

# **Le formalisme: un sérieux obstacle à la qualité des lois (2<sup>e</sup> partie)**

**Jacques Lagacé\***

Le formalisme linguistique, qu'on appelle parfois «fétichisme des mots», est un obstacle si fondamental à la qualité de la rédaction législative au Québec que nous n'avons pas cru être trop de deux pour vous en parler. Mes propos pourront, à l'occasion, recouper ceux que Richard Tremblay vient de vous tenir, mais j'aborderai dans l'ensemble des aspects différents du même sujet. Le fétichisme des mots est, rappelons-le, ce mode de pensée suivant lequel les mots sont considérés comme importants en eux-mêmes, et non pas seulement par le sens qu'ils expriment. C'est ce qu'on appelle souvent, chez les juristes anglo-saxons et québécois, le phénomène du «mot magique».

Cette dernière appellation est d'ailleurs bien choisie, puisque le formalisme linguistique est précisément une des caractéristiques de la pensée magique, qui donne aux mots un pouvoir direct sur les choses. Dans l'histoire d'Ali Baba et les 40 voleurs, la caverne ne s'ouvrait que si l'on prononçait les mots: «Sésame, ouvre-toi». Ali Baba n'aurait jamais pu y entrer s'il avait dit, au lieu de «Sésame, ouvre-toi»: «Ouvre-toi, Sésame» ou encore «Sésame, ouvre-moi donc la porte». C'est en effet une caractéristique de la formule magique de ne tolérer aucune variation: ce qui compte, ce n'est pas le sens, c'est la forme. À la limite, le sens n'existe pas, comme dans «abracadabra», par exemple. Le droit ancien, encore très marqué par la pensée magique, fonctionnait un peu de la même manière: dans son plaider, le plaideur devait utiliser les mots précis de la loi, et la moindre erreur était fatale à sa cause.

---

\* Linguiste, Direction générale des affaires législatives, ministère de la Justice.

Ce formalisme rigide de la procédure judiciaire se retrouve notamment – comme Richard en a donné un exemple tout à l'heure – en droit romain<sup>1</sup>. On le retrouve aussi, comme par hasard, en droit anglais médiéval<sup>2</sup>, où il est consacré par la maxime suivante, attribuée à Bracton: celui qui rate une syllabe rate toute sa cause<sup>3</sup>. À l'époque de la Renaissance, cette maxime est, en Angleterre, loin d'être tombée en désuétude. Elle continue d'être largement appliquée, mais d'une manière un peu différente. Au formalisme pur et dur du droit primitif, on a substitué un formalisme plus raffiné qui tente, par un usage intensif de la distinction «byzantine», de se donner une apparence rationnelle. Cet esprit dominera l'interprétation des textes pendant plusieurs siècles<sup>4</sup>. Glanville Williams, juriste anglais distingué, donne l'exemple suivant, tiré d'un jugement de la fin du XVII<sup>e</sup> siècle<sup>5</sup>. Il s'agissait d'un contrat d'emprunt qui stipulait ceci: l'intérêt sur la somme empruntée est de 5 p. 100, mais en cas de retard dans le paiement dudit intérêt, le taux sera porté à 6 p. 100. Le juge annula la clause pénale portant l'intérêt à 6 p. 100., ajoutant, toutefois, que la stipulation aurait été valable si elle avait eu non pas la forme d'une pénalité, mais la forme suivante: l'intérêt est de 6 p. 100, mais en cas de paiement rapide, il sera ramené à 5 p. 100. Un juge qualifia plus tard cette nuance de *fine distinction*, ce qui, de toute évidence, est un *understatement*; car, comme le dit Glanville Williams, la distinction est si fine qu'il n'y a pas de distinction du tout: la différence de formulation ne recouvre ici aucune distinction de fond. Cet exemple illustre bien le formalisme qui a marqué pendant longtemps l'interprétation judiciaire en Angleterre et dans les autres pays de droit anglais. Ce formalisme interprétatif a très certainement été l'une des causes principales du formalisme de la rédaction, dont nous allons maintenant voir quelques exemples.

Le lieu par excellence du formalisme dans la rédaction législative, ce sont les dispositions pénales. Sous prétexte que leur rédaction doit tenir compte du principe de légalité et de la règle de l'interprétation restrictive, on a eu tendance à leur imposer des formes rigides, sacramentelles. Par exemple, on a longtemps prétendu, et peut-être certains le croient-ils encore, que si l'on omet les mots «commet une

- 
1. Henri DECUGIS, *Les étapes du droit*, Paris, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., tome 1, 1946, p. 304.
  2. *Ibid.*
  3. Cf. David MELLINKOFF, *The Language of the Law*, Boston et Toronto, Little, Brown and Co., 1963, p. 174. Bracton est un juriste anglais du XIII<sup>e</sup> siècle, à qui l'on doit notamment une compilation des arrêts des cours royales de justice au Moyen-Âge, époque de la formation de la common law.
  4. *Ibid.*
  5. Glanville WILLIAMS, «Language and the Law», (1945) *The Law Quarterly Review*, p. 78.

infraction» dans la disposition pénale type «Quiconque (fait tel acte) *commet une infraction* et est passible (de telle peine)», l'infraction n'est pas créée. Pourtant, les mots «commet une infraction» n'ajoutent rien au contenu normatif de la disposition en cause. Du moment qu'on sait que tel type d'acte, commis par telle catégorie de personnes (à la limite par n'importe qui), est puni de telle peine, on a tous les éléments essentiels de la définition légale d'une infraction; la qualification, dans la disposition pénale, de l'acte en question comme étant une «infraction» est purement redondante. Cette qualification devient carrément tautologique dans la formule: «Quiconque *contrevient* à (tel article) *commet une infraction* et est passible de (telle peine)», car le verbe «contrevénir», dans un contexte de droit pénal, ne signifie pas autre chose que «commettre une infraction», ce qui fait que la formule précitée équivaut à: «Quiconque *commet une infraction* à (tel article) *commet une infraction* et est passible de (telle peine)». Ce genre de formule, il va sans dire, ne se rencontre pas dans les lois des États francophones européens, où l'on dit seulement que celui qui commet tel acte est puni de telle peine. La formule employée au Québec est en fait un calque de la formule anglaise, marquée par la tradition formaliste de son pays d'origine: «A person who violates (section ...) *is guilty of an offense and is liable to etc.*».

L'exemple des dispositions pénales illustre le type de formalisme le plus connu, celui du mot magique. Mais il existe d'autres types de formalisme. L'un des plus répandus consiste à croire que pour qu'une règle de droit existe, il faut qu'elle soit énoncée formellement. Ce formalisme conduit à dire explicitement ce qui est déjà contenu implicitement dans un autre énoncé; il engendre des énoncés redondants, souvent tautologiques. Ce formalisme se retrouve en particulier dans la rédaction des dispositions impératives ou prohibitives. Par exemple, l'Office des services de garde à l'enfance (*cf.* L.R.Q., c. S-4.1) est habilité à édicter des normes permettant de déterminer le nombre maximum d'enfants qui peuvent être reçus dans les locaux d'un service de garde donné (voir art. 73, 5<sup>o</sup>); ce nombre maximum doit être indiqué sur le permis du prestataire de service de garde concerné (art. 11). Or, à l'article 11.1, on interdit formellement à un service de garde de recevoir plus d'enfants que le nombre indiqué sur son permis. Ici, on peut se poser la question, un peu comme le ferait l'humoriste Pierre Légaré: si on n'avait pas dit ça, est-ce que le service de garde aurait eu le droit de dépasser le nombre indiqué sur le permis? La réponse, bien sûr, est non, parce que l'article 11 dit que ce nombre est un maximum, et que, par définition, on n'a pas le droit de dépasser un maximum. L'article 11.1 est donc redondant; il est même tautologiquement redondant puisqu'il dit que le service de

garde ne peut dépasser le «nombre maximum indiqué au permis»; ce qui revient à dire que le service de garde n'a pas le droit de dépasser le nombre qu'il n'a pas le droit de dépasser.

Le formalisme dans l'expression des dispositions impératives atteint parfois des degrés extrêmes. Par exemple, dans le Code de la sécurité routière (L.R.Q., c. C-24.1), à l'article 33, on prévoit qu'un agent de la paix peut exiger du conducteur d'un véhicule routier qu'il nettoie la plaque d'immatriculation du véhicule lorsque la saleté la rend difficile à lire. Ce à quoi l'on a cru bon d'ajouter: «Le conducteur doit se conformer à cette exigence». Comme si, sans cette précision, l'agent de la paix pouvait toujours exiger, mais le conducteur, lui, n'était pas tenu d'obéir. Cette prémisse est bien sûr contradictoire, car un pouvoir qui ne donne aucun pouvoir n'est pas un pouvoir. Au pouvoir d'exiger correspond, forcément, le devoir d'obéir.

Encore ici, le formalisme de la jurisprudence anglaise a pavé la voie au formalisme de la rédaction. Glanville Williams, que j'ai cité tout à l'heure, donne l'exemple d'un contrat de travail qui oblige A à consacrer *tout son temps* à B; or, A, pendant la durée du contrat, se met à travailler pour C. B demande une injonction contre A, mais le tribunal refuse de l'accorder. Motif: le contrat ne dit pas *formellement* que A n'a pas le droit de travailler pour quelqu'un d'autre que B. Donc, la conclusion du tribunal, c'est que A doit consacrer tout son temps à B, mais que cela ne l'empêche pas de consacrer du temps à C. Comme on le voit, la contradiction ne gêne nullement l'interprète formaliste.

Devant ce refus des juges de tirer les conséquences nécessaires des termes d'un texte, on peut comprendre qu'un sentiment d'insécurité se soit développé chez les rédacteurs et qu'ils aient eu tendance à vouloir ne rien laisser dans l'implicite. Mais chercher à prévenir les interprétations formalistes en multipliant les redondances et autres répétitions est un remède pire que le mal. C'est un peu comme le cuisinier qui pense qu'en mettant deux fois plus d'ingrédients dans son plat, celui-ci aura deux fois plus de goût. Ne risque-t-il pas au contraire d'en faire un plat immangeable, où le goût de certains aliments annule celui des autres, où les saveurs principales disparaissent sous les saveurs secondaires? «Ah! mais les convives ne pourront pas se plaindre que j'ai oublié des ingrédients», répond le cuisinier pour justifier l'incroyable salmigondis qu'il compte leur offrir. Et encore, cela n'est pas sûr: vous pouvez mettre vingt-cinq sortes de condiments dans votre hamburger, et oublier la tranche de steak; c'est ce qui arrive avec certaines lois, où pendant des pages et des pages, on se

demande, pour citer la phrase célèbre de George Bush: «Where's the beef?» Mais surtout, à cuisiner systématiquement pour ceux qui ne goûtent rien à moins qu'on n'y ait mis une tonne de sel, de vinaigre et de moutarde par-dessus le ketchup, la relliche et la sauce HP, on rend malades ceux, de plus en plus nombreux, qui apprécient la bonne cuisine. Et on n'est même pas sûr de donner satisfaction aux autres, qui, ayant le goût dérangé, peuvent toujours vous reprocher d'avoir oublié la sauce soya et la mayonnaise.

En somme, non seulement les redondances ne rendent pas le texte plus clair, mais elles sèment la confusion. Prenons, par exemple, cette disposition de la *Loi sur l'assurance-maladie* (L.R.Q., c. A-29, art. 3 c), qui dit que la Régie du même nom supporte les coûts des «services déterminés par règlement qui sont requis au point de vue optométrique et qui sont rendus par les optométristes dans la pratique de l'optométrie au sens de la Loi sur l'optométrie». D'abord, cet énoncé présuppose que certains services optométriques ne seraient pas dispensés par des optométristes. Mais comme l'optométrie est une profession d'«exercice exclusif», un service optométrique rendu par quelqu'un d'autre qu'un optométriste n'est pas, au regard de la loi, un service optométrique; sans compter qu'on peut présumer raisonnablement que les actes illégaux ne sont pas rémunérés par la Régie. Cet énoncé suppose aussi que des services d'optométrie pourraient être rendus par des optométristes dans la pratique d'une activité autre que l'optométrie. Mais de quelle autre activité peut-il bien s'agir? Enfin, il est bien clair que la pratique de l'optométrie dont il est question ici est celle qui est définie par la *Loi sur l'optométrie*: comme dirait monsieur de La Palice, ce que la loi ne considère pas comme de l'optométrie n'est pas de l'optométrie au regard de la loi. Alors, que veut dire cette accumulation de redondances? Est-ce là pure verboiserie, ou cela cache-t-il une information réelle? On en est réduit soit à pousser plus loin les recherches, avec le coût et la faible espérance de gain que cela suppose, soit à téléphoner aux auteurs de la loi, ce qui n'est ni plus ni moins qu'une disqualification totale du texte de cette dernière.

Quel que soit le type de texte, le lecteur normal s'attend à ce que l'auteur respecte un principe fondamental – que certains linguistes appellent la règle de progression de l'information – selon lequel on ne présente pas comme de l'information nouvelle l'information qui a déjà été donnée. En principe, on ne redit pas ce qui a déjà été dit, et on ne pose pas ce qui est présupposé. C'est pourquoi l'interprète, devant une disposition qui lui paraît redondante, se demandera s'il l'a bien comprise, si des éléments importants du texte ne lui ont pas échappé,

et ce n'est qu'au terme d'une pénible exégèse qu'il se rendra compte – et encore, cela n'est pas sûr – qu'effectivement la disposition en cause n'est d'aucune utilité; à moins, au contraire, qu'il lui trouve une utilité que n'avait pas prévue le législateur, ce qui est encore pire.

Par ailleurs, en énonçant formellement ce qui va de soi, on incite les tribunaux à rester dans l'ornière du formalisme, alors que d'eux-mêmes ils tendent de plus en plus à abandonner cette manière de penser. Que l'interprétation formaliste ne soit pas entièrement disparue, cela est sûr. Mais le rédacteur devrait néanmoins prendre le «beau risque» de rédiger de façon simple et logique, quitte à «faire de la pédagogie» lorsqu'il craint que l'abandon des redondances habituelles ne dérouté certains interprètes.

Il n'est donc pas vrai, de façon générale, que «ce qui va sans dire va encore mieux en le disant». À ce cliché, ingénieusement formulé mais qui sert à justifier les pires formes de verbosité, on pourrait toujours répondre par le cliché contraire: «le législateur ne parle pas pour ne rien dire». Pour une fois, ce dernier adage servirait à autre chose qu'à promouvoir l'uniformisation et l'appauvrissement de la langue législative et sa transformation en langue de bois par la tyrannie des formules types et des précédents.

Une autre manifestation de formalisme dans l'expression des dispositions impératives est le précepte selon lequel le sujet d'un énoncé législatif devrait toujours être un nom désignant une classe de personnes, et non de choses. Cette idée n'est pas née d'hier, puisqu'elle nous vient d'un ouvrage de George Coode, publié en 1845, et intitulé *On Legislative Expression or the Language of Written Law*<sup>6</sup>. Le fondement de cette idée est que la loi a comme fonction essentielle de créer des obligations et des droits, qui, bien entendu, visent toujours des personnes, et non des choses; et comme il est important que la classe de personnes visées par une disposition soit toujours clairement déterminée, Coode déconseille avec force toute tournure de phrase où le sujet grammatical est un nom de chose<sup>7</sup>. Mais la recommandation de Coode, si elle part d'un honorable souci de clarifier la rédaction verbeuse et obscure des lois anglaises de son époque, est beaucoup trop rigide. Car s'il est effectivement essentiel de déterminer de façon précise quelles sont les personnes visées par une disposition, il ne s'ensuit nullement qu'il faille éliminer systématiquement les constructions ayant un sujet de choses. Coode, d'ailleurs, le recon-

6. Reproduit dans: E.A. DRIEDGER, *The Composition of Legislation*, Ottawa, Dept. of Justice, 1976, p. 317-378.

7. *Id.*, p. 325 et s.

naît lui-même: si le lien entre le sujet de choses et les personnes qui ont des droits ou des obligations relativement à ces choses est clairement établi par ailleurs dans le texte de la loi ou en vertu de la simple logique, l'énoncé ayant un sujet de choses permet effectivement de simplifier la rédaction. Mais on n'a guère prêté attention à ces nuances, et, bien qu'il ne soit pas appliqué à la lettre, parce que cela est impossible, le précepte énoncé par Coode continue d'avoir une mauvaise influence sur notre rédaction législative.

Par exemple, dans la *Loi sur la Régie des télécommunications* (L.R.Q., c. R-8.01) – et ce n'est qu'un exemple parmi beaucoup d'autres du même genre – on dit que «toute personne ou société qui entend exploiter une entreprise de télécommunications doit demander à la Régie une autorisation à cette fin». Ce que nous dit cette disposition, c'est que lorsqu'on *songe* à exploiter une entreprise de télécommunication, il faut *demander* l'autorisation d'exploiter une telle entreprise. Mais ce n'est pas ça qu'elle veut dire essentiellement. Ce qu'elle veut dire, c'est que *pour exploiter* une telle entreprise, il faut *avoir obtenu* l'autorisation de la Régie. Comment exprimer simplement cette idée simple? En disant: «L'exploitation d'une entreprise de télécommunications est subordonnée à l'autorisation de la Régie». De cette façon, on élimine la distinction entre personne et société, on ne parle plus d'intention d'exploiter ni de demande d'autorisation, qui sont des éléments non pertinents. Ce qui permet une telle simplicité, c'est l'emploi du nom abstrait «exploitation» comme sujet de l'énoncé. À ceux qui seraient tentés d'affirmer que cette disposition ne vise personne, on répondra qu'il n'y a pas d'exploitation sans «exploitant» et qu'en visant la première, on vise forcément le second.

La *Loi sur la refonte des lois* (L.R.Q., c. R-3) fournit un exemple extrême de ce qu'on pourrait appeler la «personnalisation» abusive de l'énoncé législatif. Ainsi, au lieu de dire que «la refonte relève du ministre de la Justice», l'article 1 dit que «le ministre de la Justice effectue la refonte des lois», ce qui est déjà une fiction. Mais la fiction ne s'arrête pas là. Non seulement le ministre effectue la refonte des lois dans son ensemble, mais il en effectue consciencieusement chacune des opérations techniques. L'article 2, par exemple, dit ceci: «Lorsqu'il refond les lois (le matin vers huit heures?), le ministre (...) peut (...): 1<sup>o</sup> effectuer les changements de phraséologie qu'exige l'uniformité de l'expression; 2<sup>o</sup> corriger les erreurs de transcription ou de typographie.» C'est également le ministre qui effectue la mise à jour permanente des lois (art. 3), qui en établit la table des matières et l'index (art. 4); on lui donne aussi l'instruction de refondre les lois «en utilisant la nomenclature alphanumérique» (art. 2). J'ai cru un moment que la loi comportait une lacune, car elle ne disait pas que le

ministre devait coller les étiquettes sur les recueils. Un collègue m'a rassuré en m'informant que cette responsabilité n'incombait pas au ministre, mais à chaque abonné.

Manifestement, on se trouve ici devant un cas où l'application du précepte selon lequel le sujet d'un énoncé législatif doit de préférence être une personne plutôt qu'une chose aboutit à un artifice tout à fait inopportun. Ici, comme d'ailleurs dans un grand nombre d'autres cas, l'emploi de termes abstraits serait tout indiqué. On aurait pu dire tout simplement: *La refonte des lois consiste notamment dans les opérations suivantes: 1<sup>o</sup> effectuer la mise à jour permanente des lois; 2<sup>o</sup> corriger les erreurs de transcription et de typographie; 3<sup>o</sup> effectuer les changements de phraséologie qu'exige l'uniformité de l'expression, etc.*

Il y aurait encore beaucoup à dire sur le thème du formalisme et sur certains thèmes apparentés. Avant de conclure, mentionnons, entre autres, l'importance exagérée que nous accordons ici à ce qu'on appelle parfois la «couleur des mots» – en linguistique, on parlera plutôt de «connotation» des mots –, ce qui nous conduit à multiplier les tabous linguistiques. Encore ici, la pensée magique n'est pas très loin: on pense par exemple que si l'on qualifie une formation arbitrale de «tribunal», on augmente, par le seul pouvoir de ce mot, le risque que soit appliqué aux tribunaux d'arbitrage l'article 96 de la Constitution, qui dit que c'est le fédéral qui nomme les juges des cours supérieures des provinces; ou que si l'on parle de «règles de régie interne», ces normes échapperont plus facilement aux conséquences de l'arrêt *Blaikie* que si elles s'appellent «règlements» de régie interne. Ou encore que s'il est question, dans une loi, de pêche «professionnelle» – par opposition à pêche de loisirs – il y a risque que les pêcheurs soient automatiquement considérés comme des «professionnels» au sens anglais que donne à ce mot le code dit «des professions». Ce qui sous-tend cette façon de penser, c'est la croyance que le changement de nom change la chose elle-même. Ce formalisme – car il s'agit bien de formalisme – nuit à la qualité de la rédaction, car il entraîne l'élimination de mots justes au profit de mots impropres. L'exemple du mot «professionnel» est à cet égard particulièrement éloquent: non seulement on tient à préserver l'anglicisme qui consiste à donner à ce mot un sens restreint qu'il n'a pas en français – en français, «professionnel» se dit de toute personne qui, possédant certaines qualifications, s'en sert pour gagner sa vie – mais, en plus, on veut faire du mot «professionnel» lui-même un titre réservé, avec interdiction de l'employer dans son sens français. S'il existait au Québec un comité



de défense des anglicismes, considérés comme un patrimoine à préserver du colonialisme français, il ne ferait pas mieux.

L'hypersensibilité aux aspects émotifs et subjectifs du langage nuit à sa fonction rationnelle et objective. Les aspects émotifs jouent certes le rôle principal, sinon exclusif, en propagande et en publicité. Mais la loi n'est pas censée être un ouvrage de propagande. Elle est censée être une oeuvre de raison, et c'est pourquoi on devrait y mettre la connotation des mots au second plan, et mettre l'accent sur leur justesse et sur leur clarté. Sans doute, entre deux expressions également exactes, choisira-t-on celle qui est la plus neutre. On peut comprendre, par exemple, qu'on puisse préférer «affaires en cours» à «affaires pendantes», qui prête un peu à rire. Mais lorsqu'on n'ose même plus parler dans la loi des «organes» de l'État, ne devient-on pas un peu scrupuleux? On se sent reculer à l'époque où la lettre «Q» était chez nous pudiquement prononcée «que». Même un verbe tout à fait banal comme «organiser», qui, contrairement au nom dont il est dérivé, n'a aucune connotation sexuelle, pourra devenir tabou parce qu'il évoque «crime organisé», «se faire organiser». Un peu plus, et on ne pourra plus utiliser le mot «porte» parce que cela fait penser à «mettre à la porte» et que cela pourrait indisposer les gens qui perdent leur emploi à cause de la récession. Je caricature, mais pas tellement.

La conception formaliste du langage, qui attribue aux formes linguistiques un effet magique indépendant de leur sens, ou, comme on vient de le voir, un effet de suggestion quasi hypnotique, est une survivance de la pensée pré-rationnelle. Et elle conduit, de fait, à l'illogisme, à l'obscurité, à la verbosité, à la rigidité, à l'impropriété, bref à la mauvaise qualité... totale. Dans un article de la revue *Maîtres*, consacré au sommet de la justice il y a quelques mois<sup>8</sup>, on émettait le souhait que l'État fasse preuve «d'un souci de «vulgarisation et de lisibilité juridique», dans un pays où près de 19% de la population adulte (...) «n'a pas la capacité de lire et d'écrire de façon satisfaisante». Améliorer la lisibilité des lois de sorte que même les analphabètes puissent les lire, voilà, c'est le moins qu'on puisse dire, un ambitieux programme. Pour ma part, je proposerais un objectif plus modeste, mais néanmoins considérable: que les lois et les règlements soient rédigés de façon à ce qu'ils puissent être compris par les lecteurs avertis, et notamment par les juristes. En arriver là suppose des progrès importants sur plusieurs aspects de notre rédaction. Mais cela passe avant tout par l'adoption d'une manière rationaliste, non formaliste, de rédiger.

8. «Le sommet de la justice: «Une responsabilité à partager», *Maîtres*, vol. 4, n<sup>os</sup> 3 et 4, mars-avril 1992, supplément sur le Sommet de la justice, p. V.

