

---

# *L'interprétation constitutionnelle, un exemple de postpluralisme*

---

Hugo Cyr\*

---

L'interprétation constitutionnelle n'est pas un processus logico-déductif où les divers arguments sont comparés et soupesés les uns par rapport aux autres. C'est un processus holistique où l'interprète tente de les faire tous converger. L'auteur analyse et illustre cet holisme explicite dans la première partie de cet essai. Pour tenter d'expliquer pourquoi il en est ainsi, l'auteur se livre ensuite à une réflexion épistémologique à double volet. Déconstruisant d'abord un monde, il s'attaque au concept de vérité, au réalisme et à l'idéalisme, tout cela au profit du pragmatisme, de l'holisme de la signification et de l'herméneutique. Reconstruisant ensuite un monde, il expose comment, toute fixité étant impossible, une relative stabilité peut être atteinte par certains principes communicateurs. C'est là l'objet de la deuxième partie de l'essai. Faisant enfin un retour à l'interprétation constitutionnelle, il illustre d'abord l'impact du pragmatisme sur elle pour ensuite prôner un pluralisme repensé — un postpluralisme — en fonction de l'individu et sous l'éclairage de ses réflexions épistémologiques.

The process of interpretation in constitutional law does not follow a deductive logic where conflicting arguments are compared and weighed one against the other. Rather, a holistic process takes place where different arguments are read in a way that they are channelled toward a common interpretation. In the first part of this article, the author explains this explicit holistic process. In the second part, the author uses a two-pronged epistemological inquiry to analyze this phenomenon. First, in deconstructing the process, the author attacks the tenets of truth, realism and idealism and invites the readers to endorse pragmatism, holism and hermeneutics. Second, in reconstructing the process, the author shows that although fixity is impossible, a relative stability can be achieved through the use of certain communicative principles. The author then goes back to constitutional interpretation and shows how pragmatism impacts on it. Finally, the author reveals a new form of pluralism — “post-pluralism” — centered on the individual and based on the author's epistemological reflexions.

---

\* B.C.L., LL.B. Étudiant à la maîtrise à la *Yale Law School*. Cet article constitue la version revue et remaniée d'un essai rédigé sous la supervision du professeur Roderick A. Macdonald, de la Faculté de droit de l'Université McGill, alors que j'étais étudiant inscrit au Programme national de cette Faculté. Je tiens à remercier le professeur Macdonald ainsi que le professeur Yves-Marie Morissette, de cette même Faculté, pour leur aide et leurs précieux commentaires. Je tiens à remercier aussi le professeur François Chevrette, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, qui a eu l'amabilité de lire le manuscrit final et de me faire plusieurs remarques et suggestions appréciées. Finalement, je tiens à remercier l'équipe d'édition de la *Revue* pour leur travail fort soigneux.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1998

Mode de référence : (1998) 43 R.D. McGill 565

To be cited as: (1998) 43 McGill L.J. 565

---

## Introduction

### I. Les enjeux de l'interprétation constitutionnelle traditionnelle

- A. Loi constitutionnelle de 1867
- B. Loi constitutionnelle de 1982

### II. Une analyse épistémologique sous forme de sablier

- A. *La déconstruction d'un monde*
- B. *La reconstruction d'un monde*

### III. L'interprétation constitutionnelle et le postpluralisme

- A. *L'interprétation constitutionnelle*
- B. *Vers un postpluralisme*

## Conclusion

---

*The rose is without why ; it blooms because it blooms.*

*Angelus Silesius, The Cherubic Wanderer, trad.  
par M. Schrady, New York, Paulist, 1986 à la p.  
54.*

*Il n'y a pas de vrai sens d'un texte. Pas d'autorité de  
l'auteur. Quoi qu'il ait voulu dire, il a écrit ce qu'il a  
écrit. Une fois publié, un texte est comme un appareil  
dont chacun se peut servir à sa guise et selon ses  
moyens : il n'est pas sûr que le constructeur en use  
mieux qu'un autre [...].*

*Paul Valéry*

## Introduction

Le droit est essentiellement un univers de significations et de messages. Pour s'arrêter aux exemples les plus banals, c'est un message à la population que poursuit l'adoption d'un texte de loi et c'est aussi d'un message qu'il est question quand le juge tente de déchiffrer un texte législatif ou réglementaire et quand il s'exprime et rend sa décision. La nature communicationnelle du droit est à ce point évidente et essentielle qu'on peut se surprendre que cette discipline ait été moins intensément et plus tardivement que la linguistique et la littérature par exemple, la cible du courant postmoderniste. Mais elle n'y a pas échappé, ce qui en soi n'est guère surprenant. Si l'on convient en effet que le postmodernisme est essentiellement ce courant de pensée issu du désenchantement de la modernité et qui conteste notamment ses postulats épistémologiques et le caractère trop ambitieux des questions que la pensée moderne se proposait de résoudre, il était à prévoir qu'il s'attaque à l'univers juridique, tout fait de normes à créer, à connaître, à faire connaître et à élucider, et incontestablement ambitieux parce que tout imprégné de totalité (le droit veut régir l'ensemble de la société), d'unité logique (le droit se présente comme tel) et d'un prétendu effet civilisateur à la fois du pouvoir et du citoyen. Comme un auteur le remarque dans une très belle étude, le postmodernisme pose un double défi au droit : «the first to legal centralism and the second to legal epistemology»<sup>1</sup>. En d'autres termes, il est faux que le droit ne soit fait que de normes édictées par l'État et faux aussi que le contenu normatif dont il est porteur soit appréhendé selon des processus aussi simples que, par exemple, celui selon lequel le juge ne fait que repérer la norme pertinente et l'appliquer au cas particulier.

---

<sup>1</sup> A. Hunt, «The Big Fear: Law Confronts Postmodernism» (1990) 35 R.D. McGill 507 à la p. 520. On y trouve, à la note 7, une intéressante bibliographie sur le postmodernisme juridique. Hunt écrit, à la p. 513 : «[t]he question of interpretation is not new but rather the awareness of the debates in literary criticism, generating an explicit focus on the textuality of law, has served to sharpen the awareness of the important issues that underlie different interpretative strategies». Toujours selon le même auteur, le postmodernisme juridique «increasingly relies on the more general themes of postmodernist linguistic and literary theory which, in more systematic way, have displaced authorial authority, interpretational validity and univocal meaning» (*ibid.* à la p. 522).

C'est à une réflexion sur ce type de questions que le présent essai est consacré. Comme il n'apparaissait pas possible de la faire porter sur l'ensemble du phénomène juridique, j'ai choisi de la centrer sur le domaine, délimité encore que fort vaste, de l'interprétation constitutionnelle en contexte canadien. Comme on le verra plus loin, tout est interprétation : celle-ci est au coeur de l'épistémologie. Mais l'interprétation judiciaire met spécialement en relief la question de savoir comment un juge rend sa décision et ce sur quoi il se repose pour le faire. L'interprétation est cette fois au coeur de la théorie du droit. Et cela est particulièrement vrai de l'interprétation constitutionnelle qui, vu le caractère souvent vague et fortement imprégné de valeurs des normes sur lesquelles elle prend appui et vu son pouvoir de contraindre l'action de l'État, invite à réfléchir sur la façon dont elle s'effectue vraiment.

Sur la base d'un certain nombre d'exemples jurisprudentiels, à mon avis typiques et significatifs, j'ai donc réfléchi au processus d'interprétation constitutionnelle, non pas en vue de me demander si elle était d'une nature différente d'autres genres d'interprétation et si elle était vraiment plus large ou libérale, mais dans le seul but de découvrir (ou reconstruire) comment elle se faisait. J'en ai retenu qu'elle avait fort peu à voir avec un processus logico-déductif ou un processus analytique où les divers arguments seraient soigneusement comparés et soupesés les uns par rapport aux autres. Il m'a plutôt semblé que l'interprète, en appréciant un argument, avait en tête tous les autres et que si c'est cet argument qu'il retenait, il faisait plier ou réajustait les autres pour qu'ils aillent dans le même sens que lui. Plus encore que téléologique, l'interprétation constitutionnelle m'est donc apparue holistique, ce qui m'a incité à pousser ma réflexion plus loin, c'est-à-dire vers l'épistémologie.

Voilà pourquoi la première partie de cet essai s'intitule : «les enjeux de l'interprétation constitutionnelle traditionnelle». J'y mets en relief le caractère holistique de l'interprétation de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>2</sup> (A) et de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>3</sup> (B). Cette analyse sera utile à mes réflexions subséquentes qui se nourrissent d'épistémologie.

La deuxième partie de cet essai constitue ma réflexion épistémologique personnelle et se présente conceptuellement en forme de sablier. La partie supérieure de celui-ci, le point A, tente une déconstruction en renvoyant dos à dos réalistes, idéalistes et sceptiques. Mais le rejet de l'objectivité ne signifie pas pour autant que le nihilisme doive prévaloir. C'est pourquoi dans un deuxième temps, le point B ou la partie inférieure du sablier, je tente une reconstruction épistémologique d'inspiration pragmatiste axée autour de l'idée que le sens est usage (*meaning is use*). Ainsi le sens se ramène à une subjectivité confirmée par l'usage en tant que processus régularisant et auquel on se fie. Mais ce sens n'est dégagé qu'au terme d'un processus herméneutique que j'appelle accueillant car l'interprète reçoit ou absorbe en lui de nouvelles croyances davantage qu'il ne se projette, et fait alors les ajustements entre celles-ci et son réseau de croyances déjà établies, ajustements de caractère holistique qu'on ne saurait prévoir ou anticiper.

---

<sup>2</sup> (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

<sup>3</sup> Constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

Il était naturel qu'après cette incursion dans l'épistémologie j'aie eu le souci de retourner à l'interprétation constitutionnelle, non pas au sens d'un retour en arrière mais au sens d'un possible enrichissement de celle-ci par la perspective épistémologique et herméneutique précédemment dégagée. C'est l'objet du premier point (A) de la troisième partie de cet essai. Il me restait alors à préciser les types de normativité sur lesquels tout ce processus opère. J'ai opté pour un pluralisme résolument axé sur l'individu, mais fort et large, nullement confiné à la normativité dite juridique et au sein duquel cet individu se voit non pas en rapport avec sa communauté mais plutôt en rapport avec d'infinies «transcommunautés». Ce dernier développement tente d'ouvrir la voie à ce que je me suis permis d'appeler le «postpluralisme» (B).

## I. Les enjeux de l'interprétation constitutionnelle traditionnelle

Tentons d'examiner dans un premier temps comment s'opère l'interprétation constitutionnelle en donnant un certain nombre d'exemples, les plus significatifs possible, de celle-ci.

Commençons par deux remarques préliminaires. Premièrement, au strict plan conceptuel, l'interprétation constitutionnelle se distingue de la qualification de la loi ou de l'acte dont il s'agit d'apprécier la constitutionnalité, un peu de la même façon que l'interprétation de la loi se différencie, toujours au strict plan des concepts, de son application. Pour prendre un exemple, il faut tout d'abord avoir décidé que la liberté d'expression garantie par l'article 2(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>4</sup> englobe la protection du message commercial avant de qualifier une loi qui a trait à celui-ci et de déterminer si ladite loi porte atteinte ou non à cette liberté<sup>5</sup>; de même, il faut avoir défini ce qu'est une fouille, perquisition ou saisie abusive au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne*<sup>6</sup> avant de décider si, par exemple, le comportement d'un policier porte atteinte à cet article. Comme le présent développement concerne l'interprétation constitutionnelle, c'est à la première étape du processus que je porterai surtout attention. Cela dit, une distinction conceptuellement claire peut parfois brouiller ce qui se passe dans la réalité. Or la réalité, c'est que le juge qui interprète la loi le fait dans le but de l'appliquer et que l'application rejaillit sur l'interprétation, comme quelques auteurs l'ont bien démontré<sup>7</sup>. De la même façon, la qualification de la loi ou de l'acte rétroagit sur l'interprétation de la constitution. Je me garderai donc ici de voir ces deux opérations comme étanches.

Deuxième observation : on a souvent souligné les particularismes de l'interprétation constitutionnelle, allant même jusqu'à dire que, parce que plus évolutive en ce qu'elle porte sur des concepts juridiques généraux souvent inscrits dans des

<sup>4</sup> Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, supra note 3 [ci-après *Charte canadienne* ou *Charte*].

<sup>5</sup> Voir *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 54 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577 ; *Irwin Toy Ltd c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 58 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577.

<sup>6</sup> Supra note 4.

<sup>7</sup> Voir par ex. P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990 aux pp. 16-17 [ci-après *Interprétation*] ; et du même auteur, «L'interprétation des lois, une création sujette à des contraintes» (1990) 50 R. du B. 329 aux pp. 343-44.

textes anciens, elle était de nature très différente de l'interprétation législative ou statutaire ordinaire<sup>8</sup>. Même s'il me semble que dans bien des cas cette différenciation a été plus affirmée que démontrée, il s'agit d'un débat dans lequel je n'entrerai pas ici. Je me contenterai d'essayer de voir comment l'interprétation constitutionnelle s'effectue, sans lui appliquer les qualificatifs de spéciale ou particulière, que plusieurs lui accolent. Cela dit, la plupart des juristes s'entendent pour reconnaître que l'interprétation constitutionnelle — guère différente de l'interprétation statutaire en cela — peut prendre appui sur cinq bases :

- (1) le texte constitutionnel, ce qui inclut à la fois le sens des mots (méthode littérale) et la cohérence des ensembles (méthode systématique) ;
- (2) l'histoire, en particulier l'intention du constituant (méthode historique) ;
- (3) les autorités, en particulier les précédents jurisprudentiels (méthode que je qualifierai d'autoritaire, sans connotation péjorative) ;
- (4) les finalités (méthode téléologique), que je crois bon de subdiviser ici selon qu'il s'agit des finalités organisationnelles (ce sont les théories proprement constitutionnelles) ou des finalités axées sur les valeurs ;
- (5) enfin, les pratiques et les présomptions (méthode pragmatique)<sup>9</sup>.

D'un point de vue purement rationnel ou de logique analytique, il pourrait arriver que des arguments contradictoires se présentent à l'intérieur de chacune des cinq catégories (par exemple un argument de texte s'opposant à un autre argument de texte) ou entre une catégorie et une autre (par exemple un argument de texte s'opposant à un argument historique). Une méthodologie de comptabilité constitutionnelle, si je peux me permettre cette expression, suggérerait alors d'attribuer une valeur numérique (positive ou négative) à chacun des arguments au sein d'une catégorie et ensuite de faire la sommation de ces valeurs afin d'obtenir un «résultat par catégorie» : dans la catégorie «histoire» par exemple, la sommation pourrait donner un résultat négatif, soit une force d'argumentation prépondérante à l'encontre de la position d'une partie. Chaque catégorie se verrait ensuite attribuer un coefficient de pertinence, c'est-à-dire une valeur numérique exprimant son importance dans la décision finale. Chaque «résultat par catégorie» serait alors multiplié par le coefficient de pertinence qui lui est propre afin d'obtenir le «résultat par catégorie pondéré». Il faudrait finalement faire la sommation de tous les «résultats par catégorie pondérés» afin de déterminer quelle est la décision à prendre ; une sommation positive signifierait la victoire d'une partie alors qu'une sommation négative, la victoire de l'autre.

---

<sup>8</sup> C'est par exemple l'opinion du juge Dickson, alors juge puîné, dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 à la p. 155, 11 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 641. Il y écrit : «[l']interprétation d'une constitution est tout à fait différente de l'interprétation d'une loi» .

<sup>9</sup> Classification qui, à peu de nuances près, correspond à celle de Côté, *Interprétation*, *supra* note 7 et à celle de R.H. Fallon, «A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation» (1987) 100 Harv. L. Rev. 1189, article qui m'a beaucoup inspiré pour le développement qui suit. Notons qu'il n'est question d'interprétation pragmatique que chez le premier auteur et non chez le second.

Mais pareil «*balancing*»<sup>10</sup> ne paraît pas du tout conforme à ce qui se passe dans la pratique de l'interprétation constitutionnelle. Outre la difficulté de savoir en vertu de quel critère un argument serait meilleur qu'un autre ou une catégorie plus importante qu'une autre, cette pratique nous révèle plutôt que l'interprète pèse un type d'argument en ayant en tête tous les autres et, après avoir fait les ajustements (*trade-offs*) nécessaires au maintien de la cohérence de l'ensemble, les fait converger dans la même direction. Comme l'écrit un auteur :

[a] provisional conclusion may be reached as to the balance of argument within each factor ; perhaps more commonly, the decisionmaking process will have a gestalt-like quality, in which each category is considered with all of the others in mind. But if the conclusions fail to cohere into a uniform prescription for how the case or issue ought to be resolved, then one or all of the individual conclusions may be reexamined, and the results adjusted insofar as plausible within the prevailing conventions of constitutional analysis, in an effort to achieve a uniform outcome<sup>11</sup>.

On voit donc comment l'interprétation constitutionnelle, loin d'être une comptabilité de données interprétatives brutes, serait un construit holistique. Voilà ce que je voudrais illustrer maintenant à l'aide d'exemples jurisprudentiels canadiens, étant entendu que mon analyse se limitera à prendre en compte uniquement les cinq bases d'interprétation rappelées plus haut et qui sont d'ailleurs tout à fait traditionnelles. En ce sens, il s'agit d'une analyse intrasystémique qui ne sort pas du système juridique classique. C'est seulement dans la deuxième partie de cet essai que je tenterai de pousser les choses plus loin sur le plan épistémologique et de faire éclater, si je puis dire, ce système.

#### A. Loi constitutionnelle de 1867

Il y a une vingtaine d'années, quand le gouvernement fédéral voulut s'assurer de la compétence du Parlement fédéral pour réformer ou même abolir le Sénat, il demanda l'avis de la Cour suprême<sup>12</sup>. Le texte auquel n'importe quel juriste un peu averti songea spontanément fut l'ancien alinéa 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>13</sup>. Cet alinéa, depuis 1949<sup>14</sup>, donnait au Parlement compétence pour modifier la constitution du Canada sauf exceptions, au nombre desquelles le Sénat ne figurait pas. Toutefois, y figuraient non seulement des questions d'intérêt purement fédéral (par exemple la session annuelle du Parlement et sa durée maximale de cinq ans) mais aussi des questions d'intérêt fédéral-provincial (par exemple le partage des compétences). On pouvait donc en tirer la conclusion fort plausible que le Parlement avait com-

<sup>10</sup> Fallon, *ibid.* à la p. 1228, qualifie ainsi ce procédé, qu'il décrit de la façon dont je viens de le faire.

<sup>11</sup> *Ibid.* à la p. 1240.

<sup>12</sup> Voir *Renvoi relatif à la compétence législative du Parlement du Canada relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54 (1979), 102 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 13 [ci-après *Renvoi sur le Sénat*].

<sup>13</sup> *Supra* note 2.

<sup>14</sup> Voir *Acte de l'Amérique du Nord britannique (no 2)* (R.-U.), 13 Geo. VI, c. 81. L'art. 91, al. 1 fut abrogé en 1982 et remplacé par l'article 4, al. 2 et la partie 5 de la *Loi constitutionnelle de 1982, supra*, note 3.

pétence pour agir, même si le Sénat présente un intérêt fédéral-provincial, pour la double raison qu'il ne se trouve pas, comme on vient de le dire, parmi les exceptions à la compétence octroyée, et que l'expression «la constitution du Canada» qui fait l'objet de cette compétence peut difficilement ne concerner que des questions d'intérêt purement fédéral puisqu'il aurait été alors superflu d'en soustraire, comme on l'a fait, aussi des questions d'intérêt fédéral-provincial. Voilà pour le premier argument de texte. Le deuxième, en sens contraire, est que la locution «constitution du Canada», dans le contexte de l'alinéa 91(1), ne vise que des questions d'intérêt purement fédéral. Cet argument de texte est pourtant assurément plus faible que l'autre.

Or que fait la Cour suprême ? Elle retient le deuxième argument. Elle expose d'abord le motif historique selon lequel l'intention du constituant de 1867 fut de faire du Sénat le protecteur des intérêts des provinces. Ce qui n'est pas faux mais assez peu pertinent pour interpréter un amendement constitutionnel de 1949 ! Elle invoque ensuite l'argument pratique ou pragmatique selon lequel cet amendement n'aurait servi depuis son adoption qu'à promulguer des mesures d'intérêt strictement fédéral ; ce qui n'est pas faux non plus, à condition de reconnaître qu'une loi sur le Sénat est une mesure de ce genre puisqu'en 1965 et sous l'autorité de l'alinéa 91(1), le Parlement a décrété, sans que personne ne lui conteste son pouvoir de le faire, la retraite des sénateurs, jusque-là nommés à vie, à 75 ans<sup>15</sup>. Enfin la Cour passe aux arguments de théorie constitutionnelle et de fédéralisme, arguments visant à interdire l'unilatéralisme fédéral au chapitre de l'abolition et de la réforme du Sénat. Il me paraît clair que ce sont ces arguments qui sont en réalité déterminants et, ce qui est le plus important pour mon propos, qu'ils colorent tous les autres : la Cour fait les ajustements nécessaires pour que les autres arguments aillent dans le même sens que ceux basés sur la théorie du fédéralisme.

L'argument de texte élaboré par la Cour devient le suivant : le mot «Canada» au sens des articles 101, 111 et 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>16</sup> ne vise que l'entité fédérale et il doit avoir le même sens à l'alinéa 91(1). Mais la Cour ne signale pas que ce dernier date de 1949. Étant donné son refus explicite, dans un arrêt rendu quelques mois auparavant<sup>17</sup>, de faire l'inverse et d'interpréter l'alinéa 92(1) (datant de 1867)<sup>18</sup> à la lumière de l'alinéa 91(1), on peut se demander si elle était beaucoup plus justifiée d'interpréter un texte de 1949 à la lumière d'un autre de 1867 et de l'intention du constituant de cette dernière époque. Son argument de texte fait ensuite valoir que c'est explicitement au Sénat et à la Chambre des Communes que l'article 91, dans son alinéa introductif, annonce qu'il donne des compétences, d'où l'impossibilité pour le Parlement, dans l'exercice de l'une de celles-ci, de se redéfinir et de scier en quelque sorte la branche sur laquelle il est assis. Et pour se prémunir de l'objection selon laquelle les législatures de quelques provinces, dont le Québec<sup>19</sup>, sont, sous l'autorité de ce qui était à l'époque l'alinéa 92(1), passées d'une forme bi-

---

<sup>15</sup> Voir *Loi constitutionnelle de 1965*, L.C. 1965, c. 4.

<sup>16</sup> *Supra* note 2.

<sup>17</sup> Voir *Québec (P.G.) c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 à la p. 1025, 101 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 394.

<sup>18</sup> Abrogé et remplacé par l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 3.

<sup>19</sup> Voir *Loi concernant le Conseil législatif*, L.Q. 1968, c. 9.



camérale à une forme monocamérale, la Cour observe — ce qui frôle le formalisme, pour dire le moins — que ce n'était pas ce dernier article qui les définissait sous cette première forme mais d'autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* (l'article 71<sup>20</sup>, pour le Québec) alors que dans le cas du Parlement fédéral, l'alinéa 91(1) remplit la double mission de définir celui-ci et de lui donner ses pouvoirs.

Mon présent propos n'a pas du tout pour but de critiquer ou d'ironiser sur ce jugement de la Cour suprême. Je veux simplement faire ressortir l'aspect holistique de l'interprétation constitutionnelle et mettre en relief le fait que ce n'est guère en termes analytiques ou logico-déductifs qu'elle se présente mais plutôt comme une démarche où tout est dans tout (et réciproquement, disait un humoriste) et où c'est moins les parties qui composent l'ensemble que l'ensemble qui compose les parties. Dans le cas présent, il me semble que c'est autour de l'argument de théorie constitutionnelle que tout se joue. Il colore de toute évidence l'argument de texte et c'est lui qui, au fond, donne sa légitimité à l'argument historique et à l'argument pragmatique : dans le premier cas en suggérant implicitement que ce que les Pères de la confédération ont voulu au XIX<sup>e</sup> siècle est encore pertinent cent ans plus tard pour interpréter, justement et paradoxalement, un amendement à ce qu'ils ont voulu, dans le second cas en suggérant — ici expressément — que la retraite obligatoire des sénateurs à soixante-quinze ans est une réforme mineure de cette institution, auquel cas l'unilatéralisme fédéral est acceptable, alors qu'il ne l'est pas en cas de réforme majeure et *a fortiori* d'abolition. Faire varier une compétence législative sur une institution selon qu'on l'affecte de façon mineure ou majeure n'est pas si courant et peut difficilement prendre appui sur un texte ou sur l'histoire : c'est un mélange d'approche pragmatique et, un peu paradoxalement, d'approche de théorie constitutionnelle.

Il n'a pas été question jusqu'à maintenant d'interprétation autoritaire, dont au premier chef l'invocation de précédents jurisprudentiels. Sur ce point encore, le *Renvoi sur le Sénat* est instructif. En l'absence de précédents directement pertinents, la Cour procède par analogie. D'abord avec l'interdiction de la délégation interparlementaire : comme le Parlement ne peut déléguer ses pouvoirs à une législature provinciale, pas plus que l'inverse d'ailleurs<sup>21</sup>, il ne peut non plus changer sa composition unilatéralement. La Cour fait ensuite une analogie avec un précédent fort délicat : *Re Initiative and Referendum Act*<sup>22</sup>. Cet arrêt est intéressant pour mon présent propos. En effet, le Comité judiciaire du Conseil privé y a jugé invalide une loi du Manitoba qui prévoyait qu'un projet de loi approuvé par référendum devienne loi sans approbation de l'Assemblée, tout en précisant que le lieutenant-gouverneur pourrait y opposer son veto comme sur toute loi ordinaire. Or plutôt que de faire de cette exclusion de l'Assemblée le *ratio* de son jugement d'invalidation — *ratio* qui eût été délicat au plan de la théorie constitutionnelle puisque mettant en opposition démocratie directe et démocratie représentative — le Comité préféra invoquer le fait que le lieutenant-gouverneur n'a de veto que sur les projets de loi et pas sur les lois, et que la loi du

<sup>20</sup> *Supra* note 3.

<sup>21</sup> Voir *Nouvelle-Écosse (P.G.) c. Canada (P.G.)*, [1951] R.C.S. 31, [1950] 4 D.L.R. 369.

<sup>22</sup> [1919] A.C. 935, 48 D.L.R. 18 (P.C.).

Manitoba était invalide puisqu'elle ne mentionnait que ces dernières. Cela donne à penser que plus l'axe argumentatif de théorie est idéologiquement chargé, plus on aura tendance à miser sur les textes, si étroit et formaliste puisse être l'argument qu'on en tire. Ce n'est que dans un très bref *obiter*, à la toute fin de son avis, que le Comité jette un doute sur la possibilité pour le Manitoba de faire ainsi de l'électorat un nouvel organe législatif. Cet *obiter*, la Cour suprême le reprend dans le *Renvoi sur le Sénat*, dans un contexte politiquement moins explosif. Quoi qu'il en soit, on ne saurait nier que le parallèle entre d'une part la réforme ou l'abolition du Sénat et d'autre part la délégation interparlementaire et la démocratie directe ne saute pas aux yeux. Il illustre la plasticité de l'argumentation jurisprudentielle !

Ce recours au texte en présence d'une affaire difficile (*hard case*), recours auquel j'ai fait allusion plus haut, est aussi fort bien illustré par le célèbre arrêt *Edwards c. Canada (P.G.)*<sup>23</sup>. Le Comité judiciaire, infirmant un arrêt unanime de la Cour suprême<sup>24</sup>, y a décidé que l'expression «personnes ayant les qualifications voulues», c'est-à-dire les personnes qui peuvent être nommées au Sénat, expression qu'on retrouve à l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>25</sup>, incluait les femmes. Ce qui est significatif est que Lord Sankey, après avoir opté, sans doute au nom de la théorie constitutionnelle (l'admissibilité à des charges publiques) et des valeurs (l'égalité des sexes), pour l'interprétation évolutive et après avoir proposé la métaphore, si souvent reprise par la suite, de la constitution comme «a living tree capable of growth and expansion within its natural limits»<sup>26</sup>, revient fort vite au texte. Sans même concéder qu'il en fait une interprétation contemporaine plutôt qu'originaliste et sans porter non plus attention aux arguments de texte de la Cour suprême, il pointe du doigt des articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* où il est question de «personnes de sexe masculin» (par exemple les articles 41 et 84<sup>27</sup>) — d'où il infère que le mot «personnes» employé seul vise les deux sexes — et un article (l'article 133<sup>28</sup>) où le même mot ne peut aussi avoir que ce sens puisque l'article garantit la possibilité de parler anglais ou français devant les tribunaux et qu'il serait impensable que cette possibilité ne soit ouverte qu'aux hommes. Ainsi présenté, l'argument de texte en devient même un argument historique en ce qu'il laisse sous-entendre que le constituant ne peut qu'avoir été respectueux de cette cohérence. Lord Sankey ajoute même, reprenant les propos du juge Duff sur ce point, que le fait qu'aucune femme n'ait siégé au Sénat à ce jour n'était probablement qu'une coutume et pas le droit. Tout comme le *Renvoi sur le Sénat*, l'arrêt *Edwards* me paraît un bon exemple du caractère holistique de l'interprétation constitutionnelle. Ici encore, les arguments de textes sont alignés sur d'autres arguments, soit ceux fondés sur la théorie constitutionnelle et sur l'égalité des sexes.

<sup>23</sup> [1930] A.C. 124, [1930] 1 D.L.R. 98 (P.C.) [ci-après *Edwards*].

<sup>24</sup> [1928] R.C.S. 276, [1928] 4 D.L.R. 98.

<sup>25</sup> *Supra* note 2.

<sup>26</sup> *Supra* note 23 à la p. 136.

<sup>27</sup> *Supra* note 2.

<sup>28</sup> *Ibid.*

Mais la séquence n'est pas toujours celle-ci et il se peut que tout débute non pas avec un argument de théorie mais avec un autre type d'argument, un précédent par exemple, dont on gonfle l'importance et qui rejaillit ensuite sur les autres axes argumentatifs : l'interprète fait alors les ajustements nécessaires, consciemment ou non, parfois fort laborieusement comme on le verra à l'instant<sup>29</sup>.

Le meilleur exemple de ce processus est à mon avis l'usage que l'on a fait de l'arrêt, lui aussi célèbre, *Russell c. R.*<sup>30</sup>. On a vu dans cette validation par le Comité judiciaire de la loi fédérale sur la tempérance une reconnaissance du pouvoir du Parlement fédéral de légiférer sur ce qui est d'intérêt national sous l'autorité de sa compétence sur «la paix, l'ordre et le bon gouvernement», prévue à l'alinéa introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>31</sup>. Paraissant vouloir corriger son tir dans une direction moins centralisatrice, le Comité judiciaire a, dans un arrêt subséquent, insisté sur la dimension résiduelle de cette compétence — ce qui est d'intérêt national et qui ne relève pas des provinces — puis sur sa dimension «pouvoirs d'urgence», est ensuite revenu sur l'idée d'intérêt national, le tout dans un balancement interprétatif qui persiste d'ailleurs toujours en Cour suprême<sup>32</sup>. Or, et c'est là le point qui m'intéresse vraiment, à peu près personne n'a remarqué que dans *Russell*, Sir Montague Smith dit expressément qu'il valide la loi fédérale sans expliciter en vertu de quoi dans l'article 91<sup>33</sup> et qu'il est fort possible qu'il l'ait validée en vertu de l'alinéa 91(27), c'est-à-dire la compétence fédérale sur le droit criminel<sup>34</sup>. En ce sens, on a fait de l'arrêt *Russell* un parfait artefact normatif et élaboré sur lui une construc-

---

<sup>29</sup> Evidemment, tous les problèmes d'interprétation constitutionnelle ne présentent pas le même niveau de difficulté que ceux analysés ici et il pourra arriver — ce qui paraît rare — que l'interprète, du moins en apparence, se limite à un seul axe argumentatif et que, par exemple, il résolve un problème d'interprétation littérale par un argument de cohérence. Ainsi, dans *Canada (P.G.) c. Ontario (P.G.)*, [1898] A.C. 700, 12 C.R.A.C. 48 (P.C.), on a décidé que les «améliorations sur les lacs et les rivières», en anglais «*rivers and lake improvements*», transférées au gouvernement du Canada par l'alinéa 5 de la 3<sup>e</sup> annexe de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 2, désignaient non pas les rivières et les améliorations sur les lacs, comme l'emploi du pluriel à «*rivers*» et du singulier à «*lake*» dans le texte anglais pouvait suggérer, mais les améliorations sur les rivières et sur les lacs. Le Comité judiciaire fit valoir que l'annexe transférait des travaux (canaux par exemple) et non pas des ressources naturelles comme telles et que si on avait voulu opérer un transfert des rivières, ce n'est pas à cette annexe ni *a fortiori* à cet alinéa qu'on l'aurait prévu.

<sup>30</sup> (1881-1882), 7 App. Cas. 829 [ci-après *Russell*].

<sup>31</sup> *Supra* note 2.

<sup>32</sup> Il déborderait le cadre de cet essai de décrire ce long balancement interprétatif, analysé en détails dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, 68 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 452.

<sup>33</sup> Voir *Russell*, *supra* note 30 à la p. 842. On y dit que la loi n'est pas de compétence provinciale et qu'elle est par conséquent de compétence fédérale, sans plus.

<sup>34</sup> Voir *ibid.* aux pp. 838-39. On y compare la loi fédérale contestée à diverses mesures de droit criminel, mesures qui «are of a nature which fall within the general authority of Parliament to make laws for the order and good government of Canada» (*ibid.* à la p. 839). Ce passage montre bien qu'à l'époque compétences non énumérées et compétences énumérées n'étaient pas clairement dissociées et que la simple invocation des mots «paix, ordre et bon gouvernement» n'écarterait pas du tout la possibilité que la loi trouve son fondement dans l'art. 91, alinéa 27. Notons que le juge Beetz, dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, *supra* note 32 à la p. 454, évoque la possibilité que la *ratio* de l'arrêt *Russell* soit fondée sur cet alinéa.

tion jurisprudentielle de la clause «paix, ordre et bon gouvernement» alors même qu'on ne savait pas si elle en constituait le fondement et qu'on avait même de bonnes raisons d'en douter. Ce que je suis porté à retenir, c'est que l'interprétation constitutionnelle subséquente à l'arrêt *Russell* a vu en celui-ci non seulement un simple précédent mais une véritable théorie du fédéralisme d'où les laborieuses tentatives d'ajustement entre les deux propositions suivantes :

- (1) le Parlement fédéral a compétence sur les questions d'intérêt national (proposition *Russell*) et ;
- (2) le Parlement fédéral a compétence sur les questions d'intérêt national à condition qu'elles aient trait à des matières sur lesquelles l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>35</sup> ne donne pas compétence aux provinces (proposition résiduaire conforme au texte de l'alinéa introductif de l'article 91).

On notera que, si difficile qu'il soit, l'ajustement entre ces deux propositions n'est pas impossible à réaliser. On y arrive en effet en postulant qu'une matière de responsabilité provinciale, par exemple les eaux intérieures d'une province, change d'aspect et se transforme en une matière nouvelle et résiduaire quand elle acquiert un intérêt national et que la province n'est pas apte à la bien gérer : par exemple la dépollution des eaux intérieures salées. Tel est bien ce qui s'est produit dans *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd*<sup>36</sup> où les juges formant la majorité ont récupéré ainsi, si je puis dire, l'interprétation majoritairement résiduaire du *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*<sup>37</sup>.

## B. Loi constitutionnelle de 1982

Dans tout ce qu'on vient de voir, l'argument de théorie constitutionnelle fut fort probablement l'argument le plus lourd. Mais si l'on quitte les questions institutionnelles et les questions de partage des compétences et qu'on passe maintenant à l'interprétation de la *Charte canadienne*, ce devrait être l'argument axé sur les valeurs — question dont il n'a à peu près pas encore été question, à l'exception de l'égalité des sexes — qui prend la relève, interpellant d'autres champs de la conscience. Comme le remarque un auteur, «the familiar balancing theories operate within the category of arguments of value or of constitutional theory»<sup>38</sup>. En d'autres termes, c'est là que les choix s'opèrent, choix en fonction desquels on ne fait bien souvent qu'ajuster les autres catégories d'arguments (consciemment ou non). Voyons ce qui en est sous la *Charte canadienne*<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> *Supra* note 3.

<sup>36</sup> [1988] 1 R.C.S. 401, 49 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 161.

<sup>37</sup> *Supra* note 32.

<sup>38</sup> Fallon, *supra* note 9 à la p. 1229.

<sup>39</sup> Sur l'interprétation de ce document, voir entre autres : W.F. Pentney, «Les principes généraux d'interprétation de la Charte» dans G.A. Beaudoin et E. Ratushky, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, 27 ; L.B. Tremblay, «L'interprétation téléologique des droits constitutionnels» (1995) 29 R.J.T. 459 [ci-après «L'interprétation téléologique»].

Le meilleur exemple, selon moi, d'interprétation holistique de ce document est celui de son article 8, qui protège contre «les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives»<sup>40</sup>. En effet, si l'on compare le texte de cet article avec le produit de l'interprétation qui lui a été donnée<sup>41</sup>, on se rend compte que ce texte s'approche d'une métaphore : il suggère des sens bien plus qu'il n'en donne, et même s'il renvoie à trois concepts juridiquement assez bien définis ce n'est pas du tout sur la base de la définition de ces procédés que sont la fouille et la perquisition qu'on l'a interprété (comme on le verra plus loin, la saisie a subi un traitement différent). Schématiquement, on y a lu ce qui suit :

- l'idée de fouille et perquisition (*search*) connote l'idée d'atteinte à l'intimité, à la vie privée ; on en a déduit que ce sont ces valeurs que l'article 8 protège (méthode téléologique), plutôt que d'y voir une simple prohibition des procédés qui y sont énumérés (rejet de la méthode littérale) ;
- dans la tradition législative et de common law canadienne, la perquisition s'opère sur mandat, délivré par une personne neutre et impartiale et sur la base de motifs raisonnables et probables : pour qu'une atteinte à l'intimité ne soit pas abusive au sens de l'article 8, il faudra normalement que ces conditions soient respectées (méthode historique et contextuelle) ;
- l'expectative d'intimité n'est pas la même pour tous et dans toutes les situations et ce que l'article 8 protège, c'est une expectative raisonnable d'intimité (méthode autoritaire, appel à la jurisprudence américaine), d'où un régime d'exceptions ou d'assouplissements aux conditions évoquées plus haut.

Ce qui frappe dans tout cela, c'est bien sûr l'importance de la méthode téléologique et de l'appel aux valeurs et aux finalités. Mais ce n'est pas, à mon avis, ce qu'il y a de plus constant et de plus fondamental dans la démarche. Cet appel, on y a eu recours à propos des fouilles et perquisitions, mais on s'est bien gardé de faire de même à propos de la saisie qui a été définie elle comme un procédé, une prise, une mainmise (méthode littérale) et non en termes de finalité. Pourquoi ? Fort probablement parce qu'en ces derniers termes, une saisie est une dépossession et une protection contre les saisies abusives est une protection de la propriété. Sachant que celle-ci avait été délibérément exclue de l'article 7 de la *Charte*<sup>42</sup> (argument de cohérence), la Cour suprême s'est bien gardée de la réintroduire, par la petite porte si l'on peut dire<sup>43</sup>. Elle a plutôt réservé l'appellation de saisies à des mainmises qu'il serait quelque peu exagé-

<sup>40</sup> *Supra* note 4.

<sup>41</sup> Sur cette interprétation, voir entre autres F. Chevrette et H. Cyr, «La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l'infraction et la peine la plus douce» dans G.-A. Beaudoin et E.P. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1996, 523.

<sup>42</sup> *Supra* note 4.

<sup>43</sup> Dans *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281 à la p. 291, 157 N.R. 321, le juge Sopinka, pour la majorité écrit : «[l']article 8 protège les personnes et non la propriété». Cette affirmation paraît exagérée car il est incontestable que le dommage aux biens lors d'une perquisition est prohibé par cet article et donc que certains aspects du droit de propriété le sont aussi.

ré, vu l'absence d'intrusion, de qualifier de fouille ou perquisition, par exemple la saisie par un policier d'un échantillon de sang déjà prélevé<sup>44</sup>. On revient donc à la méthode littérale, pour les besoins de la cause, et c'est pourquoi ce qui frappe surtout, dans toute cette démarche interprétative, c'est moins son aspect téléologique que son aspect holistique, c'est-à-dire que l'interprète décide d'un argument en ayant en tête tous les autres et que c'est au fond l'ensemble qui compose les parties plutôt que l'inverse, comme certains ont l'habitude de le penser.

Dans *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, le juge Dickson écrivait ce passage souvent repris par la suite :

l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts en-châssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. [...] [I]l importe [...] de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, [...] elle doit être située dans ses contextes linguistiques, philosophiques et historiques appropriés<sup>45</sup>.

Mais tous ces facteurs sont totalement interreliés : c'est une vue absolument globale que l'interprète en prend, dans une démarche où le plus souvent un facteur semble entraîner l'ajustement des autres en fonction de lui.

Tel que suggéré plus haut, l'article 8 est quelque peu comparable à une métaphore : il évoque, sans dicter de sens<sup>46</sup>. Sur ce point, l'article premier de la *Charte*, qui permet qu'une règle de droit restreigne les garanties qui y sont énoncées «dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique»<sup>47</sup>, est de la même nature. Il ne fait qu'évoquer l'idée de limites à justifier et qui doivent être acceptables au sein d'une société comme la nôtre. Par conséquent, ce test à quatre volets que la Cour suprême a élaboré dans l'arrêt *R. c. Oakes*<sup>48</sup> et qu'il déborderait le cadre de cet essai de commenter plus longuement, elle ne l'a pas lu dans l'article premier mais l'a plutôt projeté dans cet article et en a fait l'*alter ego* de celui-ci par construction jurisprudentielle.

L'idée ressortant des réflexions qui précèdent est la suivante : la conceptualisation de l'interprétation constitutionnelle qu'on peut dire encore dominante, en tout cas tra-

<sup>44</sup> Voir *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, 55 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 503.

<sup>45</sup> [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 344, 18 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 321.

<sup>46</sup> Notons qu'à mesure qu'il est précisé jurisprudentiellement, il perd sa qualité métaphorique. La Ville Lumière, pour désigner Paris, si elle fut un jour une métaphore, n'en est plus vraiment une aujourd'hui parce que son sens est trop bien établi. Je reviendrai sur le concept de métaphore un peu plus loin.

<sup>47</sup> *Supra* note 4.

<sup>48</sup> [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 200. Je réfère bien entendu ici aux critères de l'importance de l'objectif gouvernemental poursuivi, du lien rationnel entre cet objectif et le moyen retenu pour l'atteindre, de l'atteinte dite minimale et de la proportionnalité proprement dite, à savoir la comparaison entre le gain obtenu et la perte encourue.

ditionnelle, selon laquelle cette interprétation s'ordonnerait autour d'axes argumentatifs fermés et hiérarchisés est une vue de l'esprit. Il reste à se demander pourquoi.

Une hypothèse préliminaire serait que sa logique même rendrait impossible pour l'interprète de prendre la décision qu'il a à prendre. En effet, le paradigme axial est représenté mentalement de cette manière : un argument d'un type X ne peut logiquement rencontrer un argument opposé que si ce deuxième est du même type que le premier. Un argument portant sur l'interprétation d'un mot ne peut être opposé à un argument portant sur une coutume. Selon le mode argumentatif retenu, c'est-à-dire le critère par rapport auquel on opère une classification (la raison ou la moralité, par exemple), la conclusion tirée d'un axe argumentatif A pourra être qu'il est rationnel de faire X et la conclusion tirée d'un axe argumentatif B qu'il est injuste de faire X. Logiquement, l'on ne peut comparer deux oranges que si l'on sait par rapport à quoi on les compare : goût, couleur, forme, poids. Si le goût, par exemple, est l'élément de référence dans une discussion, une objection à l'effet qu'une orange n'est pas belle ne saura contrarier une conclusion à l'effet qu'elle est succulente. Mais, et c'est là le plus important, une telle objection pourra être pertinente dans la décision de l'acheter ou non. Quand l'acteur s'interroge sur l'action qu'il entreprendra, les axes argumentatifs se brouillent et s'entremêlent. Même quand son attention se porte sur les mots ou sur l'histoire, l'interprète n'est ni linguiste ni historien. C'est un acteur. La conceptualisation que j'ai décrite plus haut ne peut rendre compte de son action : si c'était le cas, il n'agirait pas.

L'analyse de l'interprétation constitutionnelle mène nécessairement à l'épistémologie, ce qui sera l'objet de la deuxième partie de cet essai. Mais avant d'y arriver, je crois utile de formuler une dernière observation relative à la praxis interprétative. Un peu de la même façon que le paradigme droit/moralité, propre à plusieurs courants de théorie du droit (voir droit canonique et droit naturel, par exemple), s'est vu remplacé par le paradigme droit/politique (voir analyse féministe du droit et *Critical Legal Studies*, par exemple), le fait de réaliser qu'il n'y a pas un seul sens vrai d'un texte peut inciter, comme pour profiter de cette impression de vide ou d'indéterminé, à en politiser la lecture, à en faire une lecture programmatrice. Pour reprendre l'exemple d'une auteure :

[i]nstead of insisting in essentialist fashion upon a singularly accurate reading of the legislative mind, the object becomes to choose from among competing, plausible interpretation by use of "democratizing" interpretive principles. The search for legislative design [...] is thus tempered [...] by an overarching and self-conscious search for interpretive that will produce systematic effects that strengthen or improve the performance of the democratic process<sup>49</sup>.

Pareille vision reconstructionniste rappelle, entre bien d'autres, les études procesualistes de Ely pour qui le pouvoir judiciaire devrait être vigilant et activiste dans la protection des groupes désavantagés du fait que c'est une façon d'améliorer le proces-

---

<sup>49</sup> J.S. Schacter, «Metadecocracy: The Changing Structure of Legitimacy in Statutory Interpretation» (1995) 108 Harv. L. Rev. 593 à la p. 607. Ce qui est dit de l'interprétation législative vaut tout autant, à mon avis, pour l'interprétation constitutionnelle.

sus démocratique lui-même, processus dont les cours devraient être les protectrices<sup>50</sup>. Cet accent sur le processus plutôt que sur la substance paraît garant d'objectivité. Mais le détour processualiste ne devrait pas faire oublier qu'on met en cause le processus quand on est insatisfait de ses résultats. En ce sens, il n'a rien de neutre et le processualisme relève de la praxis interprétative plus que de l'interprétation entendue au sens classique. Cela dit, cette praxis ne devrait pas être évacuée d'une réflexion épistémologique sur l'interprétation constitutionnelle, masque derrière lequel de multiples visages peuvent se dissimuler.

## II. Une analyse épistémologique sous forme de sablier

Dans un développement antérieur sur l'interprétation constitutionnelle, j'ai qualifié l'article premier de la *Charte canadienne*<sup>51</sup> et son article 8 de quasi-métaphores. À propos de celles-ci, un auteur écrit :

[les métaphores sont] des causes de notre capacité à accroître notre connaissance du monde, plutôt que [...] des expressions d'une telle connaissance [...]. Si l'on entend par «comprendre» ou «interpréter» : «soumettre à un schème antérieur», alors aucune métaphore ne peut être ni comprise ni interprétée. Mais, pour peu que nous étendions ces deux notions jusqu'à y voir l'idée de «faire usage» ou d'«affronter», il devient alors possible de dire que nous parvenons à comprendre les métaphores [...]<sup>52</sup>.

Comme tout interprète, celui qui se penche sur la constitution est influencé par sa vision du monde et par sa conception de la connaissance. Dans cette partie, je me propose d'abord d'exposer et de déconstruire ce qui est peut-être même encore aujourd'hui la conception épistémologique dominante du monde, de la connaissance et du savoir, conception qui, selon l'auteur précité, rend impossible de comprendre ou interpréter une métaphore. Cela fait, je tenterai dans un second temps, cette fois de façon plus élaborée, une reconstruction d'un monde et du savoir où, toujours selon cet auteur, l'idée de «faire usage» rend la métaphore compréhensible.

### A. La déconstruction d'un monde

On croit généralement que la vérité d'une affirmation serait déterminée par sa correspondance à un fait objectif réel. Cette théorie est à la base de l'empirisme scientifique. Chercher la vérité serait chercher une description neutre et objective correspondant au fait réel. Pour paraphraser un auteur, cette théorie de la vérité demande à l'observateur de s'arracher de son propre esprit<sup>53</sup>. Putnam décrit cela comme une

---

<sup>50</sup> Voir notamment J.H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1980.

<sup>51</sup> *Supra* note 4.

<sup>52</sup> R. Rorty, *Objectivisme, relativisme et vérité*, Paris, Presses universitaires de France, 1994 aux pp. 173, 179.

<sup>53</sup> Voir T. Nagel, *The View from Nowhere*, New York, Oxford University Press, 1986 à la p. 6.



tentative d'adopter une perspective «from God's eyeview»<sup>54</sup>, qui supposerait la possibilité de nous extirper de nos croyances et de notre langage «pour les mesurer à quelque chose que l'on puisse connaître sans faire appel à eux»<sup>55</sup>. C'est un euphémisme d'affirmer que cette théorie est extrêmement controversée en philosophie contemporaine.

Une des principales critiques dont elle est l'objet consiste à remettre en question la possibilité de pouvoir effectivement s'arracher à soi-même et de percevoir de manière neutre<sup>56</sup>. Un fait peut-il jamais être neutre ? Il s'agit là d'un thème récurrent en philosophie contemporaine : le fait n'est jamais perçu indépendamment de nos croyances<sup>57</sup>. Quine, un pragmatiste, affirme que les objets physiques :

are conceptually imported into the situation as convenient intermediaries — not by definition in terms of experience, but simply as irreducible posits comparable, epistemologically, to the gods of Homer. For my part I do, qua lay physicist, believe in physical objects and not in Homer's gods; and I consider it a scientific error to believe otherwise. But in point of epistemological footing the physical objects and the gods differ only in degree and not in kind. Both sorts of entities enter our conception only as cultural posits. The myth of physical objects is epistemologically superior to most in that it has proved more efficacious than other myths as device for working a manageable structure into the flux of experience<sup>58</sup>.

Une deuxième critique de la vérité comme correspondance est à l'effet que la distinction fait/pensée ou fait/mot nous entraîne dans le débat stérile du réalisme versus l'idéalisme : est-ce la chose qui détermine la pensée ou le mot, ou est-ce la pensée ou le mot qui découpe la réalité ? Outre ce débat de l'oeuf ou de la poule, cette théorie ouvre la porte au scepticisme gnoséologique : comment savoir si ma connaissance correspond réellement aux faits ou s'il n'y a pas au contraire quelque lutin qui s'amuse à me tromper ? Un certain courant philosophique appelé antireprésentationnalisme nous invite à rejeter les concepts tels ceux de faits (*fact of the matter*) et de bivalence (correspondance fait-idée). Richard Rorty écrit à ce sujet :

[I]es antireprésentationnalistes pensent que nous pouvons nous dispenser de cette panoplie de concepts, parce qu'ils ne voient aucun moyen de soumettre l'exactitude de la représentation à un test *indépendant* ou de la référence, de la correspondance à une réalité «déterminée antérieurement, c'est-à-dire à un test qui se distingue de la réussite que cette exactitude est supposée expliquer. Les

<sup>54</sup> H. Putnam, *Representation and Reality*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1988 à la p. 109 [ci-après *Representation and Reality*] ; et du même auteur, *Reason, Truth and History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981 aux pp. 49-50 [ci-après *Reason, Truth and History*].

<sup>55</sup> Rorty, *supra* note 52 à la p. 16.

<sup>56</sup> Voir la position vigoureuse contre une telle possibilité de D. Davidson, *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 1984 à la p.185 et de Rorty, *ibid.* à la p. 16.

<sup>57</sup> Voir l'oeuvre marquante de T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2<sup>e</sup> éd., Chicago, University of Chicago Press, 1970.

<sup>58</sup> W.V.O. Quine, «Two Dogmas of Empiricism» dans W.V.O. Quine, dir., *From a Logical Point of View: 9 Logico-Philosophical Essays*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1953, 20 à la p. 44 [ci-après «Two Dogmas»].

représentationnalistes ne nous offrent aucun moyen de décider si un item linguistique donné est utilement employé parce qu'il appartient à ces relations, ou si son utilité est due à des facteurs qui n'ont rien à voir avec elles, de la même façon que l'utilité d'un pivot ou d'un pouce n'a rien à voir avec le fait qu'il permet de manipuler. Aussi les antireprésentationnalistes pensent-ils que le fait de dire : « nous utilisons le mot 'atome' comme nous l'utilisons, et la physique atomique marche parce que les atomes sont ce qu'ils sont », n'est pas plus éclairant que celui qui consiste à dire que « l'opium porte les gens au sommeil à cause de ses vertus dormitives »<sup>59</sup>.

Dans le débat entre réalistes, idéalistes et sceptiques, les antireprésentationnalistes interviennent donc simplement pour dire que la question de savoir si la pensée ou les mots représentent adéquatement la réalité n'est pas la bonne question. Les antireprésentationnalistes s'efforcent d'oublier le dualisme cartésien, la confrontation entre un énoncé et un morceau de réalité. Ils répudient « l'idée de l'idée »<sup>60</sup>, le dualisme du schème et du contenu<sup>61</sup>, c'est-à-dire l'idée que l'un corresponde à l'autre. Ils rejettent l'hypothèse de deux empires ontologiques disparates, non reliés de manière causale, entre croyance et morceaux de réalité. Les antireprésentationnalistes affirment que nous sommes en contact avec la réalité dans tous les domaines de la culture, aussi bien en physique que dans la critique littéraire ou en biologie. La notion de contact ne signifiant pas « représenter de façon raisonnablement exacte » mais simplement « causé et cause de » (« *caused by and causing* »)<sup>62</sup>. Ce que l'on nomme perception est en définitive le résultat de la chaîne causale bidirectionnelle soi/environnement. Il n'y aurait donc pas de place pour l'idée vide de rendre vrai en comparant monde et croyance puisque ceux-ci sont causalement liés ; il n'y a pas d'interstices où une telle correspondance (rendre vrai) pourrait s'effectuer. William James affirme que la vérité est ce qui convient à notre façon de penser<sup>63</sup>. Il s'agit d'une expression liée à l'approbation plutôt qu'à l'explication<sup>64</sup>.

Si la vérité-correspondance n'a pas sa place dans l'univers des objets physiques, elle doit *a fortiori* être évacuée du droit. Certes son influence peut s'y manifester de différentes façons, et toute démarche exégétique, dans la mesure où elle veut faire correspondre la norme à la volonté de son auteur, en est un peu le reflet. Mais il saute aux yeux que, quand cette démarche prend la forme d'une recherche de l'intention du législateur, elle ne peut être que vaine car la loi est le fruit d'un processus collégial où, malgré l'artefact commun (le texte de loi), les intentions de chacun ne sont pas nécessairement identiques<sup>65</sup>. Or la vérité-correspondance se fonde sur la prémisse de

<sup>59</sup> Rorty, *supra*, note 52 à la p. 15.

<sup>60</sup> R. Rorty, *Science et Solidarité*, Paris, Édition de l'Éclat, 1990 à la p. 30 [ci-après *Science et Solidarité*].

<sup>61</sup> Voir D. Davidson, « A Coherence Theory of Truth and Knowledge » dans D. Henrich, dir., *Kant oder Hegel*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1983, 431.

<sup>62</sup> Rorty, *supra* note 52 à la p. 20.

<sup>63</sup> Voir W. James, *Pragmatism*, Indianapolis, Hackett, 1981 à la p. 100.

<sup>64</sup> Voir Rorty, *Science et Solidarité*, *supra* note 60 à la p. 17.

<sup>65</sup> Voir, en droit américain, W.N. Eskridge et P.P. Friskey, « Statutory Interpretation as Practical Reasoning » (1990) 42 *Stan L. Rev.* 321 ; G.C. MacCallum, « Legislative Intent » (1965-66) 75 *Yale L.J.*

l'unicité, condition qui de toute évidence ne saurait être ici satisfaite. Il ne serait pas possible de découvrir une seule intention vraie sans opérer à l'aide d'une fiction. Aux yeux de la théorie de la vérité-correspondance, une fiction ne peut être que fausse car elle ne saurait se rattacher à un élément non linguistique réel ; une fiction est par définition un élément qui n'a pas de correspondance dans l'univers du réel. Dans cette perspective, il vaut bien mieux reconnaître la loi pour ce qu'elle est, à savoir un «incompletely theorized agreement»<sup>66</sup> : les parlementaires, faute de pouvoir aller plus loin, se sont entendus sur un texte, ce qui est déjà trop dire. Remonter plus loin dans la chaîne de leurs intentions revient à de la simple spéculation.

Examinons maintenant une autre version de l'idée de vérité, celle de la vérité comme cohérence. Je désire examiner ce sujet car certains auteurs y voient une alternative méritant une discussion quant à sa viabilité et son utilité dans le domaine juridique<sup>67</sup>. Tremblay résume en ces mots le concept de *law as integrity* de Dworkin :

[c]ette conception énonce que les propositions juridiques sont *vraies* si elles figurent dans (ou découlent de) l'ensemble cohérent de principes sur les droits et devoirs des citoyens qui fournissent la meilleure interprétation constructive de la pratique juridique de leur communauté. Une interprétation constructive est la meilleure possible si, d'une part, les principes *conviennent* adéquatement à la pratique juridique et si, d'autre part, ils la *justifient* adéquatement du point de vue de la morale politique. Or, ni les «faits» constitutifs de la pratique juridique ni les «valeurs» ou «principes» de la morale politique censés justifier adéquatement cette pratique ne sont des données objectives «out there» [italiques dans l'original]<sup>68</sup>.

---

754 ; M. Radin, «Statutory Interpretation» (1930) 43 Harv. L. Rev. 863 ; R. Dworkin, «The Forum of Principles» (1981) 56 N.Y.U. L. Rev. 469 à la p. 477. Pour des arguments anti-originalistes voir aussi H.J. Powell, «The Original Understanding of the Original Understanding» (1985) 98 Harv. L. Rev. 885 ; R.W. Bennett, «Objectivity in Constitutional Law» (1984) 132 U. Pa. L. Rev. 445 ; P. Brest, «The Misconceived Quest for the Original Understanding» (1980) 60 B.U. L. Rev. 204 ; L.G. Simon, «The Authority of the Framers of the Constitution: Can Originalist Interpretation Be Justified?» (1985) 73 Cal. L. Rev. 1482.

<sup>66</sup> C.R. Sunstein, «Incompletely Theorized Agreements» (1995) 108 Harv. L. Rev. 1733 où l'auteur applique ce concept aux jugements rendus par la Cour suprême des États-Unis. Nous y reviendrons plus loin.

<sup>67</sup> Voir L.B. Tremblay, «La norme de retenue judiciaire et les "erreurs de droit" en droit administratif : une erreur de droit ? Au-delà du fondationnalisme et du scepticisme» (1996) 56 R. du B. 141 [ci-après «La norme de retenue judiciaire»] ; R.E. Sartorius, «Social Policy and Judicial Legislation» (1971) 8 Am. Phil. Quat. 151 ; R.E. Sartorius, «The Justification of the Judicial Decision» (1968) 78 Ethics 171 ; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1978 ; N. MacCormick, «Coherence in Legal Justification» dans A. Peczenick *et al.*, dir., *Theory of Legal Science*, Dordrecht, D. Reidel Publishing, 1984, 235 ; R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 1986 ; R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985 [ci-après *A Matter of Principle*] ; S.L. Hurley, «Coherence, Hypothetical Cases and Precedent» (1990) 10 Oxford J. Legal Studies 221 ; K.J. Kress, «Legal Reasoning and Coherence Theories : Dworkin's Right Thesis, Retroactivity, and Linear Order of Decision» (1984) 72 Cal. L. Rev. 369 ; J. Lenoble, «La théorie de la cohérence narrative en droit : le débat Dworkin-MacCormick» (1988) 33 Archives de philosophie du droit 121.

<sup>68</sup> «La norme de retenue judiciaire», *ibid.* à la p. 174.

Tremblay et Dworkin avancent cette idée de vérité-cohérence dans le but de contrer ce qu'ils nomment le scepticisme juridique. Cette approche permettrait, selon eux, de démontrer qu'il existe *une* bonne réponse à une question juridique donnée et que, par là même, le pluralisme interprétatif est mal fondé.

Je crois que l'approche cohérentiste n'est d'aucune utilité afin d'évaluer, *a priori*, si une interprétation est juste ou pas. Elle ne peut servir à déterminer la rectitude d'une décision prise par autrui.

Dworkin écrit :

[t]here is no paradox in the proposition that facts both depend on and constrain the theories that explain them. On the contrary, that proposition is an essential part of the picture of knowledge just described, as a complex and interrelated set of beliefs confronting experience as a coherent whole. [...] *According to one prominent version of this view, the entire body of our convictions about logic, mathematics, physics, and the rest confronts experience together as one interdependent system, and there is no part of this system which could not, in principle, be revised and abandoned if we were willing and able to revise and adjust the rest* [nos italiques]<sup>69</sup>.

Dworkin, par cette citation, a ainsi fait entrer le cheval de Troie dans sa théorie. Car la dernière citation, d'inspiration holistique, me paraît inconciliable avec la précédente pour le double motif suivant. D'abord l'holisme, par définition, n'exclut aucun type d'ajustement et nie par conséquent qu'il y ait des principes plus fondamentaux que d'autres. Ensuite, ces ajustements ne sauraient être vraiment prévisibles et anticipés, si bien que la cohérence de l'ensemble est une question qui s'apprécie *a posteriori* et qui ne peut déterminer *a priori* quel type d'ajustement sera effectué. Je m'explique.

Examinons tout d'abord rapidement quelques conséquences de l'holisme de la signification et de la connaissance avant d'élaborer la charge portée à la thèse de Dworkin et Tremblay. Selon la perspective holistique, un terme n'a de signification que parce qu'il est nourri par d'autres éléments. Lorsque nous décrivons un terme ou une expérience, nous le faisons en relation à l'ensemble de notre réseau de croyances et non simplement par le mot à mot. Comme Putnam l'illustre :

[i]n a formalized language, if one says, «All birds fly», and he also says, «Ostriches are birds», one can deduce, «Ostriches fly». But ordinary language isn't like that. If I say, «Hawks fly», I do *not* intend my hearer to deduce that a hawk with a broken wing will fly. What we expect depends on the whole network of beliefs<sup>70</sup>.

La plupart des croyances permettant de concevoir ou de comprendre un élément demeurent donc toujours inconscientes, implicites. Expliciter une croyance en co-tenant une autre serait mettre en branle une série d'autres croyances implicites co-tenant cette fois cette seconde croyance, et ainsi de suite.

<sup>69</sup> *A Matter of Principle*, supra note 67 aux pp. 169-70.

<sup>70</sup> Putnam, *Representation and Reality*, supra note 54 à la p. 9.

Accepter l'holisme de la signification c'est aussi accepter que les éléments signifiants n'ont pas d'essence fixe dans le temps et qu'ils sont des produits historiques, des artefacts se prêtant à une réinterprétation infinie suivant le flot constant du changement. L'usage de définitions ne peut donc jamais capturer absolument, une fois pour toutes, la signification d'un terme<sup>71</sup>. Putnam affirme aussi au sujet du réajustement de la signification : «[a]s Quine puts it, *truth by stipulation is not an enduring trait of sentences*. When the statements in our network of belief have to be modified, we have "trade-offs" to make ; and what the best trade-off is in a given context cannot be determined by consulting the traditional "definitions" of terms»<sup>72</sup>. L'interprète joue donc sans cesse avec l'ensemble de ses connaissances contemporaines pour les façonner de manière à ce qu'il ait l'impression d'une cohérence interne (cohérence selon une logique interne et propre à l'individu), qu'il puisse croire que le présent s'est figé sous ses croyances, ses mots.

Dworkin reconnaît que la signification et la connaissance sont holistiques. Ceci a non seulement pour conséquence que les parties sont définies par le tout, mais que le tout ne peut être construit par blocs successifs stables, la connaissance et la signification se construisant par un réajustement perpétuel d'informations construites et de nouveaux stimuli appelant construction. La connaissance n'est donc pas une construction stable où l'on établit les fondements pour ensuite construire lentement les étages supérieurs sur ces fondements immobiles. Au contraire, accepter l'holisme c'est accepter que toute partie est susceptible d'être modifiée par tout nouvel apport au registre des croyances d'une personne. Il n'y a pas de propositions plus fondamentales comme le prétend Tremblay<sup>73</sup>, mais des croyances co-tendues et co-tendantes plus densément tissées que d'autres. L'intégration d'une nouvelle information — évidemment, pour que l'individu soit en contact avec l'information il a dû l'intégrer à un niveau minimal — exige toujours un remaniement du réseau de croyances de l'individu. L'individu recevant sans cesse de l'information nouvelle, suivant le flux du changement, son réseau de croyances et de significations est en constant changement, en harmonisation perpétuelle.

Certaines informations nécessitent des changements moins importants que d'autres. Par exemple, je vois une pierre tomber par terre : je tisse cette expérience au réseau de mes croyances actuelles mais ceci ne semble que confirmer mes croyances. L'expérience respecte la régularité anticipée et il n'y a pas de modification majeure au réseau de croyances. Ce genre d'expérience est la pratique quotidienne de ce que Kuhn nommerait la «science normale»<sup>74</sup>. Certaines informations, après avoir été suffisamment intégrées pour être mises en relation avec le réseau de croyances, peuvent aussi être rejetées. Par exemple, je vois une licorne galoper dans un champ. De prime abord, je crois voir l'animal, puis je confronte cette croyance à l'ensemble de mes autres croyances pour enfin rejeter ma première conclusion. Je pourrais tenter de ratio-

<sup>71</sup> Voir *ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.* à la p. 10.

<sup>73</sup> «La norme de retenue judiciaire», *supra* note 67.

<sup>74</sup> Kuhn, *supra* note 57.

naliser un tel choix en disant par exemple que ma vue est faible et que je n'ai pas bien saisi l'image de l'animal, que les autorités scientifiques ont nié la possibilité de l'existence de telles bêtes ou que ma religion m'interdit de croire en leur existence. Il ne faut pas voir dans ce choix une action consciente et volontaire, mais plutôt un mouvement constant de tissage ou retissage du réseau, conscient ou non. Le choix précède toute justification puisque le choix est l'action implicite et la justification en est une tentative d'explicitation.

L'holisme s'oppose à l'existence de principes plus fondamentaux que d'autres en ce que l'intégration et l'harmonisation nécessitent que le réseau de croyances effectuée des *trade-offs*. Putnam écrit au sujet de la science :

[...] testing a scientific theory is not something that can be done just by looking up the operational definitions of all the terms and testing the sentences that comprise the theory one by one. Rather, it involves very intangible things, such as estimating simplicity (which itself is not a single factor, but different things in different situations), and weighting simplicity against our desire for successful prediction and also against our desire to preserve a certain amount of past doctrine. It involves having the nose for the «right» trade-off between such values.<sup>75</sup>

Le choix du bon *trade-off* n'est pas une question pouvant être anticipée en suivant une méthode claire et précise ; il s'agit d'une question intuitive et découlant de la pratique. D'ailleurs, suivre toute méthode constitue une adaptation information/croyances nécessitant en soi d'autres *trade-offs*. Il n'est donc pas possible de savoir *a priori* quelles informations demeureront dans le domaine de la croyance et lesquelles connaîtront un sort différent. Prévoir la forme que le réseau de croyances aura, une fois l'information traitée, constitue en fait le traitement même de l'information. Ce qui est jugé cohérent est le résultat momentané de l'intégration de l'information au sein du réseau de croyances ; avant toute tentative d'intégration, toute information est susceptible d'être intégrée. Par conséquent, selon les *trade-offs* effectués, le réseau de croyances de l'interprète peut prendre une infinité de formes suite à l'intégration des nouvelles informations.

Ceci m'amène à une deuxième attaque. En plus de cette infinité de possibilités, l'expérience d'un interprète pourra différer de celle d'un autre et il est possible que les *trade-offs* de l'un ne soient pas ceux que l'autre aurait faits.

En résumé, la thèse de la bonne réponse de Dworkin et Tremblay ne peut donc pas s'appuyer sur la thèse holistique car celle-ci est le fondement même du pluralisme interprétatif. Ce qui sera cohérent ne peut être déterminé par un individu qu'à la fin du processus de réajustement et non *a priori*. Le résultat du processus, c'est-à-dire la forme que prendra l'équilibre, dépendra des divers éléments de connaissance de chacun. Ainsi, l'holisme justifie le pluralisme interprétatif en ce qu'il implique que l'interprétation sera le fruit d'une succession de réajustements, de *trade-offs* où chaque élément de la connaissance est appelé à être modifié au profit d'une des images possibles de la cohérence de l'ensemble. Il suffit que l'interprète fasse un ajustement

---

<sup>75</sup> Putnam, *Representation and Reality*, *supra* note 54 à la p. 11.

différent dès le départ et la cohérence de l'ensemble pourrait exiger une interprétation toute différente de celle effectuée. De plus, les expériences et connaissances de chacun étant différentes, les éléments à réajuster le sont aussi. Par conséquent, l'image de la cohérence interne variera selon les individus. C'est donc pour ces deux motifs, soit l'absence de principes plus fondamentaux que d'autres et qu'il n'existe pas qu'une seule bonne réponse, que la théorie de la vérité comme cohérence ne peut être utilisée afin d'évaluer la justesse d'une décision prise par autrui.

Certains argueront que nier toute objectivité et représentation, nier l'utilité du concept de vérité-correspondance ou cohérence dans une perspective d'évaluation des actes d'autrui et accepter l'holisme de la signification dans un univers où la seule constante est le changement mène à la fin du monde. Il s'agit en effet de la fin d'un monde, celui du cartésianisme. C'est l'apocalypse de deux réalités, une concrète et une idéale. C'est la destruction de cette douce permanence factice à la faveur du flux (ce qui ne va pas sans rappeler la philosophie bouddhiste) : la rigidité factuelle cède le pas à la plasticité. De telles conditions sonnent-elles le glas de la communication et de la normativité ? Voilà la question d'un monde à reconstruire.

### **B. La reconstruction d'un monde**

La crainte d'un monde non objectif est celle d'un monde que l'on ne peut pas saisir, c'est la crainte que l'on redonne aux mystères des dieux ce que la science nous avait dévoilé. La peur d'un monde dans lequel on ne peut gérer aucune contingence, la peur d'être soumis sans cesse à l'arbitraire. L'approche que je propose, avec mes compagnons de route pragmatistes, permet de construire un monde sur des matériaux nouveaux qui, sans faire usage de termes comme «objectivité», «vérité», «absolu», permettent tout de même d'assurer une adaptation nécessaire à l'environnement pour satisfaire les besoins et intérêts liés à la quête de stabilité dans un monde en constant mouvement.

Comme je l'ai mentionné plus tôt, il semble futile de vivre en se questionnant quant à savoir si tout ce que nous percevons est la réalité. En assumant que nos croyances causent et sont causées par notre environnement, nous prenons une approche darwinienne à la question de la connaissance : l'humain s'adapte et adapte. Je n'entends pas par là que le Soi est construit par son environnement, mais plutôt que son environnement lui fournit les stimuli nécessaires à sa construction ; il s'agit d'une condition nécessaire mais non suffisante. Il ne s'agit pas ici de dire non plus que nous améliorons nos connaissances ; nous adaptions nos connaissances aux diverses stimulations que nous recevons. En acceptant la causation mutuelle individu/environnement, il n'y a pas de place pour donner un sens à la question de savoir si l'un est en phase avec l'autre : les deux sont indissociables et à l'unisson.

Comment interprétons-nous la réalité ? Nous avons vu plus tôt que toute nouvelle connaissance est le fruit d'un réseau de croyances s'ajustant sans cesse à de nouvelles

situations. L'herméneutique philosophique<sup>76</sup> nous enseigne que l'interprétation, l'appren-tissage, se fait suivant un cercle selon lequel l'individu, historiquement situé, projette ses préconceptions sur l'objet à intégrer. Il émet une hypothèse qui ne peut être issue que de son propre réseau de croyances préalables pour ensuite être confronté à la chose. Suite à cette confrontation, il y a réajustement de l'hypothèse et du réseau de croyances et un retour à la confrontation. Ceci se fait jusqu'à ce que l'on atteigne quelque chose comme l'équilibre réflexif de Rawls<sup>77</sup>. Nielson affirme à ce sujet :

[t]here is nothing in WRE [wide reflective equilibrium] that is basic or foundational. Instead we weave and unweave the web of our beliefs until we get, for a time, though only for a time, the most consistent and coherent package which best squares with everything we believe we know and to what we on reflection are most firmly committed. There are some fixed points, points which we may always in fact retain anywhere, anywhen, but they are still, logically speaking, provisional fixed points which are not, in theory at least, beyond question if they turn out not to fit the web of our beliefs and reflective commitments [...]<sup>78</sup>.

Dans une critique de la doctrine d'interprétation constitutionnelle américaine nommée l'*interpretivism*, Tushnet nous offre un exemple fort intéressant des effets de l'herméneutique sur l'interprétation juridique :

[i]nterpretivism [is] designed to remedy a central problem of liberal theory by constraining the judiciary sufficiently to prevent judicial tyranny. [It] attempts to implement the rule of law by assuming that the meanings of words and rules are stable over extended [periods]. But [in] imaginatively entering the world of the past, we not only reconstruct it, [we] also creatively construct it. For such creativity is the only way to bridge the gaps between that world and ours. The past, particularly the aspects that the interpretativists care about, is in its essence indeterminate ; the interpretivist project cannot be carried to its conclusion. [...] [The] hermeneutic tradition tells us that we cannot understand the acts of those in the past without entering into their mental world. [...] [The] imagination that we have used to adjust and reajust our understandings makes it impossible to claim that any one reconstruction is uniquely correct. The past shapes the materials on which we use our imaginations ; our interests, concerns, and preoccupations shape our imagination themselves<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Voir notamment M. Heidegger, *Being and Time*, New York, Harper and Row, 1962 ; H.-G. Gadamer, *Vérité et méthode*, Paris, Seuil, 1972 ; U. Eco, *Sémiotique et philosophie du langage*, Paris, Presses universitaires de France, 1988 ; P. Ricoeur, *Du texte à l'action, Essais d'herméneutique II*, Paris, Seuil, 1986 ; J.D. Caputo, *Radical Hermeneutics: Repetition, Deconstruction, and the Hermeneutic Project*, Bloomington, Indiana University Press, 1987.

<sup>77</sup> Voir J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 1971 aux pp. 47-51, 577-87. Voir aussi N. Daniels, «Wide Reflective Equilibrium and the Theory Acceptance in Ethics» (1979) 76 *Journal of Philosophy* 256 ; K. Nielson, «In Defense of Wide Reflective Equilibrium» dans D. Odegard, dir., *Ethics and Justification*, Edmonton, Academic Printing and Publishing, 1988 ; Tremblay, «L'interprétation téléologique», *supra* note 39 à la p. 489 et s.

<sup>78</sup> Nielson, *ibid* aux pp. 21-22.

<sup>79</sup> M. Tushnet, «Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles» (1983) 96 *Harv. L. Rev.* 781 aux pp. 784-85, 800, 802.



Je suis d'accord avec l'idée que l'interprétation est un processus d'essais-erreurs-modifications allant dans un perpétuel va-et-vient, mais cela mérite qualification. Cette perspective n'est acceptable que si l'on considère que l'on ne confronte pas la chose dans le sens réaliste, objectif du terme, mais que celle-ci est plutôt causalement liée au mécanisme dynamique d'intégration holistique de la croyance. Il ne s'agit pas de découvrir ou dévoiler l'objet réel, mais plutôt de le construire à partir de nos pré-conceptions et des stimuli — pour emprunter métaphoriquement à la biologie — provenant de l'environnement. Comme je l'ai fait remarquer plus haut, ce que l'on nomme «perception» est en définitive le résultat de la chaîne causale bidirectionnelle soi/environnement. La part du construit et la part de la cause du construit (la chose) sont totalement indissociables pour une personne refusant la possibilité de s'arracher à son esprit pour atteindre un point de vue de Dieu ou archimédien. La dichotomie objectivité/subjectivité est donc futile. La perception est une nouvelle croyance causalement liée à l'environnement et balisée par le réseau de croyances existant au moment de la prise de l'information, qui est ensuite mise en relation avec toutes autres croyances afin d'en arriver à un équilibre au sein du réseau. Il n'y a donc pas réellement d'effet d'écho ou de *feedback* entre la chose et la croyance. Il n'y a que la répétition du processus ajoutant d'autres informations, d'autres «irréductible posits comparable epistemologically to the gods of Homer»<sup>80</sup>. Cette répétition permet l'obtention de l'équilibre. Il semble par conséquent que la métaphore de la projection ne soit pas des plus éclairantes et devrait être remplacée par celle de l'accueil. La porte à la forme singulière et mouvante, confectionnée par le Soi s'ouvre à une information nouvelle (la chose) qui transformera et sera transformée par la maison du Soi. J'opte donc pour une herméneutique accueillante.

J'aimerais préciser mes prétentions en soulignant que lorsque je parle d'équilibre du réseau, je ne veux pas dire que l'individu ayant intégré une nouvelle information l'aura fait d'une manière qui serait parfaitement cohérente pour cet individu s'il s'arrêtait à vérifier et à mettre en rapport cette nouvelle information et toute autre croyance (ce qui ne se fait jamais et qui ne pourrait se faire). L'équilibre sera atteint lorsque l'individu verra une cohérence entre toutes ses croyances auxquelles il aura porté une attention consciente. Il ne s'agit pas d'établir une cohérence tous azimuts mais une harmonisation suffisante pour que l'individu ait l'impression qu'il y a cohérence quant à l'horizon qu'il contemple.

«Mais ce mécanisme sans cesse mouvant ne peut satisfaire notre besoin de stabilité, de sécurité, de prévisibilité!», s'écriera quelque objectiviste hargneux. Cette critique n'est pas sans mérite puisque nous affirmons haut et fort qu'il n'y a précisément pas de stabilité et d'absolu autre que le changement. Cependant, cela ne signifie pas pour autant que tous ces changements se font à un rythme si effréné qu'il est impossible de saisir adéquatement quelque régularité ou stabilité. Si nous reprenons l'exemple de la roche tombante, je conclus que la roche et la terre sont mutuellement attirées en raison de la force gravitationnelle. Je conclus à l'existence d'une telle force de par la constance ou la régularité de mes observations à cet égard et cette croyance

---

<sup>80</sup> Quine, «Two Dogmas», *supra* note 58.

est utile dans ma vie quotidienne en ce qu'elle me permet de comprendre, d'expliquer le monde dans lequel je vis. Une croyance densément co-tendue et/ou émotivement fort chargée en raison d'une série d'autres croyances issues de multiples expériences et confirmant cette première croyance, sera plus difficile à abandonner lors des *trade-offs* holistiques puisque l'abandon d'une telle croyance créerait un trou important devant être comblé dans le réseau et entraînerait une réorganisation en profondeur de l'unité de signification. La règle d'action est donc issue des forces co-tendantes et des charges émotives venant se mêler et remplir les croyances.

La plupart du temps, l'on ne modifie que quelque peu cette croyance densément co-tendue pour assurer l'impression d'une continuité. Il y aura un *trade-off* dans les croyances densément co-tendues si une lacune importante se fait sentir ou, comme le dirait Kuhn, si le paradigme n'est pas capable d'expliquer une anomalie perçue<sup>81</sup>. Je ne propose pas de suivre intégralement l'approche de Kuhn que je qualifierais de salationniste en ce sens qu'il accepte de manière trop découpée la distinction entre science normale (maintien et confirmation du paradigme) et science révolutionnaire (abandon et adoption du nouveau paradigme, ou *paradigm shift*) selon laquelle les modifications se font par sauts de géant. Il semble plus raisonnable de nuancer cette approche dichotomique en disant que les modifications apportées à l'unité de signification et de connaissance de l'individu sont de différentes intensités. Il n'y a pas que des sauts de géant qui s'effectuent occasionnellement dans la science ; il s'agit plutôt d'une succession incessante de sauts de différentes envergures chez l'individu. Les modifications du réseau de croyances sont continues, mais les modifications importantes sont moins fréquentes. Tenter d'identifier le nombre de connexions relatives à une croyance est cependant aussi illusoire que de tenter de voir un électron ; le seul fait de mettre en lumière l'entité provoque une modification de sa configuration.

En résumé, on peut dire que l'interprétation, qui est toujours un appren-tissage, procède par un double mouvement : un mouvement que l'on pourrait qualifier de vertical, celui de la causalité mutuelle environnement/soi, et un mouvement horizontal où les croyances s'ajustent et se remplissent mutuellement. Nous sommes donc toujours en contact avec la réalité, qu'elle soit artistique, physique ou autre, mais sans être déterminés par elle. La double causalité et l'ajustement *ad hoc* et perpétuel font en sorte que nous ne sommes pas un simple produit de notre environnement. Mais discutons un peu de cette maison du Soi qui n'existe pas sans le Toi.

Une fois que le Soi a établi une première catégorisation de l'univers, son univers, il se sait distinct du Toi. L'holisme de la connaissance est personnalisé. L'individu est en quelque sorte clos en ce sens que rien ne sera incrusté dans la maison du Soi sans avoir préalablement passé par sa porte transformatrice, cette porte difficilement close dans son cadre toujours mouvant. Dans de telles circonstances, est-il possible de réellement communiquer ? Voilà la crainte de certains de nos amis positivistes ! Croyez bien que si j'en doutais, vous ne liriez pas ce texte...

---

<sup>81</sup> Voir Kuhn, *supra* note 57.

Il faut par contre revoir ce que l'on entend par communiquer. D'abord, évacuons la question inutile de savoir si mes mots réfèrent à la même représentation que se fait l'Autre d'un objet ou d'une idée. En acceptant les prémisses antireprésentationnalistes, la futilité de la question apparaît clairement. Tenter une réponse exigerait que l'on s'arrache à notre esprit pour envahir celui de l'Autre afin d'y effectuer la vérification. Je ne crois pas devoir conclure d'une telle affirmation qu'il ne peut y avoir de communication. Cependant, je crois que celle-ci nous invite seulement à abandonner l'idée que la communication consiste en une translation de signification, tout comme l'antireprésentationnalisme nous invite à oublier la question de l'objectivité. Ceci n'est pas une chose facile puisque cette vue de la communication est profondément enracinée dans nos traditions occidentales : le terme anglais *translation* le démontre bien. La communication n'est jamais la transposition intégrale d'une idée dans le système de signification de l'Autre. L'holisme empêche une telle possibilité en ce que deux êtres n'ayant pas eu exactement les mêmes expériences, à un même moment, à un même endroit, n'ayant pas non plus effectué une même série de *trade-offs* dans un même ordre, bref deux personnes distinctes ne peuvent avoir un réseau de croyances identique à un moment précis. Même si elles avaient un réseau de croyances identiques, le seul fait que l'une adresse un message à l'autre viendrait modifier l'identité de leur réseau respectif. Il faut donc cesser de voir la communication comme une réplique exacte et objective de ma pensée dans l'esprit de l'Autre puisqu'il n'existe pas de tels faits épurés de toute construction.

L'appren-tissage d'un langage, qu'il soit écrit, chanté, parlé, sculpté, mimé, etc. ou d'un symbolisme ne se fait pas différemment de l'apprentissage de toute autre chose : il se fait par le principe de l'herméneutique accueillante. Le mieux que l'on puisse faire est donc d'observer/percevoir et de tenter de découvrir/construire une régularité dans l'usage que fait l'autre des sons, des images, des touchés pour en déduire les modalités. Le célèbre slogan de Quine à l'effet que «the meaning is use»<sup>82</sup> trouve ici en quelque sorte écho.

L'interprétabilité ou la communicabilité, c'est-à-dire ce qui peut être connu de la signification que l'auteur apportait à son assertion, et la signification, c'est-à-dire ce que l'auteur signifiait par son assertion, ne peuvent être distinguées en pratique. Une personne ne peut signifier-transmettre que ce qui est reconnu comme signifiant-transmettant par son audience<sup>83</sup>. Il s'agit là du principe de la publicité de la signification. L'interprétabilité et la signification sont toutes deux radicalement indéterminées en ce que la totalité des preuves perceptions-croyances peuvent amener à deux ou plusieurs interprétations ou significations conformes à ces preuves et pourtant en même temps incompatibles. Aucune contrainte objective n'existe pour pouvoir orienter l'interprétation dans la «bonne» direction ; toute contrainte est indissociablement construction-causation.

<sup>82</sup> Voir W.V.O. Quine, *Word and Object*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1960 à la p. 32 et s. [ci-après *Word and Object*].

<sup>83</sup> Voir J. Ravnkilde, *Quine's Indeterminacy Thesis and the Foundations of Semantics*, thèse de doctorat, Université de Copenhague, 1979 à la p. 13 [non publiée].

La signification attribuée à ce que je considère une expression et qui pourrait être considéré comme du simple bruit par un autre ne provient donc pas de l'action d'associer ce symbole à une idée comme si, pour paraphraser Quine, l'on apposait une plaquette sous une oeuvre dans un musée<sup>84</sup>. Locke offre un bel exemple de cette dernière façon de voir :

[t]he comfort and advantage of society not being to be had without communication of thoughts, it was necessary that man should find out some external sensible signs whereby those invisible ideas, that his thoughts are made up of, might be made known to others<sup>85</sup>.

Le mythe du musée, solidement ancré dans nos croyances, est en directe contradiction avec le principe de la publicité de la signification. Cependant, il n'est tout simplement pas possible de dire qu'une personne a communiqué quoi que ce soit si personne n'a saisi une quelconque signification à son expression. La communication n'est pas ici représentée métaphoriquement par un échange postal mais plutôt par le ouï-dire dans lequel l'expression et la perception sont les intermédiaires entre le message initial et le message compris. Le ouï-dire est acceptable en droit canadien lorsqu'il est nécessaire et que les circonstances dans lesquelles il est prononcé sont garantes de sa fiabilité<sup>86</sup>. J'estime que nous ne pouvons, au mieux, que nous trouver dans une situation similaire lors de toute communication et nous nous devons d'accepter cette communication-ouï-dire parce qu'elle est la seule disponible.

Je noterai trois éléments donnant l'impression qu'une idée est transmise à l'autre mais qui, en définitive, n'en donnent justement que l'impression. Ce sont des principes communicateurs qui viennent soit contraindre l'usage linguistique et symbolique ou en affecter l'interprétation de manière à ce que l'expression puisse paraître signifiante et cohérente pour l'interprète.

Premièrement, l'individu qui a construit son univers linguistique ou symbolique en contact avec un certain environnement (physique, social, artistique, religieux, etc.) a causé et a été cause de cet environnement<sup>87</sup>. Bien que je ne parle pas en termes d'expériences identiques, cet individu a été soumis à une série d'expériences d'une relative similarité à celle des autres individus avec lesquels il entre en contact. Ceci a pour effet d'assurer un certain degré de similitude entre les réseaux de croyances des individus à un moment donné dans un endroit précis. L'on pourrait ainsi parler de ce que j'appellerai la thèse de la solidarité expérientielle s'illustrant par une solidarité dans une multitude de croyances densément co-tendues ou émotivement très chargées. Dans un tel contexte, les usages linguistiques et symboliques sont plus réguliers, ou du moins peuvent-ils le paraître à une personne partageant suffisamment de croyances et connaissances avec le groupe s'exprimant pour savoir où chercher les régularités ou

---

<sup>84</sup> Voir W.V.O. Quine, *Ontological Relativity and Other Essays*, New York, Columbia University Press, 1969 aux pp. 19, 27-28 [ci-après *Ontological Relativity*].

<sup>85</sup> Tel que rapporté par Ravnkilde, *supra* note 83 à la p. 13.

<sup>86</sup> Voir notamment les arrêts R. c. *Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, 113 N.R. 53 et R. c. *Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, 94 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 590.

<sup>87</sup> Voir le texte correspondant à la note 62.

routines. Nous n'observons en effet de régularités que lorsque nous sommes capables de détacher l'observation régulière des autres observations, que lorsque nous avons conscience que plus d'un phénomène se trame en même temps et que l'on peut opérer une différenciation des divers éléments. Par exemple, si je lis les mots «fedsawoyt» et «posdazuj», je pourrai plus difficilement découvrir leur signification si ces termes n'ont aucun écho ontologique chez moi (c'est-à-dire qu'ils désignent des tranches du réel pour d'autres mais pas pour moi) car j'aurai des difficultés à y percevoir quelque régularité dans leur usage. Si, par ailleurs, je cherche une régularité dans l'usage des termes «lapin» et «lièvre» et que je crois que l'un est distinct de l'autre (sans pour autant avoir à être capable de les différencier lorsque je les vois), ma tâche d'observer les régularités est fort aisée. Dans le contexte où l'usage linguistique et symbolique semble régulier, l'individu est confirmé dans sa croyance en la signification d'un tel usage.

Deuxièmement, il y a ce que l'on appelle le principe d'homophonie<sup>88</sup>. Selon ce principe, j'interprète l'assertion d'une autre personne que je crois s'exprimer dans le même langage que moi comme signifiant la même chose que je signifierais si j'avais moi-même fait une telle assertion dans cette langue. Ce principe soulève évidemment plusieurs problèmes philosophiques liés au fait que le principe d'homophonie présume que l'usage identique sous-tend la même ontologie chez l'émetteur et chez le récepteur. Je vais évoquer rapidement deux de ces problèmes. Premièrement, l'usage linguistique ne peut nous indiquer le contenu de l'ontologie de l'émetteur et une telle croyance nous ramènerait au mythe du musée ; l'usage linguistique ne peut que fournir une hypothèse qui ne saurait être une garantie. Deuxièmement, le récepteur n'a jamais accès à l'ensemble du comportement linguistique de l'Autre et il est illusoire de croire en une unité complète du langage entre deux individus. Il n'y a pas une langue française mais il y a un spectre linguistique francophone avec une infinité de variantes ; il y a autant de variantes qu'il y a de personnes parlant un langage pouvant être relié au français. Lorsque je demande mon chemin à une personne sur la route de Bamako, je me fonde sur l'hypothèse que celle-ci parle suffisamment le même français que moi pour que je puisse la comprendre. Le principe d'homophonie, qui ne nous offre aucune assurance afin de déterminer la signification d'une assertion, nous offre tout de même une hypothèse utile, probablement la seule disponible, nous permettant d'interagir de manière relativement convenable avec l'Autre.

Le principe de l'interprétation homophonique peut être jumelé au principe de charité. C'est le troisième élément donnant une impression de communication dont je vais discuter. Quine affirme à ce sujet : «we will construe a neighbour's word heterophonically now and again if thereby we see our way to making his message less absurd»<sup>89</sup>. Il soutient ailleurs :

assertions startlingly false on the face of them are likely to turn on hidden differences of language. This maxim is strong enough in all of us to swerve us even from the homophonic method [...] The common sense behind the maxim

---

<sup>88</sup> Voir Quine, *Ontological Relativity*, *supra* note 84 aux pp. 46-47.

<sup>89</sup> *Ibid.* à la p. 46.

is that one's interlocutor's silliness, beyond a certain point, is less likely than bad translation or, in the domestic case, linguistic divergence [...]<sup>90</sup>.

Le principe de charité a donc une première composante menant à l'exclusion d'une interprétation par l'interprète lorsque celle-ci lui semble absurde. Ce principe s'applique aussi lorsque l'assertion semble contradictoire :

[t]he linguist has no access to native meanings apart from what he can glean from the observed circumstances of utterance. The analytical hypotheses that he contrives are subject to no further check, except that native utterances not conveniently linked to observable circumstances should still turn out on the whole to be plausible messages [...]. Any appearance in native discourse of wanton self-contradiction is evidence of wanton mis-translation. For, surely, if the linguist is to be guided by anything but caprice in settling upon translation of logical particles, a prime criterion is bound to be the superficial consistency of native discourse<sup>91</sup>.

Il faut qualifier ces propos en disant que (1) ce qui est un *wanton self-contradiction* dépendra de la qualification qu'en fera l'interprète et est difficilement prévisible, (2) ce qui est contradictoire ne peut être évalué que selon son propre système de logique et par conséquent, ce qui peut me paraître contradictoire pourrait ne pas l'être pour un autre, et (3) l'on doit entendre par caprice la décision de ne pas choisir la traduction qui me semble la plus juste. Cette méthode d'exclusion n'est pas une solution miracle puisqu'elle permet de rejeter l'expression irrégulière de certains mots pour affirmer des croyances acceptées par l'auditeur et d'accepter des usages linguistiques habituels pour exprimer une croyance extravagante. Ce mécanisme de rejet n'est pas moins utile malgré ses défaillances en ce qu'il permet de ne pas nous sentir envahis par un monde totalement absurde : il conforme la réalité à nos attentes fonctionnelles.

Le principe de charité est aussi utilisé afin d'inclure comme homophonie des termes qui n'ont par ailleurs pas la même identité soit, par exemple, à cause du temps ou de la connaissance distincte des utilisateurs. Putnam décrit cette application en ces termes :

all interpretation depends on charity, because we always have to discount at least *some* differences in belief when we interpret. For example, suppose we are reading a novel written two hundred years ago in English, and we encounter the noun «plant». In a normal context, we do not hesitate to identify this «plant» with our present English «plant» ; yet, in so doing, we are ignoring a host of differences in belief. For example, *we* believe that plants contain chlorophyll, we know about photosynthesis and the carbon-oxygen cycle, and so on. These things are central to our present notion of what a plant is. All of these things were unknown two hundred years ago. Yet (unless we are philosophers or philosophically minded historians of science) we do not say that people two hundred years ago «lived in a different world», or that their notions are «incommensurable» with this notion we now have, which taken literally (of course, it never is!) would imply that we could not interpret an ordinary letter

<sup>90</sup> Quine, *Word and Object*, *supra* note 82 à la p. 59.

<sup>91</sup> W.V.O. Quine, «Philosophical Progress in Language Theory» (1970) 1 *Metaphilosophy* 2 aux pp. 14-15.

that anyone wrote two hundred years ago. In short, we treat the concept *plant* as having an identity through time but no essence [...] <sup>92</sup>.

Cette technique procure donc l'impression d'une continuité dans la signification de sorte que l'individu ne sent pas l'Autre comme une entité aux croyances incommensurables.

Ces éléments orientent la communication, la perception qu'on a du monde. Ils offrent une manière de voir le monde avec une certaine stabilité et cohérence, mais il n'est pas possible de dire qu'ils contraignent l'individu vers une bonne interprétation. Certains rétorqueront que cette tentative de reconstruction est insuffisante pour affronter le monde, qu'elle ne fournit pas assez de certitudes. À cette critique, je répondrai brièvement que l'être humain a depuis la nuit des temps perçu les parts les plus importantes de sa vie en terme de foi : religion, science, amitié, amour, chance, etc. Ma proposition n'est donc pas totalement déconnectée de l'expérience quotidienne des gens, elle ne fait qu'étendre la part consciente allouée à la foi.

Cela dit, il reste à voir de quelle façon les réflexions qui précèdent peuvent fournir une nouvelle perspective sur l'interprétation juridique, et constitutionnelle en particulier. Ce sera l'objet de la troisième et dernière partie de cet essai.

### III. L'interprétation constitutionnelle et le postpluralisme

#### A. L'interprétation constitutionnelle

Comme on l'a vu plus haut, toute tentative de voir les connexions liées à une croyance est illusoire et l'on ne peut par conséquent expliciter la règle d'action que constitue en fait la croyance sans transformer la règle, sans en changer la nature (effet électron). La règle d'action ne peut être qu'implicite car autrement elle nécessite une interprétation (une application d'autres règles d'action) visant à transformer, pour le rendre applicable, l'énoncé explicite en règle d'action implicite, et dès lors elle n'est plus la règle véritable ayant mené l'action. L'on ne peut donc jamais expliciter ou exprimer la règle active d'interprétation ou d'action. Toute explicitation est en soi une sorte d'artefact exigeant interprétation.

Prenons l'exemple de la règle d'interprétation bien connue en droit selon laquelle une règle d'exception doit être interprétée restrictivement. Comment pourrais-je appliquer une telle règle sans l'avoir préalablement interprétée, comprise ? Une grammaire étatique servant à expliquer comment interpréter la loi d'interprétation serait elle aussi inutilisable sans une connaissance implicite de l'interprète lui permettant de trouver une signification quelconque aux symboles qu'on y trouve. La perception de la règle d'interprétation est d'abord et avant tout un acte d'interprétation. Sans une intégration à mon réseau de règles d'action (croyances), les lettres utilisées pour

---

<sup>92</sup> Putnam, *Representation and Reality*, supra note 54 à la p. 13.

énoncer cette règle ne demeurent que des formes scripturales sans signification ou des bruits insolites. Une fois que j'ai intégré/interprété la règle d'interprétation, ce n'est pas le texte qui guidera mon action mais mon réseau d'action propre qui a alors intégré une nouvelle règle. Ainsi, toute règle d'interprétation n'est pas normative en soi, pas plus que n'importe quel texte d'ailleurs. Elle n'est qu'un artefact permettant à l'acteur de développer une connaissance l'aidant à diriger son action.

La plupart des approches traditionnelles du droit sont donc tombées dans ce que j'appelle le gruyère de l'interprétation. Ces approches ont sans cesse fait fi de cette première interprétation de toute règle d'interprétation : comme les trous donnent le goût au gruyère, l'interprétation préliminaire donne vie à la règle d'interprétation. On ne peut interpréter que des artefacts et régularités perçues et non la norme elle-même. Un énoncé ne peut jamais être en lui-même contraignant ; c'est l'acteur qui se contraint. La règle d'action n'est pas ce qui est exprimé explicitement mais ce qui est intériorisé comme mode d'action. En ce sens, la norme n'est pas un objet ni métaphysique ni d'analyse, c'est un processus herméneutique entre l'individu et son environnement menant à l'action ou l'inaction du premier.

Si tout se décide par un mécanisme holistique intérieur à l'individu et qu'aucun élément extérieur ne peut contraindre en lui-même la décision de l'interprète, pourquoi vaut-il la peine d'écrire des règles d'interprétation ou toute autre règle ? Pourquoi une constitution écrite ? Et pourquoi des précédents puisqu'en définitive, il ne peut y avoir une telle chose que le *stare decisis*, la décision judiciaire devant être interprétée à la lumière des trois principes communicateurs présentés plus haut, en particulier, le principe de charité ? C'est parce que ces artefacts ont néanmoins deux fonctions importantes : ils sont sources de connaissance suite à l'herméneutique accueillante et servent à retenir l'attention sur certaines croyances à harmoniser lors de la prise de décision.

Jusqu'à quel point ces artefacts peuvent-ils avoir un impact sur la prévisibilité de la décision du juge ? À quoi peut s'attendre un législateur, une constituante ou un autre juge quant à la lecture de ses écrits ? Le professeur Chevrette écrivait :

il faut bien voir que dans toute législation, une *double tendance* est possible : l'une, fixative, avec un but de prévisibilité, et qui table sur des règles strictes, sur des concepts concrets (nombre de députés, subsides) et qui, parce que très précise, devra être modifiée souvent, l'autre, évolutive, axée sur des principes et des concepts larges, qui sera moins précise certes, mais qui requerra de moins fréquentes modifications et pourra mieux servir de guide général en matière d'interprétation [les italiques sont de moi]<sup>93</sup>.

L'auteur de l'artefact peut donc choisir une de ces deux tendances en usant de termes et de formulations ayant, selon elle, un usage dont la régularité correspond au niveau

---

<sup>93</sup> F. Chevrette, *Étude juridique du partage des compétences dans le fédéralisme canadien*, Montréal, Librairie des Presses de l'Université de Montréal, 1971 à la p. 36.



de prévisibilité qu'elle désire. Timsit nommerait cette opération le pré-codage<sup>94</sup>. Ce pré-codage ne peut évidemment assurer le maintien de cette signification au gré du flot du temps et au sein de divers environnements où l'usage pourrait différer. Ainsi y a-t-il, pour employer encore les termes de Timsit, sur-codage de la part de l'environnement<sup>95</sup>.

Pour Timsit, le sur-codage est causé par un champ de valeurs sociales fournissant un support interprétatif à l'interprète. Là où je ne pourrais cependant le suivre, c'est dans le fait de considérer le support interprétatif comme donné et non construit par l'interprète. Je ne peux pas non plus, pour des raisons épistémologiques, accepter l'idée d'un système de valeurs juridiques immatériel et inondant le champ social sur lequel il se jette. Accepter un tel système de valeurs revient à accepter une nouvelle métaphysique et nous replace dans le débat «réalisme versus idéalisme versus scepticisme» que l'on a évacué plus haut. L'idée de système connote aussi les idées de mécanique, de principe à appliquer, de schème et de contenu que j'ai tenté de répudier. S'il existe des valeurs communes dans un certain groupe, c'est que les individus partageant ces valeurs ont interprété/construit leur expérience de manière similaire et dans le cadre de la causalité bidirectionnelle environnement-soi<sup>96</sup>. L'environnement ne peut surdéterminer l'interprétation que par le biais de la relation causant-causé et qu'en offrant à l'interprète des croyances avec lesquelles celui-ci construira son action.

Les règles explicites sont donc utiles en ce qu'elles fixent les matériaux sur lesquels l'interprétation sera construite. Leur deuxième utilité est d'attirer l'attention sur certaines croyances et de leur donner une certaine fixité dans le processus d'harmonisation. Mais comment se fixe ce poids relatif des diverses croyances lors de la décision ? Lorsque l'on s'interroge sur la légalité d'un acte, avant de le commettre, l'on aura tendance à attribuer un caractère immuable aux croyances que l'on considère comme exprimant des aspects normatifs (je crois, par exemple, qu'il est illégal de voler), et un caractère plastique à ce qui constitue la croyance en l'action à entreprendre (dois-je voler ? puis-je voler ?). Bref, le seul élément que l'on aura tendance à croire mobile, à déterminer, sera : quelle action dois-je entreprendre ? L'on émettra des hypothèses d'action et l'on tentera d'harmoniser nos croyances quant à ces anticipations tout en gardant comme préjugé qu'au jeu des *trade-offs*, ce sont les croyances auxquelles on attribue des vertus normatives qui devront avoir le meilleur parti sur la panoplie de modes d'action précis que l'on croit possibles. Les croyances normatives ne sont jamais réellement immuables, à cause de l'holisme, mais elles sont normatives précisément parce qu'elles ont un degré de fixité important. Dans le cas où l'on s'interroge sur la légalité d'un acte déjà effectué, l'aspect plastique ou exigeant détermination sera perçu comme étant essentiellement celui-ci : si l'on met en relation les faits (mes croyances «définitives» concernant des éléments factuels) et le droit ap-

---

<sup>94</sup> Voir G. Timsit, «Sept propositions (plus une) pour une définition systématique du droit» (1989) 10 Droits 93 ; G. Timsit, «Sur l'engendrement du droit» (1988) R.D.P. 39 ; G. Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 1991.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> Voir le texte correspondant à la note 62.

plicable (mes croyances «définitives» ou fortes, puisque rien ne devrait être définitif, concernant ce qui constitue la norme à suivre), les faits respectent-ils le droit (peuvent-ils s'harmoniser sans exiger un *trade-off* trop important de la part de mes croyances concernant les normes à suivre) ? Dans ce deuxième cas, l'on a affaire à deux croyances d'une forte fixité exigeant que l'on teste leur «tissabilité», leur potentiel d'harmonisation. Mais ces deux questions, à savoir celle de l'action à entreprendre et celle de la détermination de la légalité, sont difficilement dissociables lors de l'interprétation (action) par un juge des droits des parties. Ce qu'il faut retenir, c'est que les principes, les faits, les normes à suivre sont des croyances de même statut épistémologique et qu'il faut les harmoniser selon le degré de fixité qu'elles ont et non tenter de les confronter mutuellement comme si l'une était le cadre immobile dans lequel l'autre vient s'insérer.

Utilisons quelques exemples pour illustrer ce propos<sup>97</sup>. L'article premier du *Code Civil du Québec* énonce ceci : «[t]out être humain possède la personnalité juridique ; il a la pleine jouissance des droits civils.» De manière spontanée, je dirais que ce qui nécessite une catégorisation de fait est que Mme X est ou n'est pas un être humain et que l'élément normatif de cet article est qu'un humain doit posséder la personnalité juridique. Si X est humaine, alors elle aura la personnalité juridique, sinon elle ne l'aura pas. Si on ne lui a pas accordé la personnalité juridique et qu'elle est humaine, il faut corriger la situation en lui accordant la personnalité juridique, et l'inverse si on lui a accordé la personnalité juridique et qu'elle n'est pas humaine. L'usage régulier du langage comme j'en ai l'expérience nous dicte-il obligatoirement un tel résultat ? Ne pourrions-nous pas interpréter cet article d'une deuxième manière comme prévoyant que l'élément factuel est la personnalité juridique et que l'élément normatif est l'humanité du sujet ? Si on n'a pas accordé à Mme X l'humanité et qu'elle a la personnalité juridique, il faut corriger la situation en lui accordant l'humanité (en la forçant à exister, le cas échéant...), et l'inverse si on lui a accordé l'humanité et qu'elle n'a pas la personnalité juridique (en la forçant à ne plus être, peut-être en la tuant ...). Selon mes croyances du monde, la première ligne d'interprétation sera celle la plus près de la décision que je rendrais pour me sentir cohérent. Voilà un exemple de l'holisme à l'oeuvre. Pour prendre une décision sur la base de ma lecture de l'article, je dois croire en mes capacités de distinguer un être humain de ce qui n'en est pas un. Je dois croire que cet article donne certains attributs aux personnes existantes. Je dois croire que cet article ne m'autorise pas en tant que juge à tuer une autre personne aux fins qu'il y ait conformité entre l'élément de fait et l'élément normatif.

Dans un contexte constitutionnel, voici maintenant quelques exemples d'application de l'holisme. Qui croirait qu'une loi fédérale serait *ultra vires* parce que sa publication comporte une erreur syntaxique en français, langue officielle oblige<sup>98</sup> ?

---

<sup>97</sup> Le premier exemple est inspiré d'un autre tiré de N. Luhmann, «L'unité du système juridique» (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 163.

<sup>98</sup> Voir alinéa 18(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 3, qui énonce que «[I]es lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux du Parlement sont imprimés et publiés en français et en anglais [...]».

L'article 16 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>99</sup> prévoit que le siège du Gouvernement doit être à Ottawa. Quel juge se demanderait sérieusement de quel Ottawa parle-t-on : les îles au nord-est de la Baie d'Hudson ? La ville de l'Illinois ? Celle du Kansas ? L'interprétation constitutionnelle, comme toute autre interprétation d'ailleurs, ne peut se faire en circuit fermé, excluant toute composante non-exprimée ou n'étant pas de nature constitutionnelle. Ce qui est une peine cruelle et inusitée ne peut être explicité sans avoir recours à quelque sentiment. Le concept d'égalité variera selon, entre autres, son support philosophique et politique. Une décision judiciaire en matière de partage de compétences peut difficilement se comprendre en faisant abstraction des conceptions économiques, historiques et identitaires du décideur. Ainsi, l'holisme explicite des arguments constitutionnels auquel j'ai fait référence dans la première partie de cet essai doit-il être élargi pour permettre une interpénétration d'une panoplie d'autres croyances.

La perspective avancée ici, rejetant l'image du droit comme cadre, vient du même coup nier la réponse kelsenienne au problème de l'énoncé normatif indéterminé. Pour Kelsen, ce problème est résolu en ce que lorsque l'énoncé normatif prévoit une discrétion, qu'il est ambigu ou qu'il y a conflit entre deux énoncés normatifs de même valeur, il n'y a pas indétermination normative puisque le droit, sans fixer la norme précise, crée le cadre au sein duquel toute décision doit venir s'insérer. À condition qu'elle soit une de celles qui s'y insèrent, la décision se trouve validée<sup>100</sup>. En plus de devoir être rejetée de par l'holisme de la signification, cette position est erronée en ce qu'elle ne répond pas au problème de l'énoncé vague dont Kelsen ne parle pas. Le propre de ce type d'énoncé normatif est justement de ne pas fixer de cadre ou de frontière précise. À la différence des cas évoqués par Kelsen, un énoncé normatif vague se présente sous forme de spectre, qui par définition ne peut qu'offrir un cadre très flou. Par exemple, un règlement municipal interdisant la consommation abusive d'eau est un énoncé normatif vague. Si l'on peut assez aisément convenir qu'il interdit de mener un commerce d'envergure d'eau embouteillée tout en autorisant d'user de l'eau pour se laver, interdit-il ou permet-il à un individu d'arroser sa pelouse quatre fois par semaine en été ?

À cela on pourrait tenter d'opposer que, s'il n'y a pas de frontière claire délimitant le domaine d'application individuelle d'une norme vague, c'est que le législateur ou le constituant a implicitement permis au juge de décider dans un sens ou dans l'autre lorsqu'il fait face à un cas-limite (*borderline case*). Cet argument doit échouer car rien ne permet non plus d'établir la frontière entre ce qui constitue un cas clair et un cas limite dans l'application d'un énoncé vague. Arroser sa pelouse tous les jours est-il toujours un cas-limite ou s'agit-il d'un cas clairement interdit ? Si l'on reprend la solution kelsenienne à l'énoncé normatif ambigu et qu'on l'applique à l'énoncé normatif vague, le décideur pourra toujours décider valablement qu'il s'agit d'un cas de légalité, d'illégalité ou d'un cas-limite, cette dernière option lui conférant une totale discrétion.

<sup>99</sup> *Supra* note 2.

<sup>100</sup> Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, à la p. 454 et s.

Plus encore, l'énoncé en lui-même ne nous permet pas de dire s'il s'agit d'un énoncé vague, d'un énoncé porteur d'un cadre ou d'un énoncé à la limite de ces deux types. Par exemple, le mot «gouvernement» dont fait usage l'article 32 de la *Charte*<sup>101</sup> aurait pu s'entendre au sens du droit constitutionnel classique et comme visant le pouvoir exécutif. Il se serait agi d'un énoncé porteur d'un cadre aux contours relativement bien déterminés. Il pouvait également s'entendre comme un énoncé vague, couvrant le spectre des entités suffisamment sous contrôle gouvernemental pour pouvoir être assimilées au gouvernement. À sa lecture, on ne pouvait donc pas savoir s'il s'agissait d'un énoncé-cadre ou d'un énoncé vague. Si en cas d'ambiguïté ou d'énoncé vague on considère, à la façon de Kelsen, que la législature ou le constituant a prévu que l'on puisse faire un choix, on pourra dire la même chose à propos de la question même de savoir s'il s'agit d'un énoncé vague ou cadre. Le décideur pourra toujours décider qu'une situation est régie par un énoncé vague, cadre ou qu'elle fait partie d'un cas-limite et ainsi décider arbitrairement. Il serait fort surprenant que Kelsen, si empreint de hiérarchie des normes, ait désiré qu'à l'intérieur même de son système, une si large part d'arbitraire soit validée. Par conséquent, outre ses failles sur le plan épistémologique, l'idée de la loi comme cadre ne saurait répondre à ma profession de foi quant à l'indétermination normative.

Je veux maintenant ajouter deux commentaires généraux sur l'interprétation constitutionnelle. Il faut dire que l'interprétation constitutionnelle est et a toujours été contextuelle. Cependant, le mouvement contextualiste récent qui se dégage explicitement des décisions relatives aux droits et libertés est à favoriser en ce que ces décisions portent sur des questions affectant une très grande quantité de croyances densément co-tendues et émotivement chargées (certains diraient des questions morales, politiques ou économiques, par exemple). L'élargissement de l'éventail des croyances nécessitant une harmonisation est crucial puisque ce qui est appelé droits fondamentaux n'est en fait que ces croyances liées à ce que signifie être une personne aux yeux des autres. Ces décisions vont donc se répercuter dans tous les autres domaines du droit<sup>102</sup> et de la vie en général. C'est là un point important. Le droit n'est pas une sphère fermée et la prise en considération d'une panoplie de croyances, entre autres factuelles, morales, politiques et émotives entre en ligne de compte par l'interpénétration holistique de la croyance lors de la prise de décision.

Deuxièmement, cette conception holistique que je propose de la façon dont l'interprétation constitutionnelle s'effectue pourrait laisser croire qu'elle est applicable aussi au produit de cette interprétation, c'est-à-dire à la décision judiciaire et que,

---

<sup>101</sup> *Supra* note 4.

<sup>102</sup> Voir, par exemple, l'impact qu'a eu le droit à l'égalité dans le développement de la théorie de la légitime défense dans l'affaire *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, 108 N.R. 321, où l'on tint compte de ce que l'on appela le syndrome de la femme battue. Le droit à l'égalité est un exemple intéressant car la pénétration se fait de manière explicite à l'heure actuelle dans les jugements de la Cour suprême. Pour une discussion fort motivante de l'effet pénétrant des croyances en un certain mode d'égalité sur les autres domaines du droit, voir C. L'Heureux-Dubé, «Opening Address» dans Canadian Bar Association Conference on Roads to Equality: New Challenges for the Legal System, 1994 ; K.E. Mahoney, «Equality in Canada» (1992) 24 *International Law and Politics* 759.

comme tout est dans tout, la teneur de celle-ci et le caractère systématique ou non des justifications auxquelles elle fait appel n'importent pas. Mais ce serait confondre ce qui est fait avec ce qui est à faire et nier qu'une bonne compréhension de la façon dont l'interprétation constitutionnelle s'opère puisse avoir un effet d'amélioration sur le produit de cette interprétation. Une interprétation résolument tournée vers l'avenir — ce qui devrait être le propre de l'interprétation constitutionnelle — devrait en être une qui recherche les consensus, les solidarités expérientielles et qui favorise la construction d'artefacts uniques dans lesquels on introduit des concepts flous, mais dans un cadre méthodique. Dans cette perspective, il me semble qu'un tribunal comme la Cour suprême devrait envisager de limiter le nombre d'opinions rendues à une seule majoritaire et une seule dissidente, s'il en est, et se soucier d'élaborer des tests (accentueurs de régions du réseau de croyances) exprimés de manière ordonnée (du type «examinons a, b, c, d»).

Bien sûr la recherche du consensus et de la systématisation aurait très probablement pour conséquence que les jugements se réduiraient à un ensemble de communs dénominateurs s'exprimant dans un artefact. On serait face à un *incompletely theorized agreement*<sup>103</sup>. Ce type d'accord a ses vertus : il permet une meilleure prise de décision dans les institutions à décideurs multiples ; il fait en sorte que les perdants perdent moins (ils ne perdent que dans la mesure où les décideurs majoritaires se sont entendus, ce qui peut être une technicalité) ; et il reste ouvert aux évolutions et approfondissements subséquents<sup>104</sup>.

Quoi qu'il en soit, il paraît clair que l'usage de tests juridiques permet de conserver l'impression d'une continuité, d'une régularité. Il rehausse la confiance. Qui aurait confiance en une physique qui dirait que lorsque l'on détermine si un avion pourra voler, l'on prend une décision qui n'est guidée par aucun instrument ? Pourquoi devrait-on avoir plus confiance en une Cour n'élaborant pas ses instruments d'analyse ? Le cas est particulièrement marqué dans le domaine du droit à l'égalité où trois approches s'affrontent en Cour Suprême<sup>105</sup>. Établir un test n'arrête pas la fluidité, le test n'ayant en lui-même rien de normatif et ne faisant, comme on l'a vu, qu'attirer l'attention sur certaines croyance dans le processus décisionnel, ce qui est suffisant et nécessaire.

En résumé, comme l'écrivait Holmes : «[g]eneral propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgement or intuition more subtle than any articulate major premise»<sup>106</sup>. J'irais encore plus loin en proposant qu'une décision ne se prend pas en fonction de quelque *articulate premise*, mais à partir d'une construction *ad hoc* de ce qui est ou devrait être dans le cadre du principe de l'herméneutique accueillante, c'est-à-dire en établissant un équilibre réflexif momen-

<sup>103</sup> Voir Sunstein, *supra* note 66.

<sup>104</sup> Voir *ibid.* aux pp. 1746-51.

<sup>105</sup> Voir en particulier les arrêts *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, 124 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 693 ; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, 124 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 609 ; *Thibaudeau c. M.R.N.*, [1995] 2 R.C.S. 627, 124 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 449.

<sup>106</sup> *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905) (en dissidence).

tané entre tous les éléments mis en jeu par une telle décision. Les énoncés explicites (locution que je préfère à «règles explicites» car je crois que cette dernière expression comporte une contradiction de termes et devrait être abandonnée) intégrés par l'individu dans son réseau de croyances et perçus comme devant être respectés — c'est-à-dire devant être prépondérants en cas de conflit avec une autre règle d'action lors d'un potentiel *trade-off* — constituent des croyances qui devront elles aussi être harmonisées lors de l'équilibrage. Les énoncés explicites et formels sont donc utilisés, sous forme d'artefacts à interpréter, pour tenter de limiter les choix ou l'imagination dans la création de la solution et ils établissent le mode de discours dans lequel seront couchées les justifications de la décision, de l'action<sup>107</sup>. Les croyances issues de l'interprétation de l'artefact participeront à la prise de décision non seulement en ce qu'elles nécessiteront d'être harmonisées, mais aussi en faisant entrer en jeu une série d'autres croyances, en mobilisant certaines régions — pour parler métaphoriquement — du réseau de croyances sur lesquelles un accent sera mis. Il ne faut pas croire que toutes nos décisions peuvent être cohérentes avec la totalité de nos croyances, mais elles doivent l'être avec au moins les régions accentuées de notre réseau et avec une partie importante de nos autres règles d'action, partie qui n'est pas quantifiable de par sa nature mobile lorsque soumise à l'examen (effet électron vu précédemment) et de par sa nature implicite et donc soustraite à l'observation. La décision est une action qu'il faut construire et cette construction ne peut se faire que par l'interprète et qu'avec les matériaux qu'il possède, mais ces matériaux ne sauraient déterminer la construction qu'on va en tirer. Ce n'est pas le pinceau ni le texte de la constitution qui construisent, c'est l'artiste et le juge. De plus, il est impossible de déterminer d'une manière non-médiatisée par notre interprétation l'ensemble des éléments qui participèrent à la décision : toute explicitation, même à soi-même, nécessite interprétation/intégration.

Depuis le début de cet essai, j'ai insisté sur le fait que la connaissance était holistique et propre à chaque individu. Il y a donc une incroyable diversité de croyances : autant qu'il y a d'individus. J'ai aussi insisté sur le fait que ce que l'on appelle le droit n'était pas fermé mais que toute décision prise au nom d'un tel concept était prise grâce à une interpénétration de diverses croyances. C'est sur l'interpénétration des croyances constituant le matériel avec lequel je construis une décision et sur le thème de la diversité sociale que porteront mes dernières réflexions.

## **B. Vers un postpluralisme**

L'essentiel de ma discussion concernant la normativité a porté sur l'interprétation/construction du droit liée à l'interprétation d'artefacts étatiques, conformément au monisme fort répandu dans la tradition juridique. Il n'y a cependant pas de raison de limiter cette discussion à ce type d'artefacts puisqu'une multitude d'artefacts seront interprétés par un individu. Il les utilisera afin de voir/construire une

---

<sup>107</sup> Voir R.A. Macdonald, «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et "inférentielle"» (1986) 18 *Sociologie et société* 47 à la p. 58 [ci-après «Normativité implicite et "inférentielle"»].

normativité à laquelle il obéira ou sur laquelle il construira son action. En rupture avec le monisme étatique, on retrouve le courant théorique nommé pluralisme juridique. Examinons-le rapidement pour ensuite tenter d'harmoniser ses apports avec les réflexions que j'ai formulées.

Le pluralisme est loin d'être un concept univoque. Écartant le sens programmatique du mot, selon lequel une société ouverte et composite est pluraliste (pluralisme social) et selon lequel un système politique libéral et multipartiste l'est aussi (pluralisme politique), je retiens que le pluralisme juridique postule que le pouvoir normatif se distribue entre l'État et d'autres ordres juridiques parallèles. Certains tenants de cette théorie, d'accord pour reconnaître comme pluraliste, par exemple, une société post-coloniale étatique où les indigènes ont gardé leurs propres normes de contrôle social et certains moyens institutionnels de les mettre en oeuvre, nient cependant ce même caractère à une société même si s'y trouvent, en plus des normes étatiques, des usages familiaux ou des usages sectoriels, ceux de l'industrie du vêtement par exemple<sup>108</sup>. En d'autres termes, les ordres juridiques parallèles, selon cette conception, sont identifiés et pris en compte uniquement comme le reflet de sous-groupes sociaux autonomes, semi-autonomes ou même en voie d'intégration. On pourrait parler de pluralisme de groupe<sup>109</sup>. Pour d'autres auteurs, le pluralisme ne se limite pas à cela et englobe les formes de contrôle ou d'encadrement social les plus diverses, qu'il s'agisse de la famille, de la religion, de la profession, du milieu de travail, des clubs sociaux, pour ne nommer que celles-là. D'autres enfin, atomisant au maximum leur foyer d'analyse, le centrent sur l'individu, vu comme «le point de rencontre de multiples réseaux sociaux»<sup>110</sup>. Pour eux, «le pluralisme juridique est la situation, pour un individu,

<sup>108</sup> L'exemple est tiré de B.Z. Tamanaha, «The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism» (1993) 20 J. of Law and Society 192 à la p. 211. L'auteur est tenant de cette position.

<sup>109</sup> Telle est la position de A. Lajoie, «Synthèse introductive» dans A. Lajoie *et al.*, dir., *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Yvon Blais, 1996, 1. L'auteure écrit à la p. 9 : «[i]l me semble [...] que le pluralisme juridique est tributaire du pluralisme des valeurs et qu'il commence quand un système juridique unifié attribue à un groupe un régime particulier fondé sur les valeurs de ce groupe, ou qu'un tel groupe, dès lors semi-autonome, se définit un tel régime particulier dans un nouvel ordre juridique distinct du premier».

<sup>110</sup> J. Vanderlinden, «Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique» (1993) 18 Revue de la recherche juridique : droit prospectif 573 à la p. 580. Il s'agit là d'un article marquant de Vanderlinden en ce qu'il répudie la majorité de son oeuvre dans le domaine du pluralisme de groupe en faveur d'un pluralisme individualisé. Il écrit :

[c]ommençons par renverser la pyramide classique qui part du sommet, l'État ou, plus généralement, la société, pour descendre vers l'individu, vers le sujet de droit. Allons résolument vers la base, vers ce «sujet» (le mot marque bien où gît, dans les théories classiques, la priorité). Ce faisant il n'est pas question de nier en quoi que ce soit le caractère essentiellement sociétal du droit. Tout, en l'occurrence, est question de point de vue, d'angle d'attaque ou d'approche du phénomène. Même s'ils ne sont pas marxistes, par vocation, les positivistes partent de l'État. C'est lui, et lui seul, qui donne son véritable sens au phénomène juridique. Hors lui, point de droit. Et lorsque les anthropologues et les sociologues s'y intéressent, ils demeurent tributaires de ce mode de pensée, se bornant à substituer, ce que j'ai fait moi-même en 1969, les diverses formes qu'est susceptible d'adopter le phénomène social. Ils ont d'ailleurs d'excellentes rai-

dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation»<sup>111</sup>. On pourrait parler ici de pluralisme individuel. La professeure Andrée Lajoie décrit une telle conception comme suit : «[I]e pluralisme se lit alors au niveau de l'individu, sur lequel se superposent différents systèmes de règles, et non à celui du groupe»<sup>112</sup>. C'est à cette dernière conception que je vais m'intéresser. Vanderlinden expose son approche en ces termes :

[I]es ordonnements qui se rencontrent, sans nécessairement être différents dans leurs mécanismes, à l'intérieur du champ clos de chaque comportement individuel ne sont pas nécessairement hiérarchisés. Leur multiplicité dans une situation identique suppose toutefois fréquemment un agencement, même minimal, de leur mise en oeuvre. Mais c'est l'individu qui détermine lui-même cette hiérarchie en fonction de paramètres qui n'ont pas nécessairement un caractère institutionnel, ni même une grande stabilité. Confronté à un choix éventuel entre les solutions que lui offrent deux ou plusieurs ordonnements concurrents le sujet de droits effectue un choix qui le conduit à préférer l'un à l'autre ou aux autres. Il établit ainsi lui-même, pour la circonstance, une hiérarchie ad hoc des ordonnements juridiques qui convergent vers lui<sup>113</sup>.

Cette approche de Vanderlinden ressemble à celle de Macdonald parce qu'elle s'intéresse à la décision prise par l'acteur : tous deux s'accordent sur le caractère *ad hoc* de la décision et pose l'individu comme sujet d'étude. Cependant, l'on ne s'entend pas sur ce qui constitue la décision. Pour Vanderlinden, il s'agit de choisir l'ordonnement auquel l'on obéira ; l'acteur ne choisit que la norme extérieure à laquelle il est soumis. Il s'agit donc encore d'une force imposée de l'extérieur sur l'individu. On aura remarqué, sous cette approche, l'épistémologie classique des sciences selon laquelle il existe objectivement la chose en soi, que l'on n'a qu'à saisir. Vanderlinden, tout en tenant compte de la diversité des artefacts auxquels l'individu accordera une valeur normative et en rapprochant le phénomène juridique du décideur, ne me semble pas mettre suffisamment en relief la part active de ce dernier. Il perpétue donc les erreurs du positivisme en ne modifiant en définitive que les sources des règles, la méthode d'établissement de la hiérarchie et ne reconnaît aucune interprétation : les ordonnements sont fermés.

La position du professeur Macdonald, quant à elle, mérite ici un développement particulier. L'on peut concevoir l'élaboration de son approche en deux temps : un premier où il propose une «reconnaissance d'une normativité juridique implicite et "inférentielle"»<sup>114</sup> et, un second où, avec Martha-Marie Kleinlans, il propose le déve-

---

sons de le faire puisque leur discipline a précisément pour objet les sociétés. Je propose de suivre le cheminement inverse et de considérer d'abord l'individu (*ibid.* à la p. 579).

<sup>111</sup> *Ibid.* à la p. 583.

<sup>112</sup> Lajoie, *supra* note 109 à la p. 11.

<sup>113</sup> Vanderlinden, *supra* note 110 à la p. 581.

<sup>114</sup> Voir Macdonald, «Normativité implicite et "inférentielle"», *supra* note 107; R.A. Macdonald, «Les Vieilles Gardes : hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives» dans J.-G. Belley, dir., *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence,



loppement d'une approche qu'ils nomment «*Critical Legal Pluralism*»<sup>115</sup>. Dans sa première phase, Macdonald s'est surtout attardé à construire une typologie des normes<sup>116</sup> et des institutions juridiques<sup>117</sup>. Selon cette construction, il serait possible de distinguer les normes selon deux axes : (a) la façon par laquelle la signification de celles-ci est exprimée dans le langage : elles sont plutôt formulées (ou canoniques) ou plutôt inférentielles (ou métaphoriques) ; (b) le mode d'élaboration des normes : elles sont explicites lorsqu'elles émanent d'institutions habilitées à les établir et portent la marque d'une élaboration consciente et elles sont implicites lorsqu'elles n'ont pas ces caractéristiques et sont plutôt interactionnelles<sup>118</sup>. Ces axes se combinant afin de former les normes suivantes : (a) explicites et formulées ; (b) implicites et formulées ; (c) explicites et inférentielles ; (d) implicites et inférentielles.

Cette typologie paraît avoir une fin plus pédagogique que proprement scientifique puisque l'auteur affirme que «seules les normes implicites et inférentielles sont réellement normatives»<sup>119</sup>. Comme exemples de ces dernières, il cite entre autres l'ordre public, les bonnes moeurs, l'intérêt général et les principes généraux du droit. Je conviens qu'il n'est pas aisé d'illustrer explicitement ce qui est implicite. Mais le caractère implicite et inférentiel de ces exemples paraît discutable dans la mesure où on retrouve ces notions tant dans la législation que dans la jurisprudence. Dès lors, ne peut-on pas dire qu'elles procèdent dans une certaine mesure d'une élaboration institutionnelle consciente et qu'elles sont vraiment formulées ? Peut-être l'auteur aurait-il dû, au lieu de recourir à des termes ayant un sens établi, faire usage d'une terminologie nouvelle s'il voulait identifier quelque chose de jamais explicité.

Cette même remarque pourrait être reprise quand il écrit : «le processus de prise juridique consiste en réalité à *retrouver* et à *reconnaître*, au-delà de la manière formelle de résoudre des différends, le jeu de normes implicites et inférentielles» [nos italiques]<sup>120</sup>. «Retrouver» et «reconnaître» dénotent l'idée d'une rencontre avec quelque chose qui est hors de soi, tout comme «appréhender» et «traduire» quand l'auteur écrit : «[t]he act of interpretation will always be an attempt to apprehend the legal norm of which the text is a contingent formulation. [...] The language of legislation is a point of access for apprehending, constructing and translating a legal norm; it is

1996, 233 [ci-après «Typologie des institutions normatives»] ; R.A. Macdonald, «Legal Bilingualism» (1997) 42 R.D. McGill 119.

<sup>115</sup> Voir M.-M. Kleinmans et R.A. Macdonald, «What is a *Critical Legal Pluralism*?» (1997) 12 R.C.D.S. 25; R.A. Macdonald, «Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law» dans A. Lajoie et al., dir., *Théories et émergence du droit*, Montréal, Thémis et Bruylant, 9 [à paraître en 1998]. Voir aussi S.C. McGuire, «Critical Legal Pluralism: A Thought-Piece on a Direction for Socio-legal Studies» dissertation doctorale, Faculté de droit, Université McGill, 1996 [non publiée].

<sup>116</sup> Voir Macdonald, «Normativité implicite et "inférentielle"», *supra* note 107 ; Macdonald, «Typologie des institutions normatives», *supra* note 114.

<sup>117</sup> Voir Macdonald, «Typologie des institutions normatives», *ibid.*

<sup>118</sup> Voir Macdonald, «Normativité implicite et "inférentielle"», *supra* note 107 aux pp. 52-54.

<sup>119</sup> Macdonald, «Normativité juridique implicite et "inférentielle"», *supra* note 107 à la p. 58.

<sup>120</sup> Macdonald, «Normativité implicite et "inférentielle"», *ibid.* à la p. 58.

never the norm itself»<sup>121</sup>. Même si l'auteur suggérait que ce qui est implicite et inférentiel procède d'une élaboration interactionnelle, on pouvait avoir l'impression qu'il suggérait, entre le texte et l'interprète, l'interposition d'un objet, métaphysique ou autre, produit de l'intention d'un groupe anthropomorphisé. Il y avait ambiguïté.

Mais dans une deuxième étape, en particulier dans une étude solidement documentée au point de vue épistémologique, Macdonald et Kleinhans ont proposé une approche globale prenant appui sur les intuitions de la première étape mais poussant les choses beaucoup plus loin. Il ne s'agit plus simplement d'une typologie de normes mais d'une théorie complète de la normativité. Les auteurs y ont clairement mis presque toute l'insistance sur le sujet et rejeté l'idée de la norme comme objet de connaissance extérieure à celui-ci et comme création sociale anthropomorphique ou métaphysique<sup>122</sup>. Ils ont même rejeté la distinction entre les ordres normatifs juridiques et non juridiques<sup>123</sup>. Pour eux, «it is knowledge that maintains and creates realities. [...] Legal subjects are "law inventing" and not merely "law abiding". [...] A critical legal pluralism rejects the supposition that law is a social fact»<sup>124</sup>. On est donc très proche ici de ce pluralisme que je mets de l'avant.

Un autre élément que Macdonald emploie et qui est souvent invoqué dans les discours pluralistes, qu'ils soient de groupes ou individuels, est l'idée de communauté. Le pluralisme part de la prémisse qu'il existe plusieurs communautés. Le concept de communauté évoque non seulement l'idée de groupe ayant un élément ou des éléments en commun, mais aussi l'idée que le groupe possède une frontière observable. Cette prémisse mérite réflexion.

La principale faiblesse de ce concept est qu'il catégorise de façon étanche certains groupements d'individus partageant un élément en commun sans réellement tenir compte du fait que ces individus partagent d'autres éléments avec d'autres groupements d'individus. Il homogénéise le groupe en vertu d'une caractéristique stéréotypée non graduée. Les Cris, par exemple. Or la personne appartient à une multitude de groupes avec lesquels il lui est possible d'échanger des significations ou de partager une caractéristique physique, expérientielle ou autre. Par exemple, je fais personnellement partie des groupes des francophones, des hommes, des gens dans le début de la vingtaine, des étudiants en droit, des lecteurs de philosophie, des amateurs de la musique du groupe *The Art of Noise*, des gens aimant la cuisine vietnamienne et ainsi de suite. L'individu est donc lié, à des degrés variables, à une multitude de groupements diversement organisés. Le nombre de ces groupements humains est équivalent à la quantité d'objets pouvant être relatifs à l'humain et qu'il est possible de concevoir : une infinité<sup>125</sup>. L'humanité peut donc être découpée d'une infinité de manières.

---

<sup>121</sup> Macdonald, «Legal Bilingualism», *supra* note 114 à la p. 161.

<sup>122</sup> Kleinhans et Macdonald, «What is a Critical Legal Pluralism?», *supra* note 115 aux pp. 36-38.

<sup>123</sup> *Ibid.* à la p. 38.

<sup>124</sup> *Ibid.* aux pp. 38-39.

<sup>125</sup> La logique mathématique nous enseigne qu'un sujet fini positif (1, par exemple) devient nul (0) s'il est multiplié par la nullité (0) ou s'il est divisé à l'infini positif (+∞). Ainsi n'aurait-on épuisé toutes les sous-catégorisations d'un objet qu'une fois celui-ci sous-catégorisé à l'infini.

Dans cette perspective, il me semble que le concept de communauté tend à faire oublier la spectralisation des appartenances de l'individu et l'impact holistique de la multiplicité de celles-ci sur la perception qu'il a de chacune de ces appartenances. L'appartenance à un groupe, tout comme les frontières de ce dernier, étant une question de degré et non une catégorisation fixe, je préfère utiliser le terme de «transcommunauté». Ce terme rend aussi compte du fait que l'individu participe à plus d'un groupement humain et que son appartenance à un groupement va avoir un impact sur sa participation aux autres. Il s'agit d'une conséquence de l'holisme.

Certaines transcommunautés voient leurs frontières formalisées par l'usage de manière à ce que celles-ci puissent sembler précises : soit qu'un élément est à l'intérieur ou qu'il est à l'extérieur. Le type de transcommunauté auquel l'individu croit appartenir et auquel il accorde le plus d'importance varie d'un individu à l'autre et d'une période à l'autre. Pour certains, l'appartenance à un groupe religieux constitue leur identité sociale primordiale (le nous par rapport au eux), alors que pour d'autres l'usage d'une certaine langue sera cet élément de positionnement social. Cela aura indéniablement un impact sur leur interprétation du monde. Croyant que ces transcommunautés ont des frontières objectivement déterminables, on utilise des expressions comme société multiethnique ou multiculturelle où le préfixe multi connote l'existence d'une pluralité. Cette dernière implique inévitablement la séparation en éléments distincts. Mais les ensembles sociaux sont des entités divisibles d'une infinité de manières et le traitement de ceux-ci comme entités séparées, comme des communautés est donc affaire d'usage. Je m'oppose à cet usage du fait qu'il est trop réductionniste et qu'il ne tient pas suffisamment compte de l'impact de la multitude d'appartenances sur l'holisme de la connaissance. L'idée de communautés relativement fermées découle d'une conception du monde issue du positivisme logique que l'holisme nie. Les groupements humains n'ont pas plus d'essence que n'en ont les mots ; ils sont des constructions historiques. Je crois que le concept de transcommunauté apporte quelque chose de plus aux théories actuelles usant du terme communauté car il rend compte des multiples et mouvants sentiments d'appartenance de l'individu tout en conservant les acquis de l'interpénétration holistique.

C'est sur ces bases que je crois devoir faire reposer mes réflexions menant à ce que je nommerais un postpluralisme normatif. Pourquoi ne pas parler plutôt de postpluralisme juridique ? Le reproche principal que la plupart des tenants d'un pluralisme juridique dit non étatique font aux écoles traditionnelles d'analyse du droit est qu'elles décrivent le droit étatique comme tout-puissant et hiérarchiquement plus élevé que tous autres mécanismes normatifs. Mais pourquoi s'entêter à parler de pluralisme juridique si nous admettons en premier lieu que le droit n'est que la sommation des artefacts, régularités et croyances associés à ce que l'on perçoit être l'action ou l'inaction de l'État et que ceux-ci ne sont hiérarchiquement ni supérieurs ni inférieurs aux autres et que la normativité ne peut être déterminée par l'Autre ? Pourquoi tant insister sur le fait que tout artefact ou régularité auquel on attribue une utilité normative est juridique une fois que nous admettons ce qui vient d'être dit ? Si l'on convient que le droit tout comme la musique ne renferme pas quelque norme que ce soit mais qu'il n'est que l'occasion d'un jugement, sans être le jugement lui-même, pourquoi chercher à parler de juridicité ? Si l'usage du terme «juridique» n'est qu'un outil rhé-

torique pour relativiser la portée et l'impact du droit étatique et des autres éléments de normativités, je peux m'en passer ! Une fidélité au terme «juridique» traduit un attachement à une vision traditionnelle du droit que le pluralisme tente de répudier. Si l'on utilise le droit comme une formalisation de l'univers normatif, il faut savoir qu'on ne peut enfermer le normatif dans aucune formalisation parce qu'il doit nécessairement transcender cette formalisation et explicitation.

Il y a de graves risques à faire un usage métaphorique de termes ayant un sens établi pour exposer des approches nouvelles, le sens établi pouvant brouiller la bonne compréhension de ces dernières. Paradoxalement, il peut arriver que ce soit par un nettoyage terminologique et par l'emploi de vocables inconnus qu'on se fasse le mieux comprendre ! C'est dans cet esprit que j'ai utilisé le mot «postpluralisme» dans cet essai et dans son titre, vocable que je préfère à l'expression «*Critical Legal Pluralism*» et dont on pourrait peut-être considérer qu'il est la traduction française tant les deux approches ont d'étroites parentés. J'ai retenu «postpluralisme» qui a entre autres l'avantage d'évacuer les mots «*legal*» et «juridique».

Selon la perspective proposée, l'objet d'étude serait donc la régularité des usages dans diverses transcommunautés et l'impact des transcommunautés les unes sur les autres dans l'interprétation du monde et de l'action. L'examen porterait aussi sur les divers artefacts auxquels les individus reconnaissent une valeur normative et sur la signification qui leur est attribuée. L'intérêt pratique d'une telle conception est d'inviter la doctrine juridique à élargir son champ d'analyse et à ainsi accroître son intérêt et son importance. Elle nourrira alors de manière holistique le sens apporté à toute interprétation de la constitution ou autres artefacts juridiques. Pour le praticien, cette approche semble pouvoir mieux répondre à ce qu'il vit : des interprétations indéterminées, des usages qui ne suivent pas nécessairement l'interprétation des artefacts jugée exacte (l'on n'a qu'à penser à la flexibilité de l'application de certaines règles de procédure) et une large part d'alignement du comportement sur les artefacts constitués du non-dit. Cet élargissement du domaine normatif entraîne un élargissement des domaines de spécialisation possible du praticien ; le normativiste (et non plus le simple juriste) pourra offrir son expertise dans des domaines encore peu explorés. Le récent mouvement vers les modes alternatifs de résolution de conflit en est un exemple. Cette approche relativise aussi la part des artefacts juridiques dans l'interprétation de l'action à entreprendre par tout individu et même par l'État.

## Conclusion

J'ai commencé cet essai en soulignant que le droit était un monde de significations, de messages, qu'il était essentiellement communicationnel. Ma réflexion étant presque achevée, il vaut la peine de revenir là-dessus.

L'interprétation constitutionnelle est une affaire de sens. Mais est-elle nécessairement une affaire de langage ? Je soutiens que non. Le professeur Kasirer affirme que «les idées juridiques ne dépendent pas des mots pour leur existence»<sup>126</sup>. Tout en

---

<sup>126</sup> N. Kasirer, «Dire ou définir le droit» (1994) 28 R.J.T. 14 à la p. 166.

répudiant l'usage d'un terme comme celui d'«idée» qui nous renvoie aux problèmes épistémologiques mentionnés plus haut, je m'accorde avec lui pour dire que le sens d'un énoncé normatif ne se trouve pas dans les termes eux-mêmes de l'énoncé et j'ajouterais que c'est à partir de l'usage de ceux-ci que l'on peut leur construire une signification. L'usage observé est donc plus important sur le plan normatif que l'artefact servant d'intermédiaire.

Je tenterai enfin de formuler six propositions.

1) La décision judiciaire sur une question constitutionnelle n'est jamais prise en comptabilisant les arguments issus des différents axes argumentatifs reconnus (texte, précédents, autorités, théories, valeurs, pragmatisme et histoire) mais en les agençant et les ajustant les uns aux autres de manière à ce qu'ils pointent tous dans la même direction. Il y a donc un holisme explicite dans l'interprétation constitutionnelle.

2) Les théories traditionnelles du droit fondent généralement leur vision de l'interprétation sur la prémisse qu'il existe une bonne réponse, ou que s'il n'y a pas une seule bonne réponse, alors le décideur doit exercer sa discrétion à l'intérieur d'un cadre défini (approche kelsénienne) ou doit l'exercer de façon à choisir celle dont le résultat substantif protège mieux les intérêts d'un groupe en particulier. Mon propos visait surtout à contester la première prémisse et à tenter d'expliquer pourquoi il existe une pluralité d'interprétations possibles. J'ai tenté de démontrer que la deuxième prémisse était épistémologiquement déficiente et qu'elle l'était même au regard de sa propre logique. Quant à la troisième, ma réflexion fait voir implicitement pourquoi les intérêts de certains groupes peuvent sembler devoir être protégés, puisque nos croyances et leur charge émotive nous inclinent de certains côtés, sans toutefois permettre d'identifier quels intérêts une interprétation constitutionnelle devrait favoriser. Il s'agira du sujet d'un autre essai.

3) La vérité, qu'on la comprenne dans un sens de correspondance ou de cohérence, n'est d'aucune utilité pour l'interprétation constitutionnelle et son évaluation. Elle n'est qu'un compliment fait à une affirmation en laquelle on croit. Elle peut être utile une fois la décision prise mais pas avant qu'elle ne le soit. La vérité ne peut servir d'élément régularisant de l'interprétation puisque toute connaissance est une construction.

4) L'interprétation de régularités dans l'usage est le seul moyen de «comprendre» ce qui est communiqué. L'interprétation est d'abord et avant tout une question de croyance et il est impossible de conscientiser avec exactitude tous les éléments menant à la construction d'une décision particulière. Des principes communicateurs comme la solidarité expérientielle, le principe d'homophonie ou celui de charité nous offrent des outils pour percevoir une certaine continuité et communicabilité nécessaires à notre fonctionnement. Nous pouvons créer et enrégimenter (régulariser les usages) en fonction du perçu des usages actuels. Nous savons-croyons que les usages, les mots et autres stimuli venant de l'extérieur ne sont que des médiations de ce qui se trame à l'intérieur de l'individu, lieu de leur provenance. Une interprétation de ce qui se trame est le mieux que nous ayons. Nous devons donc interpréter ces stimuli de manière à nous faire une idée de ce qui se passera : tout est matière à probabilité.

5) À partir d'artefacts normatifs, le juge-interprète est lui-même créateur de tels artefacts et n'est pas indifférent, en particulier en matière constitutionnelle, à une présentation claire, ordonnée et systématique, c'est-à-dire conviviale (*userfriendly*), pour employer un terme en vogue, pour faciliter l'interprétation dont ils seront à leur tour l'objet. L'artefact doit bien pointer, selon les usages interprétatifs usuels, les éléments que l'on veut accentueurs de conscience.

6) Les artefacts sur lesquels le juge-interprète opère sont multiples, pluralistes et ne se limitent pas à ce que l'on nomme traditionnellement et assez vainement le juridique. Insister sur le fait que l'interprète est en relation avec sa communauté est trompeur. Il appartient plutôt à une infinité de transcommunautés — tout groupe avec lequel il partage quelque chose — et la vision normative qu'il fait découler d'une de ses appartenances est conditionnée par sa vision de toutes les autres.

Dans cette perspective, la normativité devient similaire à une création artistique, une sorte de sculpture intellectuelle mouvante où les matériaux utilisés par l'un ne sont jamais exactement ceux que l'autre y voit ou utilise. La majeure partie de cette sculpture individuelle, comme une toile tissée au gré du réseau de croyances, demeure engouffrée dans l'acteur : que signifie le sourire de Mona Lisa ? Uniquement ce que je crois-vois qu'il signifie. Si une image vaut mille mots, combien d'images faut-il pour exprimer le fond d'une pensée ? Les mots ou autres symboles n'étant que la pointe acérée de l'iceberg, le grand défi de l'enseignement du droit, tout comme celui de toute matière, est d'harmoniser la trame de sous-entendus, de croyances co-tendues des étudiantes et étudiants, de tendre vers la création d'une narration commune. C'est aussi l'oeuvre du juriste ou de tout autre individu devant l'interprétation d'un artefact auquel l'on attribue une utilité normative. Le grand défi est donc de reconnaître et respecter la diversité individuelle tout en maximisant l'efficacité.

---