for passing statutes are complied with that the properly expressed will of Parliament becomes law. » *Id.*, 613.

⁹⁵ R. SULLIVAN, préc., note 8, p. 151 : « There is no obligation to inspire or entertain. »

⁹⁶ P.-A. CÔTÉ, préc., note 27, p. 88-92.

sauf indication contraire. On y retrouve notamment les définitions d'un certain nombre de termes utilisés dans les lois⁹⁹.

Les tribunaux ont aussi développé différents principes d'interprétation des lois qui influent à leur tour sur la rédaction législative¹⁰⁰. On pense par exemple à la recherche de l'intention du législateur, au sens des mots au moment de l'adoption de la loi ou encore aux présomptions de cohérence ou d'effet utile des termes utilisés.

Ces règles et principes président à la rédaction et à l'interprétation des règles de droit écrit. Ils n'ont aucune application à l'égard du style d'écriture des jugements.

Application dans le temps

Des normes régissent aussi l'application des lois dans le temps. L'effet temporel des jugements répond cependant à d'autres impératifs et à d'autres considérations. Quel pourrait donc être l'effet dans le temps d'une modification législative supposément opérée par un jugement?

Par la force des choses, la loi et le jugement n'ont en effet pas la même orientation dans le temps. Le jugement regarde vers le passé, s'intègre dans la continuité¹⁰¹. La loi parle pour l'avenir, sert de guide à l'action, élabore une normativité *ex ante*¹⁰².

Le début et la fin de la vie du texte de loi sont clairement encadrés¹⁰³ : la loi naît au moment de son adoption, elle commence à produire ses effets lors de son entrée en vigueur, et cesse d'exister au moment de son abrogation¹⁰⁴. L'effet dans le temps des règles de droit exprimées dans le texte de loi est plus complexe.

Certaines des règles relatives à l'effet du droit écrit dans le temps se retrouvent dans les lois d'interprétation. Ces dernières traitent par exemple de l'entrée en vigueur, de la cessation

⁹⁷ *Loi d'interprétation*, L.R.C., c. I-21 (ci-après « L.I.F. »); *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16 (ci-après « L.I.Q. »).

La loi fédérale énonce notamment que : « L'obligation s'exprime essentiellement par l'indicatif présent du verbe porteur de sens principal (...). L'octroi de pouvoirs, de droits, d'autorisations ou de facultés s'exprime essentiellement par le verbe « pouvoir » (...). » Art. 11 L.I.F. La loi québécoise prévoit par exemple que « [l]es dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet. » Art. 41.1 L.I.Q.

⁹⁸ P.-A. CÔTÉ, préc., note 27, p. 100.

⁹⁹ Art. 35 L.I.F.; Art. 61 L.I.Q.

¹⁰⁰ Voir généralement P.-A. CÔTÉ, préc., note 27.

¹⁰¹ L.L. FULLER, préc., note 53, p. 99, 100. Voir aussi Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. augm., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007, feuilles mobiles, à jour en 2013, p. 58-2.

¹⁰² P.W. HOGG, préc., note 101. Macdonald écrit : « By contrast with the backward looking nature of common law interpretation, where the declaratory theory maintains the image of a complete pre-existing normative field, a statute usually seeks only to project itself forward in time. » R. A. MACDONALD, « The Fridge Door Statute », préc., note 85, 22.

¹⁰³ L.L. FULLER, préc., note 53, p. 44 : « It [a statute] comes into being at a determinate time ; it carries a date which tells us precisely when it became effective and marks off the time in the past when it did not yet exist. »

¹⁰⁴ P.-A. CÔTÉ, préc., note 27, p. 108 et suiv.

d'effets, de la modification, de l'abrogation et du remplacement¹⁰⁵. Ces règles s'appliquent au droit écrit et non à la *common law* développée dans des jugements.

Une jurisprudence riche et complexe a aussi élaboré des règles relatives à cet effet des règles de droit écrit dans le temps, en développant des concepts comme la présomption de non-rétroactivité ou encore le principe du respect des droits acquis¹⁰⁶.

Certaines limites constitutionnelles encadrent enfin la liberté d'action des parlements en matière de rétroactivité¹⁰⁷.

L'effet des jugements dans le temps est une question autre et particulièrement difficile, surtout lorsqu'il s'agit de jugements d'inconstitutionnalité. De la rétroactivité conceptuellement inhérente à la théorie déclaratoire de la *common law*, en passant par la rétroactivité minimale nécessaire à rendre justice dans le cas d'espèce¹⁰⁸, la conceptualisation de réparations constitutionnelles pour l'avenir et la suspension occasionnelle des effets des jugements, les problèmes sont nombreux et la systématisation reste à faire¹⁰⁹.

Quoiqu'il en soit, des univers normatifs différents encadrent les effets des jugements et des lois dans le temps. Quel serait donc l'effet dans le temps d'un nouveau texte de loi prétendument élaboré dans un jugement? Serait-il assujéti aux règles relatives aux effets des lois dans le temps, ou à celles relatives aux effets dans le temps des jugements d'inconstitutionnalité?

Exigence constitutionnelle de bilinguisme

Le droit n'a pas de langue, le droit est un sens, une signification abstraite qui peut à la rigueur trouver une expression dans toutes sortes de signes, mais qui n'a essentiellement pas de support inhérent ou privilégié. Des règles législatives ou constitutionnelles peuvent cependant en prescrire le mode et la langue d'expression. Ainsi, la Constitution canadienne n'habilite que les parlements à adopter des lois¹¹⁰.

Elle prévoit de plus que les lois fédérales ainsi que les lois d'un certain nombre de législatures provinciales doivent être imprimées et publiées en anglais et en français¹¹¹. La Cour suprême du Canada a accordé une importance considérable à cette exigence constitutionnelle de bilinguisme, et l'a interprétée comme requérant à la fois l'adoption des

¹⁰⁵ Voir par exemple les articles 2(2), 5, 42, 43, 44 et 45 de la L.I.F. et les articles 5 à 13 de la L.I.Q.

¹⁰⁶ Voir P.-A. CÔTÉ, préc., note 27, p. 143 et suiv.

¹⁰⁷ On pense par exemple à la règle qui interdit la création rétroactive d'infractions pénales, et à celle qui confère le droit à la peine la plus douce, prévues respectivement aux alinéas 11g) et i) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

¹⁰⁸ L.L. FULLER, préc., note 53, p. 100.

¹⁰⁹ Voir, par exemple, *Canada (Procureur général) c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429.

¹¹⁰ *Supra*, note 57.

¹¹¹ Pour les lois fédérales et celles de la législature du Québec, voir l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 57; pour les lois du Manitoba, voir la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 1870, 33 Victoria c. 3, art. 23; pour les lois du Nouveau-Brunswick, voir l'article 18(2) de la L.C. 1982.

lois dans les deux langues et le statut égal des deux versions¹¹². La rédaction par les légistes, le dépôt, la délibération parlementaire et l'adoption du texte législatif doivent respecter l'esprit du bilinguisme authentique. Il doit s'agir de deux versions de même valeur dont l'analyse facilite la compréhension de la seule règle exprimée¹¹³. L'interprétation judiciaire qui en est faite doit rechercher et construire la norme telle qu'exprimée dans les deux manifestations textuelles officielles dont elle fait l'objet.

Les jugements de la Cour suprême du Canada peuvent quant à eux être rendus en anglais ou en français¹¹⁴. La loi prévoit l'obligation de la traduction d'un certain nombre d'entre eux¹¹⁵. La Cour traduit systématiquement ses jugements depuis 1970¹¹⁶, et la version originale dans laquelle le jugement a été rendu est en principe indiquée depuis 1980¹¹⁷. La version d'un jugement de la Cour suprême du Canada dans l'autre langue n'est qu'une traduction, quoique la Cour la présente formellement comme une « traduction officielle »¹¹⁸.

Il demeure que le jugement constitutionnel au Canada est essentiellement unilingue. Il est pensé et rédigé dans une langue. Dans la meilleure des hypothèses, il est par la suite bien traduit. Mais il n'a pas le statut officiellement bilingue des lois fédérales et de certaines lois provinciales.

Que fait-on alors de l'exigence constitutionnelle de bilinguisme d'une modification législative formulée dans un jugement de la Cour suprême du Canada?

Exigence constitutionnelle de clarté

Les tribunaux ont lu dans certaines dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* des contraintes de forme relatives à la clarté, à l'intelligibilité et à la précision des énoncés législatifs. La Cour suprême a relié ce critère de précision au principe de la primauté du droit. Elle en a inféré « l'exigence d'un avertissement raisonnable aux citoyens et la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi »¹¹⁹.

¹¹² *Proc. Gén. du Québec c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016.

¹¹³ Macdonald écrit : « [T]he mere possibility of legal bilingualism can reveal something of the interrelationship between legal normativity and the manner of its expression in language. » R.A. MACDONALD, « Legal Bilingualism », préc., note 27, 139.

¹¹⁴ L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 57, autorise les juges de la Cour suprême du Canada, de la Cour fédérale et des cours du Québec à écrire leurs jugements en anglais ou en français.

¹¹⁵ *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, c. 31 (4^e supp.), art. 20.

¹¹⁶ R. A. MACDONALD, « Legal Bilingualism », préc., note 27, 163, note 176. On retrouve aujourd'hui, dans un Document d'information disponible sur le site de la Cour suprême, la mention suivante : « Les décisions et motifs de la Cour sont imprimés et aussi diffusés sur son site Internet dans les deux langues officielles. » COUR SUPRÊME DU CANADA, *La Cour suprême du Canada* [ressource électronique], en ligne : <<http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/info/fre-fra.pdf>> (site consulté le 20 août 2014).

¹¹⁷ R. A. MACDONALD, « Legal Bilingualism », préc., note 27, 163, note 176. Il existe cependant des cas exceptionnels dans lesquels la Cour ne divulgue pas la langue originale du jugement. Voir, par exemple, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

¹¹⁸ Voir le texte des décisions publiées sur le site des jugements de la Cour suprême : http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/nav_date.do.

¹¹⁹ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

La discussion judiciaire de ces impératifs de forme n'a porté que sur les énoncés des règles de droit écrit. Les propos retrouvés dans les jugements, s'ils gagnent certes à témoigner de clarté, ne sont apparemment pas assujettis à ces exigences constitutionnelles. Une modification législative judiciairement déclarée le serait-elle?

Ce bref survol d'un certain nombre de contraintes normatives propres à la formulation des règles législatives suffit à démontrer la problématique soulevée par la prétendue rédaction de telles règles par des acteurs qui ne sont pas assujettis aux premières.

2.3. L'intervention judiciaire sur le droit écrit et le corpus législatif

On comprend la préoccupation de la Juge en chef, abordée en introduction, lorsqu'elle s'inquiète de ce que l'octroi d'exemptions constitutionnelles en matière de peines minimales risque de créer une distorsion entre le droit écrit et le droit réellement appliqué en pratique¹²⁰.

Mais le fait est qu'*aucune* intervention judiciaire sur le droit écrit, qu'il s'agisse d'interprétation, de déclaration d'inconstitutionnalité totale ou partielle, suspendue ou non, ou encore de reconnaissance d'exemptions constitutionnelles, n'a en soi de matérialisation concrète dans le texte de droit écrit. Là est le véritable problème d'accès au droit relié à la primauté du droit, s'il en est un.

Aucune intervention judiciaire sur une règle de droit écrit n'est visible dans le corpus législatif. Tout traitement judiciaire d'une règle de droit écrit demeure idéal; il n'a aucune emprise directe sur le libellé de la disposition législative qui l'énonce. Cette dernière demeure intacte jusqu'à une éventuelle intervention législative formelle et ce, quel qu'ait été le traitement judiciaire dont a fait l'objet la règle qu'elle énonce, qu'il s'agisse d'interprétation, de limitation, d'extension ou même de déclaration d'inconstitutionnalité complète.

La conclusion de l'intervention judiciaire sur la norme est certes formulée en mots par les juges, mais cette prose n'est qu'explicative et n'a en soi aucun impact sur le libellé formel de la règle de droit écrit.

Les juges n'ont pas le pouvoir de modifier le texte des lois. Jamais. Ni lors de l'interprétation des lois, ni lors de prononcés d'inconstitutionnalité.

2.3.1. Interprétation

Tout comme l'activité elle-même, la conclusion d'interprétation, parfois aussi dite « interprétation », porte sur la règle. La conclusion ne touche pas au texte de droit écrit. L'interprétation précise les contours de la règle exprimée par le texte. Elle en délimite la signification, en clarifie le champ d'application. La conclusion de l'activité d'interprétation, exprimée dans les mots des juges, en est une de norme, de sens, de signification.

¹²⁰ R. c. *Ferguson*, préc., note 4, par. 72.

Mais le libellé d'une disposition est le même après une interprétation. Aussi originale puisse-t-elle être. En matière d'interprétation, non seulement les juges ne modifient-elles pas le texte d'une disposition de droit écrit, mais elles ne prétendent pas non plus le faire. La conclusion d'interprétation n'est en aucun temps présentée comme une modification du texte de loi¹²¹. Les juges ne prétendent jamais, à l'occasion d'une interprétation, ajouter ou retrancher au texte de loi. Au contraire, compte au nombre des préceptes de l'orthodoxie de l'interprétation des textes législatifs qu' « il faut tenir pour suspecte une interprétation qui conduirait soit à ajouter des termes ou des dispositions, soit à priver d'utilité ou de sens des termes ou des dispositions »¹²².

Or, on le sait, l'interprétation des lois, si elle prend initialement appui sur le texte de loi, constitue souvent un exercice judiciaire fort innovant. Une critique couramment formulée dans ces cas est que l'interprète a ajouté ou retiré des mots à la disposition de façon à arriver à l'interprétation souhaitée. La manipulation de mots étant ici tenue pour évidemment inadéquate et *ultra vires* des juges. Il arrive par exemple que des juges formulent ce reproche à l'égard de certains collègues qui ont prononcé la validité constitutionnelle d'une disposition législative suite à un exercice d'interprétation pour le moins créatif.

2.3.2. Contrôle de constitutionnalité

Or, ni l'interprétation conciliatrice ni un quelconque prononcé d'inconstitutionnalité ne peuvent résulter en une modification du texte de la disposition législative qui en fait l'objet.

Interprétation conciliatrice

L'interprétation conciliatrice d'une disposition législative contestée, qui permettra d'en prononcer la validité constitutionnelle, doit respecter l'ensemble des principes acceptés d'interprétation des lois, y compris celui voulant que le texte de loi doive permettre d'assoir de façon plausible l'interprétation retenue. On l'a vu, l'interprétation conciliatrice, au même titre que toute autre interprétation, n'autorise pas l'ajout ou la suppression de termes à l'égard de la disposition législative qui en fait l'objet¹²³.

Il ne faut donc pas se surprendre que l'ultime critique que l'on puisse adresser à une prétendue interprétation conciliatrice d'un texte de loi est qu'elle n'ait pu être réalisée qu'au prix d'une manipulation inappropriée de ce dernier¹²⁴.

¹²¹ Twining écrit : « 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. Thus, one of the cardinal maxims of statutory interpretation is "Never paraphrase a statute". » W. TWINING et D. MIERS, préc., note 31, p. 137.

¹²² P.-A. CÔTÉ, préc., note 27, p. 316.

¹²³ *Supra*, note 122.

¹²⁴ L'exemple le plus éloquent de telles critiques me semble se retrouver dans l'affaire *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, préc., note 67, où trois juges ont dénoncé avec véhémence ce qu'ils ont considéré être la reconstruction de la disposition contestée à laquelle la majorité avait selon eux procédé. Voici essentiellement ce qu'ils écrivent sur la chose : le juge Binnie : « (...) Tenter de

La conclusion d'une interprétation conciliatrice appropriée est une conclusion qui porte sur le sens de la règle de droit. Elle n'emporte en soi aucune altération du texte de la disposition législative qui l'énonce.

Prononcés d'inconstitutionnalité

Les juges ont le pouvoir de déclarer inopérantes les règles de droit incompatibles avec la Constitution¹²⁵. Le contrôle de constitutionnalité a pour objet les règles de droit, la conclusion d'inconstitutionnalité doit aussi porter sur les règles de droit.

À cet égard, l'affaire *Sharpe*¹²⁶ est fort intéressante. La Cour y a décidé que l'interdiction de possession de pornographie juvénile prévue au *Code criminel* n'était conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* que dans la mesure où l'on y ajoutait certaines exceptions¹²⁷. Après avoir donné l'impression qu'elle recherchait pour ce faire une formulation précise à insérer dans le texte de loi¹²⁸, la Cour a en fait paraphrasé à de nombreuses reprises les exceptions souhaitées, évitant ainsi l'utilisation du mode de rédaction arrêté propre au droit statutaire¹²⁹. Elle a expliqué et justifié ces exceptions, fidèle en cela au style de la prose judiciaire. Certains ont même associé par analogie l'imposition judiciaire de ces exceptions à titre de sanctions d'inconstitutionnalité en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* à la création d'exceptions de *common law* à une interdiction statutaire¹³⁰. La Cour a agi sur le droit, comme son mandat constitutionnel l'autorise à le faire. Elle a conclu à l'inconstitutionnalité de la règle contestée, a imposé comme sanction une limitation à la portée de la règle, en y ajoutant des

préservé la constitutionnalité de l'art. 43 en le réécrivant de manière à établir une distinction entre les pères et mères et les instituteurs, et en retranchant l'ordre dans les écoles de l'objectif plus général de « correction » relève, à mon avis, du législateur. » (par. 128); la juge Arbour : « Récrire pour ainsi dire la loi de manière à pouvoir en confirmer la constitutionnalité revient à masquer l'impératif constitutionnel. » (par. 139); la juge Deschamps : « Certes, une interprétation atténuée de l'art. 43 qui en restreindrait la portée à l'«interprétation» proposée par la majorité rendrait cette disposition conforme aux exigences constitutionnelles. Néanmoins, il n'appartient pas à la Cour d'élaborer une nouvelle disposition pour remplacer celle que le législateur a voulu créer. » (par. 243).

¹²⁵ Par. 52(1) L.C. 1982. La version anglaise de la disposition est plus explicite quant à la possibilité de nuances dans les sanctions d'inconstitutionnalité, lorsqu'elle précise que le caractère inopérant n'est imposé que « to the extent of the inconsistency ».

¹²⁶ *R. c. Sharpe*, préc., note 64.

¹²⁷ La Cour a qualifié de «reading in » cette sanction d'ajout d'exceptions (*Id.*, par. 114). La chose est surprenante : si sa mise en forme matérielle peut exiger l'ajout de mots, l'essence de la sanction en est une limitation de la portée de la règle. Voir D. PINARD, « 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 et l'interprétation atténuée, etc. ! » préc., note 26, 459 et suiv.

¹²⁸ *R. c. Sharpe*, préc., note 64 par. 115 : « [W]e must identify a distinct provision that can be read into the existing legislation » - « [I] nous faut identifier une disposition précise qui pourrait être incluse dans la loi ».

¹²⁹ *Id.*, par. 115 et suiv. Voir le commentaire dans Morris ROSENBERG et Stéphane PERRAULT, « Ifs and Buts in Charter Adjudication: The Unruly Emergence of Constitutional Exemptions in Canada », (2002) 16 *S.C. Law Rev.* (2d) 375, 394 et suiv.

¹³⁰ Rosenberg et Perrault écrivent : « The interesting aspect of the remedy in *Sharpe* is that, in the absence of fixed language, the « read in » exceptions operate in a manner that is more analogous to a common law defence, the precise meaning of which is « discovered » and evolves over time through the course of adjudication. » *Id.*, 396.

exceptions. À bon droit, elle n'a pas prétendu manipuler le texte de la disposition législative contestée¹³¹.

Peter Hogg a d'ailleurs étudié les réactions législatives aux prononcés judiciaires d'inconstitutionnalité fondés sur la *Charte canadienne des droits et libertés*¹³². Il a recensé des cas d'abrogations, de modifications ou encore d'inaction législatives. Dans ce dernier cas, on comprend que les dispositions déclarées inconstitutionnelles se lisent exactement telles qu'elles étaient avant cette déclaration. Et dans tous les cas, les modifications aux textes de lois, lorsqu'elles ont eu lieu, ont été le fait des législateurs.

Dans les affaires *Whatcott*¹³³ et *St-Onge Lamoureux*¹³⁴, discutées en introduction, la Cour a au contraire présenté ses conclusions d'inconstitutionnalité comme des modifications aux textes législatifs énonçant les règles contestées. Elle a affirmé en retrancher et y ajouter des mots. Or, au lendemain de ces jugements, les dispositions législatives du corpus législatif sont inchangées, tout simplement parce que les juges n'ont pas le pouvoir de modifier le libellé des dispositions de droit écrit. Les règles qui y sont exprimées, elles, sont bien entendu modifiées dans la mesure de ce qui est prévu aux jugements. Et le caractère obligatoire des jugements fait en sorte que seules ces règles modifiées sont dorénavant effectives.

Le caractère obligatoire, la puissance normative de tout maniement judiciaire d'une règle de droit écrit porte exclusivement sur le contenu de cette règle. On ne peut appliquer la règle interprétée que dans la mesure de cette interprétation. On ne peut plus appliquer la règle déclarée inconstitutionnelle ou encore on ne peut plus en appliquer la partie déclarée inconstitutionnelle. Elle est dorénavant inopérante dans la mesure où le jugement l'a déclarée telle.

Il s'agit d'un pouvoir judiciaire considérable. Qui présente néanmoins des limites.

Si les juges peuvent à la rigueur suggérer un libellé qui ferait en sorte que la loi exprime l'état de la règle telle qu'interprétée ou encore modifiée par le jugement d'inconstitutionnalité, elles n'ont aucune autorité pour procéder elles-mêmes à la réforme du texte législatif.

¹³¹ Le Parlement fédéral n'a à ce jour pas modifié les dispositions pertinentes du *Code criminel* de façon à y énoncer les exceptions élaborées dans l'affaire *Sharpe*. Je ne crois pas que la primauté du droit soit bien servie par un tel état de choses. Je soutiens cependant qu'elle serait encore plus malmenée par un jugement qui prétend modifier le texte d'une disposition législative alors que cette dernière demeure de toute façon intacte dans le corpus législatif.

¹³² Peter W. HOGG, Allison A. BUSHELL THORNTON et Wade K. WRIGHT, « Charter Dialogue Revisited – Or « Much Ado About Metaphors » », (2007) 45 *Osgoode Hall L.J.* 1; P.W. HOGG et A.A. BUSHELL, préc., note 12. Voir aussi P.W. HOGG, préc., note 101, p. 36-14.1.

¹³³ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 13.

¹³⁴ *R. c. St-Onge Lamoureux*, préc., note 13.

Ni l'interprétation d'une règle de droit, ni son prononcé d'inconstitutionnalité complet, ni son extension ou la limitation de sa portée, n'apparaissent dans le texte de loi du seul fait du jugement qui y procède, immédiatement ou à l'expiration d'une période de suspension de ses effets, le cas échéant.

L'interprétation donnée par la Cour à la disposition qui prévoit une exemption de sanction pénale lors de la correction physique d'un enfant n'apparaît pas dans le *Code criminel*¹³⁵. La portée de l'interdiction de possession de pornographie juvénile telle que définie par la Cour suprême du Canada non plus¹³⁶. Les sanctions d'inconstitutionnalité prononcées dans divers jugements de la Cour ne se retrouvent pas dans les textes de loi du seul fait de leur déclaration¹³⁷.

La Juge en chef s'est inquiétée de l'impact des exemptions constitutionnelles sur les valeurs que sont « la certitude, l'accessibilité, l'intelligibilité, la clarté et la prévisibilité », et qui fondent selon elle le principe de la primauté du droit¹³⁸. Or, cet impact, dans la mesure où il existe, n'est pas le propre des exemptions constitutionnelles. Il est aussi le fait des autres sanctions d'inconstitutionnalité. Et de toute interprétation judiciaire d'un texte de droit écrit.

Parce que, dans tous ces cas, et pour reprendre les mots de la Juge en chef, « la disposition législative demeure intacte dans le corpus législatif »¹³⁹.

« La divergence entre la disposition figurant dans le corpus législatif et la règle de droit appliquée — ainsi que l'incertitude et l'imprévisibilité qui en découlent — a pour conséquence de créer l'injustice », écrit-elle encore à propos des exemptions constitutionnelles. Cette affirmation convient pourtant tout autant à toute intervention judiciaire sur une règle de droit écrit – à toute interprétation et à toute sanction d'inconstitutionnalité dont la règle a pu faire l'objet¹⁴⁰.

Concrètement, le citoyen qui consulte les lois n'a accès qu'au texte adopté par le législateur. Il n'y retrouve pas le droit vivant¹⁴¹. Le réel accès à ce droit vivant requiert la connaissance des lois, de la jurisprudence et de la doctrine.

¹³⁵ Voir l'article 43 du *Code criminel* et *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, préc., note 67.

¹³⁶ Voir l'article 163.1 du *Code criminel* et l'affaire *R. c. Sharpe*, préc., note 64. Je ne parle pas ici de la sanction d'inconstitutionnalité imposée, je réfère plutôt à la première partie du jugement dans laquelle la Cour définit la portée de l'interdiction avant de se pencher sur sa constitutionnalité.

¹³⁷ Les études de Peter Hogg (citées à la note 132) sur les suites données aux jugements d'inconstitutionnalité fondés sur la *Charte canadienne des droits et libertés* le confirment.

¹³⁸ *R. c. Ferguson*, préc., note 4, par. 69.

¹³⁹ *Id.*, par. 70.

¹⁴⁰ Il est cependant exact que la reconnaissance d'exemptions constitutionnelles donne lieu à des applications ponctuelles créatrices de plus d'incertitude qu'une interprétation ou une sanction d'inconstitutionnalité d'extension ou de limitation de la portée d'une règle imposée en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

¹⁴¹ Voir *supra*, la discussion de la notion de droit vivant à la note 63.

Conclusion

La Constitution canadienne n'autorise pas les juges à modifier les textes de loi. Pourtant, les conclusions de certains prononcés judiciaires d'inconstitutionnalité de règles de droit écrit ont récemment été présentées comme des reformulations du libellé des dispositions législatives qui les énonçaient.

Cette prétention des juges à un pouvoir de manipulation des textes de droit écrit n'est pas nouvelle¹⁴². Elle a participé à la création d'une équivoque importante en matière de sanctions d'inconstitutionnalité, en assimilant les *reading down* et *reading in* tantôt à la limitation ou à l'extension du champ d'application de la règle de droit, et tantôt au retrait ou à l'ajout de mots au texte de loi exprimant la règle¹⁴³.

Plus fondamentalement, elle alimente une confusion quant à la répartition des fonctions constitutionnelles au Canada, créant l'illusion de la création de textes de loi par des juges, alors qu'un tel pouvoir ne leur échoit tout simplement pas.

Il se peut que l'ajout de mots suggéré à l'occasion par la Cour ne soit que l'expression de la règle telle qu'elle doit dorénavant se comprendre une fois la sanction d'inconstitutionnalité validement imposée¹⁴⁴. Il va de soi que les juges doivent exprimer en mots la teneur de la règle sanctionnée, et qu'elles peuvent même suggérer au législateur une formulation qui serait selon elles adéquate pour l'exprimer dans un éventuel texte de loi. Mais elles ne peuvent faire que de la prose judiciaire, et non de la rédaction des lois.

Or, dans les jugements discutés en introduction¹⁴⁵, de même que dans un certain nombre d'arrêts rendus précédemment¹⁴⁶, les conclusions ont été explicitement énoncées sous la forme de modifications au libellé des dispositions législatives exprimant les règles fautives.

Les juges savent fort bien qu'elles n'ont pas le pouvoir de modifier les textes de loi. Comment expliquer qu'elles présentent parfois leurs conclusions d'inconstitutionnalité comme un tel exercice ?

On l'a vu, la confusion prévalente entre une règle de droit écrit et son support textuel n'est certes pas étrangère à l'expression des jugements d'inconstitutionnalité sous forme de modifications législatives¹⁴⁷. L'immense pouvoir d'action des juges à l'égard des règles de

¹⁴² Pour des exemples antérieurs aux décisions *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 13, et *R. c. St-Onge Lamoureux*, préc., note 13, voir *infra*, note 146.

¹⁴³ Voir D. PINARD, « 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 et l'interprétation atténuée, etc. ! », préc., note 26.

¹⁴⁴ Voir par exemple *R. c. Sharpe*, préc., note 64.

¹⁴⁵ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 13; *R. c. St-Onge Lamoureux*, préc., note 13.

¹⁴⁶ Voir par exemple : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. c. Hall*, [2002] 3 R.C.S. 309; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906.

¹⁴⁷ *Supra*, Introduction.

common law, notamment en ce qui concerne leur conformité constitutionnelle, allié à l'intime relation qui lie les règles de *common law* et le droit statutaire, influe peut-être aussi sur la perception qu'elles ont de leur pouvoir d'action sur les textes législatifs¹⁴⁸. Il se peut enfin que se dessine à la Cour suprême un modèle de rédaction des jugements dans lequel la préoccupation d'élaboration du droit pour l'avenir prévaut sur celle strictement adjudicative¹⁴⁹. Ou encore que la notion de dissociation en matière de sanctions d'inconstitutionnalité ait été vue à tort comme autorisant à couper ça et là des mots d'une disposition législative¹⁵⁰. Mais il y a plus. La possibilité d'exprimer certaines conclusions judiciaires sous la forme de modifications claires apportées à des textes législatifs présente peut-être à l'occasion un attrait irrésistible. Et cet attrait peut être amplifié par le fait que la conclusion ultime du jugement pourra dès lors être présentée comme une simple validation de la disposition ainsi reformulée.

La difficulté inhérente à l'énonciation de la règle telle qu'elle doit se comprendre une fois qu'elle a fait l'objet d'une sanction constitutionnelle, comparée à la relative facilité de la seule correction du libellé de la disposition qui exprimait la règle initiale contestée, explique peut-être en effet l'inclination judiciaire à choisir parfois la seconde. Lorsqu'existe une correspondance parfaite entre la règle de droit déclarée totalement inconstitutionnelle et son expression dans une seule disposition législative, la déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition, quoique conceptuellement inexacte, équivaut en fait à la déclaration d'inconstitutionnalité de la règle¹⁵¹. Si la règle ne peut plus produire d'effets, le texte dont le seul objet est de l'énoncer devient aussi et par le fait même inopérant. La nécessité d'un difficile exercice conceptuel d'explication survient cependant lorsqu'il n'y a pas une telle correspondance entre la règle déclarée inconstitutionnelle et une disposition législative précise, comme lorsque la déclaration d'inconstitutionnalité ne touche que certaines inclusions ou exclusions de cas d'application. La correction constitutionnelle de la règle est alors telle qu'elle est parfois plus facilement exprimée par l'ajout, le retrait ou la modification de termes de la disposition législative qui énonçait la règle contestée que par une prose judiciaire originale. La Cour doit faire face dans ce dernier cas à la difficulté intellectuelle de formuler la règle nouvelle en se distanciant du support canonique de la règle contestée. L'expression de la conclusion du jugement est certes plus simple, plus visuelle lorsqu'elle est énoncée en termes de mots retranchés ou substitués, que lorsqu'elle explique la modification imposée à la règle elle-même. La tentation peut être grande de recourir à la première.

Il se pourrait de plus que la prétendue modification judiciaire de dispositions législatives présente parfois l'avantage indéniable de parer à des critiques d'activisme inapproprié. Un paradoxe est en effet inhérent à ces décisions judiciaires qui élaborent de prétendues modifications de dispositions législatives : elles font preuve à la fois d'un interventionnisme

¹⁴⁸ *Supra*, section 1.

¹⁴⁹ Voir R. A. MACDONALD, « Legal Bilingualism », préc., note 27, 162 et R. A. MACDONALD, « The Fridge Door Statute », préc., note 85, 30.

¹⁵⁰ Voir D. PINARD, « 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 et l'interprétation atténuée, etc. ! », préc., note 26, 461 et suiv.

¹⁵¹ *Supra*, section 2.3, Prononcés d'inconstitutionnalité.

considérable dans la méthode, alors qu'elles concluent sagement par la suite à la validité des dispositions ... que les juges ont elles-mêmes corrigées¹⁵². Ces décisions pourraient vraisemblablement ne pas être considérées comme des déclarations d'inconstitutionnalité¹⁵³. Or, ces dispositions législatives que l'on valide n'existent pas. Elles n'ont *a fortiori* jamais été contestées. Elles sont fictivement créées par le jugement qui prétend les énoncer. Les règles exprimées dans les dispositions contestées sont certes, elles, modifiées dans la mesure où elles sont jugées en partie inconstitutionnelles, mais les dispositions originales sont toujours intactes dans le corpus législatif. Les dispositions que l'on dit valider ne sont pas des dispositions législatives existantes. Au mieux, elles ne sont que des suggestions de formulation faites au législateur.

Pourquoi se préoccuper de modifications judiciaires du libellé des textes législatifs alors que les juges ont sans contredit le pouvoir de modifier ou de déclarer inopérantes les règles de droit qui y sont énoncées? À la lumière de l'importance de ce dernier, le traitement des textes de loi qui expriment ces règles n'est-il pas un accessoire secondaire et négligeable? Qui peut le plus peut le moins, non? Or, non. Le pouvoir constitutionnel de manipuler des règles de droit est une chose. Celui d'adopter, de modifier et d'abroger des textes de loi en est une autre. Le premier n'inclut pas le second qui, comme on l'a vu, répond à des impératifs propres.

En fait, la question est plus complexe. Elle touche à la problématique plus large de la portée du caractère obligatoire des décisions de justice au Canada¹⁵⁴. Il est certes inhérent au principe du constitutionnalisme que la Constitution soit la loi suprême et que tous y soient assujettis, y compris les parlements et les gouvernements¹⁵⁵. Mais un parlement n'est pas tenu de donner suite à une décision de la Cour suprême du Canada qui déclare inconstitutionnelle une règle de droit énoncée dans une loi qu'il a adoptée. Les études de Peter Hogg font par exemple état d'un certain nombre de cas d'inaction législative suite à une telle décision¹⁵⁶. La règle de droit déclarée inconstitutionnelle est certes inopérante, mais la loi qui l'énonce reste alors intacte dans le corpus législatif. S'il décide d'intervenir, le

¹⁵² C'est le cas des affaires *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, préc., note 13, par. 206 et *R. c. St-Onge Lamoureux*, préc., note 13, par. 101. Dans le même sens, voir : *R. c. Lucas* [1998] 1 R.C.S. 439, par. 97. On l'a vu, l'affaire *R. c. Sharpe*, préc., note 64, ne propose pas une reformulation de la disposition législative contestée, mais plutôt, comme il se doit, une modification de la règle inconstitutionnelle par la création d'exceptions : *Supra*, note 128. Il est cependant remarquable que la Cour y conclue aussi à la validité de la disposition contestée, sous réserve des exceptions qu'elle apporte à la règle énoncée : « I would uphold s. 163.1(4) on the basis that the definition of "child pornography" in s. 163.1 should be read as though it contained an exception (...). » (Je souligne). *Id.*, par. 129.

¹⁵³ Il est intéressant de noter que ni l'affaire *Lucas* ni l'affaire *Sharpe* ne sont considérées par Peter Hogg dans son étude des suites législatives apportées aux jugements d'inconstitutionnalité prononcés par la Cour (P.W. HOGG, A.A. BUSHELL THORNTON et W.K. WRIGHT, préc., note 132). Il est vrai qu'on ne retrouve pas dans ces affaires des prononcés formels d'inconstitutionnalité, mais il demeure que ce ne sont pas les dispositions originales et contestées du corpus législatif qui y ont été validées.

¹⁵⁴ Sur cette question, voir par exemple Stéphane LÉTOURNEAU, « L'autorité d'un jugement prononçant l'inconstitutionnalité d'une loi », (1989) 23 *R.J.T.* 173.

¹⁵⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 117, par. 72.

¹⁵⁶ P.W. HOGG, A.A. BUSHELL et W.K. WRIGHT, préc., note 132; P.W. HOGG et A.A. BUSHELL, préc., note 12.

parlement compétent n'est d'ailleurs pas tenu d'édicter la règle ou le libellé suggérés par la Cour, le cas échéant¹⁵⁷. Ce parlement peut par exemple procéder à sa propre pondération des politiques législatives et des exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁵⁸. Des points de vue différents et raisonnables sont à cet égard possibles¹⁵⁹. Le parlement peut notamment se prévaloir de la marge de manœuvre que lui confère la possibilité de déroger à certains droits ou encore de leur apporter des limites raisonnables autres que celles privilégiées par la Cour¹⁶⁰.

On pourrait considérer l'à-propos de certains mécanismes permettant d'imposer aux parlements le caractère obligatoire des prononcés judiciaires d'inconstitutionnalité des lois¹⁶¹. Le choix des modalités d'exécution des jugements d'inconstitutionnalité des lois en est un éminemment tributaire de l'histoire et de la culture politique d'une société. Au Canada, on mise sur la bonne foi des parlements. Pour le moment du moins.

¹⁵⁷ *Id.* Voir aussi la discussion des affaires *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 et *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 dans P.W. HOGG, préc., note 101, qui illustre de quelle façon la Cour a validé une réponse législative qui ne correspondait pas à la solution qu'elle avait précédemment suggérée.

¹⁵⁸ Hiebert écrit : « Rather, it [l'analyse de l'auteure] is informed by concern that excessive reliance on judicial wisdom to resolve contentious social conflicts will lead representative institutions to renege on their responsibility to make responsible decisions about how to reconcile compelling legislative purposes with the values espoused in the Charter. » Janet L. HIEBERT, *Charter Conflicts : What is Parliament's Role?*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2002, p. 218.

¹⁵⁹ *Id.*, p. 58 : « Even when a court rules a Charter right has been infringed, reasonable differences may exist about how the Charter conflict should be resolved. »

¹⁶⁰ *Id.* p. 220.

¹⁶¹ Un ministre britannique est ainsi apparemment habilité à modifier une loi de façon à donner suite à un jugement la déclarant contraire à la *Convention européenne des droits de l'Homme : Human Rights Act 1998*, c. 42 (R.-U.), art. 10: « Power to Take Remedial Action : (...) If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility (...) ». La Constitution française prévoit dorénavant elle-même l'abrogation d'une loi déclarée inconstitutionnelle en vertu de la procédure de *Question prioritaire de constitutionnalité* : Art. 62 *Constitution française* : « (...) Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 [Question prioritaire de constitutionnalité] est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. » (je souligne).