

# La place des autorités jurisprudentielles, de la doctrine et des faits d'intérêt public dans l'interprétation des lois au Canada : l'ascendance du contexte

Karine McLaren

Volume 53, Number 1, 2021–2022

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1105761ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1105761ar>

[See table of contents](#)

## Publisher(s)

Ottawa Law Review / Revue de droit d'Ottawa

## ISSN

0048-2331 (print)

2816-7732 (digital)

[Explore this journal](#)

## Cite this article

McLaren, K. (2021). La place des autorités jurisprudentielles, de la doctrine et des faits d'intérêt public dans l'interprétation des lois au Canada : l'ascendance du contexte. *Ottawa Law Review / Revue de droit d'Ottawa*, 53(1), 171–204. <https://doi.org/10.7202/1105761ar>

## Article abstract

Jurisprudential and doctrinal authorities are probably the two most frequent aids that courts turn to for guidance on the context of a particular interpretive problem. In addition to these, public interest facts are becoming more important than traditional doctrine, and the increased use of these facts by superior courts is contributing to this development. Implicit in this practice of resorting to these so-called extrinsic aids in the interpretation of statutes is the recognition of the idea that the text is not equivalent to the norm, but is apprehended in the light of both the experience of its past and the references against which the interpreter can measure the social reception and viability of his decision. The difficulty for the interpreter is to determine the weight to be given to each of these extrinsic aids in the context of a traditional or official theory of interpretation which always lends more legitimacy to jurisprudential authorities, as a rule of precedent, than to doctrine or to public interest facts as indications of the social reality in which the law must be actualized. This article sheds light on the increased importance that courts place on the viability and durability of their decisions in the social context that exists at the time of the law's application. In so doing, it seeks to legitimize this interpretive shift, which corresponds to the very reality of the act of judging.

# La place des autorités jurisprudentielles, de la doctrine et des faits d'intérêt public dans l'interprétation des lois au Canada: l'ascendance du contexte

*Karine McLaren*

LES AUTORITÉS JURISPRUDENTIELLES et doctrinales sont probablement les deux aides auxquelles les tribunaux font le plus fréquemment appel pour les éclairer sur le contexte dans lequel s'inscrit un problème interprétatif particulier. À celles-ci s'ajoutent les faits d'intérêt public, qui sont en voie de se mesurer en importance à la doctrine traditionnelle, le recours croissant dont en font les cours supérieures contribuant à cet essor. Implicite à cette pratique de recourir à ces aides dites «extrinsèques» dans l'interprétation des lois est la reconnaissance de l'idée que le texte n'équivaut pas la norme, mais s'appréhende à la lumière tant de l'acquis de son passé que de repères contre lesquels l'interprète peut mesurer la réception sociale et la viabilité de sa décision. La difficulté pour l'interprète est de déterminer le poids qu'il convient d'accorder à chacune de ces aides extrinsèques dans le contexte d'une théorie traditionnelle ou officielle de l'interprétation qui prête toujours davantage de légitimité aux autorités jurisprudentielles, règle du précédent oblige, qu'à la doctrine ou aux faits d'intérêt public à titre d'indices de la réalité sociale dans laquelle doit s'actualiser le droit. Le présent article jette un éclairage sur l'importance accrue qu'accordent les tribunaux à la viabilité et à la durabilité de leurs décisions dans la conjoncture sociale qui existe au moment de l'application de la loi. Ce faisant, il vise à légitimer ce tournant interprétatif, qui correspond à la réalité même de l'acte de juger.

JURISPRUDENTIAL AND DOCTRINAL authorities are probably the two most frequent aids that courts turn to for guidance on the context of a particular interpretive problem. In addition to these, public interest facts are becoming more important than traditional doctrine, and the increased use of these facts by superior courts is contributing to this development. Implicit in this practice of resorting to these so-called extrinsic aids in the interpretation of statutes is the recognition of the idea that the text is not equivalent to the norm, but is apprehended in the light of both the experience of its past and the references against which the interpreter can measure the social reception and viability of his decision. The difficulty for the interpreter is to determine the weight to be given to each of these extrinsic aids in the context of a traditional or official theory of interpretation which always lends more legitimacy to jurisprudential authorities, as a rule of precedent, than to doctrine or to public interest facts as indications of the social reality in which the law must be actualized. This article sheds light on the increased importance that courts place on the viability and durability of their decisions in the social context that exists at the time of the law's application. In so doing, it seeks to legitimize this interpretive shift, which corresponds to the very reality of the act of judging.

## **TABLE DES MATIÈRES**

La place des autorités jurisprudentielles, de la doctrine et des faits d'intérêt public dans l'interprétation des lois au Canada: l'ascendance du contexte

*Karine McLaren*

- I. Les autorités jurisprudentielles à titre d'outils interprétatifs **175**
  - A. Les interprétations préalables de la même loi ou d'une loi connexe **178**
  - B. Les autorités jurisprudentielles à titre de justification de la démarche interprétative **182**
  - C. La tension entre le contexte et la contrainte des autorités jurisprudentielles dans le raisonnement interprétatif **184**
- II. La doctrine et les faits d'intérêt public à titre d'outils interprétatifs **189**
  - A. Quel poids pour la doctrine et les faits d'intérêt public dans le raisonnement interprétatif? **193**
  - B. La dimension sociale de l'acte de juger **197**
- III. Conclusion **203**

# La place des autorités jurisprudentielles, de la doctrine et des faits d'intérêt public dans l'interprétation des lois au Canada : l'ascendance du contexte

*Karine McLaren*

Nous n'apprendrons rien à personne en rappelant que l'approche privilégiée depuis un certain temps par les tribunaux canadiens en matière d'interprétation législative est l'approche dite *contextuelle*. Elle trouve sa source dans le *principe moderne* élaboré par Elmer Driedger, qu'il a ainsi formulée: «[a]ujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur»<sup>1</sup>.

Ainsi, «[c]ette approche [à l'interprétation serait] devenue la norme, l'approche acceptable, souhaitable, privilégiée»<sup>2</sup> par les tribunaux canadiens et cela, «dans tous les domaines de droit et, en effet, dans toutes les facettes de l'interprétation législative» [notre traduction]<sup>3</sup>. Le *principe moderne* comporte cependant des failles importantes et serait aujourd'hui dépassé, notamment parce que son libellé, lu séparément de son contexte et réduit à l'extrait constamment cité par les tribunaux, semble laisser pour compte certains éléments qui influent de manière matérielle et

- 
- 1 *Castillo c Castillo*, 2005 CSC 83 au para 22 citant Elmer A Driedger, *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd, Toronto, Butterworths, 1983 à la p 87.
  - 2 Danielle Pinard, «La “méthode contextuelle”» (2002) 81:2 R du B can 323 à la p 324 [Pinard, «Méthode contextuelle»]. Voir aussi Louis LeBel, «La méthode d'interprétation moderne: le juge devant lui-même et en lui-même» dans Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, dir, *Interpretatio non cessat: Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2011, 103.
  - 3 Stéphane Beaulac et Pierre-André Côté, «Driedger's “Modern Principle” at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization» (2006) 40 RJT 131 à la p 137.

fondamentale sur la pratique interprétative contemporaine<sup>4</sup>. Parmi ces éléments matériels figurent des outils interprétatifs d'importance majeure: les autorités jurisprudentielles et les autorités provenant des écrits doctrinaux, ainsi que d'autres écrits libellés *faits d'intérêt public*<sup>5</sup>, qui sont propres à éclairer les tribunaux sur le contexte social ou économique dans lequel s'inscrit un problème interprétatif particulier.

De fait, si les tribunaux souhaitent tirer parti de ces outils, ils sont censés le faire en dehors du cadre interprétatif proposé par le *principe moderne* de Driedger<sup>6</sup>. On y fera alors appel à titre d'autorités *extrinsèques*<sup>7</sup>, leur utilisation étant légitimée sur la base du fait qu'ils sont considérés faire partie du «contexte d'énonciation d'un texte législatif»<sup>8</sup>, ce contexte étant essentiel à l'interprétation. S'il est vrai qu'il peut être difficile de «rendre compte de la légitimité de ces outils dans le contexte de la théorie traditionnelle»<sup>9</sup>, il est indéniable que les autorités jurisprudentielles gagnent en légitimité sur la doctrine et les faits d'intérêt public, la règle du précédent exigeant généralement que soient prises en compte et appliquées les autorités jurisprudentielles ayant force de précédent. Mis de côté ce point de distinction, les autorités jurisprudentielles et doctrinales sont toute-

4 Parmi les facteurs laissés pour compte figurent aussi les autres aides extrinsèques à l'interprétation et, élément fondamental, les conséquences concrètes des choix interprétatifs. La reformulation du principe faite par Ruth Sullivan dans la 3<sup>e</sup> édition de *Driedger on the Construction of Statutes*, qui inclut ces éléments, refléterait la méthodologie interprétative contemporaine. Voir *ibid* aux pp 160–68. Voir aussi LeBel, *supra* note 2 à la p 108.

5 Les tribunaux distinguent ainsi les faits en litige (*administrative facts*) et les faits d'intérêt public (*legislative or social facts*). Voir *Cambie Surgeries Corporation v Colombie-Britannique (PG)*, 2017 BCSC 860 («[l]egislative facts are those that establish the purpose and background of legislation, including its social, economic and cultural context» au para 35 citant *Danson v Ontario (AG)*, [1990] 2 RCS 1086 à la p 1099, 73 DLR (4<sup>e</sup>) 686). Voir aussi Pinard, «Méthode contextuelle», *supra* note 2 («legislative (or social) facts [...] describe the social economic, or cultural background of the case» à la p 198).

6 Voir Beaulac et Côté, *supra* note 3 à la p 167. Pour une critique récente du principe moderne de Driedger, voir Nicholas Hooper, «Notes Toward a Postmodern Principle», (2018) 31:1 *Can JL & Jur* 33.

7 Selon l'ouvrage de Sullivan, les aides dites *extrinsèques* comprennent, historiquement, tout le matériel qui est *extérieur* au texte législatif et qui est susceptible d'éclairer son interprétation. Voir Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6<sup>e</sup> éd, Markham (ON), LexisNexis, 2014 à la p 657 [Sullivan, *Statutes*]. Pour une liste d'aides extrinsèques, voir Nancy McCormack, *How to Understand Statutes and Regulations*, 2<sup>e</sup> éd, Toronto, Thomson Reuters, 2017 aux pp 211–25.

8 Jeanne Simard, «L'interprétation législative au Canada: la théorie à l'épreuve de la pratique» (2001) 35 *RJT* 549 à la p 595. Sur l'évolution progressive de la prise en compte des autorités extrinsèques, jadis rare, voir Sullivan, *Statutes*, *supra* note 7 à la p 657.

9 Simard, *supra* note 8 à la p 594.

fois probablement les deux aides extrinsèques auxquelles les tribunaux font le plus fréquemment appel<sup>10</sup>. Les faits d'intérêt public, quant à eux, sont en voie de se mesurer en importance à la doctrine traditionnelle, le recours croissant que font les cours supérieures à ces aides extrinsèques contribuant à cet essor.

La question qui subsiste est toutefois « celle de savoir quel poids, quelle autorité, quelle valeur l'interprète doit attribuer [à ces aides extrinsèques] dont il peut et même dont il doit tenir compte »<sup>11</sup>.

Si cette question, longuement débattue en théorie de l'interprétation, « n'admet pas de réponse générale »<sup>12</sup>, le présent article vise humblement à offrir une contribution à la réflexion qu'elle se mérite. Il le fera à travers le prisme du recours que font les tribunaux aux autorités jurisprudentielles, à la doctrine et aux faits d'intérêt public à titre d'aides à l'interprétation.

## I. LES AUTORITÉS JURISPRUDENTIELLES À TITRE D'OUTILS INTERPRÉTATIFS

Tant chez les tribunaux que chez les autres interprètes *non-authentiques*<sup>13</sup> de la loi, si bien ancrée et longuement établie est la pratique de se référer aux autorités jurisprudentielles à titre d'outil interprétatif capable d'éclairer le sens d'un texte législatif que les tribunaux ne les conçoivent aucunement comme de simples *aides extrinsèques*<sup>14</sup>.

Il ne pourrait en être autrement en régime de common law, la jurisprudence étant considérée comme source primaire de droit et la règle du

10 Au sujet de l'utilisation fréquente des autorités jurisprudentielles, voir Sullivan, *Statutes*, *supra* note 7 à la p 714. Au sujet de l'utilisation de la doctrine, voir Robert J Sharpe et Vincent-Joël Proulx, « The Use of Academic Writing in Appellate Judicial Decision-Making » (2011) 50 Can Bus LJ 550 aux pp 556–57. Voir aussi *R v Stonefish*, 2012 MBCA 116, juge Steel (« [h]istorically, Canadian courts were generally distrustful of extrinsic materials as an aid to statutory interpretation. However, that reluctance has been relaxed in recent years and a wide range of legislative history materials are admissible to assist in the interpretation of legislation. Legislative history of an enactment consists of everything that relates to the conception, preparation and passage of the legislation » au para 56).

11 Pierre-André Côté avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd, Cowansville (QC), Thémis, 2009 à la p 53.

12 *Ibid.*

13 Nous utilisons ce mot dans le sens développé par Kelsen. Ainsi, seule l'interprétation faite par les tribunaux serait *authentique* en ce sens qu'elle est la seule à produire des effets juridiques. Voir Riccardo Guastini, « Réalisme et anti-réalisme dans la théorie de l'interprétation » dans Gérard Cohen-Jonathan et al, dir, *Mélanges Paul Amssele*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 431 à la p 437.

14 Voir Sullivan, *Statutes*, *supra* note 7 à la p 658.

précédent (*stare decisis*) étant au cœur même du système juridique<sup>15</sup>. La place à accorder aux autorités jurisprudentielles en droit civil québécois a cependant longtemps été plus controversée, la règle du précédent n'étant pas vraiment compatible avec la tradition de droit civil et la jurisprudence n'étant pas, en théorie, considérée comme source primaire du droit<sup>16</sup>. Toutefois, tant au Québec que dans les autres ressorts de tradition civiliste, les autorités jurisprudentielles sont venues à jouer un rôle déterminant dans l'interprétation des lois<sup>17</sup>, le système de droit mixte dans lequel les tribunaux québécois opèrent, ayant encouragé «l'interpénétration [de deux canons] d'interprétation d'un système à l'autre» [notre traduction]<sup>18</sup>.

Par le terme *autorités jurisprudentielles*, nous faisons référence dans cet article aux décisions qui émanent des tribunaux judiciaires. Notons cependant que les interprétations émanant de l'administration et des tribunaux administratifs peuvent aussi jouer un rôle persuasif<sup>19</sup>, l'expertise qu'a pu développer le décideur ou la décideuse chargé d'administrer la loi ou le régime législatif au quotidien imprégnant son opinion d'une certaine autorité<sup>20</sup>. Cela dit, cette autorité n'est généralement pas contraignante,

15 Au sujet de la règle du précédent, voir Donald Poirier, *Introduction générale à la common law*, 3<sup>e</sup> éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2005 aux pp 201–09. Voir aussi André Emond, *Introduction au droit canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2012 aux pp 247–55. Pour une revue plus complète de la règle, voir Rupert Cross et J W Harris, *Precedent in English Law*, 4<sup>e</sup> éd, Oxford (R-U), Clarendon Press, 1991.

16 Voir Sylvio Normand, «Chapter 1: An Introduction to Quebec civil law» dans Aline Grenon et Louise Bélanger-Hardy, dir, *Elements of Quebec civil law: a comparison with the Common Law of Canada*, Toronto, Thomson Carswell, 2008, 25 à la p 77.

17 Côté estime par ailleurs que les juges québécois, plaideurs québécois et plaideuses québécoises accordent un poids considérable aux décisions judiciaires antérieures et cela, tant dans l'interprétation du *Code civil* que dans celle de lois particulières. Voir Côté, Beaulac et Devinat, *supra* note 11 à la p 630.

18 Voir Jean-Louis Baudoin, «The Impact of the Common Law on the Civilian Systems of Louisiana and Quebec» dans Joseph Dainow, dir, *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions*, Baton Rouge (La), Louisiana State University Press, 1974 à la p 8. Sur l'autorité de la jurisprudence en droit civil québécois, voir aussi Mathieu Devinat, «La jurisprudence en droit civil: la mise en intrigue d'une controverse» dans Beaulac et Devinat, *supra* note 2 à la p 283; voir aussi Côté, Beaulac et Devinat, *supra* note 11 à la p 630 (l'échantillon de décisions citées illustre «que les juges accordent [aux décisions judiciaires antérieures] un poids considérable, en droit civil tout autant qu'en droit statutaire» à la p 630).

19 Voir Sullivan, *Statutes*, *supra* note 7 à la p 704 (qui propose une liste non-exhaustive des personnes qui, sans occuper de fonction judiciaire, sont des interprètes *officiels*, «au sens où leurs interprétations sont faites au nom d'une autorité gouvernementale et sont exécutoires», sous réserve de révision judiciaire).

20 C'est ce que Côté appelle «l'argument d'autorité». L'argument de stabilité justifierait, il aussi, le recours à l'interprétation administrative si elle fait état d'un usage interprétatif

les tribunaux n'en tenant généralement compte que lorsqu'il y a matière à interprétation<sup>21</sup>.

*Jurisprudence* et *précédent*, notions souvent confondues, ne sont pas synonymes. Alors que le terme *précédent* est réservé aux décisions qui lient les tribunaux dans la structure hiérarchisée des tribunaux au sein du régime de common law<sup>22</sup>, la notion plus large de *jurisprudence* désigne « [l'e]nsemble des décisions rendues par l'ensemble des tribunaux ou par l'un d'entre eux » [emphases et notes omises]<sup>23</sup>.

La distinction importe, car il ne faudrait pas croire que le recours par les tribunaux aux autorités jurisprudentielles est limité aux *précédents* que constituent souvent (mais pas toujours) les interprétations judiciaires préalables qui ont pu être données à une loi ou à une disposition législative particulière. Les juges font régulièrement appel à la jurisprudence dans son sens large pour d'autres fins utiles à leur objectif interprétatif. En d'autres mots, le recours aux autorités jurisprudentielles ne remplit pas seulement une fonction *herméneutique* ayant pour objet principal l'interprétation d'une loi ou d'une disposition législative par référence à des interprétations préalables de la même loi ou de la même disposition. Comme les pages qui suivent l'illustrent, le recours aux autorités jurisprudentielles remplit aussi une fonction *rhétorique* importante, qui vise à persuader du bien-fondé de la solution retenue<sup>24</sup>.

Fait peu élaboré dans les ouvrages doctrinaux, les autorités jurisprudentielles peuvent aussi souvent représenter une source de savoir considérable et incontournable pour l'interprète de la loi. Elles jouent alors un rôle heuristique essentiel à la connaissance du contexte de l'énonciation d'une loi ou d'une disposition législative et donc, à leur interprétation<sup>25</sup>.

---

constant, cet usage ayant fait naître des attentes qui ne sauraient être trompées sans entraîner de préjudice. Voir Côté, Beaulac et Devinat, *supra* note 11 aux pp 635–36.

- 21 Voir *Nowegijick c R*, [1983] 1 RCS 29, 144 DLR (3<sup>e</sup>) 193 (« [l]es politiques et l'interprétation administratives ne sont pas déterminantes, mais elles ont une certaine valeur et, en cas de doute sur le sens de la législation, elles peuvent être un "facteur important" » à la p 37 du RCS).
- 22 Voir Jacques Vanderlinden, Gérard Snow et Donald Poirier, *La common law de A à Z*, 2<sup>e</sup> éd, Montréal, Yvon Blais, 2017 (« [l]a qualification de précédent est accordée à une décision de jurisprudence dont la solution juridique est appliquée par un juge à une cause dont il a à connaître en raison de la similitude des faits qui la caractérisent avec les faits de la cause pendante devant lui » [emphasis dans l'original] *sub verbo* « précédent » aux pp 311–12).
- 23 *Ibid*, *sub verbo* « jurisprudence ».
- 24 Sur ces notions, voir JM Besneux, « Rhétorique et pratique de l'argumentation » (28 janvier 2015), en ligne (pdf): [Université de Rouen <jmbesneux.files.wordpress.com/2014/01/td23.pdf>](http://Universite.de.Rouen-jmbesneux.files.wordpress.com/2014/01/td23.pdf)
- 25 Voir Sullivan, *Statutes*, *supra* note 7 à la p 721, n 219 (où elle et fournit une longue liste de décisions qui remplissent ce rôle).

À titre d'exemple, la décision conséquente *Caron c Alberta*<sup>26</sup> consacre des pages entières à l'examen de l'évolution du courant jurisprudentiel en matière d'interprétation des droits linguistiques, ainsi qu'à l'histoire législative et sociale de l'annexion des Territoires du Nord-Ouest et Terre de Rupert au Canada. Cette histoire étant fondamentale à la question de savoir si le bilinguisme législatif figurait au nombre des *droits acquis* conférés à la population albertaine par le truchement d'un document constitutionnel datant de 1867. Une décision certes devenue incontournable pour l'interprète en quête de savoir sur des questions connexes. Dans cette fonction, la jurisprudence jouera un rôle semblable à celui qui est généralement attribué à la doctrine.

Évidemment, ces fonctions se recoupent et sont interreliées. Une décision qui aide à l'interprétation peut en même temps convaincre du bien-fondé de la solution retenue et être aussi source de connaissance.

### **A. Les interprétations préalables de la même loi ou d'une loi connexe**

Tenue pour acquise est la pratique de recourir, à titre d'aide à l'interprétation d'un texte législatif, aux interprétations judiciaires dont a fait l'objet ce même texte ou «un texte similaire trouvé ailleurs dans la même loi ou dans des lois connexes» [note omise]<sup>27</sup>. L'interprète peut y faire appel soit parce qu'elles exercent sur lui une autorité contraignante, en raison de la règle du précédent, soit «à titre de guide dont pourra s'inspirer le juge pour découvrir la solution du problème qui lui est posé»<sup>28</sup>, soit parce qu'elles font «partie du contexte d'énonciation du texte législatif»<sup>29</sup>, ce qui les rend «pertinentes à son interprétation»<sup>30</sup>.

Sullivan divise ces interprétations préalables en deux catégories, l'élément les distinguant étant leur temporalité. La première catégorie inclut ainsi les décisions rendues *avant* l'édiction de la loi sujette à interprétation. Ces dernières sont considérées demeurer pertinentes en raison du fait qu'elles font partie du contexte juridique et historique de la loi. La seconde catégorie comprend les décisions rendues *après* l'édiction de la loi

26 2015 CSC 56 [*Caron*].

27 Côté, Beaulac et Devinat, *supra* note 11 à la p 633. Voir Pigeon, *supra* note 17 (où on note qu'une loi peut aussi s'interpréter «en regard des autres lois connexes» à la p 96). Voir à titre d'exemple la décision *Fliieger c Nouveau-Brunswick*, [1993] 2 RCS 651, 104 DLR (4<sup>e</sup>) 292.

28 Côté, Beaulac et Devinat, *supra* note 11 à la p 629.

29 *Ibid* à la p 627.

30 *Ibid*.

sujette à interprétation. L'intérêt de ces dernières tiendrait au fait «qu'elles offrent une opinion sur le sens ou l'objet de la loi à interpréter (ou d'une loi connexe) ou qu'elles traitent d'un élément particulier du contexte» [notre traduction]<sup>31</sup>. Si les deux catégories de décisions sont susceptibles d'éclairer le contexte, seules les interprétations qui *précèdent* l'édition d'une loi donnent lieu à certaines présomptions interprétatives importantes.

Ainsi, en présence d'une loi qui «semble calquer une loi existante, [...] l'interprétation de la loi modèle est réputée avoir été connue et prise en compte dans la rédaction de la nouvelle loi»<sup>32</sup>, car on présumera que le législateur avait connaissance de ces interprétations. Il en est ainsi que le législateur se soit inspiré d'une loi modèle issue du même ressort ou d'un autre ressort<sup>33</sup>, y compris un ressort étranger<sup>34</sup>. Côté prévient, cependant, des dangers associés à cette présomption, la jurisprudence portant sur le texte modèle ne pouvant «être suivie aveuglément, car un changement dans la formulation, un changement dans le contexte ou encore une variation et de formulation et de contexte peuvent rendre cette jurisprudence inapplicable à la nouvelle loi» [notes omises]<sup>35</sup>.

Dans la même veine, en présence d'une loi (ou d'une disposition) qui est repromulguée sans pour autant que son libellé soit modifié de manière importante, le traitement judiciaire dont elle a fait l'objet avant sa repromulgation sera pris en compte à titre de guide interprétatif, car on

31 Selon elle, la plupart de ces décisions dans la deuxième catégorie n'aurait qu'un caractère persuasif et ne feraient pas œuvre de précédent, bien que certaines puissent avoir un poids considérable. Voir Sullivan, *Statutes*, *supra* note 7 à la p 714.

32 *Li c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 1 au para 27, citant Sullivan. Dans cet arrêt, l'interprétation préalablement donnée à l'article 3 de la *Convention contre la torture*, qui traite de l'appréciation du danger de torture, fut déterminante dans l'interprétation donnée à l'alinéa 97(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27, dont le libellé était presque identique et portait sur le même sujet, la *Loi* ayant été adoptée *après* cette interprétation préalable. Par ailleurs, si les interprétations préalables à l'édition ont expressément été portées à l'attention du législateur, elles font alors partie de l'historique législatif, ce qui leur confère un poids supplémentaire. Voir *ibid.*

33 Voir *Dickason c Université de l'Alberta*, [1992] 2 RCS 1103, (*sub nom Dickason v University of Alberta*) 95 DLR (4<sup>e</sup>) 439 (où la Cour s'inspire de la jurisprudence relative à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* à titre d'aide à l'interprétation d'une disposition d'une loi albertaine sur les droits de la personne, les deux dispositions permettant la dérogation à la loi pour une raison raisonnable et justifiable).

34 Dans l'interprétation des lois, les tribunaux peuvent faire appel à des sources de droit étrangère et font de plus en plus fréquemment appel au droit comparé. Voir Côté, Beaulac et Devinat, *supra* note 11 aux pp 595, 640-43.

35 *Ibid* à la p 629.

présuamera que le législateur avait l'intention de le confirmer et de l'adopter<sup>36</sup>. Si cette dernière présomption peut sembler raisonnable (le législateur ayant eu main libre de rejeter un traitement judiciaire jugé inadéquat et ne l'ayant pas fait), elle serait fondée sur des hypothèses peu réalistes, le processus législatif ne se prêtant pas nécessairement en pratique à ce genre d'ajustement par voie de modifications législatives<sup>37</sup>.

Au palier fédéral et dans la plupart des provinces et territoires, les lois d'interprétation tentent ainsi de modifier cette présomption, toutes en des termes semblables à ceux du paragraphe 45(4) de la *Loi d'interprétation*<sup>38</sup>, ainsi rédigé :

#### Absence de confirmation de l'interprétation judiciaire

La nouvelle édicition d'un texte, ou sa révision, refonte, codification ou modification, n'a pas valeur de confirmation de l'interprétation donnée, par décision judiciaire ou autrement, des termes du texte ou de termes analogues.

La présomption de confirmation de l'interprétation donnée survit cependant au coup que leur assènent ces dispositions législatives, particulièrement dans des circonstances où le législateur a omis de rectifier un courant interprétatif bien connu alors qu'il a clairement eu l'occasion de le faire<sup>39</sup>.

Il existe en outre une raison fondamentale qui, selon nous, justifie dans tous les cas le recours aux interprétations préalables d'un texte législatif à

36 Selon Côté, il en est de même lorsque le législateur se prononce pour la première fois dans une matière préalablement régie par la jurisprudence. Ainsi, si le législateur utilise un terme auquel les tribunaux ont donné un sens, on présuamera que le législateur n'a pas voulu s'en écarter (*ibid* à la p 627). Voir à titre d'exemple la décision *Coderre v Lambert*, 103 DLR (4<sup>e</sup>) 289, 14 OR (3<sup>e</sup>) 453 (CA). Voir aussi le commentaire qu'en fait *Sullivan*, *Statutes*, *supra* note 7 à la p 717.

37 Voir *Sullivan*, *Statutes*, *supra* note 7 à la p 716.

38 LRC 1985, c I-21, art 45(4).

39 Ainsi, le fait que, pendant une période de plus de dix ans, les tribunaux partout au pays aient adopté une certaine interprétation d'une disposition semblable dans les lois sur les assurances à travers le Canada, combiné au fait qu'aucune des assemblées législatives n'était intervenue pour modifier le texte de la disposition sujette à interprétation, fut un facteur justifiant le maintien de cette interprétation dans la décision *Falk Bros Industries Ltd c Elance Steel Fabricating Co*, [1989] 2 RCS 778, 62 DLR (4<sup>e</sup>) 236 [*Falk Bros Industries* avec renvois aux RCS]. Voir aussi *R v Port McNeill (Ville de)*, 158 DLR (4<sup>e</sup>) 471, 1998 CanLII 3777 (BCCA) (où l'omission par le législateur de corriger un courant jurisprudentiel qui prévalait depuis plus de cent ans, malgré les occasions qui lui avaient été offertes au cours de trois processus de révision législative et malgré les recommandations faites par deux organismes de réforme de droit, fut un facteur déterminant dans la préservation du courant jurisprudentiel interprétatif). Voir toutefois *R c DAI*, 2012 CSC 5 aux para 45, 133. Sur l'application du para 45, voir *R c DLW*, 2016 CSC 22.

titre d'aide à l'interprétation de ce même texte. Comme l'a si bien résumé Moor, les textes normatifs ont une histoire: «[i]ls sont appliqués et produisent certains résultats, prévisibles ou inattendus, dont l'évaluation peut se répercuter sur l'interprétation»<sup>40</sup>. Pour cette raison doit nécessairement être prise en compte dans le travail de l'interprète, «la tradition qui s'est déposée sur le texte normatif»<sup>41</sup>, car elle est une «partie intégrante du discours juridique *présent*» [italiques dans l'original]<sup>42</sup>. Le texte normatif étant par nature même évolutif, l'interprète ne saurait donc ni l'appréhender ni l'interpréter sans prendre connaissance de cette évolution jurisprudentielle<sup>43</sup>. En d'autres mots, «[a]ucun texte normatif ne se présente à l'application seul pour lui-même»<sup>44</sup>, car chaque application de la norme à travers la jurisprudence imprègne le texte d'une histoire, qui ne saurait être écartée du processus interprétatif.

Cela étant dit, si le texte normatif est imprégné de son histoire jurisprudentielle, cette histoire n'est pas figée au moment de sa dernière interprétation. Tout comme les textes de loi, les décisions qui les interprètent n'opèrent pas dans un vide, leurs dispositifs étant inextricablement liés au contexte dans lequel ils ont été prononcés. Or, ce contexte lui-même est évolutif. De fait, un changement important de contexte, que ce soit social, économique, politique ou historique, est susceptible d'agir sur le poids relatif qu'il convient d'accorder à l'autorité d'un précédent<sup>45</sup>. Si la Cour suprême a reconnu que des «mutations sociales, économiques ou politiques»<sup>46</sup> sont capables de justifier le réexamen par une juridiction inférieure d'un précédent qui la lie, les conditions justifiant ce réexamen sont

40 Pierre Moor, «Du texte à la norme: le pouvoir des lecteurs», dans Ada Neschke-Hentschke avec la collaboration de Francesco Gregorio et Catherine König-Pralong, dir, *Les herméneutiques au seuil du XXI<sup>ème</sup> siècle: évolution et débat actuel*, Louvain-la-Neuve (Belgique) et Louvain, Institut supérieur de philosophie Louvain-la-Neuve et Peeters, 2004, 283 à la p 299.

41 *Ibid* à la p 296.

42 *Ibid.*

43 On notera aussi que, comme l'indique Noreau, de nouvelles réalités sociales et situations concrètes imprévisibles ou inusitées peuvent venir modifier la problématique envisagée par le texte normatif et donc, singulièrement compliquer le travail de l'interprète. Voir Pierre Noreau, «L'acte de juger et son contexte: éléments d'une sociologie politique du jugement» (2001) 3:2 *Éthique publique* au para 23.

44 Moor, *supra* note 40 à la p 295.

45 Sous réserve toutefois des limites considérables qu'impose la dimension verticale de la règle du précédent aux tribunaux inférieurs, dont il est question plus loin dans le texte. Voir, à titre d'exemple, les décisions *Canada c Craig*, 2012 CSC 43 [*Craig*] et *R c Comeau*, 2018 CSC 15 [*Comeau*], dont il sera question plus loin.

46 *Canada (PG) c Bedford*, 2013 CSC 72 au para 31 [*Bedford*].

très strictes et il n'est pas loisible à une juridiction inférieure de «faire abstraction d'un précédent qui fait autorité»<sup>47</sup>.

## B. Les autorités jurisprudentielles à titre de justification de la démarche interprétative

Les tribunaux font aussi appel à la jurisprudence afin de légitimer l'*approche* interprétative qu'il convient d'adopter (ou qui convient le mieux à leur argumentaire) dans une situation donnée. Ces autorités jouent alors selon nous un rôle *rhétorique* fondamental.

La jurisprudence regorge de décisions qui décrivent ou qui prescrivent la démarche interprétative suivie ou qu'il convient de suivre dans des contextes particuliers ou qui entérinent des principes interprétatifs applicables dans certains contextes. Il suffit, par exemple, de penser à la décision *R c Beaulac*<sup>48</sup>, qui prescrit une approche interprétative libérale des garanties linguistiques et, ce faisant, est censée marquer un tournant interprétatif dans l'interprétation des droits linguistiques<sup>49</sup>. Pensons ensuite à l'arrêt *R c Daoust*<sup>50</sup>, un arrêt de principe qui établit le cadre d'analyse à suivre en matière d'interprétation législative bilingue. Bien établies, abondamment citées et empreintes de l'autorité de la plus haute cour du pays, ces décisions doivent inévitablement figurer dans l'argumentation rhétorique de tout juge chargé d'interpréter une loi ou une disposition qui tombe sous leur égide.

Cela dit, si l'autorité que ces décisions ont acquise signifie tout au moins qu'elles ne sauraient simplement être évincées, rien ne semble garantir que l'approche interprétative qu'elles préconisent sera adoptée ou appliquée uniformément. Ainsi, comme en témoigne la majorité de la Cour suprême du Canada dans la décision *Caron c Alberta*<sup>51</sup>, l'approche libérale et généreuse préalablement prescrite dans la décision *R c Beaulac*<sup>52</sup> n'a pas empêché un contingent majoritaire de la Cour suprême de retourner à une interprétation plus restrictive des droits linguistiques, aboutissant à son refus consécutif de reconnaître l'existence d'une obligation constitutionnelle

47 *Ibid* au para 44. Nous reviendrons sur la tension entre la contrainte imposée par la règle du précédent et l'influence du contexte plus loin.

48 [1999] 1 RCS 768, 173 DLR (4<sup>e</sup>) 193 [*Beaulac* avec renvois aux RCS].

49 Voir *ibid* («[l]es droits linguistiques doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada» [soulignements dans l'original] au para 25).

50 2004 CSC 6 [*Daoust*].

51 *Supra* note 26.

52 *Supra* note 48 au para 35.

garantissant le bilinguisme législatif en Alberta. Alors que, à l'appréciation de la majorité, le *contexte* historique menait à la conclusion qu'une telle obligation n'avait jamais existé, ce qui justifiait de laisser pour compte le *principe directeur* de l'interprétation téléologique des droits linguistiques<sup>53</sup>, ce même contexte indiquait clairement, à l'appréciation des trois juges dissidents, que la promesse de bilinguisme législatif avait été consacrée dans la Constitution.

Illustrent aussi nos propos les analyses respectives et conflictuelles du Tribunal administratif du Québec dans les décisions conflictuelles *Alkhoury c Bureau de la sécurité privée*<sup>54</sup> et *Aurelien c Bureau de la sécurité privée*<sup>55</sup>, chacune prétendant pourtant appliquer à l'interprétation de la même disposition législative dans une même trame factuelle la démarche propre aux lois bilingues prescrite dans l'arrêt de principe *R c Daoust*<sup>56</sup>. À la source de ce traitement dichotome se dresse aussi le contexte; alors que le tribunal justifie la révocation du permis de gardiennage de M. Alkhoury par référence à une interprétation centrée essentiellement sur le texte de la disposition en cause, ce sont des considérations d'ordre social et économique qui motivent la décision du même tribunal (bien que différemment composé) permettant à M. Aurelien de conserver le permis qui représente son gagne-pain<sup>57</sup>.

C'est ainsi que, bien davantage qu'une autorité jurisprudentielle qui se veut une interprétation préalable d'un texte législatif, une autorité qui ne fait que prescrire une démarche ou des principes interprétatifs laisse considérablement de jeu à l'interprète qui l'applique, cette personne étant libre de tenir compte du contexte dans son analyse et pouvant davantage manipuler la démarche pour arriver au résultat voulu. Il ne nous semble pourtant exister aucune raison de principe qui justifie l'existence de la contrainte bien plus rigoureuse qu'exerce la règle du précédent sur l'interprète qui souhaite s'écarter d'une interprétation préalable en raison d'un changement de contexte.

53 Les conséquences politiques d'une interprétation conforme au courant interprétatif libéral ayant clairement joué un rôle dans cette décision. Les juges majoritaires s'inquiètent ainsi clairement de la « portée considérable » d'une décision en faveur du bilinguisme législatif en Alberta. Voir *Caron, supra* note 26 au para 102.

54 2020 QCTA 0638.

55 2019 QCTA 02377, autorisation d'appel à la QCCA accordée, 2020 QCCA 870 (7 juillet 2020).

56 *Supra* note 50.

57 La question de l'application incohérente du cadre d'analyse des lois bilingues fait l'objet de nos recherches doctorales.

Notons, par ailleurs, que même lorsque les tribunaux s'entendent sur la méthodologie interprétative prescrite par une autorité jurisprudentielle, la conception divergente qu'entretiennent différents juges de cette méthodologie peut très bien aboutir à des approches interprétatives incompatibles. L'utilisation que fait la Cour suprême du principe moderne de Driedger lui-même en est un exemple probant. Ainsi, alors que dans la décision *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd*<sup>58</sup>, la Cour suprême semble fonder sa décision sur une conception intentionnaliste du principe moderne de Driedger, elle est peu après revenue sur ses pas en motivant sa décision sur une conception nettement plus textualiste du même principe<sup>59</sup>, et a depuis continué d'osciller entre ces deux conceptions divergentes<sup>60</sup>, conceptions qui sont bien sûr susceptibles d'avoir une influence déterminante sur le résultat de l'interprétation.

En ce sens, si les tribunaux ont fréquemment recours aux autorités jurisprudentielles à titre de rhétorique interprétative, ils le font tant pour légitimer leur *approche* interprétative par référence à une autorité ou à un courant jurisprudentiel qui lui prête foi que pour justifier le *résultat* recherché, la même autorité pouvant être citée à l'appui de résultats entièrement opposés.

### C. La tension entre le contexte et la contrainte des autorités jurisprudentielles dans le raisonnement interprétatif

L'appréciation du contexte étant intégral à l'acte d'interpréter, la question se pose de savoir dans quelle mesure il est capable d'influer sur le poids qui est accordé aux autorités jurisprudentielles dans la décision interprétative.

58 [1998] 1 RCS 27, 154 DLR (4<sup>e</sup>) 193, juge Iacobucci («l'interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi» au para 21).

59 Voir 65302 *British Columbia Ltd c Canada*, [1999] 3 RCS 804, 179 DLR (4<sup>e</sup>) 577, juge Iacobucci («[t]outefois, notre Cour a aussi souvent fait preuve de circonspection dans l'emploi de moyens d'interprétation des lois permettant de s'écarter d'un libellé clair et non ambigu» au para 51); *MédiaQMI inc c Kamel*, 2021 CSC 23, juge Côté («les tribunaux n'ont pas à interpréter — et encore moins à appliquer — l'objectif sous-jacent à une disposition ou à un régime législatif; ce qu'ils doivent interpréter, c'est le texte au moyen duquel le législateur entend atteindre cet objectif» au para 39); *TELUS Communications Inc c Wellman*, 2019 CSC 19, juge Moldaver («[s]elon moi, le rôle principal des tribunaux consiste à interpréter et à appliquer ces lois en fonction de leur libellé, pourvu qu'elles aient été édictées légalement» au para 79).

60 Pour une analyse approfondie qui est faite des approches interprétatives conflictuelles (notamment les approches intentionnalistes et textualistes) légitimées par référence au même principe moderne de Driedger, voir Beaulac et Côté, *supra* note 3 aux pp 144–53.

Puisque «le sens d'un terme dépend [toujours] en partie du contexte où il se trouve»<sup>61</sup>, peut être induit en erreur le juge qui en fait abstraction et qui se fie sans discrimination à un précédent simplement parce qu'il porte sur le même terme ou la même disposition législative. Le recours machinal et irréfléchi à la jurisprudence présente ainsi le risque de «transposer le sens donné par un juge à un terme employé dans un contexte donné, à une autre loi où le contexte et les circonstances peuvent justifier un sens différent»<sup>62</sup>.

Comme la décision assez exceptionnelle *Mekies c Directeur du Centre de détention Parthenais*<sup>63</sup> l'illustre, les juges sont généralement conscients de l'importance du contexte lorsqu'ils interprètent une disposition législative. C'est ainsi que la Cour supérieure du Québec, saisie d'un problème d'interprétation dû à une divergence entre les versions française et anglaise d'un traité d'extradition incorporé au droit canadien, s'est prononcée en faveur d'une interprétation exactement contraire à celle qu'avait préalablement rendue la High Court anglaise sur précisément le même article du traité, notamment parce que le raisonnement anglais ne s'appliquait pas en *contexte* canadien, «où les tribunaux ont non seulement le droit mais encore le devoir de considérer les deux textes officiels et de les interpréter à la lumière l'un de l'autre» [note omise]<sup>64</sup>. La Cour d'appel du Québec confirma unanimement cette décision, admettant «que sa façon de voir les choses avait été facilitée par la tradition juridique canadienne (elle-même renforcée par la *Loi sur les langues officielles*)» [italiques dans l'original] [note omise]<sup>65</sup>. Même si, en l'occurrence, la décision de la High Court anglaise n'avait pas force de précédent, la décision illustre clairement le fait que les juges ne se laissent pas aveugler par les interprétations préalables données aux mêmes dispositions, leur poids étant susceptibles d'être limité par le contexte.

Cela étant dit, la règle du précédent opère comme un frein considérable à l'influence ascendante du contexte. Même lorsqu'ils ne sont pas

61 Côté, Beaulac et Devinat, *supra* note 11 à la p 632.

62 *Ibid.* Voir notamment *Montréal (Ville de) c Dorval*, 2017 CSC 48.

63 [1977] CS 91 (Qc), 1977WL172247, conf par *Canada (PG) c Mekies*, [1977] CA 362, JE 77-30 (CA Qc) [*Mekies*].

64 Rémi Michael Beaupré, *Interprétation de la législation bilingue*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986 à la p 96. Voir aussi *Marcotte c Canada (Sous-PG)*, [1976] 1 RCS 108, 51 DLR (3<sup>e</sup>) 259 (cet arrêt confirme que toute ambiguïté sérieuse «dans l'interprétation [...] d'une loi visant la liberté d'un individu [...] devrait alors être favorable à la personne contre laquelle on veut exécuter ses dispositions» à la p 115).

65 Beaupré, *supra* note 64 à la p 98, citant *Mekies*, *supra* note 64 au para 8, juge Mayrand.

juridiquement liés par une interprétation faite d'un texte législatif, les tribunaux, en fonction de la place qu'ils occupent dans la hiérarchie du système judiciaire, peuvent hésiter à faire contre-courant aux courants interprétatifs bien établis<sup>66</sup>, particulièrement si les justiciables s'y sont fiés<sup>67</sup>. Comme le dit Lawson, dont les propos s'appliquent tant au Canada qu'aux États-Unis, «[t]he doctrine of precedent is too deeply ingrained in the legal system to permit serious inquiry into its own legitimacy»<sup>68</sup>.

Même s'il est loisible à la Cour suprême du Canada d'écarter ou d'infirmier l'une de ses propres décisions, les conditions préalables à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sont multiples<sup>69</sup>, strictes et seules «[d]es raisons impérieuses doivent [le] justifier»<sup>70</sup>. L'hésitation dont fait preuve la cour la plus haut placée dans la hiérarchie judiciaire à écarter ses propres précédents se transforme toutefois en quasi-interdiction lorsque les juridictions inférieures entrent en scène. En l'absence d'une différence entre les faits en litige démontrant l'inapplicabilité d'une décision et justifiant que soit faite une distinction avec cette dernière<sup>71</sup>, la dimension verticale de la règle du précédent ne permet effectivement pas aux cours inférieures de relativiser le poids de ces autorités ni de les écarter, peu importe les critiques dont ce précédent ait pu faire l'objet<sup>72</sup>. En témoigne la réaction ouvertement critique de la Cour suprême du Canada en réponse à la tentative de la Cour d'appel fédérale d'écarter un précédent qui la liait, peu importe que ce précédent ait fait l'objet, aux dires même de la Cour suprême du Canada de nombreuses «critiques de la part de la

66 Voir Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 3<sup>e</sup> éd, Toronto, Irwin Law, 2016 à la p 281 [Sullivan, *Statutory Interpretation*]. Voir par ex *R v McIntosh* (1993), 15 OR (3<sup>e</sup>) 450, 84 CCC (3<sup>e</sup>) 473 (CA), conf par *R c McIntosh*, [1995] 1 RCS 686, 95 CCC (3<sup>e</sup>) 481 (où la Cour d'appel de l'Ontario a refusé d'adopter une nouvelle interprétation plausible d'un article du *Code criminel*, le courant interprétatif étant bien établi et aucun motif persuasif ayant été présenté pour s'en écarter).

67 Voir *Falk Bros Industries*, *supra* note 39; *Schwartz c Canada*, [1996] 1 RCS 254, 133 DLR (4<sup>e</sup>) 289 (opinion dissidente). Voir aussi les commentaires qu'en fait Sullivan dans Sullivan, *Statutes*, *supra* note 7 aux pp 719–20.

68 Gary Lawson, «The Constitutional Case Against Precedent» (1994) 17:1 Harv JL & Pub Pol'y 23.

69 Pour la *pléthore de critères* énumérée par la Cour, voir *Ontario (PG) c Fraser*, 2011 CSC 20 aux para 134–38 [*Fraser*]. Voir aussi Debra Parkes, «Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada» (2006) 32:1 Man LJ 135 à la p 149, citant Bruce Harris, «Final Appellate Courts Overruling their own “Wrong” Precedents: the Ongoing Search for Principle» (2002), 118 Law Q Rev 408.

70 *Fraser*, *supra* note 69 au para 130.

71 Au sujet de la technique de la distinction, voir Poirier, *supra* note 15 aux pp 211–19.

72 Sous réserve d'exceptions extraordinaires, dont il sera question plus loin.

magistrature, du milieu doctrinal et de la profession juridique»<sup>73</sup> depuis qu'il avait été rendu en 1977. Seule la Cour suprême avait compétence pour écarter ce précédent en l'espèce, cet acte n'impliquant pas «la convention verticale du précédent»<sup>74</sup>, qui interdisait à la Cour d'appel fédérale de faire de même, sa compétence se limitant à «exposer dans ses motifs ce qu'elle considérait problématique»<sup>75</sup>.

Dans la mise en équilibre de deux valeurs, «celles de la justesse et de la certitude»<sup>76</sup>, la Cour suprême du Canada semble ainsi privilégier la première, d'où la critique exprimée par certains auteurs: «lower courts must follow Supreme Court precedent, no matter how problematic or mistaken the decision may be»<sup>77</sup>.

Le carcan qu'impose la dimension verticale de la règle du précédent doit bien sûr être considéré à la lumière du contrôle que peut exercer une juridiction d'appel sur une décision interprétative mal fondée, que ce soit en raison du respect indiscriminé d'un précédent ou du fait que l'interprétation en question «soit le fruit de présomptions ou le reflet de valeurs qui ne sont plus acceptables» [notre traduction]<sup>78</sup>. Si ce filet de sauvetage existe effectivement, encore faut-il qu'un appel soit interjeté ou que les

73 Après avoir rondement critiqué la Cour d'appel fédérale pour avoir refusé d'appliquer une décision de la Cour suprême du Canada datant de 1977, la Cour suprême du Canada a elle-même conclu que cette dernière avait été mal décidée et avait fait l'objet de nombreuses critiques. Voir *Craig, supra* note 45 au para 1. Pour une critique semblable formulée par la Cour suprême du Canada à l'endroit de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, voir *Comeau, supra* note 45.

74 *Craig, supra* note 45 au para 27.

75 *Ibid* au para 21. La Cour explique que («[l]orsque la Cour suprême examine s'il y a lieu d'écarter l'une de ses propres décisions, ce n'est pas la convention verticale du précédent qui est en jeu. La Cour cherche plutôt alors à mettre en balance deux valeurs importantes, celles de la justesse et de la certitude. Elle doit déterminer s'il faut privilégier la certitude et maintenir un précédent erroné ou s'il faut rectifier l'erreur. Et, parce que cela suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, une multitude de critères ont été établis par les tribunaux ou proposés par les auteurs pour la résolution de cette alternative» au para 27).

76 *Ibid*. Voir aussi *Comeau, supra* note 45 («[s]ous réserve d'exceptions extraordinaires, une juridiction inférieure doit appliquer les décisions des juridictions supérieures aux faits dont elle est saisie. C'est ce qu'on appelle le *stare decisis* vertical. Sans ce fondement, le droit fluctuerait continuellement, selon les caprices des juges ou les nouveaux éléments de preuve ésotériques produits par des plaideurs insatisfaits du statu quo» au para 26 [italiques dans l'original]).

77 Michelle Bloodworth, «A Fact is a Fact is a Fact: *Stare Decisis* and the Distinction Between Adjudicative and Social Facts in *Bedford* and *Carter*» (2014) 32:2 NJCL 193 à la p 196. L'exception limitée à la règle du précédent vertical confirmée dans *Bedford, supra* note 46, est discutée plus loin.

78 Voir Sullivan, *Statutes, supra* note 7 à la p 718, n 209 (où elle donne plusieurs exemples jurisprudentiels de ces situations respectives).

parties soient en mesure de poser cet acte. La difficulté pour un tribunal inférieur d'écartier un précédent, aussi justifiée la raison soit-elle, semble alors aussi poser la question du gaspillage potentiel de ressources financières et juridiques.

L'estimé Côté a préconisé l'assouplissement de la règle du précédent en ce qui concerne les interprétations préalables faites d'un texte législatif, la règle ayant été conçue pour assurer la stabilité du droit non écrit, et non pas celle de la législation :

[L]e recours systématique aux précédents dans l'interprétation des lois peut entrer en conflit avec le devoir qui incombe à tout interprète de rechercher dans le texte même l'intention véritable du législateur: le justiciable n'est-il pas en droit d'attendre du juge qu'il accorde autant d'importance à la volonté législative qu'à une jurisprudence antérieure, qui peut être erronée?<sup>79</sup>

Une application stricte de la règle du précédent risquerait ainsi « d'ériger un écran entre le juge et le texte même de la loi et d'amener les tribunaux à interpréter leurs propres interprétations de la loi plutôt que les termes de celles-ci » [note omise]<sup>80</sup>.

Si ce risque existe effectivement, nous postulons qu'il ne se limite pas à celui de s'écarter du texte, comme le prévient Côté<sup>81</sup>. Au-delà des considérations liées à l'énoncé législatif lui-même, l'influence du contexte social, économique ou politique dans lequel évolue le texte législatif ne milite-t-il pas en lui-même pour l'assouplissement de la règle du précédent? La croissance contemporaine fulgurante de la prise en considération dans la pratique interprétative des tribunaux de ce contexte, dont sont notamment

79 Côté, Beaulac et Devinat, *supra* note 11 à la p 631.

80 *Ibid* aux pp 631–32. La décision *R c Vasil*, [1981] 1 RCS 469, 121 DLR (3<sup>e</sup>) 41, est le seul exemple que cite Côté, Beaulac et Devinat, *supra* note 11 comme (« exemple d'instance où la Cour suprême a préféré remonter directement au texte de la loi plutôt que de se limiter à en interpréter ses propres interprétations » à la p 623, n 129). La lecture de cette décision révèle toutefois que, même si elle fait référence à une décision jurisprudentielle préalable, la Cour suprême fonde sa décision interprétative sur d'autres facteurs importants, dont l'historique de la disposition, les débats parlementaires et sur l'exposé général clair du droit contenu dans la jurisprudence, auquel elle fait appel à titre de savoir juridique.

81 La formulation de ce risque par référence au texte même de la loi, aux termes de celle-ci et à la volonté législative nous semble refléter une adhérence implicite à la théorie dite *officielle* de l'interprétation des lois, selon laquelle la découverte de l'intention du législateur reposerait dans le texte, théorie avalisée par le discours juridique, mais faisant toutefois l'objet de nombreuses critiques, que Côté expose lui-même. Voir Côté, Beaulac et Devinat, *supra* note 11 aux pp 17–27.

le reflet les autorités doctrinales et les faits d'intérêt public, nous semble militer en ce sens.

À titre de synthèse de la première partie de ce texte, nous estimons ainsi que le texte normatif et son histoire jurisprudentielle sont indissociables, ce qui légitime (autant que la règle du précédent) le recours aux interprétations préalables d'un texte législatif à titre d'aide à l'interprétation de ce même texte. Toutefois, puisque cette histoire jurisprudentielle s'inscrit elle-même dans un contexte constamment en évolution, ce contexte doit lui-même être pris en compte dans le poids relatif qu'il convient d'accorder à un précédent faisant autorité dans un cas donné. Les autorités jurisprudentielles qui prescrivent une démarche ou des principes interprétatifs laissent déjà considérablement de jeu à l'interprète qui les applique, car tout se joue dans les facteurs contextuels pris en compte dans cette analyse. Les autorités jurisprudentielles qui se veulent des interprétations préalables de textes législatifs, quant à elles, exercent une bien plus grande contrainte sur l'interprète, car la dimension verticale du précédent peut opérer comme un frein considérable à la prise en compte des éléments contextuels capables de légitimer un revirement de jurisprudence. L'ascendance contemporaine de la prise en considération dans la pratique interprétative des tribunaux de la doctrine et des faits d'intérêt public militent pourtant pour l'assouplissement de la règle du précédent en ce qu'elle touche les interprétations préalables d'un texte législatif. La deuxième partie de ce texte sera dédiée à l'examen de la place qu'occupent ces aides extrinsèques à l'interprétation.

## II. LA DOCTRINE ET LES FAITS D'INTÉRÊT PUBLIC À TITRE D'OUTILS INTERPRÉTATIFS

La doctrine et les faits d'intérêt public ont acquis une importance majeure et croissante à l'établissement du contexte dans lequel doit être interprété le texte législatif.

La doctrine (ou la *littérature juridique*) ne désigne traditionnellement que « [l'e]nsemble des sources du droit émanant de ceux qui sont censés le connaître » [emphases et notes omises]<sup>82</sup>, c'est-à-dire ceux qui « sont dits érudits (*learned persons*) » [emphase omise]<sup>83</sup>. Elle comprend ainsi « l'ensemble des traités, monographies, articles de revues ou de mélanges qu'écrivent les

82 Vanderlinden, Snow et Poirier, *supra* note 22 à la p 145, *sub verbo* « doctrine ».

83 *Ibid.*

professionnels du droit, aussi bien les professeurs que les praticiens»<sup>84</sup>. La doctrine est l'une des aides extrinsèques à laquelle les tribunaux recourent fréquemment à titre d'aide à l'interprétation des textes législatifs<sup>85</sup>.

À la doctrine sont désormais venus s'ajouter les faits d'intérêt public (*legislative facts*) dans un nombre croissant de décisions judiciaires, particulièrement dans les recours constitutionnels. Les faits d'intérêt public sont des éléments d'information d'ordre économique ou social, souvent tirés de statistiques, d'études de sciences sociales, de rapports de comité d'étude, etc<sup>86</sup>. À ce titre, ils représentent des éléments contextuels qui encadrent l'interprétation.

Alors que la tradition de common law réservait jadis à la doctrine un rôle marginal dans l'interprétation du droit statutaire, son utilisation dans la tradition civiliste est aussi bien ancrée et longuement établie que l'est l'utilisation du précédent en common law.

La réception, dans certains ressorts, du *Corpus juris civilis* comme source formelle de droit ou de raison écrite aurait ainsi nécessité l'étude, l'analyse et la dissection des nombreuses règles qu'il contenait (surtout dans le *Digeste*, un recueil de citations de juristes). Ce travail, «[effectué] dans les grandes universités du Moyen-Âge, [aurait ainsi entraîné] une approche académique et systématique du droit, perméable aux grands courants philosophiques»<sup>87</sup>. La codification serait donc ainsi, «dans une large mesure, la fille de la doctrine»<sup>88</sup>.

À vrai dire, «[l]es tribunaux québécois [...] n'éprouvent donc aucune hésitation à faire appel à la doctrine et n'ont jamais fait preuve de la

84 Moor, *supra* note 40 à la p 300. Voir également *supra* note 10 et texte correspondant.

85 Voir Côté, Beaulac et Devinat, *supra* note 11 à la p 393.

86 Malgré leur vocation et leur origine quelque peu différentes, les interprétations doctrinales et les faits d'intérêt public sont rassemblés et énumérés dans une seule rubrique commune dans les préambules des jugements de la Cour suprême du Canada, sans distinction hiérarchique apparente pouvant témoigner de leur poids respectif.

87 Serge Gaudet, «La doctrine et le Code civil du Québec» Journées Maximilien-Caron, présentées à la Faculté de droit de McGill, 13 et 14 mars 1992 Montréal, Éditions Thémis, 1993 à la p 225.

88 *Ibid.* Les principales caractéristiques des systèmes civilistes (dont l'influence de la doctrine et la codification) qui les différencient de la tradition de common law ne seraient ainsi («que des conséquences, plus ou moins directes et logiquement nécessaires, de ce fait historique fondamental» *ibid.*, citant Alan Watson, *The Making of the Civil Law*, Cambridge (R-U), Harvard University Press, 1981).

retenue traditionnelle associée aux tribunaux de common law» [notre traduction]<sup>89</sup>. Quant à la Cour suprême,

[e]n droit civil, non seulement la Cour suprême fait-elle largement état des divers points de vue exprimés par les auteurs sur les questions dont elle est saisie, mais il lui arrive d'invoquer la doctrine avant même la jurisprudence, ce qui témoigne nettement du poids que l'on y attache<sup>90</sup>.

Dans les ressorts de common law, au Canada comme ailleurs, la place réservée par les tribunaux à l'opinion doctrinale a connu une croissance très considérable<sup>91</sup>. La doctrine serait ainsi devenue une aide interprétative appréciable tant dans l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>92</sup> [ci-après «*Charte*»] que dans l'interprétation des lois ordinaires.

L'interprète fait généralement appel aux interprétations doctrinales parce que, comme les décisions jurisprudentielles, elles font partie du contexte extrinsèque de l'énonciation de la loi et l'aident à établir la toile de fond dans laquelle s'inscrit la loi<sup>93</sup>. Ainsi, les opinions contenues dans des publications savantes sont abondamment citées dans la jurisprudence

89 Normand, *supra* note 16 à la p 84 (il précise en outre que les tribunaux québécois peuvent aussi faire appel à la doctrine «à titre d'inspiration, ce qui permettra souvent au droit civil d'évoluer» *ibid* à la p 84).

90 Côté, Beaulac et Devinat, *supra* note 11 à la p 639. En 1972, le juge Laskin préconisait déjà que les tribunaux devraient accorder autant de poids à la doctrine, qu'aux décisions jurisprudentielles qui leur sont citées, mises à part celles qui ont valeur de précédent contraignant. Voir Bora Laskin, «The Institutional Character of the Judge» (1972), 7:3 *Israel LR* 329 aux pp 344-45.

91 Voir Côté, Beaulac et Devinat, *supra* note 11 (où il énumère plusieurs décisions dans lesquelles l'opinion doctrinale a été prise en compte dans l'interprétation des lois. Le recours à la doctrine serait cependant «plus fréquent au Canada qu'au Royaume-Uni et aux États-Unis qu'au Canada» à la p 639, n 162). Voir Vanderlinden, Snow et Poirier, *supra* note 22, *sub verbo* «doctrine». Voir aussi Sharpe et Proulx, *supra* note 10.

92 Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte*]. Au sujet de la place de la doctrine dans l'interprétation de la *Charte*, voir Sullivan, *Statutory Interpretation*, *supra* note 66 à la p 284. La juge L'Heureux-Dubé fait le même point dans la décision *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville de)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Boisbriand (Ville de)*, 2000 CSC 27 au para 31. La mesure dans laquelle les tribunaux pouvaient faire appel aux aides extrinsèques dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles intéressait déjà la doctrine en 1939. Voir Vincent C MacDonald, «Constitutional Interpretation and Extrinsic Evidence» (1939) 17:2 *R du B can* 77. Voir aussi G V V Nicholls, «Legal Periodicals and the Supreme Court of Canada» (1950) 28:4 *Can Bar Rev* 422.

93 Voir Sullivan, *Statutes*, *supra* note 7 (elles peuvent aussi «parfois faire partie de l'historique juridique d'un texte législatif, [auquel cas elles] peuvent être admises à titre de preuve de l'entendement sur lequel le texte a été adopté» [notre traduction] à la p 701).

à titre d'aides dans la résolution de problèmes d'interprétation l'autorité qui leur est accordée «dérivant apparemment de l'expertise présumée de l'auteur et de la force persuasive de l'argument» [notre traduction]<sup>94</sup>.

L'utilisation croissante qui est faite par les tribunaux des faits d'intérêt public (*legislative facts*) à titre d'aides extrinsèques à l'interprétation, quant à elle, est un phénomène plus récent qui s'inscrit dans «le mouvement favorable à l'interprétation contextuelle»<sup>95</sup>. Ce phénomène n'est guère surprenant puisque, comme le note Pinard, la «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»<sup>96</sup>. C'est ainsi que, depuis les années 1970, ce flou entourant la notion de contexte semble avoir donné lieu à un net élargissement du matériel qui est pris en compte à titre d'aides extrinsèques à l'interprétation, matériel qui s'étend bien au-delà de la doctrine dans son sens traditionnel, particulièrement dans les litiges constitutionnels canadiens<sup>97</sup>.

Ainsi, la Cour suprême du Canada<sup>98</sup> a-t-elle notamment invoqué—à titre d'aide à l'interprétation de diverses dispositions législatives—statistiques, études de sciences sociales, rapports de comités d'étude et données de type empirique portant sur une grande diversité de problèmes sociaux, dont les effets néfastes de l'inflation<sup>99</sup>, les stéréotypes entourant

94 *Ibid* à la p 703. Sullivan cite de multiples exemples de l'utilisation qui est faite des écrits doctrinaux dans la jurisprudence, qu'il est inutile de répéter ici.

95 Côté, Beaulac et Devinat, *supra* note 11, à la p 53. L'abandon de la règle interdisant le recours aux travaux préparatoires s'inscrit aussi dans ce mouvement. D'autres appellent ce «mouvement [graduel] d'élargissement des sources d'interprétation» le «tournant pragmatiste». Voir Stéphane Bernatchez, «De la vérité à l'intersubjectivité et du texte au contexte: vers une conception réflexive de l'interprétation du droit» dans Beaulac et Devinat, *supra* note 2 à la p 92 [Bernatchez].

96 Pinard, «Méthode contextuelle», *supra* note 2 à la p 362.

97 Voir notamment Benjamin Perryman, «Adducing Social Science Evidence in Constitutional Cases» (2018) 44:1 *Queen's LJ* 121; Danielle Pinard, «La preuve des faits sociaux et les Brandeis Briefs: quelques réserves» (1996) 26:2 *RDUS* 497 [Pinard, «Preuve des faits sociaux»].

98 Principalement, mais non exclusivement sous la plume de la juge L'Heureux-Dubé. Les juges La Forest, Bastarache et Gonthier auraient aussi participé à ce développement du contexte. Voir la liste de décisions citées dans Pinard, «Méthode contextuelle», *supra* note 2 à la p 355.

99 Voir *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 *RCS* 373, 68 *DLR* (3<sup>e</sup>) 452. Cette décision serait la première dans laquelle ont été prises en compte des données tirées de sciences sociales. Voir Bloodworth, *supra* note 77 à la p 198.

les agressions sexuelles<sup>100</sup>, le *syndrome de la femme battue*<sup>101</sup>, le phénomène social de la féminisation de la pauvreté<sup>102</sup>, les effets du divorce sur les conjoints et leurs enfants<sup>103</sup>, les traumatismes vécus par les enfants victimes d'agression sexuelle<sup>104</sup>, et les facteurs systémiques ou historiques qui ont contribué aux difficultés que rencontrent les Autochtones dans le système de justice pénale et dans la société en général<sup>105</sup>? Tout ce matériel contextuel étant commodément classé dans les jugements sous la rubrique *doctrine et autres documents*<sup>106</sup>. Le champ ouvert par le contexte s'est ainsi nettement élargi, à ce point qu'il semble qu'il soit aujourd'hui possible «[d']affirmer que tout élément pertinent à l'établissement du sens de la loi peut être pris en considération»<sup>107</sup>.

Reste toutefois à légitimer le recours à ces éléments contextuels à titre d'aide à l'interprétation et à savoir «quel poids, quelle autorité, quelle valeur l'interprète doit attribuer aux divers facteurs dont il peut et même dont il doit tenir compte»<sup>108</sup>.

### A. Quel poids pour la doctrine et les faits d'intérêt public dans le raisonnement interprétatif?

Selon la vision généralement acceptée, la doctrine dans son sens traditionnel peut être légitimement utilisée pour confirmer une interprétation à laquelle le tribunal est arrivé par d'autres moyens<sup>109</sup> ou à titre d'opinion per-

100 Voir *R c Seaboyer*; *R c Gayme*, [1991] 2 RCS 577, 83 DLR (4<sup>e</sup>) 193 [*Seaboyer*].

101 Voir *R c Lavallee*, [1990] 1 RCS 852, [1990] 4 WWR 1.

102 Voir *Moge c Moge*, [1992] 3 RCS 813, 99 DLR (4<sup>e</sup>) 456 [*Moge*].

103 Voir *Young c Young*, [1993] 4 RCS 3, 108 DLR (4<sup>e</sup>) 193 [*Young*].

104 Voir *R c L (DO)*, [1993] 4 RCS 419, 88 Man R (2<sup>e</sup>) 241. Dans *R c Levogiannis*, [1993] 4

RCS 475, 16 OR (3<sup>e</sup>) 384. La juge L'Heureux-Dubé a par la suite intégré par renvoi toute l'explication de ce contexte empirique.

105 Voir *R c Wells*, 2000 CSC 10 au para 53; *R c Gladue*, [1999] 1 RCS 688 au para 83, 171 DLR (4<sup>e</sup>) 385.

106 L'addition en 1985 dans le Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada de la «doctrine citée (*authors cited*)» à titre de rubrique sur le même plan que les listes plus traditionnelles de lois et de décisions citées a sans doute contribué à rehausser le statut de la doctrine à titre d'autorité. Voir Sharpe et Proulx, *supra* note 10 à la p 556. Est éloquent le fait que dans les versions françaises des jugements, cette rubrique a depuis été renommée «Doctrine et autres documents cités», ces «autres documents» étant par implication exclus de la «doctrine». La version anglaise des jugements, quant à elle, a conservé «*authors cited*», la distinction implicite fait dans la version française étant absente.

107 Côté, Beaulac et Devinat, *supra* note 11 à la p 53.

108 *Ibid.*

109 Voir *ibid* à la p 640 (selon Côté, la doctrine ne saurait prévaloir à l'encontre d'un texte clair).

suasive, mais non contraignante, pour régler un problème interprétatif<sup>110</sup>. Ainsi, «le poids accordé à une certaine opinion doctrinale peut dans une certaine mesure dépendre de la réputation de son auteur, la considération primaire étant cependant la qualité apparente de la recherche et la force persuasive de l'argument» [notre traduction]<sup>111</sup>.

Cela dit, le poids accordé à la doctrine dans l'interprétation semble s'être nettement amplifié et il n'est pas rare pour les juges de prendre en compte et de faire référence à un nombre considérable d'articles doctrinaux portant sur les questions dont ils sont saisis<sup>112</sup>. Ainsi, comme le dit Sullivan: «[a]lthough accorded less weight than judicial opinion, scholarly opinion has become an authoritative source in the interpretation of statutes»<sup>113</sup>. Est-ce dire qu'elle serait devenue source de droit<sup>114</sup>? Ce qui semble certain, c'est que la pratique canadienne reflète sur ce point celle de l'Europe occidentale, où «la doctrine est l'une des traditions qui concourt, au sein de l'ordre juridique, au développement des textes normatifs, plus particulièrement à l'élaboration et à la formulation des normes générales qui en sont le produit»<sup>115</sup>.

Plus controversé encore est le poids qu'il convient d'accorder aux faits d'intérêt public dans le résultat de l'interprétation. Ces matériaux se distinguent effectivement des interprétations doctrinales de textes législatifs, en ce sens qu'ils n'ont pas de prétention interprétative. Ils ne proviennent pas nécessairement, non plus, des professionnels du droit ou d'auteurs de doctrine. Le fait que les tribunaux prennent souvent connaissance d'office<sup>116</sup>

110 Sullivan, *Statutes*, *supra* note 7 à la p 701.

111 Sullivan, *Statutory Interpretation*, *supra* note 66 à la p 284.

112 Pour un exemple des longues listes d'articles doctrinaux consultés dans les décisions, voir *Seaboyer*, *supra* note 100; *Moge*, *supra* note 102; *Young*, *supra* note 103. Voir aussi *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2014 CSC 45, (où la Cour suprême a fait appel à une doctrine abondante afin de tracer l'évolution d'un régime législatif, d'établir son objet et de justifier son approche interprétative).

113 Sullivan, *Statutes*, *supra* note 7 à la p 703.

114 Selon Moor, *supra* note 40 (la théorie n'a en effet «jamais accepté de ranger la doctrine parmi les sources du droit, faute d'être en mesure de lui assigner un statut dans un ordre juridique gouverné par le concept de norme et par conséquent négligeant la fonction de la tradition» à la p 301).

115 *Ibid* à la p 306.

116 La Cour n'est pas censée prendre connaissance d'office de faits contestables ou pouvant faire l'objet de débat. Or les conclusions tirées de sciences sociales ne font pas toujours unanimité. Voir *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30 au para 198, 44 DLR (4<sup>e</sup>) 385 (opinion dissidente) (où les juges majoritaires ont fait référence à une variété de preuves relatives à l'avortement sans questionner leur admissibilité et sans faire de distinction entre les documents

de ces matériaux, avec le résultat qu'ils ne sont pas mis à l'épreuve par les règles normales relatives à la preuve, contribue grandement à cette controverse<sup>117</sup>.

Non seulement cela, mais la conclusion qui est tirée du contexte semble parfois exercer une influence déterminante sur la décision rendue, ce qui peut donner «l'impression que la décision judiciaire ultime est déjà toute dessinée à cette étape de l'élaboration du contexte»<sup>118</sup>. La prise en compte grandissante des faits d'intérêt public en matière d'interprétation législative aurait ainsi ouvert la voie à une «approche judiciaire [nettement] empirique [...], qui va parfois jusqu'à donner au contexte une vie autonome et influente»<sup>119</sup>, au point où les tribunaux préviennent que ce sont ces faits «qui sont susceptibles d'être décisifs»<sup>120</sup> dans de nombreuses affaires fondées sur l'application de la *Charte*.

Ainsi, pour le juge La Forest—dissident dans la décision *RJR-MacDonald Inc c Canada (PG)*<sup>121</sup>, la nature et l'étendue des problèmes de santé associés à l'usage du tabac et les effets sociaux préjudiciaux de son usage représentaient un problème institutionnel qui justifiait, en vertu de l'article premier de la *Charte*, l'atteinte à la liberté d'expression que représentait la disposition attaquée de la *Loi réglementant les produits du tabac*<sup>122</sup>. Le contexte étant roi, le choix du tribunal ne pouvait être fondé «sur une

produits en preuve au moyen de témoignage et de documents assermentés, provoquant ainsi une critique du juge McIntyre). Au sujet de la connaissance d'office, voir *R c Find*, 2001 CSC 32. Voir aussi, l'honorable Claire L'Heureux-Dubé, «Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context» (1994), 26:3 RD Ottawa 551 à la p 556.

- 117 Voir à ce sujet Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd, Toronto, Carswell, 2007 (feuilles mobiles mises à jour 2019:1) aux pp 60-11 à 60-15; Ranjan Agarwal et Faiz Lalani, «Noting the Obvious: A Reflection on the Supreme Court of Canada's Application of Judicial Notice under Sections 7 and 15 of the Charter» (2016) 35 NJCL 131; Pinard, «Preuve des faits sociaux», *supra* note 97; Pinard, «Méthode contextuelle», *supra* note 2 aux pp 329-30.
- 118 Pinard, «Méthode contextuelle», *supra* note 2 à la p 357. Bloodworth rapportait que «social science evidence is considered suspect and courts are inconsistent in the weight placed on such evidence in any given case», *supra* note 77 à la p 198.
- 119 Pinard, «Méthode contextuelle», *supra* note 2 à la p 350. Voir aussi Bloodworth, *supra* note 77.
- 120 *R c Spence*, 2005 CSC 71 au para 64 [*Spence*] (selon la Cour, les faits législatifs et sociaux sont des faits «qui importent dans le raisonnement et peuvent faire jouer des considérations de principe générales» et sont donc à distinguer des faits en litige (au para 58)).
- 121 [1995] 3 RCS 199, 127 DLR (4<sup>e</sup>) 1 [*RJR MacDonald* avec renvois aux RCS].
- 122 LC 1988, c 20. La *Loi* comporte une interdiction générale (sous réserve d'exceptions précises) de toute publicité et promotion en faveur des produits du tabac et de la vente de ces produits à moins que leur emballage ne comporte les mises en garde non attribuées prévues et une liste de leurs substances toxiques, ce qui viole la liberté d'expression garantie à l'article 2b) de la *Charte*. Voir *Charte*, *supra* note 93.

analyse abstraite, mais sur une appréciation concrète de l'importance relative de chacune des valeurs pertinentes dans notre collectivité dans le contexte en question»<sup>123</sup>.

Contrairement aux autorités jurisprudentielles, le recours à ces matériaux extrinsèques ne trouve pas justification dans la règle du précédent, leur utilisation étant plutôt légitimée dans le discours juridique par référence à la méthode contextuelle:

À mon avis, 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<sup>124</sup>.

Toutefois, bien que le recours aux faits d'intérêt public puisse ainsi être légitimé et jugé être « de bon aloi »<sup>125</sup>, ce qui peut faire froncer les sourcils, c'est que les « décisions à saveur empirique »<sup>126</sup> ou qui accordent une importance primaire au contexte peuvent donner « l'apparence de liberté judiciaire absolue »<sup>127</sup>. Cette apparence est aggravée par le fait que les règles qui entourent la détermination du contexte sont « une zone d'ombre »<sup>128</sup>. La « légitimité du contrôle judiciaire »<sup>129</sup> exige alors que « les modes de détermination du contexte soient explicités » [note omise]<sup>130</sup>.

On sent ici la fragilité de la légitimation des décisions à saveur contextuelle qui reposent sur la méthode contextuelle, née du principe moderne de Driedger, dont le libellé ne semble pas vraiment correspondre à l'approche adoptée en pratique. Rappelons par ailleurs que les juges n'entretiennent

123 *RJR MacDonald*, *supra* note 121 à la p 211, juge La Forest.

124 *Symes c Canada*, [1993] 4 RCS 695 au para 242, 110 DLR (4<sup>e</sup>) 470, juge L'Heureux-Dubé. Voir aussi *Spence*, *supra* note 120 (les faits d'intérêt public servent « à établir le cadre de référence ou le contexte pour trancher des questions factuelles cruciales pour le règlement d'un litige », car même s'ils ne se rapportent pas aux circonstances d'une affaire en particulier, « s'ils sont correctement reliés aux faits en litige, ils contribuent à expliquer certains aspects de la preuve » au para 57).

125 Pinard, « Méthode contextuelle », *supra* note 2 à la p 356. L'auteure est d'avis que « l'approche prônant une nécessaire insertion du droit dans son contexte social n'a plus vraiment de détracteurs » (*ibid.*).

126 *Ibid.*

127 *Ibid.*

128 *Ibid.*

129 *Ibid.* à la p 368.

130 *Ibid.*

pas tous et toutes la même conception de ce qu'emporte l'acte d'interpréter un texte législatif ni du poids qu'il convient d'accorder aux aides extrinsèques à l'interprétation, propres à éclairer le contexte.

## B. La dimension sociale de l'acte de juger

Nous touchons ici à la question épineuse et ancienne des rapports entre l'acte de juger et l'éthique. Sans nous lancer dans un débat théorique qui nous ferait sortir du cadre du présent article, mentionnons que la sociologie du droit nous offre une voie de légitimation qui nous semble intéressante. Comme Noreau l'indique, ce qui est souvent oublié, c'est que «le droit n'est pas seulement [une] succession de commandements qui [garantissent] un ordre social objectif»<sup>131</sup>, c'est une expression des valeurs la société ou, plus précisément, «du groupe qui, “à une certaine époque, prédomine en société” en imposant ou en proposant les conditions et le sens de la vie en commun» [note omise]<sup>132</sup>. Or, une fois le droit écrit, il «se fige apparemment dans sa forme» [note omise]<sup>133</sup> et on «oublie [son] origine sociale»<sup>134</sup>. C'est donc seulement à l'étape de «sa mise en œuvre et dans son interprétation qu'il retrouve sa signification sociale»<sup>135</sup>.

En rappelant que le texte normatif n'est que l'expression écrite des valeurs sociétales sur lesquelles il est fondé, la sociologie du droit reconnaît ainsi «[qu'i]l y a dans l'acte de juger un constant ajustement du droit à la réalité sociale»<sup>136</sup>. Elle légitime alors le recours par l'interprète au contexte sociétal, la doctrine et les faits d'intérêt public faisant partie de ce contexte.

Tout comme les décisions jurisprudentielles imprègnent le texte législatif d'une histoire évolutive que l'interprète ne saurait ignorer, la société dans laquelle ce dernier évolue et les opinions qu'elle exprime, notamment à travers la doctrine et les faits d'intérêt public, l'inculquent de préceptes sur les «dimensions de la vie que le droit n'a pas normalement à connaître, mais que le juge ne peut—en même temps—ignorer» [note omise]<sup>137</sup>, car «il doit avoir le souci de convaincre autrui de la légitimité de sa décision»<sup>138</sup>.

---

131 Noreau, *supra* note 43 au para 18.

132 *Ibid.*

133 *Ibid.*

134 *Ibid.*

135 *Ibid.*

136 *Ibid* au para 19.

137 *Ibid* au para 23.

138 Bernatchez, *supra* note 95 à la p 99.

Mis à part le fait que la doctrine et les faits d'intérêt public jettent un éclairage important et parfois déterminant sur le contexte sociétal dans lequel évolue un texte législatif, ces éléments extrinsèques contextuels ont une dimension *critique* essentielle, en ce sens qu'ils mettent «en évidence les lacunes, les incohérences, les argumentations rhétoriques des textes normatifs et de leur lecture habilitée»<sup>139</sup>. Ils donnent ainsi lieu à un dialogue «entre les lecteurs des textes normatifs qui a pour objet propre précisément la lecture actuelle de ces textes»<sup>140</sup> et qui «se déroule de manière contemporaine au développement par la jurisprudence des textes normatifs»<sup>141</sup>.

De fait, non seulement «la doctrine fait partie intégrante de la tradition juridique que le juge lit en même temps qu'il lit les textes normatifs, mais elle exerce aussi une fonction régulatrice»<sup>142</sup>, fonction qu'exercent aussi les faits d'intérêt public. Ces éléments sont ainsi susceptibles d'appuyer tant l'argumentation interprétative judiciaire que de justifier un revirement de jurisprudence<sup>143</sup>.

La décision *Central Alberta Dairy Pool c Alberta (Commission des droits de la personne)*<sup>144</sup> nous fournit un exemple probant de l'influence de la doctrine sur la décision interprétative, en ce sens que les critiques formulées dans un manuel de doctrine et dans un rapport de la Commission canadienne des droits de la personne à l'égard de l'interprétation que la Cour suprême avait préalablement donné à une disposition législative ont clairement convaincu la Cour suprême d'infirmer cette décision antérieure<sup>145</sup> et d'adopter à la place l'approche préconisée par la doctrine. Il faut dire que ces critiques étaient motivées par les conséquences sociales néfastes de la décision renversée. Cette dernière pouvait par exemple emporter les conséquences suivantes:

[L]es employeurs ne sont pas tenus de modifier les lieux de travail pour permettre aux personnes atteintes de déficiences de gagner leur vie; que les femmes qui deviennent enceintes et dont les fonctions doivent être modifiées de façon temporaire peuvent être forcées de quitter leurs emplois; que les personnes qui, pour des raisons religieuses, ne peuvent

139 Moor, *supra* note 40 à la p 305.

140 *Ibid.*

141 *Ibid.*

142 *Ibid* à la p 306.

143 Les arguments soulevés par la doctrine peuvent aussi bien sûr être écartés.

144 [1990] 2 RCS 489, 72 DLR (4<sup>e</sup>) 417 [*Central Alberta* avec renvois aux RCS].

145 Il s'agit de la décision *Bhinder c Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 RCS 561, 23 DLR (4<sup>e</sup>) 481.

travailler pendant les heures d'affaires normales peuvent avoir de la difficulté à trouver un emploi<sup>146</sup>.

Ainsi, « [i]l ne [s'agissait] pas [non plus] de problèmes purement hypothétiques »<sup>147</sup>. À la date de son rapport sur la question, « [l]a Commission [canadienne des droits de la personne] exami[nait] 528 plaintes portant sur la discrimination dans l'emploi »<sup>148</sup>.

Outre le fait que cette décision illustre que la *critique* que formule la doctrine à l'égard des décisions interprétatives est effectivement capable d'exercer une fonction régulatrice qui influe sur l'interprétation subséquente, il nous semble clair que les *conséquences* d'une interprétation contraire dans cette décision étaient centrales à la décision prise par la Cour suprême.

Il est peut-être plus difficile d'affirmer que les faits d'intérêt public, à eux seuls, puissent justifier un revirement de jurisprudence au même titre que la doctrine. Cela dit, la confirmation judiciaire d'une exception à la dimension verticale du précédent témoigne tout au moins de l'influence croissante, parfois même concluante, qu'ils exercent sur les décisions interprétatives.

La Cour suprême du Canada a effectivement confirmé que le réexamen d'un précédent par un tribunal inférieur est justifié non seulement « lorsqu'une nouvelle question de droit se pose »<sup>149</sup>, mais aussi « [lorsqu]'il y a modification importante de la situation ou de la preuve »<sup>150</sup>. C'est ainsi que, dans la décision séminale *Bedford*<sup>151</sup>, la Cour suprême du Canada avalise le rejet par la juge d'instance d'un précédent de 1990 qui la liait, car la présentation d'un dossier de preuve très étoffé démontrait que les « données sociales, politiques [et] économiques »<sup>152</sup>, qui sous-tendait ce précédent,

146 *Central Alberta*, *supra* note 144 à la p 512.

147 *Ibid.*

148 *Ibid* à la p 512 (la décision critiquée était susceptible d'avoir « un effet sur 33 [%] des plaintes de discrimination fondée sur la religion ou la déficience et 5 [%] des plaintes de discrimination sexuelle » *ibid* à la p 512).

149 *Bedford*, *supra* note 46 au para 44.

150 *Ibid.* Voir aussi *Carter c Canada* (PG), 2015 CSC 5 [*Carter*], (où l'ensemble des faits sociaux en l'espèce justifiait que la juge de première d'instance écarte un précédent qui la liait et qui aurait sinon validé la prohibition de l'aide médicale à mourir, qu'imposaient certaines dispositions du *Code criminel*).

151 *Supra* note 46 au para 44 (les dispositions attaquées du *Code criminel* criminalisant diverses activités liées à la prostitution sont ainsi jugées contraires à la *Charte*, malgré le fait que deux des trois dispositions contestées avaient été jugées conformes à la *Charte* dans l'arrêt *Renvoi relatif à l'art 193 et à l'al 195.1(1)c du Code criminel (Man)*, [1990] 1 RCS 1123, [1990] 4 WWR 481 [*Renvoi relatif à l'art 193 avec renvois aux RCS*]).

152 Voir *supra*, note 46 au para 41.

n'étaient plus valables<sup>153</sup>. De plus, les conclusions tirées en première instance sur ces faits d'intérêt public commandaient la déférence au même titre que les faits en litige. C'est aussi ainsi que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Carter*<sup>154</sup>, confirme le bien-fondé du rejet par la juge d'instance d'un précédent qui la liait, notamment parce que « [l]'ensemble des faits législatifs et sociaux »<sup>155</sup> différait des éléments de preuve soumis à la Cour dans le précédent en question.

Cela dit, tout en admettant que « le principe du *stare decisis* ne constitue pas un carcan qui condamne le droit à l'inertie » [italiques dans l'original]<sup>156</sup>, ces arrêts demeurent, somme toute, exceptionnels et l'exception permettant aux tribunaux inférieurs d'écarter un précédent à la lumière d'une évolution sociale, qui semble pour le moment ne trouver application que dans quelques affaires appelant l'application de la *Charte*, est de portée extrêmement limitée. Pour l'invoquer, il faut en effet « [qu]'une nouvelle question juridique se pose [ou qu]'une modification de la situation ou de la preuve "change radicalement la donne" »<sup>157</sup>. Ayant déjà prévenu que « la barre est haute lorsqu'il s'agit de justifier le réexamen d'un précédent »<sup>158</sup>, la Cour suprême a plus récemment précisé qu'elle ne tolérerait la mise en écart d'un précédent aux termes de cette exception que « lorsque le contexte social sous-jacent qui encadrait le débat juridique original examiné a profondément changé »<sup>159</sup>.

153 Voir *ibid* aux para 41-47 (le dossier de preuve comptait plus de 25 000 pages et 88 volumes: la preuve par affidavit étant accompagnée d'une foule d'études, de rapports, d'articles de journaux, d'extraits de textes de loi et des débats de la Chambre des communes, et de nombreux autres documents. D'autres éléments justifiaient la mise à l'écart du précédent en question, notamment le fait que la Cour avait examiné la question sous un angle différent à l'époque et que d'autres questions de droit avaient été soulevées).

154 *Supra* note 150 (ce précédent aurait sinon validé la prohibition de l'aide médicale, jugée contraire à la *Charte* en l'espèce).

155 *Ibid* au para 47 (ici aussi, d'autres éléments justifiaient la mise à l'écart de ce précédent, notamment le fait que « le droit relatif aux principes de la portée excessive et du caractère totalement disproportionné avait évolué de façon importante depuis l'arrêt *Rodriguez* » [italiques dans l'original] au para 46). Voir *Rodriguez c Colombie-Britannique (Procureur Général)*, [1993] RCS 519, 107 DLR (4<sup>e</sup>) 342.

156 *Carter*, *supra* note 150 au para 44.

157 *Ibid* au para 44.

158 *Bedford*, *supra* note 46 au para 44. Voir aussi *Comeau*, *supra* note 45 (« [l]'exception relative à la nouvelle preuve s'appliquant au principe du *stare decisis* vertical est restreinte » [italiques dans l'original] au para 30).

159 *Comeau*, *supra* note 45 au para 31 (la Cour juge ainsi que la nouvelle preuve historique présentée au procès quant à l'origine d'un article de la *Loi constitutionnelle de 1867* et quant aux intentions de ses rédacteurs et la description du climat politique de l'époque faite par un témoin expert n'avaient pas atteint le seuil nécessaire pour permettre au juge d'instance de remettre en cause un précédent rendu en 1921 qui le liait).

Le jeu de circonstances et l'ampleur du changement au contexte social qui sont susceptibles de permettre aux tribunaux inférieurs d'écarter un précédent demeurent par ailleurs des questions entourées d'incertitude et il ressort de l'état de la jurisprudence que l'exception en question est de nature si restreinte que la dimension verticale de la règle du précédent demeure largement intacte<sup>160</sup>.

Malgré ces limites, le fait d'accepter, même par la Cour suprême du Canada, que des mutations sociales puissent, en elles-mêmes, justifier que soit écarté un précédent, est indicatif, selon nous, d'un important changement en branle dans la tendance interprétative. Les éléments contextuels, dont font partie la doctrine et les faits d'intérêt public, ont acquis un poids considérable dans l'interprétation, un poids qui l'emporte à l'occasion, et de plus en plus fréquemment, sur les autorités jurisprudentielles.

Se pose, d'ailleurs, légitimement la question de savoir si l'on peut «juger d'une cause sans s'interroger sur la réception sociale du jugement»<sup>161</sup>. Comme le dit Noreau, « [l]e critère de la *viabilité* de la décision devient ainsi un objectif important du jugement contemporain qui exige qu'on sache juger concrètement » [nos italiques]<sup>162</sup>. Dans son commentaire relatif à la fameuse affaire de la brevetabilité de l'*oncosouris*<sup>163</sup>, Beaulac prête foi à ce point:

[the decision] should also give a lot of weight to the practical consequences flowing from the selected solution, with respect to certain social goals such as insuring human dignity, encouraging scientific research, fostering Canada's competitive role in this field, and protecting the environment<sup>164</sup>.

160 Voir Bloodworth, *supra* note 77 à la p 193 (Bloodworth avait souligné qu'il ne semblait exister aucune raison de principe pour laquelle un tribunal inférieur ne pouvait distinguer un précédent sur le fondement d'une différence entre les faits en litige alors qu'il ne lui était pas permis de le faire sur le fondement d'un changement important de contexte. Si son article pré-date la décision *Bedford*, dans laquelle l'exception à la règle est confirmée, cette exception est de portée si limitée que la critique nous semble toujours valide).

161 Noreau, *supra* note 43 au para 24.

162 *Ibid.*

163 Voir *Harvard College c Canada (Commissaire aux brevets)*, 2002 CSC 76 (la question qui se posait portait sur la brevetabilité d'une souris génétiquement modifiée porteuse de l'oncogène en vertu de la *Loi sur les brevets*).

164 *Beaulac*, *supra* note 48 au para 75 (ainsi, alors que la Cour suprême, sous la plume du juge Bastarache, a légitimé sa décision comme étant compatible à l'intention du législateur et donc conforme à cette vision du principe moderne de Driedger, il est évident à la lecture des motifs que les considérations d'ordre social, éthique, environnementales et économiques étaient déterminantes dans la solution retenue).

Il nous semble évident que les conséquences pratiques et sociales des décisions interprétatives des tribunaux, vues à travers le prisme de la doctrine et des faits d'intérêt public, jouent un rôle déterminant dans les décisions interprétatives de ces derniers. En ce sens, la doctrine et les faits d'intérêt public encourageraient clairement les tribunaux à tenir compte des conséquences pratiques et sociales de leurs décisions.

Comme le dit LeBel, ancien juge à la Cour suprême du Canada, « [l]a considération de l'effet de l'interprétation envisagée conduit souvent à une remise en cause de l'analyse originale »<sup>165</sup>, car « [l]e juge ne peut être indifférent au résultat de son action »<sup>166</sup>. Or, comme nous l'avons mentionné, le résultat de l'interprétation n'est pas, tout au moins clairement<sup>167</sup>, un facteur qui fait partie du libellé du principe moderne de Driedger tel qu'il a été formulé en 1983, version constamment invoquée par les tribunaux malgré sa reformulation subséquente.

À titre de synthèse de la deuxième partie de ce texte, nous posons que la place réservée par les tribunaux à la doctrine et aux faits d'intérêt public connaît une croissance considérable, au point où ces éléments sont susceptibles d'être décisifs dans le résultat de l'interprétation. S'ajoute à la croissance de la prise en considération de ces éléments le constat que les tribunaux se soucient de la réception sociale de leurs jugements, la doctrine et les faits d'intérêt public étant particulièrement utiles à titre de mesure du contexte social dans lequel s'inscrit un problème interprétatif. Le fait par la Cour suprême du Canada d'accepter que des mutations sociales puissent en elles-mêmes justifier qu'un tribunal puisse écarter un précédent nous semble indicatif d'un important changement en branle dans la tendance interprétative. Si tournant interprétatif il y a, il en est toutefois à ses débuts et reste à expliciter, car les conditions de sa mise en application demeurent floues et particulièrement exigeantes, si bien que la dimension verticale de la règle du précédent nous semble largement intacte, malgré les critiques auxquelles elle s'expose.

---

165 LeBel, *supra* note 2 à la p 116.

166 *Ibid.*

167 Isolé de son contexte, le libellé du principe moderne de Driedger omet de rendre compte du fait qu'il incorpore en fait trois principes d'interprétation classiques, notamment la règle d'or (*Golden Rule*), qui tient compte des conséquences possibles de l'interprétation. Voir Beaulac et Côté, *supra* note 3 (« [t]here is simply no place in this formulation for consequential arguments or policy considerations » à la p 169).

### III. CONCLUSION

Il ne peut y avoir aucun doute que les autorités jurisprudentielles, la doctrine et les faits d'intérêt public assument une place d'importance fondamentale dans la pratique interprétative contemporaine des tribunaux canadiens.

Implicite à cette pratique de recourir à ces aides dites *extrinsèques* dans l'interprétation des lois est le fait, par les tribunaux, d'accepter l'idée que tout n'est pas dans l'expression écrite et figée dans le temps du texte de loi et que le texte n'équivaut pas la norme<sup>168</sup>. À chaque occasion de son application dans la jurisprudence, le texte est ainsi «façonné, travaillé, affiné par l'usage [et] exploré dans toutes ses potentialités»<sup>169</sup>. Le texte doit ainsi être appréhendé «avec la totalité de son passé»<sup>170</sup>, qui se construit progressivement à chaque occasion de son application, la tradition qui se dépose ainsi sur lui étant nécessairement «partie intégrante du discours juridique *présent*» [italiques dans l'original]<sup>171</sup>.

Il ne saurait en être autrement, car dès le moment de son adoption, le texte est déjà en quelque sorte *périmé* et *incomplet*, en ce sens que les questions ou problématiques précises qui ont motivé son adoption changent rapidement au fur et à mesure de l'évolution des mœurs et des valeurs<sup>172</sup>. C'est donc cette incomplétude du droit qui rend nécessaire tant «[l']ajustement du droit à la réalité sociale»<sup>173</sup> que «l'intervention d'une réflexion éthique au moment de dire le droit»<sup>174</sup>.

D'où l'importance fondamentale de la doctrine et des faits d'intérêt public, repères contre lesquels l'interprète pourra mesurer la réception sociale et la viabilité de sa décision, car comme le dit Noreau, «il ne suffit pas que la décision soit juridiquement fondée. Elle doit être socialement inspirée et adaptée aux situations auxquelles elle s'adresse»<sup>175</sup>.

Les autorités jurisprudentielles, la doctrine et les faits d'intérêt public sont ainsi à la fois des aides et des contraintes qui se complémentent; alors que la règle du précédent, garante de la *stabilité du droit*, légitime et

168 Voir Moor, *supra* note 40 à la p 296.

169 *Ibid.*

170 *Ibid.*

171 *Ibid.*

172 Voir Noreau, *supra* note 43 («[l]e meilleur des législateurs n'aurait pas pu prévoir, il y a trente ans, le phénomène des mères porteuses, [...] ni les formes nouvelles de la sexualité, ni les nouvelles formes de travail à la maison» au para 23).

173 *Ibid* au para 19.

174 *Ibid* au para 12.

175 *Ibid* au para 24.

exige le recours à la jurisprudence dans l'interprétation des lois, le risque de rigidité excessive qui lui est reproché est quelque peu contrecarré par le recours à la doctrine et aux faits d'intérêt public, à l'aide desquels l'interprète pourra mesurer la viabilité et la durabilité de sa décision dans la conjoncture sociale qui existe au moment de l'application de la loi. Car nous le répétons, la loi a avant tout une originale sociale, qu'elle ne peut retrouver qu'à l'étape de son interprétation<sup>176</sup>.

La méthode d'interprétation contextuelle, telle qu'elle est formulée par Driedger, ne saurait donc légitimer l'approche interprétative contemporaine, qui tient compte non seulement des aides extrinsèques dont il a été question dans le présent article, mais aussi clairement des conséquences des choix interprétatifs. Comme le dit LeBel :

[L]e juge doit effectuer son interprétation en sachant que l'exécution de ses fonctions, malgré son impact et ses inquiétudes sur sa légitimité démocratique, lui est imposée par les valeurs même de la société, par son souci d'assurer la primauté du droit. Il ne sert à rien de dissimuler l'importance et les risques de l'opération d'interprétation dans un système juridique moderne. Elle doit être acceptée pour que le droit s'actualise dans la vie de la société<sup>177</sup>.

C'est pour cette raison que certains souhaiteraient que les tribunaux fassent preuve de davantage de transparence et de candeur dans la justification de leurs décisions<sup>178</sup>. Cette candeur « may require courts [...] to act in a creative manner in order to clarify or supplement legislative provisions, or even to make the necessary adjustments to have them address an unforeseen or changing social reality »<sup>179</sup>.

La Cour suprême du Canada a posé un geste important en reconnaissant que des mutations sociales puissent en elles-mêmes justifier qu'un tribunal inférieur écarte un précédent qui le lie. Le temps n'est-il pas venu pour les tribunaux d'exploiter ce tournant interprétatif pour légitimer l'approche interprétative qui correspond à la pratique contemporaine, ainsi qu'à la réalité même de l'acte de juger ?

176 Voir *ibid* au para 18.

177 LeBel, *supra* note 2 aux pp 116–17.

178 Voir Pinard, « *Méthode contextuelle* », *supra* note 2 à la p 359. Voir aussi les critiques faites à ce sujet dans Beaulac et Côté, *supra* note 3 à la p 172; William N Eskridge Jr et Philip P Frickey, « *Statutory Interpretation as Practical Reasoning* » (1990) 42 *Stan L Rev* 321 aux pp 324, 363; Richard Tremblay, *L'essentiel de l'interprétation des lois*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2004 à la p 93; LeBel, *supra* note 2 à la p 117.

179 Beaulac et Côté, *supra* note 3 à la p 172.