

LA «MÉTHODE CONTEXTUELLE»

Danielle Pinard*

Montréal

L'à-propos d'une méthode dite contextuelle en droit constitutionnel canadien a fait couler beaucoup d'encre à la Cour suprême du Canada. Cette méthode est présentée comme la norme, l'approche acceptable, souhaitable, privilégiée. Or, la configuration exacte de la méthode contextuelle demeure incertaine. Après un retour nécessaire aux origines jurisprudentielles de cette méthode, on s'intéresse dans le présent texte à certains développements auxquels elle a donné lieu, soit l'avènement d'une méthode judiciaire empirique, et le raffinement d'une méthode d'interprétation. Une préoccupation sous-tend la réflexion: l'importance considérable, parfois déterminante, du rôle du contexte dans la décision judiciaire constitutionnelle rend inquiétante l'incertitude qui règne quant aux modes d'établissement des données contextuelles.

The appropriateness of a so-called contextual method in Canadian constitutional law has been the subject of many judgments in the Supreme Court of Canada. That method is presented as the norm, or the acceptable, the desirable, or the privileged approach. The exact contours of the contextual method, however remain uncertain. After a review of its jurisprudential origins, this article addresses some of the developments; that is, the advent of a judicial empirical method, and the refinement of a method of interpretation of laws. A concern underlies the analysis here: the considerable, and sometimes determining importance of the role of the context, in constitutional judicial decisions, makes the uncertainty surrounding the ways of establishing contextual data intriguing.

Introduction	324
I. La méthode contextuelle: origine et lieu d'application	337
1. L'origine: les propos de la juge Wilson dans Edmonton Journal	337
2. Le lieu d'application: la définition des droits ou la pondération en vertu de l'article premier?	342
A. L'étape initiale de la définition des droits	342
B. La pondération en vertu de l'article premier	346
II. L'évolution de la méthode contextuelle	350
1. La méthode contextuelle comme approche judiciaire empirique	350
A. Une approche empirique	350

* Danielle Pinard, Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal. Je remercie deux assistants de recherche, Marie-Claude Sarrazin et Sébastien Jetté, qui ont tous deux fait un travail d'une qualité exceptionnelle. Je remercie aussi mes collègues Stéphane Bernatchez, François Chevrette, Pierre-André Côté et Jean Leclair, qui ont eu la gentillesse de lire et de commenter utilement une version antérieure de ce texte. Celui-ci a été complété en août 2001.

B. <i>Un contexte réifié: étudier le contexte avant d'analyser la preuve</i>	356
2. <i>La méthode contextuelle comme méthode d'interprétation</i>	360
<i>Conclusion</i>	365

Introduction

Parmi les nombreux phénomènes auxquels a donné lieu la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ on retrouve, au premier plan, l'avènement d'une approche judiciaire dite «contextuelle». Cette approche est devenue la norme, l'approche acceptable, souhaitable, privilégiée. La bonne approche². Dans le discours judiciaire, elle est d'ailleurs présentée comme telle, en opposition à une approche abstraite, celle-là à proscrire³.

¹ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)] (ci-après citée «la *Charte*»).

² Macklem et Terry soulignent le «postmodern cachet» (p. 596), le «prévalent intellectual fashion» (p. 608) ou encore le «rhetorical cachet» (p. 609) de l'approche contextuelle: T. Macklem et J. Terry, «Making the Justification Fit the Breach», (2000) 11 *S.C. Law Rev.* (2d) 575. S.M. Sugunasiri, «Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis And Accountability», (1999) 22 *Dalhousie L.J.* 126, fait quant à elle référence à l'approche contextuelle comme «the Supreme Court of Canada's new standard of judicial analysis and accountability» (p. 127 et 128).

³ Voir, par exemple, l'opinion du juge Dickson dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, 922: «Il ne suffit pas simplement de concilier les intérêts servis par un objectif gouvernemental avec des panégyriques abstraits de la libre expression. L'analyse contextuelle aux fins de l'article premier exige plutôt [...]»; l'opinion de la juge McLachlin dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 845: «Plutôt que de parler de valeurs comme s'il s'agissait d'idéaux platoniques, le juge doit faire son analyse en fonction des faits de l'affaire [...]»; l'opinion du juge La Forest dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par 72: «En cas de conflit entre ces valeurs, [...], les tribunaux sont appelés à faire des choix fondés non pas sur une analyse abstraite, platonicienne, mais sur une appréciation concrète de l'importance relative de chacune des valeurs pertinentes dans notre collectivité dans le contexte en question.» Certains juges se réclament parfois expressément de cette méthode: voir, par exemple, le juge Sopinka dans *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, 679: «Je ne suis pas en désaccord avec ma collègue quant à l'opportunité d'une approche contextuelle de l'interprétation des dispositions de la loi. J'ai d'ailleurs adopté cette approche dans mes motifs.» Il arrivera aussi que l'on qualifie de contextuelle l'opinion des autres (dans le sens d'un compliment!): voir la juge L'Heureux-Dubé, dans *Banque Manuvie du Canada c. Conlin*, [1996] 3 R.C.S. 415, par. 39, à propos de l'approche interprétative adoptée par les autres juges: «En toute déférence, cependant, cette démarche ne constitue pas une application de la méthode du "sens ordinaire": en fait, c'est la "méthode contextuelle moderne" d'interprétation judiciaire qui est utilisée en l'espèce.» Voir un propos tout à fait semblable, tenu par la même juge, cette fois dans *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550, par. 5.

Au-delà d'une acceptation apparemment unanime, qu'en est-il exactement de cette «méthode contextuelle»? Où prend-elle sa source? Quel est son champ d'action? S'agit-il d'une approche conceptuelle⁴, ou empirique? D'une méthode d'interprétation? Est-elle assujettie aux règles de preuve? Est-elle vraiment révolutionnaire, ou même simplement nouvelle? Voilà certaines des questions auxquelles le présent texte tente de répondre.

Avant de participer à l'euphorique célébration d'une nouvelle approche judiciaire dite «contextuelle»⁵, tentons, humblement, d'en retracer certains développements dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada⁶. On abordera dans une première partie (I) l'origine de la méthode contextuelle dans les propos de la juge Wilson dans *Edmonton Journal*⁷ (1) et le lieu d'application de la méthode, soit la définition des droits ou encore l'étude des limites raisonnables dont ils font l'objet (2). Une seconde partie (II) sera consacrée à l'évolution de la méthode contextuelle, soit le développement d'une approche judiciaire empirique (1) et le remaniement d'une méthode d'interprétation des lois (2).

Mais tout d'abord, certaines précisions quant au contexte d'analyse s'avèrent nécessaires.

Contexte d'analyse

Lorsqu'employée dans l'expression «approche» ou «méthode contextuelle», la notion de contexte peut évoquer des contenus différents⁸. Elle peut faire référence à un environnement de normes juridiques, de jugements de valeurs ou de questions de fait. Dans ce dernier cas, on devra s'interroger sur le rôle des règles de preuve.

⁴ On peut noter, dans le langage parlé courant, une confusion qui fait en sorte que l'on utilise très souvent l'expression méthode «conceptuelle» pour renvoyer en fait à la méthode «contextuelle».

⁵ On a affirmé, par exemple, que la méthode contextuelle constituait «a rich and dynamic juridical methodology». Voir S.M. Sugunasiri, *loc. cit.*, note 2, 129.

⁶ Je m'intéresse ici à ce que l'on a dit de la «méthode contextuelle». Ce n'est pas l'essence ou l'à-propos d'une telle méthode qui constitue mon objet d'intérêt, mais plutôt, simplement, ce que des juges de la Cour suprême en ont dit. Le présent texte ne se réclame d'aucune précision scientifique, ni quant à l'exhaustivité dans le repérage des décisions ni quant à l'établissement de quelconques statistiques. S'il discute essentiellement de décisions rendues en matière constitutionnelle, il n'en exclut pas pour autant d'autres qui ont semblé apporter à la réflexion sur la méthode contextuelle.

⁷ *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326 (ci-après cité «*Edmonton Journal*»).

⁸ Sugunasiri souligne l'existence de «varying degrees of context»: S.M. Sugunasiri, *loc. cit.*, note 2, 134.

Un contexte juridique

Tout d'abord, et de façon tout à fait orthodoxe pour le monde du droit, on peut parler tout simplement du contexte des normes juridiques pertinentes. Depuis longtemps déjà, il est accepté que l'interprétation d'une disposition législative exige la considération de la loi dans son ensemble, de l'historique législatif, des lois connexes et, dans certains cas, des normes constitutionnelles⁹. La méthode contextuelle, prise dans ce sens, se rattache à une tradition juridique établie¹⁰.

Un contexte factuel

On peut faire allusion, dans un second sens, à un contexte de faits, de données brutes, de données empiriques. Minimale, il s'agira des circonstances factuelles d'application ayant donné lieu à la contestation constitutionnelle de la loi¹¹.

⁹ Kernochan fait référence, à cet égard, à des cercles contextuels successifs, qui demeurent cependant limités au monde des normes juridiques. Voir J.M. Kernochan, «Statutory Interpretation: An Outline of Method», (1976-77) 3 *Dalhousie L.J.* 333, 348 et 349, cité par le juge Binnie, dissident dans *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915, par. 51.

¹⁰ Voir, par exemple, les propos de la juge L'Heureux-Dubé dans 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, notamment, au par. 160: «Ce que Binnie appelle l'approche de "l'interprétation éclairée" est nommée [traduction] "règle d'interprétation moderne" par Sullivan et [traduction] "dynamisme pragmatique" par Eskridge. Toutes ces approches rejettent l'ancienne approche du "sens ordinaire". Considérant la multiplicité des termes couramment employés pour désigner ces approches, je désignerai ici par "approche moderne" la synthèse des approches contextuelles qui rejettent l'approche du "sens ordinaire". Selon cette "approche moderne", on doit tout d'abord considérer notamment, outre le texte, le contexte, les autres dispositions de la loi, celles des autres lois *in pari materia* et l'historique législatif, afin de cerner correctement l'objectif du législateur. *Ce n'est qu'après avoir lu les dispositions avec tous ces éléments présents à l'esprit que l'on s'arrêtera sur une définition.* Cette méthode d'interprétation "moderne" a l'avantage de mettre en lumière les prémisses sous-jacentes et permet ainsi d'éviter qu'elles passent inaperçues comme ce serait le cas avec la méthode du "sens ordinaire".»

¹¹ Dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, le juge Iacobucci signe une opinion dissidente dans laquelle il insiste sur l'importance d'une telle analyse contextuelle, par définition concrète et réaliste, qu'il oppose à l'analyse abstraite et fondée sur des hypothèses à laquelle procèdent, selon lui, les juges de la majorité. Il écrit: «Toutefois, une démarche contextuelle exige de par sa nature même que l'on porte attention à la manière dont la législation douanière est appliquée dans les faits.» (par. 218). Il ajoute, au par. 219: «Conformément à l'article premier, le gouvernement a l'obligation de justifier les atteintes réelles causées aux droits par la loi contestée, et non pas simplement celles causées par une hypothétique version idéale de la loi. À mon avis, mon collègue le juge Binnie fait erreur en analysant la justification requise par l'article premier au regard seulement de la législation douanière lorsqu'elle est bien appliquée. L'examen d'un tel idéal hypothétique risque de permettre que même des

On pourra aussi regarder un contexte social plus large, de façon à jeter un éclairage tant sur le droit applicable que sur les faits de la cause. On s'intéresse alors, par exemple, à la question générale du commerce illégal de métaux précieux¹², à des données statistiques relatives à la réalité factuelle des agressions sexuelles¹³ ou encore aux effets économiques du divorce¹⁴. La réalité extérieure, indépendante du droit, constitue ici le contexte. Il s'agit de phénomènes sociaux, de faits sociaux, de la description d'un état de fait¹⁵ ou

violations flagrantes de la *Charte* soient passées sous silence.» L'opinion majoritaire considère en effet «que la législation douanière peut très bien être appliquée d'une manière qui respecte les droits garantis par la *Charte*» (par. 133), que, «s'il est adéquatement mis en oeuvre par le gouvernement, dans le respect des pouvoirs conférés par le Parlement, le régime de base prévu par la législation douanière pourrait être administré de manière à ne porter atteinte que de façon minimale aux droits garantis aux importateurs par l'al. 2*b*), exception faite de la disposition portant inversion de la charge de la preuve, qui doit être déclarée inapplicable à la question de l'obscénité pour les raisons mentionnées antérieurement» (par. 150), et que, «[s]i la législation douanière était appliquée de la manière envisagée [...], ses effets préjudiciables seraient surpassés par son effet bénéfique» (par. 153). De même, dans *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, la juge McLachlin se préoccupe de certaines circonstances factuelles d'application de la loi, quoiqu'elle le fasse ici en s'inspirant de scénarios hypothétiques. Elle écrit, au par. 111: «Pourquoi, pourrait-on se demander, devrait-on invalider une disposition substantiellement constitutionnelle tout simplement parce que l'accusé est capable de signaler une application hypothétique qui n'a absolument rien à voir avec son propre cas et qui pourrait être inconstitutionnelle?», et, au par. 112: «Il serait aussi possible de déclarer la disposition valide dans la mesure où elle s'applique à la présente affaire, et de refuser de la juger inconstitutionnelle sur la base d'un scénario hypothétique qui ne s'est pas encore présenté. Aux États-Unis, les tribunaux ont fréquemment refusé d'invalider des lois sur la base de situations hypothétiques n'ayant pas donné lieu à contestation judiciaire, quoiqu'ils refusent moins souvent de le faire dans les cas où le Premier amendement (liberté d'expression) est invoqué. Même si la jurisprudence canadienne sur la question est récente, elle semble avoir indiqué, jusqu'à maintenant, que des lois peuvent être invalidées sur la base de situations hypothétiques, pourvu que celles-ci soient "raisonnables".»

¹² Voir l'opinion du juge Sopinka dans *R. c. Loba*, [1994] 3 R.C.S. 965, qui écrit, au par. 66: «Il est maintenant bien établi que la *Charte* doit être interprétée en fonction du contexte dans lequel elle s'applique. [...] Il ressort de cette jurisprudence que le contexte historique, social et économique dans lequel une action fondée sur la *Charte* prend naissance est souvent pertinent pour déterminer le sens à donner à des droits garantis par la *Charte* et qu'il est crucial pour décider si une restriction de ces droits peut être justifiée en vertu de l'article premier. Par conséquent, il me semble utile d'examiner le contexte historique, social et économique dans lequel l'al. 394(1*b*) [re: commerce illégal de métaux précieux] s'applique afin de déterminer s'il constitue une limite raisonnable au droit à la présomption d'innocence.»

¹³ Voir l'opinion de la juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577. On y lit notamment: «J'estime que les questions constitutionnelles doivent être examinées dans un plus large contexte politique, social et historique pour tenter d'en arriver à une analyse constitutionnelle qui ait quelque sens.» (p. 647).

¹⁴ Voir les affaires *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813 et *Willick c. Willick*, précité, note 3.

¹⁵ Voir, par exemple, l'opinion de la juge L'Heureux-Dubé dans *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139. Elle écrit: «En l'espèce, le contexte pertinent est le suivant: les intimés affirment leur droit d'utiliser des moyens de

encore de liens de causalité entre certains événements¹⁶. La méthode contextuelle est ici celle qui s'intéresse à la réalité sociale.

S'agissant de faits utiles et pertinents pour le monde du droit, de questions de fait par opposition aux questions de droit¹⁷, se pose alors le problème de leur insertion dans le raisonnement judiciaire¹⁸. Les faits de société qui servent de contexte doivent en principe être présentés dans le respect des règles de preuve¹⁹. On a en effet insisté, dans certaines affaires, sur l'importance du respect des règles usuelles de preuve²⁰, ou, à tout le moins, de celui des grands principes, comme celui de la présentation de l'information factuelle en première instance et celui du droit des parties de savoir, de réagir et d'être entendues à propos de toute information factuelle utilisée dans un jugement²¹.

communication peu coûteux - la distribution de dépliants et la sollicitation - dans un endroit appartenant au gouvernement qui, par sa nature même, rassemble un nombre important de personnes à un moment déterminé. De plus, bon nombre de ces personnes ont peu de choses à faire pour tuer le temps et sont peut-être plus réceptives à certaines idées et informations qu'en d'autres circonstances.» (p.193).

¹⁶ Voir par exemple *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 3, sur la question des liens entre publicité, tabagisme et santé publique.

¹⁷ Pour une discussion récente de la qualification d'une question comme question de fait ou question de droit, voir *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 21, où la Cour utilise à cette fin la méthode contextuelle telle qu'explicitée dans l'édition de 1983 de l'ouvrage de Driedger sur l'interprétation des lois : E.A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 87.

¹⁸ On doit remarquer que la source de l'information factuelle utilisée dans une opinion judiciaire est rarement explicitement identifiée, ce qui rend mystérieuse cette question des modalités de l'insertion des faits dans le raisonnement judiciaire.

¹⁹ Cela semble avoir été le cas, par exemple, dans *R. c. Keegstra*, précité, note 3, où le juge Dickson se sert notamment du rapport du comité Cohen sur la propagande haineuse déposé en preuve par les parties; voir aussi l'opinion du juge Iacobucci dans *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 762, qui utilise «[l]a documentation abondante présentée à notre Cour».

²⁰ Par exemple, dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, la décision initiale et de principe relative aux limites raisonnables dont peuvent faire l'objet les droits et libertés protégés par la *Charte*, la Cour suprême du Canada a affirmé que les faits invoqués pour justifier une telle limite devaient être prouvés en vertu du fardeau de la prépondérance des probabilités. Voir aussi, dans le même sens, le propos suivant de la juge McLachlin dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 3, par. 128: «Deuxièmement, pour s'acquitter du fardeau que lui impose l'article premier de la *Charte*, l'État doit établir que la violation comprise dans une loi se situe à l'intérieur de limites "dont la justification puisse se démontrer". Le choix de l'expression "puisse se démontrer" est important. Il ne s'agit pas de procéder par simple intuition, ou d'affirmer qu'il faut avoir de l'égard pour le choix du Parlement. Il s'agit d'un processus de démonstration. Cela renforce la notion propre au terme "raisonnable" selon laquelle il faut tirer une inférence rationnelle de la preuve ou des faits établis.»

²¹ Voir le jugement du juge Binnie, sur une requête pour présentation de nouveaux éléments de preuve en appel dans *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 1 R.C.S. 44, qui écrit, au par. 5: «Cependant, on ne peut, sous le couvert d'un "fait législatif", saisir le tribunal d'un élément de preuve controversé, au détriment de la partie adverse, sans permettre convenablement à cette dernière d'en contester la véracité.» Voir aussi, pour un exemple plus récent, *R. c. Find*, 2001 CSC 32,

Doit-on prévoir, à leur égard, un «assouplissement» des règles de preuve? On a fait allusion, dans certains jugements, à la possibilité d'un tel assouplissement. On l'a fait parfois en se fondant sur la distinction, élaborée par K.C. Davis, entre les faits adjudicatifs et les faits législatifs²². Selon cet auteur, les règles de preuve ont été élaborées en fonction des premiers, les faits de la cause, ceux qui sont relatifs aux parties, alors que les faits législatifs, utiles à l'élaboration et à l'interprétation des règles de droit, doivent faire l'objet d'un traitement plus souple, où tant les juges que les parties doivent jouir d'une importante marge de manœuvre. On a aussi justifié une certaine souplesse dans l'admissibilité de documents relatifs à des faits sociaux en faisant vaguement référence à la technique dite des *Brandeis Briefs*, ce mode de présentation d'études de sciences sociales tout simplement jointes à un mémoire d'appel²³.

par. 49, où l'on retrouve le propos suivant: «La nature scientifique et technique d'une large part des renseignements invoqués par l'appelant complique encore plus la présente affaire. La preuve d'expert n'est par définition ni notoire ni susceptible de démonstration immédiate et fidèle. C'est la raison pour laquelle elle doit être prouvée par un expert dont les compétences sont reconnues par le tribunal et qui peut être contre-interrogé. Comme l'a indiqué le juge Doherty dans *R. c. Alli* (1996), 110 C.C.C. (3d) 283, à la p. 285 : [traduction] “[l]’analyse, en appel, de données qui relèvent des sciences humaines et qui n’ont pas encore été vérifiées ne devrait pas être considérée comme la méthode reconnue de détermination du champ d’application de la procédure de récusation motivée pour cause de préjugé générique.”»

²² Voir, par exemple, le rappel fait par le juge Binnie dans *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, précité, note 21, par. 4: «Il est fait mention, dans la décision antérieure du 18 novembre 1999, de la distinction entre un fait législatif et un fait en litige. Un fait en litige touche les parties directement intéressées et indique qui a fait quoi, où, quand, comment, pourquoi et dans quelle intention. Un fait législatif se rapporte traditionnellement à la validité ou à l'objet du texte législatif sur le fondement duquel un redressement est demandé. Des documents énonçant de tels faits ont été déposés pour la première fois devant les tribunaux aux États-Unis dans le cadre d'une affaire constitutionnelle au moyen de ce qui a été appelé le mémoire de Brandeis. Comme le juge Sopinka l'a fait remarquer dans *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la p. 1099: «Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères...» Dans cette affaire, après ce rappel, le juge Binnie semble cependant se tourner vers les modes traditionnels de preuve, même pour les faits législatifs: «Un fait législatif est habituellement admis au moyen de la connaissance d'office, qui exige que les “faits” soient à ce point notoires ou exempts de controverse qu'il ne soit pas nécessaire d'en faire la preuve. Un fait législatif peut également être présenté par un témoin.» (par. 5).

²³ Voir *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, précité, note 21, par. 4; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 296, où le juge Bastarache écrit: «Les volumineux mémoires de Brandeis et articles déposés par l'intimée m'ont été d'un grand secours dans l'examen de la preuve tirée des données actuelles des sciences humaines.»; *Chiasson c. Québec (Procureure générale)*, [2000] R.J.Q. 1836 (C.S.), où l'on retrouve le propos suivant du juge Dalphond, au par. 17: «Les parties ont déposé devant le tribunal certaines statistiques et études sur la situation linguistique au Québec et dans le reste du pays. En matière linguistique, plus encore qu'en matière économique, les études peuvent donner lieu à des analyses et conclusions qui découlent bien plus de positions idéologiques et d'idées préconçues que des données recueillies. Au mieux, ces documents constituent des “Brandeis Briefs”.»; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureure*

Ces faits contextuels peuvent parfois être connus d'office²⁴. La difficulté est cependant ici que le domaine de la connaissance d'office est en principe limité aux faits dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable²⁵, et que les faits de contexte social ne rencontrent que rarement ces exigences. Si des juges de la Cour suprême du Canada ont, à quelques reprises, fait référence à la possibilité de connaissance d'office de tels faits²⁶, parfois même à la suite de recherches effectuées de façon autonome²⁷, on peut se demander si la Cour n'est pas en ce moment à revoir cette position, et à revenir à une notion plus étroite et traditionnelle de connaissance d'office²⁸.

générale), [2000] R.J.Q. 744 (C.S.), où le même juge s'exprime ainsi, au par. 93: «Le *Brandeis Brief* soumis par la procureure générale démontre la rationalité de la décision du gouvernement, au printemps 1999, de vouloir faire preuve d'une grande rigueur financière en n'accordant pas aux uns et aux autres les augmentations demandées, mais en les limitant plutôt à 5% sur trois ans [...]» Sur la question de l'origine historique des *Brandeis Brief*, voir D. Pinard, «La preuve des faits sociaux et les *Brandeis Briefs*: quelques réserves», (1996) 26 *R.D.U.S.* 497.

²⁴ Voir, par exemple, le juge Dickson dans *R. c. Keegstra*, précité, note 3, 758: «Cet objectif du Parlement [éliminer la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables] est appuyé non seulement par les travaux de nombreux groupes d'étude, mais aussi par notre connaissance historique collective des effets potentiellement catastrophiques de la fomentation de la haine [...]»; le juge Iacobucci dans *Symes c. Canada*, précité, note 19, 763, qui prend connaissance d'office du fait que «les femmes assument une part disproportionnée des coûts sociaux de la garde des enfants»; la juge L'Heureux-Dubé dans *Willick c. Willick*, précité, note 3.

²⁵ L'article 2808 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, prévoit que: «Le tribunal doit prendre connaissance d'office de tout fait dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable.» De même, dans la tradition juridique de common law, on retient généralement la définition suivante: «Facts which are (a) so notorious as not to be the subject of dispute among reasonable persons, or (b) capable of immediate and accurate demonstration by resorting to readily accessible sources of indisputable accuracy, may be noticed by the court without proof of them by any party.» Tirée de J. Sopinka, S.N. Lederman et A.W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1999, p. 1055.

²⁶ Voir, par exemple: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 77, où la Cour a évoqué la possibilité de prendre connaissance d'office d'une partie ou de la totalité des faits nécessaires pour établir le bien-fondé d'une allégation de discrimination; *Willick c. Willick*, précité, note 3, où l'on réfère à la connaissance d'office «des coûts et des modèles de coûts afférents aux enfants» (par. 63), et «du fait que le coût de l'entretien des enfants s'accroît à mesure qu'ils grandissent» (par. 108); *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 54, où l'on a évoqué la possibilité de prendre connaissance d'office de l'existence de préjugés raciaux dans la collectivité; et enfin *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 46 et 47, à propos de la possibilité de connaissance d'office du racisme dans la société.

²⁷ Voir l'opinion du juge Lamer dans *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 et celle de la juge L'Heureux-Dubé dans *Willick c. Willick*, précité, note 3.

²⁸ Voir *R. c. Find*, précité, note 21, une affaire de récusation motivée en droit criminel, où la Cour a refusé de prendre connaissance d'office de l'existence d'un préjugé largement répandu au sein de la collectivité, et qui serait défavorable aux accusés dans les procès pour agression sexuelle contre des enfants. La juge en chef McLachlin écrit, au nom de la Cour, au par. 48: «La connaissance d'office dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont à l'abri de toute contestation de la part de

Dans la mouvance d'une formation souhaitée des juges à la réalité sociale²⁹, on pourrait aussi tout simplement prétendre que la connaissance des réalités sociales constitue un inévitable ingrédient du raisonnement de toute juge intelligente, i.e. raisonnable et bien informée, ingrédient qui n'a rien à voir avec le monde de la preuve. Les juges ont toujours utilisé un contexte factuel de raisonnement composé de l'ensemble des connaissances acquises au cours d'une vie³⁰; l'ensemble de ces connaissances, plus ou moins imparfait, a toujours donné lieu à une vision particulière d'un contexte social, bien avant que cette dernière expression ne devienne à la mode³¹.

On peut aussi prétendre que ces faits de société peuvent être tout simplement affirmés, justement comme éléments de contexte, et non comme faits appelant une «preuve» en tant que telle³².

Ils peuvent être avancés, discutés et raisonnés. On évoque parfois, en jurisprudence, la possibilité d'alimenter, de compléter une démonstration factuelle à l'aide du «raisonnement logique» ou du «raisonnement par déduction».

personnes raisonnables. Les faits admis d'office ne sont pas prouvés par voie de témoignage sous serment. Ils ne sont pas non plus vérifiés par contre-interrogatoire. Par conséquent, *le seuil d'application de la connaissance d'office est strict*. Un tribunal peut à juste titre prendre connaissance d'office de deux types de faits : (1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l'objet de débats entre des personnes raisonnables; (2) ceux dont l'existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l'exactitude est incontestable : R. c. Potts (1982), 66 C.C.C. (2d) 219 (C.A. Ont.); J. Sopinka, S.N. Lederman et A.W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), à la p. 1055.» (mes italiques).

²⁹ On pense ici notamment aux *Principes de déontologie judiciaire*, du Conseil canadien de la magistrature, où l'on trouve, sous la rubrique *Égalité* : «Les juges s'efforcent d'être conscients des particularités découlant, en outre, du sexe, de la race, des croyances religieuses, des caractéristiques ethniques, de la culture, de l'orientation sexuelle ou d'une déficience, et ils s'efforcent de comprendre ces particularités.» : CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, 1998.

³⁰ La juge en chef McLachlin réfère en ces termes à l'utilisation légitime de son expérience par la juge, dans R. c. Sharpe, précité, note 11, par. 94: «Je conclus que, renforcée par l'expérience et le bon sens, la preuve en matière de sciences humaines qui a été présentée en l'espèce satisfait amplement à l'exigence établie dans l'arrêt Oakes relativement à l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif de la loi et les moyens pris pour l'atteindre. La possession de pornographie juvénile accroît le risque que des enfants soient exploités.» (mes italiques). Voir, sur cette question d'un inévitable contexte factuel de raisonnement, D. Pinard, «La notion traditionnelle de connaissance d'office», (1997) 31 R.J.T. 87, 132-147.

³¹ Voir 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, précité, note 10, l'opinion de la juge L'Heureux-Dubé, au par. 157, qui cite W.N. Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1994, p. 38-41: «[A]n interpreter's own context, including her situatedness in a certain generation and a certain status in our society, influences the way she reads simple texts.»

³² Voir le jugement du juge Binnie dans *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, précité, note 21, qui écrit, au par. 11: «Il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un cas où l'avocat reprend, dans sa plaidoirie, un commentaire publié touchant les sciences sociales, auquel cas les "faits" mentionnés seraient tout simplement assimilés à des affirmations non prouvées.»

Il s'agit en fait d'affirmations factuelles que l'on élabore par la réflexion, le raisonnement³³. Certains juges ont expressément fait référence au rôle de la raison et de la logique³⁴, des déductions³⁵ et des conclusions raisonnables³⁶ dans le raisonnement portant sur les faits. À défaut de preuve scientifique de l'existence d'un préjudice, les juges se sont parfois satisfaits de la démonstration d'une «appréhension raisonnée de préjudice»³⁷. Au nom de la majorité de la

³³ Voir, pour des exemples d'utilisation de tels raisonnements logiques: l'opinion de la juge McLachlin dans *R. c. Keegstra*, précité, note 3, où l'on retrouve les passages suivants: «L'argument selon lequel les poursuites criminelles contre ce type d'expression réduiront le racisme et favoriseront le multiculturalisme suppose que certains auditeurs sont assez crédules pour ajouter foi aux propos en question s'ils en prennent connaissance. Mais si l'hypothèse est valable, il est peut-être tout aussi probable que ces auditeurs croiront qu'il y a du vrai dans l'expression raciste puisque le gouvernement essaie de la supprimer. (p. 853) [...] Plus la formulation de l'interdiction est imprécise, plus le danger est grand que des citoyens bien-pensants ne limitent l'étendue de leur expression afin de ne pas courir le risque de contrevenir à la loi. [...] Les scientifiques pourraient hésiter à entreprendre des recherches tendant à établir l'existence de différences entre des groupes ethniques ou raciaux et à publier les résultats de telles recherches.» (p. 859 et 860); l'opinion du juge Dickson dans *R. c. Keegstra*, précité, note 3, 769: «La désapprobation gouvernementale de la propagande haineuse n'entraîne pas invariablement la valorisation de l'idéologie supprimée.»; celle du juge Bastarache dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 112: «Notre Cour doit présumer que l'électeur canadien est un être rationnel [...]»; celle des juges McLachlin et Iacobucci dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 41: «De plus, pour déterminer si la mesure en cause dans le présent pourvoi est inconstitutionnelle sur le plan de son incidence générale, il faut en évaluer les effets dans des circonstances hypothétiques raisonnables. [...] De même, compte tenu de la nature du cadre législatif, où l'accusé et le tribunal ignorent le contenu des dossiers demandés, un bon nombre d'arguments portent nécessairement sur des "circonstances imaginables".»

³⁴ Voir l'opinion du juge Iacobucci dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 3, par. 184: «Le lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens. L'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens. Elle n'est en aucune façon déterminante.»

³⁵ Voir l'opinion de la juge McLachlin dans *R. c. Sharpe*, précité, note 11, par. 78: «Pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression, le gouvernement doit établir, au moyen d'une preuve complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction, que la disposition satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et précisé dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877.» (mes italiques).

³⁶ Voir *R. c. Find*, précité, note 21, par. 47, la juge en chef McLachlin pour la Cour: «[L]'existence de ce lien [entre des attitudes largement répandues et la conduite de jurés] peut soit être établie par des éléments de preuve, soit être admise d'office ou simplement découler d'une conclusion raisonnable sur la manière dont un préjugé pourrait influencer le processus décisionnel [...].»

³⁷ Voir, pour un exposé récent, l'opinion de la juge en chef McLachlin dans *R. c. Sharpe*, précité, note 11, par. 85, à propos du lien rationnel: «Il se pose dès lors une question cruciale en l'espèce : À quelle norme de preuve le ministère public doit-il satisfaire pour démontrer l'existence d'un préjudice — une preuve scientifique fondée sur des éléments de preuve concrets ou une appréhension raisonnée de préjudice? Le juge du procès a insisté sur la présentation d'une preuve scientifique fondée sur des éléments de preuve concrets. En toute déférence, il s'agit là d'une norme trop exigeante. Dans l'arrêt *Butler*, précité, où

Cour, le juge Bastarache a cependant refusé de se satisfaire de la démonstration raisonnée d'un préjudice vécu par les électeurs canadiens face à certains sondages, en élaborant *proprio motu* un raisonnement logique contraire³⁸.

Ces faits contextuels pourront à l'occasion relever de ce que l'on nomme commodément le «sens commun». Dans *RJR-Macdonald*³⁹, par exemple, les juges La Forest, McLachlin et Iacobucci ont tous expressément recouru à des arguments de sens commun⁴⁰, notamment afin d'établir l'existence d'un lien

elle examinait les dispositions du *Code criminel* relatives à l'obscénité, notre Cour a rejeté la nécessité d'éléments de preuve concrets et a conclu qu'une "appréhension raisonnée du préjudice" suffisait (p. 504). Une norme semblable doit être appliquée en l'espèce.» Voir aussi, dans cette affaire, l'opinion des juges dissidents, cependant d'accord avec la majorité sur cette question (par. 198).

³⁸ «À mon avis, les principes élaborés dans ces arrêts ne s'appliquent pas en l'espèce et ce pour trois raisons fondamentales. Premièrement, les présomptions énoncées par la Cour dans ces affaires n'ont pas été réfutées par un raisonnement logique contraire. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Les observations que j'ai formulées au paragraphe précédent suggèrent, d'un point de vue logique, qu'il y a des raisons de croire que, malgré l'"aura" de caractère scientifique des sondages, il est probable que les électeurs canadiens se rendent compte que les résultats d'un sondage sont sérieusement inexacts. À vrai dire, plus l'inexactitude est grande, plus il y a de chances que les électeurs en soient conscients. Ce qui ne veut pas dire, bien entendu, que certains électeurs ne pourraient pas être induits en erreur par un sondage inexact et voter en s'appuyant sur ce qui équivaut à une présentation inexacte des faits. De fait, cette possibilité est précisément ce qui, ai-je conclu, constitue l'objectif urgent et réel visé par cette disposition. Le point ici est simplement que les prétentions relatives à l'existence d'un préjudice répandu ou important, qui sont fondées sur des inférences logiques tirées de facteurs contextuels, ne sont pas convaincantes en présence de facteurs réfutant ces inférences. Du point de vue du raisonnement et de l'inférence logiques, j'estime que les prétentions du gouvernement relatives au préjudice sont contredites par les circonstances, qui tendent à indiquer que les électeurs canadiens sont déjà sensibilisés au danger que le gouvernement cherche à écarter.» : *Thomson Newspapers Co. c. s18Canada* (Procureur général), précité, note 33, par. 113.

³⁹ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada* (Procureur général), précité, note 3.

⁴⁰ Le juge La Forest dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada* (Procureur général), précité, note 3, par. 84: «Je commence par ce que je considère être une observation relevant du plus gros bon sens. Il est tout simplement difficile de croire que les compagnies de tabac canadiennes dépenseraient plus de 75 000 000 \$ chaque année pour la publicité si elles ne savaient pas qu'il en résultera une augmentation de l'usage de leurs produits.»; la juge McLachlin, au par. 137: «[L]a prépondérance des probabilités s'établit par application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique: voir l'arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311.»; le juge Iacobucci, au par. 184: «Le lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens. L'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens. Elle n'est en aucune façon déterminante.» Voir aussi l'opinion de la juge en chef McLachlin dans *R. c. Sharpe*, précité, note 11, par. 78: «Pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression, le gouvernement doit établir, au moyen d'une preuve complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction, que la disposition satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Jf2Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et précisé dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada* (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 877.»; et celle du juge Bastarache dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada* (Procureur général), précité, note 33, par. 116: «Même si les tribunaux ne doivent pas invoquer le sens

rationnel entre la publicité des produits du tabac et l'existence d'un problème de santé publique relié au tabagisme. Récemment, dans l'arrêt *Find*⁴¹, la Cour, tout en reconnaissant le rôle utile du sens commun⁴², a cependant rappelé le danger des mythes et stéréotypes parfois présentés comme données relevant de ce même sens commun⁴³.

Un contexte de valeurs

Finalement, ladite méthode contextuelle peut renvoyer à un contexte de valeurs, de jugements de valeurs⁴⁴. Il s'agit en fait de l'attribution judiciaire d'une valeur relative à un droit ou à une liberté constitutionnellement protégés à la lumière d'autres intérêts en cause, comme l'objectif de la mesure législative qui y porte atteinte, auxquels on aura aussi attribué une valeur relative⁴⁵. On

commun pour masquer des suppositions sans fondement ou controversées, ils peuvent toutefois l'utiliser à juste titre dans leur raisonnement lorsque la possibilité de préjudice relève des connaissances et expériences quotidiennes des Canadiens ou lorsqu'il y a chevauchement de constatations des faits et de jugements de valeur.»

⁴¹ R. c. *Find*, précité, note 21.

⁴² *Id.*, par. 46, la juge en chef McLachlin pour la Cour: «Une partie peut réfuter la présomption d'impartialité d'un juré en présentant une preuve à cet effet, en demandant au juge de prendre connaissance d'office de certains faits ou en recourant à ces deux moyens. En outre, le juge peut faire certaines déductions à partir d'événements survenant dans le cours des procédures et en tirer des conclusions conformes au sens commun sur la façon dont certains préjugés, s'ils sont prouvés, pourraient influencer sur le processus décisionnel.»

⁴³ *Id.*, par. 59: «Il ne s'agit toutefois que d'une hypothèse [celle de David Paciocco citée par le juge Moldaver de la Cour d'appel de l'Ontario, et selon laquelle: “[o]n ne peut s'empêcher de penser que ces profondes cicatrices auraient pour effet d'empêcher certaines personnes victimisées de juger impartialement des accusations reprochant des infractions d'ordre sexuel” (*id.*, par. 58)] qui est formulée sans être étayée de preuves ou de résultats de recherches. Les tribunaux doivent faire montre de prudence dans l'examen d'hypothèses — générales et non vérifiées — fondées sur le “sens commun” et se rapportant au comportement des victimes d'abus sexuels : voir R. c. *Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 (le juge L'Heureux-Dubé, dissidente en partie); R. c. *Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, aux pp. 870 à 872 (le juge Wilson). Il ne s'agit certes pas d'hypothèses dont le bien-fondé ne peut être raisonnablement contesté ou qui sont documentées avec une exactitude incontestable, de telle sorte que la Cour pourrait en prendre connaissance d'office.»; voir aussi le par. 103: «Ces mythes et stéréotypes à l'égard des plaignants — tant adultes qu'enfants — sont particulièrement odieux parce qu'ils font partie du “sens commun” social qui constitue la trame de notre existence quotidienne. Leur omniprésence ainsi que la subtilité de leur influence font naître le risque que, tant dans l'esprit des juges que dans celui des jurés, les victimes d'abus sexuels soient blâmées ou injustement discréditées.»

⁴⁴ «En outre, la méthode contextuelle garantit que les tribunaux tiendront compte des autres valeurs qui peuvent entrer en conflit avec un droit particulier et leur permet d'établir un juste équilibre entre ces valeurs.»: l'opinion des juges dissidents dans R. c. *Sharpe*, précité, note 11, par. 154.

⁴⁵ Macklem et Terry distinguent deux contextes: celui relatif à l'objectif législatif, utile pour l'appréciation de l'intérêt gouvernemental, et celui relatif à l'exercice du droit, utile pour l'appréciation de l'intérêt du titulaire du droit constitutionnel: T. Macklem et J. Terry, *loc. cit.*, note 2, 611.

pondèrera alors la valeur relative d'un droit constitutionnel à la lumière des autres intérêts en cause⁴⁶. Il s'agit d'un exercice d'appréciation⁴⁷. L'analyse contextuelle consiste essentiellement ici en un jugement de valeurs, en la détermination de ce qui est le plus digne de reconnaissance et de protection judiciaires⁴⁸. On est loin de la démarche empirique, de la découverte d'une réalité indépendante. Le jugement de valeurs ne pourra être contesté pour cause de non-concordance avec le monde extérieur. On pourra argumenter, critiquer, être d'accord ou non, estimer qu'il est ou non bien fondé⁴⁹. Mais le jugement de valeurs ne sera ni vrai ni faux.

S'agissant d'un exercice de jugement, les juges ont alors une marge de manœuvre importante, n'étant théoriquement pas entravées par les règles du monde de la preuve, dont l'application est limitée au champ factuel⁵⁰.

⁴⁶ Voir, par exemple, l'opinion de la juge McLachlin, dissidente en partie dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, précité, note 3, qui écrit: «La Charte canadienne semble commander une analyse qui se rapproche davantage du modèle américain que du modèle international en ce qu'elle confère un droit large et presque illimité qui, en cas de conflit, doit en vertu de l'article premier être opposé à des valeurs qui lui font contrepoids afin de déterminer si l'État a établi que la restriction imposée au droit par la loi interdisant la fomentation de la haine est raisonnable et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique. (p. 952) [...] J'aborde finalement la question de savoir si les effets préjudiciables de la violation de la liberté d'expression que représente l'article 13 l'emportent sur les avantages en découlant. Suivant l'analyse contextuelle exposée par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal* [...], la nature et le degré de l'atteinte doivent être opposés aux maux auxquels l'atteinte vise à remédier. La violation du droit en cause en l'espèce est extrêmement grave. (p. 968)»

⁴⁷ Le *Petit Robert* définit le jugement de réalité comme celui «qui énonce un fait», qu'il oppose au jugement de valeur, «qui formule une appréciation».

⁴⁸ On verra que, dans sa formulation initiale, la méthode contextuelle était essentiellement axée sur une telle pondération de valeurs. Madame la juge Wilson écrit par exemple, dans *Edmonton Journal*, précité, note 7, 1355: «Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte.»

⁴⁹ Voir, par exemple, le passage suivant de l'opinion dissidente dans *R. c. Sharpe*, précité, note 11, par. 212: «Elle [la pornographie juvénile] n'a qu'un lien ténu avec la valeur d'épanouissement personnel, et ce, dans son aspect le moins digne et le plus lascif. En toute déférence, nous ne voyons aucun élément de preuve étayant l'idée que des vidéos sexuellement explicites d'adolescents "renforce[nt] de saines relations sexuelles et la réalisation de soi", comme le suggère le juge en chef McLachlin (par. 109), au lieu de refléter un hédonisme préjudiciable justifiant l'adoption d'attitudes malsaines envers soi et envers autrui, auxquelles fait allusion le rapport Fraser (voir plus loin, par. 231).» On peut avancer qu'il s'agit ici en réalité de jugements de valeurs, et certes pas de découvertes empiriques.

⁵⁰ En ce sens, on peut d'ailleurs se demander si l'accent placé sur l'atteinte à la dignité de la personne — un exemple paradigmatique de jugement de valeurs — plutôt que sur des questions empiriques, dans la jurisprudence relative aux droits à l'égalité, n'a pas pour effet (pour objet?) d'affranchir les juges des contraintes du monde de la preuve. Voir D. Pinard, «*Charter and Context: The Facts for Which We Need Evidence, and the Mysterious Other Ones*», à paraître dans 14 *S.C. Law Rev.* (2d).

Le jugement de valeurs pourra cependant être réalisé à la lumière d'un contexte factuel particulier⁵¹. Le contexte factuel informera alors le jugement de valeurs⁵², mais il en diffère. On *observe* un contexte factuel avec une relative extériorité. Mais on *élabore* un jugement de valeurs, on en est l'auteur, on en assume la responsabilité, on décide de l'importance relative d'un objet par rapport à un autre.

On dira par exemple que la protection constitutionnelle de la liberté d'expression dépend du contexte, le contexte étant ici compris comme les conditions particulières de réalisation de cette expression, sur lesquelles on porte un jugement de valeurs qui permettra de décider de l'importance relative de l'expression en cause. En ce sens, l'expression politique est jugée mériter une meilleure protection que la liberté de s'exprimer au moyen de la pornographie juvénile ou encore de la propagande haineuse⁵³. La méthode contextuelle, prise dans ce sens de valeurs à départager, pondère l'importance relative des droits et des intérêts en cause dans

⁵¹ Voir, par exemple, l'opinion du juge Dickson dans *R. c. Keegstra*, précité, note 3, qui écrit, à la page 734: «Qu'il suffise de dire que j'approuve l'approche générale adoptée par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal* [...]. Je crois cependant que l'article premier de la *Charte* convient particulièrement bien à l'évaluation relative des valeurs [...]» et, à la page 737: «Il est important de ne pas perdre de vue les circonstances factuelles quand on entreprend l'analyse fondée sur l'article premier, car elles modèlent l'opinion que se fait un tribunal tant du droit ou de la liberté en cause que de la restriction proposée par l'État; ni les uns ni l'autre ne peuvent être examinés dans l'abstrait.»; la juge McLachlin dans *R. c. Keegstra*, précité, note 3, 844 et 845: «Le rôle d'un tribunal aux fins de l'article premier de la *Charte* consiste à soupeser et à apprécier. [...] Cette tâche très délicate oblige le juge à faire des jugements de valeur. [...] [L]e juge doit faire son analyse en fonction des faits de l'affaire dont il est saisi, soupesant dans ce contexte les différentes valeurs en question.»; le juge Gonthier dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; le juge La Forest dans *RJR-MacDonald Inc. c. n Canada (Procureur général)*, précité, note 3, qui étudie comme facteurs contextuels autant les problèmes de santé publique reliés au tabagisme que la valeur de l'expression en cause; le juge La Forest dans *Ross c. Conseil scolaire du district nE15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; le juge Bastarache dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 33; le juge Iacobucci dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité, note 26, où les facteurs contextuels invoqués relèvent autant du monde des faits que de celui des valeurs, comme la fameuse notion de «dignité»; et enfin l'opinion dissidente dans *R. c. Sharpe*, précité, note 11, par. 156: «La méthode fondée sur des principes qui permet de décider si une limite est raisonnable et si la justification de cette limite peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique doit donc tenir compte de tous les intérêts et de toutes les valeurs en jeu dans un contexte factuel donné, et ce, à chacune des étapes de l'analyse fondée sur l'article premier.»

⁵² «Un examen du contexte factuel et social dans lequel a lieu l'atteinte à ce droit permet au tribunal d'évaluer ce qui est véritablement en jeu dans une affaire donnée.»: l'opinion dissidente dans *R. c. Sharpe*, précité, note 11, par. 154.

⁵³ «Le libelle diffamatoire, la propagande haineuse et la pornographie s'écartent grandement des valeurs fondamentales de la liberté d'expression et ont été qualifiés d'expression de faible valeur qui mérite une protection constitutionnelle atténuée [...]»: l'opinion dissidente dans *R. c. Sharpe*, précité, note 11, par. 181.

une contestation constitutionnelle⁵⁴. Quoique l'on en dise, les données contextuelles ne relèvent plus ici de l'observation dite objective d'une réalité extérieure. Elles sont pour ainsi dire fabriquées par la communauté interprétative à laquelle appartient celle qui procède à l'analyse contextuelle, *i.e.* à la détermination de la valeur du droit dans un environnement particulier et à sa pondération à la lumière des autres intérêts en cause.

Conclusion

La jurisprudence ne procède cependant pas de façon explicite à ces distinctions conceptuelles lors de la discussion du contexte. La plupart du temps, ce que l'on dit être une méthode contextuelle consiste en la considération d'un mélange d'éléments de droit, de faits et de valeurs.

I. La méthode contextuelle: origine et lieu d'application

Ce que l'on désigne aujourd'hui régulièrement en jurisprudence comme la «méthode contextuelle» trouve son origine dans l'opinion de la juge Wilson dans l'affaire *Edmonton Journal* (1). Dès sa formulation initiale, et dans la jurisprudence qui a suivi, la méthode contextuelle a été mise en oeuvre à l'étape de la définition des droits et à celle de l'étude du caractère raisonnable de l'atteinte (2).

1. L'origine: les propos de la juge Wilson dans *Edmonton Journal*

De façon à peu près unanime⁵⁵, c'est à la juge Wilson, dans l'opinion qu'elle a écrite dans l'affaire *Edmonton Journal*, que l'on attribue la paternité

⁵⁴ Voir les opinions dissidentes, respectivement dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, précité, note 11, par. 231: «Il faut avoir le contexte à l'esprit à cette étape de l'analyse [article premier et atteinte minimale]. Quoique la législation douanière ne fasse pas intervenir les droits à la liberté personnelle des appelants, comme le fait une accusation relative à l'obscénité portée en vertu de l'art. 163 du *Code criminel*, elle fait intervenir l'un des droits les plus fondamentaux pour le bien-être d'une société libre et démocratique — la liberté d'expression. La protection de la liberté d'expression est vitale pour le discours social et politique dans notre pays. Si un droit aussi fondamental doit être restreint, cela doit être fait avec soin, particulièrement lorsque la nature de l'atteinte prend la forme d'une restriction préalable, et non d'une réduction au silence subséquente au moyen d'une sanction pénale.», et dans *R. c. Sharpe*, précité, note 11, par. 132: «Dans le contexte de la présente affaire, les deux considérations que sont la justice et l'égalité sociales justifient la protection active des membres vulnérables de la société.»

⁵⁵ On en a à l'occasion attribué la paternité au juge Dickson. Le juge Cory l'a fait dans *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, 224 et 225, en rattachant l'origine de la méthode contextuelle à l'opinion du juge Dickson dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*,

de la «méthode contextuelle»⁵⁶. Considérant l'ampleur de ce qu'on lui a par la suite fait dire, il est important de cerner avec une relative précision la portée de l'énoncé initial de la méthode. On abordera ici notamment le caractère très peu empirique d'une méthode somme toute orthodoxe, et dont le lieu de mise en oeuvre est incertain, oscillant entre la définition des droits et l'analyse des limites raisonnables.

On se souviendra qu'il s'agissait, dans *Edmonton Journal*, de savoir si des limites apportées par une loi à la publicité de procédures judiciaires en matière familiale étaient compatibles avec la liberté d'expression protégée par la *Charte*. La Cour, à la majorité, a conclu à l'inconstitutionnalité de certaines des dispositions contestées.

La juge Wilson a écrit dans cette affaire une opinion qu'elle est la seule à signer. C'est déjà là un fait remarquable, considérant la gloire considérable et l'acceptation générale qui attendaient cette opinion. Nul n'est prophète en son pays, en son temps, et dans sa Cour!

D'entrée de jeu, la juge Wilson aborde la question de la méthode d'application de la *Charte*. Il y a, écrit-elle, deux façons d'aborder l'application de la *Charte*, soit la méthode abstraite et la méthode contextuelle. La première «évalue de façon abstraite et générale l'importance relative de valeurs en conflit»⁵⁷. La juge Wilson en donne comme exemple l'opinion du juge Cory, en l'espèce, qui discute abstraitement de l'importance politique de la liberté d'expression dans une société démocratique.

La seconde méthode «tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté»⁵⁸. En l'espèce, il s'agit donc de considérer le droit du public à la publicité du processus judiciaire à la lumière du droit des parties à la protection de leur vie privée dans les instances matrimoniales. La méthode contextuelle permet de pondérer la valeur relative à attribuer à un droit en fonction d'un contexte particulier⁵⁹.

[1985] 1 R.C.S. 295, qui rappelait alors que la *Charte* n'avait pas été adoptée en dehors de tout contexte, et que «ses dispositions devaient être situées dans leurs contextes linguistique, philosophique et historique appropriés», selon les termes employés par le juge Cory. Les juges Iacobucci et Bastarache font de même dans *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157. Dans *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, 320, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, cite d'abord une opinion dissidente du juge Dickson dans *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 365, 366 et 368, comme source jurisprudentielle de la méthode contextuelle.

⁵⁶ Cessera ici l'utilisation des guillemets, qui avait pour seul objet de souligner l'étrangeté d'un objet célébré mais fort peu défini. J'utiliserai à partir de maintenant, indistinctement, et notamment, les expressions «méthode contextuelle» ou encore «approche contextuelle».

⁵⁷ *Edmonton Journal*, précité, note 7, 1353.

⁵⁸ *Ibid.*, 1355 et 1356.

⁵⁹ Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte.»: *id.*, 1355.

Le propos de la juge Wilson apparaît cependant ambigu quant au lieu de mise en oeuvre de la méthode contextuelle, soit l'étude de la portée du droit, de la valeur sous-jacente qu'il vise à protéger, et d'une éventuelle atteinte dont il fait l'objet, ou encore l'analyse de la justification de l'atteinte en vertu de l'article premier de la *Charte*, qui doit pondérer la gravité de la violation et l'importance de l'objectif législatif poursuivi.

En effet, la méthode contextuelle est parfois appliquée à la définition du droit et à l'étude de sa violation. Ainsi, la juge Wilson rattache à la méthode abstraite (l'opposé de la méthode contextuelle, opérant donc vraisemblablement au même niveau) l'analyse de la portée de la liberté d'expression à laquelle a procédé le juge Cory en l'espèce. De plus, concrètement, elle utilise elle-même la méthode contextuelle dans une étude de la publicité du processus judiciaire et du droit à la vie privée, et ce dans des étapes antérieures à son analyse de l'article premier de la *Charte*.

La méthode contextuelle est cependant aussi utilisée dans ce dernier cas, lors de la pondération des valeurs en conflit dans le contexte de cette affaire. La juge Wilson écrira notamment à ce sujet:

Je me demande donc si une méthode contextuelle, pour trouver un équilibre entre le droit à la vie privée et la liberté de la presse en vertu de l'article premier, n'est pas plus appropriée qu'une méthode qui évalue de façon abstraite et générale l'importance relative de valeurs en conflit.⁶⁰

Elle ajoute que la méthode contextuelle «semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier»⁶¹.

La variation du lieu d'application de la méthode contextuelle pourrait être porteuse de conséquences considérables, puisque le fardeau de preuve n'incombe pas à la même partie selon les étapes du processus. On pourrait par exemple poser l'hypothèse suivante: puisque c'est à la partie qui allègue une violation de droits que revient le fardeau d'en faire la démonstration, cette partie devra donc faire la preuve de facteurs contextuels si cette approche contextuelle est mise en oeuvre à l'étape de l'analyse du droit et de la détermination de sa violation; à l'opposé, puisque c'est à celui qui prétend qu'il s'agit d'une limite raisonnable de démontrer cette prétention, il reviendra à ce dernier de faire la preuve des facteurs contextuels pertinents si cette méthode contextuelle est mise en oeuvre à l'étape de l'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte aux droits. Le lieu d'application de la méthode contextuelle est donc loin d'être sans intérêt⁶².

⁶⁰ *Ibid.*, 1353.

⁶¹ *Ibid.*, 1356.

⁶² On verra cependant plus loin l'importante autonomie des juges dans l'établissement du contexte, ce qui rend peut-être théorique cette préoccupation relative aux fardeaux de preuve. Voir *infra*, note 161 et texte accompagnant la note 162.

Par ailleurs, et contrairement à ce qu'une certaine acception du terme qui vient spontanément à l'esprit pourrait laisser supposer, la méthode contextuelle discutée par la juge Wilson n'est pas essentiellement empirique, du moins pas dans cette formulation initiale que l'on trouve dans *Edmonton Journal*. Au contraire, la méthode semble relever autant, sinon plus, du monde des valeurs. Et dans la mesure où elle interpelle le monde des faits, il semble s'agir de faits connus d'office ou tout simplement raisonnés, plutôt que de faits prouvés en tant que tels.

La juge Wilson insiste en effet sur l'idée selon laquelle les droits constitutionnels, notamment la liberté d'expression, peuvent avoir des valeurs différentes selon les contextes. Il s'agit ici de considérations qui relèvent du monde des jugements de valeurs. À titre d'exemple, elle souligne et discute «l'importance traditionnellement accordée dans notre système de justice à la publicité du processus judiciaire»⁶³.

Sur un autre registre cependant, elle aborde aussi des questions d'ordre factuel. Il s'agit parfois d'un raisonnement sur des faits comme, par exemple, sa discussion de l'impact émotionnel, pour les parties au litige, de la diffusion d'informations issues d'instances judiciaires en matière matrimoniale. La juge Wilson écrit que l'hypothèse factuelle sur laquelle reposent vraisemblablement les dispositions législatives en cause, selon laquelle «la publication de la preuve causerait aux parties ou à leurs enfants un traumatisme émotionnel et psychologique [...] grave et une humiliation [...] grande face au public»⁶⁴, et ce dans tous les cas, est aujourd'hui irréaliste. Selon elle, «[p]lusieurs allégations qui ont pu être extrêmement gênantes et pénibles à une époque constituent aujourd'hui un aspect routinier des instances matrimoniales auquel le public n'accorde que peu ou pas d'importance»⁶⁵. De la même façon, dans sa discussion de l'importance de la publicité des procédures, elle pose comme hypothèse que, pour certaines personnes, cette publicité peut jouer un rôle de catharsis⁶⁶. Il s'agit vraisemblablement ici de faits «raisonnés», plutôt que prouvés.

Toujours au plan factuel, elle utilise aussi des faits de connaissance d'office, comme la possible manifestation judiciaire d'«attitudes dépassées» en matière de droit matrimonial, et l'importance de la publicité des procédures dans le dépassement de «préjugés sociaux»⁶⁷.

⁶³ *Edmonton Journal*, précité, note 7, 1357 et 1358.

⁶⁴ *Ibid.*, 1367 et 1368.

⁶⁵ *Ibid.*, 1368.

⁶⁶ Mais nous ne pouvons ignorer le fait que pour tout plaideur inquiet des répercussions néfastes de la publicité sur sa réputation dans la collectivité il peut y en avoir un autre tout aussi désireux de se justifier publiquement et d'obtenir l'appui de la collectivité.», *id.*, 1362.

⁶⁷ Nous savons tous que les juges qui siègent en matière matrimoniale manifestent parfois, à l'égard des relations matrimoniales, des attitudes dépassées qui peuvent influencer leurs décisions. Il est essentiel que la presse puisse publier des déclarations de cette nature faites par un juge au cours des procédures. C'est la seule façon dont le public peut être assuré que la magistrature est capable de surmonter ses propres préjugés sociaux et qu'elle peut, dans son rôle, refléter les valeurs de la société.», *id.*, 1360.

Dans sa formulation initiale, privilégiant une analyse de l'importance relative des droits à la lumière de leur contexte factuel et social, la méthode contextuelle renvoie donc autant à une pondération de valeurs qu'à une étude de faits. Elle n'est ni plus concrète, ni plus empirique que l'approche utilisée par les autres juges dans l'affaire *Edmonton Journal*.

Par exemple, s'il est vrai que l'on trouve, dans l'opinion du juge Cory, des propos fort abstraits sur l'importance philosophique de la liberté d'expression dans une société démocratique, on y trouve aussi l'expression de préoccupations, parfois fort concrètes, relatives aux questions de vie privée en contexte de litige matrimonial. L'opinion du juge Cory n'est d'ailleurs pas non plus dénuée de toute connotation empirique, loin de là. Certains des faits sur lesquels il se fonde semblent relever de la connaissance d'office. Il rejette par exemple un objectif législatif allégué au soutien de la disposition en invoquant ce qu'il présente comme la moralité publique actuelle⁶⁸. Dans le cadre de l'analyse d'un second objectif, relatif, celui-là, à l'accès aux tribunaux qui serait facilité par une forme de confidentialité, le juge Cory a souligné l'absence de preuve⁶⁹, et a même utilisé des données statistiques démontrant, selon lui, un accès de plus en plus grand aux procédures judiciaires en matière matrimoniale⁷⁰.

En conclusion, au-delà de la rhétorique, on peut finalement s'interroger ici sur le caractère réellement innovateur, ou même original, de la méthode contextuelle telle qu'initialement formulée. En effet, il était déjà bien établi, à l'époque de *Edmonton Journal*, qu'une analyse impliquant la *Charte* exigeait la pondération des droits constitutionnels et des valeurs que le législateur cherche à protéger. On pense, par exemple, au test des limites raisonnables développé quelques années auparavant dans l'arrêt *Oakes*⁷¹. On savait aussi à l'époque qu'à cet égard une preuve factuelle serait généralement requise⁷². Sans que l'on ait utilisé en tant que telle l'expression «méthode contextuelle», on procédait déjà inévitablement à une analyse de la violation du droit dans le contexte du problème social visé par les dispositions législatives contestées⁷³.

⁶⁸ Si les allégations d'adultère et la mauvaise conduite des parties pouvaient faire scandale à l'époque de l'adoption de la loi, elles ne font plus sourciller personne aujourd'hui. Les feuilletons télévisés de la journée et les émissions présentées aux heures de grande écoute ainsi que les films et les revues traitent tous de façon colorée et dans le moindre détail des divers arrangements et combinaisons possibles en matière de relations humaines. C'est maintenant la réalité quotidienne de la société.»: *id.*, 1343.

⁶⁹ Mais aucune preuve n'a été produite à l'appui de la prétention qu'en l'absence du par. 30(1) les parties éventuelles à un litige renonceraient à aller devant les tribunaux.»: *id.*, 1343.

⁷⁰ Les statistiques qui existent à cet égard indiquent d'ailleurs le contraire. [...] La question de l'accès aux procédures judiciaires doit être examinée dans ce contexte d'un droit moderne de la famille qui a mis en oeuvre de nouveaux moyens pour aider les parties à résoudre leurs difficultés.»: *id.*, 1343 et 1344.

⁷¹ *R. c. Oakes*, précité, note 20.

⁷² *Ibid.*, 138: «Lorsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas [...]» (mes italiques).

⁷³ La juge McLachlin est vraisemblablement inspirée d'une réflexion semblable lorsqu'elle écrit, dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 3, par. 133: «Il n'est pas vraiment étonnant que l'analyse fondée sur l'article premier tienn

Il est d'ailleurs remarquable qu'en l'espèce, après avoir développé et appliqué les paramètres de la méthode contextuelle, après avoir qualifié d'abstraite l'approche du juge Cory et après avoir évoqué l'hypothèse d'un éventuel impact de la méthode utilisée sur la conclusion rendue, le juge Wilson en arrive à la même conclusion que ce dernier. Le juge Cory s'intéresse d'ailleurs au contexte du droit et de l'atteinte. À cet égard, il n'a pas le choix: les normes jurisprudentielles déjà bien établies l'obligent à évaluer la gravité de l'atteinte en contexte.

À l'origine, la méthode contextuelle, essentiellement, incite donc à soupeser la valeur des droits à la lumière de leur contexte d'exercice. Elle est mise en oeuvre à l'étape de l'analyse du droit et de sa violation, ou encore à celle du caractère raisonnable des limites dont il fait l'objet. Elle est constituée de jugements de valeurs et de faits raisonnés ou connus d'office bien plus que de preuves empiriques. Enfin, la méthode n'est pas révolutionnaire: elle est en parfaite continuité avec les normes jurisprudentielles déjà acceptées eu égard à l'étude des limites apportées aux droits, normes contextuelles avant la lettre.

2. *Le lieu d'application: la définition des droits ou la pondération en vertu de l'article premier?*

L'incertitude initiale quant au lieu d'application de la méthode contextuelle, soit la définition et l'étude de la portée des droits ou encore l'analyse en vertu de l'article premier, se reflète dans la jurisprudence postérieure à *Edmonton Journal*.

A. *L'étape initiale de la définition des droits*

Dans certaines opinions, des juges de la Cour suprême ont utilisé la méthode contextuelle à l'étape initiale de la définition des droits constitutionnels. Le juge Cory l'a fait dans *Wholesale Travel Group Inc.*⁷⁴ où, après avoir rappelé l'importance du contexte tant pour définir les droits que pour les pondérer en vertu de l'article premier, il a donné une interprétation des droits garantis par l'article 7 de la *Charte* à la lumière du contexte particulier du droit réglementaire⁷⁵. De la même façon, le juge Sopinka, pour la Cour, a affirmé

compte du contexte dans lequel se situe la loi en question. L'examen fondé sur l'article premier est, de par sa nature même, un examen spécifique des faits.»

⁷⁴ R. c. *Wholesale Travel Group Inc.*, précité, note 55.

⁷⁵ Il est désormais clair que la *Charte* doit être interprétée en fonction du contexte dans lequel une revendication prend naissance. Le contexte est important à la fois pour délimiter la signification et la portée des droits garantis par la *Charte* et pour déterminer l'équilibre qu'il faut établir entre les droits individuels et les intérêts de la société. [...] Suivant la méthode contextuelle, les normes constitutionnelles élaborées dans le contexte

dans *Chiarelli*⁷⁶ que les exigences concrètes des principes de justice fondamentale pouvaient varier selon le contexte⁷⁷.

Dans *Généreux*⁷⁸, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, a utilisé la méthode contextuelle à l'étape initiale de l'étude de la portée du droit à un tribunal indépendant en contexte de tribunaux militaires, soulignant expressément l'à-propos de la méthode à cette étape, malgré une utilisation plus répandue dans le cadre de l'article premier⁷⁹.

criminel ne peuvent être automatiquement appliquées aux infractions réglementaires.» : *id.*, 226. On peut comparer ce propos à celui du juge Stevenson qui, écrivant au nom de la Cour dans *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843, rejetait en ces termes un argument de contexte fondé sur la différence entre infractions criminelles et réglementaires, à propos du droit d'être jugé dans un délai raisonnable: «La *Charte* ne distingue pas entre différents types d'infractions et il me semble que faire une telle distinction aux fins de l'appréciation du caractère raisonnable du délai serait pousser vraiment trop loin les principes de l'analyse contextuelle.» (p. 860 et 861). Pour l'expression d'une préoccupation semblable, voir l'opinion du juge Lamer dans *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339, 347, où il écrit: «Il est maintenant acquis que la portée d'un droit garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* doit être évaluée en fonction du contexte. [...] Il faut donc tenir compte de tous les facteurs pertinents qui indiquent l'importance que revêt un droit pour son bénéficiaire. Ceci implique aussi que l'on doit éviter de créer des catégories rigides qui serviront à déterminer mécaniquement l'étendue d'une garantie constitutionnelle.» De plus, le juge Lamer critique en ces termes l'opinion du juge Cory en l'espèce: «Premièrement, elle tend à accrédiéter l'idée qu'il existe une distinction claire et nette entre les infractions réglementaires et les actes criminels proprement dits et qu'à ces deux catégories d'infractions correspondent deux définitions différentes des droits garantis par la *Charte*. Procéder ainsi relève d'un formalisme étranger à la méthode contextuelle. La distinction entre les actes criminels et les infractions réglementaires est utile et bien réelle, mais elle ne doit pas servir à obscurcir les autres éléments du contexte d'un litige donné.» (p. 347 et 348).

⁷⁶ *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, 743: «La portée des principes de justice fondamentale varie selon le contexte et la nature des intérêts en jeu.»

⁷⁷ Voir, dans le même sens, l'opinion de la juge L'Heureux-Dubé dans *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, par. 75: «À mon avis, il se peut qu'une norme de conduite susceptible d'être fondamentalement inéquitable dans le contexte de la contrainte à témoigner dont font l'objet des coaccusés inculpés séparément ne le soit pas dans le contexte de procédures administratives dans un domaine fort complexe, et réglementé comme le secteur des valeurs mobilières, et cela, pour plusieurs raisons.»

⁷⁸ *R. c. Généreux*, précité, note 55.

⁷⁹ [B]ien que les vertus de l'approche contextuelle aient été analysées principalement en ce qui a trait à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il ressort clairement des motifs du juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, de ceux du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, et particulièrement de ceux du juge Cory dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, aux pp. 224 à 227, que le contexte est également important à l'étape initiale où il s'agit de décider s'il y a eu violation d'un droit ou d'une liberté donnés. [...] Comme le juge Wilson l'a souligné, un droit ou une liberté peuvent avoir une signification différente dans des circonstances différentes. Ignorer ces circonstances au niveau du droit substantif ou de la liberté reviendrait à se priver d'une mine de renseignements à une étape critique de l'analyse.» : *id.*, 322.

Dans *Comité paritaire de l'industrie de la chemise*⁸⁰, les juges La Forest et L'Heureux-Dubé se sont autorisés de la méthode contextuelle pour l'interprétation de la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives dans le cadre d'inspections et de vérifications de conditions de travail⁸¹. De la même façon, dans *Fitzpatrick*⁸², le juge La Forest a insisté sur le fait qu'une interprétation contextuelle de la protection offerte par l'article 8 de la *Charte* permettait d'en faire varier les exigences selon les diverses attentes légitimes de vie privée⁸³.

Dans *Young*⁸⁴, tentant de concilier la liberté d'expression et la liberté de religion, le juge McLachlin a rappelé que «la portée d'une liberté ou d'un droit particuliers ne peut être définie dans l'abstrait, mais bien en fonction du contexte de l'activité particulière en cause»⁸⁵.

Dans *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*⁸⁶, le juge Lamer a insisté sur l'importance d'une approche contextuelle pour la délimitation des droits protégés par la *Charte*, dans ce cas-ci dans le but évident de limiter la portée de la liberté de religion⁸⁷.

Dans *Symes*⁸⁸, le juge Iacobucci s'est interrogé sur la compatibilité de certaines dispositions de la loi sur l'impôt avec les droits à l'égalité de l'article

⁸⁰ *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash ; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406.

⁸¹ Le juge La Forest écrit : «Notre Cour a fait valoir à plusieurs reprises que la portée d'une garantie constitutionnelle, tout comme l'équilibrage des droits collectifs et individuels qui la sous-tend, variait en fonction du contexte.» : *id.*, 420; et le juge L'Heureux-Dubé : «L'importance d'une approche contextuelle dans l'examen des garanties constitutionnelles a été soulignée dans plusieurs décisions de notre Cour : [...]» : *id.*, 445.

⁸² *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154.

⁸³ *Ibid.*, par. 30 : «Notre Cour a souvent affirmé que le contexte d'une demande fondée sur la *Charte* est crucial pour déterminer la portée des droits invoqués [...]» ; *id.*, par. 49 : «En donnant à l'art. 8 [de la *Charte*] une interprétation fondée sur le contexte, notre Cour a, à maintes reprises, souligné que les fouilles, les perquisitions et les saisies de documents se rapportant à une activité que l'on sait réglementée par l'État ne sont pas assujetties à la norme élevée qui s'applique à celles effectuées dans le contexte criminel.» Voir, dans le même sens, dans le cadre de l'analyse de la portée de l'article 8 de la *Charte*, l'opinion du juge Lamer dans *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3, par. 49 : «Suivant cette méthode contextuelle, nous avons noté que la teneur des garanties juridiques offertes par la *Charte* sera souvent interprétée de façon plus souple lorsque l'action pertinente de l'État ne menace pas d'entraîner une peine d'emprisonnement.» Voir enfin *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, par. 20 (J. Gonthier).

⁸⁴ *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

⁸⁵ *Ibid.*, 124.

⁸⁶ *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

⁸⁷ Ainsi, le texte de la disposition, sa structure, le contexte dans lequel elle s'insère, le rapport qui peut exister entre elle et les autres dispositions, de même que le contexte historique de l'adoption de la *Charte* sont tous des éléments qui doivent être pris en considération lors de la recherche de l'objet d'un droit ou d'une liberté protégés afin de préserver la cohérence de l'ensemble du texte constitutionnel et de conserver l'intégrité de l'intention du législateur.» : *id.*, par. 17.

⁸⁸ *Symes c. Canada*, précité, note 19.

15 de la *Charte* en s'appuyant sur cette méthode contextuelle. De façon générale, d'ailleurs, la jurisprudence relative aux droits à l'égalité protégés par la *Charte* a systématiquement intégré une méthode contextuelle dans la détermination de la protection offerte par le paragraphe 15(1), notamment par la considération explicite de «facteurs contextuels»⁸⁹.

On a aussi expressément appliqué la méthode contextuelle à la détermination des exigences des principes de justice fondamentale en matière d'extradition⁹⁰ et à la définition des droits constitutionnels des peuples autochtones⁹¹.

⁸⁹ Voir, par exemple, dans des décisions antérieures à *Edmonton Journal*, précité, note 7: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, l'opinion du juge McIntyre: «C'est un concept comparatif [le concept d'égalité] dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée.» (p. 164); l'opinion de la juge Wilson: «Je tiens en outre à souligner qu'il s'agit là [la non-citoyenneté constitue un motif analogue] d'une conclusion qui ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société.» (p. 152); l'opinion de la juge Wilson dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, 1332: «Si l'on ne tient pas compte du contexte général, l'analyse fondée sur l'article 15 peut devenir un processus de classification mécanique et stérile qui dépendra exclusivement du texte de loi contesté.» Puis, dans des décisions postérieures à *Edmonton Journal*, précité, note 7: *Miron c. Trudel*, précité, note 51, par. 22 (J. Gonthier): «Enfin, il importe de souligner qu'une analyse contextuelle peut mener à des conclusions fondamentalement différentes quant à savoir si des distinctions fondées sur le même motif sont discriminatoires. En d'autres termes, selon le contexte, le même motif peut être discriminatoire relativement à certaines catégories de distinction, mais ne pas l'être relativement à d'autres.»; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 82 (J. L'Heureux-Dubé): «En réalité, ce qui importe ce ne sont plus tant les "motifs", mais plutôt le *contexte social* de la distinction.»; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité, note 26, le juge Iacobucci qui écrit pour la Cour et qui analyse le par. 15(1) de la *Charte* à l'aide, notamment, de «facteurs contextuels»; *M. c. H.*, précité, note 23; *Corbiere c. Canada (Ministre des affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, par. 59 et suiv., l'étude des «facteurs contextuels»; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, précité, note 11.

⁹⁰ Voir *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, 848, où la juge McLachlin a interprété les principes de justice fondamentale de l'article 7 de la *Charte* à l'aide d'une «démarche contextuelle qui tient compte de la nature de la décision qui doit être rendue». Voir aussi *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, par. 64 et 65, où la Cour rappelle et confirme en ces termes l'«à-propos d'une approche contextuelle: «Dans *Kindler*, à la p. 833, le juge La Forest a fait état, relativement à l'art. 7, de l'application d'un «processus de pondération» dans lequel «il faut carrément tenir compte du contexte global». À la p. 835, il a reconnu l'existence possible de circonstances qui «peuvent vicier un arrêté d'extradition du point de vue constitutionnel». L'une des caractéristiques inhérentes du processus de pondération des arrêts *Kindler* et *Ng* est que le résultat peut très bien varier d'une affaire à l'autre, selon les facteurs contextuels mis en balance.»

⁹¹ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 201 (J. La Forest): «Il est également important de souligner que la méthode adoptée à l'égard du par. 35(1) [de la *Loi constitutionnelle de 1982*] est éminemment contextuelle.» Voir, dans le même sens, l'opinion de la juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 133: «Finalement, le dernier principe — mais aussi le plus important — est que les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés dans le contexte de l'histoire et de la culture particulières de la société autochtone concernée, et en tenant compte du point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la signification des droits revendiqués.»

Enfin, dans une décision portant sur le droit à un procès équitable, l'arrêt *Mills*⁹², une majorité importante de la Cour a rappelé en termes non équivoques le caractère opportun d'une approche contextuelle à l'étape initiale de la définition des droits⁹³.

B. La pondération en vertu de l'article premier

Dans d'autres cas, principalement en matière de liberté d'expression⁹⁴, on a utilisé la méthode contextuelle dans l'analyse du caractère raisonnable des restrictions en vertu de l'article premier de la *Charte*. Dans *Rocket*⁹⁵, la juge McLachlin a rappelé que l'analyse en vertu de l'article premier devait situer «les valeurs contradictoires dans leur contexte factuel et social», permettant ainsi «de tenir compte des caractéristiques spéciales de l'expression en question»⁹⁶.

Dans l'affaire *Keegstra*⁹⁷, où était en cause la liberté d'expression en matière de propagande haineuse, le juge Dickson a insisté sur l'importance de ne soulever les facteurs contextuels que dans le cadre de l'article premier, afin de ne pas affaiblir la portée potentielle de la liberté d'expression :

Il n'y a pas lieu, selon moi, d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2b) pour le motif qu'un contexte *particulier* l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy*, il est préférable de soulever les divers facteurs et valeurs contextuels dans le cadre de l'article premier.⁹⁸

⁹² *R. c. Mills*, précité, note 33.

⁹³ Voir *ibid.*, par. 21, l'opinion des juges McLachlin et Iacobucci : «Comme l'arrêt *Dagenais*, précité, de notre Cour l'indique clairement, les droits garantis par la *Charte* doivent être examinés selon une méthode contextuelle afin de résoudre les conflits qui existent entre eux. Par conséquent, à la différence de l'évaluation fondée sur l'article premier, où on permet parfois aux intérêts de la société de l'emporter sur les droits garantis par la *Charte*, l'art. 7 exige que les droits soient définis de manière à ne pas entrer en conflit les uns avec les autres. Le droit à une défense pleine et entière et le droit à la vie privée doivent être définis l'un par rapport à l'autre, et les deux doivent être définis en fonction des dispositions en matière d'égalité contenues à l'art. 15.»

⁹⁴ Voir, par exemple, les juges Dickson et McLachlin dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, précité, note 3 (liberté d'expression); la juge McLachlin dans *R. c. Keegstra*, précité, note 3 (liberté d'expression); les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin dans *Comité pour la République du Canada c. Canada*, précité, note 15 (liberté d'expression); le juge La Forest dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 35 (liberté d'expression); le juge Cory dans *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439 (liberté d'expression); le juge Iacobucci dans *M. c. H.*, précité, note 23 (droits à l'égalité).

⁹⁵ *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232.

⁹⁶ *Ibid.*, 246 et 247.

⁹⁷ *R. c. Keegstra*, précité, note 3.

⁹⁸ *Ibid.*, 734.

Dans *Laba*⁹⁹, tout en reconnaissant l'applicabilité de la méthode contextuelle à la détermination de la violation des droits et à l'analyse en vertu de l'article premier, le juge Sopinka l'a en fait mise en oeuvre lors de cette dernière analyse, dans un contexte de présomption d'innocence¹⁰⁰.

Dans *RJR-MacDonald*¹⁰¹, les juges La Forest, McLachlin et Iacobucci ont expressément utilisé la méthode contextuelle. Le juge Iacobucci a rappelé la nécessité d'une analyse contextuelle relativement à l'article premier¹⁰². Le juge La Forest a aussi insisté sur l'importance de cette méthode aux fins d'une analyse en vertu de l'article premier, «particulièrement à l'étape du critère de l'atteinte minimale»¹⁰³. La juge McLachlin a elle aussi discuté de la méthode contextuelle dans le cadre de son analyse des limites raisonnables¹⁰⁴, rappelant que «[l]e contexte est essentiel dans la détermination de l'objectif législatif et de la proportionnalité»¹⁰⁵.

Dans l'affaire *Lucas*¹⁰⁶, mettant en cause la liberté d'expression en matière de libelle diffamatoire, la juge McLachlin a, de façon quelque peu inattendue, précisé en ces termes que la méthode contextuelle ne jouait qu'à un moment bien précis d'une analyse fondée sur la *Charte*, soit en fait à la dernière étape de l'étude de la proportionnalité en vertu de l'article premier¹⁰⁷ :

Le contenu de l'expression et sa valeur n'entrent en ligne de compte qu'à l'étape finale de l'examen de la proportionnalité. C'est à ce stade que trouve sa place le point soulevé par le juge Wilson dans *Edmonton Journal* [...], à savoir qu'«une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte». Notre Cour a

⁹⁹ *R. c. Laba*, précité, note 12.

¹⁰⁰ Il est maintenant bien établi que la *Charte* doit être interprétée en fonction du contexte dans lequel elle s'applique. Le juge Wilson a reconnu l'importance de la méthode contextuelle dans *Edmonton Journal* [...] et ses observations ont été citées et approuvées dans de nombreux arrêts subséquents : [...]. Il ressort de cette jurisprudence que le contexte historique, social et économique dans lequel une action fondée sur la *Charte* prend naissance est souvent pertinent pour déterminer le sens à donner à des droits garantis par la *Charte* et qu'il est crucial pour décider si une restriction de ces droits peut être justifiée en vertu de l'article premier. Par conséquent, il me semble utile d'examiner le contexte historique, social et économique dans lequel l'al. 394(1*b*) s'applique afin de déterminer s'il constitue une limite raisonnable au droit à la présomption d'innocence.»: *id.*, par. 66.

¹⁰¹ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 3.

¹⁰² *Ibid.*, par. 189.

¹⁰³ *Ibid.*, par. 96.

¹⁰⁴ *Ibid.*, par. 132.

¹⁰⁵ *Ibid.*, par. 134.

¹⁰⁶ *R. c. Lucas*, précité, note 94.

¹⁰⁷ On se souvient du test des limites raisonnables qui peuvent être apportées aux droits et libertés constitutionnellement protégés: la mesure attentatoire doit poursuivre un objectif suffisamment important et il doit y avoir proportionnalité entre cet objectif et les moyens utilisés, en ce que: 1) il doit y avoir un lien rationnel entre la fin et les moyens, 2) il ne doit pas y avoir d'autres moyens moins attentatoires, et 3) il doit finalement y avoir proportionnalité en tant que telle entre l'importance de l'objectif et la gravité de l'atteinte. Voir *R. c. Oakes*, précité, note 20.

confirmé, à l'unanimité, que c'est à la troisième et dernière étape de l'examen de la proportionnalité que le contexte de l'expression doit être pris en considération: *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, à la p. 513.¹⁰⁸

Ce propos surprend. D'une part, historiquement, la juge Wilson n'a nullement limité ainsi la portée de la méthode contextuelle. Au contraire, on a souligné qu'elle semble l'avoir appliquée tant dans l'analyse des droits que dans la pondération en vertu de l'article premier. De plus, dans ce dernier cas, la juge Wilson a prononcé l'inconstitutionnalité de la loi contestée dans *Edmonton Journal* pour cause d'échec du test de l'atteinte minimale, de telle sorte qu'elle ne s'est pas rendue à ce dernier volet de l'étude de la proportionnalité.

D'autre part, quant à la jurisprudence postérieure à *Edmonton Journal*, on a vu dans la présente section que les juges de la Cour suprême ont mis en oeuvre la méthode contextuelle tant dans l'analyse des droits en tant que telle que dans la pondération opérée en vertu de l'article premier, et, dans ce dernier cas, généralement sans distinguer selon les étapes de raisonnement proposées dans *Oakes*. Par exemple, le juge Dickson a éloquemment démontré dans *Keegstra*¹⁰⁹ à quel point la considération des facteurs contextuels en tout début de processus est nécessaire à un raisonnement éclairé¹¹⁰.

On voit d'ailleurs mal pourquoi il faudrait limiter l'application de la méthode contextuelle à la dernière étape de l'analyse de la proportionnalité. Il est vrai que c'est là que s'effectue la pondération en tant que telle de l'importance relative de la valeur d'un droit constitutionnellement protégé et de la loi contestée. C'est cependant une étape à laquelle on ne se rend que rarement; on sait en effet que c'est le traitement du lien rationnel et de l'atteinte minimale qui constitue en fait bien souvent le coeur des analyses faites en vertu de l'article premier. C'est en principe là, ou jamais, que la loi sera jugée inconstitutionnelle. Si on devait limiter l'application de la méthode contextuelle à la seule dernière étape de la proportionnalité, l'utilité de la méthode serait en fait considérablement réduite. La prise en compte du contexte doit éclairer toute l'analyse en vertu de l'article premier.

Il n'est donc pas surprenant que, très rapidement par la suite, on retrouve dans *Thomson Newspapers*¹¹¹ un jugement majoritaire signé par le juge

¹⁰⁸ R. c. *Lucas*, précité, note 94, par. 117. S'il est vrai que, dans cette affaire *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, note 94, on a de facto considéré la valeur relative de l'expression en cause à cette étape de l'étude de la proportionnalité (par. 63: «Il importe de souligner que l'activité d'expression particulière qui est restreinte dans un cas donné peut influencer sur la mise en équilibre des intérêts faite sous le régime de l'article premier.»), on n'y a cependant pas posé en principe le fait que ce soit là le seul lieu de mise en oeuvre de l'approche contextuelle.

¹⁰⁹ R. c. *Keegstra*, précité, note 3.

¹¹⁰ *Ibid.*, 737: «Il est important de ne pas perdre de vue les circonstances factuelles quand on entreprend l'analyse fondée sur l'article premier, car elles modèlent l'opinion que se fait un tribunal tant du droit ou de la liberté en cause que de la restriction proposée par l'État; ni les uns ni l'autre ne peuvent être examinés dans l'abstrait.»

¹¹¹ *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 33.

Bastarache dans lequel la méthode contextuelle est utilisée de façon large dans l'étude des limites raisonnables, et ce tant au début qu'à chacune des étapes de l'analyse¹¹². De même, tant dans *Sharpe*¹¹³ que dans *Little Sisters*¹¹⁴, les juges dissidents ont rappelé «la nécessité d'accorder une grande attention au contexte factuel et social de la disposition contestée, à chaque étape de l'analyse fondée sur l'article premier»¹¹⁵, et souligné que «le contexte [était] un élément indispensable de l'analyse fondée sur l'article premier dans les affaires de liberté d'expression»¹¹⁶.

La méthode contextuelle a donc été mise en oeuvre tant dans la définition des droits que dans l'analyse des limites raisonnables. Il se peut que la définition de certains droits, par nature plus relatifs, se prête mieux à une analyse contextuelle¹¹⁷, et que pour d'autres, que l'on veut plus absolus¹¹⁸, il soit préférable de limiter les considérations ponctuelles de contexte à l'analyse en vertu de l'article premier.

Il demeure, on l'a vu, que la répartition des fardeaux de preuve rend importante l'étape de l'analyse à laquelle on utilise la méthode contextuelle. En effet, la partie qui assume le fardeau de la preuve des facteurs contextuels variera selon qu'il s'agit de démontrer la violation du droit ou encore le caractère raisonnable de l'atteinte¹¹⁹. La Cour semble avoir été consciente de cette réalité

¹¹² Le juge Bastarache écrit notamment: «Il importe également de qualifier le contexte de la disposition contestée pour déterminer le type de preuve que le tribunal peut demander au législateur d'apporter pour justifier ses mesures au regard de l'article premier. Il convient de régler cette question dès le départ, d'une part parce qu'elle a une incidence sur l'ensemble de l'analyse fondée sur l'article premier, et, d'autre part, en raison de la nature de la preuve dans le cas qui nous occupe.» : *id.*, par. 88.

¹¹³ *R. c. Sharpe*, précité, note 11.

¹¹⁴ *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, précité, note 11.

¹¹⁵ *R. c. Sharpe*, précité, note 11, par. 155. Ils ajoutent d'ailleurs, au par. 156: «Faute de tenir compte des aspects bénéfiques de la loi, des valeurs et des droits qu'elle cherche à protéger et à promouvoir, et de la nature réelle du droit auquel il est porté atteinte dans un cas précis avant l'étape finale de l'analyse de la proportionnalité, on risque de rompre l'équilibre entre les droits individuels et les objectifs collectifs que l'article premier de la Charte cherche à réaliser.»

¹¹⁶ *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, précité, note 11, par. 217.

¹¹⁷ On pense aux droits dont le libellé même semble appeler une certaine limitation interne, comme ceux protégés aux articles 7 et 8 de la Charte.

¹¹⁸ On pense, par exemple, à la liberté d'expression.

¹¹⁹ Voir *supra*, le corps du texte précédant la note 62. Voir aussi, pour un rappel de l'incidence du lieu de l'analyse sur la question des fardeaux de preuve: *R. c. Mills*, précité, note 33, par. 66, les juges McLachlin et Iacobucci pour la majorité: «Il y a cependant plusieurs différences importantes entre l'évaluation fondée sur l'article premier et celle qui est fondée sur l'art. 7. La différence la plus importante réside dans le fait que la question qui se pose en vertu de l'art. 7 est celle de la délimitation des droits en question tandis que la question qui se pose en vertu de l'article premier est de savoir si le non-respect de ces

quand, après avoir longuement élaboré sur les facteurs contextuels pertinents quant à l'établissement d'une atteinte aux droits à l'égalité dans le cadre du paragraphe 15(1) de la *Charte*, elle a cru bon de préciser que le demandeur n'avait pas à produire des études de sciences sociales dans tous les cas, et que le tribunal pourrait, à l'occasion, prendre connaissance d'office de faits pertinents¹²⁰.

II. L'évolution de la méthode contextuelle

La méthode contextuelle est bien vivante dans la jurisprudence. Elle a donné lieu à certains développements dont les deux suivants me semblent être les plus significatifs. Tout d'abord, on trouve une approche judiciaire nettement empirique qui se réclame de la méthode contextuelle (1). Cette dernière a aussi, semble-t-il, occasionné le renouvellement d'une méthode d'interprétation des lois (2).

1. La méthode contextuelle comme approche judiciaire empirique

La méthode contextuelle a donné lieu à une approche judiciaire empirique (A), qui va parfois jusqu'à donner au contexte une vie autonome et influente (B).

A. Une approche empirique

On a vu que la méthode contextuelle initialement présentée par la juge Wilson dans *Edmonton Journal* était loin d'être essentiellement empirique et qu'elle reposait en fait autant, sinon plus, sur une pondération de valeurs que sur

limites peut être justifié. Le rôle différent que jouent l'article premier et l'art. 7 a également des répercussions importantes sur l'identité de la partie à qui incombe le fardeau de la preuve. Si les intérêts sont évalués en vertu de l'art. 7, c'est la personne qui revendique des droits qui a le fardeau de prouver que l'équilibre établi par la mesure législative contestée viole l'art. 7. Si les intérêts sont évalués en vertu de l'article premier, il incombe alors à l'État de justifier l'atteinte aux droits garantis par la *Charte*.»

¹²⁰[J]e me dois de souligner que rien dans les observations qui précèdent n'implique que le demandeur doive produire des données ou autres éléments de preuve du domaine des sciences sociales qui ne sont pas accessibles à tous, pour établir une atteinte à sa dignité ou à sa liberté. Des éléments de ce genre peuvent être produits par les parties et s'avérer très utiles au tribunal chargé de déterminer si un demandeur a démontré que les dispositions en cause sont discriminatoires. Toutefois, ils ne sont pas obligatoires. Un tribunal peut souvent, dans les cas opportuns, s'appuyer uniquement sur la connaissance d'office et sur le raisonnement logique pour trancher la question de savoir si les dispositions contestées violent le par. 15(1). [...] Il arrivera souvent qu'un tribunal puisse, à bon droit, prendre connaissance d'office d'une partie ou de la totalité des faits nécessaires pour établir le bien-fondé d'une allégation de discrimination, et qu'il doive s'en remettre au raisonnement logique découlant de ces faits pour parvenir à la conclusion de droit qu'il y a eu atteinte aux droits garantis par le par. 15(1).»: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité, note 26, par. 77.

une mise en contexte factuel. De plus, dans ce dernier cas, il s'agissait surtout de faits de connaissance d'office et de faits «raisonnés». On était bien loin d'une incursion débridée dans le «réel».

Or, il semble s'être produit à un moment donné dans la jurisprudence une rupture, qui a fait en sorte que l'on a commencé à s'autoriser de la méthode contextuelle pour planter un décor empirique, un environnement factuel général visant à éclairer les questions de droit. Dans un souci marqué de réalisme, on a explicitement choisi de comprendre la règle de droit à la lumière du contexte factuel dans lequel elle s'insère, et qu'elle cherche parfois à modifier¹²¹. On a continué à parler de méthode contextuelle, et donc à bénéficier de la légitimité de plus en plus associée au concept, mais on lui a fait faire un bond en avant considérable en élargissant le champ couvert par ledit contexte. La juge L'Heureux-Dubé est la principale protagoniste de ce développement empirique de la méthode contextuelle.

Dans *Seaboyer*¹²², par exemple, une affaire dans laquelle était en cause la compatibilité des dispositions du *Code criminel* limitant l'utilisation de preuves relatives au comportement sexuel de la plaignante avec le droit à une défense pleine et entière des accusés, la juge L'Heureux-Dubé a estimé, dans une opinion dissidente, qu'il était nécessaire de discuter de la question générale des agressions sexuelles et des mythes et stéréotypes y prévalant. Sur un registre factuel, elle a donc abordé des statistiques, de la doctrine et des rapports de comités d'étude présentant des données empiriques sur la question¹²³. «J'estime, écrit-elle, s'autorisant expressément en cela des propos de la juge Wilson dans *Edmonton Journal*, que les questions constitutionnelles doivent être examinées dans un plus large contexte politique, social et historique pour tenter d'en arriver à une analyse constitutionnelle qui ait quelque sens.»¹²⁴

Au nom de la majorité, dans *Moge*¹²⁵, la juge L'Heureux-Dubé a interprété la *Loi sur le divorce* à la lumière de données empiriques relatives aux

¹²¹Dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, précité, note 11, par. 53, par exemple, en matière de pornographie, les contestants ont critiqué la norme sociale uniforme «fondée sur le préjudice» parce qu'elle «n'[était] pas suffisamment contextuelle», ne tenait pas compte de la réalité du rôle particulier du matériel érotique pour la communauté homosexuelle. L'argument allait comme suit: «Les gais et lesbiennes sont définis par leur sexualité et sont par conséquent disproportionnellement vulnérables à la censure sexuelle.»

¹²²R. c. *Seaboyer*, précité, note 13.

¹²³Elle écrit par exemple: «Dans la vaste majorité des cas, la cible est une femme et l'agresseur est un homme [...]. Contrairement aux autres crimes de nature violente, ces crimes sont en grande partie non rapportés. Toutefois, il est reconnu que les femmes continuent d'être victimisées à un rythme alarmant et il existe certaines indications que le taux déjà effroyablement élevé d'agressions sexuelles est à la hausse. En ce qui concerne les agressions sexuelles, les taux de poursuite et de déclaration de culpabilité sont parmi les moins élevés de tous les crimes violents.» : *id.*, 648 et 649.

¹²⁴*Ibid.*, 647.

¹²⁵*Moge c. Moge*, précité, note 14.

conséquences économiques du mariage et du divorce, étudiant notamment le phénomène social de la féminisation de la pauvreté. «Que le législateur n'ait pu avoir eu l'intention d'institutionnaliser l'éthique de l'indépendance économique présumée, écrit-elle, me paraît évident au regard du contexte social dans lequel s'inscrivent les ordonnances alimentaires.»¹²⁶ Sa considération d'un vaste champ factuel se rattache en partie à la *Mischief Rule*¹²⁷.

Dans *Young*¹²⁸, où était notamment contestée la constitutionnalité du critère de l'intérêt de l'enfant en matière de garde et d'accès, la juge L'Heureux-Dubé s'est intéressée au problème du divorce, à ses effets psychologiques et socio-économiques sur les conjoints et sur les enfants. Elle a utilisé à cet égard des études de sciences sociales¹²⁹. Et ce, toujours au nom de la méthode contextuelle.

Avec l'appui du juge Gonthier, la juge L'Heureux-Dubé a continué dans la même veine dans *L. (D.O.)*¹³⁰, où étaient en cause l'admissibilité en preuve de l'enregistrement magnétoscopique de la déclaration d'une jeune plaignante en

¹²⁶*Ibid.*, 853.

¹²⁷*Ibid.*, 857 : «[D]'après les principes d'interprétation des lois, on doit supposer que le législateur est conscient du contexte social et historique dans lequel il manifeste son intention [...]» Pour une discussion de la *Mischief Rule*, voir *infra*, note 190.

¹²⁸*Young c. Young*, discussion, note 84.

¹²⁹Elle écrit notamment: «Lorsqu'ils mettent en oeuvre les objectifs de la Loi, que ce soit en envisageant la garde partagée ou en concevant une ordonnance d'accès, les tribunaux doivent, à mon sens, être conscients de l'écart entre l'idéal du partage des tâches parentales et la réalité sociale des décisions en matière de garde et de soin des enfants. Malgré la neutralité de la Loi, des forces telles que les taux de rémunération, les ghettos du marché de l'emploi et la socialisation des soins agissent encore de manière à amener nombre de femmes à "choisir" de se charger du soin des enfants durant le mariage et après le divorce.» : *id.*, 49. Et encore, plus loin, à la page 79: «Il est utile, à ce stade, d'examiner les données de la recherche quant aux effets que le divorce et les décisions en matière de garde et d'accès ont à long terme sur les enfants, afin d'évaluer les conséquences que pourrait entraîner l'adoption du critère du préjudice caractérisé eu égard au bien-être de l'enfant, et l'importance de conserver le critère du meilleur intérêt de l'enfant comme objectif global devant guider les décisions en la matière. Bien que ce domaine des sciences sociales reste encore relativement inexploré, les études effectuées sur les effets du divorce et le rôle des conflits dans la vie familiale ultérieure indiquent que les enfants souffrent souvent plus profondément du divorce qu'on ne le reconnaît généralement, et que ceux qui ont à vivre des conflits incessants après le divorce risquent de subir un grave préjudice à un moment donné.»

¹³⁰*R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419. Il est à noter que la juge L'Heureux-Dubé perd apparemment l'appui de la majorité des juges de la Cour lorsqu'elle considère comme élément contextuel pertinent le rapport de pouvoir entre les hommes et les femmes dans la question globale des agressions sexuelles. Voir aux pages 440 et 441: «Un autre élément qui doit rester à l'avant-plan de la présente analyse est l'inégalité inhérente du rapport de force qui existe entre l'agresseur et l'enfant qui en est victime. Les statistiques de l'Institut pour la prévention de l'enfance maltraitée révèlent que, au Canada, une fille sur quatre et un garçon sur dix seront victimes d'agression sexuelle avant l'âge de 18 ans (R. Bessner, «Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence» (1990), 79 C.R. (3d) 15, à la p. 16). Une autre préoccupation importante à mon avis, que certains collègues ne semblent pas partager si l'on en juge par leurs opinions concordantes,

matière d'agression sexuelle et le droit constitutionnel de l'accusé à une défense pleine et entière. «Au départ, écrit-elle, j'estime qu'il importe de rappeler le contexte dans lequel doivent être tranchées l'ensemble des questions soulevées dans le présent pourvoi.»¹³¹ Elle a discuté de statistiques et de données empiriques relatives aux traumatismes vécus par les enfants victimes d'agression sexuelle, pour conclure ainsi :

Il ressort en effet du contexte, ainsi que du cadre législatif, que le législateur s'est à bon droit préoccupé à un certain moment du traitement que le système judiciaire accorde aux enfants victimes de violence et des répercussions qu'a sur eux l'obligation de raconter à nouveau, devant le tribunal, des expériences difficiles, voire même horribles.¹³²

Écrivant cette fois au nom de la Cour, la juge L'Heureux-Dubé a pu par la suite, dans *Levogiannis*¹³³, intégrer par renvoi toute la discussion du contexte empirique relatif aux enfants victimes d'agression sexuelle à laquelle elle avait procédé dans *L. (D.O.)*¹³⁴. Notons que l'on justifie ici encore la nécessité d'une approche contextuelle en matière constitutionnelle par l'opinion de la juge Wilson dans *Edmonton Journal*.

Dans *Symes*¹³⁵, où ils s'agissait de savoir si le régime fiscal des frais de garde d'enfants respectait les droits à l'égalité des femmes, la juge L'Heureux-Dubé a écrit une opinion dissidente, ici aussi fortement marquée de préoccupations contextuelles empiriques. Elle a rappelé des données ayant mis en lumière l'évolution de la présence de jeunes femmes mères de famille sur le marché du

est l'inégalité du rapport de force liée au sexe de la victime et à celui de l'agresseur. Toutefois, on ne peut en faire abstraction si l'on tient compte des statistiques mentionnées ci-dessus et du fait que le rapport Badgley a observé que 98,8 pour 100 des auteurs présumés d'agression sexuelle contre des enfants sont de sexe masculin. De plus, le rapport Rogers (*À la recherche de solutions* (1990)) fait état de la persistance d'attitudes sociales selon lesquelles les femmes et les enfants sont encore considérés comme des objets sexuels et ensuite blâmés pour leur propre victimisation, qui en est le résultat (Rapport Rogers, aux pp. 13, 19 et 20). La question du sexe dans les cas d'enfants victimes d'agression sexuelle est souvent restée dans l'ombre (L. Clark, «Boys Will Be Boys: Beyond the Badgley Report» (1986), *2R.J.F.D.* 135, à la p. 137). On se borne en effet à souligner dans le rapport Badgley, sans autre commentaire ou analyse, que tous les assaillants dans une étude donnée étaient des adultes mâles. Clark cite, dans ses commentaires sur le rapport Badgley, de nombreux exemples où l'on n'a pas relevé le fait que les agresseurs sexuels étaient presque exclusivement de sexe masculin. Essentiellement, il semble que le problème, analysé par Clark, A. H. Young («Child Sexual Abuse and the Law of Evidence: Some Current Canadian Issues» (1992), *11 Rev. can. d. fam.* 1.1) et beaucoup d'autres auteurs, soit la non-reconnaissance du fait que la question des agressions sexuelles contre les enfants est étroitement liée à celle des agressions sexuelles contre les femmes dans leur ensemble, quel que soit leur âge.» (je souligne)

¹³¹ *Ibid.*, 438.

¹³² *Ibid.*, 472.

¹³³ R. c. *Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475.

¹³⁴ R. c. *L. (D.O.)*, précité, note 130.

¹³⁵ *Symes c. Canada*, précité, note 19.

travail¹³⁶. «C'est en tenant compte de ces statistiques et de ce témoignage d'expert, écrit-elle, que nous devons examiner si les frais de garde d'enfants peuvent être inclus dans la définition d'une dépense d'entreprise.»¹³⁷ Encore une fois, il s'agit pour elle de procéder à une analyse qui tienne compte du contexte¹³⁸. Les données empiriques sont ici clairement utilisées afin de «déconstruire» ce qui apparaît à première vue neutre, comme le type de dépenses d'entreprise généralement acceptées comme fiscalement déductibles.

À mon avis, écrit-elle, cette méthode "contextuelle" tente de s'attaquer au problème du privilège et de saisir la diversité des expériences humaines. Lorsque des questions sont examinées dans leur contexte, il devient évident que certaines présumées "vérités objectives" peuvent correspondre seulement à la situation d'un groupe donné dans la société et peuvent, en fait, être entièrement inadéquates relativement à la situation d'autres groupes. [...] L'application d'une méthode contextuelle différente peut avoir un effet différent qui affecte de façon importante l'issue d'un dossier comme celui-ci.¹³⁹

Dans *Willick*¹⁴⁰, une affaire d'interprétation des lois en matière de divorce, la juge L'Heureux-Dubé a poussé plus loin son approche empirique en tentant de justifier théoriquement l'utilisation judiciaire de données factuelles qui n'ont pas été présentées dans le respect des règles de preuve¹⁴¹. Il est cependant significatif que la justification ultime de l'utilisation de données empiriques portant sur la question du divorce soit encore ici la méthode contextuelle développée par la juge Wilson. La juge L'Heureux-Dubé rappelle en effet que «la Cour a abordé la règle de droit dans une perspective contextuelle et non dans l'abstrait, d'un point de vue pratique et non d'un point de vue théorique»¹⁴², citant comme autorité l'affaire *Edmonton Journal*. Le glissement est apparent: la méthode contextuelle est ici associée à une approche pratique plutôt que théorique, ce qu'elle n'était pas nécessairement au départ, la discussion de valeurs qu'elle comprend pouvant être tout à fait théorique.

La juge L'Heureux-Dubé n'est pas la seule parmi les juges de la Cour suprême à avoir participé au développement empirique de la méthode

¹³⁶ Elle écrit notamment: «Selon les prévisions actuelles, d'ici l'an 2000, au moins 88 pour 100 des femmes entre 25 et 34 ans seront sur le marché du travail. Cet accroissement est particulièrement remarquable puisque ce sont les femmes de ce groupe d'âge qui sont le plus susceptibles d'avoir de jeunes enfants à la maison, et d'avoir besoin de services de garde.» : *ibid.*, 793.

¹³⁷ *Ibid.*, 793.

¹³⁸ À cet égard, je suis d'accord avec l'analyse sérieuse et approfondie que le juge Cullen fait des questions complexes soulevées en l'espèce, analyse qui, à la fois, reconnaît l'évolution de la structure de notre société et exige que les lois soient interprétées en fonction du contexte et non dans l'absolu (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1355).» : *id.*, 793.

¹³⁹ *Ibid.*, 826 et 827.

¹⁴⁰ *Willick c. Willick*, précité, note 3.

¹⁴¹ Pour une discussion de cette question, voir D. Pinard, «La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel», (1997) 31 *R.J.T.* 315, 358 et suiv.

¹⁴² *Willick c. Willick*, précité, note 3, 703.

contextuelle. Par exemple, le juge La Forest l'a certes fait dans *RJR-MacDonald*¹⁴³, tout comme les juges Bastarache et Gonthier dans *Thomson Newspapers*¹⁴⁴.

Dans *RJR-MacDonald*¹⁴⁵, dans une opinion dissidente, le juge La Forest a souligné d'entrée de jeu l'importance d'adopter une démarche contextuelle aux fins d'une analyse des justifications aux atteintes aux droits effectuée en vertu de l'article premier de la *Charte*¹⁴⁶. Parmi les éléments contextuels jugés pertinents¹⁴⁷, le juge La Forest a longuement étudié la nature et l'étendue des problèmes de santé publique reliés à l'usage du tabac, questions hautement empiriques¹⁴⁸.

Dans *Thomson Newspapers*¹⁴⁹, le juge Bastarache a lui aussi insisté sur l'importance d'accorder une grande attention au contexte dans l'analyse fondée sur l'article premier, notamment par un «examen approfondi de la nature du problème social en cause»¹⁵⁰. Il a donné comme exemples de facteurs contextuels à considérer à cet égard «la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger», «les craintes subjectives et la crainte de préjudice entretenue par ce groupe», et «l'incapacité de mesurer scientifiquement le préjudice particulier en cause ou l'efficacité d'une réparation»¹⁵¹, autant de questions empiriques.

C'est en fait et surtout le juge Gonthier, dans une opinion dissidente, qui a mis en oeuvre dans cette affaire une approche contextuelle empirique. En effet, il commence son jugement par une section intitulée «Introduction et contexte historique», dans laquelle il procède à une analyse fouillée de la question des sondages en contexte électoral et des diverses études auxquelles la question a donné lieu. Cette section, plantant d'entrée de jeu un décor empirique, donne le ton à toute l'analyse qui suit.

¹⁴³ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 3.

¹⁴⁴ *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 33.

¹⁴⁵ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 3.

¹⁴⁶ *Ibid.*, par. 63.

¹⁴⁷ Il a aussi étudié le type d'expression en cause, soit la publicité relative à un produit nocif et dans un but de faire du profit, afin de déterminer la valeur à lui accorder dans le cadre de l'analyse en vertu de l'article premier (*id.*, par. 75). Il s'agit ici du volet jugement de valeurs de la méthode contextuelle.

¹⁴⁸ Il écrit notamment: «À mon avis, la nature et l'étendue des problèmes de santé reliés à l'usage du tabac sont tout à fait pertinents relativement à l'analyse fondée sur l'article premier, tant aux fins de la détermination du critère approprié de justification que dans l'appréciation de la preuve pertinente. À cet égard, il est essentiel de se rappeler que la dépendance au tabac est un phénomène unique et assez compliqué. Même si les effets nocifs du tabac sont de plus en plus connus, près du tiers de la population continue de fumer de façon régulière. [...] Cependant, malgré l'absence d'explications scientifiques concluantes des causes de la dépendance au tabac, il existe des éléments de preuve clairs sur les effets sociaux préjudiciables du tabac.» : *id.*, par. 66.

¹⁴⁹ *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 33.

¹⁵⁰ *Ibid.*, par. 87.

¹⁵¹ *Ibid.*, par. 90.

La méthode contextuelle a ainsi donné lieu à — et justifié — une méthode empirique de bon aloi. Nous sommes tous réalistes aujourd'hui, et l'approche prônant une nécessaire insertion du droit dans son contexte social n'a plus vraiment de détracteurs.

Ce qui en surprend plusieurs, et en choque certains, c'est en fait l'apparence de liberté judiciaire absolue qui semble se dégager de ces décisions à saveur empirique. Comme si l'incursion dans le monde du «contexte» libérait les juges de toute contrainte, ou plutôt comme si nos outils de juristes perdaient toute emprise sur une méthode relevant apparemment de règles totalement étrangères à celles présidant à la preuve des faits, si règles il y a. Un peu comme si on nous disait: le monde est tel, donc voici comment on doit interpréter la règle de droit. Ou encore le monde est tel, donc on devra faire preuve de retenue, ou, au contraire, on sera particulièrement exigeant quant à la preuve requise.

Or, d'où provient le diagnostic sur le monde? Quelles sont les sources d'informations qui l'alimentent? Et quel genre d'impératifs dicte la conséquence qu'on en fait découler pour le droit? Ces questions deviennent carrément angoissantes quand le contexte est traité séparément, formellement, comme un donné abstrait, un *a priori* apparemment indiscutable.

B. *Un contexte réifié: étudier le contexte avant d'analyser la preuve*

Poussée à ses limites, la valorisation de la méthode contextuelle mène à des décisions judiciaires qui peuvent apparaître entièrement déterminées par l'étude du contexte. Comme si la méthode contextuelle avait créé un monstre, le «contexte», qui peut maintenant, et à lui seul, constituer l'élément clé de la résolution de litiges constitutionnels.

Et si le «contexte» devient aussi puissant, on est en droit de s'interroger sur les règles qui président à sa détermination, le cas échéant. On entre ici dans une zone d'ombre.

Les affaires *RJR-MacDonald*¹⁵² et *Thomson Newspapers*¹⁵³ illustreront mon propos.

Dans *RJR-MacDonald*¹⁵⁴, on l'a vu, le juge La Forest a commencé son analyse des limites raisonnables permises en vertu de l'article premier par un long développement consacré à l'étude du contexte. À cet égard, l'erreur du juge de première instance a d'ailleurs consisté, selon le juge La Forest, à ne pas tenir compte du contexte spécifique de la cause¹⁵⁵. La nature de la loi et le caractère du droit atteint sont présentés comme les deux éléments contextuels principaux, qui permettront de déterminer les exigences de preuve sous l'article premier.

¹⁵² *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 3.

¹⁵³ *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 33.

¹⁵⁴ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 3.

¹⁵⁵ *Ibid.*, par. 64.

L'étude de la nature de la loi amène le juge La Forest à se préoccuper de questions empiriques telles le phénomène du tabagisme, les problèmes de santé et les effets sociaux préjudiciables reliés à l'usage du tabac. L'analyse de l'importance de l'expression atteinte en l'espèce sera plus de la nature du jugement de valeurs, quoique appuyée sur des données factuelles, comme les budgets de publicité des fabricants de tabac. L'analyse du contexte de l'espèce a amené le juge La Forest à conclure à la nécessité «de faire preuve de souplesse dans la justification au regard de l'article premier»¹⁵⁶, et à se satisfaire à cet égard de la démonstration du motif rationnel qu'avait le Parlement lors de l'adoption des dispositions contestées¹⁵⁷.

Ce qui peut surprendre, et inquiéter, ici, c'est le caractère formel, voire artificiel, d'un traitement distinct et préalable de la question du contexte. Et l'influence apparemment déterminante de la conclusion sur le contexte à l'égard de la décision constitutionnelle à rendre. On peut avoir l'impression que la décision judiciaire ultime est déjà toute dessinée à cette étape de l'élaboration du contexte¹⁵⁸. Or, et il le précise, le juge La Forest procède à cette étude du contexte avant d'aborder les étapes analytiques du test de l'arrêt *Oakes*¹⁵⁹, et «avant [même] de procéder à l'analyse de la preuve déposée au procès»¹⁶⁰. L'analyse contextuelle ne risque-t-elle pas de prendre, en réalité, la place de la décision constitutionnelle, d'en devenir le moment clé et déterminant¹⁶¹? Ce

¹⁵⁶ *Ibid.*, par. 77.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ C'est certainement la perception qu'a eue le juge McLachlin, qui écrit : «Cependant, bien que la loi contestée doive être examinée dans son contexte social et économique, la jurisprudence n'indique aucunement que l'analyse contextuelle diminue l'obligation qu'a l'État de démontrer que la restriction des droits est raisonnable et justifiée. Le contexte est essentiel dans la détermination de l'objectif législatif et de la proportionnalité, mais on ne peut pousser son importance à l'extrême et considérer ainsi la loi contestée comme un phénomène socio-économique unique, dont le Parlement est réputé le meilleur juge. On se trouverait ainsi à atténuer l'obligation imposée au Parlement de justifier les restrictions qu'il apporte aux droits garantis par la *Charte*, et à remplacer la démonstration raisonnée envisagée par la *Charte* par l'exercice du pouvoir discrétionnaire ad hoc d'un tribunal.» : *id.*, par. 134.

¹⁵⁹ *R. c. Oakes*, précité, note 20.

¹⁶⁰ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 3, par. 64 : «En conséquence, avant de procéder à une analyse de la preuve déposée au procès, j'estime nécessaire d'examiner plus en détail la nature de la loi et celle du droit auquel elle porte atteinte.» (je souligne). Voir, dans le même sens, l'opinion dissidente dans *R. c. Sharpe*, précité, note 11, par. 156 : «Avant d'appliquer directement le critère de l'arrêt *Oakes*, il faut examiner les facteurs contextuels énoncés dans *Thomson Newspapers* [...]»

¹⁶¹ Voir, dans le même sens, l'opinion de Madame la juge McLachlin, dissidente en partie dans *R. c. Lucas*, précité, note 94, par. 115 : «Dans l'analyse fondée sur l'article premier, il peut être utile, au départ, d'examiner la relation de l'expression en cause avec les valeurs centrales de l'al. 2b), afin d'identifier le contexte de l'analyse qui suit. Il faut toutefois prendre soin d'éviter que l'examen du contexte supplante l'analyse elle-même. Si on permet que la faible valeur apparente de l'expression abaisse le seuil de justification dès le début de l'analyse fondée sur l'article premier, on court le risque que la rigueur intellectuelle du critère de l'arrêt *Oakes* soit minée par la conclusion subjective d'un juge

qui inquiète, c'est l'absence de règles présidant à cette détermination du contexte. Si cette étape est préalable, autonome, antérieure à l'analyse de la preuve, de quelles sources d'informations procède-t-elle, tant en ce qui concerne le volet factuel que celui relatif aux jugements de valeurs, que l'on sait inhérents à l'analyse contextuelle? S'agit-il ici d'une sphère de raisonnement judiciaire absolument libre, discrétionnaire? Si c'est le cas, et à l'extrême, on découvre ici une façon élégante et d'allure avant-gardiste de se débarrasser de toute contrainte en matière de décision constitutionnelle¹⁶².

Dans *Thomson Newspapers*¹⁶³, les juges Gonthier et Bastarache traitent aussi l'établissement du contexte en matière constitutionnelle comme une étape distincte et préalable. Le juge Bastarache en parle; le juge Gonthier le fait. Les règles applicables à la détermination du contexte demeurent cependant tues. Le juge Gonthier, on l'a vu, aborde d'entrée de jeu la question du contexte des sondages en matière électorale, y consacrant une section première, antérieure à son analyse de la preuve¹⁶⁴. Le décor est planté, et donne le ton au reste de l'opinion. Le juge Bastarache, de son côté, écrit que la qualification du contexte doit précéder l'analyse en vertu de l'article premier, puisqu'elle «a une incidence sur l'ensemble de l'analyse fondée sur l'article premier»¹⁶⁵.

que l'expression en cause a peu de valeur. L'analyse fondée sur l'article premier risque alors de porter uniquement sur ce que pense un juge donné de l'expression, court-circuitant ainsi l'analyse coûts-avantages proposée dans l'arrêt *Oakes*. Au lieu d'insister pour que la restriction imposée au droit soit justifiée par une préoccupation urgente, qu'elle ait un lien rationnel avec l'objectif visé et qu'elle soit suffisamment modérée, le juge peut au contraire estimer que la faible valeur de l'expression permet de remédier à toute lacune à ces égards et de justifier la restriction en cause. La conclusion initiale que l'expression n'a qu'une faible valeur est donc susceptible de dicter indirectement la conclusion à tirer lors des étapes subséquentes de l'analyse.»

¹⁶² *Contra* : S.M. Sugunasiri, *loc. cit.*, note 2, qui présente la méthode contextuelle comme une garantie de «judicial accountability».

¹⁶³ *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 33.

¹⁶⁴ La première partie de son opinion, qui porte la rubrique «Introduction et contexte historique», débute ainsi : «Au cours de l'histoire politique récente, les sondages ont eu une incidence considérable sur les stratégies des candidats et sur les politiques gouvernementales. Ils sont devenus une caractéristique permanente de la vie politique canadienne. On affirme que les sondages tendent à réduire le discours politique au plus petit dénominateur commun : des principes sont sacrifiés en échange de quelques points de pourcentage [...]. Les sondages tendent à remplacer le débat des enjeux et à court-circuiter le processus démocratique [...]» : *id.*, par. 2.

¹⁶⁵ *Ibid.*, par. 88. Il écrit aussi : «Il importe également de qualifier le contexte de la disposition contestée pour déterminer le type de preuve que le tribunal peut demander au législateur d'apporter pour justifier ses mesures au regard de l'article premier. [...] [L]e problème auquel la loi tente de remédier risque d'avoir une incidence sur le degré de respect dont le tribunal devrait faire preuve à l'égard du choix du Parlement.» Voir, dans le même sens, l'opinion dissidente dans *R. c. Sharpe*, précité, note 11, par. 157 : «Pour déterminer le degré de retenue auquel a droit le législateur au cours des diverses étapes de l'analyse fondée sur l'article premier, il importe de procéder à un examen du contexte factuel, législatif et social de la disposition contestée et de la nature du droit auquel il est porté atteinte.», et la conclusion, au par. 192 : «L'évaluation de chacun des facteurs contextuels démontre qu'il est justifié, en l'espèce, de faire montre d'une plus grande retenue envers le législateur.»

Ce dernier reprend cette position dans *M. c. H.*¹⁶⁶, abordant l'étude d'un certain nombre de facteurs contextuels préalablement à son analyse en vertu de l'article premier¹⁶⁷. Il aborde à cette étape initiale l'analyse d'études de sciences sociales. La majorité de la Cour, sous la plume du juge Iacobucci, semble cependant prendre ses distances face à l'approche du juge Bastarache. Tout d'abord, et clairement, la Cour rejette l'idée selon laquelle le degré de retenue dont elle doit faire preuve dans son analyse des limites raisonnables peut être déterminé d'emblée, en tout début d'analyse: la question de la retenue sera tranchée à chaque étape, en fonction de la preuve pertinente¹⁶⁸. En conséquence, ayant, si l'on veut, décentralisé l'analyse du degré de retenue, la Cour semble reléguer au simple statut de possibilité la discussion initiale du contexte. «Il peut également arriver, écrit le juge Iacobucci, qu'une discussion du contexte soit appropriée au début de l'analyse fondée sur l'article premier, selon la nature de la preuve en cause, pour qu'il soit plus facile d'y faire référence quand on franchit par la suite les différentes étapes de l'analyse fondée sur l'article premier [...]»¹⁶⁹

Il faudra surveiller l'éventuel développement d'une tendance à traiter de la question du contexte de façon quelque peu formaliste, dans un chapitre distinct et techniquement préalable à l'analyse juridique en tant que telle. L'avènement d'une telle tendance serait ironique, dans la mesure où une des justifications de la méthode contextuelle est justement, a-t-on écrit, qu'elle évite le piège du formalisme¹⁷⁰.

Il demeure que l'explicitation préalable du contexte, de façon à jeter un éclairage déterminant sur l'ensemble de l'analyse, ne fait peut-être que rendre visible un phénomène qui a inévitablement lieu dans tout raisonnement juridique. En effet, en dehors de toute connotation rhétorique, n'est-il pas indéniable que la perception que l'on a du contexte d'une affaire influe, et a toujours influé sur l'analyse du droit et des faits pertinents? Un mérite de l'aspect de la méthode contextuelle que je viens d'analyser serait peut-être celui de la transparence. Une candeur souhaitable, qui faciliterait la visibilité du développement du droit et l'intelligibilité de ses justifications¹⁷¹.

¹⁶⁶ *M. c. H.*, précité, note 23.

¹⁶⁷ *Ibid.*, par. 294: «Il faut tenir compte d'un certain nombre de facteurs contextuels pour déterminer le degré de retenue dont il convient de faire preuve à l'égard du législateur au cours des diverses étapes inhérentes à l'analyse fondée sur l'article premier.»

¹⁶⁸ *Ibid.*, par. 79 et 80: «La question de la retenue, en conséquence, est étroitement liée à la nature de la demande ou des preuves en cause et non à l'application générale du critère relatif à l'article premier; elle ne peut être abordée qu'en rapport avec ces demandes ou preuves particulières et non dès le début de l'analyse. [...] [L]a question de la retenue ne peut être tranchée avant qu'on ne se soit livré à ces analyses particulières [à chacune des étapes du critère relatif à l'article premier].»

¹⁶⁹ *Ibid.*, par. 80.

¹⁷⁰ Voir *infra*, note 209.

¹⁷¹ On peut rattacher cette préoccupation à ce qu'écrivait le juge L'Heureux-Dubé dans 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, précité, note 10, par. 158, à propos de l'importance du contexte pour l'interprétation des lois: «Avec l'évolution que connaît notre droit dans la foulée de l'adoption des Chartes, avec la reconnaissance

2. *La méthode contextuelle comme méthode d'interprétation*

Dans sa formulation initiale, la méthode contextuelle n'est pas présentée comme une méthode d'interprétation en tant que telle, comme inhérente à une activité d'interprétation de textes constitutionnels ou de lois ordinaires. Il s'agit plutôt d'une méthode d'analyse et de raisonnement, d'une approche de principe dans le cadre du contentieux constitutionnel, qui veut que chacune des étapes de l'analyse se réalise à la lumière des contextes factuel et axiologique pertinents.

Or, au cours de son évolution, la méthode contextuelle de la juge Wilson semble avoir progressivement acquis le statut de méthode d'interprétation consacrée. Ce faisant, la légitimité de la première bénéficie à la seconde, de telle sorte que sera facilitée une grande liberté d'investigation pour les fins de l'interprétation de textes constitutionnels, ou même de simples lois. Le phénomène est cependant réciproque, puisque le statut de méthode d'interprétation consacrée dédramatise en quelque sorte la méthode contextuelle de la juge Wilson, range une approche progressivement devenue peu orthodoxe parmi les outils traditionnels des juges; le vocable rassure puisqu'il se rapporte à l'activité quotidienne et habituelle de ces dernières.

On trouve, dans l'arrêt *Wholesale Travel Group Inc.*¹⁷², une des premières formulation explicite de la méthode contextuelle comme principe d'interprétation. On y fait référence à «[u]ne méthode contextuelle d'interprétation de la *Charte*»¹⁷³. Dans *Généreux*¹⁷⁴, on décrit la méthode contextuelle comme «un principe d'interprétation constitutionnelle d'une importance capitale»¹⁷⁵. Dans *Symes*¹⁷⁶, le juge Iacobucci rappelle, au

grandissante de la pluralité des perspectives - par exemple, la perspective autochtone - je crois que l'époque des prémisses sous-jacentes dissimulées est maintenant révolue. À mon avis, il faut mettre en lumière ces prémisses afin de favoriser la cohérence de notre droit et l'intégrité de notre système judiciaire.»

¹⁷² R. c. *Wholesale Travel Group Inc.*, précité, note 55.

¹⁷³ Il s'agit en fait d'une rubrique: «Une méthode contextuelle d'interprétation de la *Charte*».

¹⁷⁴ R. c. *Généreux*, précité, note 55.

¹⁷⁵ L'approche ou méthode contextuelle est un principe d'interprétation constitutionnelle d'une importance capitale sur lequel nombre d'arrêts de notre Cour se sont appuyés.» : *id.*, 320 (la juge L'Heureux-Dubé, dans une opinion dissidente). Voir aussi, pour la présentation de la méthode contextuelle comme méthode d'interprétation: le juge Sopinka dans *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité, note 76, 732: «L'importance d'une méthode contextuelle d'interprétation de l'art. 7 [...]»; *Symes c. Canada*, précité, note 19, 793, la juge L'Heureux-Dubé: «que les lois soient interprétées en fonction du contexte et non dans l'absolu»; le juge Iacobucci: «Ces documents visaient plutôt à établir un contexte d'interprétation de la *Loi*» (p. 772); le juge Sopinka dans *R. c. Laba*, précité, note 12, par. 66 «Il est maintenant bien établi que la *Charte* doit être interprétée en fonction du contexte dans lequel elle s'applique.»

¹⁷⁶ *Symes c. Canada*, précité, note 19.

nom de la majorité, l'importance de la considération du contexte aux fins de l'interprétation des lois¹⁷⁷.

L'affaire *Willick*¹⁷⁸ met en lumière une certaine tension entre la méthode contextuelle de la juge Wilson et ce qui en est une version plus orthodoxe comme méthode d'interprétation. On se souviendra que c'est dans cette affaire que, s'autorisant de la méthode contextuelle, la juge L'Heureux-Dubé a utilisé une information empirique importante afin de situer la *Loi sur le divorce* dans un contexte factuel global. Au nom de la majorité, le juge Sopinka lui répond qu'il est, lui aussi, favorable à l'interprétation contextuelle de la loi, et que c'est d'ailleurs et justement l'exercice auquel il s'est livré en l'espèce¹⁷⁹, en considérant «le contexte de la *Loi sur le divorce*, de la loi qui l'a précédée et des principes dégagés dans la jurisprudence»¹⁸⁰. La juge L'Heureux-Dubé réplique à son tour que les règles «ordinaires» d'interprétation des lois sont en l'espèce insuffisantes, et qu'il est nécessaire d'examiner le contexte et les réalités sociales, notamment afin d'évaluer si une interprétation est conforme aux valeurs de la *Charte*¹⁸¹.

Cette divergence de vue illustre deux questions reliées. D'une part, on peut comprendre de deux façons le contexte pertinent aux fins de l'interprétation des lois: il peut s'agir du contexte d'énonciation de la norme juridique qui permet

¹⁷⁷ «Bien que divers documents aient été présentés à notre Cour aux fins d'une analyse fondée sur l'article premier (les livres blancs, le compte rendu officiel des débats et des rapports sur la garde des enfants mentionnés devant la Cour d'appel fédérale), la plupart ne se rapportaient pas spécifiquement à l'article premier de la *Charte*. Ces documents visaient plutôt à établir un contexte d'interprétation de la *Loi*. Comme l'a souligné notre Cour dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 695, les tribunaux ne devraient pas être devant un vide factuel lorsqu'il faut déterminer l'objectif législatif de la disposition attaquée.»: *id.*, 772 et 773.

¹⁷⁸ *Willick c. Willick*, précité, note 3.

¹⁷⁹ *Ibid.*, 679 : «Je ne suis pas en désaccord avec ma collègue quant à l'opportunité d'une approche contextuelle de l'interprétation des dispositions de la loi. J'ai d'ailleurs adopté cette approche dans mes motifs.»

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*, 707: «Après avoir rédigé cette opinion, j'ai lu les motifs de mon collègue le juge Sopinka. En toute déférence, pour les motifs qui précèdent, je ne saurais accepter que les dispositions de la *Loi sur le divorce* en cause dans ce pourvoi soient interprétées sans égard à leur contexte social et sans considération des réalités sociales incontestables dans lesquelles s'insère la *Loi*. Par conséquent, je préfère ne pas me confiner aux règles "ordinaires" d'interprétation des lois pour déterminer l'interprétation qu'il convient de donner à la loi ici en cause et l'application qu'il convient d'en faire. Le fait que les règles "ordinaires" d'interprétation des lois aient conduit à une conclusion identique à celle de mon collègue en l'espèce est un résultat plus fortuit que probant quant à la valeur réelle de ces règles, et assurément moins fiable. En termes simples, les règles "ordinaires" d'interprétation des lois que favorise mon collègue ne tiennent pas suffisamment compte de la mesure dans laquelle une interprétation donnée est conforme aux valeurs véhiculées par la *Charte*. Bien que les règles "ordinaires" d'interprétation des lois aient subi l'épreuve du temps et soient incontestablement dignes de respect, nous ne pouvons permettre qu'elles nous engagent, sans discussion, dans une voie qui risque de s'écarter de la *Charte* ou d'en miner l'importance.»

de reconstituer l'intention historique la sous-tendant, ou encore du contexte d'application, intéressé celui-là par les effets pratiques et concrets des diverses interprétations possibles de la norme. D'autre part, ce que l'on peut qualifier de méthode d'interprétation contextuelle variera considérablement selon la vision plus ou moins large du «contexte», ce dernier pouvant aller du simple environnement juridique immédiat aux données sociales les plus larges.

On doit souligner que l'on a traditionnellement reconnu l'importance du contexte à des fins d'interprétation des lois. Par exemple, Elmer A. Driedger, dans l'édition de 1983 de son ouvrage intitulé *Construction of Statutes*¹⁸², formulait ainsi ce qui était selon lui le principe moderne d'interprétation des lois:

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.¹⁸³

On le voit, Driedger soulignait entre autres l'importance de tenir compte du contexte des mots de la loi à des fins d'interprétation. Cette citation est par la suite devenue un classique, et a été régulièrement reprise par les tribunaux¹⁸⁴. Dans *Sharpe*¹⁸⁵, par exemple, la juge en chef McLachlin, au nom de la majorité, a écrit que le propos tenu par Driedger dans l'édition de 1983 était encore celui qui exprimait le mieux la démarche d'interprétation des lois à adopter¹⁸⁶.

La reconnaissance de la pertinence du contexte à des fins d'interprétation des lois n'est donc pas récente, et précède de toute évidence l'affaire *Edmonton Journal* qui nous intéresse ici. La doctrine, comme la jurisprudence, ont depuis longtemps souligné que le sens des mots dépend en grande partie du contexte dans lequel on les retrouve¹⁸⁷. Il s'agit ici du contexte d'énonciation de la norme. Dès la première édition de son ouvrage, Pierre-André Côté utilisait déjà, à cet égard, l'expression «interprétation contextuelle»¹⁸⁸. La doctrine moderne

¹⁸²E.A. Driedger, *op. cit.*, note 17.

¹⁸³*Ibid.*, 87 (mes italiques).

¹⁸⁴Voir, par exemple, *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.

¹⁸⁵*R. c. Sharpe*, précité, note 11.

¹⁸⁶*Ibid.*, par. 33, la juge en chef McLachlin pour la majorité.

¹⁸⁷Voir, par exemple: P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 355: «Sans aller jusqu'à prétendre que les mots n'ont pas de sens en eux-mêmes, on doit admettre cependant que leur sens véritable dépend partiellement du contexte dans lequel ils sont employés.» Sullivan réfère au «contextual principle», à propos duquel elle écrit: «The meaning of a word depends on the context in which it is used. This basic principle of communication applies to all texts including legislation. It is reflected in the fundamental principle of statutory interpretation that to understand the meaning of legislation, the words of the text must be read in context.»: R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1994, p. 193.

¹⁸⁸P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982, p. 266, à propos de la maxime *noscitur a sociis*. Voir, pour des exemples d'interprétation contextuelle de type traditionnel antérieurs à la méthode contextuelle de *Edmonton*

opte d'ailleurs pour une définition de contexte qui couvre un champ considérable, allant du simple contexte immédiat des autres dispositions de la loi au contexte social plus large¹⁸⁹. En réalité, cependant, en dehors des cas d'application de la *mischieff rule*¹⁹⁰, la jurisprudence s'est plutôt limitée à une notion juridique de contexte d'énonciation, comme en fait foi l'échange entre les juges Sopinka et L'Heureux-Dubé dans *Willick*, qui fait notamment dire à cette dernière que la méthode contextuelle qu'elle préconise se situe en marge des «règles ordinaires» d'interprétation¹⁹¹. Le mouvement créé par la méthode contextuelle de la juge Wilson donne cependant un souffle nouveau à l'importance du contexte à des fins d'interprétation des lois, en permettant notamment de se

Journal, précité, note 7: R. c. *Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, 626 (où la juge Wilson fait allusion à la détermination du «sens contextuel» du terme d'une loi.); R. c. *Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941 (où la juge Wilson fait de l'«interprétation contextuelle» de dispositions du *Code criminel*); *FIOE c. Alberta Government Telephones*, [1989] 2 R.C.S. 318; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, 556, où la Cour désigne le *Code civil du Québec* comme «la première source "contextuelle" à consulter dans l'interprétation de termes généraux employés dans la *Charte québécoise*».

¹⁸⁹Voici ce qu'écrit Pierre-André Côté à propos du contexte d'une loi à interpréter: «Mais de quoi parle-t-on quand on réfère au "contexte global" dans lequel s'insère le texte de loi? Il s'agit, d'abord, de l'environnement légal d'une disposition, des autres dispositions de la loi, des lois connexes, des autres règles du système juridique. C'est le contexte au sens étroit. Le contexte d'énonciation d'une disposition inclut cela, mais bien davantage: il comprend toutes les idées liées au texte que le législateur peut présumer suffisamment connues des justiciables pour se dispenser d'avoir à les exprimer. Ces idées peuvent être relatives aux circonstances qui ont amené l'énonciation du texte, à l'objet qu'il cherche à accomplir, aux valeurs auxquelles le législateur est attaché, à ses habitudes d'expression, et ainsi de suite.»: P.-A. Côté, *op. cit.*, note 187, p. 356. Ruth Sullivan écrit, fort éloquentement: «In its broadest sense the context includes anything that contributes to a text's meaning, other than the text itself.»: R. Sullivan, *op. cit.*, note 187, p. 193. Elle précise que cette notion de contexte pertinent à des fins d'interprétation comprend notamment: «all the knowledge, beliefs, theories, data, assumptions, values, conventions, practices and norms that are drawn on by legislatures in formulating legislation and by interpreters in reading and applying it.» (p. 195).

¹⁹⁰La *mischieff rule* est ce principe en vertu duquel l'interprète des lois devra favoriser l'interprétation qui favorise la solution législative, et non la perpétuation du problème identifié (voir P.-A. Côté, *op. cit.*, note 187, p. 476 et suiv.). Elle a un fondement factuel, en ce qu'elle requiert une évaluation de ce problème auquel le législateur souhaitait apporter une solution. Voir l'opinion du juge La Forest dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, 53, qui écrit, à propos de la règle voulant qu'une loi puisse s'appliquer à la Couronne si le contexte le requiert: «On ne doit cependant pas effectuer cette analyse dans l'abstrait. En conséquence, il ne faudrait pas interpréter le "contexte" pertinent de façon trop restreinte. Le contexte doit plutôt englober les circonstances qui ont donné lieu à l'adoption de la loi et la situation qu'elle voulait corriger.» Pour une discussion de cette *mischieff rule* comme possible justification d'une connaissance d'office élargie en contexte constitutionnel, voir D. Pinar, *loc. cit.*, note 141, 338 et suiv.

¹⁹¹Voilà, pour une étrange discussion de la considération du contexte à des fins d'interprétation des lois, l'arrêt R. c. *McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 22, où le juge Lamer, pour la majorité, affirme que «l'analyse contextuelle se fonde au départ sur l'intention du législateur», et que cette analyse est donc inapplicable dans les cas où il est impossible de cerner cette intention du législateur.

préoccuper à la fois de l'énonciation et de l'application de la norme à la lumière d'un contexte social plus large, lui conférant même l'appellation de «méthode contextuelle d'interprétation», titre de noblesse nouvellement acquis dans la jurisprudence.

Peu après *Willick*¹⁹², le juge Gonthier a pu, au nom de la majorité, faire allusion à l'importance de tenir compte du «contexte interprétatif» aux fins de déterminer un éventuel problème d'inconstitutionnalité pour cause d'imprécision¹⁹³. Le juge L'Heureux-Dubé a pu par la suite faire référence à «la méthode contextuelle moderne» comme «méthode normative standard d'interprétation judiciaire», et ce à propos de l'interprétation d'un contrat¹⁹⁴. Mine de rien, non seulement la méthode contextuelle acquiert-elle le statut de méthode d'interprétation, mais elle devient même le standard ...

¹⁹² *Willick c. Willick*, précité, note 3.

¹⁹³ *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 47: «Lorsqu'un tribunal est appelé à analyser une prétention d'imprécision, il doit d'abord circonscrire tout le contexte interprétatif entourant la disposition attaquée. Il doit procéder ainsi parce qu'il lui faut déterminer si la disposition fournit un fondement suffisant pour établir une distinction entre une conduite permise et une conduite prohibée, ou pour délimiter une "sphère de risque". Il n'est pas nécessaire de procéder à une délimitation judiciaire stricte puisque, comme je l'ai déjà mentionné, il s'agit de déterminer si la loi fournit un guide suffisant pour un *débat judiciaire* en ce qui a trait à l'*étendue* de la conduite prohibée. Pour pouvoir dire s'il y a possibilité d'un *débat judiciaire*, le tribunal doit d'abord entreprendre le processus d'interprétation qui est inhérent au "rôle de médiateur" du pouvoir judiciaire (*Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 641). La question de l'imprécision ne doit pas être examinée dans l'abstrait, mais plutôt être appréciée dans un contexte interprétatif plus large élaboré dans le cadre d'une analyse de certains aspects tels que l'objectif, le contenu et la nature de la disposition attaquée, les valeurs sociales en jeu, les dispositions législatives connexes et les interprétations judiciaires antérieures de la disposition. C'est uniquement après s'être acquitté intégralement de son rôle d'interprétation qu'un tribunal est en mesure de déterminer si la disposition attaquée fournit un guide suffisant pour un *débat judiciaire*.», et au par. 79: «Comme je l'ai déjà dit, le tribunal a pour premier rôle de déterminer le contexte interprétatif intégral qui entoure la loi, puisque l'imprécision ne peut être établie qu'une fois que le tribunal épuise les possibilités se rattachant à sa fonction d'interprétation. S'il est possible de procéder à une interprétation judiciaire, alors la loi attaquée n'est pas imprécise. Une loi ne peut être déclarée d'une imprécision inconstitutionnelle que lorsque le tribunal, après avoir épuisé le processus, conclut qu'il est impossible d'en dégager une interprétation.»

¹⁹⁴ *Banque Manuvie du Canada c. Conlin*, précité, note 3. Voir aussi *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, précité, note 3, par. 2, où la juge L'Heureux-Dubé écrit: «Les tribunaux doivent généralement utiliser la "méthode contextuelle moderne" comme méthode normative standard d'interprétation des lois et ils peuvent exceptionnellement recourir à l'ancienne règle du "sens ordinaire" quand les circonstances s'y prêtent.» Elle ajoute des éléments de définition, au par. 5: «Ainsi, après avoir examiné les dispositions dans leur contexte immédiat, la Loi dans son ensemble, le contexte externe et les incidences en matière de politique générale, mon collègue est arrivé à une interprétation contextuelle de l'expression "habile à voter". [...] En toute déférence [...], la démarche adoptée par le juge Iacobucci ne constitue pas une application de la méthode du "sens ordinaire": en fait, c'est la "méthode contextuelle moderne" d'interprétation des lois qui est utilisée en l'espèce.» La juge L'Heureux-Dubé adopte ici la formulation de la règle moderne d'interprétation que l'on retrouve dans la 3e édition de l'ouvrage de Driedger, préparée par Ruth Sullivan, et qui prévoit notamment des critères de plausibilité, d'efficacité et

Enfin, et au nom de la Cour cette fois, la juge L'Heureux-Dubé a récemment pu affirmer que «[d]e plus en plus, les tribunaux reconnaissent que la méthode d'interprétation contextuelle s'applique à toutes les lois, même celles qui ne sont pas à caractère constitutionnel»¹⁹⁵.

Une méthode d'interprétation est-elle née pour autant? Pas vraiment. Ce qui semble nouveau, c'est l'ampleur du contexte pertinent à des fins d'interprétation, et la reconnaissance de l'importance du contexte social d'application de la norme. Et persiste toujours le mystère qui préside quant aux règles de son établissement.

Conclusion

Malgré ses humbles origines¹⁹⁶, la méthode contextuelle a été appelée aux plus hauts sommets. Son développement fulgurant¹⁹⁷ s'explique certainement en partie par sa correspondance à un mouvement social plus large, par l'autorité respective de son auteure et de sa principale défenderesse, et, surtout, par la marge de manoeuvre considérable qu'elle donne à l'acte de juger¹⁹⁸.

d'acceptabilité de l'interprétation retenue : R. Sullivan, *op. cit.*, note 187. La juge L'Heureux-Dubé approfondit son analyse de l'"approche moderne" d'interprétation dans in 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, précité, note 10, par. 160 et suiv. Voir enfin R. c. *Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, par. 12 (j. L'Heureux-Dubé), qui renvoie encore à la méthode contextuelle d'interprétation des lois, autorisant à «examiner tous les indices pertinents et admissibles pour déceler l'intention du législateur», et 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 5.

¹⁹⁵ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665.

¹⁹⁶ Voir *supra*, la présentation des origines de la méthode contextuelle dans *Edmonton Journal*.

¹⁹⁷ On doit noter que dans deux importantes décisions rendues par la Cour suprême respectivement à la fin de l'année 2000 et au début de l'année 2001, ce sont les juges dissidents, plutôt que les juges majoritaires, qui ont été préoccupés par l'approche contextuelle. S'agit-il ici des premières manifestations d'une tendance? La vogue de l'approche contextuelle serait-elle dépassée? Voir R. c. *Sharpe*, précité, note 11 et *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, précité, note 11. Voir cependant *McKinley c. BC Tel*, 2001 CSC 38, pour l'application d'une «méthode contextuelle» d'évaluation d'un motif de congédiement, et R. c. *Pan*; R. c. *Sawyer*, 2001 CSC 42, pour une «analyse contextuelle du secret des délibérations du jury».

¹⁹⁸ On pourrait s'interroger sur un éventuel impact de fond de la méthode contextuelle. Est-elle utilisée pour étendre, ou plutôt pour limiter la portée des droits? Cette portée libérale ou conservatrice joue-t-elle différemment, selon que la méthode est utilisée à l'étape initiale de la définition des droits ou à celle de l'étude des limites raisonnables? Je laisse à d'autres, ou remets à plus tard, le soin de cerner l'impact de la méthode contextuelle sur la conclusion rendue. Je ne souligne pour le moment que la liberté que la méthode contextuelle donne à qui l'utilise. Quant au caractère progressiste ou non de son utilisation concrète, je souligne encore une fois l'ambiguïté inhérente à de telles étiquettes: voir D. Pinard, «Activisme ou retenue dans la méthode: démarche en quête de points de repères», dans M.J. Mossman et G. Otis (dir.), *La montée en puissance des juges: ses manifestations, sa contestation*, Institut canadien d'administration de la justice, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 213.

Dans la mesure où la méthode contextuelle manifeste une saine préoccupation d'intégration du droit dans le réel, on ne peut que se réjouir de sa célébration jurisprudentielle. Le droit est le produit de forces sociales, sur lesquelles il influe à son tour. Le mouvement de formation des juges à la réalité sociale, initié par le Conseil canadien de la magistrature, participe de cet heureux mouvement de réalisme juridique.

Le monde du droit a cependant ses impératifs propres, relevant notamment de l'ordre de l'équité, qui se manifestent particulièrement lors de sa mise en oeuvre devant les tribunaux. Des règles président en effet à l'organisation du débat contradictoire, comme celles relatives à l'impartialité judiciaire, à la répartition des fardeaux de preuve, et au droit d'être entendue.

Si le principe de la pertinence du contexte pour le monde du droit peut être facilement accepté, c'est le mode d'établissement de ce contexte devant les tribunaux qui pose problème.

Dans *S. (R.D.)*¹⁹⁹, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin ont, dans une opinion conjointe, rappelé l'importance de la considération du contexte dans l'art de juger²⁰⁰, notamment pour l'interprétation et l'application des lois²⁰¹. «Il n'est pas inusité, écrivent-elles, que le juge examine le contexte factuel, social et psychologique dans lequel naît le litige. De fait, l'examen délibéré du contexte est maintenant reconnu comme une mesure favorisant l'impartialité du juge.»²⁰² Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin se sont aussi prononcées sur certaines sources d'informations relatives au contexte que seraient les témoignages d'experts, les ouvrages de doctrine, et les perceptions et l'expérience de la juge²⁰³. À ces sources, elles ajoutent la connaissance d'office de faits notoires, comme, en l'espèce, l'existence du racisme à Halifax²⁰⁴.

Si les témoignages d'experts et les ouvrages de doctrine comptent parmi les moyens traditionnels d'établissement de faits reconnus par le droit de la preuve, la compréhension et l'expérience de la juge, de même que la connaissance d'office de faits de société, comme le racisme, en constituent des formes plus occultes.

¹⁹⁹ *R. c. S. (R.D.)*, précité, note 26.

²⁰⁰ *Ibid.*, par. 38 et suiv. Elles soulignent aussi, en ces termes, l'importance de rendre justice à la lumière du contexte: «En se montrant attentive à la dynamique raciale de l'affaire, elle [la juge de première instance] s'est tout simplement efforcée de rendre justice à la lumière du contexte, ce qui était, à notre avis, tout à fait légitime et de nature à favoriser la résolution juste et équitable de l'affaire.» (par. 59).

²⁰¹ *Ibid.*, par. 43

²⁰² *Ibid.*, par. 42

²⁰³ Elles écrivent à ce sujet: «Le juge peut se faire une idée claire du contexte ou de l'historique, ce qui est essentiel pour rendre justice, en s'appuyant sur les témoignages d'experts qui replacent l'affaire dans son contexte [...], sur les ouvrages de doctrine dûment produits en preuve ainsi que sur sa propre compréhension et son expérience de la société au sein de laquelle il vit et travaille.» : *id.*, par. 44.

²⁰⁴ *Ibid.*, par. 47

On peut, à la rigueur, s'accommoder du caractère flou et subjectif des sources de l'information utilisée dans une opinion judiciaire dans la mesure où il ne s'agit que d'établir un décor général, un tableau d'ensemble à la lumière duquel sera reçue la preuve des faits en litige.

Mais dans la mesure où le contexte devient déterminant, un facteur clé pour l'issue de la cause, lui-même «fait en litige»²⁰⁵, on se demande si son établissement ne devrait pas plutôt relever de modes plus orthodoxes, ou, minimalement, faire l'objet d'un débat contradictoire²⁰⁶. On admet en effet aujourd'hui qu'il arrive que les tribunaux commettent des erreurs²⁰⁷, et que l'imprécision de la méthode peut entraîner des dommages plus importants encore que les erreurs quant au fond²⁰⁸.

La juge qui compte utiliser ses perceptions, son expérience ou la connaissance d'office pour l'établissement d'un contexte qui sera déterminant quant à l'issue de la cause devrait en faire la divulgation aux parties en vue de leur permettre de réagir en temps opportun. L'équité n'exige rien de moins.

On a souligné, en jurisprudence, la souplesse inhérente à la méthode contextuelle, que l'on a opposée aux vices de la rigidité et du

²⁰⁵ Le Robert, *Dictionnaire historique de la langue française*, 1992, illustre à quel point le terme litige renvoie à une contestation, dans laquelle chaque partie devrait pouvoir s'exprimer. «Litige»: n. m. est emprunté (1394) au latin *litigium* «contestation, dispute, querelle», dérivé juridique de *lis*, *litis* appliqué à un débat juridique dans lequel chacune des parties produit ses témoins devant le juge et, par extension, dans la langue commune à tout débat, à toute querelle. [...] Introduit avec son acception juridique, le mot s'est étendu à toute contestation sur un sujet quelconque (1798).

²⁰⁶ Voir, par exemple, l'opinion du juge Bellavance dans Québec (Procureure générale) c. *Entreprise W.F.H. Ltée*, [2000] R.J.Q. 1222 (C.S.), qui a sagement refusé de prendre connaissance d'office d'un fait législatif au cœur de la cause. Il écrit, à la page 1233, à propos de la situation linguistique au Québec: «On entre ici en même temps, peut-être, dans le domaine de la connaissance judiciaire que chaque partie m'a demandé, en cours de plaidoirie, d'appliquer en sa faveur pour suppléer à leur preuve, absente pour la procureure générale et très limitée pour l'accusée. Pour la procureure générale, ma connaissance d'office devrait m'amener à conclure que la situation n'a pas changé tandis que l'accusée me demande de conclure à partir de cette même connaissance d'office, que la situation a changé et que le français se porte bien.»

²⁰⁷ Voir, par exemple: *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, précité, note 86, par. 17: «Une interprétation juste et prudente de la Charte est d'autant plus importante qu'il s'agit d'un document constitutionnel de très grande valeur qui ne peut être modifié par simple amendement législatif si notre Cour devait se méprendre ou se tromper sur la portée des droits et libertés auxquels une protection exceptionnelle est accordée.» (mes italiques); la Cour dans *États-Unis c. Burns*, précité, note 90, par. 1: «Il faut accepter la possibilité que l'application d'un système juridique puisse entraîner des erreurs.»

²⁰⁸ La juge Claire L'Heureux-Dubé, dans 2747-3174 Québec Inc. c. *Québec (Régie des permis d'alcool)*, précité, note 10, par. 150: «Alors que l'imprécision d'un droit substantif peut, potentiellement, toucher un certain segment de notre société, le caractère flou de la méthodologie en droit emporte des effets qui s'infiltrent dans toute la composante judiciaire au sens large et ceux-ci touchent donc l'ensemble de la société.»

formalisme²⁰⁹ *Canada (Procureur général)*, précité, note 3, par. 132: «Il [le juge La Forest] fait tout d'abord remarquer que le critère formulé dans l'arrêt *Oakes* doit être appliqué avec souplesse, compte tenu du contexte factuel et social de chaque cas particulier. Je suis d'accord.»; la juge McLachlin dans *R. c. Lucas*, précité, note 94, par. 119: «Grâce à cette méthode [contextuelle], l'application de l'analyse fondée sur l'article premier demeure à la fois souple et contextuelle et tient compte des contextes divergents de la mesure législative et de l'expression, tout en garantissant une protection adéquate à toutes les formes d'expression.»; le juge Cory dans *M. c. H.*, précité, note 23, par. 47, opposant la méthode contextuelle aux pièges d'une démarche formaliste ou automatique dans le cadre du par. 15(1) de la *Charte*. Il ne faudrait pas, cependant, que la célébration du contexte devienne la caution de décisions purement discrétionnaires²¹⁰. Si tout dépend maintenant du contexte, et si aucune règle explicite ne préside à l'établissement de ce dernier, le pouvoir judiciaire de décision devient absolu. Pour la légitimité du contrôle judiciaire, les modes de détermination du contexte devront être explicités²¹¹.

²⁰⁹ Voir, par exemple: le juge Dickson dans *R. c. Keegstra*, précité, note 3, 737 et 738; le juge Iacobucci dans *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, précité, note 55, 256 : «Je voudrais d'abord signaler qu'il est maintenant évident que la rigidité et le formalisme sont à éviter dans l'application des divers critères de l'analyse faite dans l'arrêt *Oakes* et qu'il faut tenir compte des circonstances et du contexte d'un cas particulier [...]»; le juge Lamer dans *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, précité, note 75, 347: «Procéder ainsi [établir une dichotomie selon lui abusive entre actes criminels et infractions réglementaires aux fins de la définition des droits] relève d'un formalisme étranger à la méthode contextuelle.»; le juge Gonthier dans *Miron c. Trudel*, précité, note 51, par. 18, qui oppose prise en compte du contexte et classification mécanique et stérile sous le par. 15(1) de la *Charte*; le juge La Forest dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 3, par. 62; la juge McLachlin dans *RJR-MacDonald Inc. c.*

²¹⁰ Voir S.M. Sugunasiri, loc. cit., note 2, pour une vision opposée, qui voit la méthode contextuelle comme étant «this first judicial response to postmodernist claims that law and legal process are too indeterminate to ensure actual judicial accountability and constraint» (p. 128), «the Court's single greatest analytical shift in its one hundred and twenty-four year history» (p. 128), «exceedingly rigorous in terms of analysis and accountability» (p. 172).

²¹¹ Voir T. Macklem et J. Terry, loc. cit., note 2, 597: «A reference to context cannot be taken to mean merely that it all depends.», et p. 609: «[T]he Court's reliance upon context in the course of analyzing the reasonableness of the limitation of a right or freedom cannot be allowed to mean that it all depends, yet a reference to context can mean no more than that in the absence of any explanation of what it is in the right or freedom that is thought to depend on the particular context in which the right or freedom happens to arise.»