

La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l'agir juridique*

Mélanie Samson**

Lex Electronica, vol. 14 n°1 (Printemps / Spring 2009)

Selon la théorie officielle de l'interprétation des lois, le législateur est l'émetteur d'un message, le texte de loi son support et l'interprète son récepteur. Le contenu du message transmis, c'est-à-dire le sens de la loi, est entièrement déterminé avant même que l'interprète n'en prenne connaissance; il repose dans le texte, en attente d'être découvert. Le rôle du juge se résume donc à lire le texte et à l'appliquer, certains diront presque mécaniquement, aux faits qui lui sont soumis. En fait, sa mission consiste à rechercher l'intention souveraine du législateur et à lui donner effet.

Il est de plus en plus reconnu que la doctrine officielle de l'interprétation des lois dresse de la fonction juridictionnelle un portrait à la fois réducteur et trompeur. À tout le moins, on admet généralement que l'interprétation de la loi est une activité qui implique que le juge fasse des choix en fonction de ses propres valeurs et croyances. Mise de l'avant par Friedrich Müller, la théorie structurante du droit va plus loin en posant le juriste comme le véritable créateur de la norme juridique. Plus conforme à la réalité, ce modèle reconnaît au juge une liberté accrue, mais le contraint à faire preuve d'une plus grande transparence et à assumer la responsabilité de ses choix. Le présent texte a pour objet de démontrer les avantages de remplacer la conception traditionnelle de l'interprétation des lois par une conception structurante du droit.

INTRODUCTION	2
I. La théorie officielle de l'interprétation des lois	3
A. Les principaux postulats	3
B. Les limites.....	6
C. Des illustrations jurisprudentielles.....	7

* La présente étude a été rendue possible grâce au soutien financier du *Conseil de recherches en sciences humaines du Canada*

** L.L.B. (Laval); L.L.M. (Laval); avocate; doctorante, Faculté de droit, Université Laval.
melanie.samson.4@ulaval.ca

Lex Electronica, vol. 14 n°1 (Printemps / Spring 2009)

Droits d'auteur et droits de reproduction. Toutes les demandes de reproduction doivent être acheminées à Copibec (reproduction papier) – (514) 288-1664 – 1(800) 717-2022.
licences@copibec.qc.ca

II. La théorie structurante du droit.....	9
A. Les principaux postulats	10
1. La distinction entre le texte de norme et la norme.....	10
2. Le processus de concrétisation de la norme	11
a. Une précision terminologique.....	12
b. Le déroulement de la concrétisation	13
3. La doctrine de la volonté	14
B. Des illustrations jurisprudentielles.....	15
C. Des réponses aux critiques.....	17
Conclusion.....	19

INTRODUCTION

Dans les systèmes de droit écrit comme le nôtre, la loi est la source première du droit, sur le plan de la hiérarchie des sources comme en termes de quantité. La loi constitue le droit commun. C'est donc vers elle que le juge doit se tourner en premier lieu pour trancher les litiges qui lui sont soumis. Pour ce faire, le juge doit interpréter et appliquer la loi.

Selon la théorie officielle de l'interprétation des lois (I), l'interprétation législative est un « *processus par lequel on détermine le sens des règles juridiques contenues dans un texte législatif* »¹. Cette définition de l'interprétation suppose que le texte de loi contient des règles juridiques à l'état latent ou, autrement dit, que le texte de loi a, en soi, un contenu normatif. Le travail du juge se résumerait donc à extraire cette normativité du texte et à lui donner effet. Bien que répandue, cette conception ne correspond pas à la réalité. Ses limites sont d'ailleurs aisément perceptibles à la lecture de la jurisprudence. De là sont nées des théories plus modernes selon lesquelles la normativité émerge du travail du juriste appelé à travailler avec la loi. Parmi celles-ci, la théorie structurante du

¹ Stéphane BEAULAC, *Précis d'interprétation législative : Méthodologie générale, Charte canadienne et droit international*, Montréal, LexisNexis, 2008, p. 4.

Mélanie SAMSON, « La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l'agir juridique »

droit (II), élaborée par l'auteur allemand Friedrich Müller, propose d'envisager la norme juridique comme le résultat d'un travail de concrétisation, accompli par le juriste à l'intérieur d'un cadre préétabli par les textes de loi et sur la base de données concrètes.

I. La théorie officielle de l'interprétation des lois

La façon dont chaque juriste appréhende l'interprétation des textes de loi témoigne de sa conception de la fonction juridictionnelle et, plus largement, de la façon dont il envisage le fonctionnement d'un État de droit. En droit canadien, il se dégage de la législation² et de la jurisprudence une théorie dite « officielle » de l'interprétation des lois³. La première partie de notre étude y sera consacrée. Nous exposerons d'abord ses principaux postulats (A). Puis, nous ferons état de ses limites (B) et illustrerons celles-ci à l'aide d'exemples tirés de la jurisprudence (C).

A. Les principaux postulats

Dans son ouvrage intitulé *De l'esprit des lois*, Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu, plus connu sous le nom de Montesquieu, a écrit en 1748 que les juges n'étaient que la bouche qui prononce les paroles de la loi⁴. En disant cela, Montesquieu affirmait sa croyance en la nécessité d'une séparation très nette entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. Selon cette conception, le législateur fait le droit et le juge l'applique, « mécaniquement [...] sans rien ajouter, sans rien ôter »⁵. À compter de la Révolution française de 1789 et, surtout, à partir de la codification du droit civil, en 1804, c'est cette vision qui a prévalu en France. Le juge était envisagé avec méfiance, comme une menace pour la certitude et l'objectivité du droit⁶. Il ne lui était pas permis d'innover⁷. On attendait plutôt de lui qu'il lise la loi à la lettre et qu'il extraie du seul texte de celle-ci la volonté de son auteur. Puisque la loi était présumée complète, sa lecture était censée répondre à toutes les exigences de la vie juridique⁸, sans nécessité de quelque apport créatif que ce soit de la part de son interprète.

² On fait allusion ici notamment aux lois d'interprétation fédérale et québécoise : *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. I-21; *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16.

³ S. BEAULAC, préc., note 1, p. 7 et ss.; Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 5 et ss.

⁴ Charles DE SECONDAT, baron de Montesquieu, *De l'esprit des lois: les grands thèmes*, édité par J.P. MAYER et A.P. KEN, Paris, Gallimard, 1970, p. 178.

⁵ Robert KOLB, *Interprétation et création du droit international - Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 17.

⁶ *Id.*, p. 18.

⁷ François GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, 2^e éd., t. 1, Paris, Librairie général de droit et de jurisprudence, 1954, p. 59.

⁸ *Id.*, p. 25, 29.

À partir de 1880, un virage s'est amorcé. Des auteurs, dont François Geny, ont entrepris une lutte contre le « *fétichisme de la loi écrite et codifiée* »⁹, dénonçant principalement le fait que la méthode traditionnelle ait pour effet de figer le droit et qu'elle laisse place « *au subjectivisme le plus désordonné* »¹⁰. Progressivement, le processus d'interprétation des lois s'est ouvert et il est devenu plus courant de considérer dans l'interprétation des lois des éléments autres que leurs textes. Cela dit, encore aujourd'hui, la méthodologie de l'interprétation demeure positiviste¹¹ et fait une place prépondérante au texte de loi et, surtout, à la volonté de son auteur.

Selon la conception qui prévaut actuellement au Canada, l'interprète de la loi doit rechercher l'intention du législateur¹². Il convient d'ouvrir ici une parenthèse pour préciser à quoi renvoie cette notion. On sait que l'étude des travaux préparatoires d'une loi permet parfois de retracer, dans une certaine mesure, les considérations qui ont conduit à son élaboration et à son adoption. Surtout lorsque la loi date de plusieurs années, il est toutefois impossible de retrouver la pensée réelle et subjective qui habitait l'esprit de chacune des personnes ayant contribué à son élaboration et à son adoption¹³. Il est, par ailleurs, à peu près certain que toutes ces personnes n'avaient pas exactement la même idée en tête lorsque la loi a été adoptée¹⁴. Pour ces raisons, l'intention du législateur ne saurait s'identifier à la pensée réelle et subjective de ceux qui ont effectivement contribué à donner naissance à la loi¹⁵.

L'intention du législateur est plutôt une fiction juridique qui désigne l'intention « *qu'il conviendrait d'attribuer à une personne raisonnable qui aurait rédigé [la loi] dans le contexte dans lequel [elle] a été effectivement rédigée. [L]'intention du législateur, c'est [donc] l'intention du texte, l'intention que le texte manifeste.* »¹⁶ C'est dire que l'intention du législateur est objective, identifiable empiriquement, unique, homogène et figée dans le temps au moment de l'adoption de la loi¹⁷. Fermons ici la parenthèse concernant la notion d'intention du législateur.

⁹ *Id.*, p. 70.

¹⁰ *Id.*, p. 65-67.

¹¹ P.-A. CÔTÉ, préc., note 3, p. 313.

¹² *Id.*, p. 7.

¹³ *Id.*, p. 7-8.

¹⁴ William N. ESKRIDGE, *Dynamic statutory interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 1994, p. 16. Voir aussi A.Y.S.A. *Amateur Youth Soccer Association c. Canada (Agence du Revenu)*, [2007] 3 R.C.S. 217 (j. Rothstein, par. 12) : « *Le Hasard peut parfois offrir des éléments de preuve pertinents, mais les opinions des députés, ou même des ministres, ne rendent pas toujours compte de l'intention du législateur telle qu'elle doit être dégagée du texte de la loi. [TRADUCTION]* » « *Il est certain qu'aucun de ceux qui prennent part au processus législatif ne peut prétendre s'exprimer au nom de l'ensemble de l'assemblée législative* » (R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 489).

¹⁵ P.-A. CÔTÉ, préc., note 3, p. 7-8.

¹⁶ *Id.*, p. 8.

¹⁷ François OST, « Retour sur l'interprétation », dans Andreas AUER (dir.), *Aux confins du droit : essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 111-112.

Mélanie SAMSON, « La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l'agir juridique »

Selon la théorie officielle de l'interprétation, le législateur est l'émetteur d'un message, le texte de loi son support et l'interprète son récepteur. Le contenu du message transmis, c'est-à-dire le sens de la loi, est entièrement déterminé avant même que l'interprète n'en prenne connaissance; il repose dans le texte, en attente d'être découvert¹⁸.

*« Le rôle de l'interprète consiste à faire surgir, à dégager, à déceler le contenu de pensée que [le législateur] a confié au texte. Dans cette perspective, le processus d'interprétation apparaît comme purement déclaratif du sens que recèle le texte. Plus précisément, il se conçoit comme une activité de compréhension du texte, une activité cognitive et déductive et non pas comme un acte créateur. »*¹⁹ En somme, l'exercice d'interprétation *« se borne à dévoiler une signification préexistante, enfouie dans la lettre du texte »*²⁰. *«[L]'interprétation « déclarative » n'ajoute et ne retranche rien au texte, elle se borne à en dire le sens, [...] son [seul²¹] « véritable » sens »*²².

Pour découvrir le sens de la loi, l'interprète dispose d'une panoplie d'outils que sont les méthodes, les principes, les règles et les présomptions d'interprétation. En appliquant ces divers procédés d'interprétation, le juriste peut découvrir le sens immanent qui se dégage du texte de la loi, de son contexte et de son objet²³.

Après avoir « découvert » la signification de la loi, le juge doit, dans un deuxième temps, appliquer celle-ci aux faits qui lui ont été soumis. La doctrine officielle fait, en effet, une scission très nette entre l'interprétation de la loi et son application²⁴. Il en découle qu'au moment de choisir entre plusieurs interprétations possibles, l'interprète ne doit pas se soucier de leurs conséquences respectives²⁵. L'interprète peut tenir compte du contexte d'élaboration de la loi, mais pas du contexte de son application. Et si, une fois à l'étape de l'application, l'interprétation retenue conduit à un résultat non souhaitable, la solution consiste non pas à interpréter différemment la loi, mais plutôt à lancer un appel au législateur pour qu'il en modifie le texte²⁶.

¹⁸ P.-A. CÔTÉ, préc., note 3, p. 9.

¹⁹ *Id.*, p. 9-10.

²⁰ F. OST, préc., note 17, p. 111-112.

²¹ P.-A. CÔTÉ, préc., note 3, p. 10.

²² F. OST, préc., note 17, p. 111-112.

²³ Stéphane BEAULAC, « L'interprétation de la Charte : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international », (2005) 27 *S.C.L.R.* (2d) 1, 25 : « *Texte, contexte, objet – les trois pierres angulaires de l'interprétation juridique, et ce, tant pour la Charte que pour les textes de loi ordinaires.* »

²⁴ P.-A. CÔTÉ, préc., note 3, p. 10.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*, p. 10-11.

B. Les limites

Deux reproches sont souvent formulés au sujet de la théorie officielle de l'interprétation des lois. Le premier concerne la part qu'elle accorde au subjectif dans le processus d'interprétation. Le second a trait à la distinction marquée qu'elle établit entre l'interprétation et l'application de la loi.

La doctrine officielle de l'interprétation des lois a pour principal défaut de faire totalement abstraction du pouvoir créateur du juge²⁷. C'est une évidence, le législateur ne peut pas tout prévoir²⁸. Par conséquent, toute loi comporte nécessairement des lacunes. Puisque le juge ne peut refuser de juger, même lorsque lui est soumise une situation que le législateur n'a pas anticipée, il lui faut nécessairement faire parfois preuve de créativité pour combler les lacunes de la loi. Pour se conformer à la théorie officielle de l'interprétation des lois, le juge laisse alors croire que sa décision repose sur l'intention du législateur, même s'il n'en est rien.

Dans ce contexte, le recours à l'intention du législateur apparaît comme un moyen pour le juriste de « *dissimuler sa pensée* »²⁹, « *de ne pas dévoiler ouvertement les vrais facteurs [...] qui ont guidé son interprétation* »³⁰. En prétendant appuyer son interprétation sur l'intention du législateur, l'interprète triche puisqu'il attribue à quelqu'un d'autre la responsabilité de sa propre décision³¹. Il serait certainement préférable que le juge reconnaisse que la décision rendue repose en fait sur des considérations autres que la volonté du législateur et qu'il rende compte de celles-ci dans ses motifs. Les jugements seraient de ce fait « *plus facilement compréhensibles, discutables et contrôlables* »³².

La théorie officielle ne nie pas uniquement le travail créatif du juge. En fait, elle nie toute subjectivité au processus d'interprétation de la loi. Cette conception est irréaliste puisque l'interprétation est accomplie par des juges, c'est-à-dire par des hommes et des

²⁷ *Id.*, p. 18.

²⁸ Christian BRUNELLE, « L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes », (1990) 50 *R. du B.* 353, 361; Paul MICHELL, « Just Do It ! Eskridge's Critical Pragmatic Theory of Statutory Interpretation », (1996) 41 *R.D. McGill* 713, 731; Richard TREMBLAY, « L'abstraction au service de la clarté en rédaction législative », dans Anne WAGNER et Sophie CACCIAGUIDI-FAHI (dir.), *Legal Language and the Search for Clarity*, Bern, New York, Peter Lang, 2006, p. 105, aux pages 113-114 : « [L]e législateur ne peut pas tout prévoir et les prévisions qu'il fait sont d'une exactitude relative ».

²⁹ Jeanne SIMARD, « L'interprétation législative au Canada : la théorie à l'épreuve de la pratique », (2001) 35 *R.J.T.* 549, 600.

³⁰ *Id.*

³¹ Ruth SULLIVAN, « The Plain Meaning Rule and Other Ways of Cheating at Statutory Interpretation », dans Ejan MACKAAY (dir.), *Les certitudes du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 151, à la page 160.

³² Friedrich MÜLLER, « Travail de textes, travail de droit », dans Olivier JOUANJAN et Friedrich MÜLLER, *Avant dire droit*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2007, p. 23, à la page 37.

Mélanie SAMSON, « La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l'agir juridique »

femmes dont toutes les décisions sont nécessairement influencées par leurs croyances, leurs valeurs, leurs opinions et leurs expériences³³. À preuve, plusieurs études démontrent qu'en raison de leurs expériences de vie différentes, les femmes juges et les hommes juges pensent différemment et abordent les problèmes juridiques de façons différentes³⁴. C'est ainsi que dans l'arrêt *Gould*³⁵, une affaire portant sur l'interprétation de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon, la Cour suprême du Canada s'est partagée en fonction du sexe des juges, les femmes ayant conclu à l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe et les hommes non.

La deuxième critique souvent formulée au sujet de la théorie officielle de l'interprétation des lois a trait au fait qu'elle nie l'influence de l'application de la loi sur son interprétation. Quoique la doctrine officielle en dise, les interprètes des lois ne se tiennent pas « *en dehors des circonstances qu'ils jugent* »³⁶. Leurs conclusions sont nécessairement influencées par l'environnement politique, social et économique dans lequel ils se trouvent³⁷, par les faits qui ont donné lieu au litige et par les conséquences de chacune des interprétations possibles. En niant cette réalité, la théorie officielle de l'interprétation des lois dresse un portrait trompeur de l'activité des juristes.

C. Des illustrations jurisprudentielles

Les travers de la théorie officielle de l'interprétation sont parfois aisément observables dans la jurisprudence des tribunaux canadiens et québécois. Leurs manifestations sont essentiellement de deux ordres; tantôt la doctrine officielle de l'interprétation des lois masque le véritable raisonnement du juge, tantôt elle l'influence et en évacue des considérations pratiques pourtant pertinentes.

Voyons d'abord un exemple où la Cour suprême du Canada s'est réfugiée derrière la prétendue intention du législateur pour rendre une décision s'appuyant en réalité sur des considérations extérieures à la loi. Dans l'affaire *Harvard College*³⁸, la Cour suprême du Canada devait décider si une forme de vie supérieure est un objet brevetable. Plus précisément, la Cour suprême devait déterminer si une souris génétiquement modifiée pour être utilisée dans la recherche contre le cancer était une invention au sens de l'article 2 de la *Loi sur les brevets*³⁹. Selon cette disposition, « [t]oute réalisation, tout procédé,

³³ À ce sujet, voir notamment : Shalin M. SUGUNASIRI, « Contextualism : The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability », (1999) 22 *Dalhousie Law Journal* 126, 170.

³⁴ Parmi celles-ci, voir notamment : Marie-France MAJOR, « Neuf à zéro ne suffit plus : *Gould c. Yukon Order of Pioneers* et la perspective féminine », (1996) 34 *Osgoode Hall L.J.* 271.

³⁵ *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571.

³⁶ J. SIMARD, préc., note 29, 654.

³⁷ F. MÜLLER, préc., note 32, p. 24-25.

³⁸ *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45.

³⁹ *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), c. P-4, art. 2.

toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité » constitue une « invention »⁴⁰.

Tant les juges majoritaires que les juges dissidents ont prétendu rechercher l'intention du législateur, censée se dégager du texte de la loi, de son contexte global et de son objet⁴¹. Cette démarche est à première vue étonnante si l'on considère que l'article 2 de la *Loi sur les brevets* date de 1869⁴². À l'évidence, le législateur ne pouvait anticiper à cette époque l'évolution de la science et l'avènement de la « oncosouris »⁴³. Par conséquent, il n'a certainement pas consigné dans la loi une quelconque volonté à ce sujet. Par ailleurs, il appert de la lecture des motifs majoritaires et dissidents que les opinions exprimées quant à la brevetabilité de la matière vivante complexe reposent sur des considérations d'ordre politique, étrangères au texte, au contexte et à l'objet de la loi. En fait, tous les juges ont pris en considération les conséquences qu'aurait cette brevetabilité. La possibilité de financer ainsi les recherches a conduit les juges minoritaires à conclure à la brevetabilité de la souris génétiquement modifiée⁴⁴ alors que des « préoccupations d'ordre[s] pratique, éthique [et] environnemental »⁴⁵ ont incité les juges majoritaires à exclure les formes de vie supérieure du champ d'application de la *Loi sur les brevets*. S'il était tout à fait approprié de tenir compte de ces éléments pour trancher le litige, la transparence aurait voulu que la Cour suprême du Canada assume sa quête d'une solution raisonnable dans les circonstances plutôt que de prétendre rechercher uniquement le sens conféré à la loi par le législateur d'origine⁴⁶.

Voyons maintenant un exemple d'interprétation et d'application de la Charte québécoise où, cette fois, les conséquences de chacune des interprétations possibles ne semblent pas avoir pesé lourd dans la balance. À deux reprises, dans les affaires *Champagne*⁴⁷ et *Bertrand*⁴⁸, la Cour d'appel du Québec a dû déterminer si le versement d'une indemnité en vertu d'une loi était un acte juridique au sens de l'article 12 de la Charte québécoise, une disposition qui prohibe la discrimination dans la conclusion d'un acte juridique. En droit civil, l'acte juridique se définit comme « toute manifestation de

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, préc., note 38 (par. 11, 154).

⁴² *Id.* (par. 10).

⁴³ C. BRUNELLE, préc., note 28, 361 : « [L]a conception exégétique comporte des lacunes évidentes puisqu'elle amène à rechercher une intention législative assurément inexistante puisque antérieure à la connaissance même des problèmes à solutionner. »

⁴⁴ *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, préc., note 38 (par. 19-25).

⁴⁵ *Id.* (par. 155).

⁴⁶ Stéphane BEAULAC et Pierre-André CÔTÉ, « Driedger's « Modern Principle » at the Supreme Court of Canada : Interpretation, Justification, Legitimization », (2006) 40 *R.J.T.* 131, 170-171.

⁴⁷ *Champagne c. Tribunal administratif du Québec*, [2003] J.Q. (Quicklaw) n° 13948 (C.A.).

⁴⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général)*, [2006] R.J.Q. 2706(C.A.).

Mélanie SAMSON, « La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l'agir juridique »

volonté individuelle qui est destinée à créer, modifier ou éteindre un droit. »⁴⁹ La Cour pouvait soit retenir cette définition plutôt étroite, excluant ainsi du champ d'application de l'article 12 de la Charte québécoise le versement d'une indemnité effectué par l'administration publique en vertu d'une loi plutôt que par le fait de sa volonté, ou retenir plutôt une définition élargie de la notion d'acte juridique englobant un tel versement.

Chaque fois, la Cour d'appel a décidé de transposer dans le contexte de l'article 12 de la Charte québécoise la notion civiliste d'« acte juridique ». Dans l'affaire *Bertrand*, la Cour d'appel a précisé que « [s]i, dans la Charte, le législateur voulait déroger au concept d'acte juridique traditionnellement retenu, il devait l'indiquer »⁵⁰. L'on retient donc que c'est avec le souci de se conformer à l'intention du législateur, que la Cour d'appel a restreint le champ d'application de l'article 12 aux manifestations de volonté destinées à créer, modifier ou éteindre un droit⁵¹. Ce faisant, la Cour n'a pas considéré les conséquences de l'interprétation retenue. Ainsi, elle a fait abstraction du fait qu'en restreignant de la sorte le champ d'application de l'article 12, elle se trouvait à enlever à l'ensemble de la population sa garantie d'être protégée contre une discrimination émanant du législateur ou d'un des organismes chargés d'appliquer la loi. C'est pourtant dans sa relation avec l'administration publique que le citoyen est le plus vulnérable et a le plus besoin des protections conférées par la Charte. La Cour ne semble pas s'être souciée davantage du fait que son interprétation restrictive ait pour effet de conférer à l'article 12 de la Charte québécoise une portée plus étroite que les dispositions analogues en vigueur dans les autres provinces canadiennes. « Il est [pourtant clairement] établi que l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne doit s'harmoniser avec celle de dispositions comparables dans d'autres ressorts. »⁵² Des arrêts *Champagne* et *Bertrand*, on peut donc retenir qu'en concentrant leur réflexion sur la recherche de l'intention du législateur, comme le commande la théorie officielle de l'interprétation des lois, les juges de la Cour d'appel ont omis de tenir compte de considérations pratiques qui auraient certainement méritées attention.

II. La théorie structurante du droit

⁴⁹ Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 49 (par. 44). Voir aussi : Vincent KARIM, *Les obligations*, 2^e éd., vol.1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, art. 1372; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 27-28 (par. 53).

⁵⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général)*, préc., note 48, 2718.

⁵¹ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 49, p. 49 (par. 44). Voir aussi : V. KARIM, *op. cit.*, note 49, art. 1372; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 49, p. 27-28 (para. 53).

⁵² *New Brunswick (Human Rights Commission) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, [2008] 2 R.C.S. 604 (par. 68).

Lex Electronica, vol. 14 n°1 (Printemps / Spring 2009)

Droits d'auteur et droits de reproduction. Toutes les demandes de reproduction doivent être acheminées à Copibec (reproduction papier) – (514) 288-1664 – 1(800) 717-2022.
licences@copibec.qc.ca

Parce qu'elle ne tient pas suffisamment compte du réel, la doctrine officielle de l'interprétation des lois échoue à décrire et guider adéquatement le travail des juristes. C'est pourquoi il semble approprié de la remplacer. En proposant d'envisager la norme juridique comme le résultat d'un travail de concrétisation accompli par le juriste, la théorie structurante du droit de Friedrich Müller offre une alternative intéressante. La seconde partie de notre étude y sera consacrée. Nous étudierons ses principaux postulats (A), nous relèverons quelques-unes de ses manifestations dans la jurisprudence (B) et, finalement, nous tenterons de répondre aux critiques qu'elle soulève parfois (C).

A. Les principaux postulats

À mi-chemin entre le dogmatisme du positivisme légaliste et le scepticisme volontariste⁵³, la théorie structurante du droit repose sur l'idée que « *la norme juridique ne se trouve pas dans le code législatif, mais [qu']elle est produite, de façon créative, par le juriste au cours du processus méthodique de résolution du cas litigieux qui lui est soumis.* »⁵⁴ Pour bien la comprendre, il convient de saisir la distinction qu'elle établit entre le texte de norme et la norme (1), de décortiquer le processus de concrétisation de la norme (2) et d'étudier la façon dont elle conçoit la doctrine de la volonté (3).

1. La distinction entre le texte de norme et la norme

Contrairement à la théorie officielle de l'interprétation qui les assimile l'un à l'autre, la théorie structurante du droit établit une nette distinction entre le texte de loi et la norme⁵⁵. Pour Friedrich Müller, le texte de loi est un simple « *énoncé linguistique* », un texte comme n'importe quel autre, « *de nature non normative* »⁵⁶. Son rôle consiste uniquement à fournir les données linguistiques à partir desquelles s'amorce le processus menant à la normativité. Il établit « *les paramètres pertinents, le programme normatif, c'est-à-dire « la dynamique qui préside[ra] à la structuration [de la norme] »*⁵⁷. Autrement dit, le texte de norme est une « *donnée de départ* », une « *instruction de*

⁵³ Olivier JOUANJAN, « Présentation du traducteur », dans Friedrich MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 21; Olivier JOUANJAN, « Nommer/Normer », dans O. JOUANJAN et F. MÜLLER, préc., note 32, p. 54-55.

⁵⁴ F. MÜLLER, préc., note 32, p. 25.

⁵⁵ F. MÜLLER, préc., note 53, p. 168. Sur cette distinction, voir également : P.-A. CÔTÉ, préc., note 3, p. 315; Riccardo GUASTINI, « Interprétation et description de normes », dans Paul AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 89, à la page 94; Bernd JEAND'HEUR, « Science du langage et science du droit : problèmes communs du point de vue de la théorie structurante du droit », (1999) 28 *Droits* 143, 148-149; Pierre MOOR, « Norme et texte : logique textuelle et état de droit », dans A. AUER (dir.), préc., note 17, p. 377; J. SIMARD, préc., note 29, 646; Constantin M. STAMATIS, *Argumenter en droit : une théorie critique de l'argumentation juridique*, Paris, Publisud, 1995, p. 276.

⁵⁶ F. MÜLLER, *id.*

⁵⁷ P. MOOR, préc., note 55, 386.

Mélanie SAMSON, « La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l'agir juridique »

référence » qui indique au juriste quels éléments de la réalité prendre en compte dans la concrétisation de la norme⁵⁸.

La normativité proprement dite ne provient donc pas de données sises dans le texte de loi, mais plutôt de « *données extra-linguistiques, de nature socio-politique* », des données « *qui, quand bien même on le voudrait, ne sauraient en aucune façon être fixées dans le texte de norme* »⁵⁹. « *C'est [donc] seulement lorsqu'il faut régler un problème juridique concret que se révèle la normativité.* »⁶⁰ Le texte de norme, lui, n'est que « *la partie émergée de l'iceberg* »⁶¹.

Pour les tenants de la théorie structurante du droit, le juge n'est pas seulement la bouche de la loi, comme le prétendait Montesquieu, mais aussi son cerveau⁶². « *Pour dire l'essentiel : la norme juridique n'est pas donnée d'avance au travailleur du droit, [...], mais c'est seulement avec lui et par lui qu'elle est produite.* »⁶³ La question à laquelle le juge doit répondre n'est pas de savoir comment la loi doit être comprise, mais plutôt à laquelle des significations possibles il doit donner avantage dans les circonstances⁶⁴.

2. Le processus de concrétisation de la norme

Une fois établie la distinction entre le texte de norme et la norme, la question se pose de savoir comment s'effectue le passage de l'un à l'autre. Selon Friedrich Müller, le juriste doit alors s'adonner à un travail de concrétisation, par opposition à une simple tâche d'interprétation (a). La concrétisation de la norme est un processus qui comporte cinq étapes (b), accomplies successivement par le juriste, véritable sujet de la concrétisation⁶⁵.

⁵⁸ B. JEAND'HEUR, préc., note 55, 151.

⁵⁹ F. MÜLLER, préc., note 53, p. 169. Pour une critique de cette conception des origines de la normativité, voir : Christophe LE COUSTOMER, « Texte, norme et État de droit chez Friedrich Müller » [En ligne]. <http://www.theoriedudroit.net/notes/index.php/2008/03/18/29-texte-et-norme-chez-friedrich-muller> (Page consultée le 3 avril 2008).

⁶⁰ F. MÜLLER, préc., note 53, p. 208.

⁶¹ *Id.*, p. 168. Voir aussi : B. JEAND'HEUR, préc., note 55, 149.

⁶² L'image est empruntée à Pierre Moor (*Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 211).

⁶³ B. JEAND'HEUR, préc., note 55, 149.

⁶⁴ F. MÜLLER, préc., note 32, p. 35-36. Voir aussi : Ruth SULLIVAN, *Statutory Interpretation*, Toronto, Irwin Law, 2007, p. 39 : « *In the pragmatic account of interpretation, the judicial goal is not to determine what the legislature intended, but to identify the outcome that is most appropriate in the circumstances, taking into account what the legislature enacted and anything else that is relevant.* »

⁶⁵ F. MÜLLER, préc., note 53, p. 227.

a. Une précision terminologique

Une précision terminologique s'impose avant d'aller plus loin. Selon Friedrich Müller, il convient de faire une distinction entre l'*interprétation* du texte de norme et la *concrétisation* de la norme. Seule la seconde expression décrit adéquatement le travail du juriste.

L'auteur allemand concède que le juriste doit procéder à une interprétation du texte de norme, c'est-à-dire à son « *explication* »⁶⁶ à l'aide des procédés d'interprétation reconnus⁶⁷. Cette opération est même « *l'un des éléments les plus importants du processus de concrétisation* »⁶⁸. Toutefois, elle ne constitue que « *l'un de ces éléments* »⁶⁹.

La concrétisation est un processus qui comporte trois volets : « *[l]a « compréhension » du texte de norme [i.e. l'interprétation du texte], son « application » « aux » circonstances de l'espèce [et] l'application – [...] – des circonstances de l'espèce « au » texte de norme* »⁷⁰. Dans la mesure où elle implique une certaine circularité, la concrétisation de la norme décrite par Friedrich Müller est un processus bien plus complexe que celui de l'interprétation⁷¹. Il ne s'agit pas uniquement d'appliquer le texte de loi aux faits; les faits aussi servent à préciser le droit⁷².

Ensemble, l'interprétation du texte, son application aux circonstances de l'espèce et l'application de ces circonstances au texte mènent à la « *création d'une norme juridique générale qui n'exist[ait] pas encore* »⁷³. Cette norme est ensuite affinée « *en vue de l'espèce qui doit être tranchée* »⁷⁴. Par « *concrétisation* », Friedrich Müller n'entend donc pas simplement « *la réduction d'une norme générale donnée aux dimensions du cas d'espèce, mais la production d'une norme juridique générale dans le cadre de la solution d'un cas déterminé* »⁷⁵.

⁶⁶ F. MÜLLER, préc., note 53, p. 44 : « [...], le mot « *interprétation* » se rapporte aux possibilités de traitement juridico-philologique des textes, c'est-à-dire à l'explication des textes de normes. »

⁶⁷ *Id.*, p. 45.

⁶⁸ *Id.*, p. 204.

⁶⁹ *Id.*, p. 204, 223.

⁷⁰ *Id.*, p. 209.

⁷¹ Denys DE BÉCHILLON, « L'ordre juridique est-il complexe ? », dans Denys DE BÉCHILLON (dir.), *Les défis de la complexité : Vers un nouveau paradigme de la connaissance ?*, Paris, Éditions L'Harmattan, 1994, p. 33, aux pages 42 et suivantes.

⁷² O. JOUANJAN, « Présentation du traducteur », préc., note 53, 14 : « *Les faits ne se tiennent pas, dans le processus de décision, comme simplement ce à quoi serait, passivement, appliquée une « norme » considérée comme pur Sollen ; le travail sur le segment de réalité sociale concerné par la décision fournit lui aussi des arguments motivant la solution du cas.* »

⁷³ F. MÜLLER, préc., note 53, p. 222.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.* [renvoi omis]; O. JOUANJAN, préc., note 53, 57.

Mélanie SAMSON, « La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l'agir juridique »

b. Le déroulement de la concrétisation

Le processus de concrétisation de la norme peut être décortiqué en cinq étapes. La normativité apparaît alors clairement comme le produit d'un travail structuré⁷⁶, comme le résultat d'un processus de sédimentation.

À la première étape du processus de concrétisation, le juriste sélectionne parmi les « *textes du « droit en vigueur* » »⁷⁷ celui qui lui semble le plus approprié. Il effectue ce choix en s'appuyant sur ses connaissances personnelles⁷⁸ et en fonction des circonstances de l'espèce⁷⁹.

Après avoir choisi le texte de loi paraissant le plus approprié, le juriste doit, dans un deuxième temps, l'interpréter pour en extraire le « *programme normatif* »⁸⁰, « *ce que l'interprétation traditionnelle entend par « commandement juridique* » »⁸¹. C'est à cette étape du processus que le juriste aura recours aux procédés d'interprétation généralement reconnus (méthode littérale, méthode historique, etc.).

À l'étape suivante, le juriste sélectionne, à l'aide du programme normatif et « *au sein [...] du champ factuel* », « *la portion des faits qui sont normativement efficaces* »⁸², c'est-à-dire « *les faits qui « jouent typiquement un rôle dans les cas [du même genre que celui qu'il a à trancher]* » »⁸³. C'est ce que Friedrich Müller désigne comme le « *champ normatif* »⁸⁴ et que l'on désigne plus communément comme les faits juridiques. Il s'agit en fait pour le juriste de sélectionner les faits que la norme à construire aura vocation à régir dans l'avenir.

« *C'est seulement arrivé à ce moment du processus de concrétisation que le travailleur du droit a formé, à partir du texte de norme, la norme juridique générale, consistant en son programme normatif et son champ normatif.* »⁸⁵ La norme apparaît ainsi clairement comme le résultat d'un travail productif et structuré à partir de données

⁷⁶ F. MÜLLER, préc., note 53, p. 186.

⁷⁷ *Id.*, p. 226.

⁷⁸ *Id.*, p. 45.

⁷⁹ *Id.*, p. 45, 224, 226.

⁸⁰ *Id.*, p. 45, 226. Sur ce point, la théorie structurante de Müller pourrait paraître ambiguë puisque après avoir affirmé l'absence de normativité du texte de norme, l'auteur semble accorder au programme normatif qui en est extrait « *une normativité préalable à la concrétisation et indépendante de celle-ci* » (C. LE COUSTUMER, préc., note 59 (p. 4 du document PDF)).

⁸¹ F. MÜLLER, préc., note 53, p. 190.

⁸² *Id.*, p. 226.

⁸³ F. MÜLLER, préc., note 32, p. 26.

⁸⁴ F. MÜLLER, préc., note 53, p. 195.

⁸⁵ B. JEAND'HEUR, préc., note 55, 149.

linguistiques, fournies par les textes de loi, et de données factuelles, tirées de la réalité concernée⁸⁶.

« Dans la dernière partie de [son] travail, [le juriste] individualise la norme juridique ainsi établie en une norme-décision »⁸⁷ permettant de résoudre le cas concret⁸⁸. C'est uniquement à ce stade que la norme acquiert la force contraignante immédiate que l'on attribue généralement à la loi.

3. La doctrine de la volonté

On constate que la recherche de l'intention du législateur n'apparaît à aucune des étapes du processus de concrétisation décrit par Friedrich Müller. C'est que la théorie structurante du droit substitue à la recherche de l'intention du législateur une simple prise en compte des points de repère fournis par le texte de loi⁸⁹.

La conception structurante du droit considère qu'aussitôt qu'un texte de loi a été dûment promulgué, il devient autonome de son auteur⁹⁰. En reconnaissant que le texte n'a aucune volonté en soi et qu'il est donc impossible de découvrir celle-ci⁹¹, la théorie structurante a l'avantage de permettre aux juristes de révéler les véritables motivations de leurs décisions. En fait, elle les y oblige. Les juges doivent divulguer clairement dans leurs motifs le raisonnement par lequel ils ont concilié les exigences posées par le texte de loi et les circonstances de l'espèce⁹². Le juge apparaît alors clairement comme l'auteur de la décision⁹³ et il doit donc en assumer l'entière responsabilité⁹⁴.

Cela dit, la théorie structurante du droit reconnaît que le travail des parlementaires qui figent les textes de loi pendant des heures « *serait absurde si l'on devait admettre [la complète] impuissance du rédacteur à influencer sur le sens que l'interprète donnera au texte* »⁹⁵. Par conséquent, même si elle considère que la recherche de son intention n'est

⁸⁶ O. JOUANJAN, « Présentation du traducteur », préc., note 53, 15.

⁸⁷ F. MÜLLER, préc., note 53, p. 226.

⁸⁸ B. JEAND'HEUR, préc., note 55, 149.

⁸⁹ F. MÜLLER, préc., note 53, p. 211-212 : « [L]a volonté (de l'auteur du texte de norme ou du texte de norme lui-même) ne devrait précisément être supposée donnée que dans cette mesure où l'énoncé de la règle de droit, s'agissant d'un cas précis qui doit être tranché, offre effectivement des points de repère exploitables avec les moyens d'une méthode conforme au principe de l'État de droit et fournit en conséquence une aide à l'établissement de la norme juridique et de la norme-décision. »

⁹⁰ C. M. STAMATIS, préc., note 55, p. 214.

⁹¹ F. MÜLLER, préc., note 53, p. 211.

⁹² *Id.* p. 218.

⁹³ *Id.*, p. 212.

⁹⁴ *Id.*, p. 227-229; Olivier JOUANJAN, « Faillible droit », dans O. JOUANJAN et F. MÜLLER, préc., note 32, p. 74; O. JOUANJAN, « Nommer/Normer », *loc. cit.*, note 53, 57; R. SULLIVAN, préc., note 64, p. 39.

⁹⁵ P.-A. CÔTÉ, préc., note 3, p. 17-18.

Mélanie SAMSON, « La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l'agir juridique »

en fait qu'un procédé stérile⁹⁶, la théorie structurante du droit reconnaît que le législateur exerce une influence sur la concrétisation de la norme dans la mesure où la formulation linguistique du texte de norme fait office de « *point de départ pour la tâche de l'interprète* »⁹⁷. Le texte de norme a en fait « *la fonction d'une limitation dans [le] processus de production du droit* »⁹⁸. En d'autres mots, le législateur ne dicte pas le contenu de la norme, mais il détermine l'éventail des interprétations possibles⁹⁹. En lui reconnaissant ce rôle, la théorie structurante du droit se démarque des théories dites « réalistes »¹⁰⁰ selon lesquelles le législateur « *n'aurait aucune influence ou contrôle sur le sens que l'interprète donnera à la loi* »¹⁰¹.

B. Des illustrations jurisprudentielles

Sans le dire, les tribunaux adoptent parfois un raisonnement plus conforme à la théorie structurante du droit qu'à la doctrine officielle de l'interprétation des lois. Quelques exemples suffisent pour constater qu'il en découle des solutions mieux adaptées aux circonstances de chaque espèce.

L'arrêt *Vallée*, rendu par la Cour d'appel du Québec en 2005, constitue un bon exemple d'application de la théorie structurante du droit¹⁰². Dans cette affaire, un homme âgé de 81 ans avait dilapidé les économies d'une vie au profit d'une femme de 47 ans dont il venait tout juste de faire la connaissance. Au moment où il avait finalement été déclaré inapte à gérer ses biens, l'homme n'avait plus un sou et s'était même endetté. Devant la Cour d'appel, le litige portait sur l'interprétation de l'article 48 de la Charte québécoise, une disposition qui protège la personne âgée ou handicapée contre toute forme d'exploitation. Le tribunal devait déterminer si cette disposition confère un droit distinct de ceux prévus au *Code civil du Québec*. La Cour d'appel a d'abord relevé que la nature quasi constitutionnelle de la Charte québécoise, le libellé de l'article 48 et le contexte législatif international militaient en faveur d'une interprétation large de l'article 48 et de la reconnaissance d'un droit autonome et distinct du droit civil. Puis, elle a noté que de confiner le champ d'application de l'article 48 à celui déjà couvert par les dispositions du Code civil aurait pour effet de laisser sans protection les personnes âgées

⁹⁶ C. M. STAMATIS, préc., note 55, p. 214. Selon Müller, la volonté du législateur est en fait une « *métaphore superflue* » (F. MÜLLER, préc., note 53, p. 212).

⁹⁷ C. M. STAMATIS, *id.*, 290.

⁹⁸ F. MÜLLER, préc., note 53, p. 222.

⁹⁹ C. M. STAMATIS, préc., note 55, p. 316.

¹⁰⁰ Il ne s'agit pas d'« *emboîter le pas aux théories (autoproclamées) « réalistes » de l'interprétation qui finissent par considérer que les textes ne présentent par eux-mêmes aucune signification a priori, celle-ci leur étant conférée par les seuls interprètes* » (F. OST, préc., note 17, p. 114-115).

¹⁰¹ J. SIMARD, préc., note 29, 573.

¹⁰² *Vallée c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [2005] R.J.Q. 961 (C.A.).

– dont le consentement est valable au sens civil – mais qui sont manifestement opprimées par l'exploitation à laquelle elles ne peuvent résister efficacement en raison de leur vulnérabilité. Puisque ce résultat n'était pas adéquat et satisfaisant¹⁰³, la Cour d'appel a plutôt conclu à l'existence d'une garantie autonome du droit civil.

Certes, la lecture de l'arrêt ne permet pas de repérer distinctement chacune des étapes du processus de concrétisation décrit par Friedrich Müller. Les motifs rédigés par la juge France Thibault laissent toutefois voir sans fard une démarche plus complexe que la seule recherche de l'intention du législateur. D'ailleurs, nulle part dans ses motifs la juge Thibault ne fait allusion à l'intention du législateur. Plutôt que de prétendre extraire de l'article 48 de la Charte québécoise une norme préexistante, la Cour d'appel paraît s'être demandé quelle interprétation de cette disposition permettrait d'apporter « *une solution adéquate et satisfaisante aux différentes formes d'exploitation dont peuvent être victimes les personnes âgées ou les personnes handicapées* »¹⁰⁴, notamment à celle vécue par les personnes qui, comme en l'espèce, sont vulnérables en raison de leur âge, sans pour autant être juridiquement inaptes. Autrement dit, on constate que la Cour d'appel ne s'est pas uniquement livrée à un « *travail d'interprétation puis de qualification, mais que [son] analyse des faits [a] emport[é] [...] des arguments décidant de la solution du cas d'espèce.* »¹⁰⁵

Un autre exemple d'application de la théorie structurante du droit nous est fourni par la décision *Gubner c. Dahan*, rendue par la Cour du Québec en 2006¹⁰⁶. Les faits de l'affaire sont les suivants. Un couple formé d'une femme âgée de 87 ans et d'un homme âgé de 95 ans possédait un duplex. Le couple occupait un des appartements du duplex et louait l'autre. En 2004, le couple a demandé à la Régie du logement l'autorisation de mettre fin à la location du second logement pour y installer leur infirmière. Cette autorisation leur a été refusée pour cause de non-respect des exigences de la loi en matière de reprise de logement. Devant la Cour du Québec, le litige a porté sur l'interprétation de l'article 1957 du *Code civil du Québec* (C.c.Q.). Le texte de cette disposition se lit comme suit : « *Le locateur d'un logement, s'il en est le propriétaire, peut le reprendre pour l'habiter lui-même ou y loger ses ascendants ou descendants au premier degré, ou tout autre parent ou allié dont il est le principal soutien.* »¹⁰⁷

Puisque les propriétaires n'entendaient pas habiter le logement repris ni y loger un membre de leur famille, la question en litige était de savoir si un locateur-propriétaire peut reprendre un logement pour y loger des « aides », des infirmières par exemple, lorsque leur présence est essentielle à sa protection et à sa sécurité.

¹⁰³ *Id.* (par. 29).

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ O. JOUANJAN, « Présentation du traducteur », préc., note 53, 14.

¹⁰⁶ *Gubner c. Dahan*, [2006] R.J.Q. 903 (C.Q.).

¹⁰⁷ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1957.

Mélanie SAMSON, « La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l'agir juridique »

Parce qu'il porte atteinte au droit au maintien dans les lieux, l'article 1957 C.c.Q. est généralement interprété de manière restrictive. À l'occasion de l'affaire *Gubner*, la Cour du Québec a toutefois souligné que son rôle consiste non seulement à découvrir l'intention du législateur, mais aussi à retenir une interprétation de la loi permettant « d'apporter une « solution raisonnable [au] problème réel et concret » » qui lui est soumis. En l'espèce, sa décision devait tenir compte du vieillissement de la population et des ressources limitées allouées aux soins de santé. Puisque aucun membre de leur famille n'était en mesure d'emménager dans leur deuxième logement pour prendre soin d'eux sur une base quotidienne et parce que de tels soins étaient nécessaires à leur santé et à leur sécurité, seule une interprétation de l'article 1957 autorisant la reprise du logement loué pour y loger une infirmière avait pour effet de permettre aux propriétaires âgés de continuer de vivre dans leur logement. Le tribunal a donc retenu cette interprétation. Bref, le juge a refusé de se cacher derrière la prétendue volonté du législateur et a plutôt créé une norme permettant de solutionner de manière raisonnable le litige qui lui était soumis.

C. Des réponses aux critiques

La doctrine officielle de l'interprétation des lois trouve son fondement dans les doctrines de la souveraineté du Parlement et de la séparation des pouvoirs¹⁰⁸. On peut aussi y voir

*« l'expression d'un souci de certitude et de sécurité juridiques : la prédétermination du sens et la passivité de l'interprète, en particulier du juge, assurent la sécurité dans les relations juridiques. Le respect du sens voulu par l'auteur permettrait ainsi à chaque sujet de droit d'ordonner ses affaires en fonction du « sens objectif » des règles que le texte énonce, sans risque de se voir opposer en justice un sens différent qu'il n'aurait pu prévoir. »*¹⁰⁹

À l'inverse, la théorie structurante du droit postule que le juge accomplit un travail de création qui implique de sa part des choix fondés, partiellement du moins, sur ses croyances et ses préférences personnelles. Il en découle que l'issue d'un litige n'est pas entièrement déterminée à l'avance par le législateur, mais qu'elle dépend au contraire, en partie du moins, de l'identité de celui qui aura à le trancher. Parce qu'elle reconnaît une part de subjectivité dans le processus d'interprétation, la théorie structurante du droit inquiète et fait l'objet d'une certaine résistance¹¹⁰.

¹⁰⁸ P.-A. CÔTÉ, préc., note 3, p. 12.

¹⁰⁹ *Id.*, p. 12-13.

¹¹⁰ Ruth SULLIVAN, préc., note 64, p. 39 : « *The primary drawback to the pragmatic account of interpretation is that it tends to undermine confidence in the rule of law. If the judicial task of interpretation is essentially creative, forcing judges to make choices that may be based in part on personal*

Il nous semble qu'une véritable compréhension de la théorie structurante du droit tend toutefois à dissiper la crainte de voir les tribunaux verser dans l'arbitraire. De fait, si l'activité du juriste « *n'est pas d'aller rechercher la signification perdue au milieu des codes et des lois[,] elle n'est pas non plus une libre productivité incontrôlable et arbitraire de décisions* »¹¹¹. Le travail de concrétisation de la norme est encadré à la fois par les caractéristiques de l'État de droit constitutionnel¹¹² et par les règles du langage¹¹³.

De l'aveu même de Friedrich Müller, « *[l]a Théorie Structurante du Droit n'a pas vocation à être une doctrine désincarnée applicable à tout système juridique en tant que tel. Elle est une théorie de l'agir juridique dans le cadre d'un certain type de système constitutionnel[,] l'État de droit démocratique moderne* »¹¹⁴. La concrétisation de la norme doit donc se faire dans le respect des « *impératifs de la démocratie et de l'État de droit tels que [la] clarté et [la] compréhensibilité, [la] conformité à la Constitution, [l']obligation de motivation, [la] soumission à la loi, [le] principe d'égalité, [l']impartialité[,] etc.* »¹¹⁵ « *[L]a présence de tout un ordre (juridique) constitutionnel[,] expression d'un État de droit démocratique [...][,] encadre [donc] les décisions prises par les interprètes.* »¹¹⁶

Dans le même ordre d'idées, le travail de concrétisation de la norme est encadré par le texte de norme qui lui sert de tremplin. Contrairement aux théories dites réalistes, la théorie structurante du droit ne prétend pas que les textes de loi sont a priori dépourvus de toute signification¹¹⁷. Puisque la langue n'est pas arbitraire¹¹⁸, « *[l']éventail des choix interprétatifs plausibles, [...], n'est [pas] infini.* »¹¹⁹ L'interprétation retenue doit nécessairement être autorisée par le texte de loi¹²⁰. Pour employer le vocabulaire de la théorie structurante du droit, disons que tant la norme juridique générale que la norme-décision « *doivent pouvoir être rattachées aux textes de norme utilisés, c'est-à-dire leur être imputées par une méthode qui respecte les impératifs de l'État de droit.* »¹²¹ C'est

policy preferences, then outcomes are not fully determined in advance by the legislature and they may not be the same for all. They depend to some extent on the identity of the interpreter. It is this threat to the cherished ideal of rule of law that makes many judges and commentators resistant to the pragmatic view of interpretation. »

¹¹¹ Olivier JOUANJAN, « D'un retour de l'acteur dans la théorie juridique », dans Olivier JOUANJAN et Friedrich MÜLLER, préc., note 32, p. 77, à la page 86.

¹¹² C. LE COUSTOMER, préc., note 59 (p. 6 du document PDF).

¹⁰² F. MÜLLER, préc., note 32, p. 36.

¹¹⁴ Olivier JOUANJAN et Friedrich MÜLLER, « Présentation », dans O. JOUANJAN et F. MÜLLER, préc., note 32, p. 18-19.

¹¹⁵ F. MÜLLER, préc., note 32, p. 29.

¹¹⁶ C. LE COUSTOMER, préc., note 59 (p. 5 du document PDF).

¹¹⁷ F. OST, préc., note 17, p. 114-115.

¹¹⁸ F. MÜLLER, préc., note 32, p. 29.

¹¹⁹ C. M. STAMATIS, préc., note 55, p. 316.

¹²⁰ F. OST, préc., note 17, p. 126.

¹²¹ F. MÜLLER, préc., note 32, p. 28.

Mélanie SAMSON, « La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l'agir juridique »

dire que pour Friedrich Müller, « [l]es décisions qui transgressent manifestement la lettre d'un texte de norme sont irrégulières. »¹²²

Conclusion

L'intention du législateur est au cœur de la théorie officielle de l'interprétation des lois. En fait, celle-ci postule que le travail du juge doit être entièrement consacré à la recherche de cette volonté et à sa réalisation. La fonction de juger se résumerait donc à extraire du texte de loi la signification que lui a insufflée le législateur.

Alors qu'elle demeure prédominante dans la jurisprudence, la théorie officielle de l'interprétation des lois est en perte de vitesse chez les théoriciens du droit. L'on prend de plus en plus conscience que le recours à l'intention du législateur tend à masquer le raisonnement véritable du juge, quand il n'a pas pour effet encore plus pervers d'évacuer de sa réflexion des éléments pourtant pertinents à l'interprétation de la loi. De cette prise de conscience sont nées des théories plus modernes qui se veulent plus proches de la réalité. Parmi celles-ci, la théorie structurante propose d'envisager les normes juridiques comme le résultat d'une activité de production accomplie par les juristes de tous ordres. Cette théorie a l'avantage certain de forcer le juriste à assumer l'entière responsabilité de son travail. Qui plus est, en faisant une plus grande place aux données tirées du réel dans le processus de concrétisation de la norme, elle permet une résolution plus efficace des conflits qui se retrouvent devant les tribunaux. Alors que la confiance de la population est à la baisse à l'endroit du système de justice et des acteurs qui y évoluent¹²³, un modèle prônant une plus grande transparence dans le processus décisionnel en droit mérite certainement notre attention. Peut-être le moment est-il venu de reconnaître pleinement que le travail des juristes ne se borne pas à rechercher l'intention du législateur, mais à poursuivre l'œuvre de ce dernier en créant, à l'intérieur des limites posées par les textes de loi, des normes qui prennent racine dans le concret ?¹²⁴ La question n'est pas nouvelle, mais elle se pose plus que jamais.

¹²² F. MÜLLER, préc., note 53, p. 240.

¹²³ Selon un sondage *Léger Marketing*, publié dans le *Journal de Montréal* le 30 mars 2009, la confiance des Québécois à l'endroit des juges a chuté de 18 % en un an.

¹²⁴ Dans le même sens, voir : S. BEAULAC et P.-A. CÔTÉ, préc., note 46, 172.