

Book Reviews

Comptes rendus*Interprétation des lois, 3^e édition.*

Par PIERRE-ANDRÉ COTÉ.

Montréal, Les Éditions Thémis, 1999, XXVII, 1031 p.

Compte rendu de Alain-François Bisson*

L'importance et les qualités de cet ouvrage, dont voici la troisième édition, ne sont plus à dire. En fait, dans la doctrine spécialisée, sa réputation a, depuis longtemps déjà, dépassé les frontières du Canada. Il est aussi, abondamment et quotidiennement, cité devant et par les tribunaux canadiens, n'étant peut-être « battu » à cet égard que par une formule de Driedger, dont la citation, notamment chez les juges fédéraux, est devenue rituelle et incantatoire. Il convient de rappeler cette formule, dans sa version originale anglaise, car elle permet de resituer, sur des points importants, certaines des assises théoriques de l'ouvrage du professeur Côté : « Today, there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament ». Cette formule souffre d'un double et grave paradoxe, externe et interne. D'abord, il est surprenant que se présente - et que les tribunaux ad nauseam présentent - comme un acquis contemporain une méthode dont tous les éléments et problématiques essentiels et corrélés se retrouvent dans la pratique des juristes romains de l'époque classique¹. Il faut signaler ici l'ouvrage, peu connu et pourtant exemplaire, par la perfection du style, la profondeur de la recherche et la rigueur de la discussion, de B. Vonglis, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Paris, Sirey, 1968. et n'ont jamais cessé, sous divers avatars, d'habiter la pratique jurisprudentielle occidentale. Ensuite, il saute aux yeux qu'ainsi formulée, la méthode inclut dans ses moyens l'objet même qu'elle doit permettre de découvrir ou de reconstruire, à savoir l'intention du législateur.

Le professeur Côté ne tombe pas dans le piège de ce double paradoxe. D'une part, se fondant en cela sur ses propres recherches récentes, il peut affirmer (p. 36) la pérennité des procédés et objectifs de l'interprétation, qui s'exprime dans une tradition de pensée commune aux systèmes occidentaux, largement fondée sur les modes d'argumentation du droit romain et, dans la foulée de celui-ci, du droit canonique (cf. d'ailleurs l'art. 18 du Code de droit canonique de 1983, déjà présent dans le code de 1917). D'autre part, quoique

* Alain-François Bisson, de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, Ottawa, Ontario.

n'entretenant aucune illusion sur la constance de la réalité de l'intention du législateur et montrant les limites du modèle communicationnel fondé sur cette intention (p. 16 et s. et p. 317 et s.), il voit bien dans l'établissement de celle-ci l'objectif principal de l'interprétation (par ex. p. 36 et p. 317) et non un moyen de la méthode (ce qui ne veut pas dire qu'une fois établie, l'intention ne puisse conduire à des interprétations dérivées, mais c'est une autre question). Au demeurant, il considère l'intention du législateur comme un construit juridique utile (p. 8 et 17), dans lequel nous verrions volontiers la traduction d'une exigence éthique de l'interprétation, sans quoi il n'y aurait qu'une foire d'empoigne des opinions les plus arbitraires.

Ces remarques préliminaires étant faites, la troisième édition, résistant à cette manie très XX^e siècle de théoriser à l'excès les actes de langage, n'ajoute pas de façon très importante, en quantité, aux considérations de théorie générale des éditions antérieures. Signalons toutefois, faisant écho à certains égards à l'introduction générale de l'ouvrage, une beaucoup plus substantielle introduction à la deuxième partie consacrée aux méthodes d'interprétation, introduction tendant à souligner, pour ceux qui n'auraient pas encore compris, que l'interprétation est un processus orienté, que «le texte appartient à l'ordre des moyens; la règle à celui des fins» (p. 315); ce avec quoi l'on ne peut être que d'accord, sauf à remarquer que les thèses «constructivistes» auxquelles l'auteur adhère largement, pour faire pièce aux excès des théories positivistes de l'interprétation, ne sont pas elles-mêmes exemptes d'exagération. Signalons aussi, dans l'introduction générale, quelques pages supplémentaires sur l'interprétation en droit civil et en droit statutaire. Nous ne voyons guère l'intérêt, théorique ou pratique, de maintenir, en dehors du champ exclusivement public, cette monstruosité terminologique de droit statutaire pour désigner les lois que le Code civil de 1991 appelle particulières et ces pages témoignent assez de l'inconfort qu'il y a à devoir éventuellement servir deux maîtres. Cependant, si l'auteur fait encore preuve, à notre avis, d'une trop grande déférence à l'égard de certaines pratiques langagières et interprétatives, il se tire élégamment de ce bourbier. Renonçant au critère purement formel des éditions antérieures qui, sous toutes réserves de détail, faisait prétendument varier le système d'interprétation (civiliste ou «statutaire») selon que la disposition à interpréter se trouvait dans les Codes ou en dehors de ceux-ci (voir p. 32 de la 2^e édition), il reconnaît enfin que, plus que des a priori méthodologiques, ce qui commande des différences d'accent dans la technique d'interprétation (à partir de canons qui, on l'a vu, font partie d'un patrimoine juridique commun occidental), c'est, quel que soit l'instrument qui le porte, «la place qu'occupe le texte à interpréter dans l'ensemble du système juridique» (p. 42). Bien qu'il ne pousse pas ce critère désormais matériel jusqu'à ses dernières conséquences, l'auteur est ainsi conduit à parler d'une «méthode d'interprétation à contenu variable, modulée selon la nature du texte qui en est l'objet» (p. 35). Cette méthode participe d'ailleurs d'un cadre plus général de contraintes (le terme est cher à l'auteur) dans lequel va s'exercer la prudence du juge, exercice que la troisième édition précise, dans une formulation où les jurisconsultes romains, encore une fois,

n'auraient pu que reconnaître l'essentiel de leurs préoccupations d'interprètes : «Entre les diverses interprétations raisonnables d'un texte, le juge choisira celle qui lui paraît la meilleure, compte tenu des objectifs qu'il est censé poursuivre (être fidèle à l'intention de l'auteur; favoriser les résultats les plus équitables et les plus utiles; éviter de tromper les attentes de sens nées chez le lecteur; etc.) et des facteurs (le texte, les autorités, les objectifs, l'histoire, etc.) dont il est censé tenir compte» (p. 27).

Cela dit, l'ouvrage passe de 766 pages, dans la deuxième édition, à 1031 pages dans la troisième. Cela est dû, pour bonne partie, à une présentation plus aérée du texte, mais aussi, outre les additions déjà signalées, à un nombre important de précisions, de retouches (voire de repentirs) et de mises à jour commandées par le mouvement de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine. L'énumération complète et le commentaire de ces modifications dépasseraient largement le cadre d'une simple recension. On relèvera seulement, par exemple, ça et là, justifiée par les forces neuves apportées par la réforme de 1991, une prise en considération nettement accrue des façons de faire en système de droit civil (avec parfois, cependant, trop de zèle : est-il vrai, est-il pratiquement possible, que, dans la tradition civiliste, l'esprit ait «toujours» eu le pas sur la lettre (p. 492)?); des ajouts substantiels au chapitre sur l'effet de la loi, notamment pour tenir compte du système de droit transitoire instauré par la loi sur l'application de la réforme du Code civil (chapitre dans lequel (p. 147) l'auteur constate, non sans regret, qu'en l'état actuel des textes, il est difficile de conclure que le système de l'effet immédiat ait valeur de droit commun transitoire); des mises au point généralement bienvenues sur des questions diverses : l'applicabilité a priori du nouveau Code civil à l'État provincial, sauf disposition contraire ou règle de common law publique l'y soustrayant (p. 269-270), ce qui, à certains égards, constitue un retournement des problématiques anciennes; le recours croissant aux travaux préparatoires (p. 533 et s., recours dont il serait d'ailleurs temps, au-delà des laborieuses explications jurisprudentielles, de dire le véritable fondement: *jus novit curia*, le juge prend connaissance d'office du droit existant et jouit donc, sous toutes réserves que la prudence lui dicte, de la plus grande liberté dans le choix des moyens lui permettant de l'établir); les principes généraux du droit (p. 463), l'autorité des interprétations jurisprudentielles (p. 686), le recours argumentatif au droit comparé (p. 698), l'interprétation doctrinale enfin (p. 695), à laquelle est accordée une place encore restreinte, mais nettement meilleure que dans les éditions précédentes. Sans en faire un grave reproche, il arrive cependant que les nombreux raffinements apportés au texte par l'auteur l'aient parfois conduit à des excès de subtilité. C'est le cas, nous semble-t-il, pour les retouches faites à la section sur la «règle» de l'interprétation littérale (p. 357 et s.) ou de l'introduction, dans le droit transitoire, à la suite d'Elmer Driedger et de Jacques Héron, de la notion d'effet «rétrospectif», d'une grande finesse théorique, mais dont l'utilité réelle nous échappe. La distinction, fondée en théorie, entre texte et règle, qui parsème désormais l'ouvrage, n'est pas non plus toujours d'un intérêt pratique évident.

Relecture faite de ce passionnant et consciencieux ouvrage, nous ne pouvons que renouveler notre admiration pour la qualité de la boîte à outils qu'il offre aux interprètes. Mais plus avant, il se pourrait aussi, bien que l'auteur n'entende pas malice, que ce qui est au fond, pour bonne partie, un catalogue splendidement raisonné de dicta judiciaires ait sur ceux-ci des effets ravageurs et montre suffisamment l'absence de pertinence de toute théorie judiciaire de l'interprétation. Chacun l'aura assez constaté : les jugements sont inondés, plus que jamais, de déclarations dogmatiques, péremptoires et solennelles sur les méthodes et moyens admissibles d'interprétation. Mais, impératifs pratiques obligent, les juges, d'un jugement à l'autre, parfois d'une page à l'autre, ne peuvent se tenir aux « principes » que prétendent ils s'imposer à grand renfort d'autorités superflues et qui ne sont en fait qu'arguments d'opportunité au soutien d'objectifs qui, eux, sont permanents et légitimes (voir encore la page 27 déjà signalée). Ils devraient donc faire, et non pas dire, sous peine d'entrer constamment en contradiction, comme le montrent abondamment les recoupements que l'ont peut opérer entre les copieuses citations jurisprudentielles de l'ouvrage du professeur Côté. Ses ambitions étant avant tout descriptives et didactiques, conséquemment utiles, on comprendra cependant que nous ne lui ferons pas grand grief d'une attitude peut-être insuffisamment critique à l'égard de ce qui est devenu, spécialement en Cour suprême, une des plaies des motivations judiciaires.

* * *

Self Determination and National Minorities.

By THOMAS D. MUSGRAVE.

(Oxford: Clarendon Press, 1997) xxxv, 290pp.

By Patricia Hughes*

Thomas Musgrave's study of the evolution of international law with regard to the interrelationship between national minorities, self-determination and territorial integrity addresses one of the most vexing problems in our ostensibly post-modern world: the clash between the assumptions of the nation-state based on ethnic, religious or linguistic identity with its implications for the treatment of minorities, and the assumptions of the Western view of the civic state in which common citizenship is the operative identity.

* Patricia Hughes, of the Faculty of Law, University of New Brunswick, Fredericton, New Brunswick.

Musgrave, a Lecturer in Law at the University Wollongong in Australia, provides a concise account of the development of the principle of self-determination from its inception as a political concept in the seventeenth century to its legal status following World War II. Its length precludes the kind of in-depth analysis someone already familiar with the area might require, but the author's clear style and precise references make this a useful text for those who seek a good introduction, remembering that it does assume knowledge of some basic international law documents and events.

As Musgrave's review of the jurisprudence of the International Court of Justice indicates, the scope of the legal right is obscure, reflecting both the very different views and interests among the developing countries and the western countries and the pragmatism which governs the application of the right. Musgrave makes a strong case that it is *realpolitick* which governs the question of self-determination, not principle, as illustrated by the Western response to the dissolution of the Soviet Union and Yugoslavia and by the ambivalent and contradictory responses of the United Nations to claims by a "people" to partition existing states. In the last months of 1999, the UN's apologies for its failures to respond adequately to the crises in Rowanda, Somalia and elsewhere have merely confirmed the perception of its weakness as an independent international arbiter.

Musgrave does not hide his cynicism about the European Community's decision to treat the changes in Yugoslavia as a case of dissolution rather than as secession by its constitute territories. This decision, he says, "was certainly of great benefit to the European Community as it sought to regulate the civil conflict there and to formulate a basis for settlement amongst the entities emerging out of the dissolution . . . [since] none of the successor states could legitimately claim to be the continuation of the previous state." Thus the EC sought to render itself immune from claims that it was meddling in the internal affairs of Yugoslavia and could recognize the new states without endorsing secession. Similarly, the EC applied political rather than legal considerations to their recognition of new states which the author says "renders both the question of statehood itself and the process of recognition much less certain and predictable." Yet by insisting on the territorial integrity of the prior states and thus continuation of the old borders, the EC left intact the problem which had led to the dissolution, the fact that there were large minorities in these states. Musgrave's assertion that requiring distinctive groups to co-habit in the same territory "simply ensures ongoing instability" has been borne out, as has his critical judgement of how the EC's approach to Yugoslavia either disregarded or applied inappropriately international law principles. Subsequently, in April of 1999, NATO's decision to bomb Serbia again violated a peremptory international law principle, that of respect for another country's sovereignty. NATO's action was justified as the only way to protect the Albanian minority in Kosovo from ethnic cleansing by the Serbs. The flow of "ethnic Albanian" refugees to Macedonia has raised fears of further tensions in that country. The weakness of the United Nations and the self-assumption of the policing role by

the EU bring into uneasy collaboration the fading international principle of sovereignty and the emerging interventionist principle based on enforcement of a "moral" code to which nations are to adhere. It is a collaboration mediated by the realities of power, racism and the convenience of external wars to incumbent western regimes (wars, it should be added, which are "clean" for those instigating them and high in human cost for those in whose behalf they are ostensibly fought).

Musgrave's analysis supports the contention that international law has yet to develop a systematic way of responding to claims of self-determination, that its principles are tenuously established and that might still plays a significant role. This is because international law is primarily (Musgrave shows that it is not entirely) premised on the western understanding of the state, even though it applies to nation-states. In international law "a state's population has been considered simply as an attribute of that state." In treating ethnic populations as "minorities" international law has sought to reconcile ethnic claims with the western concept of the state. By seeking to ensure that minorities would have the right to enjoy their own language, religion and other manifestations of their ethnicity international law sought to ensure equality and non-discrimination in the state. On the other hand, ethnic groups seek self-determination in the "nation-state" in which ethnicity is the overriding determinant; thus when they form nation-states, ethnic groups constituting a minority within those states are usually at a disadvantage.

Canadians who would like to place Quebec's claims to sovereignty in a larger context would find this text helpful in doing so. Furthermore, Canadian readers are likely to be familiar with sources Musgrave draws on to illustrate troubling aspects of ethnic or linguistic claims to a nation state: Jacques Brossard on the likelihood that minority ethnic or language groups will not have a voice in deciding the future of the territory in which they live and Pierre Trudeau for his proposition that an ethnic state "inevitably becomes chauvinistic and intolerant." On the other hand, Musgrave gives only passing consideration to other claims to sovereignty of relevance to Canada, those by indigenous groups, although he acknowledges the growing force of these claims.

Thomas Musgrave writes clearly, using well-developed examples to illustrate the development of international law with respect to self-determination and the contradictory ways in which the principles have been applied. The book has a useful index and bibliography, as well as a listing of references to treaties and cases.