
McGILL LAW JOURNAL
REVUE DE DROIT DE MCGILL

Montréal

Volume 35

1990

No 2

Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*

Danielle Pinard*

Since the advent of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, judicial review of the constitutionality of legislation has been a more prominent feature of the legal landscape in Canada. In this article the author considers the doctrine of the presumption of constitutionality as one of the parameters guiding judges in the exercise of their constitutional reviewing powers, particularly with respect to adherence to *Charter* principles.

The author contends that while there may at one time have been some question as to the existence and scope of the presumption of constitutionality, it is now well established as a constitutional doctrine which gives rise to an important principle of interpretation in *Charter* reviews of legislation. This interpretive principle rests on three underlying foundations: respect of the legislature's presumed intention, coherence and harmony in the legal order and judicial deference to legislative choices — a respect for the principle of separation of judicial and legislative powers. The author suggests that the principle of interpretation flowing from the presumption of constitutionality should lead courts to a conciliatory interpretation of legislative texts whose constitutionality is challenged, wherever this is possible without the court substituting its own policy choices for those of the legislature. It is important that this principle of interpretation be applied in matters of constitutionally protected rights and freedoms which the *Charter* defines in broad and general terms. In particular instances, the judiciary is necessarily confronted with the task of articulating a more precise definition of the rights and freedoms guaranteed. In this context it becomes clear that the principle of interpretation derived from the presumption of constitutionality, and the approach of judicial deference that this implies, play an important role in maintaining the separation of legislative and judicial powers.

Depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois est devenu un élément de plus en plus important des fonctions des cours au Canada. Dans cet article, l'auteure caractérise la présomption de constitutionnalité comme l'un des paramètres encadrant l'exercice du pouvoir de contrôle judiciaire, particulièrement lorsqu'il s'agit des droits et libertés garantis par la *Charte*.

L'auteure soutient que, bien qu'il ait déjà été exprimé certains doutes quant à l'existence ou l'étendue de la présomption de constitutionnalité en droit constitutionnel canadien, elle est maintenant bien établie comme doctrine qui donne lieu à un important principe d'interprétation en matière de *Charte*. Ce principe d'interprétation repose sur trois fondements, soit le respect d'une intention présumée du législateur, un postulat de cohérence et d'harmonie de l'ordre juridique et une attitude de déférence du pouvoir judiciaire à l'égard des choix législatifs — un respect pour la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire. En vertu de ce principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité les cours devraient conclure à une interprétation conciliatrice des textes législatifs là où cela est possible, sans substituer les choix de la cour à ceux du législateur. La loi contestée doit, autant que possible, être interprétée de façon à être conforme à la Constitution.

La formulation générale de la plupart des droits et libertés dans la *Charte* et l'absence de signification précise des concepts de la *Charte* rendent d'autant plus important ce principe d'interprétation. Dans une instance particulière, la cour est nécessairement confrontée à la tâche, souvent difficile, de préciser le contenu des droits et libertés garantis par la *Charte*. Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la déférence judiciaire qu'il implique dans cet exercice jouent un rôle important dans la préservation de la séparation des pouvoirs.

*Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal. L'auteure remercie ses collègues François Chevette et Pierre-André Côté, qui ont commenté des versions antérieures de ce texte.

*Sommaire***Introduction**

- I. Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité**
 - A. Les éléments constitutifs du principe**
 - 1. L'interprétation des dispositions de la Constitution de façon à favoriser un jugement de constitutionnalité de la loi contestée
 - 2. L'interprétation conciliatrice de la loi contestée de façon à favoriser un jugement de constitutionnalité
 - a. Le type de loi susceptible d'une telle interprétation*
 - b. Formulation et place dans le contentieux constitutionnel*
 - B. Les fondements du principe**
 - C. Les limites du principe**
- II. L'application du principe dans le cadre du contentieux constitutionnel relatif à la *Charte canadienne des droits et libertés***
 - A. Les objections**
 - 1. L'intention législative antérieure à 1982
 - 2. Le caractère innovateur et évolutif de la *Charte*
 - 3. Les limites du pouvoir de création judiciaire
 - 4. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*
 - B. Les justifications**
 - C. Une limite particulière reliée à la « Rule of Law »**

Conclusion

* * *

Introduction

Dans notre système de démocratie parlementaire, la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ fait couler beaucoup d'encre². On s'interroge sur la « legalization of politics »³ à laquelle ont donné lieu l'enchâssement de droits constitutionnels et leur protection par les tribunaux telle qu'elle s'est manifestée concrètement. Depuis 1982, les tribunaux déterminent l'existence de violations de droits et libertés, décident si les limites qui leur sont apportées par des parlements démocratiquement élus sont raisonnables et justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique⁴, et prononcent l'invalidité ou l'ineffectivité⁵ de dispositions législatives jugées incompatibles avec la Constitution. Face à l'importance des décisions judiciaires ainsi rendues, on assiste, dans certains milieux, à une remise en question de ce qui est considéré comme une excroissance du pouvoir judiciaire. On invoque notamment l'absence de responsabilité politique des juges, leur accès trop limité à une information factuelle pertinente, leur absence de formation à l'élaboration de décisions politiques. Dans un régime de souveraineté parlementaire, les tribunaux ne constitueraient pas le lieu adéquat pour l'élaboration de choix de société. À ces arguments, la Cour suprême du Canada a répondu à l'occasion, précisant le caractère judiciaire plutôt que politique de ce contrôle de constitutionnalité qu'elle a toujours exercé⁶, affirmant ne jamais se prononcer sur la sagesse ou le bien-fondé des choix législatifs⁷, soulignant même le caractère démocratique de cet exercice de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois⁸.

¹Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Charte*].

²Voir M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, Wall and Thompson, 1989 ; A. Petter, « The Politics of the Charter » (1986) 8 *Sup. Ct L. Rev.* 473 ; P.J. Monahan et A. Petter, « Developments in Constitutional Law : The 1985-86 Term » (1987) 9 *Sup. Ct L. Rev.* 69.

³Voir P.H. Russell, « The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (1983) 61 R. du B. can. 30 aux pp. 51-52 ; Mandel, *ibid.* à la p. 4.

⁴L'article premier de la *Charte* énonce : « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

⁵Voir la discussion de la distinction dans P.-A. Côté, « La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés » (1984) 18 R.J.T. 106.

⁶Voir les motifs du juge Lamer dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de C.B.*, [1985] 2 R.C.S. 486 à la p. 496 et s.

⁷*Ibid.*

⁸Voir l'arrêt *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, où l'on retrouve le passage suivant, à la page 932 :

L'esprit des aspirations démocratiques individuelles et collectives qui entre dans le processus visant à définir le contour des garanties constitutionnelles et à déterminer si les

Dans ce contexte, il s'avère utile de préciser les paramètres de ce pouvoir judiciaire, à défaut de savoir le justifier de façon conceptuellement satisfaisante⁹. Qu'en est-il, à cet égard, de la présomption de constitutionnalité en matière de *Charte*¹⁰? La notion même est incertaine, ses contours définitionnels sont flous, et son application dans un contexte de droits et libertés constitutionnels douteuse. La présomption de constitutionnalité, sous l'angle du principe d'interprétation auquel elle donne lieu, constitue peut-être un outil utile pour de meilleures théorie et pratique du contrôle judiciaire de constitutionnalité en matière de droits et libertés en contexte démocratique.

Certaines des incertitudes relatives à cette notion équivoque de présomption de constitutionnalité peuvent être dissipées par une étude de son contexte d'élaboration, de ses fondements et de sa raison d'être.

La fonction que remplit aujourd'hui la Constitution canadienne, sa place bien établie dans l'ordre du droit positif, au sommet de la hiérarchie des normes et sa mise en oeuvre dans le forum judiciaire n'ont nullement été dictées par un ordre naturel et nécessaire des choses. Il est en effet possible d'imaginer une société où les prescriptions constitutionnelles auraient pour objet de guider et d'inspirer l'action étatique, sans pour autant devenir justiciables des tribunaux et donner ouverture à un contentieux constitutionnel d'invalidité ou d'ineffectivité. Ces prescriptions constitutionnelles, quoique constituant les normes sociales suprêmes, ne feraient pas pour autant partie du système de droit positif, ne seraient pas du « droit » administré par les tribunaux. Dans un tel contexte, l'interprétation de la Constitution par la législature, lors de l'élaboration de ses

restrictions que l'État leur impose sont raisonnables, fait donc en sorte que la Cour est et demeurera un allié de la démocratie canadienne, renforçant toute faiblesse de la démocratie en permettant à ceux qui sont exclus d'une participation démocratique égale et effective dans notre société de se faire entendre et en leur offrant une réparation.

Dans le même esprit, le juge Lamer avait énoncé, dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de C.B.*, *supra*, note 6, à la page 497 :

Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enchâsser la Charte dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population canadienne. Ce sont ces représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde.

⁹Voir, pour une excellente analyse critique des différents arguments invoqués au soutien de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité : J.C. Bakan, « Constitutional Arguments : Interpretation and Legitimacy in Canadian Constitutional Thought » (1989) 27 *Osgoode Hall L.J.* 123.

¹⁰Je fais ici référence aux questions soulevées par le juge Beetz dans l'arrêt *P.G. Manitoba c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd* [1987] 1 R.C.S. 110 [ci-après *Metropolitan Stores*], voir *infra*.

choix politiques, serait absolument souveraine, n'étant en fait assujettie qu'à la contrainte des forces démocratiques¹¹.

Les sociétés canadienne et américaine ont plutôt retenu une vision juridique de la Constitution, la rendant justiciable des tribunaux, élément de droit suprême auquel doit céder le pas toute règle législative incompatible. En droit américain, le juge Marshall, dans *Marbury c. Madison*¹², a tracé la voie au contrôle judiciaire de constitutionnalité par un raisonnement apparemment simple : la fonction judiciaire consiste à dire le droit, et, en cas de conflit entre une loi et la Constitution, cette dernière doit prévaloir, la loi incompatible n'étant pas vraiment du droit¹³. Un modèle semblable a prévalu en droit canadien, et on a même enchâssé, en 1982, un texte prévoyant explicitement que la Constitution est la *loi* suprême du Canada et qu'elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit¹⁴. Le passé colonial des deux pays peut expliquer les origines historiques du contrôle judiciaire de la « légalité » des lois : une autorité extérieure dictait les paramètres de la compétence des autorités coloniales, et divers moyens étaient mis en oeuvre afin de vérifier le respect des directives impériales, y compris une forme de contrôle judiciaire¹⁵. Lors de l'accession à l'indépendance, on semble avoir directement transposé ce modèle du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, sans passer par l'étape intermédiaire au cours de laquelle on aurait pu s'interroger sur le sens et la fonction sociale d'une Constitution dans un pays souverain. Aux États-Unis comme au Canada, la Constitution fait intégralement partie du système de droit positif, et est dès lors justiciable des tribunaux.

Si, dans son principe, la légitimité du contrôle *judiciaire* de la constitutionnalité des lois repose sur le fait que la fonction judiciaire consiste à dire le droit et à résoudre les conflits entre deux règles de droit, procédant alors à la hiérarchisation pertinente, nul n'est dupe : on peut à la rigueur concevoir les prescriptions constitutionnelles comme des règles de droit, mais la Constitution n'est certes pas du droit ordinaire. À cause, notamment, de l'importance fondamentale et du libellé général des principes qu'on y retrouve, à cause aussi du carac-

¹¹F. Gélinas, « La primauté du droit et les effets d'une loi inconstitutionnelle » (1988) 67 R. du B. can. 455 à la p. 457 ; J.E. Nowak, R.D. Rotunda et J.N. Young, *Constitutional Law*, 2e éd., St-Paul, Minn, West Publishing, 1983 à la p. 8.

¹²(1803) 5 U.S. 60.

¹³ « As the matter was put, the conclusions were necessary. Much of the reasoning, however, took no notice of the remarkable peculiarities of the situation ; it went forward as smoothly as if the constitution were a private letter of attorney, and the court's duty under it were precisely like any of its most ordinary operations » : J.B. Thayer, « The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law » (1893) 7 Harvard L.R. 129 à la p. 139.

¹⁴*Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, par. 52(1).

¹⁵Voir Thayer, *supra*, note 13 aux pp. 130-31 ; pour le Canada, le fondement semble être la *Loi de 1865 relative à la validité des lois coloniales* (R.-U.), 1865, 28 et 29 Vict., c. 63.

tère drastique des conséquences d'un prononcé judiciaire d'inconstitutionnalité, et du principe démocratique qui s'accommode mal de la remise en question des choix législatifs par des juges non politiquement responsables devant l'électorat, on doit en effet admettre que le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois est un exercice peu banal de mise en oeuvre d'un droit lui aussi peu banal¹⁶.

Malgré certaines analyses légalistes que l'on retrouve dans le contentieux constitutionnel¹⁷, ni les juges ni les législateurs n'oublient ce caractère particulier de la Constitution. C'est ainsi que la remise en question de la constitutionnalité des lois doit respecter des conditions pré-établies, et que le non-respect de ces dernières pourra empêcher le débat au fond d'avoir lieu. On a parlé à ce propos d'une théorie de la décision qui encadrerait de façon étroite les déterminations de constitutionnalité¹⁸, afin que les juges n'oublient pas que c'est d'une Constitution qu'il s'agit¹⁹. Ce n'est que dans ce contexte général de contraintes à l'intérieur desquelles se réalise le contrôle judiciaire de constitutionnalité qu'aura de sens une présomption de constitutionnalité²⁰.

Font notamment partie de ces contraintes les règles et principes relatifs à l'intérêt pour agir, au caractère théorique de la question posée (mootness), à l'avis nécessaire au procureur général et à la compétence des tribunaux. Ainsi, les tribunaux ont développé des règles relatives à la qualité ou à l'intérêt nécessaire afin de pouvoir invoquer un argument d'inconstitutionnalité²¹. Sans cette

¹⁶Voir W. Van Alstyne, « A Critical Guide to *Marbury v. Madison* » (1969) Duke L.J. 1 à la p. 23.

¹⁷Je pense ici, par exemple, à l'analyse technique et formelle à laquelle donne lieu l'application du test de l'article premier de la *Charte* : voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. À ce propos, Bakan affirme : « The *Oakes* test functions to make the inquiry look legal rather than political, an appearance further supported by the majority's precise specifications concerning the onus and standard of proof », Bakan, *supra*, note 9 à la p. 163. Il y a près de cent ans, et dans un contexte de droit américain, Thayer ironisait ainsi, à ce propos :

The court's duty, we are told, is the mere and simple office of construing two writings and comparing one with another, as two contracts or two statutes are construed and compared when they are said to conflict ; ... an ordinary and humble judicial duty, as the courts sometimes describe it. This way of putting it easily results in the wrong kind of disregard of legislative considerations ; ... there takes place a pedantic and academic treatment of the texts of the constitution and the laws.

Thayer, *supra*, note 13 à la p. 138.

¹⁸Note, « Supreme Court Interpretation of Statutes to Avoid Constitutional Decisions » (1953) *Colum. L. Rev.* 633 à la p. 639.

¹⁹Thayer, *supra*, note 13 à la p. 138.

²⁰Ces contraintes ont traditionnellement été plus développées aux États-Unis qu'au Canada. Voir C. Rogerson, « The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter : The Examples of Overbreadth and Vagueness » dans R.J. Sharpe, éd., *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1987, 233 à la p. 253.

²¹Voir les arrêts suivants : *Thorson c. P.G. Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138 ; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265 ; *Ministre de la justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575. On doit cependant remarquer que si les règles relatives à la qualité pour agir ont en

qualité, le débat constitutionnel ne peut avoir lieu. De même, les tribunaux refuseront en principe de répondre à une question constitutionnelle purement académique et théorique²². Et ils ne discuteront de la constitutionnalité d'une loi que si le procureur général a préalablement été avisé²³. Enfin le débat relatif à la constitutionnalité d'un texte de loi ne peut avoir lieu que devant un forum compétent²⁴.

Ces contraintes imposées à la mise en cause de la constitutionnalité des lois font d'une certaine façon contrepoids au considérable pouvoir judiciaire en matière de contrôle de constitutionnalité. Le débat ne peut avoir lieu et la sanction ne peut être imposée que dans un cadre procédural particulier. Hors de celui-ci, il n'y aura pas de débat judiciaire et la constitutionnalité de la loi sera présumée, dans un sens générique, tout comme le sont la bonne foi et la normalité. Dans la population, dans la vie de tous les jours, l'efficace de l'État de droit tient justement à ce que ses normes jouissent de la légitimité du valide, du conforme.

La présomption de constitutionnalité qui m'intéresse plus particulièrement est celle qui joue dans le forum judiciaire²⁵. Si son existence est souvent tenue

principe pour objet de limiter les remises en question de constitutionnalité, l'approche retenue dans ces arrêts par la Cour suprême du Canada a plutôt permis une politique de portes grandes ouvertes.

²²Le récent arrêt *Borowski c. P.G. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 342, porte essentiellement sur cette doctrine. On y retrouve notamment les propos suivants à la p. 353 :

La doctrine relative au caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu'un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a ou peut avoir des conséquences sur les droits des parties.

²³Par exemple, l'article 95 du *Code de procédure civile* du Québec édicte notamment que :

[S]auf si le Procureur général a reçu préalablement un avis conformément au présent article, une disposition d'une loi du Québec ou du Canada ... ne peut être déclarée inapplicable constitutionnellement, invalide ou inopérante, y compris en regard de la Charte canadienne des droits et libertés ... par un tribunal du Québec....

²⁴Pour une discussion relative à une possible compétence des tribunaux administratifs en matière constitutionnelle, voir, notamment : H. Brun, « La compétence des tribunaux administratifs en matière de Charte » (1989) 30 C. de D. 221 ; P.-A. Côté, « La recevabilité des arguments fondés sur les chartes des droits devant les tribunaux administratifs » (1989) 49 R. du B. 455 ; G. Pépin, « La compétence des cours inférieures et des tribunaux administratifs » (1987) 47 R. du B. 509 ; G. Pépin, « La compétence du Tribunal du travail de juger une loi ineffective » (1988) 48 R. du B. 125 ; G. Pépin, « Le tribunal administratif et la constitutionnalité des lois : l'arrêt Tétrault-Gadoury » (1988) 48 R. du B. 827 ; D. Pinard, « Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu'ils jugent inconstitutionnels » (1987-88) 33 R.D. McGill 170.

²⁵Il est possible que le respect de la présomption de constitutionnalité, en contexte judiciaire, soit une condition de son respect à l'extérieur de ce contexte :

... it should be presumed that all their [les législateurs] acts do conform to it [la Constitution] unless the contrary is manifest. This confidence is necessary to insure due

comme établie²⁶ et parfois mise en doute²⁷, son contenu, lui, fait toujours l'objet de controverse²⁸. Le seul élément de certitude à son sujet, semble-t-il, consiste en son rattachement à cet ensemble de contraintes imposées au contrôle judiciaire de constitutionnalité. En langage simple, l'expression veut peut-être tout simplement dire que l'inconstitutionnalité d'une loi est une conclusion à laquelle on ne doit pas se résoudre à la légère. La démocratie se fonde sur la prise de décisions politiques par des législatures responsables devant le peuple. L'évaluation constitutionnelle faite par ces corps politiques²⁹ doit être prise au sérieux, pour au moins deux raisons. D'une part, le choix d'un système démocratique se justifie justement par la confiance, dans le peuple, d'abord, pour le choix de ses représentants, et dans ces derniers, ensuite, pour la sagesse et l'à-propos de leurs décisions. D'autre part, cette évaluation constitutionnelle faite par les législatures sera souvent définitive, souveraine et porteuse de conséquences sociales importantes. En effet, malgré son caractère de plus en plus visible³⁰, la contestation constitutionnelle portée devant les tribunaux demeure l'exception.

Dans cet esprit, la présomption de constitutionnalité, telle qu'elle joue dans le contexte judiciaire lors de la mise en cause de la constitutionnalité d'une loi, réfère essentiellement à une attitude de déférence que doit avoir la cour à l'égard des choix législatifs et de l'interprétation constitutionnelle éventuellement déjà faite par l'autorité législative. Plus techniquement, la présomption présente deux aspects principaux³¹, soit celui du fardeau de la preuve, et celui relatif à la démarche d'interprétation présente dans un litige constitutionnel.

D'abord, l'expression de la présomption de constitutionnalité en matière de preuve amène l'imposition du fardeau de preuve à la partie qui invoque l'in-

obedience to its authority. If this be frequently questioned, it must tend to diminish the reverence for the laws which is essential to the public safety and happiness.

Adm'rs of Byrne c. Adm'rs of Stewart, (1812) 3 Des. 466, cité dans Thayer, *supra*, note 13 à la p. 142.

²⁶On retrouve inévitablement un chapitre sur la présomption de constitutionnalité dans les ouvrages de doctrine en droit constitutionnel canadien.

²⁷Voir J.E. Magnet, « The Presumption of Constitutionality » (1980) 18 Osgoode Hall L.J. 87 à la p. 116, n. 110.

²⁸Voir H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel et supplément 1985 en annexe*, Cowansville, Yvon Blais, 1987 à la p. 331.

²⁹Ce pourrait être, fictivement, l'interprétation de la Constitution à laquelle a procédé le législateur préalablement à l'adoption d'un texte législatif, ou encore celle, postérieure, relative à des prescriptions constitutionnelles nouvelles, qui inciterait ou non à changer une loi déjà adoptée.

³⁰Voir *infra*, texte auquel réfère la note 122.

³¹J'ignore ici un troisième aspect discuté par le juge Beetz dans *Metropolitan Stores*, *supra*, note 10, qu'il appelle le sens littéral de la présomption de constitutionnalité et qui, me semble-t-il, ne prend une importance particulière que dans le contexte d'une demande de suspension d'instance ou d'injonction interlocutoire.

constitutionnalité d'une loi³². À défaut de preuve contraire, par exemple, les faits compatibles avec la constitutionnalité de la loi seront présumés. Ensuite, dans un contentieux constitutionnel, la présomption de constitutionnalité joue en fait le rôle d'un guide pour l'interprétation, tant de la loi dont la constitutionnalité est contestée que des dispositions constitutionnelles pertinentes. L'interprétation de l'une comme des autres devrait tendre à favoriser un jugement de constitutionnalité. L'application du principe à l'interprétation de la loi contestée est souvent dite interprétation « conciliatrice »³³. C'est à ce principe d'interprétation relié à la présomption de constitutionnalité, dans son application aux dispositions constitutionnelles *et* à la loi contestée, que je m'intéresserai dans les pages qui suivent.

Dans une première partie, je tenterai de définir ce principe d'interprétation découlant de la présomption de constitutionnalité. J'expliquerai ses applications aux dispositions constitutionnelles et à la loi dont la constitutionnalité est contestée. Dans ce dernier cas, il s'avérera essentiel de distinguer conceptuellement ce type d'interprétation dite « conciliatrice », d'autres techniques d'adjudication utilisées dans le contentieux constitutionnel, afin de faire ressortir la spécificité de la première.

Une deuxième partie sera consacrée à la démonstration du bien-fondé de l'application de ce principe d'interprétation découlant de la présomption de constitutionnalité dans le cadre du contentieux constitutionnel relatif à la *Charte canadienne des droits et libertés*. J'y traiterai d'abord des objections invoquées à l'encontre de cette application, pour ensuite exposer des justifications particulières militant au contraire en sa faveur, ainsi qu'une limite spéciale.

I. Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité

S'il semble entendu que la notion de présomption de constitutionnalité connaît une manifestation particulière dans le cadre de l'exercice interprétatif réalisé dans le contentieux constitutionnel, les tenants et aboutissants de cet aspect d'interprétation ne reçoivent pas toujours l'attention qu'ils méritent. J'analyserai ici ce principe d'interprétation que l'on rattache généralement à la présomption de constitutionnalité, et qui privilégie une interprétation de la loi dont la constitutionnalité est contestée *et* des dispositions constitutionnelles pertinentes favorisant un jugement de compatibilité, donc de constitutionnalité. Je verrai tout d'abord l'application du principe à l'interprétation de la Constitution,

³²Voir Brun et Tremblay, *supra*, note 28 à la p. 332 ; P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1985 à la p. 324 ; R.M. McLeod *et al.*, *The Canadian Charter of Rights : The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences*, t. 1, Toronto, Carswell, 1983 à la p. 2-189.

³³Voir P.-A. Côté, *supra*, note 5 à la p. 124.

puis son application à la loi dont la constitutionnalité est contestée. Dans ce dernier cas, je préciserai le type de loi susceptible d'une telle interprétation conciliatrice, puis je situerai la place relative de cette interprétation conciliatrice dans le contentieux constitutionnel. Je considérerai finalement les fondements et les limites du principe d'interprétation relié à la présomption de constitutionnalité.

A. Les éléments constitutifs du principe

1. L'interprétation des dispositions de la Constitution de façon à favoriser un jugement de constitutionnalité de la loi contestée

Si la règle d'interprétation selon laquelle une loi contestée doit, autant que possible, être interprétée de manière qu'elle soit conforme à la Constitution³⁴ est familière, il se trouve une autre manifestation du principe interprétatif découlant de la présomption de constitutionnalité, relative, celle-là, à l'interprétation de la Constitution, et qui souvent est négligée. En vertu de cette manifestation, la Constitution, ou une disposition particulière de celle-ci, devrait, autant que possible, être interprétée de manière à asseoir constitutionnellement la loi contestée³⁵. La Cour suprême du Canada l'a ainsi formulé :

It is, I consider, our duty to make every possible presumption in favor of such Legislative Acts, and to endeavour to discover a construction of the *British North America Act* which will enable us to attribute an impeached Statute to a due exercise of constitutional authority, ...³⁶

Le caractère généralement vague des dispositions constitutionnelles n'impose pas inexorablement une signification précise, unique et indiscutable, et le principe favorisant la conclusion de l'existence d'un support constitutionnel à la loi contestée pourra, dans la plupart des cas, s'appliquer sans faire violence, ni au texte, ni aux autres principes d'interprétation de la Constitution.

Je reviendrai plus loin au fondement de ce dernier principe, que l'on peut rattacher soit au respect d'une interprétation constitutionnelle faite par le parlement qui a édicté la norme législative, soit à un postulat de cohérence, soit encore, plus directement, à une simple attitude de déférence à l'égard des choix législatifs et de respect d'une forme de séparation des pouvoirs. Qu'il suffise pour le moment de souligner l'existence, souvent oubliée, de ce principe d'interprétation de la Constitution découlant de la présomption de constitutionnalité.

³⁴La formulation est ici du juge Beetz, dans *Metropolitan Stores*, *supra*, note 10 à la p. 125.

³⁵Voir Magnet, *supra*, note 27 aux pp. 116-20 ; McLeod, *supra*, note 32 aux pp. 2-189-2-190.

³⁶*Severn c. R.* (1879), 2 S.C.R. 70 à la p. 103.

2. L'interprétation conciliatrice de la loi contestée de façon à favoriser un jugement de constitutionnalité

a. *Le type de loi susceptible d'une telle interprétation*

On doit remarquer tout d'abord que ce principe d'interprétation de la loi dont la constitutionnalité est contestée ne semble applicable qu'à une loi ou à une disposition législative libellées de manière générale, dont les termes sont susceptibles d'applications, certaines constitutionnelles et d'autres pas. C'est donc l'interprétation dans son sens large qui sera discutée ici, c'est-à-dire non seulement le fait de préciser le sens des termes, mais aussi, et surtout, la détermination de la portée de la norme, de ses applications³⁷. Dans les pages qui suivent, je m'intéresserai donc à l'interprétation conciliatrice de textes législatifs formulés de façon telle qu'ils sont susceptibles d'applications dont certaines pourraient être inconstitutionnelles.

b. *Formulation et place dans le contentieux constitutionnel*

Ce principe d'interprétation veut que la loi contestée doive, autant que raisonnablement possible, être interprétée de manière à être conforme à la Constitution³⁸. Plus particulièrement, il s'agit d'interpréter une loi formulée en termes généraux comme ne s'appliquant qu'aux situations relevant de la compétence du parlement l'ayant adoptée³⁹. Cette interprétation conciliatrice ne s'applique cependant que lorsque la majorité des applications du texte sont constitutionnelles. Théoriquement, ce principe entre en jeu, de même que tous les autres principes d'interprétation, à une étape logiquement antérieure à toute décision sur la constitutionnalité de la loi⁴⁰. C'est une loi dont on comprend le sens et la portée, une loi d'abord interprétée et comprise qui doit ensuite passer le test constitutionnel. Dans un premier temps, donc, la signification de la loi contestée sera déterminée à partir des principes ordinaires d'interprétation des lois : on recherchera le sens des mots utilisés à la lumière du contexte et de l'objectif poursuivi par le législateur. Lors de cette détermination, on cherchera à

³⁷Voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 1982 à la p. 2. Cette conception large de l'interprétation est consacrée, notamment en droit transitoire. La présomption à l'encontre de la rétroactivité des lois, par exemple, est un principe d'interprétation qui s'intéresse à la portée plutôt qu'au sens intrinsèque de la norme.

³⁸Voir Brun et Tremblay, *supra*, note 28 à la p. 332 ; Côté, *ibid.*, à la p. 318 ; Hogg, *supra*, note 32 à la p. 327 ; F. Chevette et H. Marx, *Droit constitutionnel*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981 à la p. 310 ; McLeod, *supra*, note 32 à la p. 2-194 ; B.L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1988 aux pp. 251-52.

³⁹Brun et Tremblay, *supra*, note 28 aux pp. 350-51.

⁴⁰Voir, pour un tel type d'analyse, en contexte de droit américain cependant, Note, *supra*, note 18 à la p. 642 et s.

éviter des résultats absurdes, déraisonnables, et inconstitutionnels, en autant que les contraintes textuelles le permettront. Cet aspect interprétatif de la présomption de constitutionnalité ne constitue nullement un élément radicalement nouveau ou différent en interprétation des lois. On a souvent limité la portée d'une expression générale de façon à éviter des résultats absurdes ou des injustices⁴¹. Le principe ici discuté ne suggère qu'une manifestation plus précise de principes traditionnels généraux : dans la mesure où cela peut se réaliser sans faire violence aux autres directives d'interprétation, on doit préférer une interprétation de la loi qui permettra d'éviter des résultats inconstitutionnels. Cette interprétation conciliatrice s'accomplira généralement par l'interprétation d'un texte de portée large, de façon à exclure des applications qui seraient inconstitutionnelles.

Ainsi, on retrouve dans le contentieux constitutionnel relatif au partage des compétences entre le fédéral et les provinces certains arrêts où l'on a vraisemblablement⁴² interprété les termes généraux d'un texte de loi comme ne s'appliquant pas à des objets hors de la compétence constitutionnelle de l'autorité ayant édicté la norme⁴³. L'exemple classique est bien sûr la décision de la Cour suprême du Canada dans *McKay c. R.*⁴⁴, où une réglementation provinciale relative à l'affichage fut interprétée comme ne s'appliquant pas à des affiches utilisées dans le contexte d'une élection fédérale. Le juge Cartwright, pour la majorité, a ainsi expliqué le principe de l'interprétation conciliatrice :

... if an enactment, whether of Parliament or of a legislature or of a subordinate body to which legislative power is delegated, is capable of receiving a meaning according to which its operation is restricted to matters within the power of the enacting body it shall be interpreted accordingly. An alternative form in which the rule is expressed is that if words in a statute are fairly susceptible of two constructions of which one will result in the statute being *intra vires* and the other will have the contrary result the former is to be adopted.⁴⁵

« Reading down » est l'expression consacrée pour décrire cette technique de l'interprétation conciliatrice de la loi contestée. L'expression est abusive, en ce qu'elle implique que l'interprétation conciliatrice se réalise exclusivement par la restriction du sens d'une disposition. Or, l'interprétation conciliatrice peut

⁴¹Voir Côté, *supra*, note 37 aux pp. 391 et s.

⁴²Voir *infra*, la discussion de la confusion possible entre interprétation conciliatrice et déclaration d'inconstitutionnalité limitée à certaines applications seulement d'un texte législatif. Il est souvent difficile de préciser la technique exacte à laquelle les tribunaux ont recouru.

⁴³Voir, par exemple : *Quebec North Shore Paper Company c. C.P. Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054 (interprétation d'une disposition générale de la loi sur la Cour fédérale en conformité avec l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) ; *Registrar of Motor Vehicles c. Canadian American Transfer Limited*, [1972] R.C.S. 811 (interprétation du terme « véhicule » en conformité avec les règles du partage des compétences).

⁴⁴*McKay c. R.*, [1965] R.C.S. 798.

⁴⁵*Ibid.* aux pp. 803-04.

aussi être conceptualisée comme la lecture de conditions d'application implicitement contenues dans le message législatif, « reading in » et « reading down » n'étant alors que les deux côtés d'une même médaille. L'expression est donc non seulement abusive, mais elle est aussi trompeuse, suggérant une démarche interprétative essentiellement passive et négative. L'effet rhétorique en est cependant certain : le « reading down » apparaît, à première vue, plus acceptable que le « reading in », plus respectueux de la séparation des pouvoirs publics en contexte démocratique. Cet effet ne doit cependant pas faire oublier l'identité du processus⁴⁶.

Théoriquement, donc, cet exercice interprétatif se réalise préalablement à toute détermination de constitutionnalité. Ce n'est qu'une fois que l'interprétation aura rendu le texte plus explicitement lui-même⁴⁷ que l'on arrivera au test de constitutionnalité. Bien sûr, cette conception est théorique et abstraite à l'excès, car le doute relatif à la constitutionnalité pré-existe évidemment à l'exercice interprétatif : l'interprétation conciliatrice est probablement faite dans le but même d'éviter d'avoir à en arriver à un jugement d'inconstitutionnalité. Cependant, la distinction des étapes théoriques demeure pertinente à certains égards : la démarche interprétative suggérée par la présomption de constitutionnalité n'ajoute qu'un facteur pertinent à cette activité traditionnelle et légitime d'interprétation du droit par les juges. Elles recherchent alors l'intention du législateur telle que manifestée dans le langage employé dans le texte de loi, et doivent lui donner effet. La cohérence du texte, tout comme les limites sémantiques, contraignent alors l'activité judiciaire. Par opposition, un contentieux de constitutionnalité, où les juges décident de ce qui est ou non constitutionnellement permis, échappe à ces limites propres à la simple activité d'interprétation : c'est alors ultimement la Constitution, et non plus la volonté du législateur, qui justifiera la décision rendue.

⁴⁶Rogerson explique fort bien la problématique :

The term reading down was chosen to suggest a narrowing construction, a technique of interpretation. It has been recognized however, that this narrowing construction is accomplished by reading in a limitation on the operation of the law. The term reading in suggests aspects of the judicial role different from those traditionally understood to be involved in reading down. Reading in implies a judicial re-writing of legislation, the act of adding something which the legislature did not include. It thus challenges the traditional understanding of reading down as an act of interpretation and as well suggests an affirmative remedial role for courts (*i.e.* the adding of provisions) which challenges the essentially negative role (*i.e.* the nullifying or limiting of provisions) which has been traditionally understood to be involved in both reading down and invalidation.

Supra, note 20 à la p. 235.

⁴⁷L'expression est de Stéphane Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980 à la p. 89 : « ... en principe, l'interprétation ne devrait pas pouvoir être conçue autrement que comme question de droit puisque son résultat est réputé, fiction nécessaire, ne rien ajouter au texte interprété, n'avoir pour effet que de le faire être lui-même ».

En théorie, lorsqu'un texte se prête à une interprétation conciliatrice, la question constitutionnelle ne se pose plus, la signification du texte déterminée par interprétation ne soulevant plus de doute. Il s'avère cependant ici utile, à des fins de systématisation conceptuelle, de considérer les autres résultats possibles, lorsque l'interprétation conciliatrice a été jugée impossible, et que le jugement d'inconstitutionnalité s'impose. Cela permettra de mieux percevoir certains des enjeux relatifs au statut de l'interprétation conciliatrice⁴⁸.

Lorsque la constitutionnalité de certaines applications d'un texte législatif formulé en termes généraux est problématique, comme, par exemple, l'application d'une loi provinciale en matière de santé et sécurité au travail à une entreprise fédérale, ou encore l'imputation légale d'une intention de trafic à une personne ne possédant qu'une infime quantité de stupéfiants (risquant de porter atteinte à la présomption d'innocence constitutionnellement garantie), il semble qu'essentiellement trois réponses judiciaires soient théoriquement possibles. Tout d'abord, on l'a vu, l'interprétation conciliatrice permettra de tuer dans l'oeuf ce doute constitutionnel : les textes législatifs seront interprétés comme ne couvrant pas les cas d'application dont la constitutionnalité est incertaine, et tout prononcé d'inconstitutionnalité sera alors évité. D'autre part, on pourra prononcer l'inconstitutionnalité, soit des seules applications problématiques, soit de l'ensemble du texte dans son application générale. On peut remarquer tout de suite que la possibilité d'une déclaration d'inconstitutionnalité de certaines applications seulement d'un texte législatif ne se présente pas dans les cas où l'objet même de la loi est jugé inconstitutionnel. Des considérations et conséquences particulières se rattachent à chacune de ces options.

Tout d'abord, on doit remarquer une similitude de résultats obtenus par les procédés d'interprétation conciliatrice et de déclaration d'inconstitutionnalité de certaines applications seulement d'un texte législatif. En effet, dans les deux cas, la loi sera purifiée constitutionnellement, d'une part par interprétation, et de l'autre, de façon formellement plus drastique, par imputation judiciairement prononcée. Dans les deux cas, les seules applications problématiques sont évitées, et le reste de la loi continue d'opérer pleinement, contrairement à ce qui se passe dans le cas d'une déclaration générale d'inconstitutionnalité⁴⁹. Cette

⁴⁸Voir, généralement, pour une analyse comparable, Note, *supra*, note 18 à la p. 640 et s.

⁴⁹En matière de *Charte*, une particularité mérite d'être mentionnée. En effet, le paragraphe 24(2) de la *Charte* prévoit les modalités d'exclusion d'éléments de preuve obtenus dans des conditions portant atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Eu égard à la distinction qui m'intéresse ici, cette disposition pourra recevoir application pour des motifs différents, selon qu'il s'agit d'un cas de déclaration d'inconstitutionnalité limitée à certains effets, ou encore d'interprétation conciliatrice. Dans le premier cas, l'atteinte aux droits et libertés proviendra du texte législatif jugé partiellement inconstitutionnel, et, possiblement, des actes d'autorités publiques posés en conformité avec ce texte. Dans le second cas, l'atteinte ne pourra découler que de ces derniers, le texte législatif ayant été interprété comme n'autorisant pas de résultats inconstitutionnels. Les actes

similitude de résultats est une source constante de confusion. En effet, les deux techniques sont souvent difficiles à distinguer⁵⁰. Les affaires récentes dans lesquelles la Cour suprême du Canada a décidé que certaines dispositions de la réglementation provinciale en matière de santé et sécurité au travail ne s'appliquaient pas à des entreprises fédérales en sont un exemple⁵¹. Les jugements peuvent s'expliquer par une interprétation conciliatrice des dispositions contestées ou encore par une déclaration d'inconstitutionnalité limitée à certaines de leurs applications. La lecture de ces arrêts permet difficilement de découvrir quelle technique a en fait été utilisée⁵².

De la même façon, la confusion semble se manifester dans la jurisprudence relative à l'application de lois provinciales générales aux terres réservées aux Indiens. Dans les cas où on conclut à non-application, il est en effet difficile de savoir sur quelle technique se fonde la conclusion⁵³.

Cette parenté fonctionnelle ne doit cependant pas masquer les différences conceptuelles importantes entre les deux procédés. En effet, contrairement à l'interprétation conciliatrice, la déclaration d'inconstitutionnalité de certaines ou de l'ensemble des applications d'un texte législatif n'est limitée, ni par le sens de ce dernier, ni par son économie générale, ni par l'intention du législateur. Rogerson l'explique ainsi :

ayant porté atteinte aux droits et libertés l'auront alors fait en l'absence de toute autorisation législative.

⁵⁰Voir Rogerson, *supra*, note 20 aux pp. 234, 248.

⁵¹*Bell Canada c. Québec C.S.S.T.*, [1988] 1 R.C.S. 749 ; *C.N. c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868 ; *Alltrans Express Ltd c. B.C.*, [1988] 1 R.C.S. 897.

⁵²Par exemple, si l'on retrouve, dans *Bell Canada c. Québec C.S.S.T.*, *ibid.*, certains passages permettant de croire que la Cour se livrait essentiellement à un exercice d'interprétation (ex. « D'ailleurs, il y a lieu de douter sérieusement que le législateur québécois ait pu penser et vouloir que la Loi s'applique à des entreprises fédérales... », à la p. 815), il n'apparaît pas évident qu'au-delà d'un exercice d'interprétation, le jugement n'est pas, en fait, un prononcé d'inconstitutionnalité de l'application du texte contesté, aux entreprises fédérales.

⁵³Par exemple, dans *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, la Cour suprême du Canada a jugé qu'une législation provinciale concernant le partage des biens familiaux était inapplicable aux terres réservées aux Indiens. On retrouve, à la p. 296, le passage suivant :

Lorsqu'une loi provinciale, par ailleurs valide, compte tenu de la généralité de ses termes, s'étend hors du domaine où la législature peut exercer sa compétence provinciale, à une matière de compétence fédérale exclusive, elle doit, pour demeurer constitutionnelle, être atténuée et recevoir le sens restreint qui la confine au champ de compétence provinciale.

La question constitutionnelle posée à la Cour était cependant formulée en termes de l'applicabilité constitutionnelle des dispositions contestées, et la Cour a répondu négativement (à la p. 305). Peut-on vraiment conclure en termes d'applicabilité *constitutionnelle*, lorsque l'on a répondu par simple interprétation *statutaire* ?

... unlike reading down, a declaration of partial invalidity is not based upon interpretation or construction and hence is not limited by the text or notions of legislative intention ...⁵⁴

[T]he theoretical distinction between narrowly construing a law and a partial declaration of invalidity is important because reading down, as traditionally understood by our courts, has been limited by legislative intention. The narrowing construction must be one which the actual language of the statute is capable of bearing.⁵⁵

Dans la logique du contentieux constitutionnel relatif aux applications d'un texte législatif largement formulé, ce n'est ni l'intention du législateur ni l'harmonie du texte que l'on cherche à protéger, mais plutôt la suprématie de la Constitution. Dès lors, lorsque certaines applications sont jugées inconstitutionnelles, l'intention du législateur à leur égard devient tout simplement non pertinente.

La décision de la Cour suprême du Canada dans *Clark c. C.N.*⁵⁶ n'aide malheureusement pas à préciser cette importante distinction conceptuelle. Dans cette affaire, la Cour devait décider de l'applicabilité d'un délai de prescription, prévu à la *Loi sur les chemins de fer*, à un recours de droit commun fondé sur la négligence. Après avoir reconnu qu'interprétation et constitutionnalité sont intimement liées⁵⁷, la Cour procède d'abord à l'interprétation de la disposition en litige. Elle conclut à cet égard qu'objet et texte concourent à une même interprétation : du strict point de vue législatif, la disposition de la loi fédérale prévoyant la prescription s'applique à *toute* action intentée contre la compagnie de chemin de fer. Correctement interprétée, la disposition est donc d'application générale⁵⁸. La Cour poursuit ensuite son analyse sur le terrain de la constitutionnalité. Il est jugé que dans ce contexte, la compétence constitutionnelle du Parlement fédéral, en matière de prescription, est limitée à son application aux causes d'action valablement créées par la *Loi sur les chemins de fer*. La conclusion ultime en est une d'inconstitutionnalité ainsi formulée :

Nous concluons que le par. 342(1) est *ultra vires* du Parlement fédéral dans la mesure où il vise à s'appliquer à une action en *common law* fondée sur la négligence dans la mise en service d'un chemin de fer⁵⁹.

Il s'agit donc, me semble-t-il, d'une déclaration d'inconstitutionnalité limitée à certaines applications d'une disposition législative formulée en termes généraux. Or, le processus est présenté par la Cour comme un exercice interprétatif, comme l'interprétation atténuée (« reading down ») de la disposition en

⁵⁴Rogerson, *supra*, note 20 à la p. 235.

⁵⁵*Ibid.* à la p. 248.

⁵⁶*Clark c. C.N.*, [1988] 2 R.C.S. 680.

⁵⁷*Ibid.*, à la p. 689.

⁵⁸*Ibid.*, à la p. 695.

⁵⁹*Ibid.*, à la p. 710.

cause. On se demande en effet : « ... s'il est possible de donner au par. 342(1) une portée plus restreinte qui soit acceptable sur le plan constitutionnel »⁶⁰, et on conclut que « ... l'interprétation de la disposition peut et doit être restreinte »⁶¹. Il devient cependant difficile de maintenir qu'on se situe toujours au plan de l'interprétation, lorsque l'on doit aussi ouvertement contredire une intention législative que l'on a par ailleurs dite claire. La tension avec les directives acceptées en interprétation des lois est extrême. La Cour ne s'en cache pas : l'interprétation qu'elle accorde au texte contredit vraisemblablement l'intention du Parlement :

Il se peut que le Parlement n'ait pas eu l'intention de restreindre la disposition sur la prescription aux causes d'action que la loi créait spécifiquement, mais il est possible de donner au par. 342(1) ce sens restreint⁶².

La Cour aurait dû se satisfaire d'une déclaration d'inconstitutionnalité limitée à certaines applications du texte. Le recours artificiel au principe d'interprétation conciliatrice, dans un contexte qui ne s'y prête pas, parce que ce principe contredit alors tous les autres principes acceptés en interprétation, discrédite la fonction judiciaire d'interprétation des lois.

La décision de limiter la déclaration d'inconstitutionnalité aux seules applications prouvées inconstitutionnelles ou encore de l'étendre à l'ensemble du champ potentiellement couvert par la disposition législative, quant à elle, dépendra de plusieurs facteurs⁶³. C'est dans le cadre de cette décision seulement que se pose la question de la divisibilité, c'est-à-dire de la possible survie des autres applications du texte législatif, alors que certaines ont été déclarées inconstitutionnelles⁶⁴. La divisibilité dépendra tout d'abord de l'aptitude des

⁶⁰*Ibid.*, à la p. 709.

⁶¹*Ibid.*, à la p. 710.

⁶²*Ibid.*

⁶³En droit canadien, la tendance du contentieux constitutionnel fondé sur le partage des compétences législative serait la suivante : on conclut à indivisibilité et on prononce un jugement global d'inconstitutionnalité. Cette tendance s'explique probablement par la nature de ce contentieux fondé sur l'objet et le caractère véritable de la loi, plutôt que sur les effets particuliers produits. Voir Hogg, *supra*, note 32 à la p. 325 ; Rogerson, *supra*, note 20 à la p. 239.

⁶⁴Pour une discussion générale de la question de divisibilité, voir Brun et Tremblay, *supra*, note 28 à la p. 334 ; Hogg, *supra*, note 32 à la p. 325 ; D. Gibson, *The Law of the Charter : General Principles*, Toronto, Carswell, 1986 à la p. 188. La question de divisibilité se pose généralement en rapport à des parties, plutôt qu'à des applications d'un texte. La problématique en est cependant la même dans les deux cas. Voir, pour une opinion contraire : Rogerson, *supra*, note 20 à la p. 246. Rogerson considère que la question de divisibilité ne se pose que lorsqu'une disposition particulière d'un texte législatif est inconstitutionnelle, et non pas lorsque certaines applications seulement d'un seul texte formulé en termes généraux sont inconstitutionnelles. La distinction qu'il opère me semble formaliste. On pourrait en effet facilement concevoir le texte formulé en termes généraux comme deux dispositions dont le champ d'application serait explicitement formulé, constitutionnel pour l'une et inconstitutionnel pour l'autre. Une fois l'inconstitutionnalité de la dernière disposition

applications qui n'ont pas été jugées inconstitutionnelles à produire, en elles-mêmes, un effet légal. Un élément teinté au coin de la fiction constitue le deuxième facteur à considérer : le législateur, sachant l'inconstitutionnalité de certaines applications du texte, souhaiterait-il la survie des applications résiduelles, ou, autrement dit, aurait-il adopté un texte limité à ces dernières applications ? Il s'agit ici d'une interrogation portant sur la conformité des applications résiduelles avec la politique législative, et non pas sur l'intention législative initiale, lors de l'adoption du texte dans son intégralité. Il semble enfin que l'on doive ajouter d'autres considérations à ces deux critères classiques en matière de divisibilité. Et, sans arriver, en soi, à neutraliser les différences conceptuelles importantes entre l'interprétation conciliatrice et la déclaration d'inconstitutionnalité limitée à certaines applications d'un texte, il semble que ces considérations s'appliquent aux deux procédés. Je réfère tout d'abord ici à des exigences fondamentales d'accessibilité et d'intelligibilité des textes législatifs dans un contexte démocratique : on devrait pouvoir se fier aux textes législatifs pour ce qu'ils disent à leur face même, et on pourrait soutenir que des applications ne devraient en être exclues (par interprétation ou déclaration partielle d'inconstitutionnalité, selon le cas), que dans la mesure où cette exclusion peut être clairement et simplement formulée, comme sous la forme de catégories de personnes ou d'activités⁶⁵. Ainsi, une application d'un texte de loi qui ne devient inconstitutionnelle qu'à la lumière d'un ensemble de circonstances factuelles particularisées ne devrait donner lieu ni à une interprétation conciliatrice excluant cette application ni à une déclaration d'inconstitutionnalité limitée à cette dernière. Dans ce dernier cas, une déclaration générale d'inconstitutionnalité s'imposerait : le texte est porteur d'inconstitutionnalités potentielles et les cas d'application ne seraient divisibles qu'au prix d'une incertitude telle qu'elle risquerait de paralyser l'exercice légitime de droits et libertés constitutionnels⁶⁶. La limite d'une telle approche est cependant la disproportion de la sanction imposée, eu égard au caractère particularisé de l'inconstitutionnalité constatée. En effet, au nom de certaines inconstitutionnalités sporadiques, le texte législatif, visant par ailleurs des objectifs légitimes et constitutionnellement irréprochables, sera alors privé de tout effet. On peut se demander si, outre l'imprévi-

constatée, se poserait alors la question de divisibilité. Il ne s'agit que d'une distinction de forme, à mon avis non pertinente.

⁶⁵Tribe s'exprime ainsi, à propos de l'interprétation conciliatrice dans les cas où certaines applications d'un texte pourraient enfreindre les libertés garanties par le premier amendement à la Constitution américaine :

[A] court can adopt an adequate saving construction only if the surviving portion of the statute clearly and unambiguously restricts conduct that is not privileged by the first amendment and only such conduct. By pruning a statute of its overbroad sections, courts run the risk of leaving the remainder impermissibly vague.

L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2e éd., Mineola, N.Y., Foundation Press, 1988 à la p. 1030. Voir aussi P.-A. Côté, *supra*, note 5 à la p. 127.

⁶⁶Voir, sur cette question du « chilling effect » : Rogerson, *supra*, note 20 aux pp. 260-61.

sibilité et l'insécurité créées par des jugements ponctuels d'inconstitutionnalité, la mise en oeuvre des objectifs législatifs légitimement poursuivis ne constitue pas aussi un élément important à pondérer avant de décider de l'ampleur de la déclaration d'inconstitutionnalité à prononcer.

Une autre donnée est présente à la fois en contexte d'interprétation conciliatrice et de déclaration d'inconstitutionnalité limitée à certaines applications seulement d'un texte législatif, soit la réticence des tribunaux à établir des distinctions là où le législateur n'en a pas exprimé. L'un et l'autre procédé ont en effet comme conséquence, d'une certaine façon, de distinguer entre les applications là où le législateur n'a formellement prévu qu'une règle générale, et de ne sanctionner que certaines d'entre elles. La décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Oakes*⁶⁷ illustre bien cette réticence des tribunaux à « ré-écrire » les lois. On y retrouve le passage suivant :

Initially, I was attracted to the view held by some trial judges ... that s.8 was constitutional but inoperative in those cases where the accused possessed only a small quantity of a narcotic drug which did not indicate that the drug was possessed for the purpose of trafficking. After careful consideration I have rejected that view. Parliament has made no distinction based upon the quantity of drugs possessed, and I do not think that we are entitled to re-write the statute⁶⁸.

Au nom du respect de la séparation des pouvoirs publics, la Cour a donc prononcé l'inconstitutionnalité absolue de la disposition législative, et ainsi empêché la réalisation des objectifs législatifs légitimes dans tous les cas d'application de la disposition, constitutionnels ou non⁶⁹.

On peut cependant se demander ce qui, de l'interprétation conciliatrice ou du prononcé d'inconstitutionnalité de certaines seulement ou de toutes les applications d'un texte législatif général, fait le plus violence à l'orthodoxie de la séparation des pouvoirs telle qu'aménagée en droit canadien. Rogerson illustre bien la relativité de la question, rappelant les tendances du droit canadien et du droit américain. En vertu du premier, du moins dans le contentieux constitutionnel traditionnel de partage des compétences, la déclaration générale d'inconstitutionnalité est considérée comme plus respectueuse de la séparation institutionnelle des pouvoirs publics. Au contraire, en droit américain, dans un contentieux de droits et libertés, la déclaration générale d'inconstitutionnalité est critiquée comme étant disproportionnée et trop radicale⁷⁰.

⁶⁷R. c. *Oakes* (1983), 40 O.R. (2d) 660 ; 2 C.C.C. 339 (C.A.).

⁶⁸*Ibid.*, aux pp. 682-83.

⁶⁹Cette décision de la Cour d'appel de l'Ontario a été confirmée en Cour suprême du Canada, R. c. *Oakes*, *supra*, note 17, pour d'autres motifs, et sans référence à la question discutée ici. Pour une discussion de la décision de la Cour suprême du Canada, voir *infra*, texte accompagnant la note 103.

⁷⁰Rogerson, *supra*, note 20 à la p. 256.

Les techniques imposent aussi des sorts différents à la personne qui désire invoquer l'inconstitutionnalité d'un texte dans ses applications hypothétiques à d'autres qu'à elle-même, alors que l'application à son propre cas ne pose aucune difficulté constitutionnelle⁷¹. L'interprétation conciliatrice et la déclaration d'inconstitutionnalité des seuls effets problématiques ne sauraient empêcher l'application de la loi à son cas, puisqu'elles ne mettent justement à l'écart que les cas d'application dont la constitutionnalité est incertaine. La seule façon d'obtenir ce résultat immédiat serait en fait de démontrer l'existence de possibles applications inconstitutionnelles et l'indivisibilité des applications, qu'elles soient conformes ou non, et d'ainsi obtenir une déclaration générale d'inconstitutionnalité du texte⁷². Ainsi, la personne à qui l'on applique une présomption légale d'intention de trafic, à partir d'une simple preuve de possession de stupéfiants, mais qui ne peut démontrer d'effets inconstitutionnels dans son propre cas (eu égard, par exemple, à l'énorme quantité possédée) ne pourra personnellement profiter que d'une déclaration générale d'inconstitutionnalité. Des techniques plus fines ne lui seront d'aucun secours.

L'interprétation conciliatrice constitue un exercice interprétatif théoriquement préalable à la détermination de la constitutionnalité du texte. L'interprète est donc liée par les contraintes traditionnelles d'intention, de texte et de cohérence, par exemple, qui ne jouent en principe plus lorsqu'il s'agit de prononcer l'inconstitutionnalité de certaines applications du texte. L'interprétation conciliatrice et la déclaration d'inconstitutionnalité limitée à certaines applications d'un texte présentent cependant des ressemblances considérables, dont l'une, notoire, soit l'identité du résultat dans le cas d'espèce⁷³. Ces ressemblances ne doivent cependant pas faire oublier la différence conceptuelle essentielle entre les deux, oubli qui ne se réaliserait qu'au prix du discrédit de l'une ou l'autre technique. En effet, qualifier d'interprétation conciliatrice une déclaration partielle d'inconstitutionnalité légitimement faite en violation de l'intention évidente du législateur, par exemple, encourage le scepticisme à l'égard de la technique d'interprétation. La tentation de le faire peut cependant être grande, considérant la plus grande légitimité de l'exercice interprétatif. De la même

⁷¹Cette question est intimement reliée à celle de l'intérêt requis pour soulever une question constitutionnelle : voir *supra*, note 21. Il est intéressant de remarquer que plusieurs déclarations générales d'inconstitutionnalité prononcées par la Cour suprême du Canada l'ont été dans des contextes où, justement, seule l'inconstitutionnalité de certains effets extérieurs et hypothétiques était démontrée. Voir, par exemple, les arrêts *R. c. Oakes*, *supra*, note 17 ; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045 ; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. Je n'inclus pas ici l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295, où, ayant jugé que l'objet même de la loi portait atteinte à une liberté constitutionnellement protégée, on ne pouvait que conclure à l'inconstitutionnalité de la loi dans l'ensemble de ses applications.

⁷²Ce raisonnement explique peut-être le résultat atteint dans les décisions mentionnées à la note précédente.

⁷³Voir *supra*, la note 49, où une différence de modalité d'application du mécanisme d'exclusion de preuve prévu au paragraphe 24(2) de la *Charte* est discutée.

façon, déclarer inconstitutionnelles les applications d'un texte de loi que l'on pouvait éviter par simple interprétation légitime revient à tirer un coup d'épée dans l'eau, ou encore à tuer un maringouin au lance-flammes : le danger est ici de banaliser l'exercice d'un pouvoir dont les contours devraient plutôt être délimités avec soin.

B. *Les fondements du principe*

Le principe d'interprétation découlant de la présomption de constitutionnalité semble reposer sur trois fondements distincts, soit le respect d'une intention présumée du législateur, un postulat de cohérence et d'harmonie de l'ordre juridique, et enfin une attitude de déférence du pouvoir judiciaire à l'égard des choix législatifs, directement motivée par une certaine conception de la séparation des pouvoirs publics.

Le fondement relatif à l'intention du législateur est le plus familier. Dans la conception traditionnelle, l'exercice d'interprétation des lois consiste en effet à rechercher l'intention du législateur telle qu'elle s'est manifestée dans le texte législatif adopté. Dans cette recherche d'intention, certaines prémisses sont acceptées : le législateur est juste, rationnel et raisonnable. De même est-il censé vouloir se contraindre aux limites de sa juridiction constitutionnelle⁷⁴ : on doit présumer que le législateur a voulu viser un objet relevant de sa propre juridiction, par une réglementation dont les effets sont aussi intra-juridictionnels. Dans certains cas, la présomption est confirmée par une manifestation explicite de la volonté du législateur de voir tous ses textes interprétés conformément à la Constitution⁷⁵. En l'absence de telles clauses d'interprétation, cependant, le

⁷⁴Voir Magnet, *supra*, note 27 à la p. 97.

⁷⁵Par exemple, l'article 15 A. de l'*Interpretation Act 1901* d'Australie énonce :

Every Act shall be read and construed subject to the Constitution, and so as not to exceed the legislative power of the Commonwealth, to the extent that, where any enactment thereof would but for this section, have been construed as being in excess of that power, it shall nevertheless be a valid enactment to the extent to which it is not in excess of that power.

Voir Colin Howard, *Australian Federal Constitutional Law*, 3e éd., Law Book Company, Sydney, 1985 aux pp. 31-32. À un niveau autre que strictement constitutionnel, la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 prévoit aussi, à son article 53, que : « Si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte ». Enfin, on retrouve aussi un tel principe d'interprétation dans la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, App. III, qui prévoit notamment, à son article 2, que : « Toute loi du Canada ... doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou libertés reconnus et déclarés aux présentes ... ». La jurisprudence relative à la *Déclaration*, par ailleurs incertaine quant à l'effet de cette dernière en cas de réel conflit, a fidèlement donné suite à cette directive d'interprétation. Voir, par exemple : *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693 ; *R. c. Shelley*, [1981] 2 R.C.S. 196 ; *Brownbridge c. R.*, [1972] R.C.S. 926 ; *Fleming (succession Gombosh) c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 415. On a invoqué l'absence d'une telle directive d'interprétation dans la *Charte canadienne des droits et libertés* pour refuser l'application de l'in-

recours à une intention présumée du législateur, s'il s'harmonise tout à fait avec une vision de l'interprétation judiciaire des lois comme simples relais de mise en oeuvre de la volonté législative, ouvre la voie aux critiques maintenant classiques de cette rhétorique du recours à l'intention du législateur⁷⁶. Rogerson, par exemple, dénonce ainsi le recours à une intention fictive :

In many of the cases where reading down has been used, the notion of legislative intent is purely fictive, the legislature certainly not having contemplated the particular limitation imposed on the operation of the law. The general principle that the legislature intends to act constitutionally is a judicially-created fiction to bolster an image of judicial deference to the legislature. In many cases, the manner in which the text is drafted, and hence its ability to bear the reading required to render the law constitutional, is largely fortuitous⁷⁷.

Ainsi, on peut s'interroger sur l'existence et la nature de l'intention d'un corps politique collectif, sur la possibilité d'évaluation réaliste d'une telle intention, le cas échéant, et sur les surprises que pourrait provoquer une recherche fructueuse. Et si le législateur n'avait procédé à aucune évaluation constitutionnelle préalable ? Si le législateur doutait lui-même de la constitutionnalité de son texte législatif et avait décidé de s'en remettre à cet égard à une décision judiciaire ? Et enfin, quelle intention peut-on découvrir chez un législateur à l'égard de normes constitutionnelles à venir⁷⁸ ? Selon cette vision critique et réaliste, le recours à l'intention législative n'est que fiction nécessaire à la légitimation de l'acte judiciaire d'interprétation. Il ne saurait cependant aucunement justifier l'interprétation conciliatrice.

Un postulat de cohérence et d'harmonie de l'ordre juridique est aussi au coeur du principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité⁷⁹. C'est, d'une certaine façon, le lien théorique entre les deux applications du principe. En effet, si, dans un contentieux constitutionnel, l'interprétation de la loi dont la constitutionnalité est contestée *et* des dispositions constitutionnelles pertinentes doit tendre à favoriser un jugement de constitutionnalité, c'est en partie

interprétation conciliatrice dans ce dernier contexte : « That [l'article 2 de la *Déclaration*] was a direction to the courts to read down conflicting provisions where feasible to remove the inroad upon the rights and freedoms declared as fundamental in the *Bill of Rights*. No such obligation or mandate is included in the *Charter* with respect to a law that is inconsistent with it », *Re Vella and R.*, (1984) 14 C.C.C. (3d) 513 à la p. 537, Henry J. (H.C. Ont.), cité dans McLeod, *supra*, note 32 à la p. 2-208. Ce raisonnement ignore le fait que, outre une intention législative expressément mentionnée à cet effet, d'autres raisons peuvent militer en faveur d'une interprétation conciliatrice en contexte de *Charte*.

⁷⁶Voir Note, *supra*, note 18 aux pp. 644-45.

⁷⁷Rogerson, *supra*, note 20 à la p. 248.

⁷⁸Voir *infra*, texte accompagnant la note 94.

⁷⁹Voir, par exemple, M. van de Kerchove et F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988 ; M. van de Kerchove et F. Ost, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, c. VII ; Côté, *supra*, note 37 à la p. 256 et s.

au nom de la cohérence et de l'harmonie du système juridique. Ce que l'interprète cherche à faire, c'est d'éviter le conflit. Au-delà de la recherche de l'intention du législateur,

...l'interprète des lois doit tendre à leur intégration en un système cohérent plutôt qu'à leur morcellement et à leur discontinuité⁸⁰.

Un jugement d'inconstitutionnalité est un constat de conflit. Il tend au morcellement et à la discontinuité.

Le troisième fondement du principe d'interprétation découlant de la présomption de constitutionnalité repose directement sur une attitude de déférence du pouvoir judiciaire à l'égard des choix législatifs⁸¹, attitude directement motivée par une certaine conception de la séparation des pouvoirs publics, et ce sans l'artifice du recours à une intention législative présumée. Ce fondement peut être relié à une conception de l'interprétation judiciaire des lois détachée de cette question de l'intention initiale, et en vertu de laquelle cet exercice interprétatif consiste non pas à trouver un sens latent mais plutôt à donner un sens concret au texte de loi, en considérant les limites sémantiques, les éléments du contexte d'application, y compris le nouvel environnement législatif et constitutionnel, les valeurs partagées par la communauté interprétative et des données générales de philosophie politique. Dès lors, l'interprétation conciliatrice des textes législatifs se justifiera au nom de l'importance du respect des choix démocratiques, et de la juste séparation des pouvoirs publics⁸². Dans la mesure où les règles ordinaires du langage et les méthodes consacrées d'interprétation des lois le permettront, on préférera l'interprétation qui confirme la conformité constitutionnelle du texte au moment de son application. Cette attitude judiciaire déterminera le jugement de conformité en tant que tel, et pourra influencer tant sur l'interprétation du texte législatif contesté que sur celle de la règle constitutionnelle pertinente.

⁸⁰R. c. *Nabis*, [1975] 2 R.C.S. 485 à la p. 494.

⁸¹Je parle ici des choix législatifs tels que manifestés concrètement par le texte interprété dans son contexte d'application, et non pas de choix subjectifs que l'on ne pourrait retracer que par une recherche d'intention historique.

⁸²Dans un contexte de droit américain, on retrouve l'explication suivante :

This frequent use of the principle [le principe de l'interprétation conciliatrice] unsupported by the presumption [d'intention législative] can only rest upon the same fundamental considerations of constitutional government and the separation of powers that support the entire strict necessity doctrine — the need for the Court and the legislature to stay within its powers ; the deference due the legislature's judgment concerning the scope of its authority ; the limitations of the judicial process in acquiring the data relevant to the balancing of competing social interests, and its limited resources of enforcement ; and the "judicial statesmanship" which refrains from unduly pressing its will upon a popularly elected legislature. On these grounds the propriety of using the principle, within the bounds imposed by according reasonable weight to the ordinary standards of statutory construction, is beyond question.

Note, *supra*, note 18 à la p. 646.

C. *Les limites du principe*

J'aborderai ici deux limites d'importance du principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité, l'une, découlant directement de ses fondements, relative à l'aptitude des textes à recevoir une telle interprétation, et l'autre, plus extérieure, relative à l'importance de l'accessibilité des textes législatifs comme facteur d'opportunité d'un tel type d'interprétation.

Que l'intention présumée du législateur, un postulat de cohérence et d'harmonie du système juridique, une forme de retenue judiciaire ou encore les trois à la fois justifient le principe d'interprétation, il demeure que ce dernier ne pourra opérer que si cela peut se faire naturellement, sans faire violence ni aux règles ordinaires du langage, ni aux principes consacrés en matière d'interprétation⁸³. Le texte contesté doit être raisonnablement susceptible d'une interprétation conciliatrice. Cependant, comme le fait remarquer Côté, à propos de l'interprétation du texte législatif, « [i]l n'est cependant pas toujours facile de tracer la ligne entre ce qui constitue une interprétation légitime d'un texte et ce qu'il faut considérer comme une manipulation sémantique qui dénature sa signification »⁸⁴. Le sens des mots n'est pas infiniment extensible. Les principes connus d'interprétation ont traditionnellement permis, dans le cas de textes législatifs formulés de façon générale et jugés ambigus, d'en limiter le champ d'application potentiel, ou encore d'en combler les lacunes⁸⁵. Conditions et précautions ont cependant toujours entouré cet exercice délicat, dont les fondements discutés plus haut ne sauraient justifier un usage abusif. Le recours à l'interprétation conciliatrice n'est pas toujours disponible. Lorsque le texte contesté ou l'objet législatif clair ne s'y prêtent vraiment pas, l'honnête déclaration d'inconstitutionnalité (de certaines applications ou de l'ensemble) s'avère inévitable⁸⁶.

⁸³Voir Gibson, *supra*, note 64 à la p. 187 ; Côté, *supra*, note 5 à la p. 125 ; McLeod, *supra*, note 32 à la p. 2-194 ; Hogg, *supra*, note 32 à la p. 327.

⁸⁴Côté, *supra*, note 5 à la p. 125.

⁸⁵Côté, *supra*, note 37 à la p. 341 et s.

⁸⁶Par exemple, dans un contexte de *Charte* cependant (voir *infra*, partie II), la Cour d'appel de l'Ontario a refusé d'interpréter une disposition législative autorisant des perquisitions et saisies, dans des maisons privées, effectuées en vertu d'un mandat de main-forte, comme limitant cette autorisation aux seuls cas où l'obtention d'un mandat de perquisition serait impossible. Selon la Cour, une telle approche aurait eu pour effet de modifier la disposition législative en dénaturant l'essence même du mandat de main-forte. Dès lors, vu l'impossibilité d'interprétation conciliatrice, la Cour a dû prononcer l'inconstitutionnalité de la disposition. Le juge Martin s'explique ainsi, au nom de la Cour :

If we were to read into s. 10(1)(a) a limitation restricting the use of writs of assistance to circumstances where it was not feasible to obtain a warrant we would be assigning to writs of assistance a function which they do not, on their face, have, and which they were never intended to have, that is, to be an exception to the warrant requirement where it was not feasible to obtain a warrant. Such a rewriting of the provisions of s.

Cette première limite présente peut-être une importance moindre pour l'interprétation des textes constitutionnels. En effet, ces derniers sont souvent formulés en termes vagues, énoncent des normes très générales, susceptibles de s'accommoder de différentes formes d'aménagement dans le cadre de la mise en oeuvre de politiques législatives. Rarement en effet pourra-t-on dire qu'un jugement de constitutionnalité aura été rendu en faisant violence au texte de la Constitution.

Une deuxième limite à l'utilisation du principe d'interprétation dans son application au texte législatif relève, celle-là, de l'ordre de l'opportunité⁸⁷. En système démocratique, la *Rule of Law* prescrit un gouvernement par règles de droit précises, accessibles et intelligibles. On doit pouvoir se fier à ce que disent les textes de loi à leur face même. Et cela est d'autant plus vrai dans le contexte d'un contentieux constitutionnel : les justiciables doivent être en mesure de connaître à la fois l'ampleur et la portée des droits que leur confère la Constitution et la mesure dans laquelle les prescriptions législatives peuvent constitutionnellement être applicables. Or, certaines pratiques d'interprétation conciliatrice pourraient entraîner des conséquences en termes d'imprévisibilité incompatibles tant avec la *Rule of law* qu'avec un exercice maximal des droits constitutionnels. Ainsi, lorsque les cas d'application problématiques ne s'expliquent que sur une base *ad hoc*, qu'en fonction de circonstances factuelles particulières, leur possible exclusion par interprétation conciliatrice peut difficilement s'effectuer de façon logique et cohérente, sans créer à la fois imprévisibilité et incertitude quant aux autres cas d'application susceptibles d'une telle exclusion. Au plan de l'opportunité, donc, il est peut-être souhaitable que l'interprétation conciliatrice soit limitée aux cas où les applications exclues peuvent l'être clairement et systématiquement, par catégories, par exemple. Comme on l'a dit plus tôt, cependant, l'imprévisibilité ne constitue pas le seul élément à considérer. À défaut d'interprétation conciliatrice du texte dont la constitutionnalité est contestée, il est possible que l'on se trouve face à une déclaration générale d'inconstitutionnalité, brimant ainsi absolument la réalisation d'objectifs législatifs au nom de quelques cas d'inconstitutionnalité. Le choix doit au moins être conscient : la certitude qu'entraîne une déclaration générale d'inconstitutionnalité ne se fera qu'au détriment de la réalisation d'objectifs législatifs par ailleurs légitimes.

10(1)(a) would involve altering the entire basis and structure of the present provisions

R. c. *Noble*, (1985) 48 O.R. (2d) 643 à la p. 666.

⁸⁷Voir *supra*, texte rattaché aux notes 65 et 66.

II. L'application du principe dans le cadre du contentieux constitutionnel relatif à la *Charte canadienne des droits et libertés*

L'honorable Jean Beetz, alors qu'il était encore juge à la Cour suprême du Canada, a soulevé la question de savoir si le principe de l'interprétation conciliatrice des textes législatifs pouvait s'appliquer dans le domaine de la *Charte*, et s'est expressément abstenu d'exprimer une opinion sur la question, qui ne se soulevait d'ailleurs pas directement en l'espèce⁸⁸.

Il se peut que le juge Beetz ait ultérieurement répondu à la question. En effet, dans *R. c. Corbett*⁸⁹, la Cour a conclu que, dans son application à une personne accusée d'une infraction, l'article 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, prévoyant la possibilité d'interroger un témoin sur ses condamnations antérieures, n'était pas incompatible avec la présomption d'innocence constitutionnellement garantie. D'accord avec la majorité, le juge Beetz a cependant ajouté le commentaire suivant :

À mon avis, le par. 12(1) de la Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970 chap. E-10, ne serait pas compatible avec l'art. 7 et l'al. 11(d) de la Charte canadienne des droits et libertés à moins qu'on ne l'interprète comme accordant au juge du procès la discrétion de refuser le contre-interrogatoire d'un accusé au sujet de ses condamnations antérieures, si ces condamnations sont d'une valeur probante tenue dans l'évaluation de la crédibilité du témoignage et si leur dévoilement est hautement préjudiciable à l'accusé⁹⁰.

Quoiqu'il en soit, la Cour suprême du Canada, dans le récent arrêt *Slaight Communications c. Davidson*⁹¹, rendu le 4 mai 1989, semble avoir mis fin à la controverse, en réitérant unanimement (le juge Beetz était du banc) l'importance d'interpréter les lois de façon à ce qu'elles soient conformes à la *Charte*. Le juge Lamer énonce en effet, avec l'appui de ses collègues :

La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation nous obligerait en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l'article premier, à la déclarer inopérante. Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. Une disposition législative conférant une

⁸⁸*Metropolitan Stores Ltd*, *supra*, note 10 à la p. 125.

⁸⁹*R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

⁹⁰*Ibid.* à la p. 699.

⁹¹[1989] 1 R.C.S. 1038.

discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*.⁹²

Je tenterai ici d'expliquer en quoi cette conclusion de la Cour est bien fondée, en soutenant que le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité s'applique en matière de droits et libertés constitutionnels, et qu'il est important que ce soit le cas⁹³.

J'aborderai tout d'abord certains motifs invoqués à l'encontre de l'applicabilité même du principe, pour ensuite démontrer en quoi cette application est non seulement possible mais souhaitable, à l'intérieur de paramètres précis cependant.

A. *Les objections*

1. L'intention législative antérieure à 1982

On a d'abord soutenu qu'un tel principe d'interprétation ne pouvait s'appliquer à des textes législatifs antérieurs à l'adoption de la *Charte*, puisqu'un législateur ne peut être présumé vouloir respecter que les prescriptions constitutionnelles en vigueur lors de l'édiction d'un texte législatif⁹⁴.

D'une part, cette critique ne concerne l'aspect interprétatif de la présomption de constitutionnalité que dans son application à la loi contestée, par opposition à son application à la norme constitutionnelle. D'autre part, l'application à une seule catégorie de lois est ici remise en question, soit celle des lois antérieures à 1982.

Il semble indiscutable que si l'on procède sur la base d'un concept d'intention législative subjective et temporellement située pour justifier le recours à

⁹²*Ibid.* aux pp. 1077-78.

⁹³Certains auteurs se sont dits favorables à l'application du principe de l'interprétation conciliatrice en matière de *Charte*, parfois avant la décision dans *Metropolitan Stores* : voir, par exemple, Hogg, *supra*, note 32 à la p. 327, n. 84 ; parfois après : voir, par exemple, Strayer, *supra*, note 38 à la p. 300 et R. Tassé, « Application de la Charte canadienne des droits et libertés » dans G.-A. Beaudoin et E.E. Ratushny éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, 75 à la p. 131.

⁹⁴Voir, pour un exposé de l'argument, McLeod, *supra*, note 32 à la p. 2-190. Voir aussi le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 660 ; 145 D.L.R. (3d) 638, où l'on retrouve le passage suivant, à la page 658 : « We do not feel this presumption [“the usual presumption canon of construction of legislative validity”] is of much assistance in construing legislation in light of the Charter which post-dates such legislation and the reasonableness of which legislation hitherto has never had to be examined or justified ». De même dans *Re Southam Inc. and the Queen (No. 1)* (1983), 146 D.L.R. (3d) 408 ; 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), la Cour d'appel de l'Ontario a réitéré ce point de vue : « This supreme law [la *Charte*] was enacted long after the *Juvenile Delinquents Act* and there can be no presumption that the legislators intended to act constitutionally in light of legislation that was not, at that time, a gleam in its progenitor's eye », à la p. 420.

l'interprétation conciliatrice, cette justification ne peut fonctionner qu'à la lumière des connaissances disponibles lors de la formation de cette intention législative. Logiquement, il est vrai qu'on ne peut présumer qu'un législateur veuille respecter des prescriptions constitutionnelles qui ne verront le jour que plus tard : ce serait ici pousser la fiction au-delà du vraisemblable.

On l'a vu, il est cependant d'autres fondements au principe de l'interprétation conciliatrice, qui n'ont rien à voir, ceux-là, avec une intention législative historiquement située. Il s'agit du postulat de cohérence, et de cette déférence judiciaire à l'égard des politiques législatives, animée par une certaine conception de la séparation des pouvoirs en contexte démocratique. Cette attitude exige en fait un honnête effort de conciliation du texte législatif contesté et de la disposition constitutionnelle pertinente. Elle se rapproche d'une conception plus objective de l'interprétation.

Si l'on concède qu'une approche de l'interprétation conciliatrice fondée sur un concept d'intention ne peut justifier l'application générale de ce principe d'interprétation en matière de *Charte*, il est donc d'autres fondements au principe qui, eux, présentent une pertinence toute particulière dans ce dernier contexte.

2. Le caractère innovateur et évolutif de la *Charte*

On a aussi invoqué, à l'encontre de l'application du principe de l'interprétation conciliatrice en matière de *Charte*, le caractère innovateur et évolutif des droits nouvellement constitutionnalisés⁹⁵. Tout comme le précédent, cet argument ne peut reposer que sur une conception de l'interprétation conciliatrice essentiellement rattachée à une question d'intention législative. Ce n'est qu'à cet égard que le caractère innovateur et évolutif des droits constitutionnalisés peut poser problème : comment, en effet, présumer qu'un législateur veuille respecter des droits aux contours définitionnels mouvants et évolutifs ?

Mais encore une fois, si l'on rattache ce principe d'interprétation à une conception plus globale qui voit l'interprétation comme l'acte de donner un sens concret à une disposition législative, à la lumière du contexte d'application, en tenant compte notamment de l'acception courante des droits constitutionnels pertinents et de la philosophie politique de la séparation des pouvoirs qui favorise le respect des politiques législatives, le caractère innovateur et évolutif des droits et libertés constitutionnels n'est alors plus un problème.

⁹⁵Dans l'arrêt *Metropolitan Stores*, *supra*, note 10, le juge Beetz considère cette question dans le cadre de la discussion de ce qu'il appelle le sens littéral de la présomption de constitutionnalité : « ... le caractère innovateur et évolutif de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'oppose à la notion voulant qu'une disposition législative puisse être présumée conforme à celle-ci », à la p. 122.

D'ailleurs, on peut se demander si cette approche interprétative souple et évolutive est particulière à la question des droits et libertés : n'est-ce pas au contraire une approche généralement applicable à l'interprétation de la Constitution, arbre vivant susceptible de croître⁹⁶ ?

3. Les limites du pouvoir de création judiciaire

L'énoncé du juge en chef Dickson, dans un contexte de *Charte*, à l'effet « [qu']il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives »⁹⁷ a été utilisé pour fonder un argument à l'encontre de l'application du principe de l'interprétation conciliatrice en matière de *Charte*. Cette mise en garde ne constitue cependant nullement un rejet de l'application du principe en tant que telle, mais bien plutôt une directive de mise en oeuvre prudente et nuancée⁹⁸. En effet, dans cette affaire, il était impossible d'interpréter le pouvoir de saisie en conformité avec la *Charte*. Les aménagements nécessaires impliquaient des choix complexes de méthodes et de procédés, et non pas la simple précision de textes législatifs formulés en termes généraux.

On l'a vu, l'interprétation conciliatrice n'amène pas une déclaration d'inconstitutionnalité, et elle ne peut jouer que dans la mesure où les règles ordinaires du langage aussi bien que les principes consacrés d'interprétation des lois le permettent. Cela est tout aussi vrai en matière de partage constitutionnel des compétences législatives qu'en ce qui concerne les droits et libertés constitutionnels. Le pouvoir judiciaire de création présente les mêmes limites dans les deux cas.

À un niveau plus élevé de généralité, au-delà des particularités et conditions d'application des diverses techniques, on doit éviter de rattacher les propos du juge Dickson dans *Hunter c. Southam*⁹⁹ à une prémisse générale et discutable. Il pourrait être tentant d'y voir un principe absolu à l'effet que la déclaration générale d'inconstitutionnalité d'un texte législatif constitue, toujours, en soi, une intervention plus respectueuse des principes démocratiques que toute autre intervention judiciaire plus fine, qu'il s'agisse d'une interprétation conciliatrice ou d'une déclaration d'inconstitutionnalité limitée à certaines applications¹⁰⁰.

⁹⁶*Edwards c. A.G. Canada*, [1930] A.C. 124.

⁹⁷*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 à la p. 169.

⁹⁸Voir Gibson, *supra*, note 64 à la p. 187 et s.

⁹⁹Note 97.

¹⁰⁰Cela est peut-être l'opinion du juge Beetz, exprimée en *obiter*, dans *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, où il écrit, aux pp. 235-36 :

Il y a probablement plus d'un moyen de corriger les lacunes constitutionnelles de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Il n'entre pas dans les attributions de cette Cour de rédiger la Loi. Ce n'est pas non plus son pouvoir. Si la Constitution l'exige, cette Cour et

Il est vrai que, de prime abord, la déclaration générale d'inconstitutionnalité d'une loi renvoie au législateur la tâche de définir les politiques acceptables, alors qu'interprétation conciliatrice et déclaration limitée d'inconstitutionnalité peuvent être conceptualisées comme des corrections judiciairement apportées¹⁰¹. Si on y regarde de plus près, cependant, dans un contentieux constitutionnel de droits et libertés où l'inconstitutionnalité est si souvent affaire de circonstances particulières d'application, la déclaration générale d'inconstitutionnalité aura fréquemment pour effet de frustrer la réalisation de choix de société démocratiquement élaborés sans pour autant assurer une meilleure protection des droits et libertés¹⁰². Il est peut-être abusif de prétendre que la politique du tout ou rien, en matière de contrôle judiciaire, soit toujours la plus apte à assurer une juste séparation des pouvoirs publics.

L'analyse de deux arrêts de la Cour suprême du Canada illustrera ce point de vue. Dans *Oakes*¹⁰³ et dans *Smith*¹⁰⁴, la Cour a prononcé l'inconstitutionnalité de dispositions législatives alors que certaines applications seulement pouvaient provoquer un résultat inconstitutionnel, et que la légitimité des objectifs législatifs poursuivis n'était pas en cause. Dans le premier arrêt, on a jugé qu'une disposition législative prévoyant une présomption d'intention de trafic de stupéfiants était incompatible avec la présomption d'innocence et non raisonnable au sens de l'article un, au motif, notamment, que la présomption d'intention était « trop large et [...] susceptible dans certains cas d'entraîner des résultats à la fois irrationnels et inéquitables »¹⁰⁵. Dans l'arrêt *Smith*, la Cour a décidé qu'une disposition prévoyant une peine minimale pour l'importation de stupéfiants indépendamment de la gravité de l'infraction était inconstitutionnelle parce que constituant une peine cruelle et inusitée. Encore une fois, certains cas d'application seulement étaient porteurs d'inconstitutionnalité :

... la loi fait que, dans certains cas, un verdict de culpabilité entraînera inévitablement l'imposition d'une peine d'emprisonnement qui sera exagérément disproportionnée¹⁰⁶.

On peut se demander si, dans ces arrêts, la Cour n'aurait pas dû, à tout le moins, s'interroger sur la possibilité d'interprétation conciliatrice des textes

d'autres cours peuvent procéder à des opérations drastiques sur les dispositions législatives défectueuses, mais non à des opérations d'embellissement ou de reconstruction.

Dans cette affaire, le juge Beetz a cependant rendu jugement en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, a conclu à incompatibilité avec cette dernière, et a déclaré l'inopérance de certains mots seulement de la disposition contestée, et ce « pour les sept causes de l'espèce » (pp. 239-40) seulement.

¹⁰¹Voir Rogerson, *supra*, note 20 à la p. 238.

¹⁰²*Ibid.*

¹⁰³R. c. *Oakes*, *supra*, note 17.

¹⁰⁴R. c. *Smith*, *supra*, note 71.

¹⁰⁵R. c. *Oakes*, *supra*, note 17 à la p. 142.

¹⁰⁶R. c. *Smith*, *supra*, note 71 à la p. 1078.

législatifs contestés. Le cas échéant, il est possible que les droits aient été tout aussi bien protégés, et que les choix législatifs aient pu continuer d'opérer par ailleurs¹⁰⁷.

L'arrêt *Ladouceur*¹⁰⁸, de la Cour d'appel de l'Ontario, constitue un exemple de l'approche ici proposée. Y était en cause la compatibilité d'une disposition législative accordant aux policiers le pouvoir discrétionnaire de demander à un automobiliste de s'arrêter (l'arrêt au hasard) avec la garantie constitutionnelle contre toute détention arbitraire. Le juge Tarnopolsky, pour la majorité de la Cour, a interprété la disposition comme ne permettant que les arrêts des automobilistes fondés sur quelque raison compatible avec les dispositions de la *Charte*, de façon à exclure les arrêts au hasard, incompatibles avec l'article 9 de cette dernière¹⁰⁹. En vertu d'un tel jugement, les objectifs poursuivis par le législateur peuvent toujours être réalisés, à l'intérieur de limites constitutionnelles cependant.

À l'objection fondée sur les limites du pouvoir de création judiciaire, on doit donc répondre, d'une part, que la véritable interprétation conciliatrice ne joue que lorsque l'approche consacrée en interprétation des lois le permet, et, d'autre part, qu'elle s'avère souvent être une technique apte à assurer à la fois la protection efficace des droits et libertés et le respect de la mise en oeuvre d'objectifs législatifs légitimes.

4. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹¹⁰ énonce ce qui suit :

¹⁰⁷On doit remarquer que cela aurait cependant entraîné des résultats immédiats différents dans les affaires en cause, ni Oakes ni Smith n'ayant apparemment démontré l'inconstitutionnalité du résultat dans leur propre cas. Réapparaît encore ici la problématique de l'intérêt requis pour soulever une question constitutionnelle.

¹⁰⁸*R. c. Ladouceur* (1987), 59 O.R. (2d) 688 ; 35 C.C.C. (3d) 240 (C.A.).

¹⁰⁹*Ibid.* à la p. 263. Il est difficile d'identifier la technique exacte utilisée par la Cour pour arriver à ce résultat. En effet, s'il semble que ce soit l'interprétation conciliatrice (« ... to give it a limited or restricted interpretation in accordance with the provisions of the Charter », p. 263) qui ait joué, le recours au mécanisme d'exclusion de la preuve prévu au paragraphe 24(2) de la *Charte* (p.264) ne s'explique alors que par une décision à l'effet que les actes des autorités policières, posées en l'absence de toute habilitation législative (le texte législatif ayant été interprété comme n'autorisant pas de résultats inconstitutionnels) avaient porté atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis. La Cour suprême du Canada a ultérieurement décidé que si la mesure législative portait effectivement atteinte au droit garanti à l'article 9 de la *Charte*, elle était néanmoins justifiée en vertu de l'article premier de cette dernière : *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621.

¹¹⁰On doit remarquer que, s'il constitue une donnée nouvelle depuis 1982, ce texte s'applique à la *Charte* comme à tout le reste de la Constitution du Canada : voir la définition, au paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, *to the extent of the inconsistency*, of no force or effect.

(Je souligne).

On peut voir, dans la version anglaise, une directive imposée aux juges de rendre des jugements d'inconstitutionnalité limités à des circonstances particulières. Cette directive, facilitant donc le prononcé de jugements d'inconstitutionnalité limités à certaines applications seulement d'un texte législatif¹¹¹, a-t-elle pour effet de rendre désuet le principe d'interprétation fondé sur la présomption de constitutionnalité ? Je ne le crois pas.

Il est vrai qu'un prononcé d'inconstitutionnalité limité laisse une plus grande marge de manoeuvre à l'interprète, qui n'a pas à respecter l'ensemble des contraintes rattachées à la démarche interprétative pour en arriver à cette conclusion. C'est à la Constitution qu'elle cherche alors à donner effet, et non à l'intention du législateur. L'interprétation conciliatrice, à l'opposé, ne peut être réalisée qu'en conformité avec tous les autres principes d'interprétation.

Le danger de déclarations d'inconstitutionnalité générales et disproportionnées ne m'apparaît cependant pas écarté du simple fait de l'existence de la version anglaise du par. 52(1). D'une part, la jurisprudence semble n'y avoir accordé que peu d'importance¹¹². D'autre part, le test de raisonabilité des limites apportées au droit, prévu à l'article premier de la *Charte*, a été interprété de façon à être difficilement conciliable avec un prononcé d'inconstitutionnalité limité, à certaines applications d'un texte, par exemple. En effet, les exigences de rationalité de ce test semblent applicables à l'ensemble des applications d'un texte législatif, qui ne pourra donc que survivre ou échouer dans sa totalité. Ainsi, dans l'arrêt *Oakes*¹¹³, le simple fait que, dans certains cas théoriques, la mesure législative était susceptible de provoquer des résultats non rationnels l'a empêchée de satisfaire au test de l'article premier, et a amené la déclaration d'inconstitutionnalité de la mesure dans son ensemble. Voici un passage pertinent du jugement de la Cour suprême du Canada :

... il serait irrationnel de déduire qu'une personne avait l'intention de faire le trafic du seul fait qu'elle était en possession d'une petite quantité de stupéfiants. La présomption ... est trop large et est susceptible dans certains cas d'entraîner des résultats à la fois irrationnels et inévitables¹¹⁴.

¹¹¹Rogerson, *supra*, note 20 à la p. 235 ; voir aussi la note 63, relative à la tendance aux prononcés généraux d'inconstitutionnalité fondés sur les règles du partage des compétences législatives.

¹¹²Voir, par exemple, la discussion des arrêts cités aux notes 103 et 104.

¹¹³R. c. *Oakes*, *supra*, note 17.

¹¹⁴*Ibid.* à la p. 142.

De la même façon, le volet du test de proportionnalité développé dans l'arrêt *Oakes* prévoit qu'une mesure contestée ne peut être jugée raisonnable si l'objectif législatif pouvait être atteint par des moyens moins dommageables. C'est la mesure dans son ensemble, et dans la généralité de ses applications potentielles, qui doit satisfaire à cette exigence. En vertu de ce test de l'article premier, les applications constitutionnelles d'un texte tombent logiquement avec l'ensemble jugé disproportionné.

Le test de l'article premier aurait pu fonctionner différemment. On aurait pu y donner un rôle plus considérable aux circonstances factuelles particulières, de façon à permettre des déclarations d'inconstitutionnalité limitées à certaines applications seulement.

Cependant, tel qu'il est aujourd'hui judiciairement défini, ce test permet difficilement de telles déclarations d'inconstitutionnalité limitées.

Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité, avec toute la flexibilité qu'il peut apporter, conserve donc toute sa pertinence dans le contentieux constitutionnel des droits et libertés.

B. Les justifications

Aucun des motifs précédemment invoqués ne semble justifier l'inapplicabilité du principe interprétatif relié à la présomption de constitutionnalité en matière de *Charte*. Au contraire, certaines raisons reliées à la nature particulière de ce document militent en faveur d'une plus grande opportunité d'application du principe.

La formulation générale de la plupart des droits et libertés¹¹⁵ et l'absence de signification précise des concepts utilisés facilitent la recherche d'une interprétation de ces dispositions constitutionnelles qui permettra de conclure à la compatibilité des dispositions législatives contestées. En effet, malgré l'apparente rigueur de l'approche utilisée par la Cour suprême du Canada pour découvrir l'objet véritable et la nature des intérêts protégés par les droits et libertés, il semble réaliste de conclure que la Constitution ne prescrit pas, par exemple, une forme particulière de la liberté d'association plutôt qu'une autre¹¹⁶. La

¹¹⁵J'exclus bien sûr ici, par exemple, les droits linguistiques détaillés et relativement précis. Voir les articles 16 à 23 de la *Charte*.

¹¹⁶Voir Bakan, *supra*, note 9 aux pp. 154-156 et 161-162. Il explique notamment, aux pp. 154-55 :

The question "what is the purpose of a right or freedom" is not one that yields a uniquely correct and uncontroversial answer. Questions about the history of a right or freedom, or the political and philosophic values it supposedly embodies, are political and value-laden: they are not matters of legal right and wrong.

Voir, pour un même type d'analyse, Petter, *supra*, note 2 à la p. 477 :

Constitution établit des principes flous, des standards pour l'action étatique. À cet égard, la nature du contentieux auquel elle donnera lieu dépendra de l'attitude judiciaire face aux opérationnalisations particulières de ces concepts que l'on retrouve dans les choix législatifs contestés. Une interprétation judiciaire détaillée des droits et libertés, ayant pour effet de délimiter avec précision le champ des choix législatifs possibles, ne pourrait qu'alimenter la critique fondée sur l'argument démocratique¹¹⁷. Comme le souligne si justement Henri Brun,

Une Charte des droits est un instrument juridique particulièrement conservateur : elle fixe et fige certaines valeurs, pour un temps considérable [...] ces droits de la Charte doivent recevoir une interprétation qui n'empêche pas les parlements d'adopter des lois sociales, culturelles et économiques de nature à favoriser dans les faits l'accession aux droits fondamentaux. Cette proposition postule une interprétation retenue des droits de la Charte, c'est-à-dire une interprétation incarnée, qui tienne compte du poids concret des valeurs véhiculées par les législations contestées¹¹⁸.

Plus encore, une interprétation détaillée et agressive des droits et libertés pourrait avoir pour effet de compromettre leur protection même, en les précisant à outrance alors que leur crédibilité se situe justement dans leur généralité et leur caractère d'évidence. Müller explique :

This situation does not only prejudice the relationship between the constitutional court and the legislator; an over-zealous interpretation of fundamental rights proves detrimental to themselves in an even more important way. The recognition of fundamental rights and hence their chance of implementation depends, in the final analysis, on their evident nature. Should a constitutional court indulge in speculative deductions and elaborations, not only the immediate reputation of the court, but also the legitimacy of fundamental rights suffers. There is the danger that the

Other rights in the Charter are no different. Rights to freedom of expression, freedom of conscience, freedom of association, liberty, and fundamental justice are just as amorphous unless and until they are infused with political content. Furthermore, the Charter leaves open for interpretation not only the scope of rights and freedoms, but how they interact with each other and with other societal values.

¹¹⁷Voir J.-P. Müller, « Fundamental Rights in Democracy » (1983) 4 Human Rights L.J. 131 à la p. 138.

¹¹⁸H. Brun, « La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social », dans C. Beckton et A.W. Mackay, coordonnateurs de la recherche, *Les tribunaux et la Charte*, Commission Royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, 1986, 1 à la p. 7. L'auteur ajoute, à la p. 8 :

Elle [une charte] doit recevoir une interprétation retenue et circonstanciée, non pas tant parce qu'elle ne donne pas de pain et de beurre, non pas tant parce qu'elle donne des pouvoirs additionnels à des juges nommés plutôt qu'à des députés élus, mais plutôt, essentiellement, parce qu'une interprétation aveugle et débridée de ses droits ne peut qu'affaiblir le dynamisme juridique et freiner le développement social.

L'auteur considère le fédéralisme comme argument additionnel en faveur d'une interprétation retenue des droits : voir à la p. 9 et s.

vital substance of fundamental rights will degenerate and lose its basic credibility¹¹⁹.

Mais le texte des standards constitutionnels permettra généralement d'asseoir un jugement de compatibilité fondé sur une attitude de déférence.

Par exemple, dans l'arrêt *Valente*¹²⁰, la Cour suprême du Canada a interprété la garantie constitutionnelle de l'indépendance judiciaire de façon réaliste, en protégeant à la fois les conditions essentielles de cette valeur constitutionnelle et les principes législatifs l'ayant aménagée. Pour la Cour, le juge Le Dain s'exprime ainsi :

Il ne serait cependant pas possible d'appliquer les conditions les plus rigoureuses et les plus élaborées de l'indépendance judiciaire à l'exigence constitutionnelle d'indépendance qu'énonce l'al. 11d) de la Charte, qui peut devoir s'appliquer à différents tribunaux. Les dispositions législatives et constitutionnelles qui, au Canada, régissent les questions ayant une portée sur l'indépendance judiciaire des tribunaux qui jugent les personnes accusées d'une infraction sont fort diverses et variées. Les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'al. 11d), doivent avoir un lien raisonnable avec cette diversité. De plus, c'est l'absence de la garantie fournie par les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire qu'il convient d'appliquer en vertu de l'al. 11d), et non pas quelque formule législative ou constitutionnelle particulière qui peut l'offrir ou l'assurer¹²¹.

Cette attitude de déférence est d'autant plus importante que la *Charte* présente un tel caractère englobant qu'elle permettra éventuellement la remise en question de *tous* les choix législatifs.

Nowadays it is virtually impossible to open a newspaper or turn on a television or radio without being told that this or that judge, lawyer, or law professor has decided or advised that this or that law or proposed law is or is not contrary to the Charter. From the cruise missile, abortion, and Meech Lake, to tobacco advertising, children's advertising, lawyers', dentists', and doctors' advertising, doctors' extra-billing, girls' hockey, the language of signs, the language of schooling, the funding of schooling, anti-union laws, pro-union laws — you name it and some where in this great country of ours some lawyer or court has said something about the application of the Charter to it. And ultimately they not only *say* something about the issues but they actually *decide* them¹²².

Les principes de l'idéal démocratique seraient compromis, et ce document de principe que devrait être une *Charte* constitutionnelle de droits et libertés ne

¹¹⁹Müller, *supra*, note 117 à la p. 139.

¹²⁰*Valente c. R.* [1985] 2 R.C.S. 673.

¹²¹*Ibid.*, aux pp. 692-93. La majorité de la Cour fait preuve d'un même esprit, dans *Mills c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 863, où l'on écrit notamment, à la page 953 :

L'absence dans la Charte de dispositions et de directives touchant la compétence confirme le point de vue selon lequel celle-ci n'était pas censée provoquer le bouleversement du système judiciaire canadien. Au contraire, elle doit s'insérer dans le système actuel de la procédure judiciaire canadienne.

¹²²Mandel, *supra*, note 2 à la p. 3.

pourrait qu'être banalisé par une neutralisation abusive de politiques législatives légitimes. L'aspect interprétatif de la présomption de constitutionnalité permet d'apporter une certaine souplesse nécessaire à une protection adéquate des droits, tout en permettant, par ailleurs, la réalisation de ces politiques législatives¹²³. À cet égard, le troisième fondement du principe, à l'effet qu'une certaine conception de la séparation des pouvoirs impose une attitude de déférence judiciaire à l'égard des choix législatifs, prend une signification toute particulière.

À la formulation générale du texte constitutionnel et au caractère englobant des droits garantis par la *Charte*, on peut ajouter la nature du contentieux relié aux droits et libertés comme facteur militant en faveur de l'application du principe interprétatif relié à la présomption de constitutionnalité en matière de *Charte*. En effet, il existe peut-être des différences de nature entre le contentieux constitutionnel relatif au partage des compétences législatives et celui relatif aux droits et libertés, justifiant une application plus grande encore du principe dans ce dernier cas.

Tout d'abord, malgré une affirmation véhémement de la part de la Cour suprême du Canada, à l'effet que l'enchâssement des droits et libertés de 1982 n'aurait qu'élargi la portée d'un contrôle judiciaire de constitutionnalité depuis toujours présent dans notre droit¹²⁴, il me semble plutôt que la nature même de ce type de contrôle a été modifiée. En effet, à cause du principe de l'exhaustivité du partage des compétences législatives, le contentieux constitutionnel antérieur à 1982 en était essentiellement un d'allocation de pouvoirs : il s'agissait de déterminer qui, du Parlement fédéral ou des législatures provinciales, avait le pouvoir d'adopter la mesure législative contestée. Depuis 1982, en matière de droits et libertés, ce que les tribunaux ont maintenant le pouvoir de déterminer, ce sont les limites d'une zone à l'abri d'une quelconque intervention législative

¹²³Voir Rogerson, *supra*, note 20 aux pp. 239 et 280-281.

¹²⁴*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.B.)*, *supra*, note 6 à la p. 496 :

Les éléments vraiment nouveaux de la loi constitutionnelle de 1982 tiennent à ce qu'elle a sanctionné le processus de décision constitutionnelle et en a étendu la portée de manière à englober un plus grand nombre de valeurs. Le contenu de la loi a toujours été examiné dans les décisions constitutionnelles ... En bref, c'est la portée des décisions constitutionnelles qui a été modifiée plutôt que leur nature, du moins pour ce qui est du droit d'examiner le contenu de la loi.

fédérale ou provinciale¹²⁵. Il s'agit d'un pouvoir différent, porteur de conséquences considérables.

Cette caractéristique rend encore plus opportun le recours au principe interprétatif issu de la présomption de constitutionnalité. En effet, si l'on accepte que l'interprétation judiciaire des lois doit se faire à la lumière des valeurs partagées par la communauté interprétative, on peut concevoir qu'une attitude de déférence et de réserve soit encore plus de mise quand son résultat légitime est de permettre à un choix démocratique d'opérer.

On a invoqué, en doctrine, l'hypothèse que le contentieux constitutionnel relatif aux droits et libertés en soit un de type conflit de loi, préoccupé par les effets, par opposition à celui, relatif au partage des compétences législatives, qui en était un d'*ultra vires*, plutôt centré sur les objets législatifs¹²⁶. En effet, les lois sont généralement adoptées dans la poursuite d'objectifs légitimes : ce sont les moyens utilisés et les effets produits qui peuvent plus vraisemblablement porter atteinte aux droits et libertés¹²⁷. La possibilité que le contentieux constitutionnel relatif au partage des compétences législatives en soit principalement un d'objet, alors que celui relatif aux droits et libertés en soit principalement un d'effets, ne remet pas en question l'applicabilité du principe interprétatif relié à la présomption de constitutionnalité en matière de *Charte*. L'interprétation conciliatrice d'un texte législatif rédigé en termes généraux, de façon à en exclure certaines applications dont la constitutionnalité est problématique, est toujours une question d'effets. En réalité, même si la théorie du caractère véritable, en matière de partage des compétences législatives, permet de justifier certains effets incidents relevant de l'autorité législative autre que celle ayant édicté la loi¹²⁸, le principe de l'interprétation conciliatrice, dans ce type de contentieux constitutionnel, s'intéresse plutôt à certains effets législatifs qu'une autorité ne peut produire, peu importe l'objet général de la réglementation. D'une certaine façon, l'utilisation de l'interprétation conciliatrice, dans le contexte du fédéralisme, va à l'encontre de la théorie acceptée du caractère véri-

¹²⁵Monahan et Petter, *supra*, note 2 à la p. 84 :

Review on federalism grounds is based upon a theory of exhaustion of powers which, in turn, is firmly grounded in the doctrine of parliamentary sovereignty. Federalism review, in other words, is a means of allocating powers within a system dedicated to majoritarian democracy. The sole question for the courts in relation to federalism disputes is which majority — national or provincial — has the right to make a particular decision. By contrast, Charter review is predicated upon a counter-majoritarian principle. It asks the court to determine whether *any* majority has the right to make a particular decision. For this reason, Charter review calls upon the courts to evaluate legislation in an entirely different way from federalism review.

¹²⁶Côté, *supra*, note 5 à la p. 115 ; Rogerson, *supra*, note 20 à la p. 271.

¹²⁷Rogerson, *supra*, note 20 à la p. 287.

¹²⁸Hogg, *supra*, note 32 à la p. 313 et s.

table¹²⁹. À cet égard, le principe de l'interprétation conciliatrice, en matière de partage des compétences, se rapproche de la théorie de l'enclave, ou des immunités interjuridictionnelles, et attire les mêmes critiques¹³⁰.

Il est possible, donc, que le principe de l'interprétation conciliatrice soit encore plus à propos dans un contentieux constitutionnel de droits et libertés où aucune théorie du caractère véritable d'une législation, fondée sur son objet, ne saurait justifier des effets portant atteinte aux droits et libertés. En matière de droits et libertés, les effets sont d'importance fondamentale, et un objet conforme ne saurait justifier des effets contraires aux prescriptions de la *Charte*¹³¹. En cette matière, l'interprétation conciliatrice permet la réalisation des objectifs législatifs tout en assurant une protection efficace des droits et libertés.

Les particularités du contentieux constitutionnel relatif aux droits et libertés, s'il en est, militent donc dans le sens d'une plus grande pertinence du principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité.

C. Une limite particulière reliée à la *Rule of Law*

Si des considérations d'opportunité militent en faveur d'une application particulière du principe d'interprétation relié à la présomption de constitutionnalité dans un contentieux constitutionnel fondé sur la *Charte*, il est cependant aussi une limite rattachée à l'interprétation conciliatrice de la loi contestée qui prend, dans ce contexte, une certaine importance. Je réfère ici aux exigences démocratiques d'accessibilité et d'intelligibilité des textes législatifs, dictées par la *Rule of Law*, suggérant que l'exclusion par interprétation de certaines applications dont la constitutionnalité est problématique ne soit réalisée que dans les cas où elle peut se formuler de façon conceptuellement claire, par opposition à ceux où le doute constitutionnel ne surgit qu'à la lumière d'un ensemble de circonstances factuelles particularisées. Le danger d'une exclusion par interprétation, dans ces derniers cas, présenterait une importance accrue en matière de droits et libertés constitutionnels. En effet, l'insécurité et l'imprévisibilité ainsi créées, quant au champ d'application constitutionnellement conforme de la loi contestée, risque de paralyser certains exercices légitimes des droits et libertés, et donc d'aller à l'encontre même de l'objet de la *Charte*.

Or il est possible que le doute préalable à une interprétation conciliatrice soit affaire de circonstances factuelles particulières. On a vu que l'interprétation conciliatrice se réalise, en théorie, préalablement à une détermination directe de constitutionnalité. Ainsi, le mode de raisonnement propre à l'évaluation de l'existence de violations de droits constitutionnels ne s'y applique en principe

¹²⁹Voir Hogg, *supra*, note 32 à la p. 327 et s. ; Rogerson, *supra*, note 20 à la p. 249 ; l'opinion dissidente dans l'arrêt *R. c. McKay*, [1965] R.C.S. 798 à la p. 811 et s.

¹³⁰Voir Hogg, *supra*, note 32 à la p. 329 et s.

¹³¹*R. c. Big M Drug Mart Ltd*, *supra*, note 70.

pas directement. Cependant, un réalisme minimal révèle que le doute a précédé l'interprétation conciliatrice, et il est possible que ce doute ait procédé d'un raisonnement identique à celui mis en oeuvre dans un processus direct de détermination de constitutionnalité en matière de droits et libertés. Or ce processus impliquera souvent la considération de circonstances factuelles fort particulières. Dans la mesure où l'exclusion de certaines applications soulevant un doute serait fondée sur des faits particuliers difficilement généralisables, l'interprétation conciliatrice ne se réaliserait qu'au prix d'une incertitude incompatible avec une protection efficace des droits et libertés. La formulation systématique du champ d'application exclu par interprétation est d'autant plus importante en matière de droits et libertés qu'elle permettra la prévention des violations, plutôt que la réparation ponctuelle de violations déjà réalisées.

Conclusion

Le principe d'interprétation découlant de la présomption de constitutionnalité permet un contrôle judiciaire de constitutionnalité qui se réalise dans le respect des valeurs démocratiques. Cela est d'autant plus important que la *Charte* a déjà eu comme effet de rendre juridiques des questions politiques, transformant des débats de choix de société en des raisonnements juridiques formels à l'abri de l'action des mouvements populaires¹³².

Il existe cependant des conditions précises à l'utilisation de ce principe. Ce dernier ne saurait nullement justifier la substitution de choix judiciaires à ceux du législateur, présentée comme simple exercice interprétatif.

L'importance du principe d'interprétation découlant de la présomption de constitutionnalité, comme celle des autres principes d'interprétation, n'est que toute relative. Aucune règle précise ne dicte le poids et la priorité des principes d'interprétation les uns par rapport aux autres. C'est, à chaque fois, une question de circonstances particulières et, me semble-t-il, d'attitude judiciaire. Le caractère hautement discrétionnaire du recours à ce principe d'interprétation rend difficile toute systématisation. Des raisons, d'un autre ordre que celui de la simple interprétation, militeront, ou non, en faveur de son utilisation.

On peut cependant prévoir que, dans le contentieux constitutionnel relatif aux droits et libertés, c'est surtout dans le contexte de l'interprétation des dispositions constitutionnelles que le principe issu de la présomption de constitutionnalité pourra être mis en oeuvre. Le langage de la *Charte*, le libellé large des droits et libertés, comme la formulation vague des limites permises, permettrait d'appuyer une multitude de choix législatifs, à l'intérieur d'un espace légitime considérable. Si, au contraire, les juges voient dans les prescriptions constitutionnelles des choix de société précis préalablement décidés, l'interprétation

¹³²Voir Mandel, *supra*, note 2.

conciliatrice des lois contestées permettra rarement d'y lire « les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives »¹³³.

Il s'agira d'une question d'attitude judiciaire face aux choix démocratiques. Les instruments de respect de ces derniers sont disponibles. Aucun ordre naturel et pré-existant des choses ne dicte le type de contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fondé sur la question des droits et libertés.

¹³³*Hunter c. Southam, supra*, note 97.