

**LE POUVOIR DE RECTIFICATION DE LA LOI PAR LE
LE JUGE ET SON APPLICATION EN DROIT
CONSTITUTIONNEL :
ÉTUDE DE L'ARRÊT *R. c. LABA***

par Lucie LAUZIÈRE*

Les préceptes jurisprudentiels, les préceptes doctrinaux nous enseignent que la lettre de la loi constitue le point de départ de l'interprétation. En effet, tant dans les systèmes anglo-saxons que dans les systèmes civilistes, il fut affirmé avec certitude que lorsqu'un texte est clair, il ne doit pas être interprété. Il arrive néanmoins que les tribunaux, qui sont les principaux interprètes de la loi, soient appelés à l'adapter à l'évolution de la société, à en combler les lacunes, voire même à la rectifier, pour lui donner application. Mais ceux-ci ont toujours été très hésitants à intervenir dans l'oeuvre du législateur. Avec la méthode moderne d'interprétation, ce pouvoir d'intervention du juge dans l'oeuvre du législateur a connu un développement significatif. Notamment, l'intervention particulière du juge en matière constitutionnelle, par la mesure correctrice qu'il est possible d'apporter en vertu de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 à la violation de la Charte canadienne des droits et libertés, redéfinit le rôle des tribunaux en donnant un très large pouvoir d'appréciation au juge.

1. Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval.

According to doctrine and jurisprudence, statutory interpretation begins with the letter of the law. Both the common and the civil law traditions acknowledge that if the words of a statute are clear, then it should be applied as drafted. However, when applying a law, the courts may be called upon to adapt it to contemporary social reality, to make up for lacunae in a statute and even to rectify it. Although the courts have traditionally hesitated to encroach upon the role of legislators, the modern method of interpretation has led to greater involvement by the judiciary in such matters. A notable example of this phenomenon is encountered in constitutional law where the courts, in determining an appropriate remedy under section 52 of the Constitution Act, 1982, have actually redefined their role by extending the scope of their interpretive powers.

(1994-95) 25 R.D.U.S.	<i>Le pouvoir de rectification de la loi par le juge et son application en droit constitutionnel : étude de l'arrêt R. c. Laba</i>	319
-----------------------	--	-----

SOMMAIRE

Introduction	319
1. Exposé des faits et motifs	319
1.1 Les faits	319
1.2 Les jugements de première et de deuxième instance	320
1.3 La décision de la Cour suprême du Canada	323
1.3.1 La violation de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	323
1.3.2 La réparation appropriée	326
2. L'intervention du juge dans l'oeuvre du législateur	329
2.1 Le pouvoir créateur du juge dans l'interprétation de la loi	330
2.2 La rectification de la loi par le juge	333
2.3 L'intervention particulière du juge en matière constitutionnelle : la mesure corrective en vertu de l'article 52 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	337
Conclusion	342

Introduction

Le 8 décembre 1994, la Cour suprême du Canada rendait jugement dans l'affaire *R. c. Laba*¹, dans laquelle elle prenait position en matière constitutionnelle. Elle reconnaissait d'une part la validité de l'article 394(1)*b*) du *Code criminel*², eu égard à la *Charte canadienne des droits et libertés*³, et réécrivait d'autre part une partie de cet article. C'est ce dernier point qui fera principalement l'objet de notre étude.

Nous présenterons dans un premier temps un exposé des faits du litige ainsi que les motifs des jugements rendus en première instance et en appel. Nous aborderons par la suite à la lumière de cette décision, une discussion sur le rôle créateur du juge dans l'application de la loi. Plus spécifiquement, nous tenterons de voir dans quelle mesure l'oeuvre créatrice du juge peut par l'effet de l'interprétation devenir correctrice de celle du législateur.

1. Exposé des faits et motifs

1.1 Les faits

Le 20 octobre 1989, les intimés (Johnson, Laba, Lebrun, Legendre, Timm et Tichinoff) ont été accusés de complot en vue de commettre l'acte criminel consistant à vendre ou à acheter de la roche, du minerai ou une autre substance volés renfermant des métaux précieux, contrairement aux articles 394(1)*b*) et 465(1)*c*) du *Code criminel*.

Le 15 décembre 1989, les intimés ont présenté une requête préliminaire devant le juge Boissonneault de la Cour de l'Ontario (Division générale) pour contester la constitutionnalité de l'article 394(1)*b*) du *Code criminel* sur le fondement des articles 7, 11*c*) et 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et*

-
1. [1994] 3 R.C.S. 965. Il s'agit d'un pourvoi contre une décision de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a modifié un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) déclarant inopérant l'article 394(1)*b*) du *Code criminel*.
 2. L.R.C. (1985), c. C-46.
 3. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

libertés. Le 13 novembre 1990, le juge Boissonneault a statué sur la requête. Il est arrivé à la conclusion que l'article 394(1)*b*) violait la présomption d'innocence garantie par l'article 11*d*) de la *Charte* et que cette violation ne constituait pas une limite raisonnable au droit garanti par la *Charte*, conformément à son article premier. Il déclarait du même souffle l'article 394(1)*b*) du *Code criminel* nul et inopérant⁴. Comme suite à cette décision, le même juge a accueilli la demande d'arrêt des procédures des intimés le 14 janvier 1991 pour le motif que la disposition créant l'infraction matérielle précise dont les intimés avaient été accusés était nulle et inopérante.

Le ministère public a interjeté appel de cette décision. Devant la Cour d'appel de l'Ontario, le ministère public a admis qu'il y avait violation de l'article 11 *d*) de la *Charte*, mais a cherché à faire infirmer le jugement pour le motif que la disposition en cause aurait dû être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Dans ses motifs déposés le 16 juin 1992⁵, le juge Tarnopolsky a conclu que l'appelante ne s'était pas acquittée du fardeau d'établir la raisonnabilité, au sens de l'article premier de la *Charte*, de la disposition du *Code criminel*. La Cour d'appel a accueilli l'appel en concluant à l'inconstitutionnalité d'une partie de l'article 394(1)*b*) et appel de cette décision a été interjeté devant la Cour suprême du Canada.

1.2 Les jugements de première et de deuxième instance

L'acte criminel reproché aux intimés est défini à l'article 394(1)*b*) du *Code criminel* comme suit :

394. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque, selon le cas :

[...]

b) vend ou achète de la roche, du minerai ou une autre substance renfermant des métaux précieux, ou des métaux précieux non fondus, non traités et non ouvrés, ou des métaux précieux partiellement fondus, traités ou ouvrés, à moins

4. (1991) 62 C.C.C. (3d) 375 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).

5. (1992) 74 C.C.C. (3d) 538 (Ont. C.A.).

qu'il n'établisse qu'il est le propriétaire ou l'agent du propriétaire, ou qu'il agit avec autorisation légitime;

En première instance, devant la Cour de l'Ontario (Division générale), la principale question qui se posait était celle de savoir si l'article 394(1)*b*) du *Code criminel* violait la présomption d'innocence garantie par l'article 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui se lit comme suit :

11. Tout inculpé a le droit

[...]

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

La Cour arrive à la conclusion que l'inversion du fardeau de la preuve opérée, dans l'article 394(1)*b*) du *Code criminel*, par les mots «à moins qu'il n'établisse qu'il est le propriétaire...» viole l'article 11*d*) de la *Charte*, du fait qu'une personne est susceptible d'être reconnue coupable, même s'il existe un doute raisonnable quant à savoir si elle avait le droit d'acheter ou de vendre le métal précieux⁶.

Concluant à la violation d'un droit garanti par la *Charte*, la Cour se demande ensuite si cette violation constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*⁷. Elle y répond négativement et déclare la disposition du *Code criminel* nulle et inopérante :

-
6. Les arguments du juge Boissonneault pour conclure à la violation de la présomption d'innocence sont : «1. General common law excuses such as mistake of fact must be proven by the accused. 2. It is possible for an accused to be convicted despite a reasonable doubt as to his guilt. 3. Ownership or lack of ownership is an essential element of the offence and an impermissible onus to establish ownership is placed on the accused.» *R. v. Laba*, précité, note 4, 380.
7. L'article se lit comme suit : «1. 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.»

I accept mine managers as experts in their field. I question however the facts upon which they relied to arrive at their conclusion that theft of precious metals is a significant problem in their respective operations. The estimates of actual losses are not supported by any evidence. Anticipated losses are not supported by fact. I find the evidence falls short to establish the limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society⁸.

Devant la Cour d'appel de l'Ontario, le ministère public admit que la partie de l'article contesté portant inversion du fardeau de la preuve contrevenait à l'article 11*d*) de la *Charte*. La Cour d'appel conclut donc à l'inconstitutionnalité de l'article 394(1)*b*) du *Code criminel*. Elle se pencha ensuite sur la question de savoir si l'inversion du fardeau de la preuve opérée par cet article constituait, selon les critères de l'arrêt *Oakes*⁹, une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Le juge Tarnopolsky y répondit, au nom de la Cour, négativement. Mais, contrairement au juge Boissonneault, il n'a pas déclaré l'article 394(1)*b*) entièrement inopérant. Plutôt que d'annuler l'article au complet, il a simplement radié la partie de la disposition portant inversion du fardeau de la preuve. La validité de l'article 394(1)*b*) était maintenue, à l'exception des mots «il n'établisse qu'» qui étaient radiés.

8. *R. v. Laba*, précité, note 4, 381 (j. Boissonneault).

9. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

1.3 La décision de la Cour suprême du Canada

1.3.1 La violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*

La Cour suprême a accueilli le pourvoi en partie¹⁰. Deux questions ont été soulevées devant la Cour, l'une de compétence et l'autre de fond concernant la constitutionnalité de l'article 394(1)*b*). Relativement à la première question, il s'agissait en l'espèce de déterminer si la Cour était compétente pour entendre le litige aux termes de l'article 693(1)*b*) du *Code criminel* qui prévoit que le procureur général peut interjeter appel lorsqu'un jugement d'une cour d'appel rejette un appel. La Cour s'est déclarée compétente pour entendre le litige. Cependant, elle est demeurée divisée quant au choix des motifs de la décision. D'une part, le juge en chef Lamer, au nom des juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major, s'appuyait sur l'article 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*¹¹, alors que, d'autre part, la juge L'Heureux-Dubé, au nom des juges La Forest et Gonthier, invoquait l'article 693(1)*b*) du *Code criminel* pour donner compétence à la Cour. La discussion de ces motifs n'intéresse pas directement l'objet de nos propos.

Sur la deuxième question en litige, celle de la constitutionnalité, le juge Sopinka s'est prononcé au nom de la Cour. Reprenant l'admission du ministère public, tant devant la Cour d'appel que devant la Cour suprême, à l'effet que l'article 394(1)*b*) du *Code Criminel* violait l'article 11*d*) de la *Charte*, celui-ci a confirmé l'inconstitutionnalité de la disposition du *Code*. Il a procédé ensuite à l'examen de l'article 394(1)*b*) pour savoir s'il constituait, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable au droit garanti par l'article 11*d*) de cette dernière.

Pour être en mesure de déterminer si l'article 394(1)*b*) constitue une limite raisonnable au droit à la présomption d'innocence et s'il peut être maintenu en vertu de l'article premier de la *Charte*, la Cour s'est référée au critère applicable en l'espèce, celui de l'arrêt *Oakes*¹². Suivant cet arrêt, la disposition attaquée doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et

10. *R. c. Laba*, précité, note 1.

11. L.R.C. (1985), c. S-26.

12. Modifié par l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 887-889 (j. Lamer).

démocratique, afin d'être suffisamment importante pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. L'objectif de l'article 394(1)*b* étant de prévenir le vol de minerai renfermant des métaux précieux, cet article vise clairement à criminaliser le commerce du minerai volé renfermant des métaux précieux. Dans la poursuite de cet objectif, la disposition portant inversion du fardeau de la preuve a pour but de faciliter les poursuites contre les contrevenants. S'appuyant sur le contexte historique, social et économique dans lequel s'insère cet article, la Cour conclut que celui-ci satisfaisait au premier volet du critère énoncé :

En toute déférence, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en tirant la conclusion contraire. Vu la nature du texte législatif en cause, je mets en question l'utilisation de statistiques relatives au nombre de poursuites intentées. Le nombre peu élevé de ces dernières ne témoigne pas nécessairement de la gravité du problème. [...] Cependant, la Cour d'appel s'est fondée sur l'absence d'une telle preuve [l'absence de preuve quant au rôle joué par la disposition portant inversion du fardeau de la preuve dans la réalisation de l'objectif visé] ainsi que sur la rareté des poursuites pour conclure à l'absence d'un objectif se rapportant à des préoccupations urgentes et réelles¹³.

Le deuxième volet du critère de l'arrêt *Oakes* est celui de la proportionnalité. C'est-à-dire que les moyens choisis pour atteindre l'objectif législatif doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif visé. Ils doivent porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause et leurs effets préjudiciables doivent être proportionnels à leurs effets bénéfiques et à l'importance de l'objectif décrit comme étant «suffisamment important».

Pour atteindre l'objectif de la prévention du vol de minerai, le législateur a choisi d'interdire le commerce du minerai volé et d'imposer à l'accusé le fardeau d'établir que le minerai n'a pas été volé. La Cour a estimé que ces deux mesures sont des réponses logiques au problème du vol de métaux précieux.

Elle a examiné ensuite l'atteinte à la présomption d'innocence, afin de déterminer si le gouvernement a démontré que la disposition porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution. Elle s'est

13. *R. c. Laba*, précité, note 1, 1007 (j. Sopinka).

demandé si le législateur disposait d'un autre moyen pour atteindre l'objectif en cause :

En rédigeant l'al. 394(1)*b*), le législateur aurait pu tout simplement choisir d'imposer à l'accusé une charge de présentation au lieu de la charge ultime intégrale d'établir la propriété, le mandat ou l'autorisation légitime. S'il en avait été ainsi, l'accusé ne serait tenu que de présenter ou d'évoquer un élément de preuve qui, s'il était admis, serait de nature à soulever un doute raisonnable quant à savoir s'il était propriétaire ou l'agent du propriétaire, ou encore s'il agissait en vertu d'une autorisation légitime. S'il réussissait à soulever un tel doute, il incomberait alors au ministère public d'établir le contraire hors de tout doute raisonnable. Si le ministère public ne réussissait pas à dissiper un doute raisonnable, l'accusé serait acquitté¹⁴.

Tenant compte du fait que le législateur doit disposer d'une certaine latitude et qu'il n'a pas à opter pour la solution la moins restrictive imaginable, la Cour ne s'estime toutefois pas convaincue que le législateur a choisi le moyen qui portait aussi peu que raisonnablement atteinte à l'article 11*d*), c'est-à-dire au droit d'être présumé innocent. Par conséquent, elle en conclut que le ministère public ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve. Vu cette conclusion, il n'apparaissait plus nécessaire à la Cour de se prononcer sur l'exigence de proportionnalité.

Cependant, concernant ce dernier point, le juge Sopinka a réitéré son inquiétude quant à la possibilité que l'article 394(1)*b*) permette que de nombreux innocents soient déclarés coupables et qu'il porte ainsi gravement atteinte à l'article 11*d*). À son avis, il n'était pas logique, lorsqu'une personne achète ou vend du minerai renfermant un métal précieux, de présumer que l'opération est illégitime. Dans ce cas, la preuve selon la prépondérance des probabilités pouvait devenir un lourd fardeau dont bon nombre d'innocents auraient été incapables de s'acquitter.

14. *Id.*, 1009.

1.3.2 La réparation appropriée

Selon le juge Sopinka, l'effet dissuasif recherché par l'article 394(1)*b* du *Code criminel* ne justifiait pas une violation aussi importante du droit à la présomption d'innocence par l'imposition d'une charge ultime à l'accusé de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession d'un minerai renfermant un métal précieux à la suite du vol de celui-ci :

En revanche, je crois que l'imposition à l'accusé d'une charge de présentation est justifiée, même si elle porte atteinte au droit à la présomption d'innocence. Il me paraît invraisemblable qu'une personne innocente soit incapable de produire ou d'évoquer un élément de preuve quelconque qui soulève un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Même si l'imposition d'une charge de présentation viole la présomption d'innocence, je conclus que cela ne fait augmenter que de façon minimale la probabilité qu'un innocent soit déclaré coupable et que cela constitue une limite justifiable au droit d'être présumé innocent¹⁵.

C'est en l'espèce la réparation que la Cour a choisi d'apporter à la violation de la *Charte*. Ce faisant, elle a annulé la partie de l'article 394(1)*b* qui est inconstitutionnelle, en supprimant le segment qui impose à l'accusé la charge ultime d'établir la propriété, le mandat ou l'autorisation légitime; et elle y a substitué les mots nécessaires pour imposer à l'accusé une charge de présentation.

Les réparations possibles auxquelles la Cour s'est référée étaient les suivantes : (i) annuler l'article 394(1)*b* au complet et ordonner l'arrêt des procédures, comme l'a fait le juge Boissonneault en première instance; (ii) radier les mots fautifs «il n'établisse qu'» qui créent l'inversion du fardeau de la preuve, comme l'a fait la Cour d'appel; cette dernière a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'annuler l'alinéa en entier parce que seule la disposition portant inversion du fardeau de la preuve a été jugée inconstitutionnelle; (iii) radier les mots fautifs tout en considérant que le texte contenait les mots appropriés pour y substituer une charge de présentation. La Cour a retenu cette dernière réparation.

15. *Id.*, 1011.

Dans le choix de la réparation appropriée, la Cour s'est appuyée sur l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁶, ainsi que sur les propos du juge Lamer qu'il a exprimés dans l'arrêt *Schachter c. Canada*¹⁷ au sujet des différentes réparations possibles :

Un tribunal jouit d'une certaine latitude dans le choix de la mesure à prendre dans le cas d'une violation de la *Charte* qui ne résiste pas à un examen fondé sur l'article premier. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit l'annulation des «dispositions incompatibles» de toute règle de droit. Selon les circonstances, un tribunal peut simplement annuler une disposition, il peut l'annuler et suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité ou il peut appliquer les techniques d'interprétation atténuée ou d'interprétation large¹⁸.

Dans son choix, la Cour entend appliquer «les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte*, sans empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire»¹⁹. Sur ce point, la Cour avait étudié dans l'arrêt *Schachter* la possibilité de recourir à l'interprétation large, comme mesure corrective à apporter en vertu de l'article 52, et décidé de ne pas s'en prévaloir. Elle déclarait à cet effet que «les tribunaux ont un pouvoir limité, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de donner une interprétation large à une loi pour en étendre le champ d'application»²⁰. En l'espèce, l'article 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*²¹ qui créait une situation d'inégalité entre les parents naturels et les parents adoptifs a été déclaré inopérant. L'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité de cet article pouvait être suspendu pendant un certain temps pour que le Parlement puisse modifier le texte législatif d'une façon qui lui permette de respecter ses obligations constitutionnelles. Selon la Cour, le recours à l'interprétation large pour étendre le champ d'application de la loi aux parents naturels aurait eu pour effet de la

16. Constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11. L'article 52(1) se lit comme suit : «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.»

17. [1992] 2 R.C.S. 679.

18. *Id.*, 695 (j. Lamer).

19. *R. c. Laba*, précité, note 1, 1012 (j. Sopinka).

20. *Schachter c. Canada*, précité, note 17, 725 (j. Lamer).

21. S.C. 1970-71-72, ch. 48.

modifier d'une manière importante, constituant ainsi un degré d'empiétement trop grand sur le domaine législatif. À défaut de pouvoir déterminer avec suffisamment de précision dans quelle mesure il faut élargir la portée d'une loi pour la rendre compatible avec la Constitution, la Cour renvoyait l'affaire au Parlement, mais non sans avoir posé au préalable les principes qui doivent guider toute étude des mesures correctives à apporter en vertu de l'article 52.

Suivant ces principes, la Cour convient dans l'arrêt *Laba* que l'article 52 n'exige rien de plus que la suppression des mots créant une charge ultime et que la substitution des mots qui réduisent la charge ultime en une charge de présentation assurerait la réalisation de l'objectif législatif et la protection des valeurs exprimées dans la *Charte*. Mais, elle doit se demander si une telle substitution empiète sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire, c'est-à-dire davantage que le simple fait de supprimer toute mention des obligations de l'accusé à cet égard. La suppression aurait pour effet de faire assumer entièrement par le ministère public le fardeau de la preuve, alors que la substitution²² imposerait à l'accusé l'obligation de présenter des éléments de preuve, sans toutefois assumer la charge de non-persuasion.

Pour déterminer si l'empiétement sur le domaine législatif est justifié²³, la Cour s'est demandé s'il était possible de présumer sans risque d'erreur que le législateur aurait adopté dans les circonstances la mesure législative sous sa forme modifiée. Reprenant l'historique de l'article 394(1)*b*) et mettant ensuite en rapport le contenu de l'article avec des dispositions connexes du *Code criminel* et d'autres lois fédérales prévoyant une inversion du fardeau de la preuve en imposant à l'accusé une charge de présentation, le juge Sopinka arrive à la conclusion ferme qu'il était possible de le présumer. Comme la qualification de la réparation appropriée dans les circonstances (annulation, interprétation large, interprétation atténuée) faisait problème²⁴, le juge Sopinka s'est replié sur

22. Dans l'article 394(1)*b*), les mots «à moins qu'il n'établisse qu'» seraient remplacés par «en l'absence de preuve soulevant un doute raisonnable qu'».

23. La Cour s'en rapporte ici à l'arrêt *Schachter c. Canada*, précité, note 17, où la question de l'empiétement sur le domaine législatif a été circonscrite par le juge en chef Lamer.

24. «Bien que la réparation que je considère appropriée, après examen de l'affaire, soit la radiation et l'interprétation large, le même résultat pourrait être obtenu par d'autres moyens. Comme je l'ai déjà souligné, la disposition portant inversion du fardeau de la preuve pourrait recevoir une interprétation atténuée de manière à ne prévoir qu'une charge de présentation. En fait, le résultat

une description conceptuelle de l'incompatibilité, telle que développée par le juge Lamer dans l'arrêt *Schachter*²⁵, plutôt que sur la formule législative pour conclure :

Lorsque l'incompatibilité entre l'al. 394(1)*b*) et la *Charte* est décrite de manière conceptuelle, plutôt que simplement par rapport aux termes utilisés par le législateur, il appert que la réparation proposée ne comporte que l'annulation d'une partie de l'alinéa²⁶.

Les arrêts *Schachter* et *Laba* soulèvent un problème intéressant quant au pouvoir d'intervention du juge dans l'oeuvre du législateur. Il y a lieu de les analyser dans un contexte plus global afin d'en saisir le sens et la portée.

2. L'intervention du juge dans l'oeuvre du législateur

Dans les sociétés contemporaines, le droit est une création humaine. Les sources auxquelles se réfèrent les grands systèmes juridiques n'apparaissent pas comme immuables. Elles doivent s'adapter aux réalités de la vie sociale. Le droit devient l'oeuvre de plusieurs intervenants qui se succèdent et dont les principaux sont le législateur, par la voix des légistes et des parlementaires, et les juges. Vue comme une réalité sociale, la norme juridique acquiert une existence réelle par sa fixation dans les textes des lois ou des décisions judiciaires²⁷.

Le pouvoir d'intervention du juge dans l'oeuvre du législateur se manifeste par le processus d'interprétation et d'application des lois. L'obligation qui est faite au juge de dire la loi amène ce dernier à l'adapter à l'évolution de la société, à en combler les lacunes, voire même à la rectifier.

net obtenu pourrait également être considéré comme une annulation seulement.» *R. c. Laba*, précité, note 1, 1015.

25. *Schachter c. Canada*, précité, note 17, 699.

26. *R. c. Laba*, précité, note 1, 1016.

27. La norme juridique est vue comme une «construction artificielle humaine». Voir C. Varga, «Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques», (1973) 18 *Arch. de phil. du droit* 215, p. 217.

2.1 Le pouvoir créateur du juge dans l'interprétation de la loi

Le mot «interprétation» fait image. On a souvent rapproché l'interprétation du droit de toutes les formes d'art où elle se révèle nécessaire : musique, peinture, danse, théâtre; on l'a mise en rapport, non seulement avec les arts, mais aussi avec les sciences, l'histoire et l'archéologie. Dans toutes ses applications, la notion d'interprétation présuppose la présence indispensable d'un intermédiaire²⁸ qui actualise une oeuvre. On trouve dans l'interprétation une part de créativité : celle que l'interprète veut bien y révéler dans sa recherche de la vérité de l'oeuvre. En conséquence, de l'équilibre plus ou moins bien réussi entre les deux éléments de l'interprétation véritable, la création personnelle de l'interprète et la fidélité littérale au texte de loi, dépendra la valeur de l'interprétation juridique²⁹.

La conception actuelle et moderne de la loi apparaît comme le produit d'une situation historique qui a été fortement influencée par le droit romain. En effet, dans la hiérarchie des sources du droit romain, la loi était consacrée comme source presque exclusive, les autres ne lui étant que supplétives ou interprétatives. Cette importance accordée à la loi entraînait par conséquent l'idée implicite d'un législateur suprême et tout-puissant, qui a inspiré tout le droit moderne. En prenant place dans les divers systèmes juridiques, même dans la tradition des droits anglais où longtemps elle n'a joué qu'un rôle secondaire³⁰, la loi trouvait son principal fondement dans les principes supérieurs du législateur.

Encore faut-il rappeler que, tout au début, le droit est apparu comme une manifestation de la volonté divine. Les lois, formulées par la divinité elle-même et révélées au premier législateur, étaient considérées comme une perfection. Par leur caractère transcendant et divin, tout pouvoir de les interpréter était limité.

28. Par ses origines latines, le mot «interprétation» renvoie à la notion d'intermédiaire.

29. F. Bayer, Article «Interprétation», *Encyclopédie philosophique universelle*, vol. II, tome 1, Presses universitaires de France, 1990, p. 1359.

30. Le droit anglais étant essentiellement jurisprudentiel, la loi formulait moins des principes qu'elle ne corrigeait ceux qui se dégageaient de la tradition.

La formule était sacrée et du moment que le droit résidait dans la lettre de la loi, le seul office de l'interprétation était d'en reconnaître le sens exact³¹.

À cette «sacralisation» de la loi, se sont succédées au *xx^e* siècle des conceptions plus volontaristes et plus socialisantes qui n'ont pas tardé à modifier cette première conception de l'interprétation. Le gouvernement s'est fait législateur. On ne cherche plus les préceptes de la loi dans la Révélation. La modernité de la loi n'apparaît alors pas tant comme le produit d'une situation historique que celui d'une volonté commune et générale, transformatrice et constructive de la société.

Délaissant l'idée d'un législateur suprême et tout-puissant, on constate alors avec François Gény que l'omnipotence législative a ses bornes logiques et nécessaires³². Il s'ensuit, comme toute oeuvre humaine, que la loi sera forcément incomplète. Quels que soient les perfectionnements que l'on apporte à la législation, l'interprétation demeure une nécessité permanente : le législateur pose des principes qui, quelque bien formulés qu'on les suppose, resteront toujours des abstractions que les tribunaux auront à appliquer aux cas portés devant eux. Cette application d'un principe à un cas donné est l'oeuvre de l'interprète et en ce domaine les difficultés surgissent en foule³³.

Il faut constater cependant que très souvent la règle de droit, telle qu'elle est formulée, n'offre pas de doute. Les tribunaux n'ont qu'à qualifier les faits pour ensuite appliquer les règles juridiques pertinentes. Mais les tribunaux ne font pas

31. On trouve cet attachement pour la lettre de la loi dans les célèbres constitutions de Justinien qui, proclamant son oeuvre législative parfaite, interdisait tout commentaire privé et réduisait les juges à une fonction presque mécanique. C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 3^e éd., Paris, A. Cotillon, 1879, vol. 1, n° 31, pp. 74-75. M.F.C. de SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduit de l'allemand par Ch. Guenoux, Paris, Firmin Didot, 1840, vol. 1, n° 47-48, pp. 289-304.

32. «Nous constatons, d'une part, que la loi émane de l'intelligence et de la volonté humaine, puisque le pouvoir, qui la porte, sous quelque forme qu'on le suppose constitué, réside toujours dans un homme ou dans un groupe d'hommes; d'autre part, que cette intelligence et cette volonté, le plus souvent collectives, s'expriment en une formule, conçue dans le langage de ceux que la loi doit régir, afin de faire passer dans leur esprit la substance même des règles qu'elle édicte.» F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954, vol. 1, n° 56, p. 116.

33. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., Paris, Librairie A. Marescq, 1878, vol. 1, n° 270, pp. 340-341.

qu'interpréter et appliquer la loi telle qu'elle existe : «il[s] la moule[nt] à l'évolution de la société, tantôt pour l'accompagner, tantôt pour la redresser»³⁴. Le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi n'arrête pas le juge. Conscient des imperfections de son oeuvre, le législateur reconnaissait le rôle créateur du juge à l'article 11 du *Code civil du Bas-Canada*³⁵. Cet article n'a pas été repris dans le *Code civil du Québec*. Cependant l'esprit de la disposition est demeuré. En effet, le deuxième alinéa de la disposition préliminaire, qui établit la portée du *Code* par rapport aux autres lois qui portent sur les mêmes matières, favorise une interprétation dynamique de celui-ci ainsi que le recours à ses dispositions pour interpréter et appliquer les autres lois et en combler les lacunes³⁶.

À une époque où l'inflation législative et réglementaire est très présente, le silence de la loi ou son insuffisance constitue peut-être «un rare événement»³⁷. Il n'en demeure pas moins une occasion de manifestation du pouvoir créateur du juge, car devant la carence du législateur, le juge a l'obligation de dire la loi.

Aujourd'hui, selon une approche moderne, il ne suffit plus de s'en tenir au sens des mots, c'est-à-dire à la lettre de la loi, mais de rechercher dans la volonté même du législateur la pensée que les mots recouvrent. Lorsque la volonté du législateur n'est pas révélée exactement par le texte, il faut recourir à l'esprit de la loi pour développer la signification de la formule de la loi qui demeure, néanmoins, le point de départ de l'interprétation³⁸. C'est là toute l'autorité qu'il faut attacher à la lettre de la loi.

34. J. DESCHÊNES, «Le rôle législatif du pouvoir judiciaire», (1974) 5 *R.D.U.S.* 1, p. 24.

35. «Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.» Cette disposition est devenue l'article 41.2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., chap. I-16.

36. *Commentaires du ministre de la Justice*, tome I, Québec, Les publications du Québec, 1993, pp. 1-2.

37. J. DESCHÊNES, *loc. cit.*, note 34, p. 5.

38. La règle que Portalis avait mise en tête du Projet du Code civil français, à l'article 5 du titre préliminaire portant sur l'interprétation des lois, sert de guide : «Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre, sous prétexte d'en pénétrer l'esprit.» P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, vol. 2, p. 7. Pour une discussion sur la portée de cette règle, voir L. LAUZIÈRE, «Le sens ordinaire des mots comme règle d'interprétation», (1987) 28 *C. de D.* 367, pp. 372-375.

2.2 La rectification de la loi par le juge

S'il est un principe certain, qu'on ne peut s'écarter du sens littéral de la loi lorsque le texte est clair, il y a cependant un cas dans lequel l'interprète a le droit et le devoir de s'en écarter, c'est lorsqu'il est démontré³⁹ que le législateur a dit autre chose que ce qu'il voulait dire. Ce qui d'ailleurs n'arrive que dans de rares cas et ne se présume jamais.

It is a corollary to the general rule of literal construction that nothing is to be added to or taken from a statute unless there are adequate grounds to justify the inference that the legislature intended something which it omitted to express⁴⁰.

Il semble cependant que les tribunaux aient toujours été très hésitants à modifier l'oeuvre du législateur sous prétexte d'omission ou de rectification d'erreur matérielle. Lorsque le texte de la loi est précis, dans quelle mesure est-il permis aux tribunaux de le modifier sous prétexte d'erreur ? La question a été posée clairement à la Cour de cassation en 1891⁴¹. Dans l'affaire soumise, il s'agissait de décider si l'article 60 de la *Loi du 29 juillet 1881* sur la presse prévoyant que «sont applicables au cas de poursuite et de condamnation les dispositions de l'article 48 de la présente loi», contenait une erreur matérielle qu'il était dans les pouvoirs du juge de corriger, c'est-à-dire que l'article 48 ait été visé par erreur au lieu de l'article 49 (4). Dans son rapport, le conseiller Sallantin soulignait le fait que les lois n'étaient, pas plus que les conventions, à l'abri des erreurs de mots et de chiffres et que le juge devait rechercher dans ces cas la vraie pensée du législateur et mettre à la place de ce qu'il a mis, ce qu'il a entendu mettre; c'était là, disait-il, interpréter et non refaire la loi, mais à la condition que le juge ait la certitude qu'une erreur s'est glissée dans le texte.

-
39. La démonstration d'une erreur manifeste et matérielle dans un texte de loi peut se faire de différentes façons : d'abord par le non-sens de la disposition; ensuite par l'intention du législateur de reproduire littéralement une disposition d'une loi antérieure; ou encore par l'absence d'amendement proposé et adopté sur un texte précédent différent du texte reproduit officiellement. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, 3^e éd., Paris, Larose et Forgel, 1888, vol. 1, n° 100, p. 51.
40. P.B. MAXWELL, *On the Interpretation of Statutes*, London, William Maxwell & Son, 1875, p. 33. Voir aussi, *Everett v. Wells*, (1841) 2 Man.&G. 269, 277 (j. Tindal) : «It is our duty neither to add to nor take from a statute, unless we see good grounds for thinking that the legislature intended something which it has failed precisely to express.»
41. Crim., 13 juin 1891, D.P. 92. I. 77 (rapport Sallantin).

La même question se posa aux tribunaux anglais dans l'affaire *R. v. Wilcock*⁴² qui portait sur des faits analogues. Dans cette affaire, on faisait mention d'une loi qui en abrogeait une autre décrite par son titre et la référence à l'année de son adoption, c'est-à-dire 13 Geo. 3. Or il ne se trouvait aucune loi de ce titre dans le recueil des lois de l'année 13 Geo. 3, mais il s'en trouvait une dans le recueil de l'année 17 Geo. 3. On eut dans ce cas la certitude qu'une erreur s'était glissée dans le texte :

A mistake has been committed by the Legislature; but, having regard to the subject matter, and looking to the mere contents of the Act itself, we cannot doubt that the intention was to repeal the 17 Geo. 3, and that the incorrect year must be rejected⁴³.

Néanmoins, tant en France qu'en Angleterre, les tribunaux ont agi avec une extrême circonspection dans le cas où le texte d'une loi invoqué, bien que paraissant entaché d'une erreur ou présenter une lacune, avait pourtant un sens propre et pouvait recevoir une application juridique. On jugea à maintes reprises qu'il ne s'agissait pas alors de rectifier uniquement une erreur matérielle ou une omission, mais d'ajouter à la loi une disposition qu'elle ne contenait pas⁴⁴.

La règle demeure que les juges ne peuvent se rendre maîtres des erreurs qu'ils croient remarquer dans la loi et se permettre de les rectifier. Comme les lois sont exécutoires pour les citoyens dans les termes dans lesquels elles sont portées à leur connaissance, on pourra difficilement reprocher aux juges de refuser d'appliquer la loi à un cas que les termes matériels de sa rédaction n'admettent pas⁴⁵.

42. (1845) 7 Q.B. 317.

43. *Id.*, 338 (Lord Denmon).

44. Voir, à titre d'exemples, en France : Crim., 13 juin 1891, D.P. 92. I. 77; Civ., 20 octobre 1891, D.P. 92 I. 57; en Angleterre : *Gwynne v. Burnell*, (1840) 6 Bing. N.C. 453; *Green v. Wood*, (1845) 7 Q.B. 178; *R. v. Arnold*, (1864) 5 B.&S. 322; *R. v. Inhabitants of Denton*, (1864) 5 B.&S. 821.

45. Voir, à titre d'exemples, en France : Crim., 13 juin 1891, D.P. 92. I. 77; Civ., 20 octobre 1891, D.P. 92 I. 57; en Angleterre : *Gwynne v. Burnell*, (1840) 6 Bing. N.C. 453; *Green v. Wood*, (1845) 7 Q.B. 178; *R. v. Arnold*, (1864) 5 B.&S. 322; *R. v. Inhabitants of Denton*, (1864) 5 B.&S. 821.

En Angleterre, l'interprétation de la loi par son sens littéral et l'interdiction de s'en écarter se rattachent davantage à un attribut de la personnalité du législateur : sa perfection. En effet, le législateur étant perçu comme un être idéal, parfait, il est censé exprimer clairement son intention :

a Court of Law is bound to proceed upon the assumption that the legislature is an ideal person that does not make mistakes. It must be assumed that it has intended what it has said⁴⁶.

Néanmoins, certaines erreurs se glissent dans les lois et, confrontés à cette situation, les tribunaux ont adopté deux approches différentes⁴⁷. Dans certains cas, selon une approche traditionnelle, les tribunaux attribuent l'erreur au rédacteur législatif et s'en remettent par la suite au législateur pour remédier à la loi :

The draftsman of this Act may have made a mistake. If so, the remedy is for the legislature to amend it⁴⁸.

Dans d'autres cas, selon une deuxième approche, plus moderne, devant l'erreur législative le juge recherche l'intention du législateur et lui donne effet en apportant les correctifs nécessaires à la loi. On trouve illustration de cette approche dans les propos de Lord Denning exprimés dans *Seaford Court Estates v. Asher*⁴⁹ :

It would certainly save the judges trouble if Acts of Parliament were drafted with divine prescience and perfect clarity. In the absence of it, when a defect appears a judge cannot simply fold his hands and blame the draftsman. He must set to work on the constructive task of finding the intention of Parliament, and he must do this not only from the language of the statute, but also from a

46. *Commissioners for Income Tax v. Pemsel*, [1891] A.C. 531, 549 (Lord Halsbury).

47. Ces deux approches sont exposées par le juge Andrews dans *R. v. Krentz* [1976] 6 W.W.R. 527, 531 (B.C.S.C.).

48. *Richards v. McBride*, [1881] Q.B.D. 119, 122-123 (j. Grove). Voir aussi dans le même sens, *Midland Railway of Canada v. Young*, (1893) 22 R.C.S. 190, 198 : «We know of many cases where legislatures without doubt intended to say one thing but signally failed to say it. We should not say it for them. The misfortune is curable by the legislatures only, not by the courts.» (j. Sedgewick).

49. [1949] 2 K.B. 481, confirmé par [1950] A.C. 508.

consideration of the social conditions which gave rise to it, and of the mischief which it was passed to remedy, and then he must supplement the written word so as to give "force and life" to the intention of the legislature⁵⁰.

Lord Denning reprend ce même point de vue, en dissidence toutefois, à l'occasion d'une autre affaire, *Magor and St. Mellons Rural District Council v. Newport Borough Council*⁵¹ :

We sit here to find out the intention of Parliament and of Ministers and carry it out, and we do this better by filling in the gaps and making sense of the enactment than by opening it up to destructive analysis⁵².

Ces propos de Lord Denning ont cependant fait l'objet de commentaires lors de l'appel de cette décision à la Chambre des Lords. Cette dernière a plutôt favorisé l'approche traditionnelle de la question :

It appears to me to be a naked usurpation of the legislative function under the thin disguise of interpretation. And it is the less justifiable when it is guesswork with what material the legislature would, if it had discovered the gap, have filled it in. If a gap is disclosed, the remedy lies in an amending Act⁵³.

La Chambre des Lords confirmait donc à l'occasion de ces deux affaires, entendues à peu de temps d'intervalle⁵⁴, deux approches opposées. Pour leur part, les tribunaux canadiens semblent avoir retenu davantage la deuxième approche⁵⁵, qui élargit leur rôle en donnant un large pouvoir d'appréciation au

50. *Id.*, 499. La Chambre des Lords avait dit précédemment dans l'affaire *Salmon v. Duncombe*, (1886) 11 A.C. 627, 634 (Lord Hobhouse) : «It is, however, a very serious matter to hold that when the main object of a statute is clear, it shall be reduced to a nullity by the draftsman's unskilfulness or ignorance of law. It may be necessary for a Court of Justice to come to such a conclusion, but their Lordships hold that nothing can justify it except necessity or the absolute intractability of the language used.»

51. [1950] 2 All E.R. 1226.

52. *Id.*, 1236.

53. [1952] A.C. 189, 191 (Lord Simonds).

54. L'affaire *Seaford Court Estates v. Asher* fut confirmée par la Chambre des Lords en 1950 et l'appel de l'affaire *Magor and St. Mellons Rural District Council v. Newport Borough Council* fut entendue par la Chambre des Lords en 1952.

55. Voir *R. v. Krentz*, précité, note 47, 532.

juge, comme on peut voir en matière constitutionnelle, notamment dans l'arrêt *Laba*.

2.3 L'intervention particulière du juge en matière constitutionnelle : la mesure corrective en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Au regard des règles générales d'intervention du juge en matière d'interprétation et de rectification de la loi, la réparation apportée par la Cour suprême comme mesure corrective à la violation de la *Charte* dans l'arrêt *Laba* peut étonner. La Cour a procédé à la réécriture d'une partie de l'article 394(1)*b* du *Code criminel* jugée inconstitutionnelle.

On doit toutefois considérer avec attention le fait que les questions que soulève l'application de la *Charte* font intervenir des règles d'interprétation constitutionnelle particulières. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵⁶ reconnaît la suprématie de la Constitution canadienne en rendant inopérante toute disposition incompatible d'une règle de droit avec cette dernière. Par cette reconnaissance, la Constitution s'est vue accorder par les tribunaux chargés de son interprétation un statut particulier quant aux règles qui lui sont applicables⁵⁷. C'est ainsi que la règle de l'interprétation littérale des textes de lois a été tempérée à plusieurs reprises par les tribunaux qui ont favorisé une interprétation large des lois constitutionnelles, afin de mieux les adapter aux réalités de la vie sociale⁵⁸. De même, la présomption de constitutionnalité des lois et son corollaire, l'interprétation atténuée, selon lequel il faut préférer une interprétation qui préserve la loi à une autre qui l'invalide, ont élargi le rôle des tribunaux dans l'application des lois constitutionnelles, et notamment de la *Charte*. Sous l'influence des décisions rendues par les tribunaux américains en matière constitutionnelle, les premiers arrêts sur la *Charte* évoquaient des règles

56. Précitée, note 16.

57. Voir à ce sujet : R. Langlois, «L'application des règles d'interprétation constitutionnelle», (1987) 28 *C. de D.* 207, pp. 209-211.

58. *Ibid.*

d'interprétation libérale, souple et évolutive nécessaires pour protéger les valeurs fondamentales qu'elle consacrait⁵⁹.

L'avènement de la *Charte* a, par ailleurs, permis au pouvoir judiciaire d'exercer une autorité constitutionnelle grandissante et dont on a mal à distinguer les limites. Profitant des changements constitutionnels de la dernière décennie et de la souveraineté nouvelle qui leur a été dévolue par la *Charte*⁶⁰, les tribunaux, particulièrement la Cour suprême, ont su établir leur prééminence par rapport aux autres institutions constitutionnelles.

Il faut situer dans ce contexte la conclusion du juge Sopinka quant à la réparation apportée à la violation de la présomption d'innocence, à l'article 394(1)b) du *Code criminel* concernant la vente et l'achat de minerai. Au nom de la Cour, le juge Sopinka a supprimé dans cet article les mots qui imposent à l'accusé la charge ultime d'établir la propriété, le mandat ou l'autorisation légitime («à moins qu'il n'établisse qu'») et y substitué les mots nécessaires pour imposer une charge de présentation («en l'absence de preuve soulevant un doute raisonnable qu'»).

Dans le choix des différentes réparations possibles, conformément à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶¹, les tribunaux peuvent selon les circonstances annuler tout ou partie de la disposition incompatible (la doctrine de la dissociation) ou appliquer les techniques d'interprétation atténuée ou d'interprétation large. Les juges de première et de deuxième instance ont choisi d'annuler la disposition incompatible du *Code criminel*, en totalité dans le premier cas, en partie dans le second, alors que la Cour suprême a fait un pas de plus en annulant une partie de la disposition incompatible et en y substituant, par une technique qu'elle a eu mal à qualifier d'interprétation atténuée ou d'interprétation large, les mots nécessaires pour réaliser les objectifs législatifs de la disposition.

59. *Id.*, p. 213, où l'auteur fait un exposé sur la dimension que l'avènement de la *Charte* a apportée à la Constitution canadienne.

60. Voir L. HUPPÉ, «L'émergence d'un pouvoir judiciaire souverain», (1995) 55 *R. du B.* 171, p. 177. L'auteur démontre dans son étude le nouveau statut du pouvoir judiciaire.

61. Précitée, note 16. Voir *supra*, note 18, et le texte accompagnant.

On remarquera que, dans l'application des techniques d'interprétation atténuée ou d'interprétation large en matière constitutionnelle, les tribunaux font plus qu'étendre ou restreindre la portée des mots employés dans la loi, ce qui ne serait là que l'application de la technique habituelle d'interprétation des lois⁶². Ils ajoutent ou retranchent des termes au libellé de la loi, dans la mesure nécessaire pour éviter toute violation de la Constitution. À cet effet, le juge Lamer soulignait dans l'arrêt *Schachter* :

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas pour effet de restreindre le tribunal à l'examen du libellé employé par le législateur lorsqu'il détermine l'incompatibilité entre une loi et la Constitution. L'article 52 ne précise pas que les *termes* d'une loi qui sont incompatibles avec la Constitution sont inopérants. Il précise que la Constitution rend inopérantes les *dispositions* incompatibles de toute autre règle de droit. Par conséquent, l'incompatibilité peut s'entendre tant de ce qui a été omis du libellé de la loi que de ce qui y a été inclus à tort⁶³.

C'est ainsi que la question de l'empiétement sur le domaine législatif se pose en matière constitutionnelle. Les tribunaux viennent à déterminer l'étendue de l'incompatibilité de façon conceptuelle⁶⁴ et, incidemment, à faire dépendre la mesure corrective appropriée de la précision avec laquelle l'incompatibilité peut être déterminée :

Bien que l'interprétation large soit le pendant logique de la dissociation et serve la même fin, il importe de se rappeler qu'il existe une distinction importante entre les deux pratiques. En ce qui concerne la dissociation, la partie incompatible de la disposition législative peut être déterminée avec une certaine précision en fonction des exigences de la Constitution, ce qui ne sera pas toujours possible dans le cas de l'interprétation large. Dans certains cas, il ne sera pas possible, à partir d'une analyse fondée sur la Constitution, de déterminer avec suffisamment de précision dans quelle mesure il faut élargir la portée d'une loi pour la rendre compatible avec la Constitution⁶⁵.

62. Les mots employés par le législateur servent de point de départ. *Supra*, note 38.

63. *Schachter c. Canada*, précité, note 17, 699.

64. *Supra*, note 25. Par exemple, dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, l'étendue de l'incompatibilité a été déterminée de façon conceptuelle, plutôt que par rapport au libellé de la loi.

65. *Schachter c. Canada*, précité, note 17, 705 (j. Lamer).

L'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*⁶⁶ a posé certaines limites aux règles d'interprétation constitutionnelle, larges et généreuses, en réitérant le principe bien établi qu'il revient au législateur de combler les lacunes des lois. Dans cet arrêt, le juge Dickson soulignait qu'«il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution» et qu'«[il] n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives»⁶⁷. Or, on constate que le large pouvoir d'appréciation conféré depuis aux tribunaux par l'article premier de la *Charte* fait contrepoids à ce principe.

En effet, dans son jugement le juge Sopinka a reconnu au nom de la Cour que, pour assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte*, l'article 52 n'exigeait rien de plus que la suppression des mots créant une charge ultime de persuasion, mais que la substitution de mots qui réduisent la charge ultime en une charge de présentation permettrait de réaliser davantage les objectifs législatifs de l'article 394(1)*b* du *Code criminel*⁶⁸. Compte tenu du bon nombre de dispositions du *Code criminel* et d'autres lois fédérales qui n'imposent qu'une charge de présentation à l'accusé, le juge a présumé que le législateur aurait sans aucun doute adopté la même disposition en n'imposant qu'une charge de présentation, s'il n'avait été possible d'imposer une charge ultime de persuasion. Mais il est toujours malaisé, quelles que soient les raisons que l'on invoque, de changer par la voie judiciaire la formule de la loi. C'est pourquoi, pour légitimer la réécriture de la partie de l'article 394(1)*b* déclarée inconstitutionnelle, et dans une juste mesure l'empiétement sur le domaine législatif, le juge a fait valoir que même si les mots «qu'il n'établisse» ont été interprétés par la Cour comme imposant une charge ultime, ils englobent également le fardeau de présentation :

Aux termes de l'alinéa, tel qu'il est rédigé, l'accusé devrait non seulement avancer des éléments de preuve, mais également assumer la charge de non-persuasion. La réparation que je préconise a simplement pour effet de

66. [1984] 2 R.C.S. 145.

67. *Id.*, 169.

68. Les objectifs poursuivis par le législateur au moment de l'adoption de l'article 394(1)*b* du *Code criminel* étaient de prévenir le vol de minerai renfermant des métaux précieux et de faciliter la poursuite des contrevenants. *R.c. Laba*, précité, note 1, 1007.

supprimer cette dernière charge de l'alinéa. [...] Lorsque l'incompatibilité entre l'al. 394(1)*b*) et la *Charte* est décrite de manière conceptuelle, plutôt que simplement par rapport aux termes utilisés par le législateur, il appert que la réparation proposée ne comporte que l'annulation d'une partie de l'alinéa⁶⁹.

En somme, en utilisant son large pouvoir d'appréciation des objectifs législatifs de la disposition incompatible, la Cour a mis l'accent sur la réparation qui lui paraissait appropriée dans les circonstances, plutôt que sur la qualification de cette réparation. Mais, s'il est vrai qu'au plan conceptuel la réparation proposée ne comporte que l'annulation d'une partie de la disposition incompatible, au plan littéral elle comprend l'annulation *et le remplacement* d'une partie de cette même disposition. Les niveaux conceptuel et littéral de la loi sont, à notre avis, indissociables. En acceptant de les distinguer, comme le fait présentement la Cour suprême avec la «technique d'analyse conceptuelle», on donne aux tribunaux le pouvoir de refaire les lois. Cette dernière avait pourtant su renoncer à ce pouvoir dans l'arrêt *Schachter*, c'est-à-dire dans les cas d'interprétation large lorsqu'il s'agissait d'ajouter à la loi pour étendre son champ d'application.

Conclusion

Les règles générales d'intervention du juge dans l'oeuvre du législateur, qu'elles soient interprétatives ou rectificatives, ont été fixées il y a près de deux siècles. Contrairement aux règles interprétatives, celles relatives à la rectification de la loi paraissent avoir peu évolué. C'est toujours avec beaucoup d'hésitation et une extrême prudence que les juges interviennent pour modifier la formule de la loi.

Appliquées au droit constitutionnel, ces règles sont devenues plus souples et plus évolutives. En effet, la protection des valeurs fondamentales exprimées dans la *Charte* appelle une interprétation large et généreuse de ses principes. Nos tribunaux ont été guidés en ce domaine par l'approche des tribunaux américains dans l'interprétation de leur constitution et ils sont devenus plus interventionnistes. Malgré la réserve des cours de première et de deuxième

69. *R. c. Laba*, précité, note 1, 1015.

instance à intervenir dans le champ législatif, comme on le constate dans l'arrêt *Laba*⁷⁰, la Cour suprême a su élargir son rôle dans l'application des lois constitutionnelles, et notamment de la *Charte*, en développant des règles d'interprétation constitutionnelles particulières.

En réécrivant une partie de l'article 394(1)*b* du *Code criminel*, afin de le rendre conforme à l'article premier de la *Charte*, la Cour a tiré avantage des paramètres établis dans l'arrêt *Schachter*⁷¹ relativement au pouvoir d'intervention judiciaire. La «technique d'analyse conceptuelle» développée dans cet arrêt et appliquée depuis par la Cour suprême incite cette dernière à intervenir davantage dans l'oeuvre du législateur.

70. Précité, notes 1, 4 et 5.

71. Précité, note 17. Voir notamment la question de la détermination d'une incompatibilité de façon conceptuelle ou de la justification de l'empiètement sur le domaine législatif.