



Aux confins des faits et du droit : Quel droit de la preuve pour les litiges constitutionnels?

Thèse

Julien Fournier

Doctorat en droit
Docteur en droit (LL. D.)

Québec, Canada

Aux confins des faits et du droit
Quel droit de la preuve pour les litiges constitutionnels?

Thèse

Julien Fournier

Sous la direction de :

Patrick Taillon, directeur de recherche
Catherine Piché, codirectrice de recherche

Résumé

Depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le contrôle de constitutionnalité, qu'il soit effectué en vertu de la *Charte* ou d'autres règles constitutionnelles, repose, comme jamais auparavant, sur les faits. Pour prouver ces faits, un courant doctrinal et jurisprudentiel a promu un régime de preuve de plus en plus souple, *sui generis* et presque libéré des règles du droit commun.

Cette thèse poursuit l'objectif d'expliquer les problèmes affectant le droit de la preuve causés par la libéralisation des faits pertinents en matière constitutionnelle. Notre hypothèse est que, bien qu'elles aient existé à une époque antérieure, la « souplesse » et l'instabilité du droit de la preuve en matière constitutionnelle tendent à se résorber. Bien que le degré de souplesse dans la réception des faits ait pu varier dans le temps, il n'existe plus un régime de preuve libre ou *sui generis* en matière constitutionnelle au Canada. Les faits doivent être prouvés suivant les moyens habituels, en première instance.

Pour démontrer cette hypothèse, il y a lieu d'analyser l'application, en matière constitutionnelle, des règles régissant la pertinence, le degré de l'obligation de convaincre, la connaissance d'office et le témoignage. Pour ce faire, de nombreuses comparaisons sont faites avec le droit de la preuve qui s'applique dans les matières civiles, pénales et criminelles.

Abstract

Since the advent of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, constitutional review, whether based on the *Charter* or other constitutional rules, has become grounded in the facts as never before. To prove these facts, a major doctrinal and case law trend has promoted a *sui generis* model regime close to the free evidence model.

This thesis pursues the objective of explaining the problems affecting the law of evidence caused by the liberalization of the relevant facts in constitutional matters. Our hypothesis is that, although it existed at an earlier time, the "flexibility" and the instability of the law of evidence in constitutional cases tend to diminish. The point is to show that the degree of flexibility in the reception of the facts may have varied over time, but that there is no longer a free or *sui generis* regime of evidence in constitutional cases in Canada. The facts must be proven, at trial, by the traditional means of proof.

To demonstrate this hypothesis, it is necessary to analyze the application, in constitutional law, of the rules governing relevance, the standard of proof, judicial notice and testimony. To do this analysis, many comparisons are made with the law of evidence that applies in civil and criminal law.

Table des matières

Résumé.....	iii
Abstract.....	iv
Liste des figures	ix
Remerciements	x
Introduction.....	1
I. Problématique : l'incidence des faits et de leurs moyens d'établissement dans les affaires constitutionnelles	2
II. Objectif : démystifier la souplesse du droit de la preuve appliqué en matière constitutionnelle.....	19
III. Cadre théorique et méthodologie : une perspective positiviste et historique du problème de la preuve en matière constitutionnelle.....	21
A. Comment le positivisme peut-il permettre d'aborder les faits et le droit dans le contexte de la preuve en matière constitutionnelle ?.....	22
1. Les faits ne sont pas normatifs	23
2. Les règles de droit résultent de l'exercice d'un pouvoir	25
3. L'objet du positivisme juridique est d'étudier le pouvoir d'édicter des règles de droit et son exercice	28
4. Le positivisme juridique peut admettre que les tribunaux s'appuient sur des faits dans leur fonction législative	30
5. Le droit canadien admet la pertinence des faits législatifs	33
6. Les faits et le droit peuvent être juridiquement distingués, et c'est le cas au Canada	36
B. Méthodologie : une méthode axée sur les règles posées par les tribunaux, leurs tendances et leurs contextes historiques	56
1. Une thèse au croisement de deux sous-disciplines juridiques	56
2. Une thèse axée sur les jugements	59
3. Une thèse historique qui puise, de manière complémentaire, dans le droit comparé	63
4. Une thèse qui vise à révéler les tendances du droit de la preuve dans divers domaines du droit constitutionnel	66
5. Une thèse « scientifique »	68
IV. Annonce du plan de la thèse.....	72
1 Ce qu'il faut établir : la nature du litige constitutionnel et le rapport du droit constitutionnel aux faits	75
1.1 Les sources du « droit judiciaire constitutionnel »	78
1.1.1 La résolution des questions constitutionnelles.....	78

1.1.2	Les différentes voies procédurales d'enquête et les « droit de la preuve » qui les régissent.....	83
	Conclusion sur les voies procédurales d'enquête en matière constitutionnelle	99
1.2	Les variations dans l'admissibilité des faits en matière constitutionnelle	101
1.2.1	L'« exclusionary rule » et sa mise à l'écart graduelle	102
1.2.2	Le changement de paradigme apporté par la montée du constitutionnalisme et le rapatriement de 1982/108	
1.2.3	La pertinence et le poids des faits législatifs et sociaux en droit contemporain	123
	Conclusion sur l'admissibilité des faits en matière constitutionnelle	142
1.3	La règle de la pertinence en droit de la preuve et son application en matière constitutionnelle	145
1.3.1	La règle de la pertinence en général.....	145
1.3.2	La règle de la pertinence en matière constitutionnelle	148
1.3.3	Les limites à la pertinence fondées sur des règles particulières du droit constitutionnel substantiel.....	149
	Conclusion : le paradoxe des faits législatifs pertinents et l'importance d'encadrer l'enquête constitutionnelle	154
1.4	Le degré de l'obligation de convaincre : les problèmes de la norme de preuve et de la nature des faits litigieux dans le contentieux constitutionnel	160
1.4.1	L'évolution des faits litigieux à établir et de la norme de preuve à rencontrer en matière de partage des compétences législatives.....	164
1.4.2	Les droits et libertés : le débat sur la prépondérance des probabilités	173
1.4.3	La norme de preuve en contexte autochtone : la prépondérance des probabilités et les mises en garde quant à la valeur probante des témoignages autochtones	188
	Conclusion sur la norme de preuve en matière constitutionnelle	194
1.5	Le problème du fardeau de la preuve : la présomption de constitutionnalité	196
	Conclusion du titre 1	201
2	L'objet de la preuve et les variations de la connaissance d'office en matière constitutionnelle	207
2.1	Le champ d'application limité de la connaissance d'office du droit.....	212
2.1.1	Les textes qui sont des sources formelles du droit interne ou international.....	212
2.1.2	Le problème du droit étranger à titre de droit comparé	215
2.1.3	Le droit et la connaissance d'office des faits législatifs	221
2.2	La connaissance d'office des faits et l'importance de la preuve dans les affaires constitutionnelles avant la montée du constitutionnalisme	231
2.2.1	La jurisprudence en matière ordinaire avant 1982	239
2.2.2	La jurisprudence en matière constitutionnelle avant 1982.....	242

2.3	L'élargissement de la connaissance d'office des faits accompagnant la montée du constitutionnalisme et le rapatriement constitutionnel de 1982	255
2.3.1	L'environnement intellectuel de l'élargissement de la connaissance d'office.....	256
2.3.2	La mise en œuvre mitigée de la connaissance d'office élargie	268
2.3.3	Les conséquences des approches d'élargissement de la connaissance d'office sur le droit de la preuve dans les années 1990	287
2.4	L'unicité du cadre actuel de la connaissance d'office	300
2.4.1	Les critiques du désir de libéralisation.....	301
2.4.2	L'approche actuelle : le caractère utile mais accessoire de la connaissance d'office.....	318
	Conclusion du titre 2	344
3	Les moyens de preuve des faits liés à une question constitutionnelle	348
3.1	Les défis de l'expertise en contexte constitutionnel.....	352
3.1.1	La préférence pour l'expertise en matière de faits législatifs et sociaux	356
3.1.2	Le rejet de l'expertise à composante trop juridique	370
	Conclusion : l'importance de garder l'expert dans son rôle	393
3.2	Les exceptions à l'irrecevabilité du oui-dire dans les litiges constitutionnels et les défis posés par l'utilisation de l'écrit pour prouver des faits matériels	401
3.2.1	La preuve documentaire des faits législatifs et sociaux : un témoignage écrit ou une preuve documentaire autonome ?	402
3.2.2	Les faits législatifs et sociaux : une exception à la règle du oui-dire ?	417
3.2.3	L'exception à la règle de oui-dire pour prouver par témoignage ordinaire les faits générateurs des droits des Autochtones.....	438
	Conclusion du titre 3	444
	Conclusion	449
	▯ Les conclusions <i>de lege lata</i> : le retour du contentieux constitutionnel dans le giron du droit commun de la preuve	449
	▯ Les conclusions <i>de lege ferenda</i> : comment mieux réaliser l'enquête constitutionnelle?	453
	▯ La recherche de l'équilibre à l'intérieur du vase-communicant expertise/connaissance d'office ...	460
	Bibliographie.....	464
A.	Législation	464
1.	Législation constitutionnelle ou impériale	464
2.	Législation québécoise	464
3.	Législation fédérale	465
4.	Législation britannique.....	465
5.	Législation française.....	466

B.	Jurisprudence	466
1.	Affaires canadiennes.....	466
2.	Affaires britanniques.....	488
3.	Affaires américaines.....	489
C.	Doctrine et autres écrits scientifiques	489
1.	Articles de périodiques	489
2.	Chapitres d'ouvrages collectifs	498
3.	Monographies	501
4.	Thèses et mémoires.....	504
D.	Rapports ou documents gouvernementaux	504
E.	Autres documents	505

Liste des figures

Figure 1 : Types de faits selon leur lien avec les parties, l'objectif de leur preuve et leur poids	55
Figure 2 : Domaines du droit constitutionnel et du droit de la preuve.....	67
Figure 3 : Encadrement des faits pertinents par le droit constitutionnel	155
Figure 4 : Établissement des faits par la connaissance d'office suivant les étapes de l'instance.....	297
Figure 5 : Preuve d'un fait matériel rapporté par écrit	410

Remerciements

Je dois avant tout remercier le professeur Patrick Taillon de m'avoir fait confiance dès ma première année au baccalauréat et d'avoir maintenu un encadrement et un mentorat exceptionnel jusqu'à mon doctorat. Pour tout son soutien et ses encouragements.

Je remercie la professeure Catherine Piché (nommée juge de la Cour supérieure du Québec entre la soutenance et le dépôt final) d'avoir généreusement accepté de me codiriger activement dans la préparation de cette thèse et de m'avoir fait profiter de ses connaissances approfondies sur le droit de la preuve et de la procédure.

Je remercie les professeures Geneviève Motard et Marie-Ève Arbour de leur mentorat, de la confiance dont elles m'ont témoigné et de leurs encouragements lors de mes études doctorales.

Je remercie la professeure Sophie Lavallée (maintenant juge de la Cour d'appel du Québec) et les professeurs Geneviève Motard et Alexandre Stylios de leur analyse poussée et de leurs commentaires constructifs lors de l'examen prospectif de cette thèse, de même que les professeurs Danielle Pinard, Guillaume Laganière et Yan Campagnolo d'avoir accepté de siéger sur mon jury de thèse et de m'avoir fait profiter de leurs analyses attentives et réfléchies.

Je remercie M^e Simon Picard, directeur des Services juridiques du Conseil de la Nation huronne-wendat, de sa compréhension et de ses encouragements lors de l'étape de la finalisation et de l'évaluation de cette thèse. En plus de m'avoir permis de concilier la pratique du droit et la vie universitaire, il m'a beaucoup appris quant à l'administration publique et au litige de droit public, particulièrement en matière autochtone.

Je remercie mes collègues doctorants, M^{es} Amélie Binette et Charles Breton-Demeule, de leurs relectures, suggestions et correctifs toujours forts à propos.

Je tiens à remercier ma conjointe, M^e Mylina Perron-Simard, et ma sœur, M^e Corinne Fournier, de m'avoir partagé leurs expériences pratiques, de leurs relectures et suggestions ancrées dans la réalité du litige de droit public, et de leur soutien indéfectible tout au long de mes études supérieures.

Je remercie finalement le *Conseil de recherches en sciences humaines du Canada*, dans le cadre du *Programme de bourses d'études supérieures du Canada Joseph-Armand-Bombardier* (BESC D), de son soutien financier.

Introduction

If the law can be moved around to produce outcomes that are intuitively attractive to the judge, the law has been replaced with power¹.

– Paciocco et Stuesser

La montée en importance des faits — Depuis le *Renvoi : Loi anti-inflation*², mais plus particulièrement depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*³, la preuve dans les litiges constitutionnels ne cesse de prendre de l'importance. Alors qu'auparavant, les tribunaux s'interdisaient souvent de considérer la preuve extrinsèque⁴, on connaît aujourd'hui une grande libéralisation des données prises en compte dans les décisions en contrôle de constitutionnalité. Cette importance des faits est un symptôme du passage de la souveraineté parlementaire à la « suprématie constitutionnelle »⁵, puisque les tribunaux ne font plus qu'appliquer la volonté du Parlement, mais jugent, notamment à partir de la

¹ David M. PACIOCCO et Lee STUESSER, *The Law of Evidence*, 7^e éd., Toronto, Irwin Law, 2015, p. 596.

² *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373. Voir par ex.: Frederick L. MORTON et Ian BRODIE, « The Use of Extrinsic Evidence in Charter Litigation before the Supreme Court of Canada », (1993) 3 *Nat'l J. Const. L.* 1, 5.

³ Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) (ci-après : « *Charte* »).

⁴ Danielle PINARD, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités ? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac », (1993-1994) 39 *McGill L. J.* 401, 403-404 ; *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 387 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson) ; Peter W. HOGG, « Proof of Facts in Constitutional Cases », (1976) 26 *U. Of T. L.J.* 386. Dans la *Persons case*, la « preuve extrinsèque » était essentiellement juridique (lois et *common law*) : *Edwards v. Canada (Attorney General)*, 1929 CanLII 438 (UK JCPC), [1930] 1 D.L.R. 98, 99 et suiv. (Lord Sankey L.C. pour le Comité judiciaire) ; *Infra*, p. 1.2.1 et suiv.

⁵ D. PINARD, préc., note 4, 403 ; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, [2018] 2 R.C.S. 765, 2018 CSC 40, par. 36 (la juge Karakatsanis pour le juge en chef Wagner et le juge Gascon) ; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, [2014] 1 R.C.S. 433, 2014 CSC 21, par. 89 (la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner) ; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 72 (*per curiam*). Les professeurs Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet ont qualifié ce système de « suprématie judiciaire » : Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 965, par. XII-2.7.

réalité factuelle, la raisonnable ou le bien-fondé de cette volonté⁶. Ces faits influent sur les décisions constitutionnelles, puis sur leur renversement éventuel.

I. Problématique : l'incidence des faits et de leurs moyens d'établissement dans les affaires constitutionnelles

Rôle des faits — Le tribunal qui juge le Parlement semble vouloir disposer de toutes les données possibles pour soupeser et appuyer sa décision. Aux arguments textuels, logiques ou tirés des interactions entre les différents concepts de droit (le contexte juridique entourant la loi ou la règle prétorienne à interpréter⁷) s'ajoutent des arguments issus du contexte factuel⁸ (social ou historique) du texte de loi ou du litige fondé sur lui.

D'une part, les faits sont nécessaires pour assoir l'interprétation de la Constitution sur les contextes historiques qu'ont connus ses différents rédacteurs⁹.

D'autre part, le contexte factuel est un « engrais » utile pour faire croître l'« arbre vivant ». Comme l'écrit la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Comeau* : « les interprétations de la *Loi constitutionnelle de 1867* évoluent au fil du temps, compte tenu des changements qui surviennent dans les contextes législatifs et sociaux pertinents »¹⁰. Il faut donc prouver ces contextes sociaux devant le tribunal.

⁶ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 965, par. XII-2.7 et p. 1012, par. XII-3.52 ; Danielle PINARD, *Les faits alternatifs du droit constitutionnel*, 3^e Conférence Chevette-Marx, Montréal, Éditions Thémis, 2018, p. 8 :

Le texte de la Charte canadienne n'appelait pas, en tant que tel, un traitement empirique. La *Charte* utilise, comme tout document de ce type, un vocabulaire très abstrait, très conceptuel. C'est la Cour suprême du Canada qui a décidé d'aborder de manière empirique les questions constitutionnelles en vertu de la *Charte*. C'est un choix qu'elle a fait. C'était peut-être une manière pour la Cour d'appivoiser ce rôle considérable qui lui échoyait d'interpréter et d'appliquer cette nouvelle protection constitutionnelle des droits et libertés qui avait comme corollaire la limitation des souverainetés parlementaires au Canada. L'expression d'une quête de légitimité factuelle, à défaut d'en avoir une démocratique.

⁷ Ruth SULLIVAN, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd., Markham, LexisNexis, 2014, par. 1.15.

⁸ *Id.*, par. 1.21 et 22.1.

⁹ Voir notamment : *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2016] 1 R.C.S. 99, 2016 CSC 12.

¹⁰ *R. c. Comeau*, [2018] 1 R.C.S. 342, 2018 CSC 15, par. 33 (*per curiam*). Sur le contexte social du droit, voir aussi : Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Diane LABRÈCHE, *Le contexte social du*

Obligation de présenter de la preuve — Cet accent sur les faits s'inscrit dans la tradition anglo-américaine du contrôle judiciaire concret et diffus¹¹, où la constitutionnalité d'une disposition peut être soulevée dans tout litige, devant presque tout tribunal¹², et tranchée par ce dernier *in concreto*¹³. La présentation d'un dossier factuel est même exigée dans l'essentiel des litiges constitutionnels¹⁴. Autrement dit, le contrôle de constitutionnalité opère un double procès : celui de la disposition contestée et celui du litige entre les parties.

Exemples — Que ce soit dans les litiges portant sur le partage des compétences, les droits et libertés, la modification constitutionnelle, les institutions politiques ou les Autochtones, des témoins ordinaires et experts sont entendus et des écrits rapportant des faits sont déposés à titre de preuve au « procès » de la disposition contestée. Les exemples sont multiples. Des prostituées et des experts en sciences sociales ont témoigné sur les risques de préjudice créés ou augmentés

droit dans le Québec contemporain. L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

¹¹ Même dans le modèle eurokelsenien de contrôle concentré au sein d'un conseil constitutionnel, les faits ont également leur importance, comme c'est le cas en Allemagne : Julia HUGHES et Vanessa MACDONNELL, « Social Science Evidence in Constitutional Rights Cases in Germany and Canada: Some Comparative Observations », (2013) 32 *Nat'l J. Const. L.* 23. La France semble aussi commencer à connaître l'influence des faits sur l'application de la Constitution et l'interprétation législative : Laurence GAY et Caterina SEVERINO, *Faits et preuves dans le contrôle de constitutionnalité de la loi* [à paraître] ; Pascale DEUMIER, « L'utilisation de l'argument sociologique par le juge judiciaire », dans Dominique FENOUILLET (dir.), *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Paris, Dalloz, 2015, p. 226, aux pages 227 et suiv.

¹² *R. c. Lloyd*, [2016] 1 R.C.S. 130, 2016 CSC 13. La constitutionnalité d'une disposition peut même être soulevée et tranchée devant un tribunal administratif : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54. Elle peut également l'être devant la division des petites créances de la Cour du Québec (*Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01 [ci-après : « C.p.c. »], art. 541), sous réserve de certaines modalités : *Gestion DGNE inc. c. Cour du Québec*, 2020 QCCS 3054, par. 324.

¹³ Patrick TAILLON et François HÉNAULT, « Des faits décisifs ! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada », (2013) 29 *Annuaire international de justice constitutionnelle* 25, 25, 26 et 30-31.

¹⁴ Dans les affaires portant sur les chartes des droits et libertés, voir : *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, 361-362 (le juge Cory pour la Cour) : « La présentation des faits n'est pas, comme l'a dit l'intimé, une simple formalité ; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte*. [...] Les décisions relatives à la *Charte* ne peuvent pas être fondées sur des hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes ». Dans les affaires autochtones ou dans celles portant sur le partage des compétences, voir : *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (ministre des Petites et moyennes Entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 46 (le juge LeBel pour la Cour). Voir aussi : *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, 1099 (le juge Sopinka pour la Cour) ; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 38 (les juges McLachlin et Iacobucci pour la majorité).

par des dispositions législatives¹⁵. Des professeurs de droit ont témoigné sur les événements entourant l'adoption de certaines lois constitutionnelles¹⁶. Des débats parlementaires ou des rapports gouvernementaux sont déposés et utilisés à titre de preuve des faits dans beaucoup d'affaires constitutionnelles¹⁷.

Renversement des arrêts — Cette importance des faits a été accentuée par les arrêts *Bedford*¹⁸ et *Carter*¹⁹. Depuis ceux-ci, la présence de nouveaux éléments de preuve constitue un motif permettant aux tribunaux, même inférieurs, de renverser un arrêt. Dans l'arrêt *Bedford*, la Cour suprême du Canada a infirmé son précédent établi dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1) c) du Code criminel (Man.)*²⁰ et a déclaré inconstitutionnelles les dispositions du *Code criminel* régissant la prostitution, et ce, en établissant que « le réexamen [d'un précédent] est justifié lorsqu'une nouvelle question de droit se pose ou *qu'il y a modification importante de la situation ou de la preuve* »²¹. Dans l'arrêt *Carter*²², la Cour suprême du Canada a appliqué ce raisonnement à l'aide médicale à mourir et a infirmé son arrêt *Rodriguez*²³, dans lequel elle avait jugé valide la criminalisation de ce geste. Dans ces deux affaires, le dossier de preuve sur les faits sociaux était constitué d'expertises, d'études, et, même, de sondages d'opinion²⁴.

Problématique — Évidemment, les litiges qui soulèvent une question constitutionnelle ne sont pas tout à fait comme ceux qui ne concernent que l'application d'une loi ordinaire. Plutôt que d'appliquer la loi à une situation particulière, le juge chargé d'exercer le contrôle de constitutionnalité se livre à un

¹⁵ *Bedford v. Canada*, 2010 ONSC 4264, par. 84 et suiv. (la juge Himel).

¹⁶ Voir notamment : *Motard c. Canada (Procureure générale)*, 2016 QCCS 588, conf. par 2019 QCCA 1826 (demande d'autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 23-04-2020, 38986).

¹⁷ Voir par ex. : *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2004 CanLII 28398 (QC CA), par. 54 (le juge Morin pour la Cour).

¹⁸ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101, 2013 CSC 72.

¹⁹ *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 331, 2015 CSC 5.

²⁰ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1) c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.

²¹ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 18, par. 44 (la juge en chef McLachlin pour la Cour) [Nos italiques].

²² *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 19.

²³ *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

²⁴ *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 19, par. 23 (*per curiam*) ; Patrick TAILLON et Christine VÉZINA, « L'aide médicale à mourir au Canada. L'arrêt *Carter* : des interactions inédites entre juges et législateurs », (2016) 2 *R.B.D.C.* 83, 89-90.

exercice de remise en question de la loi elle-même. Ce n'est pas le procès d'un individu ou d'une entreprise, mais le procès d'une loi ou d'une autre règle à portée générale. Est-ce que ce contexte exige une preuve particulière, et même un droit de la preuve différent?

Un écart apparent entre ce qui est admis en preuve dans un litige ordinaire²⁵ et ce qui l'est en contexte constitutionnel semble se dégager d'une partie significative de la jurisprudence. Selon plusieurs, les moyens de preuve des faits de nature générale qui sont pertinents aux litiges constitutionnels en seraient affectés. Entre autres, les documents et les expertises produits dans les litiges constitutionnels créent parfois des incongruités par rapport au droit commun de la preuve²⁶.

Les *moyens d'établissement des faits* devant les tribunaux semblent différer en matière constitutionnelle. Plusieurs auteurs²⁷ et plusieurs décisions militent pour une connaissance d'office plus large que celle qui est reconnue en droit commun de la preuve. Par exemple, dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, qui avait pour objet la constitutionnalité de l'interdiction de la publicité du tabac, trois juges de la Cour suprême ont adopté cette position. Ils écrivent :

De toute évidence, il n'est pas nécessaire d'être juge de première instance pour tirer des conclusions générales sur l'incidence des règles de droit sur le comportement humain. Par ailleurs, compte tenu de la relation étroite entre les faits législatifs et la création des règles de droit, il existe également un solide motif de principe de suspendre l'application de la règle de non-intervention relativement aux faits législatifs ou sociaux²⁸. [Notre soulignement]

²⁵ Un « litige ordinaire » est, pour nous, un litige qui ne comporte pas d'aspect constitutionnel ou intéressant le domaine des droits et libertés.

²⁶ Pour nous, le « droit commun de la preuve » est celui qui est applicable au fond du litige, c'est-à-dire le droit de la preuve civile ou pénale et criminelle.

²⁷ Marilyn T. MACCRIMMON, « Developments in the Law of Evidence: The 1987-88 Term. Fact Finding and the Supreme Court », (1989) 11 *Supreme Court L.R.* 275, 332 ; Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Re examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context », (1994) 26 *R.D. Ottawa* 551 ; David M. PACIOCCO, « The Law of Evidence: Recasting Rules to Perform New Roles », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: Applying the Law of Evidence. Tactics and Techniques For the Nineties*, Scarborough, Carswell, 1991, p. 1, aux pages 45 et 46 ; D. M. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 1, p. 506 et suiv.

²⁸ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 80 (le juge La Forest pour les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier, dissidents). Voir aussi le par. 141 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la majorité sur la question de l'article 1^{er}). Pour des motifs

Subtile, cette affirmation sur l'intervention des tribunaux d'appel quant aux faits sociaux ou législatifs implique que la détermination de ces faits ne passe pas prioritairement par un procès, c'est-à-dire par une enquête régie par les règles connues de preuve légale, mais autrement²⁹.

De même, dans l'arrêt *Willick*, une affaire de droit de la famille, le juge Sopinka a laissé entendre que la « latitude est plus grande »³⁰ pour l'établissement des faits dans les affaires constitutionnelles.

Exemples — Dans l'arrêt *Sioui*³¹, qui portait sur un droit autochtone issu de traités, la Cour a pris connaissance d'office de manière indépendante de faits partiellement nouveaux. Dans l'arrêt *Williams*³², qui concernait la récusation de jurés, la Cour a affirmé qu'elle pouvait prendre connaissance judiciaire de la probabilité de l'existence de racisme envers les Autochtones chez les membres du jury, malgré la preuve offerte en bonne et due forme par l'accusé pour prouver ce fait. Dans l'arrêt *Edwards Books*³³, qui tranchait la constitutionnalité d'une loi créant un jour férié, le juge La Forest a mentionné qu'en matière de faits sociaux ou économiques, la Cour n'est pas liée par la preuve présentée à l'enquête par les parties³⁴. Cette grande ouverture de la connaissance d'office a également été

plus récents sur cette question, voir notamment : *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 18, par. 53 (la juge en chef McLachlin pour la Cour).

²⁹ En 1989, on se demandait même si les conclusions sur les faits législatifs ou sociaux nécessitaient une quelconque assise dans la preuve : « Must there be an evidentiary foundation for legislative facts? » : M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 279. Voir aussi : D. PINARD, préc., note 6, p. 17.

³⁰ *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, 679 (le juge Sopinka pour la majorité).

³¹ *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1049-1050 (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la Cour). Voir aussi : *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, 853-854 (la juge L'Heureux-Dubé pour la majorité).

³² *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 54 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la Cour). Pour d'autres exemples d'élargissement de la connaissance d'office en matière constitutionnelle, voir : Danielle PINARD, « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel », (1997) 31 *R.J. Thémis* 315, 322 ; Monique ROUSSEAU, « L'admissibilité en preuve des faits législatifs, constitutionnels et socioéconomiques : une exception à la règle interdisant le ouï-dire », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 167, *Développements récents en droit administratif et constitutionnel (2002)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 44, à la page 46.

³³ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 802-803 (le juge La Forest) ; D. M. PACIOCCO, préc., note 27, à la page 47.

³⁴ Voir aussi : M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 332 : « The Supreme Court is not prevented from taking on the role of fact finder especially when the issue was not fully considered below or new

défendue par la juge L'Heureux-Dubé dans un article phare de 1994³⁵, alors qu'elle était juge à la Cour suprême du Canada.

Ouï-dire — Lorsqu'ils ne prennent pas connaissance d'office d'un fait, les tribunaux ont parfois tendance à considérer le contenu de simples écrits (articles scientifiques ou rapports préparés par des fonctionnaires ou des commissaires d'enquête) comme une preuve complète de faits sociaux ou législatifs³⁶. Dès lors, se pose la question de savoir si une exception au ouï-dire existe en matière constitutionnelle³⁷, du moins pour certains types de documentation.

Expertises — L'admission d'expertises en droit, en sciences sociales ou sur les événements historiques ayant mené à l'édiction de lois ou de dispositions constitutionnelles (histoire du droit) devient de plus en plus courante³⁸. À la frontière de l'argumentation et des faits, ces expertises se transforment souvent en

information is before the Court » ; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, par. 20-21 (le juge Le Dain pour la Cour).

³⁵ C. L'HEUREUX-DUBÉ, préc., note 27. Voir aussi : D. M. PACIOCCO, préc., note 27, aux pages 45 et 46 ; D. M. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 1, p. 506 et suiv.

³⁶ Voir par ex. : *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 18, par. 53-54 (la juge en chef McLachlin pour la Cour) ; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 3, 2015 CSC 1, par. 147 (la juge en chef McLachlin et le juge LeBel pour la majorité).

³⁷ M. ROUSSEAU, préc., note 32, p. 47 :

Or, dans notre droit, les faits matériels ne peuvent généralement être prouvés par écrit puisque la preuve écrite d'un tel fait résidera nécessairement en la mise par écrit, par un témoin, de la perception qu'il a eue de ce fait. Il s'agira en d'autres termes d'un témoignage écrit qui, selon les règles traditionnelles de preuve, demeure irrecevable en vertu de la prohibition du ouï-dire.

Sur la « règle générale de l'exclusion de l'écrit comme moyen d'établir un fait matériel », voir : Catherine PICHÉ, *La preuve civile*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, par. 399. Sur l'irrecevabilité de l'article scientifique comme preuve de son contenu, voir : John SOPINKA, Sidney N. LEDERMAN et Alan W. BRYANT, *The Law of Evidence in Canada*, 5^e éd. par Sidney N. LEDERMAN, Alan W. BRYANT et Michelle K. FUERST, Markham, LexisNexis Canada, 2018, par. 12.227. Voir aussi : *Groupe Royal inc. c. Crewcut Investments Inc.*, 2019 QCCA 1839, par. 120 (*per curiam*).

³⁸ Voir notamment : *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, préc., note 9 ; *R. c. Comeau*, 2016 NBCP 3, inf. par [2018] 1 R.C.S. 342, 2018 CSC 15 ; *Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 43 ; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837, 2011 CSC 66 ; *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, 2013 QCCA 1807, par. 55 (*per curiam*) ; *Motard c. Canada (Procureure générale)*, préc., note 16. Nous avons été l'un des procureurs des appelants dans ce dernier dossier.

plaidoiries écrites. Elles soulèvent des questionnements relatifs à l'objet, à la nécessité, à l'impartialité, à la fiabilité et au poids³⁹ des expertises.

Exemples — Dans les affaires *Motard*⁴⁰ (les règles de succession à la Couronne) et *Hak*⁴¹ (la laïcité de l'État), des expertises fondées sur une preuve historique ou sur le droit comparé ont été produites pour interpréter la Constitution canadienne.

À l'inverse, dans l'affaire *Boulerice*⁴² (le privilège parlementaire), la Cour d'appel fédérale a tout simplement rejeté l'expertise en droit, même comparé. Dans l'arrêt *Comeau*⁴³ (l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et la légalité des monopoles provinciaux de vente d'alcool), la Cour suprême du Canada a reconnu la recevabilité de la preuve d'expert sur les contextes historique et actuel de la législation, mais l'a exclue quant au sens à donner aux lois constitutionnelles.

Objet de la preuve — L'objet, les règles d'admissibilité et le poids de la preuve semblent varier lorsqu'il est question d'interpréter et d'appliquer la Constitution. Cette instabilité est telle qu'elle est parfois source d'inconstance ou de confusion. Elle trouve de multiples assises. S'agit-il de prouver véritablement un contexte social et historique, ou simplement d'influencer la Cour quant au sens à donner à la législation? Où la preuve du fait « contextuel » s'arrête-t-elle et où l'argumentation juridique commence-t-elle⁴⁴? Qu'est-ce qui est objet de preuve en matière constitutionnelle?

³⁹ Il ne s'agit pas de la valeur probante (voir : *infra*, p. 50 et suiv.), mais de ce que le professeur Denis Baranger appelle « effet probatoire » et qui correspond à la « force contraignante de la preuve » : Denis BARANGER, « La preuve en droit constitutionnel anglais », (1995) 23 *Droits* 67, 68. Nous emploierons cependant l'expression *poids* (« weight ») tirée des travaux du professeur Peter Hogg : Peter W. HOGG, *Constitutional law of Canada*, vol. 2, 5^e éd., Toronto, Carswell, 1992 (version feuilles mobiles, à jour en 2015), p. 60-7.

⁴⁰ *Motard c. Canada (Procureure générale)*, préc., note 16, par. 47, 95, 96, 100 et 101 (le juge Bouchard).

⁴¹ *Hak c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466.

⁴² *Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General)*, préc., note 38, par. 23 et suiv. (le juge De Montigny pour la Cour).

⁴³ *R. c. Comeau*, préc., note 10, par. 36 et 40 (*per curiam*). Voir aussi : *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, préc., note 9, par. 4, 39 et 45 (la juge Abella pour la Cour).

⁴⁴ Voir : Christine BOYLE, Marilyn T. MACCRIMMON et Dianne MARTIN, *The Law of Evidence. Fact Finding, Fairness, and Advocacy*, Toronto, Edmond Montgomery Publications Limited, 1999, p. 26, qui reproduit *Canada Post Corp. v. Smith*, 1994 CanLII 10544 (ON SC), (1994) 20 O.R. (3d) 173

Norme de contrôle — L'utilisation d'expertises en droit ou en histoire du droit pose le risque d'une transformation des questions pures d'interprétation législative ou constitutionnelle en questions de fait, ou mixtes de fait et de droit, soumises à la norme de l'erreur manifeste et dominante. Ce changement de norme de contrôle conduit les cours d'appel à abdiquer leur rôle de contrôler rigoureusement les erreurs de droit. Ainsi, dans l'arrêt *Boulerice*, le juge De Montigny, au nom de la Cour d'appel fédérale a rejeté une expertise en droit pour éviter que la résolution d'une question de droit repose sur la crédibilité accordée à un témoignage d'expert. Il écrit :

Cette façon de procéder aurait le malencontreux résultat de détourner la Cour de sa tâche principale pour l'engager dans une voie parallèle où elle aurait à décider lequel des experts est le plus crédible et le plus fiable. Elle se trouverait ainsi entraînée dans un débat superflu qui, au meilleur des cas, allongerait indûment ce qui devrait être une instance rapide et, dans l'hypothèse la plus pessimiste, l'inciterait à se soustraire à sa responsabilité de trancher les questions de droit. De telles conséquences ne sauraient être admises⁴⁵. [Notre soulignement]

Ce risque est bien réel. Par exemple, dans l'arrêt *Motard*⁴⁶, la Cour d'appel du Québec a refusé de s'immiscer dans l'interprétation donnée à une loi par la Cour supérieure, puisque cette dernière avait pu lire la preuve d'archives et entendre deux professeurs de droit à titre d'experts⁴⁷.

Faits objectifs et valeurs — La professeure Danielle Pinard, laquelle compte parmi les très rares membres des facultés de droit du Québec à s'être véritablement intéressée à ces questions de preuve en droit constitutionnel, a d'ailleurs remarqué qu'il y a, dans ce qui touche aux faits sociaux, des « faits » véritables d'un côté, et

(Gen. Div.); D. PINARD, préc., note 32, 326 et 353 ; Julien FOURNIER, « L'"affidavit St-Hilaire" sur le privilège parlementaire et son rejet dans l'affaire Boulerice: mise en contexte », (2017) 11 *Journal of Parliamentary and Political Law* 721.

⁴⁵ *Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General)*, préc., note 38, par. 32 (le juge De Montigny pour la Cour).

⁴⁶ *Motard c. Procureur général du Canada*, 2019 QCCA 1826.

⁴⁷ *Id.*, par. 82 (le juge Rancourt pour la Cour) : « Le juge a également eu l'avantage de scruter attentivement les rapports d'expertise et d'entendre les experts qui ont témoigné de leur compréhension des événements ».

des valeurs (ou des postulats idéologiques) adoptés par le tribunal de l'autre⁴⁸. La distinction n'est toutefois pas explicite à la lecture des motifs de décision des tribunaux⁴⁹.

Impartialité des experts — Ce que la professeure Danielle Pinard distingue dans le raisonnement des juges peut aussi se retrouver dans le raisonnement d'un expert⁵⁰. Si un expert adopte des postulats ou des valeurs, fait preuve de biais ou fait la promotion de l'une des issues possibles de la cause⁵¹, n'est-il pas en train de transformer son expertise sur le contexte en plaidoirie sur le droit⁵²? Est-ce que cela affecte l'admissibilité ou la valeur probante de son témoignage, en matière constitutionnelle comme dans les autres matières⁵³?

⁴⁸ Danielle PINARD, « Au-delà de la distinction du fait et du droit en matière constitutionnelle : les postulats nécessaires », (2014) 48 *R.J.T.* 1, notamment aux pages 20-21, 44-45 et 56. Voir aussi : Michael PAL, « Democratic Rights and Social Science Evidence », (2014) 32 *Nat'l J. Const. L.* 151, 154 :

Both restricting and permitting spending during the election period are potentially consistent with “democracy”. Parliament opted for egalitarian legislation and the Court ruled that it was permissible to do so. Social science evidence is very unlikely to provide conclusive proof that egalitarianism is superior to libertarianism, given the uncertainty regarding what is meant by democracy. [Notre soulignement]

⁴⁹ Voir par ex.: *Frank c. Canada (Procureur général)*, [2019] 1 R.C.S. 3, 2019 CSC 1, par. 64 (le juge en chef Wagner pour la majorité). Dans cet arrêt, après avoir conclu à l'absence de preuve sur le lien rationnel pour justifier une atteinte à la *Charte*, la majorité s'est appuyée sur l'opinion politique exprimée par des parlementaires désirant l'abrogation de la disposition contestée pour justifier sa conclusion sur cet aspect. En somme, la distinction entre une opinion politique et la preuve d'un fait n'est pas toujours respectée judiciairement.

⁵⁰ Dana Erin PHILLIPS, « Loosening the Law's Bite: Law, Fact, and Expert Evidence in *R v JA and R v NS* », (2017) 21 *Int'l J. of Evidence & Proof* 242, 248.

⁵¹ Le problème s'est posé, en matière constitutionnelle, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 38, par. 127 (*per curiam*) :

La preuve présentée par les experts ne permet pas non plus de tirer une conclusion différente. Il n'est ni nécessaire ni utile de passer en revue les nombreux rapports appuyant l'une ou l'autre thèse. Pour des motifs que nous avons déjà exprimés, les arguments énoncés dans ces rapports et portant sur l'opportunité politique d'une réglementation soit fédérale soit provinciale des valeurs mobilières ne sont pas pertinents pour trancher le débat sur la validité constitutionnelle de la Loi. [Notre soulignement]

⁵² La professeure Danielle Pinard a récemment posé la question : D. PINARD, préc., note 6, p. 12.

⁵³ *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, [2015] 2 R.C.S. 182, 2015 CSC 23. Voir, en matière constitutionnelle : *Delgamuukw v. British Columbia*, 1991 CanLII 2372 (BC SC), p. 125-130 (le juge en chef McEachern); *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, 1071, par. 91 (le juge en chef Lamer pour les juges Cory et Major); C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 672 et suiv., qui reproduit Brian J. GOVER et Mary LOCKE MACAULAY, « “Snow Houses Leave No Ruins”: Unique Evidence in Aboriginal and Treaty Rights », (1996) 60 *Saskatchewan Law Review* 47, 80-82 : « [...] social science evidence is subject to being driven by the researcher's bias or political agenda ».

Fiabilité — Du reste, il existe des disciplines ou des approches dans lesquelles les résultats scientifiques sont plus susceptibles d'exactitude ou de fiabilité que d'autres. Par exemple, la méthode de calcul de la gravité terrestre bénéficie probablement d'un consensus beaucoup plus large chez les physiciens que celle du consentement à recevoir l'aide médicale à mourir chez les médecins ou les psychologues. La preuve d'historien pose aussi problème. Un chercheur de cette discipline, qui s'interroge sur la pertinence de l'histoire dans l'interprétation constitutionnelle, affirme :

We must also be aware that historical truth is very elusive. Many would question whether we can ever achieve it. The well-trained historian himself faces a number of problems. He can never know everything that happened in the past. In many cases the evidence of past events has not survived. What has survived is open to interpretation and analysis. Two well-trained historians can come to very different conclusions based on exactly the same facts⁵⁴. [Notre soulignement]

En somme, l'histoire, comme d'autres sciences, peut produire des résultats de recherche contradictoires.

Ces problèmes liés à la fiabilité des sciences sociales portent certains à conclure que les exigences d'admissibilité des expertises, ou le degré de l'obligation de convaincre, devraient être abaissés en matière constitutionnelle dans la mesure où, selon ces auteurs, il est difficile de prouver les faits sociaux ou législatifs⁵⁵.

Souplesse — En somme, le rapport entre la preuve des faits de société et le droit est complexe. Il en résulte une tentation forte d'assouplir ou d'écarter les règles de preuve, ou, encore, de confondre les faits et le droit. Cette tentation n'est pas propre au droit constitutionnel, mais nous sommes d'avis qu'elle est plus forte dans ce contexte en raison, notamment, de la généralité des termes employés et de la

⁵⁴ Clifford Ian KYER, « Has History a Role to Play in Constitutional Adjudication: Some Preliminary Considerations », (1981) 5 *Law Society of Upper Canada Gazette* 135, 157. Il conclut d'ailleurs que l'appel aux arguments historiques masque peut-être une décision essentiellement politique.

⁵⁵ Voir notamment : John HAGAN, « Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence in Constitutional Litigation », dans Robert J. SHARPE (dir.), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1986, p. 213, aux p. 219 et suiv. ; André BINETTE, « La mise en œuvre judiciaire de l'article 1 de la Charte canadienne et le droit de la preuve », (1986) 27 *C. de D.* 939, 942-943.

volonté de certains de faire évoluer les règles constitutionnelles tirées de textes législatifs plus ou moins anciens.

Pour les professeurs Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, les règles « techniques » du droit de la preuve ne peuvent s'appliquer pleinement aux instances constitutionnelles, du moins en ce qui concerne la justification des atteintes aux chartes. Dans le contexte particulier de l'article 1^{er} de la *Charte*, ils écrivent :

XII—3.61 — Nous avons jusqu'ici parlé de « preuve » et de « fardeau de la preuve », afin de rester fidèles au vocabulaire utilisé par la Cour suprême. Mais il nous semble évident qu'il ne s'agit pas là d'un processus auquel peuvent s'appliquer pleinement les règles techniques du droit judiciaire en matière de preuve, même en ce qui regarde la preuve par expert. En réalité il s'agit moins de prouver que de tenter de convaincre, en l'occurrence, que la loi incriminée est raisonnable. L'exercice nous semble se rapprocher davantage de la plaidoirie que de la preuve, bien que les arguments et les autorités dont il fait l'objet ne soient pas juridiques. Il reste qu'il sera toujours plus prudent pour le gouvernement d'être en mesure de faire une preuve factuelle du caractère raisonnable de la règle de droit qu'il entend défendre⁵⁶. [Notre soulignement]

Pour ces auteurs, la résolution des questions constitutionnelles est plus proche « de la plaidoirie que de la preuve ». Moins catégorique, la juge Bich a affirmé que la nature de ces questions nécessite de voir les règles de preuve avec « souplesse et largeur de vues »⁵⁷. La Cour suprême de Colombie-Britannique a parlé d'une « liberal approach »⁵⁸. Au nom de la Cour suprême du Canada, le juge Sopinka avait dit, en ce qui concerne les faits législatifs, que « les conditions de leur

⁵⁶ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 1015, par. XII.3.61.

⁵⁷ *Presse Itée (La) c. Poulin*, 2012 QCCA 2030, par. 15 (la juge Bich pour la Cour). Voir aussi : *Lebel Caron c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 565, par. 73 ; *Centrale des syndicats du Québec (CSQ) c. Procureur général du Québec*, 2022 QCCS 428, par. 29 ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 144 : « Les règles traditionnelles de la preuve légale ont été assouplies pour favoriser la preuve des faits législatifs et constitutionnels » ; Hugo JEAN et Gilles LAPORTE, « Contentieux constitutionnel », dans Stéphane BEAULAC et Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *JurisClasseur Québec Droit public - Droit constitutionnel*, fasc. 4, par. 198 :

En somme, les conditions de recevabilité des faits législatifs et sociaux sont certainement plus souples. La Cour suprême a tenté dans l'arrêt *Spence* de mieux circonscrire les règles en la matière. Il faut toutefois constater que, malgré cet effort, les exigences de preuve en matière constitutionnelle demeurent en partie imprévisibles.

⁵⁸ *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, 2011 BCSC 1588, par. 46.

recevabilité sont moins sévères »⁵⁹. La professeure Danielle Pinard écrit que « [l]e nouvel empirisme que l'on retrouve dans la jurisprudence constitutionnelle exigera une adaptation des règles traditionnelles de preuve »⁶⁰.

Des questions restent irrésolues. Est-ce une différence de degré ou de nature? S'agit-il d'adaptation ou d'exception au droit commun de la preuve? S'il existe des exceptions, au nom de quels principes nous situons-nous en régime d'exception?

Conséquences — Cette confusion portant sur le mode d'établissement des faits et sur les expertises en matière constitutionnelle (y compris sur l'objet de la preuve) engendre bon nombre d'effets concrets, qui concernent (1) l'accessibilité à la justice, (2) la recherche de la vérité et (3) la sécurité juridique.

Accessibilité à la justice — D'abord, la prise en compte, voire l'exigence⁶¹ de dossiers de preuve volumineux et d'expertises onéreuses en matière constitutionnelle mine l'accessibilité à la justice⁶². À titre d'exemple, dans l'affaire *Truchon*, qui porte sur la constitutionnalité du régime actuel d'aide médicale à mourir, les procureurs généraux du Canada et du Québec ont demandé à la Cour supérieure de déposer treize expertises, laquelle en a autorisé sept⁶³. Trente-trois jours ont finalement été réservés pour ce procès qui s'est déroulé durant l'hiver 2019⁶⁴. Dans un contexte où les coûts d'un long procès pour les parties sont bien réels, il apparaît important de limiter les expertises et le dossier de preuve à ce qui est véritablement nécessaire et pertinent pour trancher

⁵⁹ *Danson c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 14, 1099 (le juge Sopinka pour la Cour).

⁶⁰ D. PINARD, préc., note 4, 427.

⁶¹ *MacKay c. Manitoba*, préc., note 14, 361-362 (le juge Cory pour la Cour) ; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 14, 1099 (le juge Sopinka pour la Cour) ; *R. c. Mills*, préc., note 14, par. 38 (les juges McLachlin et Iacobucci pour la majorité) ; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 18, par. 53 (la juge en chef McLachlin pour la Cour) ; D. PINARD, préc., note 48, 10 et 17.

⁶² P. TAILLON et C. VÉZINA, préc., note 24, 90 ; Andrew K. LOKAN et Christopher M. DASSIOS, *Constitutional Litigation in Canada*, Toronto, Thomson Carswell, 2006 (feuilles mobiles), p. 8-12; François CÔTÉ, « Réforme de la procédure civile. Vers une réaffirmation des principes civilistes », dans Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ (dir.), *Le nouveau Code de procédure civile du Québec. « Approche différente » et « accès à la justice civile » ?*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, p. 153, à la p. 174.

⁶³ *Truchon c. Procureur général du Canada*, 2018 QCCS 317, par. 2 (la juge Baudouin).

⁶⁴ Michael NGUYEN, « Ils réclament le droit de mourir », *Le Journal de Montréal*, 7 janvier 2019, en ligne : <<https://www.journaldemontreal.com/2019/01/07/ils-reclament-le-droit-de-mourir>> (Consulté le 21 mai 2019).

les questions soulevées⁶⁵. Dans l'affaire *Truchon*, la juge Baudouin résume la position des demandeurs ainsi :

Ne disposant pas de moyens illimités comme les Gouvernements, ils demandent au Tribunal, au nom du principe de proportionnalité, de contrôler les moyens de preuve afin de leur faciliter l'accès au système de justice et d'assurer que ceux-ci soient proportionnés à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande. Les demandeurs font valoir que la présente instance ne se présente pas seulement comme un débat de société mais touche avant tout leur situation propre, dont leurs souffrances et leur mort⁶⁶.

L'appétit des tribunaux pour les faits, que les plaideurs gouvernementaux désirent, à juste titre, satisfaire avec des moyens de preuve appropriés, a donc des effets néfastes pour les justiciables qui contestent la constitutionnalité d'une loi⁶⁷. Dans l'affaire *Truchon*, ce déséquilibre des forces est d'autant plus grand que les demandeurs étaient dans une situation vulnérable. Par leurs nombreuses expertises, les gouvernements ont prolongé leurs souffrances en augmentant les coûts et la durée des procédures.

Recherche de la vérité — Néanmoins, les règles du droit commun de la preuve, notamment celle exigeant qu'une opinion factuelle complexe soit formulée par un expert⁶⁸, visent d'autres objectifs, dont la recherche de la vérité⁶⁹. La mise à l'écart de règles du droit commun de la preuve, que ce soit en prenant connaissance d'office de faits qui ne sont pas notoires et raisonnablement incontestables ou en acceptant un oui-dire non fiable, peut avoir un effet sur la qualité des conclusions factuelles des tribunaux en matière constitutionnelle. L'objectif de tendre vers la

⁶⁵ Notamment en raison du principe de proportionnalité : C.p.c., art. 18.

⁶⁶ *Truchon c. Procureur général du Canada*, préc., note 63, par. 12 (la juge Baudouin).

⁶⁷ Ce cas n'est pas isolé. Le procès dans *Caron*, une affaire de droits linguistiques en Alberta, a duré 89 jours : *Caron c. Alberta*, [2015] 3 R.C.S. 511, 2015 CSC 56, par. 139 (les juges Wagner et Côté pour la juge Abella, dissidents).

⁶⁸ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 523 ; *Graat c. R.*, [1982] 2 R.C.S. 819, 838 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour).

⁶⁹ J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, préc., note 37, par. 14.1 : « Hearsay, opinion and character evidence are barred generally because these types of evidence are inherently unreliable, lack probative worth or are susceptible to fabrication ». Sur l'importance de la recherche de la vérité en preuve et en procédure, voir aussi : *Pétrolière Impériale c. Jacques*, [2014] 3 R.C.S. 287, 2014 CSC 66, par. 24 (les juges LeBel et Wagner pour la majorité).

Les règles de preuve visent aussi d'autres objectifs, comme la proportionnalité (C.p.c., art. 18) et la contradiction (C.p.c., art. 17; *Webasto c. Transport TFI 6*, 2019 QCCA 342, par. 13 [*per curiam*]).

vérité implique que « [...] la preuve des faits sociaux et législatifs devrait d'abord être présentée par des témoins experts. La Cour préfère cette voie puisqu'elle permet le contre-interrogatoire des experts sur "la valeur et l'importance qu'il convient d'accorder à une étude ou à un rapport" »⁷⁰.

A contrario, lorsque la connaissance d'office élargie est permise, toute « preuve » « fiable et pertinente »⁷¹ peut être ajoutée par le tribunal durant le délibéré. On imagine alors qu'un « procès secret »⁷² peut avoir lieu lorsque les rédacteurs du jugement épluchent, *ex parte* avec leurs chercheurs, les articles scientifiques disponibles à la recherche d'une opinion de fait appuyant leur raisonnement⁷³. Les forces et les faiblesses de ces éléments de preuve n'étant pas discutées par les parties, la qualité des conclusions factuelles peut s'amenuiser. Autrement dit, le non-respect des principes du procès contradictoire engendre potentiellement un effet sur la « vérité » judiciaire⁷⁴.

Ces potentielles erreurs sont d'autant plus graves que les jugements en matière constitutionnelle sont destinés à s'appliquer à l'égard de tous et que leurs conclusions se gravent dans le « marbre de la Constitution », intouchables jusqu'à

⁷⁰ France HOULE et Clayton PETERSON, *Hors de tout doute raisonnable. La méthodologie et l'adéquation empirique comme fondements de l'épistémologie du droit de la preuve*, Montréal, Éditions Thémis, 2018, p. 87-88, citant *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458, 2005 CSC 71, par. 68 (le juge Binnie pour la Cour).

⁷¹ Danielle PINARD, « La notion traditionnelle de connaissance d'office des faits », (1997) 31 *R.J.T.* n.s. 87, 118.

⁷² Ce problème, en ce qui concerne les tribunaux administratifs, a déjà été documenté : Patrice GARANT, « La preuve devant les tribunaux administratifs et quasi judiciaires », (1980) 21 *C. de D.* 825.

⁷³ La sélection de sources factuelles par la Cour suprême à des fins rhétoriques a été critiquée : D. M. PACIOCCO, préc., note 27, à la page 46, note 229 ; M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 341 ; D. PINARD, préc., note 32, 362 :

Faigman illustre l'exercice de cette liberté : selon les besoins de la position normative qu'elle souhaite imposer dans une cause, la Cour invente des faits, utilise avec plus ou moins de rigueur des études de sciences sociales, les dénonce comme inadéquates, en déplore l'inexistence, les ignore purement et simplement ou encore modifie la règle de droit afin d'en atténuer la pertinence.

⁷⁴ C.p.c., art. 17, al. 2 : « Dans toute affaire contentieuse, les tribunaux doivent, même d'office, respecter le principe de la contradiction et veiller à le faire observer jusqu'à jugement et pendant l'exécution. Ils ne peuvent fonder leur décision sur des moyens que les parties n'ont pas été à même de débattre ». [Notre soulignement]. Voir aussi : *Webasto c. Transport TFI 6*, préc., note 69, par. 13 (*per curiam*) : « [...] le principe central de la procédure civile reste celui de la contradiction [...] » ; *Hydro-Québec c. Matta*, 2020 CSC 37, par. 37 à 39 (la juge Côté pour la Cour).

ce qu'elles soient changées par un jugement postérieur ou suivant une procédure de modification complexe.

Finalement, la *sécurité juridique* peut être compromise par une trop grande flexibilité des règles de preuve. En effet, la confusion quant aux règles d'admissibilité de la preuve leur retire beaucoup de prévisibilité. Un moyen de preuve rejeté en première instance ou en Cour d'appel peut être jugé admissible par la Cour suprême du Canada, l'inverse étant tout aussi envisageable⁷⁵. À ce sujet, le juge Mahmud Jamal estime que le choix des moyens à préférer en matière constitutionnelle revient à viser une « cible mouvante »⁷⁶. Une partie peut, en effet, perdre son recours des années après son introduction, dans l'éventualité où la Cour suprême considère qu'un fait essentiel n'a pas été établi par le moyen approprié lors du procès⁷⁷. Les parties étant liées par les choix de leurs procureurs lors de l'enquête, il devient, comme l'affirme le juge David Paciocco, crucial que les règles d'établissement des faits en matière constitutionnelle soient précisées⁷⁸.

Les *origines de ce phénomène* remontent pourtant bien avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge Binnie, alors qu'il prononçait une conférence, en 1998, soulignait cette tendance à exclure certains faits des règles de preuve lorsque la Constitution est invoquée. Il affirmait :

⁷⁵ D. M. PACIOCCO, préc., note 27, aux pages 46 et 47 ; Donald J.M. BROWN, « Practice with the Charter », (1989) 23 *U.B.C. Law Review* 595, 598.

⁷⁶ Mahmud JAMAL, « Legislative Facts in Charter Litigation: Where Are We Now? », (2004) 17 *Nat'l J. Const. L.* 1, 16-17. Voir aussi : H. JEAN et G. LAPORTE, préc., note 57, par. 198.

⁷⁷ Dans l'arrêt *R. c. Spence* (préc., note 70 **Erreur ! Signet non défini.**, par. 5 [le juge Binnie pour la Cour]), la Cour suprême a refusé de prendre connaissance d'office du racisme entre certaines minorités dans un contexte de récusation de jurés, alors que, dans le même contexte, elle avait déjà pris connaissance d'office du racisme envers les Autochtones : *R. c. Williams*, préc., note 32, par. 54 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la Cour) : « En l'espèce, l'accusé a assigné des témoins et produit des études pour établir l'existence, dans la collectivité, de préjugés largement répandus contre les autochtones. Il ne sera peut-être pas nécessaire, dans toutes les instances ultérieures, de consacrer tout ce temps et toutes ces ressources à la preuve des préjugés raciaux dans la collectivité ». Dans *Québec (Procureur général) c. A* ([2013] 1 R.C.S. 61, 2013 CSC 5), quatre juges de la Cour suprême ont refusé de prendre connaissance d'office de l'absence de choix réel de se marier ou non (par. 273-274 [le juge Lebel pour les juges Fish, Rothstein et Moldaver]). Les cinq autres juges ont pris connaissance de ce fait : D. PINARD, préc., note 48, 16-20.

⁷⁸ D. M. PACIOCCO, préc., note 27, à la page 47. Voir aussi : M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 303.

In the case of “adjudicative facts”, the traditional rules of evidence apply. In the case of “legislative facts”, however, the rules are vague, shifting and perceived “as through a glass, darkly”. Professor Hogg’s comment in 1976 to the effect that “in Canada, unlike the United States, there is no developed theory on how, or to what extent, facts should be introduced in constitutional cases” still holds true today⁷⁹. [Notre soulignement]

À bien des égards, ces analyses du juge Binnie et du professeur Peter Hogg quant au caractère obscur du droit canadien sur la preuve en matière constitutionnelle n’ont pas de reçu de réponse complète de la part de la doctrine.

Revue sommaire de la littérature — La recherche en droit n’accorde que peu d’attention à la méthodologie employée afin de parvenir aux jugements sur les grandes questions constitutionnelles⁸⁰.

Néanmoins, les travaux de la professeure Danielle Pinard⁸¹ ont partiellement comblé cette carence, et sont probablement ceux qui ont le plus fait avancer les connaissances sur la preuve en matière constitutionnelle, particulièrement sur la connaissance d’office. Sur ce dernier sujet, il faut aussi souligner les apports des juges John Sopinka, Sidney Lederman, Alan Bryant et Michelle Fuerst⁸², du juge David Paciocco et du professeur Lee Stuesser⁸³, et de la professeure Marilyn MacCrimmon⁸⁴. M^e Monique Rousseau⁸⁵, quant à elle, a avancé une exception au oui-dire pour prouver les faits législatifs par le dépôt d’écrits. Les traités de M^{es} Andrew Lokan et Christopher Dassios⁸⁶, du professeur Peter Hogg⁸⁷ et de

⁷⁹ Ian BINNIE, « Random Thoughts About *Charter* Advocacy », p. 2, conférence donnée au County of Carleton Law Association, Château Mont Tremblant, Québec, 6 et 7 novembre 1998 [non publiée], ainsi que rapporté dans M. JAMAL, préc., note 76, 1.

⁸⁰ D. PINARD, préc., note 61, 22. Loin d’être conjoncturel, ce même constat a été dressé 20 ans auparavant, alors qu’elle notait le peu d’attrait de la recherche pour « ces questions [...] cruciales » : D. PINARD, préc., note 4, 403. Selon la professeure Danielle Pinard, ces questions de preuve « donne[nt] lieu à un monde de possibilités de créations judiciaires occultes » : D. PINARD, préc., note 61, 22.

⁸¹ D. PINARD, préc., note 32 ; D. PINARD, préc., note 71 ; Danielle PINARD, « La preuve des faits sociaux et les Brandeis Briefs : quelques réserves », (1996) 26 *R.D.U.S.* 498 ; D. PINARD, préc., note 48 ; D. PINARD, préc., note 6.

⁸² J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, préc., note 37, p. 14, note 41 et p. 1332, par. 19.47.

⁸³ D. M. PACIOCCO, préc., note 27 ; D. M. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 1, p. 506 et suiv.

⁸⁴ M. T. MACCRIMMON, préc., note 27 ; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44.

⁸⁵ M. ROUSSEAU, préc., note 32, p. 44.

⁸⁶ A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-1 et suiv.

⁸⁷ P. W. HOGG, préc., note 4 ; P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-1 et suiv.

M^e Ruth Sullivan⁸⁸ fournissent également des aperçus des problèmes soulevés par la preuve des faits législatifs ou constitutionnels. Ces travaux sont, bien qu'essentiels, soit fragmentaires, soit introductifs, soit peu mis à jour.

En définitive, les chercheurs qui nous ont précédé ont fait des commentaires sur certaines questions plus précises. Cela est surtout le cas des auteurs d'articles de revue ou de chapitres d'ouvrages collectifs.

Entre autres, les études majeures et incontournables de la connaissance d'office et de certains aspects liés à la norme de preuve réalisées par la professeure Danielle Pinard remontent déjà, pour la plupart, à plus de vingt ans. De plus, son approche est davantage centrée sur l'étude de la doctrine et de certains cas jurisprudentiels ciblés.

Le professeur Peter Hogg, de même que M^{es} Andrew Lokan et Christopher Dassios, ont quant eux réalisé des traités de droit substantiel ou de procédure constitutionnelle dans lesquels les questions de droit de la preuve ne sont qu'ancillaires et moins fouillées. À l'inverse, la référence au contentieux constitutionnel dans les traités de droit de la preuve civile du Québec se résume à quelques paragraphes au chapitre sur la connaissance d'office⁸⁹. Somme toute, il manque une certaine forme de perspective globale du problème de la preuve en matière constitutionnelle.

La thèse qui suit aurait, sans aucun doute, été beaucoup plus difficile à réaliser sans l'apport de ces auteurs, comme les nombreuses références que nous faisons à leurs travaux en témoignent. Mais cette thèse demeure inédite pour deux raisons principales.

D'une part, c'est la première fois que les notions de pertinence, de norme de preuve, de connaissance d'office, d'expertise et de ouï-dire en matière

⁸⁸ R. SULLIVAN, préc., note 7, c. 22 et 23.

⁸⁹ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 144 ; Léo DUCHARME et Charles-Maxime PANACCIO, *L'administration de la preuve*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, par. 599 ; Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, par. 87.

constitutionnelle sont analysées en symbiose. La plupart de ces concepts expliquent le fonctionnement des autres. D'autre part, la revue jurisprudentielle qui supporte nos propositions est d'une ampleur sans égal, comme le lecteur pourra le constater dans les pages qui suivent.

Outre cette perspective globale du problème de la preuve en matière constitutionnelle, cette thèse offre une précision importante s'inscrivant dans l'angle mort commun de la recherche universitaire en droit de la preuve et en droit constitutionnel. À l'échelle canadienne, alors que les recherches en droit de la preuve en droit privé ou pénal sont relativement fréquentes, et sont abondantes en droit constitutionnel substantiel, les moyens d'établissement des faits dans les instances constitutionnelles sont effleurés ou ne sont pas étudiés.

II. Objectif : démystifier la souplesse du droit de la preuve appliqué en matière constitutionnelle

Objectif — Cette thèse poursuit notamment l'objectif d'expliquer les problèmes affectant le droit de la preuve causés par la libéralisation de la preuve en matière constitutionnelle. À la lecture de la jurisprudence et de la doctrine, il se dégage parfois l'impression qu'en droit constitutionnel, la preuve se fait différemment⁹⁰. Mais qu'en est-il vraiment? La question est générale et elle inspire notre réflexion : existe-t-il un régime de preuve libre⁹¹, *sui generis* ou dérogeant au droit commun, en matière constitutionnelle ? D'un côté, pour paraphraser le professeur Denis

⁹⁰ Voir par ex.: *Presse Itée (La) c. Poulin*, préc., note 57, par. 15 (la juge Bich pour la Cour) ; I. BINNIE, préc., note 79 ; L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 89, par. 599 :

Les faits législatifs étant de connaissance d'office judiciaire, leur établissement ne nécessite pas la production en preuve d'une expertise pour les établir. Toutefois, au motif que, dans les litiges relevant de l'application de la Charte, les règles de la preuve des faits législatifs, sociaux, et économiques ne sont pas aussi sévères que dans les litiges courants, le tribunal, dans l'affaire *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, a déclaré recevables en preuve, à titre de rapports d'experts, deux expertises en sciences sociales. [Notre soulignement]

⁹¹ Un régime de preuve libre est un régime fondé sur l'intime conviction du juge des faits, lequel participe généralement lui-même à l'enquête sans véritable encadrement : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 10 et 16.

Baranger qui se questionnait dans un contexte quelque peu différent⁹², on peut se demander si des règles de preuve contraignent le tribunal dans sa recherche des faits en matière constitutionnelle⁹³, ou si ce sont « toutes les fleurs de la rhétorique politicienne »⁹⁴ qui s'offrent à lui afin qu'il puisse librement postuler, comme le Parlement le ferait, l'existence de faits de société pouvant justifier les règles de droit qu'il pose⁹⁵.

Questions de recherche — Afin de vérifier s'il existe en droit constitutionnel un régime de preuve spécifique, il s'agit, plus spécifiquement, de se demander quelle est la véritable souplesse du droit de la preuve en cette matière :

- La règle de la pertinence s'applique-t-elle différemment en droit constitutionnel, dans la mesure où on admet la preuve de faits d'une nature différente que ceux des litiges non constitutionnels ?
- Existe-t-il un autre degré de l'obligation de convaincre qui s'ajoute à ceux applicables aux litiges civils et pénaux, c'est-à-dire un standard moins exigeant que la balance des probabilités et la preuve hors de tout doute raisonnable ?
- La présomption de constitutionnalité fait-elle exception aux autres fardeaux de preuve ?
- La connaissance d'office est-elle, davantage que dans les litiges non constitutionnels, élargie à des faits contestables ?
- L'expertise est-elle régie par les mêmes règles, considérant qu'on semble admettre des expertises en droit ou défendant l'opportunité d'une décision ?

⁹² Il se demandait pourquoi les parlementaires anglais, à une certaine époque, semblaient respecter une procédure de recherche des faits dans leurs débats, alors que s'offraient à eux la possibilité, en tant que politiciens, de prendre des libertés sur ces faits.

⁹³ La professeure Danielle Pinard, de manière plus critique, a même affirmé que : « On pourrait d'ailleurs, de façon ironique, se demander si on n'est pas ici tout simplement sur le terrain de la simple imagination judiciaire plutôt que sur celui d'une quelconque règle de preuve » : D. PINARD, préc., note 32, 371, note 161.

⁹⁴ D. BARANGER, préc., note 39, 68.

⁹⁵ Voir : *supra*, note 73.

— Existe-t-il une exception particulière au ouï-dire pour recevoir les documents historiques et les rapports scientifiques ou gouvernementaux en vue de prouver la véracité de leur contenu ?

Hypothèse — L'hypothèse avancée ici est que, bien qu'elles aient existé à une époque antérieure, la « souplesse » et l'instabilité du droit de la preuve en matière constitutionnelle tendent à se résorber⁹⁶. Il s'agit de démontrer que le degré de souplesse dans l'établissement des faits a pu varier dans le temps et que, contrairement aux apparences, il n'existe plus un régime de preuve libre ou *sui generis* en matière constitutionnelle au Canada.

Dans tous les cas, cette thèse se limite à la résolution des questions constitutionnelles par les tribunaux judiciaires. Il est évidemment acquis que les tribunaux administratifs bénéficient d'un régime de preuve souple, puisqu'ils sont, sous réserve de certaines limites, maîtres de leur preuve⁹⁷.

III. Cadre théorique et méthodologie : une perspective positiviste et historique du problème de la preuve en matière constitutionnelle

Perspective — Pour expliquer le droit de la preuve applicable dans les litiges constitutionnels, nous privilégions la perspective du positivisme juridique, combinée à une approche historique et, accessoirement, comparative. Il s'agit d'étudier d'abord le droit « tel qu'il est »⁹⁸, d'« insister sur les choix politiques du pouvoir »⁹⁹ et, au passage, d'en découvrir les tendances, les causes et les conséquences.

⁹⁶ D. PINARD, préc., note 6, p. 6 et 17.

⁹⁷ *Procureur général du Canada c. De l'Étoile*, 2019 QCCA 1178, par. 32 (*per curiam*) ; P. GARANT, préc., note 72. Cela soulève toutefois un problème non résolu lorsqu'une contestation constitutionnelle est initiée devant un tribunal administratif. Voir par ex.: 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 (2) *N.J.C.L.* 131, 147 et suiv.

⁹⁸ François OST, « Science du droit », dans André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1988, p. 363.

⁹⁹ Eric MILLARD, « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie de l'interprétation », dans Denys DE BÉCHILLON, Pierre BRUNET, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et

Le positivisme définit notre perspective sur le droit, mais ne limite pas l'étude au seul droit positif. Nous nous intéressons donc aux règles choisies par les titulaires du pouvoir, sans se priver du contexte de leur édicition, lequel est pertinent pour les contextualiser. Le positivisme impose cependant de distinguer les choix des acteurs du contexte historique dans lequel ils baignaient¹⁰⁰. Il impose également de distinguer ces choix des propositions de réforme du droit que nous formulons¹⁰¹.

La partie (A.) du présent chapitre est consacrée au rapport entre faits et droit comme cadre théorique dans la perspective positiviste, et la partie (B.) porte sur la méthodologie de la thèse.

A. Comment le positivisme peut-il permettre d'aborder les faits et le droit dans le contexte de la preuve en matière constitutionnelle ?

Les faits au soutien de la création du droit — Cette perspective positiviste peut — à première vue — soulever certains problèmes d'adaptation au phénomène de saisie des faits qui se vit dans des dossiers complexes et contemporains de droit constitutionnel. Cette situation particulière, également présente dans d'autres domaines du droit¹⁰², suppose que les faits prouvés devant le tribunal ne servent pas qu'à l'application du droit : ils sont mobilisés pour son élaboration. Que ce soit lors de la création de la common law ou lors de l'interprétation législative ou constitutionnelle, le tribunal se sert maintenant ouvertement¹⁰³ des faits. Ils s'ajoutent aux arguments juridiques, c'est-à-dire, notamment, à l'intention du Parlement, au texte, aux valeurs et au contexte juridique en présence¹⁰⁴.

Cette prise en compte des faits lors de la détermination judiciaire d'une règle de droit heurte une conception quelque peu caricaturale attribuée à tort au

Éric MILLARD (dir.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 725, à la page 4.

¹⁰⁰ Voir : *infra*, p. 68 et suiv.

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, préc., note 37, p. 1332, par. 19.47.

¹⁰³ La professeure Danielle Pinard, de manière réaliste, allègue que les faits ont probablement toujours joué un rôle, sans que cela soit affirmé ouvertement : D. PINARD, préc., note 6, p. 7.

¹⁰⁴ R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 1.15.

positivisme, appelée « strict constructionism » ou « mechanical jurisprudence », laquelle refuse à la fois toute discrétion et toute implication des faits dans l'interprétation législative¹⁰⁵.

En plus de cette défaillance présumée de la perspective positiviste à expliquer le rôle des faits dans l'interprétation, il existe une tentation chez les critiques du positivisme de voir dans les faits législatifs une forme de normativité, puisque les faits seraient une source du droit sous-jacente aux lois et à la jurisprudence¹⁰⁶.

Plan de la partie — Il faut déconstruire cette perception caricaturale. (1) Bien que des faits soient utilisés pour édicter des règles de droit, ils n'en deviennent pas pour autant normatifs ou contraignants. Au contraire, (2) les règles de droit sont le résultat de l'exercice d'un pouvoir. (3) L'objet du positivisme est d'étudier ce pouvoir d'édition des règles de droit, et (4) il admet que les tribunaux puissent s'appuyer sur des considérations factuelles dans leur activité législative, pourvu que le droit permette de le faire. (5) Le droit canadien admet une telle utilisation des faits. (6) En somme, il est donc possible de distinguer les faits du droit, et cette distinction est réalisée en droit canadien.

1. Les faits ne sont pas normatifs

École de la normativité des faits — À l'opposé du positivisme, certains pourraient, en effet, voir dans la présence de faits appuyant les jugements sur des questions pures de droit, une forme de normativité de ces faits. Les faits deviendraient une source du droit. Semblant défendre cette vision, la juge L'Heureux-Dubé écrit :

En outre, depuis l'école du réalisme juridique et la « théorie sociologique du droit » (sociological jurisprudence) de Roscoe Pound, il est reconnu que le droit n'est pas au-dessus des autres institutions sociales et qu'il n'existe pas en vase clos. La distinction largement reçue, établie par des juristes éminents tel Kenneth Culp Davis, entre « faits en litige » — se rapportant spécifiquement à l'espèce, en cause — et « faits législatifs » — intervenant dans des décisions de droit ou de politique générale — démontre

¹⁰⁵ François CHEVRETTE et Hugo CYR, « De quel positivisme parlez-vous ? », dans Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie. Le droit : une variable dépendante*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 33, aux p. 36-37.

¹⁰⁶ *Infra*, p. 24.

clairement que le droit et la société entretiennent des liens d'interdépendance inextricables et que les faits sociaux font partie intégrante du processus d'élaboration des lois. Lorsqu'elles sont pertinentes dans la création d'une règle de droit, les données et les recherches sociales revêtent un caractère général qui va bien au-delà du contexte précis dans lequel celles-ci ont été utilisées. Elles deviennent une partie constitutive de la règle de droit qu'elles contribuent à étayer. De fait, elles représentent une partie des sources dont cette règle de droit tire son autorité. À ce titre, la théorie selon laquelle les sciences sociales ont valeur d'autorité en droit est intrinsèque à la notion même de science du droit¹⁰⁷. [Notre soulignement]

Suivant cette école de pensée, la notion de « science du droit » implique que les sciences sociales acquièrent une autorité pour décider de l'édiction d'une règle de droit. Ainsi, le choix des règles de droit semble presque un acte de science. De plus, la juge L'Heureux-Dubé affirme même que « le droit n'est pas au-dessus des autres institutions sociales »¹⁰⁸, ce qui conduit le lecteur à croire que la Cour suprême, et les autres pouvoirs de l'État, se plient à des règles édictées par d'autres organes.

Critique — À notre avis, les faits doivent être distingués des valeurs et de l'opportunité¹⁰⁹. Lorsque le juge donne priorité à certaines valeurs ou à certains principes par rapport à d'autres, qu'ils soient tirés d'une loi, de la Constitution, voire peut-être de l'âme et de la conscience des membres du tribunal, il ne peut s'agir de faits prouvés, bien qu'on les déguise parfois ainsi¹¹⁰. Inversement, la preuve

¹⁰⁷ *Willick c. Willick*, préc., note 30, 701 (la juge L'Heureux-Dubé pour les juges Gonthier et McLachlin, motifs concordants).

¹⁰⁸ *Id.*, cité ci-dessus.

¹⁰⁹ En Europe, le professeur Michel van de Kerchove distingue, par exemple, les arguments éthiques, qui relèvent du « jugement de valeur » et des normes, des arguments sociologiques qui sont des « jugements de réalité » et des faits : Michel VAN DE KERCHOVE, « Argument éthique et argument sociologique : concurrence, coexistence ou interdépendance ? », dans Dominique FENOUILLET (dir.), *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Paris, Dalloz, 2015, p. 29. Pour lui, ces deux types de jugements se mélangent en ce que l'argument sociologique fait parfois référence à des « normes » (opinions ou pratiques qui se généralisent), tandis que l'argument éthique renvoie parfois à des faits : *ibid.*, à la p. 30.

¹¹⁰ Des politologues ont séparé les sources *normatives* des sources *empiriques*. Ils classent la recherche en sciences sociales comme « empirique » alors que les sources juridiques ou philosophiques sont « normatives » : F. L. MORTON et I. BRODIE, préc., note 2, 10 et suiv. De même, dans le récent arrêt *Frank*, la dissidence formulait la critique suivante à l'argument de la majorité qui refusait de reconnaître que de priver les non-résidents du droit de vote était lié à un objectif important :

d'un fait de société n'oblige pas la Cour à prioriser un choix normatif en particulier. Les faits entrent dans le raisonnement, mais les valeurs jouent un rôle prépondérant, comme l'a bien démontré la professeure Danielle Pinard¹¹¹.

2. Les règles de droit résultent de l'exercice d'un pouvoir

Les règles de droit sont des choix — Une fois certains faits prouvés, par exemple des périls rendus possibles par une interprétation législative précise, prioriser l'évitement d'autres périls ou préférer d'autres valeurs ou intérêts relève de l'opportunité, donc, ultimement, du droit¹¹². La professeure américaine Suzanne Goldberg, reprenant la célèbre maxime d'Hume, écrit, à juste titre :

La seule explication cohérente de la restriction prévue dans la Loi quant au droit de vote des citoyens canadiens âgés de moins de dix-huit ans — surtout à la lumière de l'argument des appelants selon lequel le droit garanti par l'art. 3 s'applique nécessairement à tous les citoyens — est qu'une telle limite au droit garanti par l'art. 3 est justifiée. À l'instar de la mesure contestée en l'espèce, cette justification reflète nécessairement une certaine théorie normative ou philosophique — qui retient certaines considérations (faire en sorte que l'électorat soit éclairé et capable d'exercer un choix rationnel et indépendant) plutôt que d'autres (étendre la portée du droit de vote à tous les citoyens) d'une façon particulière. Interprétée correctement, la capacité incontestée du législateur d'interdire aux mineurs de voter — que l'interdiction soit présentée comme une limite ou comme une modalité d'application du droit de vote — confirme la thèse selon laquelle le Parlement a un rôle essentiel à jouer pour circonscrire le droit garanti par l'art. 3, et qu'il exerce nécessairement ce rôle en vue de certains objectifs philosophiques, moraux ou autrement normatifs. [Notre soulignement]

Frank c. Canada (Procureur général), préc., note 49, par. 145 (les juges Côté et Brown, dissidents).

¹¹¹ D. PINARD, préc., note 48, notamment aux p. 20-21, 44-45 et 56 ; D. PINARD, préc., note 6, p. 24. Le professeur Michael Pal démontre aussi les limites de la preuve de sciences sociales à l'étape de la justification des atteintes aux droits démocratiques : M. PAL, préc., note 48, 153 :

First, what is meant by the term “democracy” is highly contested. There is no consensus regarding its precise nature or how it should be manifested institutionally. Consequently, litigation on democratic rights will often involve clashes between competing values. Social science evidence is particularly ill equipped to conclusively resolve disputes regarding democratic values. While there are surely clashes between competing values in setting the contours of all rights, the contestable nature of the concept of democracy amplifies this uncertainty. Canada's constitutional monarchy, federal system, parliamentary government and rights protection regime provide substance to its meaning, but how to define “democracy” remains hotly in dispute. [Notre soulignement]

Voir aussi : Katherine E. SWINTON, *The Supreme Court and Canadian Federalism. The Laskin-Dickson Years*, Toronto, Carswell, 1990, p. 89-90 ; *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, 721 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour) : « Ce processus joint la logique à la réalité sociale, aux décisions de valeur et aux précédents » ; Karine MILLAIRE, « L'adjudication des droits constitutionnels dans les cas difficiles : judiciarisation des faits sociaux ou argumentation judiciaire des valeurs? », (2019) 53 (3) *RJTUM* 501.

¹¹² Voir : M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 289-290, 298 et 341.

Facts alone do not supply the judgment necessary to decide whether a legal burden on a social group is reasonable. As David Hume famously put to point, an “ought” cannot be derived from an “is”. The fact that women tend to have primary childcare responsibilities, for example, does not itself determine whether a law that distinguishes between men and women is reasonable. Instead, courts charged with evaluating sex-based restrictions must make normative judgments about the relevance of gendered childcare roles or other (purported) factual differences between men and women¹¹³. [Notre soulignement]

Si, de fait, les femmes portent les enfants, l'État peut, d'une part, faire le choix normatif de les exclure du monde du travail, à l'image de la situation qui a perduré pendant de nombreuses années ou, d'autre part, faire le choix de mettre en place des mesures pour atténuer l'incidence de la grossesse sur la vie professionnelle, comme c'est le cas actuellement. Le fait existe, et le droit prescrit comment l'État lui répond, ou quelles conséquences l'État lui attache.

Gouverner, c'est choisir, et notre État (au sens large) choisit en posant des règles de droit. Ce choix est parfois dissimulé derrière des affirmations factuelles, ou derrière ce que les juges McIntyre et La Forest ont appelé « la mystique de la science »¹¹⁴. Mais les faits ne conduisent pas de manière univoque à un choix normatif. La professeure Danielle Pinard écrit :

La décision judiciaire truffée de données, de références à des études de sciences sociales ou autres peut en effet sembler mieux fondée, plus neutre et technique, plus inexorable. Les choix normatifs s'y retrouvent parfois sous les traits d'observations empiriques. La responsabilité de décider s'y cache derrière une prétendue observation passive de phénomènes extérieurs¹¹⁵. [Notre soulignement]

¹¹³ Suzanne B. GOLDBERG, « Constitutional Tipping Points: Civil Rights, Social Change, and Fact-Based Adjudication », (2006) 106 *Columbia L. R.* 1955, 1962. Voir aussi : F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70 **Erreur ! Signet non défini.**, p. 58 à 61 ; Ann WOOLHANDLER, « Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts », (1988) 41 *Vand. L. Rev.* 111, 117 : « The reformists acknowledge that showings of legislative facts can change a legal rule only to the extent that "values" do not continue to support the rule ».

¹¹⁴ Il s'agissait d'une mise en garde relative aux expertises : *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, par. 20 (le juge McIntyre pour la majorité) et par. 64 (le juge La Forest), expression reprise dans *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, par. 19 (le juge Sopinka pour la Cour). Voir aussi : INSTITUT NATIONAL DE LA MAGISTRATURE, *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, 2018, en ligne : <<https://www.nji-inm.ca/index.cfm/publications/science-manual-for-canadian-judges/?langSwitch=fr>>, p. 157.

¹¹⁵ D. PINARD, préc., note 32, 392.

Autrement dit, décider l'édiction d'une règle de droit est un acte de pouvoir et de volonté, lequel ne découle pas automatiquement d'une réalité factuelle¹¹⁶. Même le professeur Kenneth Culp Davis, qui défendait une connaissance d'office élargie en matière constitutionnelle, distinguait les faits du droit. Il écrivait : « Facts are facts; facts are not authority; calling facts authority is unnatural »¹¹⁷. La professeure Danielle Pinard a même parlé, avec raison, d'une « erreur épistémologique qui consiste à prendre les jugements de valeur pour des faits »¹¹⁸.

¹¹⁶ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 664-665, par. VIII.44 à VIII.47 ; Hans KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », (1992) 22 *Droit et société* 551, 554 :

La distinction logique entre être et devoir-être — qui réside dans l'impossibilité de passer, au moyen d'une déduction logique, du domaine de l'un à celui de l'autre — est une des positions centrales de la théorie pure du droit. Elle est une théorie de ce qui doit être du point de vue du droit positif et non de ce qui est naturellement. Les normes forment son objet et non la réalité naturelle.

¹¹⁷ Kenneth Culp DAVIS, *Administrative Law of the Eighties: 1989 Supplement to Administrative Law Treatise*, San Diego, K.C. Davis Pub. Co., 1989, p. 365, comme cité dans D. PINARD, préc., note 32, 356, note 121.

¹¹⁸ D. PINARD, préc., note 71, 141, note 147. Voir aussi : Henry P. MONAGHAN, « Constitutional Fact Review », (1985) 85 *Columbia L. R.* 229, 233, note 25.

3. L'objet du positivisme juridique est d'étudier le pouvoir d'édicter des règles de droit et son exercice

Positivisme — Dans la perspective positiviste, la règle de droit ne tire pas son autorité des faits de société, mais du pouvoir et de la volonté de celui qui l'a édicté. Non seulement le tribunal juge de l'existence des faits de société, mais il tranche aussi à savoir si ces faits soutiennent la conclusion de droit qu'il pose, et la règle de droit qu'il édicte. Soutenir le contraire équivaut à la reconnaissance d'un droit naturel, qui découlerait de la réalité factuelle (de la nature), ce à quoi s'oppose le positivisme. Pour le professeur John Gardner, bien que le positivisme ait de nombreuses variantes, une proposition les rassemble toutes : « In any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its sources, not its merits »¹¹⁹. Autrement dit, ce n'est pas le mérite d'une règle de droit qui importe pour un positiviste, mais sa source.

Droit positif et droit naturel — Premier « véritable » positiviste juridique anglais¹²⁰, le professeur John Austin insistait sur l'importance de distinguer le droit positif de la morale, du droit divin ou des autres sources de normativité. Il écrit :

The principal purpose or scope of the six ensuing lectures, is to distinguish positive laws (the appropriate matter of jurisprudence) from the objects now enumerated [laws of God, positive morality and laws metaphorical]: objects with which they are connected by ties of resemblance and analogy; with which they are further connected by the common name of "laws"; and with which, therefore, they often are blended and confounded¹²¹. [Notre soulignement]

¹¹⁹ John GARDNER, « Legal Positivism: 5½ Myths », (2001) 46 *American Journal of Jurisprudence* 199, 199.

¹²⁰ F. CHEVRETTE et H. CYR, préc., note 105, à la p. 43. Selon le professeur Kevin Bouchard, Hobbes avait auparavant semé le germe du positivisme en donnant « une définition du droit plus centrée sur son autorité que sur sa sagesse » : Kevin BOUCHARD, *Aux origines conceptuelles du constitutionnalisme de common law contemporain : l'influence de la conception classique de la common law sur la théorie juridique de Wilfrid Waluchow*, Thèse de doctorat en droit public [non publiée], Université Paris II - Panthéon-Assas, 2018, p. 25.

¹²¹ John AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law*, vol. 1, 5^e éd. par Robert CAMPBELL, Londres, John Murray, 1885, p. 80.

Pour lui, il faut établir les nuances entre les sources de normativité, même si elles peuvent se ressembler¹²².

Coutume — Ainsi, le professeur John Austin rejette l'idée que la coutume soit, par elle-même, une source du droit. Elle n'a d'autorité juridique que par l'intervention de l'État qui la reconnaît. Il écrit :

The admirers of customary law love to trick out their idol with mysterious and imposing attributes. But to those who can see the difference between positive law and morality, there is nothing of mystery about it. Considered as rules of positive morality, customary laws arise from the consent of the governed, and not from the position or establishment of political superiors. But, considered as moral rules turned into positive laws, customary laws are established by the state: established by the state directly, when the customs are promulgated in its statutes; established by the state circuitously, when the customs are adopted by its tribunals¹²³. [Notre soulignement]

La coutume devient du droit lorsqu'un pouvoir de l'État (un parlement ou un tribunal) l'édicte dans une loi ou l'adopte afin de trancher un litige.

Droit étatique — Le professeur John Austin ne s'interdisait cependant pas, par ailleurs, d'établir des liens entre les sources de normativité juridiques et non juridiques¹²⁴. Néanmoins, pour lui, le droit positif est le fruit de la contrainte d'un pouvoir souverain sur un territoire¹²⁵. Là réside son objet d'étude¹²⁶.

Cet objet est également le nôtre. Une variante importante du positivisme, que les professeurs François Chevrette et Hugo Cyr préfèrent appeler « *stasis* juridique »,

¹²² Voir aussi : J. GARDNER, préc., note 119, 223 : « Hobbes, Bentham, Austin, Kelsen, Hart, Raz, and Coleman all rely on at least some more substantial necessary connections between law and morality in explaining various aspects of the nature of law (although they do not all rely on the same ones) ».

¹²³ J. AUSTIN, préc., note 121, p. 102.

¹²⁴ *Id.*, p. 84.

¹²⁵ *Id.*, p. 177 : « Every positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign person, or a sovereign body of persons, to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme ». La théorie du professeur John Austin n'est pas parfaite, mais elle est parfois caricaturée. À titre d'exemple, selon le professeur Riccardo Guastini, son positivisme est naïf, car il n'inclurait pas dans son objet ni le rôle des tribunaux, ni les normes effectivement appliquées : RICCARDO GUASTINI, « Le réalisme juridique redéfini », (2013) 19 *Revus* 113, en ligne : <<http://journals.openedition.org/revus/2511>> (Consulté le 21 mai 2019), par. 34-35. Pourtant, les tribunaux sont, en tant que délégués du souverain, des créateurs de droit dans la théorie d'Austin : J. AUSTIN, préc., note 121, p. 102.

¹²⁶ F. CHEVRETTE et H. CYR, préc., note 105, à la p. 43.

« formalisme juridique » ou « monisme juridique »¹²⁷, centre son étude sur les règles posées par l'État. Comme ces professeurs le remarquent, cela ne signifie pas, par ailleurs, que le positiviste doive se priver d'expliquer le contexte d'édition des règles¹²⁸. Il importe pourtant qu'il distingue, d'un côté, ce contexte et, de l'autre, la règle ultimement choisie par le décideur. Nous reviendrons sur ce point¹²⁹.

4. Le positivisme juridique peut admettre que les tribunaux s'appuient sur des faits dans leur fonction législative

Rôle des faits — Contrairement à la vision caricaturale du positivisme décrite au début du présent chapitre¹³⁰, le positivisme permet de prendre acte du rôle créateur du droit qui échoit aux tribunaux et de la place possible des faits dans cette activité¹³¹.

Kelsen — Pour le professeur Hans Kelsen, le droit crée le droit : « il règle lui-même sa propre création »¹³². C'est donc dire qu'il est difficile d'étudier le droit sans référer aux règles et aux concepts qu'il a lui-même posés. Il est bien possible de critiquer politiquement une règle de droit, mais le positiviste doit savoir distinguer les niveaux de discours et, ultimement, s'incliner devant le choix fait valablement par l'organe titulaire du pouvoir d'édicter la règle¹³³.

¹²⁷ *Id.*, aux p. 37-38.

¹²⁸ F. CHEVRETTE et H. CYR, préc., note 105, à la p. 36 et 43.

¹²⁹ *Infra*, p. 68 et suiv.

¹³⁰ *Supra*, p. 23.

¹³¹ J. GARDNER, préc., note 119, 212 : « The picture presented here—which is mainly attributable to the work of Hart and Raz, but also owes something to Kelsen— makes legal positivists the natural enemies of the mythological "legal positivist" view that judges should not have regard to the merits of cases when deciding them ».

¹³² Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Neuchâtel, Éditions de La Baconnière, 1988, p. 131.

¹³³ *Id.*, p. 153-154 ; H. KELSEN, préc., note 116, 559 :

Cela ne signifie naturellement pas qu'il faille refuser à l'interprète le soin de recommander à l'autorité une signification précise qui, par référence à une quelconque valeur, apparaît comme la meilleure. Mais il ne peut le faire — comme cela se passe trop souvent — au nom de la science, arguant de l'autorité de la science, c'est-à-dire de celle de la vérité. Car, par sa recommandation, le juriste-interprète tente d'influer sur la création du droit. Par là, il remplit une fonction de politique juridique et non de science juridique. [Notre soulignement]

Pouvoir d'édiction — Même le professeur Hans Kelsen reconnaît que les tribunaux bénéficient, en dernière ligne, d'un pouvoir d'édicter des règles de droit. Pour lui, chaque organe titulaire d'un pouvoir crée une norme inférieure en interprétant, c'est-à-dire en déterminant, le cadre donné par les normes supérieures¹³⁴. Ce cadre ouvre à plus de possibilités si les termes employés par le créateur de la norme supérieure sont équivoques ou accordent volontairement une discrétion plus large¹³⁵.

Considérations extrajuridiques — Quand l'organe exerce son pouvoir, il ne tient pas seulement compte de la norme supérieure qui l'encadre, mais aussi de considérations extrajuridiques comme la morale et la justice, lesquelles sont, en définitive, des valeurs¹³⁶. Selon le professeur Hans Kelsen, les méthodes d'interprétation ne sont pas concluantes. Elles ne fournissent aucun critère objectif permettant de savoir laquelle d'entre elles il faut préférer ni le résultat qu'il faut obtenir¹³⁷. C'est donc dire que, pour déterminer le résultat de l'interprétation, il faut un ultime « acte créateur de droit »¹³⁸, c'est-à-dire une décision de justice exécutoire. La position du professeur Valentin Petev¹³⁹, selon laquelle le positivisme juridique a du mal à décrire le pouvoir créateur du juge, est donc surprenante. Le professeur Hans Kelsen, même comme juriste continental, reconnaît pourtant sans ambages ce pouvoir, tout en le rationalisant.

Application aux pays de common law — Dans les pays de common law, il va sans dire que ce pouvoir créateur est encore plus large que dans les pays d'Europe

¹³⁴ H. KELSEN, préc., note 132, p. 151.

¹³⁵ *Id.*, p. 149 ; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 808, par. X.11.

¹³⁶ H. KELSEN, préc., note 132, p. 154.

¹³⁷ *Id.*, p. 152. Voir aussi : Christian BRUNELLE et Mélanie SAMSON, *Les droits et libertés fondamentaux*, c. 2 « L'objet, la nature et l'interprétation des chartes des droits », dans *Collection de droit 2018-2019*, vol. 8 « Droit public et administratif », 2018-2019, p. 33-34.

¹³⁸ *Id.*, p. 153.

¹³⁹ Valentin PETEV, « Quelle méthode ? La méthodologie juridique au seuil du XXI^e siècle », (1990) 4 *Revue de la recherche juridique* 757, 758.

continentale où, comme l'affirmait caricaturalement le baron de Montesquieu, le juge n'est que « la bouche qui prononce les paroles de la loi »¹⁴⁰.

Dans les pays de tradition britannique, non seulement le juge interprète-t-il la loi et la Constitution, mais il peut élaborer la common law lorsqu'elle s'applique directement et, dans une moindre mesure, lorsqu'elle est codifiée dans un texte législatif¹⁴¹. Un pouvoir limité, bien sûr, par la règle du *stare decisis*¹⁴² et par la souveraineté parlementaire dont bénéficie le Parlement tant qu'il légifère dans les limites de la Constitution¹⁴³, du moins dans les États qui en ont une.

Hart — Ce pouvoir prétorien de création des règles de droit fait en sorte qu'il faut se référer aux jugements pour découvrir ces règles. Comme le professeur Herbert Hart l'explique, une règle de décision (*adjudication*), qui permet au tribunal de juger, comporte nécessairement une règle de reconnaissance (*recognition*) qui permet d'identifier, à travers les jugements, les règles de droit applicables. Il écrit :

[...] le système qui possède des règles de décision est nécessairement aussi lié à une règle de reconnaissance d'un type élémentaire et imparfait. Il en est ainsi parce que, si les tribunaux sont habilités à décider d'autorité qu'une règle a été transgressée, ces décisions ne peuvent s'empêcher de déterminer d'autorité quelles sont les règles. La règle qui confère le pouvoir de juger constituera par conséquent aussi une règle de reconnaissance permettant d'identifier les règles primaires à travers les jugements des tribunaux, et ces jugements deviendront une « source » du droit¹⁴⁴. [Notre soulignement]

¹⁴⁰ Charles DE SECONDAT, baron de MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 1^{er}, livre XI, c. VI, Londres, 1777, p. 327.

¹⁴¹ R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 17.1 et suiv. Au paragraphe 17.17, elle écrit : « In interpreting a codified rule or principle, the courts look to the common law for clarification. They therefore look to pre-enactment cases in the enacting jurisdiction and to cases in other common law jurisdictions as well ».

¹⁴² *R. c. Comeau*, préc., note 10, par. 26 et suiv. (*per curiam*) ; Donald J. LANGE, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4^e éd., Markham, LexisNexis, 2015, p. 496 et suiv.

¹⁴³ Voir par ex. : *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57, par. 54-57 (la juge en chef McLachlin pour la majorité) ; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 59 (le juge Major pour la Cour) ; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, préc., note 5, par. 36 (la juge Karakatsanis pour le juge en chef Wagner et le juge Gascon) ; R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 17.4.

¹⁴⁴ Herbert L. A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications FSUL, 1976, p. 122-123. Voir aussi : V. PETEV, préc., note 139, 762 :

Le problème se pose constamment dans la Common law où les sources écrites du droit ne sont pas toujours identifiables et où l'obligation de suivre les précédents oblige le juge à

Le pouvoir de juger emporte le pouvoir de décider de l'existence d'une règle prétorienne, ou de la portée d'une disposition législative. Les jugements sont donc une source du droit.

Conclusion — En définitive, les tribunaux ont une fonction encadrée d'élaboration du droit. Un positiviste peut reconnaître que les tribunaux font référence à des faits pour exercer cette fonction, pourvu que le droit permette leur utilisation.

5. Le droit canadien admet la pertinence des faits législatifs

Sources — À moins que le constituant ne soit intervenu pour déterminer quels faits sont pertinents pour l'interprétation constitutionnelle, se sont aux tribunaux d'en décider. Même si cette règle de la pertinence est, en droit civil québécois, codifiée¹⁴⁵, elle a pour source historique la common law¹⁴⁶. Les faits pertinents sont, d'abord et avant tout, les faits auxquels le droit substantiel régissant le litige (le droit constitutionnel) accorde une importance ou une utilité pour établir le fondement d'un recours¹⁴⁷. Les tribunaux, dans leur exercice d'interprétation constitutionnelle, déterminent eux-mêmes les faits pertinents à l'interprétation de la Constitution¹⁴⁸.

formuler lui-même la règle de droit d'après laquelle il tranche le litige. Le problème a été rigoureusement discuté depuis Hart. Celui-ci a proposé la formule d'une règle de reconnaissance (*rule of recognition*) qui exprime l'idée que le droit applicable sera à trouver en se référant à des vues des agents qui créent et mettent en œuvre le droit dont l'activité est acceptée comme telle par le grand public.

¹⁴⁵ C.c.Q., art. 2857.

¹⁴⁶ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 211 :

Au Québec, les tribunaux s'inspirent principalement de la doctrine et de la jurisprudence anglaises, même dans les matières civiles de compétence provinciale, car nos règles d'administration de la preuve ont été fortement imprégnées par le droit anglais. L'absence de définition formelle de la pertinence, l'appréciation subjective de cette notion par les mêmes cours siégeant tantôt dans les matières fédérales, tantôt dans les matières provinciales et l'utilité pratique d'établir des normes uniformes ont accentué l'influence prépondérante de la common law.

Voir aussi : *Fédération autonome de l'enseignement c. Commission scolaire de Laval*, 2014 QCCA 591, par. 56 (la juge Bich pour la majorité).

¹⁴⁷ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 215 ; J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, préc., note 37, p. 3, par. 1.1 : « What are the logically relevant facts in any particular case, whether civil or criminal, is decided by the substantive law governing the cause of action or offence set out in the pleadings or the charge, as the case may be ». [Notre soulignement]

¹⁴⁸ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 203 et suiv., par. IV.66 et suiv.; D. PINARD, préc., note 6, p. 8.

« *Exclusionary rule* » — Certes, il était historiquement assez rare que des faits puissent s'avérer pertinents à l'interprétation législative¹⁴⁹. Par exemple, le professeur Dicey écrivait :

A Bill which has passed into a statute immediately becomes subject to judicial interpretation, and the English Bench have always refused, in principle at least, to interpret an Act of Parliament otherwise than by reference to the words of the enactment. An English judge will take no notice of the resolution of either House, of anything which may have passed in debate (a matter of which officially he has no cognisance), or even of the changes which a Bill may have undergone between the moment of its first introduction to Parliament and its receiving the Royal assent. All this, which seems natural enough to an English lawyer, would greatly surprise many foreign legists, and no doubt often does give a certain narrowness to the judicial construction of statutes. It contributes greatly, however, both (as I have already pointed out) to the authority of the judges, and to the fixity of the law¹⁵⁰. [Notre soulignement]

Il était donc, en principe, interdit au juge anglais de lire au-delà du texte de la loi pour l'interpréter¹⁵¹. Au Canada, l'« *exclusionary rule*¹⁵² » a d'abord souffert d'une première exception en matière constitutionnelle, mais seulement pour permettre aux tribunaux de passer outre le texte d'une loi pour écarter les artifices qui en masquaient le caractère véritable¹⁵³. Il s'agissait alors de juger de la validité constitutionnelle du point de vue du partage des compétences.

Pertinence des faits législatifs — Pourtant, un autre courant, que le Lord Chancelier Sankey date de 1560¹⁵⁴, admettait l'utilisation des « *extraneous circumstances* »¹⁵⁵ ou de l'histoire pour interpréter la législation. Au Canada, depuis le renvoi de 1976 qui portait sur la constitutionnalité d'une loi anti-inflation

¹⁴⁹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 203, par. IV.66.

¹⁵⁰ Albert V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 8^e éd., Londres, Macmillan, 1915, p. 403.

¹⁵¹ R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 23.2.

¹⁵² *Id.*, par. 23.56.

¹⁵³ *Id.*, par. 23.57. Voir aussi : Barry L. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts. The Function and Scope of Judicial Review*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1988, p. 266.

¹⁵⁴ *Edwards v. Canada (Attorney General)*, préc., note 4, 105 (Lord Sankey L.C. pour le Comité judiciaire). Voir aussi : R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 22.10.

¹⁵⁵ *Edwards v. Canada (Attorney General)*, préc., note 4, 105 (Lord Sankey L.C. pour le Comité judiciaire).

sur la base du pouvoir d'urgence du Parlement fédéral¹⁵⁶, ce second courant d'admissibilité des faits législatifs l'a emporté. Il semble désormais reconnu que le juge canadien peut non seulement sortir du texte de la loi pour l'interpréter — et donc faire référence à des faits prénormatifs liés à l'intention du Parlement, dont les débats et les commentaires ministériels — mais, aussi, en certaines matières, se tourner vers le contexte social de la loi (c'est-à-dire les faits de société, comme l'effet réel d'une loi sur les personnes ou les biens)¹⁵⁷. En somme, l'opinion jurisprudentielle et doctrinale dominante permet désormais au juge de faire référence aux faits pour élaborer le droit¹⁵⁸.

S'il est possible de critiquer cette tendance pour des raisons tirées du droit positif ou de motifs d'opportunité (par exemple, la stabilité juridique, la démocratie, la souveraineté parlementaire et la volonté de diminuer l'arbitraire, ce que nous laisserons de côté ici¹⁵⁹), il s'impose, en revanche, de déterminer les règles de preuve qui l'encadrent.

Conclusion — Appliqué au contexte canadien, ce cadre épistémologique positiviste permet le constat suivant : les tribunaux s'appuient, notamment en matière constitutionnelle, sur des arguments factuels dans leurs fonctions législative et juridictionnelle, en plus des arguments de droit. Toutefois, la preuve de ces faits ne signifie pas l'effacement du contrôle du constituant, du Parlement et du juge sur le droit, ni la mise à l'écart du droit légiféré (constitutionnel ou non) qui encadre la discrétion du tribunal¹⁶⁰.

¹⁵⁶ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 389 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson). Voir par ex. : F. L. MORTON et I. BRODIE, préc., note 2, 5.

¹⁵⁷ Voir notamment : M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 279. C'est ce que Ruth Sullivan appelle l'« external context » : R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 22.1.

¹⁵⁸ R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 22.25. Si, en matière d'interprétation législative ordinaire, la jurisprudence qui fonde cette faculté de mobiliser les faits n'a qu'un statut de common law, et subsiste donc que selon le bon plaisir du parlement concerné, cette faculté de prendre en compte le contexte social en matière constitutionnelle semble reposer sur l'interprétation de la Constitution, et serait, à ce titre, elle-même supralégislative.

¹⁵⁹ Sur le lien entre la preuve et le débat sur la légitimité du contrôle de constitutionnalité, voir : Stéphane BERNATCHEZ, « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (2005-06) 36 *R.D.U.S.* 165, 202 et suiv.

¹⁶⁰ H. KELSEN, préc., note 132, p. 151.

6. Les faits et le droit peuvent être juridiquement distingués, et c'est le cas au Canada

Pourquoi distinguer les faits et le droit — L'influence de certains faits sur l'élaboration du droit soulève le problème de la distinction entre ces faits et le droit, laquelle apparaît essentielle pour comprendre les deux moyens principaux d'établissement des faits en droit constitutionnel. D'une part, les défenseurs d'une connaissance d'office élargie s'appuient sur l'appartenance de certains faits au « monde du droit »¹⁶¹ pour les soustraire au droit commun de la preuve. D'autre part, le témoignage sur le droit interne, qu'il soit ordinaire ou expert, est prohibé¹⁶², mais le témoignage sur les faits (historiques, sociaux, etc.) est admissible.

La distinction des faits et du droit est, du reste, fondamentale en droit de la preuve et de la procédure civile, comme des motifs dissidents de la Cour suprême du Canada l'ont rappelé récemment à l'occasion d'un litige portant sur la responsabilité civile d'une entreprise pour violation du droit international coutumier. Les juges Brown et Rowe écrivent :

Au Canada, la procédure civile dépend en grande partie de la distinction entre le droit et les faits. Les faits sont allégués, mais le droit ne l'est pas; les faits sont établis à la lumière de la preuve, mais pas le droit; il ne peut être statué sur les faits dans le cadre d'une requête en radiation ou en jugement sommaire, mais il peut l'être sur le droit; les juridictions d'appel font preuve de déférence envers les conclusions de fait tirées par le juge des faits, mais non envers les conclusions de droit. Fait peut-être le plus important, les juges ne peuvent trancher des questions de fait si les parties ne leur ont pas soumis d'éléments de preuve (sauf si la connaissance d'office s'applique), mais ils peuvent se prononcer sur des questions de droit. Non seulement il est accepté que les juges effectuent leurs propres recherches juridiques, mais c'est ce qu'on attend d'eux. Par contre, les juges ne sont pas autorisés à effectuer leurs propres recherches au sujet des faits¹⁶³. [Notre soulignement]

¹⁶¹ D. PINARD, préc., note 32, 351 et suiv.

¹⁶² *R. c. Comeau*, préc., note 10, par. 36 et 40 (*per curiam*).

¹⁶³ *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5, par. 177 (les juges Brown et Rowe, dissidents en partie).

Il faut donc commencer dès maintenant à définir la manière dont nous délimiterons les faits et le droit, ce qui, à terme, précisera l'objet de preuve en matière constitutionnelle¹⁶⁴.

Critiques — La théorie connaît des déchirements quant à la classification des faits et du droit, laquelle peut donner bien des maux de tête. Comme l'a soutenu la professeure Danielle Pinard¹⁶⁵, la distinction des faits et du droit ne serait ni logique ni rationnelle, et il n'existerait aucune « différence ontologique »¹⁶⁶ ou « analytique »¹⁶⁷ entre les deux.

Parmi ce qui pose problème¹⁶⁸, il y a (1) la « factualité » des événements de création du droit, (2) l'idée selon laquelle le droit est un « fait social », (3) les distorsions par l'effet de dispositions législatives, (4) la norme de contrôle en appel, et (5) la répartition des rôles entre juge et jury.

Création du droit — Premièrement, le processus de création du droit existe en quelque sorte dans la réalité, et ses produits (les textes de loi et les jugements des tribunaux) sont tangibles. Les chambres parlementaires se réunissent *dans les*

¹⁶⁴ Clarence MORRIS, « Law and Fact », (1942) 55 *Harv. L. Rev.* 1303, 1304 : « Since questions of fact are answered in one way and questions of law in another, the distinction between them is vitally practical. A question of fact usually calls for proof. A question of law usually calls for argument. The lawyer who confuses one with the other will look for evidence when he should be writing a brief or vice versa » [Notre soulignement] ; Pierre BÉLIVEAU et Martin VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 25^e éd. par Martin VAUCLAIR et Tristan DESJARDINS, Montréal, Éditions Thémis et Éditions Yvon Blais, 2018, p. 262, par. 580 : « La preuve pénale s'entend, comme du reste en matière civile, de la preuve des faits. Lorsqu'on évoque la théorie de la preuve, on n'entend pas s'intéresser à la preuve du droit ».

¹⁶⁵ Voir notamment : D. PINARD, préc., note 48, 21, note 90 ; Danielle PINARD, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés* », (1989) 30 *C. de D.* 137, 144 et suiv.

¹⁶⁶ D. PINARD, préc., note 48, 21, note 90. Voir aussi : D. E. PHILLIPS, préc., note 50, 249 ; Dana PHILLIPS, « Ishaq v Canada: Social Science Facts in Feminist Interventions », (2018) 35 *Windsor YB Access Just.* 99, 110 et suiv.

¹⁶⁷ John O. MCGINNIS et Charles W. MULANEY, « Judging Facts Like Law », (2008-2009) 25 *Const. Comment.* 69, 93.

¹⁶⁸ La professeure Danielle Pinard compile ainsi les conséquences résultant de la classification entre questions de fait et de droit : le mode de présentation et d'argumentation, la répartition des tâches entre le juge et le jury, le droit d'appel possible, l'application du *stare decisis* et l'étendue du contrôle judiciaire : D. PINARD, préc., note 165, 160.

faits et procèdent à trois lectures ; un juge écrit un jugement et le signe à la plume. Ces textes qui énoncent les règles de droit le font par un langage commun¹⁶⁹.

Le droit comme fait social — Deuxièmement, dans cet esprit, le professeur américain John McGinnis et M^e Charles Mulaney énoncent que le droit serait, en lui-même, un fait social, notamment parce que les juges s'appuient sur des faits historiques ou liés aux conséquences des interprétations possibles pour déterminer les règles de droit¹⁷⁰. Les règles de droit ont aussi des effets dans la réalité.

Distorsions par l'effet de dispositions législatives — Troisièmement, le Parlement peut accorder un statut « factuel » à certaines questions selon son bon plaisir, dans le but de changer les conséquences juridiques de la conclusion tirée par le tribunal. Définir certains termes ou concepts à des fins d'application du droit sera parfois présenté par la loi, par la jurisprudence ou par la doctrine comme une question de fait, alors que c'est, en principe, bel et bien une question de droit, ou, à tout le moins, mixte de fait et de droit. Une question normative sera donc qualifiée de « factuelle » afin de laisser discrétion au juge de première instance dans l'éventualité d'un appel ou d'un contrôle judiciaire.

Présomptions irréfragables — Quatrièmement, le Parlement et les tribunaux peuvent établir que des « faits » sont réputés exister, sans possibilité de preuve contraire¹⁷¹. Ainsi, par exemple, certains États criminalisent le fait de nier l'Holocauste. Or, contrairement aux apparences, cela ne brouille pas la distinction des faits et du droit. C'est le droit qui décide quels faits sont pertinents, c'est-à-dire quels faits provoquent des conséquences juridiques. Comme l'ont démontré les professeurs Wigmore, Morgan, Thayer, Cross et Tapper, la présomption irréfragable n'est qu'une technique rédactionnelle pour signifier que la survenance

¹⁶⁹ D. PINARD, préc., note 165, 147-148.

¹⁷⁰ J. O. MCGINNIS et C. W. MULANEY, préc., note 167, 71 et 93.

¹⁷¹ Voir par ex. : C.c.Q., art. 2847.

d'un fait en particulier n'a pas de pertinence¹⁷². Si un fait est réputé s'être produit, cela signifie simplement que tout autre fait contraire n'a pas d'effet juridique.

Au lieu de dire que la preuve d'un fait A (fait pertinent suivant le droit substantiel) conduit au résultat juridique X, on dit que la preuve d'un fait A (fait pertinent suivant le droit substantiel) nous permet de réputer la survenance d'un fait B qui conduit au résultat juridique X. Cela revient au même. Dans tous les cas, la présomption irréfragable est purement juridique et relève du droit substantiel. Les règles de droit, contrairement aux faits, ne sont pas susceptibles d'être « vraies » ou « fausses », seule leur validité peut être remise en cause¹⁷³.

Norme de contrôle — Cinquièmement, présenter erronément comme une question de fait ce qui est une question mixte de fait et de droit peut, dans bien des cas, ne pas porter à conséquence, puisque la même norme de contrôle, celle de l'erreur manifeste et dominante, leur est applicable¹⁷⁴. Cette absence de conséquences n'encourage personne à dénoncer la confusion dans l'emploi de ces termes.

Procédure criminelle — Sixièmement, la répartition des tâches entre juge et jury peut aussi confondre, car elle donne un pouvoir sur la culpabilité, une question qui implique l'analyse de critères juridiques (donc mixte de fait et de droit) à un organe souvent présenté comme le juge des faits¹⁷⁵.

¹⁷² John H. WIGMORE, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, 2^e éd., vol. 4, Boston, Little, Brown & Co., 1905, p. 3535, § 2492 : « In strictness, there cannot be such a thing as a conclusive presumption » ; Edmund M. MORGAN, « Presumptions », (1937) 12 (4) *Washington Law Review and State Bar Journal* 255, 255 : « It is too clear for argument that a so-called conclusive presumption is only a form of expression for a positive rule of law » ; Sir Rupert CROSS et Collin TAPPER, *Cross & Tapper on Evidence*, 12th ed, Oxford University Press, 2010, p. 75 ; James B. THAYER, « Judicial Notice and the Law of Evidence », (1890) 3 (7) *Harvard Law Review* 285, 309-310.

¹⁷³ Ève TRUILHÉ-MARENGO, « La preuve entre science et droit », dans Ève TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 7, à la p. 11. Elle ajoute : « C'est ainsi que juridiquement, les pigeons peuvent être qualifiés d'immeubles, les grenouilles de poissons [...] » (*id.*, à la p. 12). Voir aussi : H. KELSEN, préc., note 116, 555 ; Michel TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », (2002) 50 (2) *Revue française de droit constitutionnel* 335, 339.

¹⁷⁴ *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 10 et 26-28 (les juges Iacobucci et Major pour la majorité).

¹⁷⁵ D. PINARD, préc., note 165, 155-156. Le jury a, par ailleurs, historiquement eu pour rôle l'adaptation du droit à la volonté du peuple : K. BOUCHARD, préc., note 120, p. 25. Voir aussi : *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32, par. 43 (la juge en chef McLachlin pour la Cour).

La distinction est utile — Comme l'avait habilement défendu le professeur américain Henry Monaghan, on ne doit pas utiliser les « distorsions » existantes dans la jurisprudence qui distingue les faits et le droit afin d'allouer le pouvoir entre les décideurs (par exemple : la répartition des rôles entre juge et jury, les normes de contrôle en matière administrative) pour affirmer que la distinction elle-même n'a aucune valeur analytique ou n'est pas fondée¹⁷⁶.

Question de droit — Même si l'on admettait que la distinction des faits et du droit soit, comme l'affirme la professeure Danielle Pinard en 1989, « chaotique »¹⁷⁷, il faut néanmoins reconnaître que de déterminer ce qui est un fait et ce qui est du droit, c'est déjà répondre à une question de droit. Tout en concédant que, pour un politologue ou un sociologue, les discours juridiques et les normes qu'ils reconnaissent puissent être des « faits » à étudier dans la mesure où ils ont des conséquences dans la réalité, il n'en est pas ainsi dans le point de vue interne du droit. C'est pourquoi il faut d'abord se tourner vers la réponse de principe de la common law.

État du droit canadien — Nous croyons que la clé de l'énigme, du moins en droit positif canadien, a été forgée, en common law, à l'occasion de la détermination des normes de contrôle applicables aux appels entre tribunaux judiciaires.

Dans les arrêts *Southam* et *Housen c. Nikolaisen*, en 1997 et en 2002, la Cour suprême a défini les trois catégories de questions auxquelles répondent les tribunaux. Dans *Southam* (un appel d'une décision d'un tribunal administratif), le juge Iacobucci écrit :

En résumé, les questions de droit concernent la détermination du critère juridique applicable ; les questions de fait portent sur ce qui s'est réellement passé entre les parties; et, enfin, les questions de droit et de fait consistent à déterminer si les faits satisfont au critère juridique. Un exemple simple permettra d'illustrer ces concepts. En droit de la responsabilité civile délictuelle, la question de savoir en quoi consiste la « négligence » est une question de droit. Celle de savoir si le défendeur a fait ceci ou cela est une question de fait. Une fois qu'il a été décidé que la norme applicable est la

¹⁷⁶ H. P. MONAGHAN, préc., note 118, 234-235.

¹⁷⁷ D. PINARD, préc., note 165, 145.

négligence, la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence appropriée est une question de droit et de fait. Toutefois, je reconnais que la distinction entre les questions de droit, d'une part, et celles de droit et de fait, d'autre part, est difficile à faire. Parfois, ce qui semble être une question de droit et de fait se révèle une question de droit, ou vice versa¹⁷⁸. [Notre soulignement]

Le *droit* est le critère, c'est-à-dire les règles qui motivent le dispositif du jugement. Les *faits* sont ce qui existe (ou a existé, ou même existera) dans la réalité¹⁷⁹, sans considérer les conséquences juridiques¹⁸⁰. Pour reprendre les mots du juge Fish, c'est « ce qui s'est passé »¹⁸¹. Les questions *mixtes de fait et de droit* sont l'application du critère aux faits particuliers de l'affaire¹⁸². Par ailleurs, la répartition entre questions de droit et mixtes de fait et de droit n'est pas aisée, comme l'affirme la Cour suprême.

¹⁷⁸ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35 (le juge Iacobucci pour la Cour). Ce passage a été réitéré par *Housen c. Nikolaisen*, préc., note 174, par. 26 (les juges Iacobucci et Major pour la majorité).

¹⁷⁹ Déterminer cette réalité avec certitude n'est pas ce qu'exige le droit de la preuve, comme l'ont remarqué les professeurs France Houle et Clayton Peterson. Il ne s'agit que de voir si le décideur est « justifié de croire » aux faits en litige suivant la norme de preuve applicable (ex. : balance des probabilités, hors de tout doute raisonnable) et sur la base d'une preuve dont la qualité est contrôlée par le droit relatif aux moyens de preuve (ex. : critère de fiabilité des expertises, règle prohibant le ouï-dire) : F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 57.

¹⁸⁰ Notons, au passage, qu'une certaine école critique, au sein de ce que Marie Houde nomme la « *new evidence scholarship* », défend une conception « pragmatiste » de la preuve, parallèle à la conception « rationaliste » voulant que le but du procès soit de reconstituer la vérité. Cette conception « pragmatiste » propose que le tribunal utilise plutôt les moyens de preuve afin de trouver une solution « juste » au litige dont il est saisi :

Suivant les pragmatistes, la rationalité judiciaire dans l'appréciation de la preuve doit prendre en compte les valeurs véhiculées par le droit substantiel, les narrations et les histoires présentées par les parties qui portent le juge à rationaliser la question en analysant et en pesant un ensemble de valeurs afin d'apporter une solution juste ou raisonnable pour résoudre le litige.

Marie HOUDE, *La rationalité judiciaire dans l'appréciation du témoignage : Le cas de la preuve par récits oraux dans le contentieux relatif aux droits des peuples autochtones*, Thèse [non publiée], Faculté de droit de l'Université Laval, 2012, p. 22. Cette école pragmatiste n'est pas la seule à entreprendre une critique de la théorie et des règles de preuve, le « fact-skepticism » étant aussi entretenu par une partie des études juridiques, de sciences sociales et de philosophie : M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 276. Voir aussi : C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 62.

¹⁸¹ *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 53 (le juge Fish pour la majorité). Théoriquement, on pourrait imaginer que recevoir la preuve et déterminer « ce qui s'est passé » pourrait être fait par quelqu'un qui n'a aucune connaissance des règles de droit en vigueur : H. P. MONAGHAN, préc., note 118, 235. Ce décideur factuel, ignorant du droit, demeure théorique, puisqu'il ne pourrait pas délimiter le débat factuel en appliquant la règle de la pertinence.

¹⁸² Les questions mixtes de fait et de droit sont, dans leur forme la plus parfaite, comme « a ticket good for a specific trip only » : H. P. MONAGHAN, préc., note 118, 236.

Exemples — À titre d'exemple, dans le contentieux du partage des compétences, la question de savoir ce qu'est l'inapplicabilité constitutionnelle des lois provinciales heurtant le cœur de la compétence fédérale est une question de droit. Connaître les activités d'une entreprise donnée est une question de fait, puis savoir si ces activités sont protégées par la règle de l'inapplicabilité constitutionnelle est une question mixte de fait et de droit. De même, la question de savoir ce qu'est la discrimination interdite selon la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁸³ est une question de droit. Le vécu des personnes dans une situation donnée est une question de fait, et la question de savoir si une personne a été discriminée illégalement dans ce contexte est une question mixte de droit et de fait.

Langue et règles de droit — Un problème peut sembler subsister : la langue dans laquelle le droit est exprimé. Par exemple, le juge David Paciocco et le professeur Lee Stuesser affirment, à tort selon nous, que si un mot dans une règle de droit n'a d'autre définition que celle commune à la société (celle du dictionnaire), il s'agit d'une question de fait¹⁸⁴. Pour eux, par exemple, conduire avec les facultés affaiblies n'est rien d'autre que le fait de conduire en ayant les facultés affaiblies par l'alcool ou la drogue. Selon nous, un témoin peut, bien entendu, témoigner sur ce qu'il a vu (l'accusé avait bu ; il conduisait de manière erratique ; il avait des difficultés d'élocution, etc.) et affirmer que l'accusé semblait trop ivre pour conduire¹⁸⁵, mais le degré nécessaire pour être affaibli au sens juridique est une question de droit, ou, au minimum, une question mixte de fait et de droit¹⁸⁶.

¹⁸³ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 10.

¹⁸⁴ D. M. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 1, p. 201. Ces auteurs affirment néanmoins, à juste titre, qu'une personne peut témoigner sur l'ivresse d'un individu sans que cela fasse jouer la règle prohibant le témoignage sur le droit (ou celle sur la question ultime, dans la mesure où elle subsiste) : *Graat c. R.*, préc., note 68, 839 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour).

¹⁸⁵ *Graat c. R.*, préc., note 68, 839 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour).

¹⁸⁶ Même la définition du dictionnaire est une question de fait, alors que l'interprétation du texte de loi est une question de droit : « It is clear that the ordinary meaning of language is a matter of fact: it refers to how language is used in practice by members of a linguistic community. It may or may not coincide with the interpretation ultimately adopted by the court, which is a matter of law » : R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 3.23. Voir aussi : *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 199 (le juge Bastarache pour la majorité).

Le problème a été résumé par le professeur Arthur Goodhart et approuvé par la Cour suprême du Canada dans *Housen c. Nikolaisen* (une affaire de responsabilité civile pour négligence). Il écrit :

[TRADUCTION] La distinction entre [la perception des faits et l'appréciation de ceux-ci] a tendance à être embrouillée parce que nous utilisons la formule « le juge a conclu au fait que le défendeur avait été négligent », alors que ce que nous voulons dire, c'est que « le juge a constaté le fait que le défendeur a commis les actes A et B et, suivant son opinion, il a conclu qu'il n'était pas raisonnable pour ce dernier d'avoir agi ainsi »¹⁸⁷.

L'application d'une règle de droit nécessite d'en interpréter les mots, et ce, même s'il peut, parfois, paraître clair qu'une situation de fait tombe sous le coup des mots employés par la loi¹⁸⁸. Un exemple simple permet d'illustrer la situation : si une loi dit qu'un poulet doit être en cage, on doit, à titre de question de mixte de fait et de droit, se demander si le poulet observé dans la réalité par le témoin était bel et bien un poulet au sens du droit. Ce raisonnement est évidemment implicite, mais il est essentiel de le maîtriser.

Exemple — Ainsi en est-il en ce qui concerne les questions constitutionnelles complexes. À titre d'illustration, des experts peuvent bien venir témoigner sur la question de savoir si une personne est un Métis et sur les faits qui soutiennent cette déclaration, mais c'est le droit qui dit, en dernière ligne, ce qu'est un Métis au sens du paragraphe 35 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁸⁹.

Chaque fait en litige a un aspect factuel et un aspect juridique — En somme, se demander si un fait est prouvé par l'enquête devant le tribunal est une question de fait. En revanche, se demander si ce fait est générateur de droit est une question

¹⁸⁷ Arthur L. GOODHART, « Appeals on Questions of Fact », (1955) 71 *L.Q.R.* 402, 405, traduit dans *Housen c. Nikolaisen*, préc., note 174, par. 26 (les juges Iacobucci et Major pour la majorité).

¹⁸⁸ Voir : Pierre-André CÔTÉ avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, par. 1067 et suiv.

¹⁸⁹ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 3, par. 35 (2) ; *Corneau c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCA 1172, par. 64-65 (*per curiam*). Comme le démontre cette affaire, une partie a intérêt à amener le témoin à témoigner de manière à prouver les faits essentiels à sa prétention. Un expert qui donne préférence aux concepts de sa science et non aux règles de droit peut s'avérer grandement inutile d'un point de vue judiciaire.

de droit ou mixte de fait et de droit¹⁹⁰. Ainsi, chaque fait en litige revêt un aspect factuel, en ce que le tribunal doit en vérifier la « véracité »¹⁹¹, puis un aspect juridique, car le tribunal le mobilise pour l'application du droit.

Souveraineté parlementaire — Cette catégorisation en est une de common law, ce qui veut dire que, hormis en matière constitutionnelle, le Parlement concerné peut préciser ce qu'il considère comme une question de droit ou de fait, comme c'est le cas dans le *Code criminel*¹⁹², ou changer la norme de contrôle applicable¹⁹³ afin d'accorder une déférence au décideur de première instance. La loi peut également présumer, de manière irréfutable ou non, la survenance de faits¹⁹⁴.

Classification des faits — Une fois la distinction des faits et du droit discutée, il faut catégoriser les questions de fait. Deux classifications s'imposent : (1) selon leur nature et (2) selon leur lien avec les parties et l'objectif de leur preuve.

Faits simples et opinions — D'abord, la classification traditionnelle sépare les faits simples des opinions de fait. L'objectif est alors de permettre l'application de la règle prohibant le témoignage d'opinion par le non-expert. Le fait simple est observable « par les sens »¹⁹⁵. *A contrario*, l'opinion de fait est une inférence, ou

¹⁹⁰ *R. c. Chung*, 2020 CSC 8, par. 11 (le juge Martin pour la majorité).

¹⁹¹ Sur la « véracité » judiciaire, voir : F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 45 et suiv.

¹⁹² Voir par ex. : *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, par. 163 (4) (ci-après : « *C. cr.* »). Voir aussi : D. PINARD, préc., note 165, 156, note 100.

¹⁹³ *H.L. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 181, par. 2 à 5 (le juge Fish pour la majorité).

¹⁹⁴ Voir par ex. : C.c.Q., art. 2847. Cela veut dire que les règles de droit créent parfois une « réalité » parallèle qui ne peut être remise en cause devant les tribunaux : E. TRUILHÉ-MARENGO, préc., note 173, aux p. 11-12.

Le droit substantiel, à partir des valeurs que ceux qui l'ont édicté désirent protéger, détermine si des faits seront ou non générateurs de droit. Ainsi, par exemple, la vulnérabilité d'un enfant en particulier n'a pas à être prouvée lorsqu'on demande une injonction contre une publication Facebook qui utilise sa photographie. Le droit en la matière protège les enfants en général, nonobstant la preuve de leur situation particulière : *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, [2012] 2 R.C.S. 567, 2012 CSC 46, par. 17 (la juge Abella pour la Cour). Voir aussi : *Infra*, section 1.3 ; Benjamin PERRYMAN, « Adducing Social Science Evidence in Constitutional Cases », (2018) 44 (1) *Queen's L.J.* 121, 151 et suiv.

Ces règles de droit substantiel sont parfois présentées comme des présomptions irréfutables, ce qui conduit au même résultat : E. M. MORGAN, préc., note 172, 255 ; R. CROSS et C. TAPPER, préc., note 172, p. 75 ; J. H. WIGMORE, préc., note 172, p. 3601, § 2567 ; J. B. THAYER, préc., note 172, 309-310.

¹⁹⁵ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 136. Voir aussi : J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, préc., note 37, p. 769, par. 12.2 ; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 613 ; F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 31.

une conclusion, tirée de faits simples. Il peut s'agir d'une explication, par exemple la description d'une cause à effet¹⁹⁶. En matière constitutionnelle, il pourra parfois s'agir de présenter des faits de société qui, pour être constatés, nécessitent des études approfondies.

Limites — Cette distinction entre les faits simples et les opinions de fait peut toutefois s'avérer difficile à mettre en œuvre. Pour prendre un exemple caricatural, mais instructif, affirmer qu'un poulet était présent sur les lieux est-il faire état d'un fait simple ou d'une opinion ? Après tout, le témoin n'a strictement qu'observé un objet plumé à deux pattes. Sur un registre différent qui rappellera l'arrêt *Bedford*, une personne pratiquant la prostitution émet-elle une opinion irrecevable lorsqu'elle témoigne du risque qu'une disposition législative présente pour sa vie ou sa sécurité ?

La jurisprudence reconnaît que des opinions « simples » peuvent être formulées par des témoins ordinaires, par exemple pour identifier des personnes, des objets, des lieux ou des voix, lorsque la recherche de la vérité s'en trouve facilitée¹⁹⁷.

Catégories de faits — Ensuite, les faits considérés par le tribunal doivent être répartis en trois catégories selon leur lien avec les parties et l'objectif de leur preuve. Cette distinction a beaucoup d'utilité en matière constitutionnelle.

Davis — Cette classification remonte historiquement à celle proposée par le professeur Kenneth Culp Davis en droit américain. Ce dernier séparait les faits *adjudicatifs* des faits *législatifs*¹⁹⁸. Les premiers sont liés aux parties et à l'affaire en particulier, tandis que les seconds sont généraux et servent à la fonction législative ou constitutionnelle du tribunal. Par exemple, les faits générateurs d'une

¹⁹⁶ C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 623.

¹⁹⁷ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 519 et suiv.; J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, préc., note 37, p. 772, par. 12.9 et suiv. Voir aussi : L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 90, par. 585-586 ; *Graat c. R.*, préc., note 68 ; Jason M. CHIN, Jan TOMISKA et Chen LI, « Drawing the Line between Lay and Expert Opinion Evidence », (2017) 63 *McGill L.J.* 89.

¹⁹⁸ *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 59 (le juge Binnie pour la Cour). Voir aussi : A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-18.

déclaration de culpabilité sont adjudicatifs, mais les faits de société servant à définir la portée de l'infraction ou à la déclarer inconstitutionnelle sont législatifs.

Droit américain — Pour le professeur Davis, le droit de la preuve traditionnel ne gouverne que les faits adjudicatifs, et une connaissance d'office élargie permet au tribunal américain de se prononcer librement sur les faits législatifs ou d'inviter les parties à plaider sur ces faits comme s'ils étaient du droit¹⁹⁹. Il proposait d'étendre ce régime, qu'il observait en matière constitutionnelle, à la procédure devant les tribunaux administratifs américains. Ce régime de preuve quasi-libre en matière constitutionnelle, basé concrètement sur le dépôt de Brandeis Brief par les parties²⁰⁰, demeure d'ailleurs une caractéristique importante du droit américain²⁰¹.

Droit canadien — Cette classification des faits a été reprise et affinée par la Cour suprême du Canada à l'occasion de l'arrêt *Spence*²⁰². Dans cette affaire, une personne noire était accusée d'un vol envers un individu d'origine indo-pakistanaise. L'accusé voulait obtenir la récusation motivée des jurés de la même origine, car il appréhendait que du racisme envers lui les rende partiaux. En somme, il voulait pouvoir mentionner la nature interraciale du crime dans ses questions aux candidats jurés. La Cour suprême du Canada a refusé de prendre connaissance d'office de la sympathie naturelle d'un juré pour une victime alléguée de la même origine. Afin de déterminer l'étendue de la connaissance d'office des faits, elle a classifié les faits entre *adjudicatifs* (« en litige »), *sociaux* et *législatifs*.

¹⁹⁹ Kenneth Culp DAVIS, « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », (1942) 55 *Harv. L. Rev.* 364, 402 et suiv. Voir aussi : John MONAHAN et Laurens WALKER, « Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law », (1986) 134 *U. Pa. L. Rev.* 477 ; D. PINARD, préc., note 6, p. 9.

²⁰⁰ Alan N. YOUNG, « Proving a Violation: Rhetoric, Research and Remedy » (2014) 67 *Supreme Court Law Review* 617, 636.

²⁰¹ C. L'HEUREUX-DUBÉ, préc., note 27, 554. Voir aussi : P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-16 ; A. WOOLHANDLER, préc., note 113, 112 ; Kenneth L. KARST, « Legislative Facts in Constitutional Litigation », (1960) *Sup. Ct. Rev.* 75, 100 et suiv. À gros traits, la connaissance d'office est élargie, les ouvrages scientifiques sont une exception à la règle du oui-dire et les tribunaux d'appels peuvent revoir assez librement les conclusions des tribunaux inférieurs sur les faits législatifs et sociaux.

²⁰² *R. c. Spence*, préc., note 70.

Fait adjudicatif — Premièrement, le *fait adjudicatif* peut être défini comme étant à la portée immédiate des parties²⁰³. Souvent traduit en français par « fait en litige », la Cour suprême le rattache, par exemple, aux questions « où, comment et pourquoi l'accusé a commis l'acte qu'on lui reproche »²⁰⁴. Cette traduction nous apparaît malheureuse, puisque les autres types de faits (législatifs et sociaux) sont également en litige, et généralement contestables²⁰⁵. C'est pourquoi nous préférons l'expression « adjudicatif », qui, sans être parfaite, a toutefois le mérite d'être moins trompeuse. Le fait adjudicatif est souvent générateur de droit, c'est-à-dire que sa preuve est essentielle au succès de la demande en justice, par exemple pour faire condamner ou acquitter l'accusé.

Exemples — Dans le contentieux du fédéralisme et du partage des compétences, connaître la proportion de transport local ou interprovincial réalisée par une entreprise est une question de faits adjudicatifs essentielle pour trancher la compétence sur le transport²⁰⁶. Il en va de même des difficultés pratiques que peut poser le respect de dispositions provinciales pour une entreprise tombant sous le coup de la compétence législative fédérale, dans le contexte où elle cherche à établir l'inapplicabilité constitutionnelle de ces dispositions pour entraver au cœur de la compétence fédérale²⁰⁷.

Dans le même esprit, en matière de droits et libertés, les gestes discriminatoires subis par une personne sont des faits adjudicatifs.

Faits sociaux — Deuxièmement, le *fait social* est un fait à portée générale qui influencera les conclusions sur les faits adjudicatifs. Le juge Binnie le définit ainsi :

La preuve relative à un « fait social » a été définie comme la recherche en sciences sociales servant à établir le cadre de référence ou le contexte pour trancher des questions factuelles cruciales pour le règlement d'un litige : voir, p. ex., C. L'Heureux-Dubé, « Re-examining the Doctrine of

²⁰³ P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-13.

²⁰⁴ R. c. *Spence*, préc., note 70, par. 58 (le juge Binnie pour la Cour).

²⁰⁵ D. PINARD, préc., note 32, 321.

²⁰⁶ François CHEVRETTE, « La disposition limitative de la *Charte des droits et libertés de la personne* : le dit et le non-dit », (1987) 21 *R.J.T. n.s.* 461, 483.

²⁰⁷ Voir : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 475, par. VI.2.63.

Judicial Notice in the Family Law Context » (1994), 26 *R.D. Ottawa* 551, p. 556. Tout comme les « faits législatifs », plus connus, les « faits sociaux » sont généraux. Ils ne se rapportent pas aux circonstances d'une affaire en particulier, mais s'ils sont correctement reliés aux faits en litige, ils contribuent à expliquer certains aspects de la preuve. Citons à titre d'exemples l'admission d'office, par notre Cour, du « syndrome de la femme battue » pour expliquer le comportement de l'épouse (*R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852), de l'effet de la « féminisation de la pauvreté » (*Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 853) et des 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 (*R. c. Wells*, [2000] 1 R.C.S. 207, 2000 CSC 10, par. 53, et *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 83)²⁰⁸. [Notre soulignement]

Ces faits généraux sont parfois secondaires, en ce qu'ils rendent plus ou moins probable l'existence de faits adjudicatifs principaux²⁰⁹, mais ils sont aussi parfois des faits principaux en eux-mêmes²¹⁰, comme c'est souvent le cas lors d'un contrôle fondé sur les chartes des droits et libertés²¹¹. Ainsi, les faits généraux sous-jacents à une conclusion d'atteinte au droit à la sécurité des prostituées seraient qualifiés de « sociaux ». En cette matière, l'arrêt *Bedford* démontre par ailleurs que ces faits sociaux peuvent s'entremêler aux faits adjudicatifs, c'est-à-dire aux faits vécus par les prostituées demanderesse²¹².

²⁰⁸ *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 57 (le juge Binnie pour la Cour).

²⁰⁹ C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 645.

²¹⁰ D. PINARD, préc., note 32, 368 : « Il arrivera par contre que ces faits sociaux soient directement et en soi objets de litige, en dehors même de toute question d'interprétation des normes en tant que telles ». Les faits sociaux peuvent être en litige dans bien des domaines de droit, dont le droit criminel et le droit civil. Par exemple, aux États-Unis, les historiens sont souvent mobilisés pour produire des expertises dans des affaires de responsabilité du fabricant qui touchent beaucoup de personnes sur une longue période de temps : David ROSNER, « Trials and Tribulations: What Happens When Historians Enter the Courtroom », (2009) 72 *Law & Contemp. Probs* 137, 138.

²¹¹ Par exemple, le juge David Paciocco démontre que les faits sociaux, dans *R. c. Lavallee* ([1990] 1 R.C.S. 852), ne servaient pas à élaborer le droit, mais à éclairer la question de savoir si l'accusée avait des motifs raisonnables de croire, dans son état, que sa vie était en danger et qu'elle n'avait pas d'autres moyens d'y échapper : D. M. PACIOCCO, préc., note 27, à la page 48.

²¹² *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 18, par. 54 (la juge en chef McLachlin pour la Cour) : « La présente affaire constitue un bon exemple. La juge de première instance tire ses propres conclusions concernant l'effet des dispositions contestées sur le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 à partir du témoignage des demanderesse, des déposants et des experts, ainsi que de la preuve documentaire constituée d'études, de rapports de comités d'experts et de documents parlementaires » [Notre soulignement].

Faits législatifs et constitutionnels — Troisièmement, le *fait législatif* (ou *fait constitutionnel*²¹³) sert à dire le droit. Il s'agit de faits sur lesquels s'appuie le tribunal pour donner un sens à une disposition législative ou constitutionnelle ou à une règle de common law²¹⁴. Il ressemble au fait social, en ce qu'il est général, mais sa détermination est sous-jacente à une question de droit (interprétation du droit), et non à une question de fait. Il concerne parfois, mais pas toujours, le processus législatif ou constituant. Le juge Binnie, pour la Cour, écrit que « les faits non en litige [non adjudicatifs] sont généralement appelés "faits sociaux" lorsqu'ils touchent au processus de recherche des faits, et "faits législatifs" lorsqu'ils touchent à une loi ou à un principe judiciaire »²¹⁵.

Par exemple, le sens donné au mot « Indiens » par les autorités impériales britanniques avant l'Union de 1867 est un fait constitutionnel, et il sert à interpréter le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*²¹⁶. Puisque leur nature est similaire, il est difficile de distinguer en pratique les faits sociaux des faits législatifs²¹⁷. Ainsi en est-il en matière de justification des atteintes aux chartes des droits et libertés²¹⁸, où les aspects normatifs et proprement factuels s'entremêlent.

Distinction des faits sociaux et législatifs — En somme, le fait législatif influe sur le droit objectif (c'est-à-dire sur le sens de la norme à appliquer), alors que la preuve plus traditionnelle des faits adjudicatifs (ou sociaux) influe sur la reconnaissance des droits subjectifs. C'est ce dernier volet qui a historiquement défini la preuve

²¹³ K. C. DAVIS, préc., note 199, 403 : « Often referred to as "social and economic data", constitutional facts are those which assist a court in forming a judgment on a question of constitutional law. They may come into a case through the evidence along with adjudicative facts; a notable example is *Borden's Farm Products, Inc. v. Baldwin*. But more frequently they come to the court's attention through researches of a judge or briefs of counsel ». Dans la présente thèse, l'expression « fait législatif » inclura « fait constitutionnel », sauf si le contexte indique autrement.

²¹⁴ C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 26. Le professeur Peter Hogg remarque que les faits législatifs sont rarement mobilisés dans les litiges ordinaires, alors qu'ils le sont régulièrement en matière constitutionnelle : P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-13.

²¹⁵ R. c. *Spence*, préc., note 70, par. 56 (le juge Binnie pour la Cour).

²¹⁶ *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, préc., note 9.

²¹⁷ Par exemple, la professeure Danielle Pinard définissait, en 1997, le fait social comme tout fait « social, économique, politique ou scientifique » qui dépasse « l'expérience immédiate des parties ». Elle y incluait alors le fait législatif : D. PINARD, préc., note 32, 320.

²¹⁸ Voir : M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 331-332.

judiciaire. Par exemple, la professeure Catherine Piché (plus tard juge de la Cour supérieure du Québec) écrit :

La preuve judiciaire signifie tantôt un ensemble de données permettant au juge de rendre une décision, tantôt les moyens autorisés par la loi pour établir la vérité d'un fait contesté. Entendue dans ce dernier sens, la preuve civile est la démonstration, à l'aide des moyens autorisés par la loi, de l'existence d'un acte ou d'un fait qui crée, modifie, transfère ou éteint un droit subjectif²¹⁹. [Notre soulignement]

C'est peut-être pourquoi la théorisation du fait législatif est difficile, mais nécessaire.

La distinction entre le fait adjudicatif ou social (la preuve d'un « droit subjectif ») et le fait législatif (la preuve qui influe sur le « droit objectif ») réside peut-être, pour l'essentiel, dans l'idée que le premier est généralement essentiel au succès de la demande en justice ou à son rejet²²⁰, alors que le dernier, bien que parfois désiré, est accessoire à une démarche de détermination du droit plus large. La professeure Danielle Pinard écrit, à juste titre, à propos des faits législatifs, qu'« [i]l ne s'agit alors pas pour les juges de déterminer, en soi et directement, l'existence d'un état de fait extérieur et auquel le droit attache des conséquences »²²¹. A *contrario*, le fait adjudicatif ou social a un véritable « poids », sa preuve a une « force contraignante »²²² sur le tribunal parce que le droit lui donne des conséquences.

Poids et valeur probante — À cet égard, il ne faut pas confondre la *valeur probante* (ou force probante²²³) et le *poids* d'une preuve. La valeur probante est donnée à un moyen de preuve par la loi ou par la discrétion judiciaire²²⁴ et, si elle est conforme à la norme de preuve applicable (en combinaison avec d'autres

²¹⁹ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 3.

²²⁰ R. c. *Spence*, préc., note 70, par. 57 (le juge Binnie pour la Cour).

²²¹ D. PINARD, préc., note 32, 355.

²²² Le professeur Peter Hogg parle de « weight » (poids) (P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-7) tandis que le professeur Denis Baranger parle d'« effet probatoire » dans un tel contexte (D. BARANGER, préc., note 39, 68).

²²³ Les deux expressions sont employées indistinctement. Voir par ex.: C. PICHÉ, préc., note 37, par. 1089.

²²⁴ Voir par ex.: C.c.Q., art. 2845 et 2852.

preuves), elle conduit à la reconnaissance judiciaire de l'existence du fait²²⁵. Le poids se situe en aval de la valeur probante : il s'agit de se demander quelles conséquences une conclusion de fait doit avoir sur le dispositif du jugement, c'est-à-dire quelle est la valeur contraignante du fait reconnu sur le raisonnement du tribunal²²⁶.

Exemple — Si un tribunal reconnaît, par hypothèse, que Sir John A. Macdonald était un partisan de l'union législative, c'est qu'il accorde de la valeur probante à un témoignage d'expert à cet égard. Si, ensuite, le tribunal mobilise ce fait pour justifier une interprétation centralisatrice de la Constitution canadienne, il lui donne alors du poids.

Poids des faits adjudicatifs — Le poids et la valeur probante sont parfois confondus puisque, généralement, une grande valeur probante accordée à la preuve d'un fait adjudicatif mènera inexorablement à un dispositif en conséquence. Par exemple, si le tribunal accorde une grande valeur probante à un témoignage sur un moyen de défense, il doit acquitter l'accusé. Le poids d'un tel fait prouvé est donc indiscutable.

Poids des faits sociaux — Ainsi en est-il, généralement, quant aux faits sociaux. Par exemple, la preuve des faits constitutifs d'une atteinte à un droit fondamental doit conduire à la conclusion judiciaire de l'atteinte.

Poids des faits législatifs — En revanche, le poids d'un fait législatif est beaucoup plus faible, puisque le tribunal conserve le contrôle sur le prononcé du droit²²⁷.

²²⁵ Voir : Hubert REID, avec la collaboration de Simon REID, « Force probante », *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, en ligne : <<https://dictionnaireid.caij.qc.ca/recherche#q=force%20probante&t=edictionnaire&sort=relevancy&m=search>> (Consulté le 21 mai 2019).

²²⁶ D. BARANGER, préc., note 39, 68.

²²⁷ M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 280 : « Rejection of empirical evidence does not indicate irrationality. It is necessary to ask what values are in conflict with the evidence and what values are being implemented » ; *Id.*, 298. L'auteure donne en exemple l'arrêt *Béland* (préc., note 114), dans lequel la Cour suprême a préféré les valeurs sous-jacentes aux règles de preuve et de procédure du procès criminel (la crédibilité est le domaine du juge des faits; le témoignage visant à renforcer le serment du témoin est inadmissible) à l'éventuelle reconnaissance de la fiabilité du polygraphe, et a

Exemples — Dans l'arrêt *Comeau*, alors qu'elle avait à déterminer le sens de l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur le commerce interprovincial dans le contexte de l'alcool, la Cour suprême a jugé que les arrêts du Comité judiciaire du Conseil privé britannique, lequel s'était antérieurement prononcé sur ce même article, l'emportaient sans conteste sur les conclusions de faits législatifs tirées par le juge de première instance à partir d'une preuve d'historien. La Cour écrit :

Le juge du procès a eu tort de déroger aux précédents qui font autorité sur le fondement de la preuve historique et de l'opinion de l'expert concernant la façon dont cette preuve devrait guider l'interprétation de l'art. 121. Aucun de ces nouveaux éléments de preuve n'atteint le seuil requis, soit de changer radicalement la donne concernant l'interprétation que doit recevoir l'art. 121. La preuve historique constitue un ingrédient non décisif de la démarche d'interprétation législative à multiples facettes. Le témoignage d'opinion n'est qu'une formulation d'une solution différente découlant d'une appréciation particulière de ces ingrédients — la recette reste la même²²⁸.
[Notre soulignement]

La Cour a statué, sans équivoque, que la preuve historique demeure une aide à l'interprétation, plutôt qu'une contrainte pesant sur le pouvoir judiciaire.

Cette affirmation s'est vérifiée dès 1929, dans ce qu'on a surnommé la *Persons Case*. Le Conseil privé devait alors interpréter le terme « personne » dans la disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867*²²⁹ précisant les exigences de qualification des sénateurs pour déterminer s'il incluait les femmes. Une enquête a eu lieu, afin de déterminer l'intention du constituant de 1867, pour vérifier si une femme avait fait partie d'une chambre parlementaire d'une des provinces de l'Amérique du Nord britannique antérieurement à la Confédération. La conclusion de fait législatif qu'une femme n'avait jamais eu une telle fonction n'a pas eu de poids déterminant sur l'interprétation²³⁰.

donc rejeté l'admissibilité de cette technique (par. 19, le juge McIntyre pour le juge en chef Dickson et les juges Beetz et Le Dain). En droit québécois de la preuve civile, voir : *Cardinal c. Bonnaud*, 2018 QCCA 1357.

²²⁸ *R. c. Comeau*, préc., note 10, par. 43 (*per curiam*).

²²⁹ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 24.

²³⁰ *Edwards v. Canada (Attorney General)*, préc., note 4, 104 (Lord Sankey L.C. pour le Comité judiciaire).

Effet non contraignant des faits législatifs — C'est donc dire que les faits législatifs ne sont pas contraignants dans l'élaboration du droit, ici par interprétation constitutionnelle. Ces faits ne sont qu'un « ingrédient » qui peut s'ajouter au texte et au contexte juridique en présence²³¹. Déjà à l'époque du *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle* en 1981, le juge Dickson (plus tard juge en chef) écrivait :

Generally speaking, for the purpose of constitutional characterization of an act we should not deny ourselves such assistance as Royal Commission reports or Law Reform Commission reports underlying and forming the basis of the legislation under study, may afford. The weight to be given such reports is, of course, an entirely different matter. They may carry great, little, or no weight, but at least they should, in my view, generally be admitted as an aid in determining the social and economic conditions under which the Act was enacted²³². [Notre soulignement]

Ainsi, la preuve de faits législatifs ou constitutionnels, bien que pertinente et recevable, pourra n'avoir aucun poids et céder le pas à d'autres arguments²³³.

Poids des faits au Parlement — La même situation se présente d'ailleurs lorsque le Parlement élabore les lois : les faits présentés aux chambres ne contraignent pas « à la déduction de conséquences juridiques obligatoires »²³⁴, puisqu'il ne s'agit que de renseigner les parlementaires²³⁵. Comme le professeur Denis Baranger l'affirme, cette absence de poids des faits législatifs au Parlement, essentielle à la

²³¹ *R. c. Comeau*, préc., note 10, par. 43 (*per curiam*). Davis avait par ailleurs déjà employé la métaphore de l'« ingrédient » pour désigner les faits législatifs : Kenneth Culp DAVIS, *Administrative Law Treatise*, 2^e éd., vol. 3, 1980, p. 139, cité dans *Canada Post Corp. v. Smith*, préc., note 44.

²³² *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, préc., note 111, 723 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour). Signe de la distinction entre la valeur probante et l'effet probatoire, « weight » est traduit par « importance » dans cet extrait.

²³³ Des faits postnormatifs pourront être préférés aux faits prénormatifs, comme c'est arrivé dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56. Dans cette affaire, la Cour suprême a infirmé la décision de la Cour d'appel du Québec qui accordait une grande importance à la preuve historique sur l'intention du constituant lors du transfert de la compétence sur l'assurance-emploi des provinces vers le fédéral en 1940. La Cour suprême a écarté cette preuve au profit d'une interprétation évolutive qui se basait sur les changements sociaux relatifs aux femmes : *id.*, par. 77 (la juge Deschamps pour la Cour).

²³⁴ D. BARANGER, préc., note 39, 70-71.

²³⁵ *Id.*, 71.

souveraineté parlementaire, remonte presque au Moyen Âge, et existe malgré la présence de règles procédurales pour la présentation des faits²³⁶.

C'est donc dire que les faits législatifs et constitutionnels doivent être distingués du droit²³⁷.

Faits prénormatifs — Cette distinction, liée au faible poids des faits législatifs, fut vérifiée dans le récent arrêt *Comeau* qui portait sur le commerce interprovincial de l'alcool : bien que la preuve des faits constitutionnels ait changé entre les anciens arrêts du Conseil privé et la plus récente décision de la Cour provinciale dans cette affaire, cela n'emportait pas de conséquences juridiques obligatoires²³⁸. La nouvelle preuve d'historien portant sur les événements ayant mené à la Confédération et sur l'opinion des acteurs politiques de l'époque concernant le libre-échange interprovincial, laquelle n'était pas disponible à l'époque des anciens arrêts²³⁹, n'a pas infléchi l'interprétation de l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ultimement faite par la Cour suprême en 2018.

Faits postnormatifs — Ainsi en est-il, malgré certaines réserves, en matière de contrôle fondé sur les chartes des droits et libertés de la personne. La règle du *stare decisis* ne peut être écartée qu'en cas de changement *radical* de la situation ou de la preuve de faits de société contemporains²⁴⁰. Si ce changement des faits législatifs n'est pas radical, le droit lui survit.

Distinction des faits prénormatifs et postnormatifs — Enfin, il faut distinguer les faits législatifs ou constitutionnels en ce qu'ils sont *prénormatifs*²⁴¹ ou

²³⁶ *Id.*, 70-71.

²³⁷ Ces faits « ne résultent pas de l'exercice de la fonction normative de l'État, ils "existent" dans la réalité du monde extérieur » : D. PINARD, préc., note 32, 354 et 361-362. Même Davis distinguait les faits législatifs du droit (*id.*, 356, note 121).

²³⁸ *R. c. Comeau*, préc., note 10, par. 43 (*per curiam*).

²³⁹ *Gold Seal Ltd. c. Attorney-General for the Province of Alberta*, [1921] 62 R.C.S. 424 ; *Atlantic Smoke Shops Ltd. c. Conlon*, [1943] 4 D.L.R. 81 (C.P.) ; *Murphy c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626.

²⁴⁰ *R. c. Comeau*, préc., note 10, par. 30 et 31 (*per curiam*). Voir aussi : 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 *Nat'l J. Const. L.* 193.

²⁴¹ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 144.

postnormatifs, selon qu'ils sont survenus ou ont été constatés avant ou après la passation d'une loi. À titre d'exemple, les documents préconfédératifs sont des faits constitutionnels prénormatifs, tandis que l'effet d'une loi, voire le changement du « contexte social » ou de l'opinion publique²⁴², serait un fait législatif postnormatif. Cette distinction peut influencer sur la pertinence des faits ou sur l'application des règles touchant les moyens d'établissement de ces faits²⁴³.

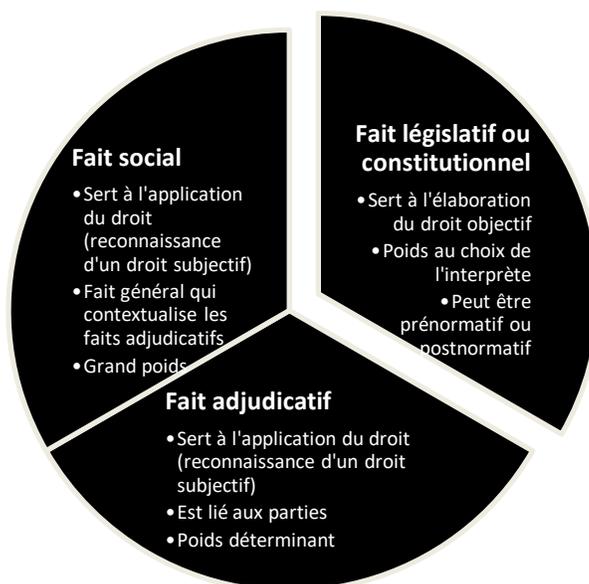


Figure 1 : Types de faits selon leur lien avec les parties, l'objectif de leur preuve et leur poids

Conclusion de la partie A — La perspective positiviste permet d'expliquer la mobilisation des faits pour soutenir l'élaboration du droit dans les motifs de jugement. La pertinence de ces faits dépend, en définitive, du cadre qui régit le tribunal. Le droit canadien reconnaît, dans une certaine mesure, la pertinence des faits dans l'interprétation législative et constitutionnelle. Toutefois, puisque l'acte de décider l'édiction d'une règle de droit est le fruit d'un pouvoir, ces faits se distinguent du droit.

²⁴² Voir par ex.: *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 19, par. 23, 24 et 47 (*per curiam*).

²⁴³ Par exemple, les faits prénormatifs que sont les débats parlementaires ou les rapports gouvernementaux préalables à l'édiction d'une loi sont davantage « raisonnablement incontestables », et sont donc davantage connus d'office que les faits postnormatifs : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 144.

B. Méthodologie : une méthode axée sur les règles posées par les tribunaux, leurs tendances et leurs contextes historiques

Introduction — Pour évaluer la souplesse du droit de la preuve appliqué en matière constitutionnelle par rapport au droit commun de la preuve, seront mobilisés les jugements des tribunaux ainsi que les commentaires ou textes critiques associés. Notre approche se veut historique et parfois, à titre accessoire, comparée.

Plan de la partie — Plusieurs questionnements méthodologiques se posent :

- (1) L'interdisciplinarité : Comment faire interagir les deux sous-disciplines juridiques du droit de la preuve et du droit constitutionnel de manière appropriée ?
- (2) Les sources : Pourquoi se concentrer sur les jugements des tribunaux ?
- (3) L'analyse évolutive : Pourquoi choisir une approche historique et quel peut être le rôle complémentaire d'une approche potentiellement comparative ?
- (4) Le corpus : Comment cibler les jugements révélateurs de l'état du droit à une certaine époque ?
- (5) La rigueur : En quoi cette perspective positiviste, cette méthode et ces approches sont-elles « scientifiques » ?

1. Une thèse au croisement de deux sous-disciplines juridiques

Problématique — Pris de la manière la plus large, le problème au cœur de cette étude est celui de la place des faits en droit constitutionnel. Dans l'optique du droit de la preuve, cet enjeu est celui du degré de souplesse de ce droit dans les litiges

constitutionnels. Deux disciplines, deux spécialisations et, partant, deux corps de règles de droit sont alors mobilisés.

Utilisation de la preuve — Si l'étude de l'*utilisation* de la preuve par le tribunal en matière constitutionnelle est utile, il ne s'agit pas, ici, d'élaborer sur cette utilisation qui n'intéresse généralement que le droit constitutionnel substantiel. Par exemple, se demander quels types de faits (et donc de preuves) peuvent démontrer la justification d'une atteinte aux droits et libertés n'intéresse fondamentalement que le droit constitutionnel substantiel²⁴⁴, à l'instar de la question de l'échange des consentements pour ce qui constitue un contrat en droit civil. Bien des constitutionnalistes qui consacrent une portion de leurs écrits aux questions de preuve se concentrent sur ce genre de questions²⁴⁵.

Droit de la preuve — En revanche, la question fondamentale de droit de la preuve est de déterminer par quels moyens établir judiciairement ces faits. C'est cette question qui nous intéresse. Après tout, la démonstration porte sur la « souplesse » du droit de la preuve dans les litiges constitutionnels. Pour ce faire, il faut tenter de séparer les règles appartenant au droit constitutionnel de celles appartenant au droit de la preuve au sens strict.

Précisons, par ailleurs, que cette étude porte davantage sur les règles de fond du droit de la preuve que sur celles d'administration de la preuve²⁴⁶. Notre point focal est donc axé sur les règles liées « à l'objet et à la charge de la preuve, à la nature, à la force probante et à la recevabilité des procédés de preuve »²⁴⁷, et non sur les

²⁴⁴ J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, préc., note 37, p. 3, par. 1.1.

²⁴⁵ Voir par ex.: David WISEMAN, « Managing the Burden of Doubt: Social Science Evidence, the Institutional Competence of Courts and the Prospects for Anti-Poverty *Charter* Claims », (2014) 33 *Nat'l J. Const. L.* 1 ; M. PAL, préc., note 48 ; Yasmin DAWOOD, « Democracy and Deference: The Role of Social Science Evidence in Election Law Cases », (2014) 32 *Nat'l J. Const. L.* 173 ; J. HUGHES et V. MACDONNELL, préc., note 11 ; S. BERNATCHEZ, préc., note 159, 202 et suiv. ; K. E. SWINTON, préc., note 111 ; William H. CHARLES, Thomas A. CROMWELL et Keith B. JOBSON, *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Butterworths, 1989. Voir aussi, dans une certaine mesure : P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-1 et suiv. ; B. PERRYMAN, préc., note 194.

²⁴⁶ En matière civile, les règles de preuve « de fond » sont prévues principalement au C.c.Q., tandis que les règles d'administration de la preuve le sont au C.p.c. : L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 90, par. 1-2.

²⁴⁷ *Id.*, par. 1.

règles du droit constitutionnel qui prescrivent les conséquences que la reconnaissance judiciaire d'un fait doit avoir sur la conclusion du jugement.

Droit constitutionnel — Toutefois, le droit constitutionnel a son importance. D'une part, il fournit le contexte du phénomène qui nous occupe et, d'autre part, il sert parfois d'appui à certaines règles de preuve. C'est notamment le cas de la règle de la pertinence. Les juges John Sopinka, Sidney Lederman, Alan Bryant et Michelle Fuerst écrivent :

The rules of evidence control the presentation of facts before the court. Their purpose is to facilitate the introduction of all logically relevant facts "without sacrificing any fundamental policy of law which may be of more importance than the ascertainment of the truth". What are the logically relevant facts in any particular case, whether civil or criminal, is decided by the substantive law governing the cause of action or offence set out in the pleadings or the charge, as the case may be. These matters can tangentially affect the evidentiary principles in any given case, but they do not make a part of the law of evidence. [...] Evidentiary principles, on the other hand, regulate (1) what matters are or are not admissible before the court; and (2) the method by which admissible facts are placed before it²⁴⁸.
[Notre soulignement]

Pour comprendre les applications de certaines règles de preuve en matière constitutionnelle et la souplesse apparente, il faut alors nécessairement se tourner vers le droit constitutionnel. De même, l'utilisation de la preuve par le tribunal peut être instructive quant aux règles qui régissent les moyens d'établissement des faits²⁴⁹, ce qui obligera également à traiter du droit constitutionnel.

²⁴⁸ J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, préc., note 37, p. 3, par. 1.1. Voir aussi : R. CROSS et C. TAPPER, préc., note 172, p. 75.

²⁴⁹ Par exemple, la règle prohibant le oui-dire n'intervient que si une déclaration extrajudiciaire est utilisée pour prouver la véracité de son contenu : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 740.

2. Une thèse axée sur les jugements

Méthode jurisprudentielle — Pour évaluer la « souplesse » du droit de la preuve appliqué en matière constitutionnelle, notre méthode met l'accent sur les jugements des tribunaux.

Normativisme et réalisme — Cet énoncé apparaît, à certains égards, « réaliste », au sens où l'entendent les professeurs Michel Troper et François Ost (le droit effectivement appliqué par les juges en matière de preuve), mais il contient également un aspect « normativiste » puisqu'une grande part du droit constitutionnel et du droit de la preuve, dans le contexte anglo-saxon, est à la fois *posée* et *appliquée* par le juge²⁵⁰. Avant d'examiner la pertinence d'une lecture normativiste de la question, il faut d'abord prendre la mesure du rôle joué en droit canadien par les sources jurisprudentielles en matière de droit de la preuve et de droit constitutionnel.

Droit prétorien de la preuve — S'il va sans dire que dans les matières fédérales, criminelles et pénales²⁵¹, la common law joue un rôle important en plus des dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada*²⁵² et du *Code criminel*, ce droit prétorien existe aussi, dans des proportions plus modestes, en preuve civile québécoise.

²⁵⁰ F. OST, préc., note 98, p. 363. Michel Troper énonce à juste titre que : « Lorsque le Conseil constitutionnel énonce que la constitution ordonne tel ou tel comportement, il exprime une décision et pose une norme » [Notre soulignement] : M. TROPER, préc., note 173, 339. *Contra* : Otto PFERSMANN, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », (2002) 52 (4) *Revue française de droit constitutionnel* 759, 769-770.

²⁵¹ J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, préc., note 37, par. 1.2 et suiv. ; *Code de procédure pénale*, RLRQ, c. C-25.1 (ci-après : « C.p.p. »), art. 61 ; P. BÉLIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 164, p. 55, par. 133 ; DIRECTEUR DES POURSUITES CRIMINELLES ET PÉNALES, *Code de procédure pénale annoté*, Québec, Les Publications du Québec, 2014, p. 75 ; Gilles LÉTOURNEAU et Guy COURNOYER, *Code de procédure pénale du Québec annoté*, 10^e éd. par Guy COURNOYER, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, p. 132.

²⁵² *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5 (ci-après : « *Loi sur la preuve au Canada* »).

Même si l'essentiel des règles de preuve est, en droit civil québécois, codifié²⁵³, les règles liées à la pertinence²⁵⁴, au témoignage²⁵⁵ et à l'administration de la justice (y compris la connaissance d'office²⁵⁶) ont pour source historique la common law. Cette dernière demeure donc un outil important pour interpréter les mêmes règles en droit civil et pour suppléer aux carences des textes. Dans l'arrêt *Globe and Mail* de la Cour suprême du Canada, qui portait sur l'application aux journalistes du privilège au cas par cas suivant le test de Wigmore, le juge LeBel écrit :

Si la mixité du droit de la procédure et de la preuve au Québec, et en particulier la source de common law de diverses règles d'exclusion de la preuve, est dûment reconnue, il est difficile d'admettre que les principes juridiques de common law ne sauraient jouer aucun rôle résiduel dans l'évolution de cet aspect du droit québécois. Après tout, le Québec est une province de droit mixte. Si une règle juridique découle en définitive de la common law, il demeure logique de recourir à celle-ci dans l'interprétation et l'élaboration de cette même règle en droit civil²⁵⁷.

²⁵³ *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592, 2010 CSC 41, par. 30-31 (le juge LeBel pour la Cour). Voir aussi : Catherine PICHÉ, « La disposition préliminaire du *Code de procédure civile* », (2014) 73 *Revue du Barreau* 135, 175.

²⁵⁴ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 211 :

Au Québec, les tribunaux s'inspirent principalement de la doctrine et de la jurisprudence anglaises, même dans les matières civiles de compétence provinciale, car nos règles d'administration de la preuve ont été fortement imprégnées par le droit anglais. L'absence de définition formelle de la pertinence, l'appréciation subjective de cette notion par les mêmes cours siégeant tantôt dans les matières fédérales, tantôt dans les matières provinciales et l'utilité pratique d'établir des normes uniformes ont accentué l'influence prépondérante de la common law.

Voir aussi : *Fédération autonome de l'enseignement c. Commission scolaire de Laval*, préc., note 146, par. 56 (la juge Bich pour la majorité).

²⁵⁵ *Id.*, par. 523 ; *Royal Victoria Hospital et al. c. Morrow*, [1974] R.C.S. 501, 509 (le juge Pigeon pour la Cour) ; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 253, par. 40 (le juge LeBel pour la Cour) : « Toutefois, bon nombre de règles de procédure et de preuve — comme celles portant sur les témoignages, l'administration de la justice et l'exclusion de la preuve, par exemple — trouvent leur origine dans les règles anciennes de common law [...] ». [Notre soulignement] ; INSTITUT NATIONAL DE LA MAGISTRATURE préc., note 114, p. 20.

²⁵⁶ D. PINARD, préc., note 71, 93 ; D. PINARD, préc., note 32, 325-326 ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice - Le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993, art. 2808 ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 93.

²⁵⁷ *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 253, par. 45 (le juge LeBel pour la Cour). Voir aussi, sur la common law publique en droit québécois : *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85, par. 46 (les juges L'Heureux-Dubé et LeBel pour la Cour).

Le droit de la preuve du Québec, en matière civile, est donc un droit mixte, et une part de ce droit demeure de common law²⁵⁸. Même si la création de nouvelles règles revient principalement au Parlement²⁵⁹, l'interprétation de celles existantes actuellement, particulièrement lorsqu'elles tirent leurs origines de la common law, est une œuvre prétorienne.

Droit constitutionnel prétorien — Le droit public canadien tire sa source historique de la common law²⁶⁰. Même si des dispositions expresses ont été édictées par le Parlement impérial ou par le pouvoir constituant canadien²⁶¹ qui a remplacé en 1982 le Parlement de Westminster, les professeurs François Chevette, Herbert Marx et Han-Ru Zhou affirment qu'« on a d'ailleurs suggéré que la faculté d'évolution de la Constitution canadienne pouvait être comparée à celle de la common law »²⁶². Ainsi, la jurisprudence constitutionnelle a elle-même le statut de droit constitutionnel²⁶³.

En définitive, tant en ce qui concerne les règles de preuve qui nous occupent que les règles du droit constitutionnel, les tribunaux *édicte*nt le droit, en même temps qu'ils l'*appliquent*. Cela signifie qu'ils participent à l'élaboration des règles en même temps qu'ils en assurent l'individualisation dans une affaire donnée²⁶⁴.

Distinction — Une approche « réaliste » pourrait consister à dire que le juge dispose d'une large discrétion, là où une approche « normativiste » va chercher à distinguer les deux étapes de l'élaboration et de l'application du droit²⁶⁵.

²⁵⁸ C. PICHÉ, préc., note 253, 177; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 44, 46, 73 à 75 ; Julien FOURNIER, « Les privilèges en droit de la preuve: un nécessaire retour aux sources », (2019) 53 (3) *RJTUM* 461, 475 et suiv.

²⁵⁹ *Id.*, par. 46 (le juge LeBel pour la Cour).

²⁶⁰ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 25, par. I.71.

²⁶¹ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 3, partie V.

²⁶² François CHEVETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel. Principes fondamentaux. Notes et jurisprudence*, 2^e éd. par Han-Ru ZHOU, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 646.

²⁶³ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 26, par. I.74.

²⁶⁴ *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18, par. 5 (le juge LeBel pour les juges Fish, Abella et Charron) : « Les tribunaux créent et modifient le droit (*Canada (Procureur général) c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429, 2007 CSC 10, par. 83-87). Une bonne partie de ce qui est reconnu comme du « droit » constitue en fait, sous une forme ou une autre, du droit prétorien [...] ».

²⁶⁵ Sur les variantes du positivisme, voir : E. MILLARD, préc., note 99, notamment aux pages 7-8.

Réalisme — En effet, un réalisme très affirmé nierait que le tribunal ait posé une norme puisque les décisions sont prises au cas par cas²⁶⁶. Dans cette optique, à terme, la norme ne serait en rien prédéterminée, mais elle serait seulement le fruit ou l'instrument du résultat auquel le juge veut arriver. Une variante de cette perspective reconnaît que les lois et le texte de la Constitution sont du droit, mais affirme que leur nature indéterminée réduit leur influence sur le jugement²⁶⁷.

Normativisme — Inversement, un normativisme intransigeant aurait de la difficulté à expliquer la prise en compte de faits dans la « découverte » du droit par les tribunaux²⁶⁸, puisque les faits peuvent difficilement entrer dans une analyse exclusivement textuelle d'une loi du Parlement, ou être compatibles avec la théorie déclaratoire de Sir William Blackstone, lequel postule, à la limite du droit naturel, que les règles prétoriennes attendent en « dormance », dans les « limbes » de la common law, d'être révélées par les « oracles »²⁶⁹ que sont les tribunaux²⁷⁰. Cela dit, cette conception quelque peu caricaturale du positivisme normativiste peut, à bien des égards, être nuancée, notamment par la distinction entre l'élaboration de certaines normes supplétives par les tribunaux dans la tradition de common law et leur application.

Un pouvoir créateur encadré — Pour nous, les tribunaux posent des règles de droit dans les limites prévues par le cadre législatif et constitutionnel²⁷¹. Cette approche

²⁶⁶ *Id.*

²⁶⁷ Michael Steven GREEN, « Legal Realism as Theory of Law », (2005) 46 *William and Mary Law Review* 1915, 1918 : « According to this theory, statutes and the like may be law, but they are too indeterminate to be significant influences on, or predictors of, judges' decisions. Because the law is indeterminate, judges actually decide cases on the basis of nonlegal considerations ».

²⁶⁸ C. L'HEUREUX-DUBÉ, préc., note 27, 553-554 ; D. PINARD, préc., note 32, 327 et 330 ; M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 352.

²⁶⁹ Sir William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Oxford, Clarendon Press, 1765, p. 69-70.

²⁷⁰ *Id.*, p. 69-70 ; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, préc., note 264, par. 79 (les juges LeBel et Rothstein pour la majorité) et par. 141 (le juge Bastarache). De plus, pour Blackstone, les règles prétoriennes sont immuables, sauf par intervention du Parlement : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, 665 (le juge Iacobucci pour la Cour).

²⁷¹ Par ailleurs, les tribunaux reconnaissent maintenant explicitement leur rôle de législateurs : « Traditionnellement, "le rôle des juges consistait à découvrir la common law, et non à la modifier". En d'autres termes, un tribunal était lié par le précédent qu'il avait établi; il appartenait au législateur de l'écarter. À la suite de l'abolition des appels au Conseil privé, en 1949, la Cour suprême du Canada a abrogé cette règle, précédant la Chambre des lords qui en a fait de même

semble réaliste, puisqu'elle admet le pouvoir créateur des tribunaux, mais elle est normativiste, puisqu'elle reconnaît qu'il y a des règles de droit, et non pas un pouvoir judiciaire illimité. C'est, en quelque sorte, un normativisme de common law.

Règles implicites — L'analyse jurisprudentielle soulève toutefois un problème particulier dans le cas qui nous occupe, du moins en ce qui concerne la connaissance d'office lorsqu'elle est implicite. Puisqu'il n'existe « aucune obligation générale pour les juges de divulguer [avec précision] la source des fondements factuels de leurs jugements »²⁷², il est parfois, comme la professeure Danielle Pinard l'affirme, impossible de savoir si les faits invoqués par les juges « ont été formellement et légalement prouvés »²⁷³, à moins d'avoir été soi-même impliqué dans le litige en question.

En conséquence, il faut parfois dépasser la simple référence faite dans les arrêts de la Cour suprême du Canada aux « faits » pour remonter aux décisions inférieures ou au dossier judiciaire.

3. Une thèse historique qui puise, de manière complémentaire, dans le droit comparé

Approche historique — Le recours à une approche historique sera nécessaire afin de démontrer les variations qu'a connues le droit de la preuve appliqué en matière constitutionnelle depuis l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁷⁴. *A priori*, trois périodes se dessinent : (1) celle antérieure à la constitutionnalisation des

en 1966 » : P. BÉLIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 164, p. 60, par. 144. Voir aussi : *R. c. Salituro*, préc., note 270, 665 et suiv. (le juge Iacobucci pour la Cour).

En ce qui concerne particulièrement le droit judiciaire, Ruth Sullivan a affirmé que : « In addition, certain types of law such as procedure and evidence are thought to be especially suited to the common law method of incremental development by judges. Because judges participate in the day to day operation of this law, they are well placed to assess its strengths and weaknesses and the likely impact of proposed changes » [Notre soulignement] : R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 17.7. Dans le cas du Québec, voir : *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 253, par. 26 et suiv. (le juge LeBel pour la Cour).

²⁷² D. PINARD, préc., note 71, 93. Voir : *R. c. Dinardo*, [2008] 1 R.C.S. 788, 2008 CSC 24, par. 24 et suiv. (la juge Charron pour la Cour).

²⁷³ *Id.*, 93.

droits fondamentaux, (2) celle entourant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁷⁵ jusqu'aux années 2000, et (3) celle depuis les années 2000.

Trois périodes — Lors de la première période, le contentieux constitutionnel a été marqué par la primauté du texte de la loi constitutionnelle. L'apport des faits pour interpréter la loi était exceptionnel²⁷⁶, et une souplesse du droit de la preuve en matière constitutionnelle n'était pas véritablement observable. Ensuite, dans les décennies qui ont suivi la fin des appels au Comité judiciaire du Conseil privé britannique, le projet d'adopter une charte des droits et libertés supralégislative et la concrétisation de ce projet par la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁷⁷ ont amené la libéralisation des faits pertinents en matière constitutionnelle²⁷⁸ et des propositions d'assouplissement des règles de preuve et de la connaissance d'office²⁷⁹. Nous désignerons cette période comme « la montée du constitutionnalisme ». Finalement, les décennies 2000 et 2010 marquent un retour vers des règles de preuve plus strictes et en harmonie avec les principes du « droit commun » de la preuve²⁸⁰.

Droit comparé américain — Dans une moindre mesure, et pour situer la tendance canadienne, nous nous appuyerons aussi ponctuellement sur le droit des États-Unis.

²⁷⁴ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 229.

²⁷⁵ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 3.

²⁷⁶ A. V. DICEY, préc., note 150, p. 403 ; Louis-Philippe PIGEON, « The Meaning of Provincial Autonomy », (1951) 24 *Canadian Bar Review* 1126, 1128 ; B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 263 ; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, par. 38 (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la majorité) ; *Reference re Wartime Leasehold Regulations*, [1950] R.C.S. 124 ; *Gosselin v. The King*, [1903] 33 R.C.S. 255.

²⁷⁷ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 3.

²⁷⁸ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 389 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson) ; *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, 66 (*per curiam*) ; *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, préc., note 111 ; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, 317 (le juge McIntyre pour la Cour) ; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 276, par. 38 et suiv. (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la majorité).

²⁷⁹ *Supra*, p. 5 et suiv.

²⁸⁰ F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 87, note 207 ; *R. c. Find*, préc., note 175, par. 48 (la juge en chef McLachlin) ; *R. c. Malmo-Levine* ; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 28 (les juges Gonthier et Binnie pour la majorité) ; *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 58 et 68 (le juge Binnie pour la Cour) ; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 18, par. 53 (la juge en chef McLachlin pour la Cour).

Également soumis à une charte des droits²⁸¹, et depuis bien plus longtemps, les États-Unis connaissent le problème de la prise en compte par le contrôle de constitutionnalité des faits sociaux ou législatifs. Du moins, c'est le cas depuis l'arrêt *Muller v. Oregon*²⁸², alors que Louis Brandeis avait déposé au nom de son État un mémoire (« Brandeis Brief »²⁸³) sur les faits permettant d'appuyer la validité de la loi limitant les heures de travail qu'il défendait.

Avec l'adoption de la *Charte canadienne* en 1982, le droit américain de la preuve en matière constitutionnelle a été sporadiquement une source d'inspiration pour les tribunaux canadiens²⁸⁴. Il ne faut pas voir dans cette utilisation du droit comparé par les tribunaux l'ambition pour le chercheur de faire l'analyse complète des sources doctrinales et jurisprudentielles américaines. Cette inspiration américaine demeure partielle et complémentaire. Le juge Christian Brunelle et la professeure Mélanie Samson écrivent :

Enfin, l'analyse du corpus jurisprudentiel montre que les principes d'interprétation sont souvent utilisés à des fins rhétoriques. [...] De même, on ignorera parfois la jurisprudence des États-Unis en insistant sur les caractéristiques fondamentales qui distinguent la *Charte canadienne* et le *Bill of Rights*, pour emprunter, en d'autres occasions, des solutions américaines. Pour ainsi dire, en matière de chartes des droits, la créativité de l'interprète connaît peu de frontières²⁸⁵.

Bien sûr, les propositions de réforme du droit prennent souvent assises dans l'étude du droit comparé, même si elles font généralement un choix parmi ces sources. Mais notre thèse est centrée sur l'étude historique du droit canadien. Pour comprendre ce droit, comme l'enseignaient récemment les juges Brown et Rowe, au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada, le droit comparé est avant tout utile lorsque le droit canadien y puise ses racines. Ils écrivaient :

²⁸¹ *U.S. Const.*, am. 1 à 10.

²⁸² *Muller v. Oregon*, (1907) 208 U.S. 412. Voir aussi : D. PINARD, préc., note 81 ; P. W. HOGG, préc., note 4, 395.

²⁸³ A. N. YOUNG, préc., note 200, 636.

²⁸⁴ Voir notamment : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 28, par. 80 (le juge La Forest pour les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier, dissidents) ; *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 59 (le juge Binnie pour la Cour).

²⁸⁵ C. BRUNELLE et M. SAMSON, préc., note 137, p. 33-34.

En tant que document constitutionnel [TRADUCTION] « fait au Canada » (premier ministre Pierre Elliot Trudeau, *Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres sur la Constitution* (séance du matin du 2 novembre 1981), p. 10), la *Charte* et ses dispositions sont interprétées avant tout au regard du droit et de l'histoire du Canada²⁸⁶.

Droit anglais — Dans cette optique, il faudra parfois faire référence au droit anglais, rarement à titre de droit comparé, mais plutôt pour revenir aux sources de certaines règles de preuve ou de droit constitutionnel qui tirent leur origine de la common law.

Tant dans le cas américain que le cas anglais, le recours au droit comparé est instrumental : il vise à enrichir l'analyse du droit canadien. La connaissance du droit américain ou anglais n'est pas ici une fin en soi, mais bien seulement un outil pour mieux comprendre le droit canadien. De toute manière, la comparaison sert à la fois d'inspiration et de repoussoir, comme en témoigne son utilisation par la Cour suprême du Canada. En d'autres termes, ces droits sont utiles dans la mesure où le droit canadien s'appuie ou s'inspire d'eux. L'apport à l'avancement des connaissances demeure donc ici centré sur l'évolution du droit canadien, et le droit comparé ne vise qu'à rendre plus persuasive une contribution à l'avancement des connaissances en droit interne.

4. Une thèse qui vise à révéler les tendances du droit de la preuve dans divers domaines du droit constitutionnel

La *démonstration* que la souplesse du droit de la preuve en matière constitutionnelle tend à se résorber amène à identifier des tendances historiques touchant certains domaines précis du droit constitutionnel. Ainsi, l'objectif est de bien représenter ces tendances et les différents domaines de spécialisation qu'elles touchent, mais non de rendre compte exhaustivement de l'application du droit de la preuve dans chacune des affaires constitutionnelles depuis la

²⁸⁶ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, par. 20 (les juges Brown et Rowe pour la majorité). Au paragraphe suivant, la majorité ajoute : « L'interprétation téléologique élaborée dans l'arrêt *Big M Drug Mart* n'y a rien changé. Cet arrêt ne se réfère aucunement au droit international et au droit comparé, si ce n'est lorsqu'il est question des origines historiques des concepts enchâssés dans la *Charte* ».

Confédération. Il faut, en quelque sorte, croiser certains contentieux constitutionnels avec les domaines du droit de la preuve dont la souplesse est alléguée.

Cette typologie serait la suivante :



Figure 2 : Domaines du droit constitutionnel et du droit de la preuve

Choix des décisions — Il s'agit donc de cibler les arrêts de la Cour suprême ou, plus occasionnellement, d'une cour d'appel qui sont emblématiques (1) soit en ce qui concerne la preuve dans un domaine particulier du droit constitutionnel (c'est-à-dire les droits et libertés, le partage des compétences législatives, la procédure de modification constitutionnelle, le contentieux autochtone ou le droit relatif aux institutions), (2) soit en ce qui concerne une tendance générale du droit de la preuve appliqué en matière constitutionnelle qui était dominante au cours d'une certaine époque.

Contexte procédural québécois — Cette thèse se veut d'abord et avant tout centrée sur les affaires régies par le droit québécois de la preuve civile, mais des incursions dans les autres contextes procéduraux ou juridictions seront faites,

notamment lorsque des arrêts de la Cour suprême du Canada se prononcent de manière générale sur les règles de preuve en matière constitutionnelle. Il y aura donc, par exemple, de nombreuses références au droit de la preuve applicable en matières pénale, criminelle, fédérale et des autres provinces²⁸⁷.

5. Une thèse « scientifique »

Science portant sur les règles de droit — L'étude des phénomènes qui intéressent les règles de droit est un savoir pratique et théorique qui mobilise une certaine forme de rigueur scientifique. Bien qu'une règle de preuve en matière constitutionnelle élaborée par la Cour suprême ne puisse pas, en elle-même, être scientifiquement vraie ou fausse, elle peut être l'objet d'une recherche académique. Le professeur Michel Troper écrit :

Il faut en réalité distinguer deux types d'énoncés relatifs à la constitution ou aux lois. Ceux qui émanent des autorités d'application n'ont en effet aucune valeur scientifique, car ils ont une fonction non indicative, mais prescriptive et sont donc insusceptibles d'être vrais ou faux. Lorsque le Conseil constitutionnel [français] énonce que la constitution ordonne tel ou tel comportement, il exprime une décision et pose une norme. Cet énoncé n'a pas de valeur scientifique, mais peut bien évidemment être objet d'une science qui décrit des normes. On doit d'ailleurs remarquer que cette science est la science du droit et non la dogmatique, qui n'est pas une simple description²⁸⁸. [Notre soulignement]

Alors que l'activité des parlements et des tribunaux, qui consiste à décider l'édition de règles de droit et à adjuger les litiges, n'est pas scientifique, la « science du droit » existe pour étudier ces normes et ces discours juridiques, et les contextualiser²⁸⁹. Une thèse montrant les évolutions du droit de la preuve en matière constitutionnelle et leurs contextes et conséquences s'inscrit dans cette ambition scientifique.

²⁸⁷ Sur les sources du droit de la preuve et les différents contextes procéduraux desquels émanent les décisions constitutionnelles, voir *infra*, section 1.1.

²⁸⁸ M. TROPER, préc., note 250, 339.

²⁸⁹ Voir aussi, au même effet : R. GUASTINI, préc., note 125, par. 52 et suiv.

Regard interne ou externe — Suivant la dichotomie établie par le professeur Herbert Hart²⁹⁰ et reprise depuis, la question se pose de savoir si ce regard porté sur le droit positif est interne ou externe. Sur scène, le juriste participe de manière interne à l'élaboration du droit par son œuvre doctrinale, d'argumentation ou de jugement. Sur le balcon, le chercheur, juriste ou non, se place en tant qu'analyste externe d'une activité aux canons desquels il refuse d'adhérer.

Ost et Van de Kerchove — Pour outrepasser cette métaphore de la scène et du balcon, les professeurs François Ost et Michel van de Kerchove suggèrent de respecter une méthode en trois « moments²⁹¹ ». D'abord, il s'agit de comprendre le problème de manière interne, en conformité avec le « discours » donné « par les autorités et les sujets de droit²⁹² ». Ensuite, l'explication scientifique externe du problème, qui se base sur une discipline extrajuridique, le met « en rapport avec [les] phénomènes environnants²⁹³ ». Finalement, il faut réinterpréter de manière « globale²⁹⁴ » le problème étudié.

Critique de Michel Troper — Comme le professeur Michel Troper l'avait défendu alors qu'il critiquait le point de vue externe modéré des professeurs François Ost et de Michel van de Kerchove, « [l]e point de vue externe modéré n'est en effet pas autre chose que le point de vue positiviste lui-même »²⁹⁵, auquel il faut toutefois soustraire l'interdisciplinarité promue par ces deux auteurs.

En concordance avec le professeur Troper, *notre point de vue* est externe modéré positiviste. Notre étude n'est, en effet, pas véritablement inter/pluri ou transdisciplinaire²⁹⁶. Il ne s'agit pas de juger ou d'expliquer les règles de droit à

²⁹⁰ H. L. A. HART, préc., note 144, p. 114-115.

²⁹¹ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la scène au balcon, d'où vient la science du droit ? », dans François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 67, à la p. 75.

²⁹² *Id.*, à la p. 75.

²⁹³ *Id.*

²⁹⁴ *Id.*

²⁹⁵ Michel TROPER, « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », (1987) 11 (2) *Déviance et société* 195, 199.

²⁹⁶ Voir aussi : Maxime ST-HILAIRE, « Standards constitutionnels mondiaux : épistémologie et méthodologie », dans Mathieu DISANT, Gregory LEWKOWICZ et Pauline TÜRK (dir.), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 11, notamment à la p. 16.

partir des disciplines habituellement mobilisées dans les expertises produites dans les litiges constitutionnels, mais de jouer le jeu inverse : considérer ces sciences à partir des enjeux du droit de la preuve dont, au premier chef, la nécessité des expertises, l'accès à la justice et le caractère contradictoire de la procédure.

En ce sens, notre approche est donc positiviste et externe modérée. Il s'agira de dépasser le simple rappel des règles posées par un décideur pour les analyser, pour expliquer les tendances qu'elles décèlent et, au passage, pour tenter de mettre en lumière leurs contextes historiques et leurs conséquences. Cette approche est positiviste : elle distingue le contexte présidant à l'avènement d'une règle de droit et l'acte de volonté du décideur²⁹⁷. Elle distingue aussi la présentation des conséquences d'une règle de leur pure critique politique fondée sur les valeurs du chercheur²⁹⁸.

Le positivisme n'est pas la stricte étude exégétique du droit positif. Le professeur Hans Kelsen écrivait qu'« on peut également s'interroger sur l'origine historique du contenu d'un ordre juridique déterminé ou sur les causes économiques et politiques qui ont déterminé ce contenu »²⁹⁹, bien que cela dépasse quelque peu le point de vue interne. Les professeurs François Chevrette et Hugo Cyr dénoncent aussi cette vision du « positivisme comme délimitation »³⁰⁰, qu'ils qualifient d'« arbitraire et [de] fort étroite »³⁰¹.

Le positivisme n'est pas une idéologie — Précisons, à la manière des professeurs Michel Troper et Hans Kelsen, qu'il ne s'agit pas d'endosser les idéologies qui ont présidé à la mise en place de telle ou telle règle de preuve ou de droit constitutionnel, mais plutôt de les analyser. On peut très bien étudier la libéralisation de la preuve en matière constitutionnelle, laquelle est grandement un produit des chartes des droits et du constitutionnalisme libéral, tout en étant, par

²⁹⁷ Voir *supra*, p. 28 et suiv.

²⁹⁸ H. KELSEN, préc., note 116, 559, cité *infra*, note 305.

²⁹⁹ *Id.*, 551-552.

³⁰⁰ F. CHEVRETTE et H. CYR, préc., note 105, à la p. 36.

³⁰¹ *Id.*, à la p. 43.

exemple, personnellement favorable à la souveraineté parlementaire, et vice versa³⁰².

Évidemment, aucun chercheur n'est neutre, ou privé de valeurs qui lui sont chères, mais le positivisme tente de l'inciter à dissocier ces valeurs d'une étude qui cherche à être objective³⁰³. Loin de présenter les règles de droit comme immanentes³⁰⁴, le positiviste insiste sur le fait que les pouvoirs de l'État ont nécessairement préféré certaines valeurs ou certains intérêts au détriment d'autres lors de l'édition de règles de droit. Dans cette optique, le chercheur positiviste tente de séparer, d'un côté, son œuvre de recherche sur ces règles et, de l'autre, leur critique politique³⁰⁵.

Ainsi, surtout à la fin des différents chapitres, nous fournirons des pistes de solution quant à l'aménagement du droit de la preuve en matière constitutionnelle qui nous paraîtrait le plus opportun, en précisant bien qu'il ne s'agit là que de notre opinion personnelle.

³⁰² Troper reprend l'exemple classique donné par Kelsen d'un professeur de droit anarchiste (ou, on peut aussi facilement l'imaginer, communiste) qui peut très bien expliquer de manière neutre les règles de droit d'un système capitaliste et libéral : M. TROPER, préc., note 295, 200, qui fait référence à Hans KELSEN, *Théorie pure du droit* (trad. par Charles EISENMANN), Paris, Dalloz, 1962, p. 295 ; E. MILLARD, préc., note 99, aux pages 3 et suiv. *Contra* : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 291, à la p. 75.

La critique d'étatisme idéologique attribuée au positivisme kelsenien est d'autant plus curieuse que Kelsen lui-même était un « grand défenseur de la liberté, un démocrate et un internationaliste convaincu fort éloigné de l'étatisme doctrinaire » : F. CHEVRETTE et H. CYR, préc., note 105, à la p. 58.

³⁰³ H. KELSEN, préc., note 116, 560 :

Elle n'examine donc pas la question de savoir si ce droit positif est, au regard des valeurs, c'est-à-dire d'un point de vue politique, bon ou mauvais, juste ou injuste. Par ailleurs, chaque droit positif peut être considéré juste d'un certain point de vue politique et, en même temps, d'un autre point de vue tout autant politique, être jugé injuste. Mais ce ne peut être le cas de la science du droit qui, comme toute science véritable, n'évalue pas son objet, ne le justifie ni ne le désapprouve de manière émotionnelle mais qui, au contraire, l'explique rationnellement. [Notre soulignement]

³⁰⁴ Au contraire, le positivisme permet « l'autonomie morale face à l'État et au droit » : F. CHEVRETTE et H. CYR, préc., note 105, à la p. 58.

³⁰⁵ H. KELSEN, préc., note 132, p. 153-154 ; H. KELSEN, préc., note 116, 559 :

Cela ne signifie naturellement pas qu'il faille refuser à l'interprète le soin de recommander à l'autorité une signification précise qui, par référence à une quelconque valeur, apparaît comme la meilleure. Mais il ne peut le faire — comme cela se passe trop souvent — au nom de la science, arguant de l'autorité de la science, c'est-à-dire de celle de la vérité. Car, par sa recommandation, le juriste-interprète tente d'influer sur la création du droit. Par là, il remplit une fonction de politique juridique et non de science juridique. [Notre soulignement]

IV. Annonce du plan de la thèse

L'application du droit commun de la preuve en matière constitutionnelle sera démontrée en trois étapes.

Le premier titre (1) s'intéresse à ce qu'il faut établir.

D'abord, (1.1) il faut identifier les sources du droit constitutionnel procédural pour savoir pourquoi, quand et comment soulever et adjuger une question constitutionnelle. Ce droit indique différentes voies procédurales de règlement des questions constitutionnelles qui relèvent des procédures de droit commun, c'est-à-dire les instances civiles, pénales et criminelles, ainsi que de la procédure de renvoi devant les tribunaux d'appel. Si le droit de la preuve peut varier suivant ces différents cadres procéduraux en raison du partage fédératif des compétences législatives, les litiges constitutionnels obéissent fondamentalement à chacun de ces cadres, selon le cas.

Ensuite, (1.2) le droit constitutionnel substantiel indique les faits pertinents dans les instances constitutionnelles. Comme ce droit a varié dans le temps, les faits pertinents ont varié historiquement. Nous verrons comment les faits législatifs sont devenus pertinents en cette matière et quels sont, dans les grandes lignes, les faits litigieux dans les différents domaines du droit constitutionnel. Après tout, le problème du droit de la preuve en matière constitutionnelle est né par suite de la consécration d'une pertinence et d'une admissibilité généralisée des faits législatifs et sociaux pour l'interprétation et l'application de la Constitution, et il faut remonter aux origines de ce phénomène pour le comprendre. De plus, ces remarques historiques permettent de mieux contextualiser l'application du droit de la preuve.

Par ailleurs, (1.3) même si les faits en litige sont différents, la règle de la pertinence au sens du droit de la preuve s'applique en droit constitutionnel de la même manière que dans les instances ordinaires. Cette distinction entre, d'une part, les faits litigieux en vertu du droit substantiel et, d'autre part, les règles qui encadrent leur preuve, est essentielle.

Surtout, (1.4) le seul degré de l'obligation de convaincre de l'existence d'un fait en matière constitutionnelle est, à notre avis, la prépondérance des probabilités, malgré certaines indications dans la jurisprudence et la doctrine suggérant une norme de preuve parfois moins exigeante³⁰⁶. Les allègements au « fardeau de preuve » des différentes parties au litige constitutionnel sont en réalité l'indication de faits différents à prouver, ou d'une diminution de la quantité de faits à prouver, mais non d'une norme différente pour les établir.

Finalement, (1.5) la présomption de constitutionnalité est un fardeau de preuve fonctionnant suivant la même logique que les autres fardeaux en matières civile ou pénale.

Les deux autres titres s'intéressent à *comment établir* ces faits.

Le *second titre* (2) est consacré à la connaissance d'office et aux variations qu'elle a connues à travers le temps. Puisqu'il faut situer la connaissance d'office des faits et ses évolutions en matière constitutionnelle, il faut d'abord la distinguer de la connaissance d'office du droit (2.1). La connaissance d'office du droit ne dispense pas de la preuve des faits législatifs et sociaux. Le régime traditionnel de droit commun de la connaissance d'office des faits sera ensuite exploré, afin de démontrer que la Cour suprême du Canada et le Comité judiciaire du Conseil privé britannique utilisaient la connaissance d'office des faits de manière exceptionnelle en matière de droit constitutionnel canadien (2.2). Puis, le changement de régime apporté en 1982 a conduit à une période d'assouplissement des règles de la connaissance d'office des faits (2.3), mais la connaissance d'office est maintenant encadrée par un régime unique s'appliquant tant en matière constitutionnelle que dans les autres domaines (2.4).

Le *troisième titre* (3) porte sur les moyens de preuve des faits liés à une question constitutionnelle pour lesquels des incongruités, identifiées dans les sections

³⁰⁶ P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-18 et 60-19; *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 423 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson) : « En examinant ces éléments de preuve et en appréciant leur poids, la Cour ne se demande pas s'ils démontrent l'existence des circonstances exceptionnelles comme on prouve un fait dans une cause ordinaire ».

précédentes, semblent exister. Il s'agit de démontrer que (3.1) l'expertise et que (3.2) les exceptions à l'irrecevabilité du oui-dire sont gouvernées par le même cadre juridique que dans les autres matières.

1 Ce qu'il faut établir : la nature du litige constitutionnel et le rapport du droit constitutionnel aux faits

Avant de vérifier *comment prouver* les faits en matière constitutionnelle, il faut situer *ce qu'il faut prouver* dans une instance constitutionnelle par rapport au contexte de ce type d'instance.

Pour savoir ce qu'il faut prouver et comment le prouver, il faut d'abord comprendre les sources du droit constitutionnel procédural (1.1). En clair, comment nous retrouve-t-on dans une instance constitutionnelle? La manière dont est organisé le contentieux constitutionnel a des conséquences sur ce qu'il faut prouver et sur le droit de la preuve.

Alors que d'autres pays, particulièrement en Europe continentale, ont choisi de déférer les contestations ou renvois constitutionnels à un tribunal spécialisé, comme c'est le cas en France³⁰⁷, le Canada connaît un système de contrôle *diffus* et *concret*³⁰⁸. Ce système permet la remise en question de la constitutionnalité d'une règle de droit devant presque tout tribunal³⁰⁹ par tout justiciable qui y a un intérêt, même parfois indirect³¹⁰, et cette question est tranchée en s'appuyant, notamment, sur les faits reconnus au terme du procès³¹¹.

Ainsi, les questions constitutionnelles sont soulevées, en demande ou en défense, dans des instances civiles³¹², pénales et criminelles, en plus de l'être,

³⁰⁷ *Constitution du 4 octobre 1958* (JORF n° 0238 du 5 octobre 1958, p. 9151), Titre VII.

³⁰⁸ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 181, par. IV.7.

³⁰⁹ *R. c. Lloyd*, préc., note 12. La constitutionnalité des lois peut même être décidée par les tribunaux administratifs : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin* ; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, préc., note 12 ; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, 14 (le juge La Forest pour la majorité).

³¹⁰ Voir notamment : C.p.c., art. 85, al. 2 ; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, [2012] 2 R.C.S. 524, 2012 CSC 45.

³¹¹ Voir notamment : *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944. Les États-Unis partagent d'ailleurs ce système, tandis qu'à l'opposé, la France connaît un contrôle concentré au sein du Conseil constitutionnel.

³¹² Y compris en contrôle judiciaire de l'action gouvernementale.

exceptionnellement, par renvoi en vertu d'un décret du gouvernement³¹³. Le contrôle est alors qualifié de *concret*, car la question de la constitutionnalité se greffe à une situation factuelle litigieuse entre des parties.

Le contrôle de constitutionnalité des lois étant lui-même garanti par la Constitution supralégislative³¹⁴, des limites jurisprudentielles à l'action des divers parlements pourraient, en théorie, modifier l'applicabilité du droit commun de la preuve aux demandes en contrôle de constitutionnalité. En pratique, comme aucun Parlement n'a édicté de règles de preuve pouvant faire obstacle à la contestation de l'une de ses lois, ces limites n'ont jamais été franchies, ni même véritablement définies.

Le fédéralisme canadien fait en sorte que le droit de la procédure et de la preuve varie entre les instances portant sur les matières fédérales (notamment criminelles) et provinciales (pénales ou civiles), puisque le Parlement fédéral peut mettre en place des règles différentes, en vertu de sa compétence sur la procédure fédérale³¹⁵ et criminelle³¹⁶, de celles édictées par les parlements provinciaux qui ont compétence sur l'administration de la justice et la procédure civile et pénale provinciale³¹⁷. Ainsi, le droit de la preuve peut varier suivant les différents cadres procéduraux en raison de ce partage fédératif des compétences législatives. Cependant, la résolution des questions constitutionnelles obéit fondamentalement au droit de la preuve applicable à l'instance dans laquelle elle est soulevée.

La section (1.1) permettra aussi d'identifier les sources du droit de la preuve pour mesurer, dans les chapitres suivants, si les règles qui s'appliquent en matière ordinaire sont écartées en matière constitutionnelle.

Ensuite, la libéralisation de l'admissibilité des faits en matière constitutionnelle doit être expliquée en tant que phénomène de droit constitutionnel (1.2). C'est le droit

³¹³ *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, RLRQ, c. R-23, art. 1 ; *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), c. S-26, art. 53. Voir : A. N. YOUNG, préc., note 200, 626.

³¹⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 3.

³¹⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 229, par. 101.

³¹⁶ *Id.*, par. 91(27).

³¹⁷ *Id.*, par. 92(14) et 92(15).

constitutionnel substantiel qui prescrit ce qu'il faut prouver. Dans ce contexte, si des faits sont devenus pertinents au fil des affaires constitutionnelles au cours du XX^e siècle, ce n'est pas parce que le droit de la preuve a connu des variations, mais c'est parce que la Constitution et le droit relatif à son interprétation ont changé.

Ainsi, le droit de la preuve en matière de pertinence n'est pas différent en matière constitutionnelle (1.3). Certes, les faits en litige dans ces instances sont différents de ceux qui le sont dans un dossier de faillite ou de divorce, mais la règle de la pertinence est la même et s'applique de la même manière.

De plus, la nature particulière des questions constitutionnelles a semblé affecter le degré de l'obligation de convaincre de l'existence de faits (1.4). Des débats ont eu lieu afin de déterminer si la norme de preuve s'est abaissée à un degré moindre que celui de la prépondérance des probabilités, mais il est aujourd'hui établi que l'existence des faits en matière constitutionnelle est mesurée en vertu de la norme civile. Les indices subsistants dans la jurisprudence quant à l'existence d'une norme de preuve constitutionnelle distincte renvoient à une norme de contrôle ou de déférence, et non à une norme de preuve. Ils renvoient à la suffisance *des faits* qu'il faut prouver, et non à la suffisance *de la preuve*.

Finalement, la présomption de constitutionnalité est une expression équivoque qu'il faut définir. Elle renvoie notamment au fardeau de la preuve dans les affaires qui nous intéressent, et fonctionne suivant la même logique que les fardeaux dans les autres domaines de droit.

1.1 Les sources du « droit judiciaire constitutionnel »

Bien qu'il soit supralégislatif, le droit constitutionnel est appliqué par les tribunaux dans le contexte d'instances ordinaires régies par le droit de la procédure et de la preuve infraconstitutionnel (1.1.1). Ce droit de la preuve applicable devant les tribunaux judiciaires peut se diviser en trois catégories, selon que le contexte procédural soit fédéral, criminel ou pénal, ou civil (1.1.2).

1.1.1 La résolution des questions constitutionnelles

D'entrée de jeu, un constat : le droit constitutionnel écrit, c'est-à-dire le texte de la Constitution, ne prévoit pas comment les questions qui l'interpellent doivent être résolues. Certes, l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que la Constitution « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit »³¹⁸, et son article 24 prévoit un droit à la réparation pour les violations à la *Charte*, mais ces articles ne prescrivent pas le droit procédural et probatoire applicable. Les textes constitutionnels n'expriment même pas « explicitement que la mise en œuvre de la Constitution [...] relève des tribunaux »³¹⁹ ! Les sources du droit de la procédure et de la preuve encadrant les demandes fondées sur ces dispositions sont donc, sur le plan du droit écrit, indéterminées.

Avant 1982, la situation n'était pas différente. Ni le *Statut de Westminster de 1931*³²⁰, ni le *Colonial Laws Validity Act, 1865*³²¹, qui ont consacré, l'un après l'autre, la suprématie du droit impérial et de la « Constitution » canadienne, n'exprimaient pas quels tribunaux avaient compétence et quelles règles ils

³¹⁸ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 3, par. 52(1).

³¹⁹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 1047, par. XII-4.23. Voir : *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, préc., note 309, 14 (le juge La Forest pour la majorité).

³²⁰ *Statut de Westminster de 1931*, 22 & 23 Geo. V, c. 4 (R.-U.).

³²¹ *Colonial Laws Validity Act, 1865*, 28 & 29 Vict, c. 63 (R.-U.).

devaient suivre³²². La règle exprimant les sources du « droit judiciaire constitutionnel » est donc, nécessairement, jurisprudentielle³²³.

À cet égard, au moins deux thèses s'opposent. D'un côté, il est probable que ce soit le droit commun ordinaire (infraconstitutionnel) de la preuve et de la procédure qui régit les demandes en inconstitutionnalité. C'est du moins notre thèse.

De l'autre, la professeure Danielle Pinard a documenté, sans toutefois y adhérer, la thèse de l'« instance dans l'instance »³²⁴. Suivant cette thèse, l'instance constitutionnelle obéit, sur le plan procédural, à un corps de règles prétorien et *sui generis* distinct de la procédure ordinaire. Ces règles seraient le complément procédural, le prolongement ou l'accessoire supralégislatif des litiges constitutionnels. Elles seraient enchâssées dans la constitution non écrite du Canada.

Semblant appuyer cette thèse, le juge en chef Lamer, dans l'arrêt *Laba*³²⁵, a autorisé un appel sur une question constitutionnelle en vertu de l'article 40 de *Loi sur la Cour suprême*, même si le *Code criminel* ne permettait pas d'appel sur la déclaration de culpabilité. Il a alors ouvert la porte, de façon générale, à un régime procédural et probatoire différent pour les demandes en inconstitutionnalité fondées sur l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³²⁶, tout en laissant la réponse à cette question plus large à une affaire ultérieure. Il écrit :

Avant d'aller plus loin, je devrais signaler que la question de compétence précise soulevée en l'espèce se rapporte à la question plus générale de la

³²² L'« existence » même du contrôle de constitutionnalité était « présumée » : *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, [2018] 3 R.C.S. 189, 2018 CSC 48, par. 57 (*per curiam*). Le *Colonial Laws Validity Act*, *id.*, art. 6, prévoyait néanmoins que les copies des lois ou des projets de lois coloniaux, authentifiés par le greffier de la chambre parlementaire, faisaient preuve *prima facie* de leur existence, de leur teneur et des étapes parlementaires franchies.

³²³ Bien entendu, il existait des règles de preuve de source législative. Voir par ex. : *Judicial Committee Act 1833*, 3 & 4 Will. IV, c. 41 (R.-U.), art. 7 à 9 ; *Judicial Committee Act 1844*, 7 & 8 Vict., c. 69, art. 8, 10 et 11. Mais ces dispositions ne visaient pas explicitement ou uniquement les matières constitutionnelles.

³²⁴ D. PINARD, préc., note 32, 325.

³²⁵ *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965.

³²⁶ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 3, par. 52(1) : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ».

compétence en matière d'appel relativement aux contestations de la constitutionnalité de règles de droit, fondées sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et à la question encore plus générale du déroulement approprié des procédures fondées sur l'art. 52. Mon analyse sera fondée sur la prémisse suivante: lorsque la constitutionnalité d'une règle de droit est contestée dans le cadre de procédures criminelles, il y a en fait deux types de procédures: celles qui visent à déterminer la culpabilité et celles qui visent à déterminer la constitutionnalité. Elles se déroulent normalement ensemble, mais il peut arriver qu'elles se déroulent séparément. Ces deux types de procédures sont habituellement, quoique pas nécessairement toujours, régis par les mêmes règles et pratiques. Même si je confinerai mes remarques à la question de la compétence, je dois reconnaître que mon analyse aura des conséquences sur d'autres questions (l'admissibilité de la preuve, la qualité d'intervenant, etc.). Je remets cependant l'analyse de ces conséquences à une autre occasion où ces autres questions seront vraiment soulevées³²⁷. [Notre soulignement]

Néanmoins, cette ouverture n'est pas très grande en pratique. Selon le juge en chef Lamer, l'instance constitutionnelle est régie par les mêmes règles de procédure et de preuve que l'instance ordinaire à laquelle elle se greffe, mais l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lui-même supralégislatif, peut ouvrir la porte à des aménagements. La thèse de l'« instance dans l'instance » apparaît donc, suivant les propos du juge en chef Lamer, limitée.

Les parlements ne peuvent cependant, sous prétexte de régir la prescription, la preuve ou la procédure, empêcher ou nuire au contrôle de constitutionnalité³²⁸. Cela ouvre donc la porte à des aménagements spécifiques.

Par exemple, conformément à l'arrêt *DeSousa*, les procédures constitutionnelles qui sont liées à une affaire criminelle suivent les procédures liées à la question de la culpabilité. Les questions constitutionnelles sont tranchées avant ou après le procès, selon la nature de ces questions et la nature des faits qui les soutiennent³²⁹.

³²⁷ *R. c. Laba*, préc., note 325, par. 11 (le juge en chef Lamer pour la majorité). Il a réitéré ses propos sur les droits d'appel dans l'arrêt *Keegstra*, cette fois sans aborder la question du droit de la preuve : *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, par. 11 (le juge en chef Lamer pour la majorité).

³²⁸ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 182, par. IV-11.

³²⁹ *R. c. DeSousa*, préc., note 311, confirmé par *R. c. Mills*, préc., note 14.

Ces propos rejoignent ceux des professeurs Henri Brun, Guy Tremblay, Eugénie Brouillet et Peter Hogg, pour qui le droit judiciaire « commun » est applicable en matière constitutionnelle. Les trois premiers écrivent :

Il faut donc se tourner vers le droit judiciaire d'application générale pour connaître le mode d'utilisation de l'article 52. Si la demande d'inconstitutionnalité est l'accessoire d'une autre procédure, d'une défense ou d'une intervention par exemple, elle devra se conformer aux exigences et contraintes contextuelles de celle-ci. Si, en revanche, elle est indépendante de toute autre procédure, elle devra se trouver un support procédural approprié dans le droit judiciaire applicable³³⁰. [Notre soulignement]

La demande d'inconstitutionnalité, tant en défense qu'en demande, doit donc se conformer au droit de la preuve applicable au véhicule procédural qu'elle emprunte. Le professeur Peter Hogg abonde dans le même sens. Il écrit : « In principle, the general rules regarding the proof of facts in litigation ought to apply to constitutional cases no less than to non-constitutional cases, and they ought to apply to both “adjudicative facts” and “legislative facts” »³³¹.

C'est ainsi, par exemple, que les règles sur la preuve nouvelle en appel s'appliquent tout autant en matière constitutionnelle qu'aux autres instances. Dans le cadre d'une ordonnance liée à l'affaire *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, alors qu'une partie avait joint irrégulièrement à son mémoire d'appel des documents nouveaux rapportant des statistiques pour établir un principe constitutionnel sous-jacent protégeant les municipalités et les commissions scolaires, le juge Binnie a rejeté toute distinction entre les faits législatifs et les faits adjudicatifs en ce qui concerne les conditions de recevabilité de la preuve nouvelle. Il écrit :

Les exigences que sont la diligence raisonnable, la pertinence, la crédibilité et le caractère décisif doivent être également pris en considération aux fins d'autoriser ou non la production d'une preuve nouvelle se rapportant à un fait législatif. Comme l'a signalé le juge Sopinka dans *Danson*, précité, à la

³³⁰ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 1047, par. XII-4.24. Voir aussi : *Saumur et al. v. Procureur général du Québec*, [1964] S.C.R. 252, où une demande en inconstitutionnalité a été rejetée puisque l'action déclaratoire n'était pas permise, à cette époque, par le droit de la procédure civile du Québec.

³³¹ P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-13.

p. 1099, lorsqu'il s'agit de faits législatifs, « les conditions de leur recevabilité sont moins sévères », mais les exigences énoncées dans *Palmer* s'appliquent néanmoins. Les principes dégagés dans *Palmer* traduisent un principe judiciaire plus général qui consiste à n'admettre la preuve de faits que pendant le procès, sous réserve de très rares exceptions. Les questions en litige devraient être davantage circonscrites au fur et à mesure que l'affaire progresse devant les tribunaux jusqu'au stade de l'appel, et non le contraire. S'il était fait droit à la requête en l'espèce, l'étendue du débat s'élargirait³³².

En somme, la thèse de l'« instance dans l'instance », sur le plan du droit de la preuve³³³, ne s'est pas concrétisée en droit canadien. Le droit régissant l'instance ordinaire est celui qui est applicable en principe et, comme nous le verrons au fil de cette recherche, l'ouverture aux aménagements spécifiques aux affaires constitutionnelles demeure bien souvent réduite.

Néanmoins, comme en ce qui touche le rapport entre le droit procédural écrit et la compétence inhérente des cours supérieures tirée de la prérogative royale, il est toujours possible que les tribunaux invoquent le caractère supralégislatif de la Constitution pour créer des exceptions particulières aux règles de preuve.

³³² *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 1 R.C.S. 44, par. 10 (le juge Binnie siégeant seul). Voir aussi, au même effet : *Carter c. Canada (Procureur général)*, C.S.C. n° 35591, *Bulletin du 30 mai 2014*, p. 955 (le juge Rothstein siégeant seul) ; *Imperial Tobacco Canada Itée c. Canada (Procureur général)*, 2004 CanLII 76633 (QC CA).

³³³ Sur le plan du droit de la procédure, certaines règles exceptionnelles existent en matière constitutionnelle. Voir notamment : C.p.c., art. 76 (avis au procureur général) et art. 85 (intérêt pour agir) ; C. cr., sous-alinéa 551.3(1)g(iii) (pouvoir de répondre à des questions de *Charte* lors d'une gestion d'instance) ; R. c. *Laba*, préc., note 325 (droits d'appel en matière criminelle) ; *M.(K.) c. M.(H.)*, [1992] 3 R.C.S. 3 (possibilité pour un intervenant de soulever des questions de droit nouvelles) ; *Procureure générale du Québec c. Association québécoise des vapoteriers*, 2019 QCCA 2209, par. 17 (la juge Gagné siégeant seule) (critères plus souples pour obtenir la permission d'intervenir) ; R. c. *DeSousa*, préc., note 311, confirmé par R. c. *Mills*, préc., note 14 (fragmentation de l'instance criminelle pour pouvoir répondre, avant le procès, aux questions constitutionnelles dans certains cas) ; R. c. *Caron*, [2011] 1 R.C.S. 78, 2011 CSC 5 et *Hak c. Procureure générale du Québec*, 2020 QCCS 2044 (provision pour frais) ; *Caron c. Alberta*, préc., note 67, par. 109 à 114 (les juges Cromwell et Karakatsanis pour la majorité) (dépens spéciaux) ; *Gestion DGNE inc. c. Cour du Québec*, préc., note 12, par. 324 (devoir pour le juge siégeant en division des petites créances de permettre la représentation par avocat). Sur les intervenants et les *amici curiae*, voir aussi : B. PERRYMAN, préc., note 194, 147.

1.1.2 Les différentes voies procédurales d'enquête et les « droit de la preuve » qui les régissent

Partant, voyons tour à tour les sources du droit de la preuve et les cadres procéduraux encadrant les enquêtes réalisées dans les instances constitutionnelles dans les contextes fédéral (1.1.2.1), criminel et pénal (1.1.2.2), et civil (1.1.2.3). Il ne s'agit pas ici de recenser exhaustivement la procédure applicable aux questions constitutionnelles³³⁴, mais de définir les principales sources du « droit commun de la preuve » à partir desquelles il devient possible de mesurer les variations potentielles touchant les questions constitutionnelles.

Malgré tout, dans l'essentiel des domaines du droit de la preuve où des variations sont alléguées dans le contexte constitutionnel (la pertinence, la norme de preuve, la connaissance d'office et le témoignage), la source de common law des règles apparaît commune aux droits fédéral, criminel, pénal et civil. Dans chacun de ces cas, la législation se présente comme un complément ou comme une réponse à un état du droit préexistant en common law qui, parfois, laisse des règles non écrites demeurer directement applicables.

Cela veut dire que, malgré les différences procédurales notables entre les instances fédérales, criminelles, pénales et civiles, le droit de la preuve en matière de pertinence, de norme de preuve, de connaissance d'office et de témoignage connaît un « fond »³³⁵ commun. Ce fond de common law est supplétif à la législation, et donc, au *Code civil du Québec*, au *Code de procédure civile* et à la *Loi sur la preuve au Canada*.

1.1.2.1 Les sources des règles de preuve en matière fédérale

En droit fédéral autre que criminel, le droit de la preuve est prévu dans la *Loi sur la preuve au Canada* et, par le renvoi de son article 40, dans le droit de la preuve

³³⁴ Voir à ce sujet : A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62 ; Hugo JEAN, Gilles LAPORTE, Alexandre MORIN et Mélanie SAMSON, *Litige constitutionnel : L'ABC d'une cause*, coll. JurisClasseur Québec - Thema, Toronto, LexisNexis, 2014.

³³⁵ *Commission scolaire de Victoriaville c. La Reine*, 2002 CanLII 61082 (CCI), par. 12.

provincial³³⁶. Cela signifie que, dans la mesure où aucune loi fédérale ne lui fait obstacle³³⁷, le droit de la preuve civile du Québec est applicable à titre supplétif dans les matières fédérales émanant du Québec, comme la législation provinciale et la common law le sont dans les autres provinces³³⁸.

Cette situation prévaut tant pour les questions de droit public (fiscal, administratif, constitutionnel, etc.) que de droit privé (propriété intellectuelle, divorce, faillite, etc.) soulevées devant les tribunaux judiciaires. Se livrant à une étude approfondie des sources du droit de la preuve à l'occasion d'une contestation fiscale fédérale, le juge Archambault a rappelé le rôle du droit provincial en droit public fédéral. Il écrit :

Après cette analyse des sources du droit public au Québec et du champ d'application des règles québécoises sur la preuve, une conclusion s'impose : les règles de preuve du Québec constituent le droit commun au Québec, tant en matière de droit privé qu'en matière de droit public (sauf en droit criminel et en droit pénal provincial). Ainsi, elles doivent recevoir application tout autant en matière de droit public - qu'il s'agisse de droit municipal, comme dans *Loveys*, ou de droit fiscal - qu'en matière de droit privé. À l'occasion, notamment pour interpréter une règle de preuve provenant de la common law, il sera utile et parfois nécessaire d'avoir recours aux principes de common law - citons à cet égard l'exemple de la règle du oui-dire. Dans certaines circonstances exceptionnelles, c'est la

³³⁶ *Loi sur la preuve au Canada*, art. 40 :

Dans toutes les procédures qui relèvent de l'autorité législative du Parlement du Canada, les lois sur la preuve qui sont en vigueur dans la province où ces procédures sont exercées, y compris les lois relatives à la preuve de la signification d'un mandat, d'une sommation, d'une assignation ou d'une autre pièce s'appliquent à ces procédures, sauf la présente loi et les autres lois fédérales.

Cette règle doit être lue en conjonction avec celle de l'applicabilité constitutionnelle de principe des règles de preuve et de procédure provinciales devant les tribunaux provinciaux : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 528, par. VI-2.184 et VI-2.185. Autrement dit, dans un litige touchant le droit fédéral, les tribunaux provinciaux sont régis par le droit de la procédure et de la preuve provincial, hormis en cas d'incompatibilité avec des dispositions fédérales, alors que la prépondérance fédérale joue.

³³⁷ Par exemple, les expertises portant sur le même domaine de compétence que celui d'un marin assesseur d'un tribunal en matière d'amirauté demeurent interdites nonobstant le droit de la preuve du Québec. En effet, l'article 42 de la *Loi sur les Cours fédérales* (L.R.C. [1985], c. F-7), en préservant le droit maritime canadien, assure la prépondérance de cette règle d'inadmissibilité de common law : *Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais c. Belcan S.A.*, [1996] 2 C.F. 751 (CAF), par. 9 (le juge Pratte pour la majorité).

³³⁸ *Commission scolaire de Victoriaville c. La Reine*, préc., note 335, par. 9 ; *Desroches c. La Reine*, 2013 CCI 81, par. 39 ; *Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais c. Belcan S.A.*, préc., note 337, par. 7-8 (le juge Pratte pour la majorité). Voir aussi : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 71 et 90.

règle de *common law* qui peut prévaloir, notamment s'il s'agit d'une règle d'ordre public relevant du domaine du droit criminel, comme cela était le cas dans l'affaire *Bisaillon* (précitée) relativement à la règle de la non-divulgence de l'identité d'indicateurs de police. Les règles de preuve du Québec doivent être appliquées par les cours de justice avec la rigueur habituelle. Lorsque les recours en matière administrative sont exercés devant des tribunaux administratifs régis par la *Loi sur la justice administrative*, ces tribunaux jouissent d'une bonne part de discrétion dans l'application des règles de preuve du Québec : le tribunal « *est maître [...] de la conduite de l'audience* » et « *il peut [...] suivre les règles ordinaires de la preuve en matière civile* »³³⁹. [Notre soulignement]

Le droit de la preuve civile du Québec, et la *common law* lorsqu'elle est une source de ce droit, s'applique donc à titre supplétif aux questions de droit public en matière fédérale³⁴⁰. En revanche, ce caractère supplétif ne s'étend pas aux règles de procédure, laquelle est régie par la législation encadrant les tribunaux fédéraux et leurs règles de pratique³⁴¹.

C'est donc, en principe, ce régime qui s'applique aux enquêtes portant sur des questions constitutionnelles soulevées à l'occasion des litiges fédéraux.

C'est aussi le cas pour les renvois effectués par le gouverneur-en-conseil fédéral devant la Cour suprême du Canada³⁴². Cette forme d'avis consultatif fait exception à notre modèle de contrôle de constitutionnalité concret et *a posteriori*. Cette procédure est uniquement à la disposition des gouvernements et le contrôle épouse alors une forme plus objective et plus abstraite³⁴³. Cependant, bien que les faits y soient tout de même pertinents, aucun procès n'a habituellement été tenu, puisque la question est déferée directement devant le tribunal d'appel. Ainsi, la *Loi sur la Cour suprême* prévoit que les juges de cette Cour peuvent édicter des règles

³³⁹ *Commission scolaire de Victoriaville c. La Reine*, préc., note 335, par. 38.

³⁴⁰ De plus, le droit provincial le plus favorable à l'admissibilité de la preuve peut être utilisé par les cours fédérales : *Loi sur les Cours fédérales*, préc., note 337, par. 53(2) :

Par dérogation à l'article 40 de la *Loi sur la preuve au Canada* mais sous réserve de toute règle applicable en la matière, la Cour d'appel fédérale et la Cour fédérale ont le pouvoir discrétionnaire d'admettre une preuve qui ne serait pas autrement admissible si, selon le droit en vigueur dans une province, elle l'était devant une cour supérieure de cette province.

³⁴¹ *Desroches c. La Reine*, préc., note 338, par. 39. Ainsi, dans cette affaire, le tribunal a conclu que l'obligation d'alléguer un aveu extrajudiciaire ne s'appliquait pas devant les tribunaux fédéraux.

³⁴² *Loi sur la Cour suprême*, préc., note 313, art. 53.

³⁴³ Voir aussi : P. TAILLON et F. HÉNAULT, préc., note 13.

de pratique ou des ordonnances portant sur la résolution des questions de fait touchées³⁴⁴. Les *Règles de la Cour suprême du Canada* édictent donc que « la Cour peut, de sa propre initiative, exiger des éléments de preuve supplémentaires sur toute question qu'elle juge pertinente »³⁴⁵.

Cette preuve peut être faite par divers moyens, puisque le régime de la preuve nouvelle en Cour suprême permet qu'elle soit recueillie « soit par déposition, soit par affidavit, soit par interrogatoire, suivant les instructions de la Cour ou du juge »³⁴⁶. Cela confère, en principe, une grande liberté à la Cour dans les moyens de preuve à favoriser³⁴⁷. Toutefois, la tendance a été de préférer la preuve par déclaration (notamment d'expert), assermentée ou non, et ce, même à une époque où ce type de preuve était plus exceptionnel qu'aujourd'hui³⁴⁸.

Ainsi, le professeur Peter Hogg recense qu'au fil des différents renvois, la Cour a pu tirer des conclusions de fait de plusieurs manières³⁴⁹. Par exemple, dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*³⁵⁰, une déclaration non assermentée d'expert a été déposée conformément à une directive donnée aux parties par le juge en chef Laskin³⁵¹. Dans le renvoi sur les Esquimaux de 1939³⁵², une enquête a été tenue par le registraire de la Cour³⁵³. Des « Brandeis Brief », qui sont de simples écrits

³⁴⁴ *Loi sur la Cour suprême*, préc., note 313, al. 97(1)f).

³⁴⁵ *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, par. 46(2).

³⁴⁶ *Loi sur la Cour suprême*, préc., note 313, par. 62(3).

³⁴⁷ *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, préc., note 111, 722-723 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour) : « Il est préférable, à mon avis, de suivre la pratique établie dans le Renvoi sur la Loi anti-inflation et, le moment venu, de donner des directives établissant que la preuve ou les documents étrangers soient admis pour servir les fins de la Cour dans un renvoi donné ». Voir aussi : D. PINARD, préc., note 32, 324.

³⁴⁸ Au Québec, la déclaration assermentée est maintenant la règle pour les pourvois en contrôle judiciaire de constitutionnalité en vertu du C.p.c. (art. 106 al. 2), comme l'est le témoignage d'expert par écrit (art. 293). La preuve par déclaration non assermentée est maintenant permise de manière générale pour les faits secondaires au litige : C.p.c., art. 292.

³⁴⁹ P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-16 et suiv. De plus, dans certains renvois en matière criminelle, la Cour a parfois entendu elle-même des témoins assermentés.

³⁵⁰ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2.

³⁵¹ P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-16 ; P. W. HOGG, préc., note 4, 400.

³⁵² *Reference as to whether "Indians" includes in s. 91 (24) of the B.N.A. Act includes Eskimo in habitants of the Province of Quebec*, [1939] S.C.R. 104.

³⁵³ P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-17.

rapportant des faits, ont aussi été déposés à quelques reprises³⁵⁴. Nous reviendrons en profondeur sur cette question dans les titres 2 et 3, alors que nous explorerons les moyens d'établissement des faits.

Cette situation d'un droit de la preuve fédéral complété par des dispositions provinciales se distingue des matières criminelles et pénales, où le droit fédéral est davantage autosuffisant.

1.1.2.2 *Les sources des règles de preuve en matière criminelle et pénale*

En matière criminelle, seuls la common law et ses altérations, codifications ou aménagements opérés par la *Loi sur la preuve au Canada*, par le *Code criminel* ou par d'autres lois fédérales sont applicables.

L'article 40 de la *Loi sur la preuve au Canada* permet d'appliquer le droit de la preuve d'une province dans une instance fédérale. Or, celui-ci n'a aucun effet en droit criminel, puisque le paragraphe 8(2) du *Code criminel*, en préservant la common law d'Angleterre, écarte le droit légiféré provincial qui lui est incompatible³⁵⁵. Le droit de la preuve civile du Québec, qui trouve davantage sa source dans les lois du Parlement que ses semblables des autres provinces, est donc inapplicable aux questions constitutionnelles soulevées dans les instances criminelles. Ainsi, le secret professionnel de droit québécois³⁵⁶, plus généreux en termes d'exclusion de la preuve que la common law, est inapplicable aux instances criminelles³⁵⁷. Autrement dit, le droit de la preuve criminel est un corps de règles autosuffisant.

³⁵⁴ P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-17. Aux États-Unis, cette procédure vise à faciliter la connaissance d'office : P. W. HOGG, préc., note 4, 395 ; A. N. YOUNG, préc., note 200, 636.

³⁵⁵ *Marshall v. The Queen*, [1961] S.C.R. 123, 127 (le juge en chef Kerwin pour les juges Taschereau et Judson) et 129 (le juge Cartwright pour les juges Locke et Judson) ; *R. v. R.S.M.*, 1994 CanLII 10492 (NL SC), par. 30.

³⁵⁶ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 1278 ; *Glegg c. Smith & Nephew Inc.*, [2005] 1 R.C.S. 724, 2005 CSC 31, par. 24 (le juge LeBel pour la Cour).

³⁵⁷ Pierre LAPOINTE, « Privilèges et règles de la confidentialité », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit pénal - Preuve et procédure pénales », fasc. 25.1, par. 3.

En droit pénal québécois, la procédure et la preuve criminelles ont une influence considérable, et les sources que nous venons de citer s'y appliquent par le renvoi de l'article 61 du *Code de procédure pénale*. Il existe cependant une incertitude quant à la nature exacte de ce renvoi. Remplace-t-il entièrement le droit de la preuve civile québécois ou ne fait-il qu'ajouter le droit fédéral à titre supplétif ? Ici, au moins deux approches doivent être distinguées.

D'un côté, les juges Pierre Béliveau, Martin Vauclair et M^e Tristan Desjardins affirment que le droit de la preuve fédéral est supplétif³⁵⁸, ce qui sous-entend qu'il s'ajoute à la législation québécoise sauf incompatibilité. De l'autre, pour le juge Guy Cournoyer, cet article n'est pas « une indication du droit supplétif applicable, mais une forme de législation par renvoi qui implique la préséance du droit de la preuve fédérale en matière criminelle sur les règles de preuve d'application générale prévues dans la législation québécoise »³⁵⁹.

Deux hypothèses ressortent alors. Dans la première, la preuve pénale est régie d'abord par le *Code de procédure pénale* du Québec et par la législation québécoise, puis par le droit criminel qui les complète. Dans la deuxième, la preuve pénale est régie par le *Code de procédure pénale* et le droit criminel, à l'exclusion de toute règle d'application générale de droit québécois.

L'état du droit recoupe ces deux hypothèses. D'abord, le droit de la preuve civile d'application générale est inapplicable en matière pénale. Dans *Location Rompré*³⁶⁰, alors qu'une partie à une instance pénale voulait procéder à

³⁵⁸ P. BÉLIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 164, p. 55, par. 133 :

Quant aux infractions provinciales, dont nous ne traiterons pas dans le présent ouvrage, la législature a adopté un *Code de procédure pénale* dont certaines parties sont largement inspirées du *Code criminel*. De même, il faut souligner que la common law demeure applicable, sauf incompatibilité avec la loi provinciale. Enfin, l'article 61 du Code de procédure pénale précise qu'en matière de preuve, le droit fédéral joue un rôle supplétif en cas d'absence de règle pertinente. Il en résulte que, malgré certaines différences, le droit provincial est relativement près du droit fédéral, tant dans sa philosophie que dans ses mécanismes. [Notre soulignement]

Sur le « caractère supplétif » du droit fédéral en matière de preuve pénale, voir aussi : DIRECTEUR DES POURSUITES CRIMINELLES ET PÉNALES, préc., note 251, p. 75.

³⁵⁹ G. LÉTOURNEAU et G. COURNOYER, préc., note 251, p. 132.

³⁶⁰ *Location Rompré ltée c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [2000] J.Q. no 5548, 2000 CanLII 6466, par. 23 et suiv. (le juge Rochette pour la Cour).

l'interrogatoire d'un déclarant (affiant) en invoquant le *Code de procédure civile*, la Cour d'appel a exclu cette possibilité en affirmant que, même dans un cas de contrôle judiciaire, le droit de la procédure et de la preuve pénale est, en quelque sorte, autosuffisant.

Ensuite, les règles de preuve prévues dans les lois particulières du Québec s'appliquent, à tout le moins, aux infractions prévues par ces mêmes lois, selon le texte de l'article 61 du *Code de procédure pénale*. Ainsi, par exemple, le secret du vote prévu à l'article 359 de la *Loi électorale*³⁶¹ du Québec s'applique avec certitude lors des procédures pour les infractions au droit électoral québécois.

Finalement, même si les règles de preuve d'« application générale » prévues par le *Code civil du Québec* et le *Code de procédure civile* sont inapplicables en matière pénale, certaines de ces règles sont des codifications de la common law, comme nous le verrons dans la section suivante. Ces règles s'appliquent donc en matière pénale.

1.1.2.3 Les sources des règles de preuve en matière civile³⁶²

En droit civil québécois, les règles de preuve sont tirées du droit légiféré, dont principalement le livre VII du *Code civil du Québec*, le *Code de procédure civile* et la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁶³. Accessoirement, la common law joue un rôle complémentaire et limité, puisque son essentiel a déjà été codifié ou modifié par la législation³⁶⁴.

Après l'édition du *Code civil du Québec*, un courant voulait que le droit de la preuve civile québécois se soit définitivement coupé de ses sources historiques, tant de la common law que de l'ancien droit français, au profit de l'exclusivité du

³⁶¹ *Loi électorale*, RLRQ, c. E-3.3, art. 359. Son texte lui donne même une portée générale en droit québécois.

³⁶² Certains passages de cette section sont tirés de J. FOURNIER, préc., note 258, 475 et suiv.

³⁶³ *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 183, art. 9 et art. 38.

³⁶⁴ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 72 et suiv. (voir aussi : par. 1178-1179 et 1181).

droit légiféré. Le professeur Léo Ducharme était un important défenseur de cette interprétation³⁶⁵.

À l’opposé, les professeurs Jean-Claude Royer et Sophie Lavallée (plus tard juge de la Cour d’appel) reconnaissent à la common law un rôle interprétatif et complémentaire³⁶⁶. Or, en 2010, l’arrêt *Globe and Mail* (une affaire sur le privilège journalistique) a tranché au profit de cette dernière opinion. Dans cet arrêt, le juge LeBel écrit :

Toutefois, bon nombre de règles de procédure et de preuve — comme celles portant sur les témoignages, l’administration de la justice et l’exclusion de la preuve, par exemple — trouvent leur origine dans les règles anciennes de common law [...]. Si la mixité du droit de la procédure et de la preuve au Québec, et en particulier la source de common law de diverses règles d’exclusion de la preuve, est dûment reconnue, il est difficile d’admettre que les principes juridiques de common law ne sauraient jouer aucun rôle résiduel dans l’évolution de cet aspect du droit québécois. Après tout, le Québec est une province de droit mixte. Si une règle juridique découle en définitive de la common law, il demeure logique de recourir à celle-ci dans l’interprétation et l’élaboration de cette même règle en droit civil³⁶⁷. [Notre soulignement]

³⁶⁵ L. DUCHARME, préc., note 89, p. 5 ; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 253, par. 42 (le juge LeBel pour la Cour). Voir : *Promutuel Drummond, Société Mutuelle D’Assurance Générale c. Gestions Centre du Québec Inc.*, 2002 CanLII 41139 (QC CA), par. 41 (le juge Chamberland pour le juge Robert). La reconnaissance de la source de common law du droit de la preuve civile québécois a aussi été critiquée par François DEMERS, « Commentaire sur la décision *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)* – Une grande demi-victoire pour les journalistes ? », *Repères*, Novembre 2010, *La Référence*, EYB2010REP995.

³⁶⁶ *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 253, par. 42 (le juge LeBel pour la Cour) ; Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 4^e éd. par Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 943, par. 1043 :

Par ailleurs, les règles concernant les communications privilégiées relèvent principalement du droit public et de l’administration de la preuve. Aussi, même dans les matières civiles de compétence provinciale, les tribunaux se sont appuyés sur la common law non seulement pour interpréter des règles ayant leur source dans le droit anglais, mais aussi pour reconnaître l’existence d’un privilège qui n’était pas formellement énoncé dans un texte législatif. [...] Aussi, en l’absence d’une disposition législative affirmant clairement l’impossibilité de le faire, il est possible que les tribunaux continuent parfois de se référer au droit français et au droit anglais pour compléter les règles énoncées dans le Code civil du Québec ou le Code de procédure civile. [Notre soulignement]

Voir cependant : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 1261.

³⁶⁷ *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 253, par. 40 à 45 (le juge LeBel pour la Cour). La porte vers cette « reconnexion » à la common law avait déjà été ouverte dans *Lac d’Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51, par. 28 et suiv. (le juge LeBel pour la Cour). Voir aussi : *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 69, par. 33 (les juges LeBel et Wagner pour la majorité) ; *Prud’homme c. Prud’homme*, préc., note 257,

Ainsi, la common law demeure une source résiduelle du droit de la preuve civile québécois. Son importance historique est considérable, comme le confirme d'ailleurs le juge LeBel lorsqu'il est question des règles du témoignage et de celles portant sur l'administration de la justice³⁶⁸.

La source anglaise de certaines règles québécoises portant sur l'administration de la justice avait antérieurement déjà été reconnue. Par exemple, dans *Chaput c. Romain*, qui portait sur l'immunité de la Couronne face à la responsabilité civile, le juge Kellock avait affirmé :

Lareau, in his « Histoire du Droit Canadien », says at p. 54:

Le changement de domination, subi en 1760 par la conquête et en 1763 par la cession définitive du Canada à l'Angleterre, a introduit dans la colonie le droit public anglais. Le droit public et politique du vainqueur remplace le droit public de la nation conquise, quand bien même elle conserverait son droit privé.

Questions which concern the relation of the subject to the administration of justice in its broadest sense are part of the public law and, therefore, governed by the law of England and not by that of France³⁶⁹. [Notre soulignement]

Pour le juge Kellock, l'administration de la justice, dans son sens le plus large, appartient au droit public, et ses règles sont donc tirées du droit anglais qui a remplacé, lors de la Conquête, l'ancien droit français en vigueur en Nouvelle-France³⁷⁰.

Le départage de la filiation et des sources historiques du *Code de procédure civile* et du droit judiciaire entre les anciens droit français et anglais est évidemment

par. 46 (les juges L'Heureux-Dubé et LeBel pour la Cour) ; *Commission scolaire de Victoriaville c. Canada*, préc., note 335, par. 38 (le juge Archambault) ; Louis LEBEL et Pierre-Louis LE SAULNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47 *C. de D.* 179, au titre 2.2.4.

³⁶⁸ Le professeur Royer a eu tendance à parler d'administration *de la preuve* plutôt que *de la justice* lorsqu'il s'agissait de rappeler cette source historique. Voir par ex. : J.-C. ROYER, préc., note 366, p. 943, par. 1043, cité *supra*, note 366.

³⁶⁹ *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834, 854 (le juge Kellock pour le juge Rand).

³⁷⁰ Voir, au même effet : J.-C. ROYER, préc., note 366, p. 943, par. 1043, cité *supra*, note 366.

complexe, comme l'a prouvé l'étude du professeur Jean-Maurice Brisson³⁷¹. Cependant, ce dernier démontre, à tout le moins, que le droit de la preuve a subi une influence plus forte et une « implantation » plus « massive » du droit anglais que d'autres domaines du droit judiciaire, notamment en raison de l'introduction du procès par jury en matière civile³⁷².

Ainsi, pour ce qui est du témoignage, la Cour suprême a reconnu l'existence de la règle de la prohibition du ouï-dire au Québec, même si cette règle ainsi que ses exceptions, issues de la common law³⁷³, étaient implicites à l'ancien *Code de procédure civile*³⁷⁴. Le juge Pigeon a alors affirmé, bien que « [c]'est un droit codifié qu'il s'agit d'interpréter »³⁷⁵, que « la codification a laissé subsister beaucoup de droit antérieur »³⁷⁶. Par conséquent, même si l'interdiction du ouï-dire n'était pas explicite dans le texte du code, les tribunaux l'ont implicitement dérivée de la common law d'Angleterre qui est toujours censée jouer un rôle résiduel en ces matières.

Le témoignage d'expert est également régi, de manière supplétive, par des règles de common law³⁷⁷. Les critères de l'arrêt *Mohan*³⁷⁸, une décision phare pourtant rendue en matière criminelle, s'y appliquent. Il en va de même des règles non écrites prohibant l'expertise en droit. Dans le récent *Renvoi à la Cour d'appel du Québec portant sur la validité constitutionnelle des dispositions de l'article 35 du*

³⁷¹ Jean-Maurice BRISSON, *La formation d'un droit mixte. L'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Éditions Thémis, 1986, p. 163.

³⁷² *Id.*, p. 45-46. Même dans l'hypothèse où il aurait survécu à la réception du droit public anglais lors de la Conquête, l'ancien droit français de la procédure et de la preuve civile a été passablement changé par des dispositions de la législature coloniale, des règles de pratique des tribunaux et des jugements : *id.*, p. 63.

³⁷³ *Royal Victoria Hospital et al. c. Morrow*, préc., note 255, 508-509 (le juge Pigeon pour la Cour) ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 513 et 726. Voir aussi, sur le rapport entre la common law sur l'indicateur de police et la codification de la procédure civile : *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, 98 et 102-103 (le juge Beetz pour la Cour).

³⁷⁴ Art. 294 a.C.p.c., maintenant à l'art. 279 C.p.c. Voir aussi l'art. 2843 C.c.Q.

³⁷⁵ *Royal Victoria Hospital et al. c. Morrow*, préc., note 255, 508 (le juge Pigeon pour la Cour).

³⁷⁶ *Id.*

³⁷⁷ INSTITUT NATIONAL DE LA MAGISTRATURE, préc., note 114, p. 20 ; Shana CHAFFAI-PARENT, *Repenser la nature juridique de l'expertise dans l'instance civile*, Mémoire de maîtrise en droit, Faculté de droit de l'Université de Montréal, 2018, p. 31, note 152.

³⁷⁸ *R. c. Mohan*, préc., note 114. Les articles 231 et suivants du C.p.c. réfèrent à certains de ces critères, dont la compétence de l'expert (art. 231) et la nécessité (art. 232).

Code de procédure civile qui fixent à moins de 85 000 \$ la compétence pécuniaire exclusive de la Cour du Québec et sur la compétence d'appel attribuée à la Cour du Québec, la Cour d'appel du Québec s'est montrée liée par les règles concernant l'expert en droit fixées dans l'arrêt *Comeau* de la Cour suprême du Canada, même si cet arrêt avait été rendu dans un contexte pénal provincial au Nouveau-Brunswick³⁷⁹. Encore une fois, la common law joue un rôle supplétif en droit québécois pour interpréter et compléter les codes.

La règle de la pertinence est également tirée de la common law. Cette règle générale délimitant la portée de la communication préalable de la preuve³⁸⁰ et des procès³⁸¹ s'applique à tous les domaines du droit canadien³⁸². La professeure Catherine Piché écrit :

Au Québec, les tribunaux s'inspirent principalement de la doctrine et de la jurisprudence anglaises, même dans les matières civiles de compétence provinciale, car nos règles d'administration de la preuve ont été fortement imprégnées par le droit anglais. L'absence de définition formelle de la pertinence, l'appréciation subjective de cette notion par les mêmes cours siégeant tantôt dans les matières fédérales, tantôt dans les matières provinciales et l'utilité pratique d'établir des normes uniformes ont accentué l'influence prépondérante de la common law³⁸³. [Notre soulignement]

Les différentes facettes de cette règle, que nous explorerons à la section 1.3, s'appliquent donc aux instances fédérales, criminelles, pénales et civiles.

³⁷⁹ *Renvoi à la Cour d'appel du Québec portant sur la validité constitutionnelle des dispositions de l'article 35 du Code de procédure civile qui fixent à moins de 85 000 \$ la compétence pécuniaire exclusive de la Cour du Québec et sur la compétence d'appel attribuée à la Cour du Québec*, 2019 QCCA 1492, par. 17 (*per curiam*).

³⁸⁰ *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 69, par. 30 (les juges LeBel et Wagner pour la majorité); *Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Company*, 1993 CanLII 4242 (QC CA). Sur la pertinence lors des interrogatoires au préalable, voir aussi : C.p.c., art. 228.

³⁸¹ C.c.Q., art. 2857.

³⁸² *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 CSC 20, par. 57 (la juge Karakatsanis pour la Cour). Dans cet arrêt portant sur la communication de documents provenant de la Colombie-Britannique, la juge Karakatsanis a cité le traité de preuve civile québécoise de la professeure Catherine Piché pour définir la pertinence. Cela démontre que cette règle est la même dans tous les domaines de droit et à l'échelle canadienne.

³⁸³ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 211. Voir aussi : *Fédération autonome de l'enseignement c. Commission scolaire de Laval*, préc., note 146, par. 56 (la juge Bich pour la majorité).

La connaissance d'office des faits est également régie par la common law telle qu'elle a été codifiée à l'article 2808 du *Code civil du Québec*³⁸⁴. Le ministre de la Justice, dans ses commentaires, rappelle que cette règle de common law, qui n'était pourtant pas codifiée dans le *Code civil du Bas-Canada*³⁸⁵, était reconnue par le droit jurisprudentiel. Il écrit : « Cet article introduit au Code civil une règle généralement reconnue par le droit antérieur et qui tire son origine de la common law, comme les autres règles relatives à la connaissance judiciaire »³⁸⁶.

La norme de preuve civile est aussi la même qu'en common law³⁸⁷, l'article 2804 C.c.Q. codifiant une règle prétorienne³⁸⁸.

Dans tous ces cas, il s'agit de bien plus que de « simples emprunts mal avisés à la common law »³⁸⁹ qui s'incrument dans le droit civil, pour reprendre les mots du professeur Daniel Jutras. En vérité, ce sont des règles dont les sources historiques et formelles s'enracinent profondément dans la common law depuis la Conquête³⁹⁰.

³⁸⁴ D. PINARD, préc., note 71, 93 ; D. PINARD, préc., note 32, 325-326 ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 256, art. 2808 ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 93.

³⁸⁵ *Code civil du Bas-Canada*, 1865, c. 41 (Province du Canada).

³⁸⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 256, art. 2808. Voir aussi : Claude FABIEN, « L'utilisation par le juge de ses connaissances personnelles dans le procès civil », (1987) 66 (3) *Revue du Barreau canadien* 433, 436.

³⁸⁷ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 167 : « Dans les autres domaines [que le droit criminel et pénal], en droit civil québécois comme en common law, le tribunal décide selon la balance des probabilités. À ce propos, l'article 2804 C.c.Q. codifie une règle depuis longtemps établie par la jurisprudence ».

³⁸⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 256, art. 2804.

³⁸⁹ Daniel JUTRAS, « Regard sur la common law au Québec : perspective et cadrage », (2008) 10 *R.C.L.F.* 311, 324. Voir aussi : Daniel JUTRAS, « Cartographie de la mixité : la common law et la complétude du droit civil au Québec », (2009) 88 *Revue du Barreau canadien* 247, 256.

Nous réfutons donc la thèse de Giacomo Marchisio, qui affirme que « [l]e droit de la preuve civile québécois constitue un exemple flagrant d'acculturation du droit » : Giacomo MARCHISIO, « La règle de la meilleure preuve dans le procès civil », (2018) 48 *R.D.U.S.* 1, 5.

³⁹⁰ En plus de ces institutions du droit de la preuve qui font l'objet de la présente thèse, il faut ajouter que certains privilèges applicables en matière civile au Québec ont un fondement directement prétorien, comme le privilège relatif au litige, le secret du délibéré, le privilège de l'indicateur de police et les privilèges au cas par cas suivant le test de Wigmore : *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 69, par. 33 (les juges LeBel et Wagner pour la majorité) ; Sébastien GRAMMOND, « La justice secrète : information confidentielle et procès civil », (1996) 56 *R. du B.* 437, *La Référence*, EYB1996RDB37, p. 11 ; *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, [2016] 2 *R.C.S.* 521, 2016 CSC 52, par. 20 (le juge Gascon pour la Cour) ; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 253, par. 49 et 53 (le juge LeBel pour la Cour) ; *Centre de lutte contre l'oppression des genres (Centre for Gender Advocacy) c. Québec (Procureure générale)*, 2016 QCCS 5161 (sources du chercheur) ; *Lefrançois c. Garde côtière*

De nouveaux appels à l'évacuation ou à la rupture avec les règles de common law du droit de la preuve civile du Québec pourraient s'appuyer sur la réforme du *Code de procédure civile* en 2016. La nouvelle disposition préliminaire du *Code* consacre que « le Code s'interprète et s'applique comme un ensemble, dans le respect de la tradition civiliste »³⁹¹. Commentant ce passage, la professeure Catherine Piché affirme néanmoins que le droit judiciaire québécois déborde du droit légiféré. Elle écrit :

De plus, à travers les diverses codifications en procédure civile québécoise, de 1867 à aujourd'hui, il est devenu clair, et éventuellement reconnu par la majorité de la Cour suprême du Canada, que le droit judiciaire déborde du Code. Ce débordement est confirmé à la lecture des articles 25 et 49 du Nouveau Code, qui veulent que la procédure soit la servante du droit substantiel et que le tribunal puisse suppléer au Code. C'est donc dire qu'il existe en dehors du Code des règles de droit judiciaire qui le complètent³⁹². [Notre soulignement]

Il subsiste donc des règles jurisprudentielles supplétives pouvant compléter au besoin le *Code*.

Il faut voir³⁹³, dans « le respect de la tradition civiliste »³⁹⁴, le reflet de l'avertissement donné par le juge LeBel dans l'arrêt *Lac d'Amiante* (qui portait sur la confidentialité de l'interrogatoire au préalable), alors qu'il affirmait que « [l]a création des règles de droit [de la procédure civile] appartient [...] principalement au législateur »³⁹⁵. Cet avertissement n'a toutefois pas empêché la Cour, au même moment, d'intégrer au droit québécois une nouvelle règle de common law prévoyant la confidentialité des interrogatoires au préalable.

auxiliaire canadienne (Québec) inc., 2018 QCCS 228 (enquête menant à la suspension de bénévoles – refus de reconnaître un privilège). Voir aussi, sur les privilèges et immunités de divulgation : J. FOURNIER, préc., note 258.

³⁹¹ C.p.c., disposition préliminaire, al. 3. Voir : F. CÔTÉ, préc., note 62, aux p. 183 et suiv. ; Rosalie JUKIER, « The Impact of Legal Traditions on Quebec Procedural Law: Lessons from Quebec's New Code of Civil Procedure », (2015) 93 *Can. B. Rev.* 211, 237 et suiv.

³⁹² C. PICHÉ, préc., note 253, 175.

³⁹³ *Id.*, 176-177.

³⁹⁴ C.p.c., disposition préliminaire, al. 3.

³⁹⁵ *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858 — 0702 Québec Inc.*, préc., note 367, par. 35 (le juge LeBel pour la Cour).

De même, les propos du professeur Pierre Lemieux sur la relation entre la disposition préliminaire et le pourvoi en contrôle judiciaire (un autre pan de la procédure civile québécoise de source anglaise) sont instructifs. La tradition d'interprétation civiliste impose un devoir de respect face au droit écrit et codifié, sans toutefois commander l'aveuglement du juge face aux sources historiques d'une règle, d'une institution ou d'une disposition³⁹⁶. Pour prescrire un tel aveuglement, une disposition législative expresse aurait été nécessaire³⁹⁷.

Notons au surplus que certaines règles de preuve d'importance tirées de la common law, particulièrement en matière de privilèges et d'immunités de divulgation, ne pourront être écartées par le Parlement que par des dispositions expresses³⁹⁸. Cela détonne avec la méthode d'interprétation civiliste et codifiée, comme l'a montré le juge Granosik de la Cour supérieure du Québec³⁹⁹. Commentant l'arrêt *Lizotte*⁴⁰⁰ de la Cour suprême du Canada dans le contexte d'une affaire où la Cour supérieure devait trancher la priorité entre l'article 1621 C.c.Q sur les dommages punitifs et le privilège relatif aux négociations de règlement⁴⁰¹, il écrit :

³⁹⁶ Pierre LEMIEUX, « Le pourvoi en contrôle judiciaire », dans Denis FERLAND et Benoît EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, par. 2-1284 : « Même si le *Code de procédure civile* s'inscrit dans le droit écrit et codifié régi par une tradition d'interprétation civiliste, le recours mettant en œuvre le pouvoir de contrôle judiciaire, étant d'origine britannique, doit s'interpréter à la lumière de la common law ».

³⁹⁷ *Id.*, par. 2-1285.

³⁹⁸ *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, préc., note 390, par. 56-57 (le juge Gascon pour la Cour).

³⁹⁹ Ce débat sur le rapport entre l'écrit et le non écrit en matière de procédure et de preuve remonte, en définitive, à la Conquête : J.-M. BRISSON, préc., note 371, p. 77.

⁴⁰⁰ *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, préc., note 390.

⁴⁰¹ *N. Turenne Brique et pierre inc. c. FTQ-Construction*, 2019 QCCS 4165, par. 9 :

Il n'est pas nécessaire, car personne ne le conteste, de revenir sur l'importance de préserver la confidentialité de la négociation menant à une transaction entre deux parties à un litige réel ou éventuel ainsi que de la transaction elle-même. Il serait aussi superflu de paraphraser le C.c.Q. pour réitérer l'évidence de devoir vérifier si la partie condamnée assumera réellement ou seule une condamnation à des dommages punitifs. Cela dit, deux visions s'affrontent et elles sont mutuellement exclusives. Aucune exception particulière au privilège ne s'applique ni n'est plaidée, sauf le principe codifié à l'article 1621 C.c.Q. Il est enfin manifeste que ce dernier ne traite pas d'un quelconque privilège générique ou encore des exceptions à un tel privilège. La véritable question est plutôt de savoir si cette disposition du Code civil du Québec doit ou devrait le faire de façon explicite. [Notre soulignement]

De toute évidence, dans ce passage, la Cour suprême du Canada subordonne résolument le droit codifié à un processus de modification de règles de common law d'importance fondamentale, tel un privilège générique. Elle écarte ainsi l'application du *Code de procédure civile* en concluant que celui-ci aurait dû être amendé afin de se soustraire à l'application d'un privilège. On peut dire qu'ainsi, la Cour suprême du Canada sonne le glas de l'interprétation civiliste de notre droit de la procédure mais aussi, dans une certaine mesure, de celui de la preuve. Le Tribunal doit suivre ce précédent⁴⁰².

Même s'il aurait préféré donner priorité à l'article 1621 C.c.Q., le juge Granosik s'est rangé derrière la règle exigeant la modification expresse des règles de preuve d'importance en common law. À la défense de cette règle d'interprétation énoncée par la Cour suprême du Canada, il faut reconnaître qu'elle empêche le juge d'utiliser une disposition législative quelconque consacrant la pertinence d'un fait (comme l'article 1621) pour écarter une règle de preuve prétorienne reconnue. Encore une fois, ce raisonnement illustre non seulement l'application des règles non écrites de common law en preuve civile québécoise, mais également d'une méthode typiquement anglaise d'interprétation des *statutes*.

Ajoutons aussi que le défaut de reconnaître la source de common law d'une partie des règles de la preuve civile québécoise empêche le juriste de bien comprendre les origines et évolutions des normes et de résoudre les « difficultés sémantiques, sinon conceptuelles qui continuent de marquer la vie de ce secteur du droit ⁴⁰³ », comme le souligne à juste titre le juge LeBel. Après tout, il est impératif de comprendre quelles règles de common law les codes ont repris, quelles règles demeurent sous-jacentes ou non écrites, quelles règles ont été modifiées, et quelle architecture ces opérations ont donné au droit québécois de la preuve civile.

⁴⁰² *Id.*, par. 22. Voir aussi, sur la relation entre le Code civil et la common law publique : *Maltais c. Procureure générale du Québec*, 2020 QCCA 715, par. 68 et suiv. (la juge Gagné pour la Cour) (demande d'autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 28-01-2021, 39315).

⁴⁰³ *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456, 2004 CSC 18, par. 23 (le juge LeBel pour la Cour) ; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 253, par. 40 (le juge LeBel pour la Cour).

Cependant, tant du point de vue de la hiérarchie des sources (la souveraineté du Parlement du Québec sur les règles de common law⁴⁰⁴) que du point de vue de l'importance numérique des règles légiférées (ou codifiées), la législation demeure la source première des règles de preuve civile québécoises. La thèse de Léo Ducharme, qui soutenait la coupure avec la common law, ne peut s'appliquer que si on la conçoit « sous réserve d'exceptions ».

Ce sont donc l'ensemble de ces sources, légiférées et prétorienne, qui régissent la preuve relative aux questions constitutionnelles soulevées en défense à une demande introductive d'instance ou par une demande en pourvoi en contrôle judiciaire en vertu de l'article 529 du *Code de procédure civile*⁴⁰⁵. La preuve faite lors d'un renvoi en Cour d'appel en vertu de la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*⁴⁰⁶ est aussi régie par ces sources⁴⁰⁷.

La nature constitutionnelle du litige ne le soustrait donc pas au *Code de procédure civile*, ni au principe de proportionnalité des moyens de preuve que ce dernier contient⁴⁰⁸. À titre d'exemple, dans l'affaire *Truchon*, alors que les procureurs généraux du Québec et du Canada demandaient de produire plus d'une expertise par matière ou discipline⁴⁰⁹, la Cour supérieure a insisté sur l'application du droit commun aux instances constitutionnelles. La juge Baudoin écrit :

Le Tribunal reconnaît l'importance d'administrer en l'instance une preuve de faits législatifs et sociaux. Celle-ci n'est toutefois pas illimitée et doit être tempérée par les règles qui régissent la gestion et l'instruction de l'instance

⁴⁰⁴ Sur la souveraineté du Parlement sur les règles de preuve de common law, voir : *Babcock c. Canada (Procureur général)*, préc., note 143, par. 54-57 (la juge en chef McLachlin pour la majorité).

⁴⁰⁵ C.p.c., art. 529 al. 1 par. 1.

⁴⁰⁶ *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, préc., note 313. Bien que les juges de la Cour d'appel soient habilités à adopter un règlement de procédure destiné à régir les renvois (art. 2), aucune disposition des règlements de procédure de la Cour ne régit la preuve dans cette situation.

⁴⁰⁷ Les dispositions préliminaires du C.c.Q. et du C.p.c. consacrent leur vocation à compléter les lois particulières lorsqu'elles sont silencieuses, ce qui est le cas de la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, préc., note 313, en ce qui concerne les règles de preuve. Sur l'application du droit de la preuve en matière d'expertises aux renvois en Cour d'appel, voir : *Renvoi [...] portant sur la validité [...] de l'article 35 du Code de procédure civile [...]*, préc., note 379, par. 4 et suiv. (*per curiam*).

⁴⁰⁸ Voir aussi : *Benoit-Gagné c. Procureure générale du Québec*, 2019 QCCS 4429, par. 40. La Cour supérieure a alors prononcé l'irrecevabilité d'une demande en inconstitutionnalité des règles de l'union civile, notamment en vertu du principe de proportionnalité.

⁴⁰⁹ C.p.c., art. 232 al. 2.

devant nos tribunaux de même que par la nature même du litige. De l'avis du Tribunal, le seul fait qu'il s'agisse d'un litige constitutionnel ne peut automatiquement le soustraire à l'application des dispositions du Code de procédure civile⁴¹⁰. [Notre soulignement]

Cette permission de produire un nombre limité d'expertises n'a pas été accordée parce que le litige était en matière constitutionnelle, mais parce que les questions soulevées étaient importantes et complexes.

Conclusion sur les voies procédurales d'enquête en matière constitutionnelle

La preuve criminelle et pénale est régie essentiellement par des règles de common law telles que modifiées par le Parlement fédéral, tandis que la preuve civile est régie par le droit de la preuve civile figurant principalement au *Code civil du Québec* et au *Code de procédure civile*. La preuve en matière fédérale pourra, de manière supplétive à la *Loi sur la preuve au Canada*, être régie par le droit de la preuve civile lorsque l'affaire émane du Québec, alors qu'elle est régie par la common law et les lois provinciales lorsque l'affaire émane d'une autre province. C'est à partir de ces régimes « ordinaires » que notre thèse mesure les variations ou la souplesse du droit de la preuve régissant les questions constitutionnelles.

Comme nous l'avons vu, ces régimes « ordinaires » sont apparentés. L'opposition entre le droit civil et la common law à titre de droit commun de la preuve n'est donc pas aussi frontale qu'on pourrait le penser *a priori*. En particulier, dans l'essentiel des domaines du droit de la preuve où des variations semblent apparaître en matière constitutionnelle, soit la pertinence, la norme de preuve, la connaissance d'office et le témoignage, la source historique des règles du droit civil est, sauf exception, la common law. Ainsi, bien que les parlements aient pu, dans leurs champs de compétence, déroger à la common law — et qu'il faille prendre acte de ces dérogations —, ces domaines sont, en toutes matières, régies par un « fond » conceptuel et normatif commun.

⁴¹⁰ *Truchon c. Procureur général du Canada*, préc., note 63, par. 20 (la juge Baudouin).

À notre humble avis, la jurisprudence et la doctrine ne devraient pas avoir honte, ou exprimer de la retenue, à revenir aux sources de common law des règles de preuve ou de procédure codifiées dans la législation québécoise. Bien que les tribunaux québécois n'aient pas la latitude de leurs homologues des provinces anglo-canadiennes pour créer de nouvelles règles probatoires ou procédurales, il est impossible d'appliquer avec cohérence et constance les règles de preuve issues de la common law sans comprendre leur esprit. Cet esprit ne se trouve pas exprimé clairement et entièrement dans le livre *De la preuve* et dans le *Code de procédure civile*. Il faut donc retourner à la jurisprudence et à la doctrine anglo-canadiennes.

1.2 Les variations dans l'admissibilité des faits en matière constitutionnelle

Ce qu'il faut établir dans un litige constitutionnel est dicté par le droit constitutionnel substantiel.

La libéralisation de la preuve est une affaire de « portée » de l'enquête sur les faits législatifs et sociaux, et la « souplesse » du droit de la preuve en cette matière en est la conséquence. Cette analyse des variations dans l'admissibilité des faits en matière constitutionnelle est préalable à l'évaluation de variations potentielles entre les instances constitutionnelles et ordinaires dans l'application de la règle de preuve de la pertinence (section 1.3).

Historiquement, les faits législatifs et sociaux avaient une admissibilité limitée devant les tribunaux britanniques et canadiens. Toutefois, les affaires constitutionnelles ont progressivement élargi leur recevabilité⁴¹¹. Cette libéralisation de l'admissibilité des faits a suivi une courbe historique qui peut s'analyser en trois périodes. Ces périodes, difficiles à trancher avec précision, restent approximatives : elles sont caractéristiques d'un certain état du droit constitutionnel, ou plutôt d'une certaine conception du rapport entre le droit constitutionnel et les faits. Le passage d'une période à l'autre reste progressif.

La première (1.2.1), qui s'étend de la Confédération jusqu'à la montée du constitutionnalisme, est caractérisée par une utilisation limitée, voire nulle, des faits sociaux et législatifs pour interpréter et appliquer les textes constitutionnels. La deuxième (1.2.2), qui couvre la période des années 1970-1980, consacre l'admissibilité partielle des faits pour cet exercice. La troisième (1.2.3), celle du droit contemporain, compartimente les domaines (et même chaque règle) du droit constitutionnel pour voir varier, selon ces domaines (ou ces règles), l'admissibilité ou le poids des faits dans l'interprétation et l'application des règles constitutionnelles.

⁴¹¹ R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 1.15.

Dans chacun des cas, la portée des enquêtes en matière constitutionnelle est une question de droit constitutionnel et non de droit de la preuve. Loin d'être une libéralisation du *droit de la preuve*, il s'agit d'une libéralisation de *la preuve* elle-même. Le droit constitutionnel nous explique ce qu'il faut établir. Le droit de la preuve nous enseigne comment l'établir ou le prouver.

La cause principale de cette libéralisation est le passage du système politique canadien de la souveraineté parlementaire à la « suprématie constitutionnelle »⁴¹² ou « suprématie judiciaire »⁴¹³. Si, antérieurement, c'est l'intention du Parlement qui compte dans la détermination d'une règle de droit d'application générale, le tribunal dispose maintenant d'une large discrétion pour juger de l'opportunité de déclarer une disposition inconstitutionnelle ou non, particulièrement sur la base de la *Charte*. L'exercice de cette discrétion s'irrigue de faits⁴¹⁴.

1.2.1 L'« exclusionary rule » et sa mise à l'écart graduelle

Jusqu'au début du XX^e siècle, l'opinion dominante rejetait toute pertinence aux faits pour interpréter une disposition législative. Dans l'édition de 1915 de son célèbre traité de droit constitutionnel britannique, le professeur Dicey écrit :

A Bill which has passed into a statute immediately becomes subject to judicial interpretation, and the English Bench has always refused, in principle at least, to interpret an Act of Parliament otherwise than by reference to the words of the enactment. An English judge will take no notice of the resolution of either House, of anything which may have passed in debate (a matter of which officially he has no cognisance), or even of the changes which a Bill may have undergone between the moment of its first introduction to Parliament and its receiving the Royal assent. All this, which seems natural enough to an English lawyer, would greatly surprise many foreign legists, and no doubt often does give a

⁴¹² D. PINARD, préc., note 4, 403 ; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, préc., note 5, par. 36 (la juge Karakatsanis pour le juge en chef Wagner et le juge Gascon) ; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, préc., note 5, par. 89 (la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner) ; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 5, par. 72 (*per curiam*).

⁴¹³ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 965, par. XII-2.7.

⁴¹⁴ F.L. MORTON et Rainer KNOPFF, « La Cour suprême, à l'avant-garde de l'élite intellectuelle - le mouvement fondé sur la *Charte* dans la politique postmatérialiste », dans Louis MASSICOTTE (dir.), *Le constitutionnalisme canadien: 1791-1991*, Ottawa, Groupes d'études des questions parlementaires, 1992, p. 59, à la p. 65 ; A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-2.

certain narrowness to the judicial construction of statutes. It contributes greatly, however, both (as I have already pointed out) to the authority of the judges, and to the fixity of the law⁴¹⁵. [Notre soulignement]

La magistrature d'Angleterre, comme celle du Canada, ne considérait en principe que le texte des lois du Parlement. Puisque l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* est une loi, les tribunaux ne prenaient acte que de ses termes pour l'interpréter⁴¹⁶.

Il existait toutefois des motifs de jugement ponctuels posant des limites à cette règle générale, particulièrement pour l'utilisation de faits législatifs prénormatifs et notoires dans le but de définir un mot comme on le ferait avec un dictionnaire⁴¹⁷. M^e Barry Strayer (plus tard juge de la Cour d'appel fédérale) écrit que « [t]hough facts have been examined in a few cases, this has usually been for the purpose of ascertaining the meaning of words in a dictionary sense and not for the purpose of determining the broad objectives or purpose of the fundamental Act »⁴¹⁸. Il ne s'agissait pas d'utiliser ces faits historiques ou de société pour se lancer dans un

⁴¹⁵ A. V. DICEY, préc., note 150, p. 403. Voir aussi : L.-P. PIGEON, préc., note 276, 1128 :

The "historical construction" is a pretended inquiry into the intentions of the framers of the Canadian constitution, otherwise than by a consideration of the meaning of the words used in the final document. The fallacy of this method lies not only in the fact that it runs counter to a fundamental rule of legal interpretation, but also in the fact that it is most unreliable. The B.N.A. Act is not the expression of the intention of one man, whose ideas might perhaps be gathered from extrinsic evidence with a reasonable degree of certainty; it is the expression of a compromise between many men holding different and opposed viewpoints. When agreement was reached on a text, are we justified in assuming that agreement was also reached on intentions? [Notre soulignement]

⁴¹⁶ B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 263 ; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 276, par. 38 (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la majorité) ; *Reference re Wartime Leasehold Regulations*, préc., note 276 ; *Gosselin v. The King*, préc., note 276.

⁴¹⁷ Ainsi, les tribunaux ont déjà utilisé les travaux de John Stuart Mill pour interpréter la « taxation directe » au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* : *The King v. Cotton*, 1913 CanLII 396 (UK JCPC), 15 D.L.R. 283, 290-291 (Lord Moulton pour le Comité) ; K. E. SWINTON, préc., note 111, p. 77 ; F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 262, p. 651.

⁴¹⁸ B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 263. Voir par ex. : *Canadian Pacific Railway c. James Bay Railway*, (1905) 36 R.C.S. 42, 89-90 (le juge Nesbitt) :

The general rule which is applicable to the construction of all other documents is equally applicable to statutes and the interpreter should so far put himself in the position of those whose words he is interpreting as to be able to see what those words related to. He may call to his aid all those external or historical facts which are necessary for this purpose and which led to the enactment and for those he may consult contemporary or other authentic works and writings. This however, does not justify a departure from the plain reasonable meaning of the language of the Act. [Notre soulignement]

Voir aussi : P.-A. CÔTÉ, préc., note 188, par. 1552.

exercice de définition large des principes, des valeurs ou des objectifs protégés par une disposition constitutionnelle, mais plutôt de cerner le sens de mots précis.

Cette irrecevabilité de principe des faits législatifs et sociaux, appelée « exclusionary rule »⁴¹⁹, limitait l'interprétation de la Constitution et des autres lois. Les auteurs ont qualifié cette interprétation de « restreint[e] »⁴²⁰, de « légaliste »⁴²¹ ou de « formaliste »⁴²². Un élément de preuve portant sur l'intention du constituant, ou sur un fait de société, ne pouvait s'introduire dans le processus d'interprétation, et justifier un bouleversement de l'équilibre des pouvoirs entre les institutions de la fédération canadienne.

Soulignons au passage que les tribunaux ont toujours admis la « legislative evolution »⁴²³ par opposition à la « legislative history ». Il s'agit du contexte juridique de la disposition à travers l'histoire : son texte, ses versions antérieures et sa racine de common law s'il y a lieu⁴²⁴. Même si le Conseil privé a pu appeler cela de la « preuve extrinsèque »⁴²⁵, il s'agit de textes de loi et de jugements, et donc pas de faits législatifs au sens où nous l'entendons ici. Le problème de l'admissibilité des faits législatifs et de leurs moyens de preuve concerne plutôt, entre autres, la « legislative history », qui comprend les motifs des acteurs ayant édicté une disposition et les faits de société qu'ils ont considérés⁴²⁶.

⁴¹⁹ R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 23.2 et 23.56.

⁴²⁰ A. V. DICEY, préc., note 150, p. 403.

⁴²¹ A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-2.

⁴²² D. PINARD, préc., note 32, 327 ; S. BERNATCHEZ, préc., note 159, 203.

⁴²³ R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 23.18 et suiv. On peut traduire ces réalités par « historique législatif » et « travaux préparatoires » : P.-A. CÔTÉ, préc., note 188, par. 1562 et suiv.

⁴²⁴ K. E. SWINTON, préc., note 111, p. 90 :

Canadian judges, in federalism disputes, are not unsympathetic to historical sources. They have regularly resorted to the statute books of the past to show the meaning of terms of the constitution at the time a particular province entered Confederation. This approach is not particularly novel, as it is common in statutory interpretation to look at other statutes to determine the meaning of words.

⁴²⁵ *Edwards v. Canada (Attorney General)*, préc., note 4, 99 et suiv. (Lord Sankey L.C. pour le Comité judiciaire).

⁴²⁶ R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 23.20 : « Because the legislative evolution of a provision consists exclusively of enacted text, it raises none of the theoretical problems created by legislative history materials. These differences are unhelpfully obscured by treating legislative evolution as a type of legislative history and an extrinsic aid ».

En droit canadien, les tribunaux ont d'abord reçu la preuve de faits législatifs ou sociaux pour révéler le caractère véritable des lois dont ils vérifiaient la validité constitutionnelle⁴²⁷. Il s'agissait alors, en appliquant le partage des compétences, de démasquer les tentatives d'un Parlement de s'immiscer dans les compétences législatives d'un autre en montrant les objectifs et les effets réels d'une disposition contestée.

Par exemple, dans le renvoi sur la radio de 1931, le gouverneur-en-conseil avait joint au décret un rapport d'un des ingénieurs radio du département de la marine afin d'expliquer aux juges de la Cour suprême les généralités de ce système⁴²⁸. Le juge Smith a utilisé ce rapport pour déterminer quel parlement avait compétence pour régir la radio⁴²⁹.

De même, dans une affaire de 1938 concernant une loi albertaine taxant les banques, le Comité judiciaire du Conseil privé britannique a affirmé que les tribunaux peuvent prendre connaissance d'office ou recevoir de la preuve sur l'effet concret d'une loi. Le Lord chancelier Maugham écrit :

The next step in a case of difficulty will be to examine the effect of the legislation [...]. For that purpose the Court must take into account any public general knowledge of which the Court would take judicial notice, and may in a proper case require to be informed by evidence as to what the effect of the legislation will be⁴³⁰.

Dans les circonstances précises de cette affaire, la taxe provinciale contestée avait pour effet, selon les tribunaux, d'empêcher les banques de demeurer en affaires, et elle était donc *ultra vires* de la province⁴³¹.

⁴²⁷ R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 23.57 ; P.-A. CÔTÉ, préc., note 188, par. 1579. Voir aussi : B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 266 ; P. W. HOGG, préc., note 4, 386 et suiv.

⁴²⁸ *Reference re Regulation and Control of Radio Communication*, [1931] S.C.R. 541, 544. Voir aussi : B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 267.

⁴²⁹ *Reference re Regulation and Control of Radio Communication*, préc., note 428, 569 (le juge Smith). Voir aussi : *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292, 308 (le juge Kerwin), où un affidavit a été déposé pour démontrer l'importance de l'aviation au Canada.

⁴³⁰ *Alberta (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 1938 CanLII 251 (UK JCPC), [1938] 4 D.L.R. 433, 438-439 (Lord Maugham L.C.). Voir aussi : B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 267.

⁴³¹ *Id.*, 440 (Lord Maugham L.C.). Voir aussi : *Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] S.C.R. 713, 717 (le juge Locke pour la Cour). La preuve testimoniale du président de la compagnie a montré que la taxe provinciale sur le minerai de fer avait pour effet de rendre

Cette ouverture était néanmoins bien relative. Dans l'arrêt *Saumur* de 1953, qui portait sur la constitutionnalité d'un règlement municipal limitant la distribution d'écrits notamment à des fins politiques ou religieuses, la Cour suprême du Canada a refusé d'accorder les dépens pour la production de deux volumes visant à établir certains faits législatifs et sociaux⁴³².

De plus, il demeurerait interdit d'utiliser ces faits pour interpréter purement et simplement les lois.

Cependant, les faits de nature historique se sont, petit à petit, introduits dans le processus d'interprétation des lois constitutionnelles. Deux jugements majeurs ressortent du lot et méritent une analyse particulière : l'arrêt *Edwards*⁴³³ et le renvoi sur les Esquimaux de 1939⁴³⁴.

Dans l'arrêt *Edwards*⁴³⁵, le célèbre « *Persons Case* » de 1929, le Comité judiciaire du Conseil privé britannique devait interpréter le mot « personne » dans la disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴³⁶ précisant les exigences de qualification des sénateurs pour déterminer si elle incluait les femmes. Le Lord chancelier Sankey se pencha alors sur l'évolution du droit relatif aux femmes, du droit romain jusqu'aux législations des provinces canadiennes et du fédéral des années 1920.

En plus de cette étude du droit, Lord Sankey a admis une preuve quant à l'absence *de facto* de femmes dans la composition des assemblées législatives

toute exploitation non profitable dans la province. Au même moment, le parlement provincial avait créé une subvention pour les compagnies procédant à la fusion du minerai extrait dans la province, ce qui faisait en sorte que ce système, pris ensemble, visait à taxer l'exportation. Cela était *ultra vires*. Voir, au même effet : *Lower Mainland Dairy Products Board v. Turner's Dairy Ltd*, [1941] S.C.R. 573, 583 (le juge Taschereau pour les juges Rinfret et Crocket).

⁴³² *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, 325 (le juge Kerwin, avec l'accord des juges Rand [p. 334], Kellock [p. 356], Estey [p. 363] et Locke [p. 379]).

⁴³³ *Edwards v. Canada (Attorney General)*, préc., note 4.

⁴³⁴ *Reference as to whether "Indians" includes in s. 91 (24) of the B.N.A. Act includes Eskimo in habitants of the Province of Quebec*, préc., note 352. Voir aussi : *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368 (C.P.) ; *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468 (C.P.) ; *Home Oil Distributors, Limited c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1940] R.C.S. 444.

⁴³⁵ *Edwards v. Canada (Attorney General)*, préc., note 4.

⁴³⁶ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 229, art. 24.

des colonies de l'Amérique du Nord britannique entre la Conquête et l'Union de 1867, et ce, dans le but de cerner l'intention du constituant. Lord Sankey s'est alors autorisé de la décision *Stradling v. Morgan*⁴³⁷ de 1560 qui permettait l'utilisation des « extraneous circumstances »⁴³⁸ ou de l'histoire pour interpréter la législation.

Certes, il n'accorda pas de poids à cette preuve⁴³⁹, et jugea que rien, dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* ou dans les lois d'interprétation, ne s'opposait à l'admission des femmes au Sénat⁴⁴⁰. Malgré leur absence de poids décisif, des faits devenaient tout de même admissibles et pertinents au processus d'interprétation.

Dix ans plus tard, dans le renvoi sur les Esquimaux de 1939⁴⁴¹, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur les documents parlementaires impériaux et ceux de la Compagnie de la Baie d'Hudson (laquelle exerçait le gouvernement dans la Terre de Rupert) afin de déterminer si, avant l'Union de 1867, les autorités considéraient les Esquimaux comme des « Indiens » au sens du paragraphe 91 (24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*⁴⁴². La Cour a finalement conclu que c'était le cas et que la compétence revient au Parlement fédéral⁴⁴³. Le juge Kerwin, dans ses motifs concordants, a affirmé que « the deciding factor, in my view, is the manner in which the subject was considered in Canada and in England at or about the date of the passing of the Act »⁴⁴⁴, ce qui veut dire que les juges ont accordé beaucoup de poids aux faits liés au processus constituant.

⁴³⁷ *Stradling v. Morgan*, (1560) 1 Plowd. 199, 75 E.R. 305, 315. Voir aussi : R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 22.10 ; Matthew T. STUBBS, "From Foreign Circumstances to First Instance Considerations : Extrinsic Material and the Law of Statutory Interpretation", (2006) 34(1) *Federal Law Review* 103.

⁴³⁸ *Edwards v. Canada (Attorney General)*, préc., note 4, 105 (Lord Sankey L.C. pour le Comité judiciaire).

⁴³⁹ *Id.*, 104 (Lord Sankey L.C. pour le Comité judiciaire).

⁴⁴⁰ *Id.*, 112-113 (Lord Sankey L.C. pour le Comité judiciaire).

⁴⁴¹ *Reference as to whether "Indians" includes in s. 91 (24) of the B.N.A. Act includes Eskimo in habitants of the Province of Quebec*, préc., note 352.

⁴⁴² *Id.*, 106 et suiv. (le juge en chef Duff pour la majorité).

⁴⁴³ *Id.*, 124.

⁴⁴⁴ *Id.*, 124 (le juge Kerwin pour les juges Cannon et Crocket, motifs concordants).

Remarquons au passage que cette admissibilité semblait, à l'époque, limitée aux faits historiques existants lors de la passation d'une loi (*prénormatifs*), comme l'écrivait le Lord chancelier Halsbury dans l'arrêt de la Chambre des Lords *Herron v. Rathmines & Rathgar Improvement Com'rs*⁴⁴⁵. Elle ne s'étendait donc pas aux faits de société existants à l'époque de son interprétation (*postnormatifs*).

Tant dans l'arrêt *Edwards* que dans le renvoi sur les Esquimaux, il ne s'agissait que d'interpréter certains termes précis des textes constitutionnels, et non de dégager des objectifs généraux de la Constitution⁴⁴⁶. Il n'était pas question, par exemple, de définir ce qu'est le fédéralisme ou la démocratie, ou d'autres valeurs qui sont souvent en litige dans les affaires constitutionnelles.

Les faits ont pourtant pris de l'importance dans ces deux affaires et leur pertinence pour interpréter la Constitution a été reconnue. D'autres arrêts du Conseil privé ou de la Cour suprême, rendus à la même époque, ont aussi admis des faits législatifs, mais de manière plus ciblée et circonscrite⁴⁴⁷.

1.2.2 Le changement de paradigme apporté par la montée du constitutionnalisme et le rapatriement de 1982

Le véritable changement quant à l'admissibilité des faits législatifs et sociaux dans le contrôle de constitutionnalité n'est toutefois arrivé qu'après la fin des appels au Comité judiciaire du Conseil privé et, plus précisément, avec le passage du Canada de la souveraineté parlementaire à la suprématie judiciaire (ou suprématie constitutionnelle⁴⁴⁸). Voyons d'abord le contexte historique de l'époque (1.2.2.1),

⁴⁴⁵ *Herron v. Rathmines & Rathgar Improvement Com'rs*, [1892] A.C. 498 (C.L.), 502, cité avec approbation dans *Edwards v. Canada (Attorney General)*, préc., note 4, 105 (Lord Sankey L.C. pour le Comité judiciaire) : « the facts existing at the time with respect to which the legislature was legislating ». [Notre soulignement]

⁴⁴⁶ B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 263.

⁴⁴⁷ *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, préc., note 434 ; *Ladore v. Bennett*, préc., note 434 ; *Home Oil Distributors, Limited c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, préc., note 434.

⁴⁴⁸ D. PINARD, préc., note 4, 403-404 ; Voir aussi : *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, préc., note 5, par. 36 (la juge Karakatsanis pour le juge en chef Wagner et le juge Gascon) ; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, préc., note 5, par. 89 (la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner) ;

pour ensuite étudier les jugements rendus au tournant des années 1980 consacrant ce revirement jurisprudentiel (1.2.2.2).

1.2.2.1 *Le contexte historique ayant mené à l'importance des faits en matière constitutionnelle*

Plusieurs facteurs participent à ce changement, notamment une certaine volonté de remettre en question les arrêts du Comité judiciaire du Conseil privé britannique en matière de fédéralisme, et la constitutionnalisation des droits et libertés.

L'admissibilité des faits n'est pas sans lien avec la volonté de certains auteurs d'interpréter le partage des compétences législatives de manière plus centralisatrice. La construction d'un État social centralisé s'accompagne d'une forte critique de la jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé dans le domaine du fédéralisme et du partage des compétences. Dès les années 1930, des professeurs de droit du Canada anglais tels que William P. M. Kennedy, Frank Scott et Vincent Macdonald critiquaient fortement la jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé qui représentait, à leurs yeux, une trahison pure et simple de l'intention originelle des Pères de la Confédération en matière de fédéralisme. Le professeur Richard C. B. Risk écrit :

Throughout the 1930s, this doctrine was attacked by scholars, especially W.P.M. Kennedy, at the University of Toronto; Frank Scott, at McGill; and Vincent Macdonald, at Dalhousie. All three were proud of Canada's new stature as a twentieth-century nation and enthusiastic about the emerging regulatory and welfare state. All three believed that the objective of Confederation, clearly expressed in the British North America Act (the BNA Act), was to give Canada a strong national government, and that the Privy Council had betrayed this wise design⁴⁴⁹. [Notre soulignement]

Pour eux, l'intention originelle était de créer un gouvernement central fort, et le Conseil privé avait trahi ce désir. Par ailleurs, ce gouvernement central fort était, de leur point de vue, celui qui devait mettre sur pied l'État-providence, tandis que

Renvoi relatif à la sécession du Québec, préc., note 5, par. 72 (*per curiam*); H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, par. XII-2.7.

⁴⁴⁹ Richard C. B. RISK, « On the Road to Oz: Common Law Scholarship About Federalism After World War II », (2001) 51 *Univ. of Toronto L.J.* 143, p. 2 (LN/QL).

le Conseil privé avait invalidé des lois sociales fédérales, comme celle sur l'assurance-chômage, puisqu'elles ressortaient de la compétence provinciale⁴⁵⁰.

Puisque cette jurisprudence trop favorable aux provinces était, selon eux, contraire à l'intention originelle des constituants, les partisans de la centralisation voulaient changer l'approche axée sur les textes et les précédents qui caractérisait la jurisprudence du Conseil privé au profit d'une interprétation appuyée sur les faits historiques de 1867.

Les négociations préconfédératives ont été étudiées longuement par le jurisconsulte du Sénat William F. O'Connor dans un rapport de 1939 commandé par cette chambre pour étudier les incompatibilités entre le texte de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* et son interprétation judiciaire. Ce dernier conclut que le désir centralisateur des constituants n'a pas été mis en œuvre à cause de l'interprétation judiciaire, particulièrement en ce qui concerne le pouvoir général du Parlement fédéral, sa compétence sur les échanges et le commerce, la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils, et la théorie du double aspect⁴⁵¹.

Partant, il fallait admettre en preuve ces faits historiques préconfédératifs pour renverser la jurisprudence. Louis-Philippe Pigeon, alors professeur, écrit :

In the construction of the British North America Act the courts, and especially the Judicial Committee of the Privy Council, have fairly consistently adopted the autonomist conception of federation [...]. All the arguments advanced against these decisions by numerous writers are based either on the "Peace, Order and good Government" clause or on the so-called "historical construction" of the Act"⁴⁵². [Notre soulignement]

⁴⁵⁰ *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (C.P.) ; Michiel HORN « Frank Scott, la ligue pour la reconstruction sociale et la constitution », dans Louis MASSICOTTE (dir.), *Le constitutionnalisme canadien: 1791-1991*, Ottawa, Groupes d'études des questions parlementaires, 1992, p. 231, à la p. 232.

⁴⁵¹ William F. O'CONNOR, *Report pursuant to resolution of the Senate to the Honourable the Speaker by the parliamentary counsel, relating to the exactment of the British North America Act, 1867, any lack of consonance between its terms and judicial construction of them and cognate matters*, Ottawa, The Printer to the King's Most Excellent Majesty, 1939, p. 11-12.

⁴⁵² L.-P. PIGEON, préc., note 276, 1127.

Pour les partisans de la centralisation, la preuve historique allait permettre d'appuyer leur interprétation du partage des compétences.

Cette insistance sur les faits n'était pas limitée aux faits historiques. Cette volonté d'admettre des faits allait, à terme, viser les faits législatifs ou sociaux contemporains touchant la société ou l'économie en général, et l'abolition, par le Parlement fédéral, des appels au Conseil privé a pavé le terrain pour ce changement. Les professeurs François Chevette, Herbert Marx et Han-Ru Zhou écrivent :

Ce style d'interprétation [formel] a donc favorisé en général les provinces et il n'est pas étranger à l'abolition par le Parlement fédéral des appels au Conseil privé en 1949. Les partisans d'une interprétation dite réaliste ou fonctionnelle, qui sont souvent aussi partisans de pouvoirs fédéraux accrus, prônent pour leur part, en s'inspirant dans bien des cas d'exemples de la jurisprudence américaine, un plus large recours aux faits et aux données socio-économiques⁴⁵³. [Notre soulignement]

En effet, les données économiques permettent fréquemment d'appuyer l'efficacité de la centralisation⁴⁵⁴, comme l'étaye par ailleurs le dossier déposé par le procureur général du Canada dans le premier *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*⁴⁵⁵. M^e Barry Strayer (plus tard juge de la Cour d'appel fédérale), un acteur important du rapatriement constitutionnel en sa qualité de sous-ministre fédéral de la Justice, écrivait que la preuve en matière de partage des compétences pourrait porter sur la question politique soulevée par le litige :

⁴⁵³ F. CHEVETTE et H. MARX, préc., note 262, p. 656. Voir aussi : M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 352.

⁴⁵⁴ Eugénie BROUILLET et Alain-G. GAGNON, « La constitution canadienne et la métaphore de l'arbre vivant : quelques réflexions politologiques et juridiques », dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité. Mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Éditions Thémis, 2017, p. 79, à la p. 102 : « Cette asymétrie dans l'interprétation judiciaire des titres de compétence fédéraux et provinciaux est en bonne partie attribuable à l'omniprésence de la valeur de l'efficacité dans la jurisprudence fédérative qui favorise l'ordre de gouvernement fédéral au détriment de la diversité régionale » ; Jean LECLAIR, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity », (2003) 28 *Queen's L.J.* 411.

⁴⁵⁵ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 38.

This evidence would also point to the policy issue. That is, is it more important to permit the national protection of this commercial activity, or to preserve intact local control over local contracts⁴⁵⁶?

Autre symptôme de l'importance de la science économique pour les partisans de la centralisation, le professeur Frank Scott voyait l'économiste anglais John Maynard Keynes comme un égal aux Pères de la Confédération⁴⁵⁷.

Le professeur Bora Laskin, qui allait éventuellement devenir juge en chef de la Cour suprême du Canada dans les années précédant le rapatriement constitutionnel, a joué un rôle central dans cette évolution du droit⁴⁵⁸. Le professeur Laskin, aux convictions centralisatrices⁴⁵⁹, appelait à la prise en compte des problèmes sociaux dès l'abolition des appels au Conseil privé. Le juge Ian Binnie écrit :

Laskin was a judicial activist before the epithet became a term of abuse. Writing in the *Canadian Bar Review* in 1951, in the aftermath of abolition of appeals to the Judicial Committee of the Privy Council, he said:

It will be unfortunate if the Court's vision is limited by the range of existing case-law, whether it be English, or Australian, or whether it comes from the United States or some civil law country. A final court, like a legislature, may be expected to make its own assessments of our current social problems and give us its own solutions⁴⁶⁰. [Notre soulignement]

Comme le juge Binnie le démontre, l'« activisme judiciaire » du juge Laskin avait besoin de se nourrir, pour atteindre son but, de faits de société bien concrets. Pour lui, les données économiques doivent impérativement faire partie de l'analyse du partage des compétences.

Expliquant cette vision, la professeure Noura Karazivan écrit : « l'impact économique, social et politique d'une politique législative codétermine cette analyse constitutionnelle et il n'hésite pas à donner à ces considérations une place

⁴⁵⁶ B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 266.

⁴⁵⁷ R. C. B. RISK, préc., note 449, p. 3.

⁴⁵⁸ F. L. MORTON et I. BRODIE, préc., note 2, 5.

⁴⁵⁹ Ian BINNIE, « Bora Laskin's legacy to the Supreme Court of Canada », (2005) 24 (3) *Advocates' Soc. J.* 5, par. 30 (LN/QL) ; R. C. B. RISK, préc., note 449, p. 5 : « Laskin had a deep and abiding belief that Canada should have a strong national government ».

⁴⁶⁰ I. BINNIE, préc., note 459, par. 7.

prépondérante »⁴⁶¹. Cette approche interprétative est parfois qualifiée de « pragmatique » ou de « réaliste ». Il ne s'agit alors pas de la perspective ou du postulat épistémologique d'un chercheur sur le droit, qui pourrait être « réaliste » au sens où il croit que les tribunaux ne sont pas encadrés par des normes et jugent chaque affaire selon leur bon plaisir⁴⁶². C'est plutôt là une vision de l'organisation constitutionnelle du pays et de la répartition du pouvoir entre les acteurs, laquelle désire mettre de l'avant le rôle du juge comme créateur de droit à partir d'un programme de valeurs, dont l'efficacité économique.

Si le débat sur le fédéralisme avait labouré le terrain juridique canadien pour le rendre fertile à une remise en question de l'« exclusionary rule », c'est l'avènement de la constitutionnalisation des droits fondamentaux par la *Charte canadienne des droits et libertés* qui l'a fait sortir de terre.

Le Canada a, en quelque sorte, emprunté la voie déjà tracée en cette matière par les États-Unis. En effet, le contrôle judiciaire de constitutionnalité fondé sur les droits et libertés a conduit les tribunaux américains à écarter la règle d'origine anglaise excluant les faits pour l'interprétation des lois⁴⁶³. Cette admissibilité des faits permet aux tribunaux d'avancer des arguments autres que ceux tirés des lois des parlements ou de la common law pour motiver leurs jugements. Cela a pour effet d'accroître leur marge d'appréciation ou d'interprétation discrétionnaire. Les professeurs F.L. Morton et Rainer Knopff écrivent :

La Cour suprême ayant adoptée cette conception de la Constitution comme un arbre vivant, les juges sont plus à même de jouer le rôle d'agents de réforme de la politique, ayant plus de latitude pour « découvrir » une signification nouvelle à des principes constitutionnels énoncés en termes généraux. En outre, la nouvelle attitude de la Cour, désormais disposée à accepter les « preuves extrinsèques » ou les « faits sociaux », c'est-à-dire des renseignements sur les questions de fond plus générales qui sont en

⁴⁶¹ Noura KARAZIVAN, « Le fédéralisme coopératif entre territorialité et fonctionnalité : le cas des valeurs mobilières », (2016) 46 *Revue générale de droit* 419, 431.

⁴⁶² Voir *supra*, p. 59.

⁴⁶³ R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 23.56. Pour des exemples de preuve scientifique ou d'autres faits utiles à l'interprétation ou à l'application de la Constitution des États-Unis, voir : Melissa HAMILTON, « Constitutional Law and the Role of Scientific Evidence : The Transformative Potential of Doe v. Snyder », (2017) 58 (6) *Boston College Law Review* 34 ; Dean ALFANGE, « The Relevance of Legislative Facts in Constitutional Law », (1966) 114 (5) *U. of Penn. L. R.* 637.

cause, a donné une nouvelle importance à son rôle dans l'élaboration des politiques⁴⁶⁴. [Notre soulignement]

Les tribunaux peuvent donc mieux contrôler l'opportunité des mesures prises par les autres pouvoirs de l'État en évaluant des atteintes concrètes et factuelles aux droits et libertés qu'ils interprètent et appliquent, et en pondérant les préjudices tout aussi concrets et factuels à travers le test de justification de l'article 1^{er} de la *Charte*.

Cette prise en compte des faits législatifs ou sociaux par les tribunaux s'explique également par l'évolution et la transformation du travail parlementaire et de l'action étatique. En clair, à mesure où les parlements tendent à eux-mêmes évaluer ces faits sociaux lors de l'édiction des lois, il devient en quelque sorte normal pour les tribunaux de faire de même. La professeure Marilyn MacCrimmon écrit :

The shift of focus to the goals of the legislation may also be due to heightened awareness of social facts which may lead to more deference towards the legislature. As legislatures rely increasingly on experts and findings of social facts, courts are forced to take them into account in reviewing the acts of legislatures. Courts may be reluctant to strike down legislation that is based on extensive social science evidence. In addition, since to some extent respect for the judiciary requires that courts be accurate fact finders, courts will find it difficult to make decisions that ignore empirical information⁴⁶⁵. [Notre soulignement]

La preuve remplit alors une fonction de légitimation du contrôle de constitutionnalité, dans la mesure où le tribunal cherche à démontrer qu'il maîtrise tout autant (ou mieux) la réalité factuelle que le parlement dont il juge la législation. L'utilisation des faits par les tribunaux leur permet également, selon la professeure Katherine Swinton⁴⁶⁶ (plus tard juge à la Cour supérieure de justice d'Ontario), de se protéger de l'accusation de faire triompher leurs propres valeurs à travers le contrôle de constitutionnalité.

⁴⁶⁴ F.L. MORTON et R. KNOPFF, préc., note 414, aux p. 65-67.

⁴⁶⁵ M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 340-341.

⁴⁶⁶ K. E. SWINTON, préc., note 111, p. 89-90.

Comme le remarque le professeur Stéphane Bernatchez, c'est un peu avant l'édiction formelle de la *Loi de 1982 sur le Canada*⁴⁶⁷ et de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴⁶⁸ par le Parlement impérial que ce changement a eu lieu⁴⁶⁹. Le professeur Bernatchez affirme qu'« il ne faudrait pas entièrement imputer à [la *Charte*] la modification de l'approche judiciaire en ce domaine »⁴⁷⁰. À notre avis, bien que cette ouverture précède de quelques années le rapatriement, la filiation intellectuelle entre l'admissibilité des faits et la montée du constitutionnalisme est indéniable.

Durant la fin des années 1970 et au début des années 1980, la Cour suprême était déjà prête à donner à la *Déclaration canadienne des droits*⁴⁷¹ une interprétation plus large, semblable à celle qu'elle allait donner à la *Charte* dans les années suivantes. Le juge Ian Binnie écrit :

Although in *Morgentaler* (1976) Laskin was not prepared to invalidate the criminalization of abortion as in violation of the Canadian Bill of Rights, in a series of subsequent decisions he demonstrated an appetite for Charter-like results, including *R. v. Hogan*, [1975] 2 S.C.R. 574, where Laskin would have precluded the use of evidence obtained in violation of the Bill of Rights in order to sustain a conviction. Similarly, in *Mackay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, Laskin denounced the coziness of military procedures when conducting a trial on charges of a breach of the ordinary criminal law⁴⁷². [Notre soulignement]

Ce type d'interprétation n'avait rien de surprenant. La nomination du juge en chef Laskin était le pendant judiciaire de l'avènement du premier ministre Pierre Elliott Trudeau. Comme l'affirme le juge Binnie : « Bora Laskin's reinvigorating presence on the bench was seen as a judicial parallel to the rise to power of Pierre Elliott Trudeau two years earlier »⁴⁷³. Cette « présence revigorante » des deux acteurs avait en commun la volonté de conférer au juge le rôle d'arbitre ultime des droits et

⁴⁶⁷ *Loi de 1982 sur le Canada*, préc., note 3.

⁴⁶⁸ *Id.*, annexe B.

⁴⁶⁹ S. BERNATCHEZ, préc., note 159, 203.

⁴⁷⁰ *Id.*, 203.

⁴⁷¹ *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44.

⁴⁷² I. BINNIE, préc., note 459, par. 23. Voir aussi le développement sur les travaux de la Commission de réforme du droit en matière de droit de la preuve, qui ont eu cours dans les années 1970 : *infra*, section 2.3.1.2.

⁴⁷³ I. BINNIE, préc., note 459, par. 11.

libertés et d'ainsi favoriser cette montée du constitutionnalisme. Dans une moindre mesure, la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴⁷⁴ du Québec avait été adoptée en 1975, et elle est également symptomatique de l'atmosphère favorable au contrôle de constitutionnalité dans lequel les arrêts permettant l'admissibilité des faits législatifs ou sociaux ont été rendus.

L'appel aux faits législatifs et sociaux s'est prolongé dans la littérature juridique dans les années ayant suivi le rapatriement. Par exemple, M^e Brian Morgan défendait une application de la Constitution irriguée par tous les faits contextuels possibles⁴⁷⁵, et la professeure Katherine Swinton⁴⁷⁶ (plus tard juge à la Cour supérieure de justice d'Ontario) militait pour la prise en compte de la preuve de sciences sociales dans l'interprétation et l'application de la *Charte*⁴⁷⁷. Certaines voix ont toutefois exprimé des réticences. Ainsi, le professeur François Chevrette voulait limiter la pertinence des faits sociaux ou législatifs afin d'éviter que le contrôle de constitutionnalité devienne un pur contrôle d'opportunité⁴⁷⁸.

Cet élargissement de l'admissibilité des faits législatifs ou sociaux s'accompagnait de changements liés à l'action déclaratoire, à l'intérêt pour agir et à la qualité d'intervenant, lesquels ont élargi la saisine des tribunaux en matière constitutionnelle, et ont donc permis d'augmenter la fréquence et l'étendue du contrôle de constitutionnalité⁴⁷⁹. Le juge en chef Laskin a été au cœur de toutes ces réformes. Le juge Ian Binnie écrit :

Having created a vehicle for the cases he wanted to hear, and expanding intervenor status to let in the people he wanted to hear from, Laskin then, in

⁴⁷⁴ *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 183.

⁴⁷⁵ Brian G. MORGAN, « Proof of Facts in *Charter* Litigation », dans Robert J. SHARPE (dir.), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1986, p. 159, à la p. 163.

⁴⁷⁶ Plus tard juge à la Cour de justice de l'Ontario.

⁴⁷⁷ Katherine SWINTON, « What do the Courts want from the Social Sciences », dans Robert J. SHARPE (dir.), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1986, p. 187, à la p. 208. Voir aussi : K. E. SWINTON, préc., note 111, p. 77.

⁴⁷⁸ F. CHEVRETTE, préc., note 206, 483, qui réfère au *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 386-391. Sur les limites à l'enquête en matière constitutionnelle, voir aussi : *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Québec (Procureur général)*, 2012 QCCS 726, conf. par 2012 QCCA 2196.

⁴⁷⁹ I. BINNIE, préc., note 459, par. 14-15 ; S. BERNATCHEZ, préc., note 159, 194 ; F.L. MORTON et R. KNOPFF, préc., note 414, aux p. 65-67. Voir : *Thorson c. Procureur Général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, 161-162 (le juge Laskin [plus tard juge en chef] pour la majorité).

the Anti-Inflation Act Reference, [1976] 2 S.C.R. 373 at 388, enlarged the range and scope of out-of-court evidence he thought it would be instructive for the judges to hear about. All of this was accomplished in little more than five years. Laskin put the court on a procedural path it more or less follows today, including the introduction of television in our courtroom. It was our collective tragedy that he died at the threshold of the *Charter* era. At that point, the debating forum that Laskin had envisaged as desirable became absolutely essential⁴⁸⁰. [Notre soulignement]

En somme, le droit de la preuve et de la procédure en matière de contrôle de constitutionnalité commençait un virage majeur accompagnant le changement constitutionnel substantiel ayant survécu en 1982.

1.2.2.2 Le glas de l' « exclusionary rule » en droit constitutionnel canadien

C'est donc dans une série d'arrêts rendus peu avant ou peu après le rapatriement constitutionnel de 1982, dont le point d'orgue a été le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*⁴⁸¹, que les faits législatifs et sociaux ont véritablement été admis pour l'interprétation et l'application de la Constitution. Cela ne veut pas dire que certaines limites à la pertinence des faits constitutionnels n'ont pas perduré, ou perdurent encore aujourd'hui (voir *infra*, section 1.2.3), mais le changement de paradigme a eu lieu à cette époque⁴⁸².

D'abord, dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*⁴⁸³ de 1976, les faits économiques ont été considérés afin de vérifier s'il existait, dans la *réalité* comme dans *l'intention des responsables politiques*, une urgence économique liée à l'inflation justifiant de reconnaître au Parlement fédéral un pouvoir extraordinaire de légiférer pour y répondre⁴⁸⁴. Le juge en chef Laskin écrit :

⁴⁸⁰ I. BINNIE, préc., note 459, par. 16.

⁴⁸¹ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 389 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson) ; *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, préc., note 278, 66 (*per curiam*) ; *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, préc., note 111 ; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, préc., note 278, 317 (le juge McIntyre pour la Cour) ; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 276, par. 38 et suiv. (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la majorité).

⁴⁸² A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-5.

⁴⁸³ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2.

⁴⁸⁴ *Id.*, 420 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson) : « Est-il établi par la preuve extrinsèque présentée à la Cour et les autres documents dont elle peut prendre

Lorsque, comme en l'espèce, des circonstances exceptionnelles sont à la base du pouvoir législatif en litige, on peut demander à la Cour d'examiner des éléments de preuve extrinsèque des circonstances alléguées, soit à l'appui soit à l'encontre de la validité de la législation contestée⁴⁸⁵. [Notre soulignement]

Cette approche cherchant à valider la croyance du Parlement détonnait de celle qui gouvernait traditionnellement la preuve de faits montrant une urgence nationale et l'appréciation de ceux-ci⁴⁸⁶. En matière de guerre ou de risque d'invasion, comme l'écrivent les juges John Sopinka, Sidney Lederman, Alan Bryant et Michelle Fuerst, les tribunaux se satisfaisaient historiquement des affirmations, connues d'office, contenues dans les décrets du gouverneur-en-conseil, afin de donner déférence aux ministres sur l'évaluation des risques posés à la sécurité nationale⁴⁸⁷.

En plus des faits législatifs de type social ou économique, la Cour a aussi admis la pertinence des faits touchant le processus législatif et éclairant sur l'intention du Parlement, comme le Livre blanc du ministre des Finances⁴⁸⁸.

Cette ouverture à la pertinence des faits législatifs ou sociaux n'était pas pour autant illimitée⁴⁸⁹. Le juge en chef Laskin la limite aux faits litigieux suivant les règles constitutionnelles invoquées pour affirmer ou nier le pouvoir législatif en cause. Il écrit :

Pour établir la pertinence des éléments de preuve extrinsèques et, dans l'affirmative, le poids qu'il faut y attacher, il faut examiner l'étendue du pouvoir législatif en vertu duquel la Loi anti-inflation a été décrétée. A mon

connaissance d'office sans preuve extrinsèque, qu'il existait une base rationnelle pour la Loi à titre de mesure de temps de crise? » [Notre soulignement]. Nous reviendrons sur la « base rationnelle » sur laquelle repose la législation et la preuve de cette « base rationnelle » dans la section 1.4.1.2.

⁴⁸⁵ *Id.*, 423 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson).

⁴⁸⁶ *Id.*, 397-398 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson).

⁴⁸⁷ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 19.34. Cette question de la déférence envers le Parlement a été au cœur des débats sur la preuve nécessaire en matière de justification des atteintes aux *Chartes*, alors que des juges de la Cour suprême se contentaient d'évaluer la rationalité de la croyance du Parlement en l'existence de faits, tandis que d'autres voulaient exiger une preuve des faits justificatifs en eux-mêmes : S. BERNATCHEZ, préc., note 159, 203 et suiv. ; *Infra*, section 1.4.1.2.

⁴⁸⁸ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 377 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson) et 438 (le juge Martland pour les juges Ritchie et Pigeon).

⁴⁸⁹ A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-5.

avis, c'est uniquement dans ce contexte qu'on peut, soit en invoquant la théorie de la connaissance d'office soit en adaptant au droit constitutionnel les règles exposées dans l'arrêt *Heydon*, demander à la Cour de prendre en considération des éléments de preuve extrinsèques pour statuer sur la validité d'une loi contestée. Il se peut que dans la plupart des cas il ne soit pas nécessaire d'aller au-delà des dispositions de la loi contestée pour en déterminer la validité⁴⁹⁰. [Notre soulignement]

Autrement dit, la pertinence des faits législatifs ou sociaux dépend des règles particulières aux diverses dispositions des lois constitutionnelles ou aux doctrines du partage des compétences ou du contrôle de *Chartes*.

De même, dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, les propos de Sir John A. Macdonald et de George Brown, deux pères de la Confédération, ont été cités *in extenso* pour interpréter la *Loi constitutionnelle de 1867* et donner au Sénat une protection contre les modifications unilatérales par le Parlement fédéral⁴⁹¹. Des rapports gouvernementaux et le Hansard ont aussi été cités allègrement dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution* pour mesurer l'existence des conditions d'une convention constitutionnelle exigeant le consentement unanime des provinces pour modifier la Constitution, sans que le problème de l' « exclusionary rule » ne soit soulevé⁴⁹².

Ensuite, dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, la Cour suprême a eu l'occasion de préciser plus clairement l'état du droit sur l'admissibilité des faits législatifs, alors que des livres gouvernementaux avaient été déposés lors du renvoi en Cour d'appel d'Ontario qui faisait l'objet de l'appel. Il s'agissait de décider si le régime spécial de règlement des litiges liés aux baux de logement, créé par l'Ontario, heurtait les compétences constitutionnellement protégées de la Cour supérieure suivant l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de*

⁴⁹⁰ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 388 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson).

⁴⁹¹ *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, préc., note 278, 66 (*per curiam*). Voir aussi l'arrêt *Hauser*, dans lequel les juges dissidents ont cité Lord Carnarvon, alors secrétaire aux colonies et ministre porteur du projet d'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, pour interpréter la compétence en droit criminel et la compétence sur l'administration de la justice criminelle : *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984, 1030-1031 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour le juge Pratte, dissidents).

⁴⁹² *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

1867. Autrement dit, jusqu'où les provinces peuvent-elles créer des juridictions inférieures et spécialisées sans porter atteinte à la compétence des cours supérieures dont les membres sont nommés et rémunérés par l'État fédéral? À cette occasion, le juge Dickson (plus tard juge en chef) a confirmé l'abrogation judiciaire de l'« exclusionary rule » en droit constitutionnel canadien. Il écrit :

A mon avis, depuis le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation* et l'utilisation par les membres de cette Cour de documents extrinsèques dans cette affaire, on peut déduire que la règle d'exclusion énoncée par le juge Rinfret en obiter dans *Reference Re Validity of Wartime Leasehold Regulations*, n'est plus valable en droit⁴⁹³. [Notre soulignement]

Rappelant la métaphore de l'arbre vivant, le juge Dickson (plus tard juge en chef) a alors reconnu un principe général de pertinence des faits législatifs en matière constitutionnelle⁴⁹⁴. Il écrit:

Les documents qui sont pertinents aux questions soumises à la cour, qui ne sont pas douteux en soi et qui ne pêchent pas contre l'ordre public devraient être recevables, à la condition que ces documents extrinsèques ne servent pas à l'interprétation des lois⁴⁹⁵. [Notre soulignement]

La Cour suprême a exprimé, du même souffle, une règle empêchant l'utilisation de ces documents pour l'interprétation législative ordinaire⁴⁹⁶. Elle ajoute aussi qu'« en général, les discours prononcés devant le corps législatif au moment de son adoption sont irrecevables vu leur faible valeur probante »⁴⁹⁷. Sous réserve de ces deux limites, la pertinence des faits législatifs ou sociaux dépendra, encore une fois, des règles particulières aux dispositions ou doctrines constitutionnelles invoquées.

⁴⁹³ *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, préc., note 111, 722 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour).

⁴⁹⁴ *Id.*, 723 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour).

⁴⁹⁵ *Id.*, 723 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour).

⁴⁹⁶ Cette règle a été réitérée dans le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, préc., note 278, 318 (le juge McIntyre pour la Cour).

⁴⁹⁷ *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, préc., note 111, 721 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour). Voir aussi : *Alberta (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, préc., note 430, 439 (Lord Maugham L.C. pour le Comité).

La Cour a aussi précisé que la pertinence d'un fait législatif n'emporte pas que ce fait, une fois reconnu ou prouvé, dispose d'un poids incommensurable ou d'un caractère contraignant. Le juge Dickson écrit :

En général, quand il s'agit d'établir le caractère constitutionnel d'une loi, nous ne devons pas nous priver de l'aide que peuvent nous apporter les rapports d'une commission royale d'enquête ou d'une commission de réforme du droit qui sont à la base de la loi à l'étude. Bien sûr, l'importance qu'il faut attribuer à ces rapports est une question tout à fait différente. Ils peuvent être très importants, peu importants ou inutiles, mais, à mon avis, il faudrait au moins les admettre de façon générale pour nous aider à établir les conditions sociales et économiques dans lesquelles la loi a été adoptée⁴⁹⁸. [Notre soulignement]

La reconnaissance de la pertinence des faits législatifs se limite à consacrer leur admissibilité, et non leur poids.

Dans le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, la règle d'exclusion des discours en Chambre a été réitérée. Les propos des responsables politiques de Terre-Neuve ont été rejetés puisque n'exprimant pas l'intention du Parlement dans son ensemble, mais les rapports et brochures gouvernementales ont été admis⁴⁹⁹.

Entre temps, la *Charte* avait été adoptée. Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, la Cour a consacré plus officiellement la pertinence des faits législatifs pour interpréter la Constitution elle-même⁵⁰⁰ (y compris la *Charte*). Dans les affaires antérieures, il s'agissait davantage de faits liés à la loi ordinaire jugée en vertu du partage des compétences, et non de faits constitutionnels. Il faut dire que la Cour suprême du Canada et le Comité judiciaire du Conseil privé britannique avaient déjà utilisé sporadiquement de tels faits pour interpréter la *Loi constitutionnelle de*

⁴⁹⁸ *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, préc., note 111, 723 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour). La version anglaise traduit « importance » par « weight » : *supra*, p. 53.

⁴⁹⁹ *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, préc., note 278, 319 (le juge McIntyre pour la Cour).

⁵⁰⁰ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 276, par. 42 à 46 (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la majorité).

1867 sans toutefois écarter totalement l' « exclusionary rule »⁵⁰¹, comme nous l'avons vu à la section précédente (1.2.1).

Comme il s'agissait, dans ce renvoi, des procès-verbaux du Comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes ayant étudié la résolution demandant au Parlement impérial l'adoption de la *Loi de 1982 sur le Canada*, il a fallu que la Cour atténue officiellement son opposition à la recevabilité des discours des parlementaires⁵⁰².

Cette admissibilité des faits législatifs liés à l'adoption de la *Charte* n'emporte pas davantage leur caractère contraignant. Rappelant la métaphore de l'arbre vivant, le juge Lamer (plus tard juge en chef) s'est affranchi des opinions des parlementaires ayant choisi les mots employés par la *Charte*. Il écrit :

Façonner l'interprétation de l'art. 7 en fonction des observations des témoins entendus par le Comité mixte spécial comporte un autre danger: en procédant de la sorte, les droits, libertés et valeurs enchâssés dans la *Charte* deviennent figés dans le temps à l'époque de son adoption, sans possibilité, ou presque, de croissance, d'évolution et d'ajustement aux besoins changeants de la société. Naturellement, en l'espèce, à cause du caractère récent des débats entourant la *Charte*, ce problème est relativement mineur même s'il y a lieu de noter qu'à ce premier stade de l'existence de la *Charte* on a soulevé une foule de questions qui n'ont pas été envisagées à l'époque de ces audiences. Si on veut que "l'arbre" récemment planté qu'est la *Charte* ait la possibilité de croître et de s'adapter avec le temps, il faut prendre garde que les documents historiques comme les procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial n'en retardent la croissance⁵⁰³. [Notre soulignement]

En définitive, les faits législatifs, dont les discours des parlementaires, ne sont que des arguments pouvant être utilisés par les juges, lesquels demeurent maîtres du droit constitutionnel canadien.

⁵⁰¹ Renvoi : *Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, préc., note 278, 66 (*per curiam*) ; *Edwards v. Canada (Attorney General)*, préc., note 4, 104 (Lord Sankey L.C. pour le Comité judiciaire) ; *Reference as to whether "Indians" includes in s. 91 (24) of the B.N.A. Act includes Eskimo in habitants of the Province of Quebec*, préc., note 352, 106 et suiv. (le juge en chef Duff pour la majorité).

⁵⁰² *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 276, par. 50 (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la majorité).

⁵⁰³ *Id.*, par. 53 (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la majorité).

Avec la montée du constitutionnalisme et le rapatriement de 1982, la règle d'exclusion des faits législatifs était donc presque entièrement écartée. La recevabilité de ces faits pouvait toutefois varier entre les litiges ordinaires et ceux en matière constitutionnelle. La preuve extrinsèque était moins pertinente dans les litiges ordinaires qu'elle l'était lorsque la Constitution était invoquée. Les faits législatifs pertinents en toute matière étaient l'historique législatif (*legislative evolution*), les faits de société existants lors de l'édiction d'une loi, les autres lois, et même les rapports de la Commission de réforme du droit, afin d'appliquer la *mischief rule*⁵⁰⁴. En matière constitutionnelle, la pertinence s'étendait aux rapports gouvernementaux, de commissions royales ou d'enquête et au *Hansard*, même pour interpréter le texte de la Constitution⁵⁰⁵.

1.2.3 La pertinence et le poids des faits législatifs et sociaux en droit contemporain

Par la série d'arrêts que nous venons d'aborder, le droit constitutionnel canadien avait réalisé un virage majeur au tournant des années 1970 et 1980 en admettant de manière générale les faits législatifs et sociaux pour interpréter et appliquer la Constitution⁵⁰⁶. Comme l'avait alors statué la Cour suprême⁵⁰⁷, cette pertinence est d'abord gouvernée par les dispositions ou doctrines constitutionnelles invoquées dans une affaire particulière⁵⁰⁸. Il n'y aurait pas de règle d'exclusion particulière

⁵⁰⁴ W. H. CHARLES, T. A. CROMWELL et K. B. JOBSON, préc., note 245, p. 76-77.

⁵⁰⁵ *Id.*, p. 77.

⁵⁰⁶ P.-A. CÔTÉ, préc., note 188, par. 1578 et suiv. Au par. 1595, ils écrivent :

L'ouverture manifestée depuis un certain temps par la Cour suprême envers l'utilisation des travaux préparatoires constitue certainement une évolution marquante du droit relatif à l'interprétation des lois au Canada. De fait, il s'agit sans doute du changement le plus significatif qu'a connu ce domaine du droit au cours des 30 dernières années.

Dans la même veine, les rapports de commission sont maintenant recevables pour établir ses recommandations : *id.*, par. 1557.

⁵⁰⁷ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 388 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson).

⁵⁰⁸ Les doctrines constitutionnelles pouvant faire varier la pertinence des faits sont, par exemple, la validité (doctrine de l'*ultra vires*), l'applicabilité (doctrine de l'immunité interjuridictionnelle) et l'opérabilité (doctrine de la prépondérance fédérale).

aux matières constitutionnelles, les faits admissibles y étant gouvernés par la seule règle de la pertinence⁵⁰⁹.

Cela veut dire que pour maîtriser toutes les règles touchant la pertinence de la preuve en matière constitutionnelle, il faut maîtriser le droit constitutionnel dans toutes ses subtilités. La Cour suprême, dans chaque arrêt en droit constitutionnel, pondère des faits historiques ou contemporains afin d'interpréter et d'appliquer la Constitution, et peut le faire différemment d'une fois à l'autre suivant la norme constitutionnelle qu'elle définit alors⁵¹⁰.

Malgré tout, le droit canadien contemporain semble reconnaître une pertinence de principe des faits législatifs et sociaux pour l'interprétation et l'application de la Constitution⁵¹¹. La règle générale milite donc pour l'admissibilité. Cependant, cela ne signifie pas que ces faits, dont la preuve est dorénavant recevable, seront décisifs⁵¹². Commentant, par exemple, l'utilisation de la preuve de sciences sociales dans les arrêts *Little Sisters*⁵¹³ (obscénité – liberté d'expression) et *Malmo-Levine*⁵¹⁴ (marijuana – partage des compétences), M^e Benjamin Perryman a écrit : « there was a plethora of social science evidence in both cases, but it did not carry the day »⁵¹⁵.

On peut toutefois tenter de trouver des tendances générales gouvernant la pertinence et le poids de ces faits, lesquelles sont fonction des différentes spécialisations qui existent à l'intérieur du droit constitutionnel. Cela ne veut pas

⁵⁰⁹ P. W. HOGG, préc., note 4, 404 :

It is explicit in the opinion of Laskin CJ, and implicit in those of Ritchie and Beetz JJ [dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*], that the admissibility of factual material in a constitutional case depends simply on its relevance to the issues before the court. There is no artificial rule of exclusion. [Notre soulignement]

⁵¹⁰ La Cour peut utiliser de multiples approches interprétatives, et ce dans un même arrêt. Ces approches interprétatives rendront pertinents des faits historiques ou contemporains différents, selon le cas : Noura KARAZIVAN, « Constitutional Structure and Original Intent: A Canadian Perspective » (2017) 2 *University of Illinois Law Review* 629, 632.

⁵¹¹ Pour l'interprétation de la Constitution, voir : R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 23.58.

⁵¹² *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, préc., note 111, 723 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour).

⁵¹³ *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120.

⁵¹⁴ *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, préc., note 280.

⁵¹⁵ B. PERRYMAN, préc., note 194, 137.

dire qu'il n'y ait pas d'exceptions, ou même d'exceptions aux exceptions, à ces tendances.

Les commentaires introductifs qui suivent ne visent pas à déterminer avec précision quels faits sont pertinents à la résolution des questions constitutionnelles, puisque cela varie suivant chaque règle de droit constitutionnel à appliquer, mais à contextualiser les problèmes de droit de la preuve abordés dans les prochains chapitres. Notre thèse ne porte pas sur cette utilisation des faits, mais sur le droit de la preuve qui leur est applicable⁵¹⁶. Il faut toutefois contextualiser ces règles de preuve.

Au cœur de ces tendances concernant la pertinence des faits figure le choix de méthode ou d'approche interprétative que le tribunal adopte. Le professeur Patrick Taillon et M^e Amélie Binette soulignent que le choix entre l'interprétation évolutive ou originaliste varie généralement selon les domaines du droit constitutionnel, et cela fait varier la pertinence des faits en conséquence. Ils écrivent :

D'un côté, il y a évidemment le contentieux des droits et libertés comme terrain le plus propice à une interprétation créative totalement affranchie des considérations liées à l'intention du constituant. De l'autre, les questions portant sur le fonctionnement des institutions, à la procédure de révision constitutionnelle, à la compétence des tribunaux, aux droits linguistiques de même qu'aux droits ancestraux des peuples autochtones accordent une importance beaucoup plus grande aux considérations historiques en cherchant à protéger les « caractéristiques essentielles » des institutions, au sens où pouvaient l'entendre les responsables politiques de l'époque lors de laquelle celles-ci ont été mises en place. En position médiane s'insère le contentieux du partage des compétences entre les membres de la fédération, un champ bien souvent instable, où des considérations à la fois historiques et évolutives semblent coexister⁵¹⁷.

Ainsi, le droit touchant les institutions ou les Autochtones, y compris la procédure de modification de ce droit, fait l'objet d'une interprétation plus axée sur l'intention originelle, tandis que les droits et libertés sont interprétés avec créativité. La

⁵¹⁶ *Supra*, p. 56 et suiv.

⁵¹⁷ Patrick TAILLON et Amélie BINETTE, « Canada : une théorie "vivante" de l'interprétation pour un cadre constitutionnel désuet », (2017) 33 *Annuaire international de justice constitutionnelle* 201, 211.

méthode d'interprétation du partage des compétences législatives entre l'État fédéral et les États fédérés, quant à elle, varie fréquemment.

En conséquence, la pertinence des faits historiques et contemporains et leur poids dans l'interprétation devraient suivre les mêmes paramètres. Dit simplement, les faits historiques (le contexte d'édition de la loi) seraient davantage recevables, pertinents et décisifs en droit des institutions ou en matière autochtone, au même titre que les faits de société contemporains (le contexte du litige) en droits et libertés⁵¹⁸.

Toutefois, le caractère contemporain ou historique des faits sociaux ou législatifs semble rarement faire obstacle à leur admissibilité en preuve dans les différents domaines du litige constitutionnel, même si leur poids dans la conclusion des tribunaux pourrait à terme être limité suivant la méthode d'interprétation préférée.

Voyons, tour à tour, les contentieux des droits et libertés (1.2.3.1), du partage des compétences (1.2.3.2), et de la procédure de modification constitutionnelle et du droit des institutions (1.2.3.3). Il ne s'agit non pas de trancher de manière définitive les débats doctrinaux entre les différentes méthodes ou approches d'interprétation, mais de contextualiser l'application des règles de preuve abordées plus loin.

1.2.3.1 Le caractère large de la pertinence des faits en droits et libertés

En matière de droits et libertés, comme le démontrent M^{es} Andrew K. Lokan et Christopher M. Dassios, la question est davantage celle de l'exigence d'une preuve factuelle plutôt que sa pertinence⁵¹⁹. Les tribunaux cherchent à pousser les plaideurs à établir davantage de faits plutôt qu'à les limiter, jusqu'au point où le

⁵¹⁸ Pour M^e Barry Strayer (plus tard juge de la Cour d'appel fédérale), l'un des architectes principaux du rapatriement constitutionnel, l'histoire ne devrait pas être mobilisée pour l'interprétation de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais devrait l'être pour celle de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de la *Charte* qu'elle contient. Selon lui, il est difficile d'obtenir les opinions en présence en 1867, alors que les débats parlementaires de 1982 comprennent une étude détaillée de chaque article : B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 265.

⁵¹⁹ A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-7 et suiv.

contrôle de constitutionnalité d'une loi sur la base de la *Charte* devient presque inaccessible aux particuliers⁵²⁰.

La règle générale, établie dans l'arrêt *MacKay*, est donc l'exigence d'une preuve factuelle extensive de la situation soulevée⁵²¹. Cette preuve peut même aller jusqu'aux répercussions futures de la loi et de la décision à rendre. Le juge Cory écrit :

Les affaires relatives à la *Charte* porteront fréquemment sur des concepts et des principes d'une importance fondamentale pour la société canadienne. Par exemple, les tribunaux seront appelés à examiner des questions relatives à la liberté de religion, à la liberté d'expression et au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Les décisions sur ces questions doivent être soigneusement pesées car elles auront des incidences profondes sur la vie des Canadiens et de tous les résidents du Canada. Compte tenu de l'importance et des répercussions que ces décisions peuvent avoir à l'avenir, les tribunaux sont tout à fait en droit de s'attendre et même d'exiger que l'on prépare et présente soigneusement un fondement factuel dans la plupart des affaires relatives à la *Charte*. Les faits pertinents présentés peuvent toucher une grande variété de domaines et traiter d'aspects scientifiques, sociaux, économiques et politiques. Il est souvent très utile pour les tribunaux de connaître l'opinion d'experts sur les répercussions futures de la loi contestée et le résultat des décisions possibles la concernant⁵²². [Notre soulignement]

Bien que la commande soit importante, la nature et l'ampleur de la preuve demandée varie suivant, entre autres, la loi contestée, les dispositions

⁵²⁰ *Id.*, p. 8-12 ; Alan YOUNG, *Les coûts des litiges fondés sur la Charte*, Ministère de la Justice du Canada – Division de la recherche et de la statistique, 3 mai 2016, en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr/clc-ccl/clc-ccl.pdf>> (consultée le 20-05-2020), p. 4 :

En bref, il est clair que dans les cas où l'on dispose de nombreux éléments de preuve concernant les faits législatifs, il est possible que les coûts d'une contestation dépassent 1 000 000 dollars, tandis que dans les cas où la contestation est présentée et appuyée en grande partie par une argumentation juridique et pas par des éléments de preuve, ces coûts dépendront entièrement des frais juridiques. Dans un grand nombre de ces cas, les coûts seront considérablement moindres et dépasseront rarement 50 000 dollars.

⁵²¹ *MacKay c. Manitoba*, préc, note 14, 361-362 (le juge Cory pour la Cour) :

La présentation des faits n'est pas, comme l'a dit l'intimé, une simple formalité ; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte*. [...] Les décisions relatives à la *Charte* ne peuvent pas être fondées sur des hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes.

⁵²² *Id.*, 361 (le juge Cory pour la Cour). Voir aussi : *Danson c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 14, 1099 (le juge Sopinka pour la Cour) ; *R. c. Mills*, préc, note 14, par. 38 (les juges McLachlin et Iacobucci pour la majorité) ; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, [2015] 2 R.C.S. 548, 2015 CSC 30.

constitutionnelles invoquées, la nature de la conclusion demandée et le caractère judiciaire ou administratif du tribunal⁵²³.

La pertinence et le poids de la preuve de faits historiques ou contemporains varient entre l'interprétation et l'application de la *Charte*.

Pour l'interprétation de la *Charte*, l'histoire est pertinente, mais aura souvent peu de poids. Comme nous l'avons vu dans la section précédente, dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*⁵²⁴, la Cour suprême du Canada devait déterminer si une personne pouvait être condamnée à la prison pour une infraction commise sans élément intentionnel (*mens rea*). Elle a jugé cela contraire à l'article 7 de la *Charte*. Le juge Lamer (plus tard juge en chef) a reconnu l'admissibilité des débats parlementaires en contexte d'interprétation de la *Charte*⁵²⁵. Cependant, la question du poids de ces débats est tout autre, puisque les juges doivent, selon la Cour suprême, être en mesure de faire évoluer les droits pour les ajuster « aux besoins changeants de la société »⁵²⁶. En somme, les faits historiques, bien que pertinents, peuvent ne disposer d'aucun poids, et les tribunaux soupèseront alors d'autres considérations pour interpréter les droits et libertés.

Pour l'application des règles des droits et libertés, notamment en matière de justification, les faits sociaux contemporains sont évidemment essentiels, bien que

⁵²³A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-13.

⁵²⁴ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 276.

⁵²⁵ *Id.*, par. 46 (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la majorité). Le professeur Stéphane Beaulac conclut que l'interdiction d'utiliser les débats parlementaires pour interpréter la législation n'existe plus de nos jours : Stéphane BEAULAC, « Recent Developments at the Supreme Court of Canada on the Use of Parliamentary Debates », (2000) 63 *Sask. L. Rev.* 581, par. 40 (L/Q) :

Legislative history can also be utilized to interpret the language of the Canadian Constitution itself. Under the Constitution Act, 1867, although the exclusionary rule applied initially, resort to parliamentary debates has now been allowed for many years. The same is true with the Constitution Act, 1982, especially in relation to the *Charter* where the Supreme Court did not hesitate for a moment to use such materials to construe its provisions.

Des mises en garde peuvent néanmoins réapparaître sporadiquement dans des motifs de la Cour suprême : *Frank c. Canada (Procureur général)*, préc., note 49, par. 133 (les juges Côté et Brown, dissidents). Mais l'admissibilité des débats parlementaires est généralement reconnue pour interpréter la Constitution, y compris la *Charte* : *R. c. Desautel*, 2021 CSC 17, par. 41 (le juge Rowe pour la majorité) ; *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, par. 78 (la juge Martin pour la majorité).

⁵²⁶ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 276, par. 53 (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la majorité).

les faits sociaux historiques soient aussi recevables. Par exemple, dans *Edwards Books*, des faits historiques sur le caractère religieux de certains jours fériés ont été analysés au même titre que les faits historiques liés à l'adoption d'une loi sur le dimanche, ainsi que les faits sociaux liés au désir de la population de bénéficier de jours de congé uniformes⁵²⁷.

La pertinence est évaluée très largement en ce qui touche la *Charte*. Les types de faits à prouver, et de preuves, varient. Ainsi, par exemple, l'opinion publique et les sondages ont été admis pour interpréter ou appliquer la *Charte* à quelques reprises. Dans l'arrêt *Carter*, le « fort consensus dans la société »⁵²⁸ favorable à des mesures permettant de provoquer la mort a milité pour l'inconstitutionnalité de la criminalisation de l'aide médicale à mourir, tandis que dans la décision *Directeur général des Élections du Québec c. Confédération des syndicats nationaux*, l'opinion publique favorable au financement public du système électoral québécois a permis de justifier des limites au financement privé protégé par la liberté d'expression⁵²⁹. L'opinion médiatique a aussi été pondérée dans la décision *Hassouna* pour juger si une révocation de la citoyenneté était cruelle⁵³⁰.

Au risque de se répéter, cela ne veut pas dire qu'il n'y ait pas d'exceptions : la pertinence et le poids des faits dépend des règles précises de chacun des domaines du droit constitutionnel. C'est ainsi que les sondages d'opinion ont été rejetés dans l'arrêt *Burns*, qui portait sur la compatibilité de l'extradition d'accusés passibles de la peine de mort avec les principes de justice fondamentale⁵³¹. De même, l'opinion publique n'est pas pertinente pour déterminer si l'administration de la justice serait déconsidérée par une exclusion de la preuve obtenue en violation

⁵²⁷ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, préc., note 33, par. 57 et suiv. (le juge en chef Dickson pour les juges Chouinard et Le Dain).

⁵²⁸ *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 19, par. 23 (*per curiam*).

⁵²⁹ *Directeur général des Élections du Québec c. Confédération des syndicats nationaux*, 2019 QCCQ 1881, par. 126 à 130. Voir aussi, sur l'avortement : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, par. 185 (le juge McIntyre pour le juge La Forest, dissidents).

⁵³⁰ *Hassouna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2017] 4 R.C.F. 555, 2017 CF 473, par. 187.

⁵³¹ *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, par. 67 (*per curiam*). Voir aussi : *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 50 (*per curiam*).

des droits fondamentaux en vertu du paragraphe 24 (2) de la *Charte*⁵³². La Cour supérieure du Québec n'a également accordé aucune pertinence aux sondages montrant l'appui de la majorité de la population à la *Loi sur la laïcité de l'État*⁵³³.

Les dispositions législatives contestées et le droit constitutionnel sur lequel se base la contestation peuvent néanmoins circonscrire les faits pertinents en matière de droits et libertés. Par exemple, dans l'affaire *Truchon*, la Cour supérieure a limité l'enquête aux faits touchant les dispositions contestées au sein du régime de l'aide à mourir, et aux faits susceptibles d'avoir du poids dans le contexte où la Cour suprême avait déjà rendu l'arrêt *Carter*⁵³⁴ sur le même sujet. La juge Baudoin écrit :

Dans cette optique et compte tenu des pouvoirs dévolus au Tribunal d'assurer la bonne gestion de l'instance et du respect du principe de la proportionnalité, la preuve des faits législatifs et sociaux, essentielle par ailleurs, que les Procureurs généraux veulent soumettre sera restreinte et devra porter non pas sur l'ensemble des objectifs généraux de la loi ou du nouveau régime législatif, mais sur la seule et unique question du critère de la mort devenue raisonnablement prévisible, adopté par le législateur⁵³⁵.
[Notre soulignement]

Si l'enquête en matière de *Charte* se veut essentielle et extensive, elle n'est pas pour autant illimitée⁵³⁶.

Il n'empêche que, comme le professeur Alan Young l'a souligné, certains procès constitutionnels, particulièrement depuis les années 2000, ont pu ressembler à de véritables commissions d'enquête sur la problématique sociale à l'origine du litige.

Il écrit :

⁵³² S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 12.226 ; R. c. *Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, par. 32 (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la majorité).

⁵³³ *Hak c. Procureur général du Québec*, préc., note 41, par. 79.

⁵³⁴ *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 19.

⁵³⁵ *Truchon c. Procureur général du Canada*, préc., note 63, par. 31 (la juge Baudoin).

⁵³⁶ R. c. *Malmo-Levine*; R. c. *Caine*, préc., note 280, par. 27 (les juges Gonthier et Binnie pour la majorité) :

Selon nous, la preuve que M. Malmo-Levine souhaitait présenter — et qui était essentiellement la même que celle produite dans *Caine* — était pertinente dans le cadre de sa contestation fondée sur la *Charte*. Sa prétention n'était manifestement pas frivole. Le juge qui préside un procès n'est pas obligé d'entendre une preuve inutile, non pertinente ou redondante qui ne fait pas progresser l'instance. Mais, en l'espèce, la preuve offerte n'était pas de cette nature. [Notre soulignement]

La Cour a peut-être exprimé un mépris pour les arguments constitutionnels s'appuyant uniquement sur la rhétorique d'« avocats enthousiastes », mais il faut se demander s'il s'agissait-là d'une invitation à transformer l'audience en commission d'enquête⁵³⁷.

L'ampleur monumentale des faits législatifs et sociaux établis, par exemple, dans les affaires *Bedford*⁵³⁸, *Carter*⁵³⁹, *PHS*⁵⁴⁰ ou *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique*⁵⁴¹ s'illustre par les dizaines de milliers de pages et les dizaines de volumes et de témoins qui les ont rapportés⁵⁴². Nous sommes loin de l'époque où le dépôt d'un dossier factuel de deux volumes dans l'affaire *Saumur* a impressionné la Cour suprême du Canada (et le professeur Peter Hogg⁵⁴³) au point de la pousser à refuser d'octroyer les frais de justice qui en découlaient⁵⁴⁴!

Le droit constitutionnel des droits et libertés fait donc en sorte que la preuve du contexte du litige et des règles de droit contestées est une nécessité, et que l'étendue de cette preuve sur les plans qualitatif et quantitatif est très large. Du moins, le spectre des faits pertinents est beaucoup plus vaste qu'en partage des compétences ou en droit des institutions.

⁵³⁷ A. YOUNG, préc., note 520, p. 14.

⁵³⁸ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 18, par. 15 (la juge en chef McLachlin pour la Cour) : « Le dossier de preuve compte plus de 25 000 pages et 88 volumes ».

⁵³⁹ *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 19, par. 22 (*per curiam*).

⁵⁴⁰ *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, [2011] 3 R.C.S. 134, 2011 CSC 44.

⁵⁴¹ *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 200 (les juges Brown et Rowe, dissidents en partie) :

Le procès a duré 238 jours (sur une période d'environ 3 ans) et a mené à l'une des plus longues décisions de première instance dans l'histoire du Canada, sinon la plus longue (2016 BCSC 1764). La juge de première instance a entendu plus de 40 témoins ordinaires et 13 témoins experts. Plus de 1 600 pièces et mille pages d'arguments écrits lui ont été présentées.

⁵⁴² B. PERRYMAN, préc., note 194, 124, note 9 ; A. YOUNG, préc., note 520, p. 15, note 34.

⁵⁴³ P. W. HOGG, préc., note 4, 398, note 84.

⁵⁴⁴ *Saumur v. City of Quebec*, préc., note 432, 325 (le juge Kerwin, avec l'accord des juges Rand [p. 334], Kellock [p. 356], Estey [p. 363] et Locke [p. 379]).

1.2.3.2 *Les faits et le contrôle fédératif des compétences législatives : à la recherche d'une certaine précision des faits générateurs de compétence*

L'exigence de preuve est également applicable en matière de partage des compétences législatives⁵⁴⁵. Les faits pertinents demeurent toutefois beaucoup plus circonscrits qu'en matière de *Charte*, où la justification des atteintes appelle la preuve d'une panoplie de faits ou de préjudices. Cela est particulièrement vrai pour l'application du partage, mais c'est aussi le cas pour son interprétation. Les tribunaux tentent de préciser avec une certaine constance les faits ouvrant à l'exercice des compétences législatives des parlements, puisqu'ils cherchent à éviter que la répartition des pouvoirs dans la fédération change au gré de l'opportunité politique du moment.

Sur le plan de l'approche interprétative et du type de faits pertinents, les tribunaux désirent bien souvent mettre en balance les compromis et intentions historiques et les nouvelles réalités⁵⁴⁶. Même si la Cour suprême a exprimé sa préférence pour l'approche progressiste dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe*⁵⁴⁷, force est d'admettre que tant les faits historiques que contemporains peuvent avoir du poids.

En matière d'interprétation du partage des compétences, le cas du *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*⁵⁴⁸, est particulièrement intéressant. Durant la Grande dépression, le Parlement fédéral désirait créer un régime d'assurance-chômage afin de freiner la crise économique. Ce régime a été contesté par les provinces, et toutes les plaidoiries du Procureur général du Canada ont été rejetées par le Comité judiciaire du Conseil privé⁵⁴⁹. En conséquence, une modification constitutionnelle a été réalisée par une loi du

⁵⁴⁵ *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (ministre des Petites et moyennes Entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, préc., note 14, par. 46 (le juge LeBel pour la Cour).

⁵⁴⁶ P. TAILLON et A. BINETTE, préc., note 517, 211.

⁵⁴⁷ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79, par. 23 et 29 (*per curiam*).

⁵⁴⁸ *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, préc., note 233.

⁵⁴⁹ *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (P.C.).

Parlement impérial, avec le consentement des provinces cette fois, pour conférer au Parlement fédéral le pouvoir de légiférer sur l'assurance-chômage⁵⁵⁰.

Dans les années 1970, le Parlement fédéral a légiféré pour couvrir, à titre de chômage, l'arrêt de travail lors de la grossesse⁵⁵¹. S'inquiétant de ce qui lui semblait une immixtion dans ses compétences en matière de lois sociales, le gouvernement du Québec a fait un renvoi à la Cour d'appel au sujet de la constitutionnalité de cette mesure⁵⁵².

La Cour d'appel a procédé alors à une longue étude des faits législatifs et constitutionnels ayant mené à l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1940*⁵⁵³. Pour elle, le compromis réalisé en 1940 entre les provinces et le fédéral cherchait à protéger la perte d'emploi pour des raisons économiques, non pas pour des motifs personnels (choix de vie). Le juge Morin écrit :

Les prestations de grossesse et les prestations parentales visées aux articles 22 et 23 de la Loi sur l'assurance-emploi ne s'inscrivent nullement dans le canevas d'assurance-chômage conçu en 1940. Ces prestations spéciales ne sont pas versées à la suite d'une perte d'emploi due à des raisons économiques, mais plutôt à la suite d'une interruption d'emploi due à une incapacité personnelle de travailler. [...]

[...][J]e rappelle que ce n'est nullement le genre de situation qui était visé par les constituants lorsqu'ils ont décidé d'ajouter le paragraphe 2A à l'article 91 de la Loi constitutionnelle de 1867. Ceux-ci ont manifesté clairement leur intention de ne pas utiliser cette disposition à des fins autres que pour légiférer en matière d'assurance-chômage au sens strict que j'ai donné à cette expression ci-dessus⁵⁵⁴.

Pour la Cour d'appel, l'intervention du Parlement fédéral dans les compétences provinciales a été autorisée par les constituants de 1940 à des fins limitées, qui

⁵⁵⁰ *Loi constitutionnelle de 1940*, 3 & 4 George VI, c. 36 (R.-U.).

⁵⁵¹ *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, c. 48, art. 30(1).

⁵⁵² *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 17.

⁵⁵³ *Loi constitutionnelle de 1940*, préc., note 550.

⁵⁵⁴ *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 17, par. 75-76 (le juge Morin pour la Cour).

excluent les prestations de grossesse ou parentales, même si ces mesures sont « louables »⁵⁵⁵. Les dispositions sont donc invalides.

La Cour suprême du Canada a infirmé ce jugement. La juge Deschamps a mis l'accent sur l'« approche évolutive »⁵⁵⁶ et sur le caractère « dynamique »⁵⁵⁷ des compétences législatives. Elle affirme rejeter l'« approche originaliste »⁵⁵⁸ qui a caractérisé le jugement de la Cour d'appel du Québec. Des changements relatifs à la présence des femmes sur le marché du travail ont eu lieu depuis 1940 et « [l']interprétation généreuse des termes de la Constitution permet de prendre en considération ces changements sociaux »⁵⁵⁹. Le Parlement fédéral avait donc compétence pour édicter les mesures contestées quant aux prestations de chômage en raison de la maternité.

Pour les professeurs Eugénie Brouillet et Alain-G. Gagnon, ce rejet de l'approche originaliste a changé l'équilibre des pouvoirs négocié par les provinces et le fédéral en 1940. Ils écrivent :

Cette hiérarchisation des principes d'interprétation, c'est-à-dire cette primauté accordée par la Cour au principe d'interprétation évolutive vis-à-vis l'approche originaliste, heurtait de front l'intention du constituant eu égard à l'équilibre des pouvoirs désiré en 1940 en matière sociale⁵⁶⁰.

Le faible poids accordé à l'intention du constituant dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23 a toutefois été tempéré par des affirmations générales quant à la pertinence des faits historiques dans l'interprétation du partage des compétences.

La pertinence et le poids des faits historiques ont, en effet, été expressément préservés par ce jugement. Il existe même un devoir de procéder à l'étude de l'intention du constituant. La juge Deschamps écrit :

⁵⁵⁵ *Id.*, par. 75 (le juge Morin pour la Cour).

⁵⁵⁶ *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, préc., note 548, par. 9 (la juge Deschamps pour la Cour).

⁵⁵⁷ *Id.*, par. 9 (la juge Deschamps pour la Cour).

⁵⁵⁸ *Id.*, par. 9 (la juge Deschamps pour la Cour).

⁵⁵⁹ *Id.*, par. 77 (la juge Deschamps pour la Cour).

⁵⁶⁰ E. BROUILLET et A.-G. GAGNON, préc., note 454, à la p. 101.

Les débats ou les échanges de correspondance entourant la modification constitutionnelle sont pertinents pour l'analyse quant au contexte, mais ils ne peuvent dicter l'étendue exacte de la compétence législative. [...]

Le recours à une interprétation évolutive ne peut cependant pas justifier un empiétement par le Parlement sur un champ de compétence provinciale. Il est délicat de fixer les limites à l'évolution de la compétence constitutionnelle en se fondant sur la structure du Canada. Cette notion fait souvent appel à la conception qu'un tribunal donné peut se faire du fédéralisme. [...] Si le débat est judiciairisé, les tribunaux doivent se reporter à la description de la compétence faite par les constituants pour en dégager les composantes essentielles, en étant guidés par l'interprétation jurisprudentielle. En ce domaine, le sens des mots utilisés peut être adapté à la réalité moderne dans le respect de la séparation des pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires⁵⁶¹.

Si les tribunaux doivent se référer à l'intention du constituant pour délimiter les « composantes essentielles »⁵⁶² d'une compétence, cette intention ne dicte toutefois pas l'« étendue exacte »⁵⁶³ de cette compétence. Dans le cas de l'assurance-emploi, les faits historiques ne concordaient pas avec la vision centralisatrice et progressiste poursuivie par la législation fédérale, et la Cour suprême a préféré privilégier la constitutionnalité de la loi au détriment de la preuve entourant la réforme constitutionnelle de 1940. La marge de manœuvre des tribunaux est donc entière. En définitive, le pouvoir des tribunaux de fixer les règles du partage des compétences en s'appuyant sur des faits historiques ou contemporains connaît peu de limites.

Pour ce qui est de l'application du partage des compétences, c'est-à-dire l'individualisation des règles du partage à une règle contestée, les faits pertinents sont davantage circonscrits. Dans l'arrêt *Morgentaler* de 1993, qui portait sur l'interdiction par une province d'une clinique d'avortement et sa validité sur le plan des compétences, le juge Sopinka a posé certaines limites. Tout en confirmant la mise à l'écart de la règle d'exclusion, y compris pour les débats parlementaires⁵⁶⁴,

⁵⁶¹ *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, préc., note 548, par. 9-10 (la juge Deschamps pour la Cour).

⁵⁶² *Id.*, par. 10 (la juge Deschamps pour la Cour).

⁵⁶³ *Id.*, par. 9 (la juge Deschamps pour la Cour).

⁵⁶⁴ *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, 484 (le juge Sopinka pour la Cour). En matière d'interprétation législative ordinaire, la Cour suprême formule toutefois une mise en garde quant à la fiabilité et au poids des débats parlementaires : *Compagnie des chemins de fer nationaux du*

il a admis la preuve de l'effet concret d'une loi pour en découvrir le caractère véritable, à l'exclusion toutefois des conséquences à long terme qui sont pour lui « peu pertinentes »⁵⁶⁵. Selon lui, les tribunaux n'ont pas la compétence pour tirer des conclusions précises sur ces effets à long terme⁵⁶⁶. Il peut cependant arriver, suivant les faits de l'affaire et les dispositions constitutionnelles invoquées, que la preuve de l'effet pratique soit pertinente : « l'effet pratique ne sera pertinent que s'il témoigne d'un objet *ultra vires* »⁵⁶⁷. Encore une fois, la pertinence des faits varie suivant les règles de droit substantiel à appliquer.

C'est ainsi que la preuve visant à remettre directement en question la sagesse du partage des compétences n'est pas pertinente. Dans le premier *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*⁵⁶⁸, la Cour suprême a refusé d'accorder du poids aux données économiques pour contester l'opportunité du partage des compétences. La Cour écrit :

Même si les parties ont présenté des éléments de preuve et des arguments quant aux mérites respectifs d'une réglementation fédérale et provinciale des valeurs mobilières, il ne revient pas aux tribunaux de trancher la question politique de savoir si un régime national unique de gestion des valeurs mobilières est préférable à de multiples régimes provinciaux⁵⁶⁹.

La preuve doit porter sur les éléments du critère jurisprudentiel applicable à la disposition constitutionnelle fondant la compétence invoquée. Ainsi, dans le cas de la compétence fédérale sur le commerce⁵⁷⁰, les faits sociaux de nature économiques ne sont pertinents que dans la mesure où ils fondent l'exercice de

Canada c. Canada (Procureur général), [2014] 2 R.C.S. 135, 2014 CSC 40, par. 47 (le juge Rothstein pour la Cour).

⁵⁶⁵ *R. c. Morgentaler*, préc., note 564, 484 (le juge Sopinka pour la Cour). Voir aussi : *Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, [2016] 1 R.C.S. 467, 2016 CSC 23, par. 36 (les juges Wagner et Côté pour la majorité) ; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, [2010] 2 R.C.S. 453, 2010 CSC 38, par. 20 (la juge en chef McLachlin pour la majorité) ; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, préc., note 14, par. 54 (le juge LeBel pour la Cour).

⁵⁶⁶ *R. c. Morgentaler*, préc., note 564, 486 (le juge Sopinka pour la Cour).

⁵⁶⁷ *Id.* Voir aussi : *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 23 (le juge Iacobucci pour la Cour).

⁵⁶⁸ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 38.

⁵⁶⁹ *Id.*, par. 10 (*per curiam*) (voir aussi par. 90).

⁵⁷⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 229, par. 91(2).

cette compétence fédérale, suivant le test de l'arrêt *General Motors*⁵⁷¹. Il s'agit alors de démontrer que « l'omission par une ou plusieurs provinces de participer au régime de réglementation "compromettrait l'application [du régime national] dans d'autres parties du pays" (p. 662) »⁵⁷².

En somme, même si l'approche progressiste est le choix officiel de la Cour suprême pour l'interprétation du partage des compétences⁵⁷³, les faits constitutionnels historiques sont pertinents de manière générale⁵⁷⁴. Il y a, en quelque sorte, un écart entre le discours affiché (l'approche évolutive et progressiste), et la pratique effective des tribunaux, en général, et de la Cour suprême, en particulier, qui montrent un penchant fréquent, mais pas nécessairement constant, en faveur d'une preuve des faits historiques et des intentions, qui tend davantage à l'interprétation originaliste. L'équilibre entre ces deux approches n'est pas toujours perceptible. Il n'empêche que les faits contemporains visant à remettre trop frontalement en question le partage des compétences risquent d'être inadmissibles⁵⁷⁵.

Pour l'application du partage, les faits pertinents sont déterminés, avec une certaine précision, suivant les dispositions ou doctrines constitutionnelles invoquées⁵⁷⁶. Par exemple, la détermination du caractère véritable d'une loi (validité constitutionnelle) appelle une preuve plus extensive de l'intention du

⁵⁷¹ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 38, par. 87 et 90 (*per curiam*) ; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 ; N. KARAZIVAN, préc., note 461, 456.

⁵⁷² *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 38, par. 90 (*per curiam*), citant *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, préc., note 572, 662 (le juge en chef Dickson pour la Cour). Voir aussi : N. KARAZIVAN, préc., note 461, 468 :

Une preuve d'expert qui appuierait la proposition selon laquelle le fait qu'une province refuse de réglementer les risques systémiques sur son territoire porte atteinte au niveau de protection contre ces risques systémiques dans les autres provinces constituerait alors un fondement factuel nécessaire pour conclure à l'incapacité provinciale et ainsi satisfaire au quatrième critère [de *General Motors*].

Sur la preuve et le commerce interprovincial, voir aussi : K. E. SWINTON, préc., note 111, p. 76.

⁵⁷³ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79, par. 23 et 29 (*per curiam*).

⁵⁷⁴ *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, préc., note 548, par. 9-10 (la juge Deschamps pour la Cour).

⁵⁷⁵ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 38, par. 10 (*per curiam*) (voir aussi par. 90).

⁵⁷⁶ *R. c. Morgentaler*, préc., note 564, 486 (le juge Sopinka pour la Cour).

Parlement et des conséquences pratiques de la loi⁵⁷⁷. De même, pour invoquer la prépondérance fédérale, une partie pourrait chercher à prouver un conflit opérationnel concret entre les dispositions fédérales et provinciales⁵⁷⁸.

1.2.3.3 *Le droit relatif aux institutions politiques et à la modification constitutionnelle : entre originalisme et structuralisme*

En matière de procédure de modification constitutionnelle et de droit des institutions en général, les faits sont également pertinents. Cependant, les motifs de jugement sont davantage enracinés dans les considérations historiques, afin de préserver les compromis qui ont été faits par les provinces et le gouvernement fédéral⁵⁷⁹.

Cela était, par ailleurs, une préoccupation de M^e Barry Strayer (plus tard juge de la Cour d'appel fédérale) qui, en qualité de sous-ministre de la Justice, était un conseiller important du gouvernement fédéral lors du rapatriement de 1982. En ce qui concerne la *Loi constitutionnelle de 1982*, il écrit :

It was not a piece of legislation like any other. It was negotiated with great difficulty and the resulting consensus was fragile indeed. It will be anomalous if courts ascribe to the *Charter* consequences on which its framers could never reach agreement, and which were vehemently opposed by some who accepted the final text on the understanding that it did not carry such a meaning⁵⁸⁰. [Notre soulignement]

Pour lui, il serait incongru de donner aux dispositions de la *Charte* une signification à laquelle s'opposaient expressément les acteurs de 1981.

⁵⁷⁷ A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-11 ; B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 266.

⁵⁷⁸ A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-11 ; *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, par. 113 (le juge en chef Wagner pour la majorité) ; Joseph Eliot MAGNET, « The Presumption of Constitutionality », (1980) 18 (1) *Osgoode Hall Law Journal* 87, 90.

⁵⁷⁹ P. TAILLON et A. BINETTE, préc., note 517, 209, note 33. Dans ces domaines, la preuve de faits historiques précis est parfois exigée pour obtenir la conclusion recherchée. C'est le cas du titre ancestral autochtone (*id.*, p. 210, note 36) et des compétences constitutionnellement protégées de la Cour supérieure (*Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, préc., note 111, 734 [le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour]), où, respectivement, la preuve des conditions prévalant, d'une part, lors de l'affirmation de la souveraineté européenne et, d'autre part, lors de l'Union de 1867, est essentielle.

⁵⁸⁰ B. L. STRAYER, préc., note 416, p. 265.

Tant dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*⁵⁸¹, que dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*⁵⁸² et dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*⁵⁸³, l'intention des constituants l'a emporté. En somme, pour modifier la composition du Sénat ou de la Cour suprême, il faut une modification constitutionnelle impliquant les chambres parlementaires fédérales et provinciales. La procédure de modification constitutionnelle ne connaît pas véritablement une interprétation progressiste ou évolutive, même si, comme l'affirme la professeure Noura Karazivan, elle connaît une interprétation structurelle ou téléologique⁵⁸⁴. Dans cette matière, les faits historiques ont un grand poids.

Ce grand poids des faits législatifs liés au processus constituant représente une garantie offerte par la Cour suprême aux partenaires de la fédération à l'effet que la Constitution ne sera pas modifiée, par interprétation, sans leur accord. Dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*⁵⁸⁵, après avoir cité l'*Accord constitutionnel* d'avril 1981⁵⁸⁶, la Cour a affirmé que « [l]a formule de modification ainsi établie est conçue pour [...] préserver le statu quo constitutionnel au Canada jusqu'à ce que les parties prenantes s'entendent sur des réformes »⁵⁸⁷.

Pour ce qui est des autres domaines du droit constitutionnel des institutions, les faits historiques semblent également disposer d'un grand poids. Par exemple, les compétences constitutionnellement protégées de la Cour supérieure, dont les juges sont nommés par le gouvernement fédéral, dépendent des compétences

⁵⁸¹ *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, préc., note 449, 66 (*per curiam*).

⁵⁸² *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 R.C.S. 704, 2014 CSC 32, notamment aux par. 76, 77 et 101 (*per curiam*); Noura KARAZIVAN, « De la structure constitutionnelle dans le *Renvoi relatif au Sénat* : vers une *gestalt* constitutionnelle ? », (2015) 60 (4) *Revue de droit de McGill* 793, 834.

⁵⁸³ *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, préc., note 5, par. 92 (la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner).

⁵⁸⁴ N. KARAZIVAN, préc., note 510, 633.

⁵⁸⁵ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 582.

⁵⁸⁶ CANADA, *Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution*, Ottawa, 1981. Cet accord avait été signé par toutes les provinces, sauf l'Ontario et le Nouveau-Brunswick.

⁵⁸⁷ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 582, par. 31 (*per curiam*).

exclusives des cours supérieures des différentes provinces ou d'Angleterre qui prévalaient lors de l'Union en 1867⁵⁸⁸.

Ainsi-en-est-il en matière autochtone, où les compromis historiques et les pratiques traditionnelles de ces peuples sont au cœur des litiges. La pertinence de ces faits historiques est évaluée largement, de manière à permettre aux parties autochtones de témoigner sur des éléments touchant à la mythologie, à la spiritualité, aux mœurs et aux valeurs en plus des faits historiques précis⁵⁸⁹.

Il existe toutefois des exceptions notables à ce caractère incontournable de la preuve historique. En ce qui concerne l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui empêche l'édition de droits de douane entre les provinces, tant l'interprétation originaliste que l'interprétation progressiste ont été rejetées.

Dans l'arrêt *Comeau*⁵⁹⁰, une personne désirant importer librement de l'alcool acheté dans une autre province a tenté d'établir, par expertise d'historien, que l'intention du constituant de 1867 était de protéger un libre échange absolu entre les membres de la fédération. La Cour suprême du Canada a alors affirmé que la preuve des faits historiques n'est pas concluante. La Cour écrit :

Les circonstances historiques dans lesquelles l'art. 121 a été adopté font partie de l'interprétation contextuelle de la disposition. La preuve historique sert à situer une disposition dans ses « contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » : *Big M Drug Mart*, p. 344. Aux fins d'interprétation des textes constitutionnels, la preuve de l'intention des rédacteurs n'est toutefois pas concluante : *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 61-62 ; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, par. 44⁵⁹¹. [Notre soulignement]

Si l'interprétation d'une disposition constitutionnelle peut faire appel au contexte historique, ce dernier n'a pas été concluant dans ce cas d'espèce. Même si certains constituants ont pu être « préoccupés » par des obstacles non tarifaires au

⁵⁸⁸ *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, préc., note 111, 734 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour).

⁵⁸⁹ Voir notamment : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 53, par. 86-87 (le juge en chef Lamer pour la majorité).

⁵⁹⁰ *R. c. Comeau*, préc., note 10.

⁵⁹¹ *Id.*, par. 55 (*per curiam*).

commerce interprovincial⁵⁹², ces obstacles seront permis s'ils sont accessoires à un régime législatif qui vise des objectifs provinciaux valides⁵⁹³.

La Cour suprême du Canada n'a cependant pas mobilisé une approche interprétative progressiste ou réaliste⁵⁹⁴. Comme dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*⁵⁹⁵, la Cour a rejeté les arguments liés à l'efficacité économique. Elle écrit :

Ainsi, le principe du fédéralisme n'impose pas une vision précise de l'économie que les tribunaux doivent appliquer. Il ne permet pas à une cour d'affirmer que « ceci serait bon pour le pays et il faudrait interpréter la Constitution en conséquence ». Il pose plutôt en principe un cadre fondé sur l'équilibre des compétences, qui aide les cours de justice à cerner l'éventail des mécanismes économiques qui sont constitutionnellement acceptables⁵⁹⁶. [Notre soulignement]

Si des faits économiques ne peuvent directement faire infléchir l'interprétation du droit relatif aux institutions ou le partage des compétences, il faut dire que des faits « sociaux » peuvent pourtant le faire, comme nous l'avons vu dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*⁵⁹⁷, alors que la Cour suprême a conclu que la définition de la compétence fédérale sur l'assurance-emploi devait prendre en compte les changements sociaux relatifs à la présence des femmes sur le marché du travail.

L'approche originaliste a aussi été rejetée dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*⁵⁹⁸. Le juge en chef Lamer a affirmé que « notre Constitution a évolué avec le temps »⁵⁹⁹ et a changé les règles canadiennes, inspirées d'Angleterre, gouvernant les rapports entre le pouvoir

⁵⁹² *Id.*, par. 63 (*per curiam*).

⁵⁹³ *Id.*, par. 114 (*per curiam*).

⁵⁹⁴ Au sens d'approche interprétative : voir *supra*, p. 113.

⁵⁹⁵ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 568, par. 10 (*per curiam*).

⁵⁹⁶ *R. c. Comeau*, préc., note 590, par. 83 (*per curiam*).

⁵⁹⁷ *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, préc., note 548.

⁵⁹⁸ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3. Voir aussi : *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319. La limitation des privilèges parlementaires suivant le critère de leur nécessité leur donne un caractère évolutif. Les motifs de cet arrêt font néanmoins une place importante aux faits historiques.

⁵⁹⁹ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, préc., note 598, par. 106 (le juge en chef Lamer pour la majorité).

législatif et la magistrature⁶⁰⁰. La Cour a alors limité, par des règles non écrites tirées d'une approche structuraliste, la compétence législative sur la fixation des salaires des juges afin d'exiger qu'une commission indépendante participe à l'exercice de ce pouvoir⁶⁰¹. Ce rejet d'une approche entièrement originaliste ne signifie pourtant pas que les faits historiques ne sont pas pertinents, puisque ces derniers ont été longuement étudiés dans les différents motifs des juges.

En définitive, le droit des institutions connaît un contentieux davantage dominé par les faits historiques, même si certaines évolutions interprétatives ont parfois lieu. Les tribunaux pourraient s'inspirer de certains faits contemporains pour formuler des expressions du type « notre Constitution a évolué »⁶⁰², mais mettre en preuve ces faits contemporains est toujours un exercice difficile sur le plan de la pertinence, car les tribunaux pourraient avoir l'impression d'être invités à trancher autrement que dans le respect du droit constitutionnel établi.

Conclusion sur l'admissibilité des faits en matière constitutionnelle

Les faits historiques bénéficient d'une pertinence certaine tant en matière de droits et libertés, de partage des compétences et de droit des institutions⁶⁰³. La pertinence des faits sociaux ou économiques plus contemporains est parfois affirmée⁶⁰⁴, mais parfois déniée⁶⁰⁵ si elle porte trop directement sur la sagesse de la loi contestée ou de la règle constitutionnelle à interpréter.

⁶⁰⁰ Voir : Jean LECLAIR et Yves-Marie MORISSETTE, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême : Reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance », 36 (3) *Osgoode Hall Law Journal* 485.

⁶⁰¹ N. KARAZIVAN, préc., note 510, 637.

⁶⁰² Voir, par ex. : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, préc., note 598, par. 106 (le juge en chef Lamer pour la majorité).

⁶⁰³ Voir aussi, en matière de droits linguistiques : *Caron c. Alberta*, préc., note 67, par. 139 (les juges Wagner et Côté pour la juge Abella, dissidents) :

La Cour s'est déjà engagée à aborder l'analyse constitutionnelle d'une manière globale en tenant compte de toutes les sources historiques pertinentes (voir p. ex. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (« *Renvoi relatif à la sécession* »); *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010).

⁶⁰⁴ *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, préc., note 548.

⁶⁰⁵ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 568, par. 10 (*per curiam*).

Dans tous les cas, le poids à accorder à ces faits est laissé à l'appréciation du tribunal, dont c'est le pouvoir d'interpréter les lois. Dans l'arrêt *Comeau*, la Cour suprême a même employé l'analogie de la « recette » dont la preuve historique n'est qu'un « ingrédient ». La Cour écrit :

La preuve historique constitue un ingrédient non décisif de la démarche d'interprétation législative à multiples facettes. Le témoignage d'opinion n'est qu'une formulation d'une solution différente découlant d'une appréciation particulière de ces ingrédients — la recette reste la même⁶⁰⁶.
[Notre soulignement]

Même si nous en connaissons certains ingrédients, les manipulations de cette recette d'interprétation demeurent un secret difficile à percer, et le plat concocté change de goût assez régulièrement !

Après une période de relative irrecevabilité des faits législatifs et sociaux pour interpréter la Constitution canadienne, ce contentieux a connu la montée en pertinence de ces faits. Admissibles, en principe, dans l'essentiel des domaines du droit constitutionnel, le poids de ces faits dans la conclusion finale des jugements se révèle pourtant bien aléatoire.

L'arrivée des faits législatifs en droit canadien a peut-être signifié un élargissement du pouvoir judiciaire d'interprétation constitutionnelle. Cette interprétation est probablement davantage appuyée sur des données factuelles. Cependant, il est également bien possible que le pouvoir de décider ne soit que plus dissimulé qu'auparavant, alors que les choix nécessaires à l'interprétation⁶⁰⁷ sont masqués par ce qui est présenté comme un simple constat de faits objectifs⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ *R. c. Comeau*, préc., note 590, par. 43 (*per curiam*).

⁶⁰⁷ H. KELSEN, préc., note 132, p. 152-154.

⁶⁰⁸ D. PINARD, préc., note 32, 392 :

La décision judiciaire truffée de données, de références à des études de sciences sociales ou autres peut en effet sembler mieux fondée, plus neutre et technique, plus inexorable. Les choix normatifs s'y retrouvent parfois sous les traits d'observations empiriques. La responsabilité de décider s'y cache derrière une prétendue observation passive de phénomènes extérieurs.

Voir aussi : C. I. KYER, préc., note 54, 157, qui conclut que l'appel aux arguments historiques masque peut-être une décision essentiellement politique.

Intuitivement, on pourrait croire que le juge est soudainement plus restreint lorsqu'il accepte une preuve des intentions historiques, qu'il est soudainement aiguillé par la volonté des parlementaires. Or, le paradoxe est plutôt que la preuve d'une panoplie de propos contradictoires des acteurs de l'époque crée un choix entre les intentions divergentes des députés, ainsi que des points d'ancrage pour des interprétations qui sortent du texte et du contexte juridique tiré des lois connexes, de la jurisprudence et de la common law. Lorsqu'on ajoute à cette recette la preuve des faits contemporains, la marge de manœuvre est décuplée.

Autrement dit, la preuve des faits historiques ou des intentions historiques, même si elle semble s'imposer comme un prolongement de l'interprétation originaliste, n'a finalement que peu à voir avec une approche axée sur la retenue. Le lien n'a rien d'automatique.

La preuve de tous ces faits n'impose pas des normes ou des règles de droit au tribunal qui la reçoit. Bien que les intentions des parlementaires soient, par nature, normatives, ces intentions et les faits de société historiques ou contemporains n'ont aucun effet contraignant dans l'interprétation du droit constitutionnel. Notre postulat positiviste normativiste, qui distingue les faits du droit, se démontre dès lors que les tribunaux conservent la marge de manœuvre dans l'interprétation du droit. Tantôt ils mobilisent la preuve des faits de société pour valider l'assurance-grossesse, en affirmant que la compétence sur l'assurance-chômage a évolué avec le temps, tantôt ils refusent la preuve des faits économiques pour faire évoluer l'interprétation de la compétence sur le commerce⁶⁰⁹. Les faits ne sont donc pas normatifs.

⁶⁰⁹ *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, préc., note 548 ; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 568, par. 10 (*per curiam*).

1.3 La règle de la pertinence en droit de la preuve et son application en matière constitutionnelle

Si le droit constitutionnel canadien envisage largement la pertinence des faits pour juger de la constitutionnalité des lois, et peut-être plus largement que dans d'autres domaines de droit, il n'en va pas nécessairement de même pour la question de la pertinence de la preuve. Il ne faut pas en inférer que la règle de la pertinence en droit de la preuve s'applique différemment des autres domaines de droit.

Voyons la mécanique de la règle de la pertinence en droit de la preuve (1.3.1) pour ensuite voir comment cette règle s'applique en matière constitutionnelle (1.3.2). Finalement, il faut distinguer la règle de la pertinence elle-même de certaines limites de droit public substantiel qui font en sorte de nier la pertinence de certains faits ou documents dont on pourrait requérir la communication dans une instance constitutionnelle (1.3.3). Dans tous les cas, la pertinence de la preuve ne connaît pas une souplesse particulière en matière constitutionnelle : elle est gouvernée suivant les mêmes principes que dans les autres domaines.

1.3.1 La règle de la pertinence en général

La pertinence, codifiée en droit civil québécois à l'article 2857 C.c.Q., est une règle qui s'interprète à la lumière de la common law⁶¹⁰. Son cadre d'application est donc essentiellement le même dans tous les domaines du droit canadien⁶¹¹.

D'abord et avant tout, « un fait est pertinent lorsqu'il tend à établir l'existence ou non d'un droit réclamé »⁶¹². C'est donc le droit substantiel qui permet au juge de mesurer si la preuve d'un fait permettra *logiquement* de prouver un droit, et

⁶¹⁰ *Supra*, p. 93 ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 211.

⁶¹¹ *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, préc., note 382, par. 62 et suiv. (la juge Karakatsanis pour la Cour). Dans cette affaire constitutionnelle provenant de la Colombie-Britannique, le traité de preuve civile québécoise de la professeure Catherine Piché a été utilisé par la juge Karakatsanis pour définir la règle de la pertinence. Cela démontre que cette règle est la même à l'échelle canadienne.

⁶¹² C. PICHÉ, préc., note 37, par. 215.

d'obtenir la sanction recherchée⁶¹³. Les juges John Sopinka, Sidney Lederman, Alan Bryant et Michelle Fuerst écrivent :

What are the logically relevant facts in any particular case, whether civil or criminal, is decided by the substantive law governing the cause of action or offence set out in the pleadings or the charge, as the case may be⁶¹⁴.
[Notre soulignement]

La *pertinence* (« relevance ») se mesure donc à partir des *faits litigieux* (« facts in issue »)⁶¹⁵. D'une part, les *faits litigieux* sont ceux qui doivent être prouvés suivant le droit substantiel en vigueur et les actes de procédure au dossier pour obtenir la conclusion recherchée (ou le rejet de la demande ou de l'accusation)⁶¹⁶. D'autre part, les *faits pertinents* sont ceux qui permettent de prouver ces faits litigieux parce qu'ils les rendent plus ou moins probables⁶¹⁷.

Il n'en demeure pas moins qu'à tort ou à raison, une part importante de la jurisprudence et la doctrine (à l'exception de celle qui s'intéresse précisément aux règles que nous venons de résumer) réfèrent généralement à la notion de pertinence pour englober ces deux concepts⁶¹⁸. Dans le vocabulaire judiciaire courant, la pertinence comprend les faits qui doivent être prouvés suivant le droit substantiel, ainsi que ceux qui rendent ces faits logiquement plus probables ou moins probables⁶¹⁹. L'expression « faits pertinents » englobe donc les faits litigieux et les faits logiquement pertinents aux questions constitutionnelles soulevées.

⁶¹³ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 2.47 ; D. PINARD, préc., note 4, 407 :

De façon générale, le droit substantif définit l'objet du fardeau de preuve, c'est-à-dire qu'il détermine les faits en litige dont on devra convaincre le tribunal. Le droit de la preuve prévoit quant à lui les règles relatives à la façon de prouver cet objet, notamment la répartition du fardeau de preuve et l'intensité de ce dernier.

⁶¹⁴ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 1.1. Voir aussi, au même effet : R. CROSS et C. TAPPER, préc., note 172, p. 75.

⁶¹⁵ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 132-133 et 215 ; S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 2.47. Voir aussi : C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 50.

⁶¹⁶ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 2.47.

⁶¹⁷ *Id.*, par. 2.49.

⁶¹⁸ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 135.

⁶¹⁹ *Id.*, par. 215 :

Somme toute, un fait est notamment pertinent s'il s'agit d'un fait en litige, s'il contribue à prouver d'une façon rationnelle un fait en litige ou s'il a pour but d'aider le tribunal à

Ainsi, comme l'article 1457 C.c.Q. indique la pertinence de faits démontrant une faute, un lien de causalité et un préjudice dans une affaire de responsabilité civile⁶²⁰, la jurisprudence constitutionnelle détermine la pertinence des faits liés aux contestations constitutionnelles. C'est ainsi que dans l'arrêt *Morgentaler* de 1993, qui portait sur l'interdiction par une province d'une clinique d'avortement et sa validité sur le plan des compétences, le juge Sopinka a admis la preuve de l'effet concret d'une loi pour en découvrir le caractère véritable, mais il a exclu les conséquences à long terme qui sont pour lui « peu pertinentes »⁶²¹. La Cour suprême a alors élaboré le droit constitutionnel du partage des compétences, et non le droit de la preuve, en déterminant quels faits peuvent fonder la validité constitutionnelle d'une loi ou la nier.

Il faut aussi dire que la pertinence logique est discrétionnaire, voire « subjective »⁶²². Elle varie aussi, à l'image d'un entonnoir, suivant les étapes d'une même instance civile, laquelle voit les faits pertinents se préciser entre le moment de l'introduction de la demande et le jugement final⁶²³. Cela explique donc une certaine variation dans la jurisprudence portant sur l'admissibilité des faits.

La règle de la pertinence logique s'ajoute à celle de la pertinence juridique, qui restreint aussi l'enquête. La pertinence juridique, maintenant appelée règle générale d'exclusion⁶²⁴, permet d'exclure une preuve logiquement pertinente, mais

apprécier la force probante d'un témoignage. Le défaut de pertinence est généralement soulevé soit parce qu'un fait n'a pas de rapport avec le litige, soit parce qu'il est dénué de valeur probante. L'absence de connexité, qualifiée de pertinence logique, est un critère universellement accepté. L'insuffisance de la valeur probante, qualifiée de pertinence juridique, est davantage contestée. [Notre soulignement]

⁶²⁰ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 216.

⁶²¹ *R. c. Morgentaler*, préc., note 564, 484 (le juge Sopinka pour la Cour). Voir aussi : *Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, [2016] 1 R.C.S. 467, 2016 CSC 23, par. 36 (les juges Wagner et Côté pour la majorité) ; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, [2010] 2 R.C.S. 453, 2010 CSC 38, par. 20 (la juge en chef McLachlin pour la majorité) ; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, préc., note 14, par. 54 (le juge LeBel pour la Cour).

⁶²² C. PICHÉ, préc., note 37, par. 209. Voir aussi : S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 2.46.

⁶²³ *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 69, par. 30 (les juges LeBel et Wagner pour la majorité) : « [...] le concept de pertinence s'apprécie généralement de manière large au cours de la phase exploratoire de l'instance [...] ».

⁶²⁴ *R. c. Mohan*, préc., note 114, 21 (le juge Sopinka pour la Cour) ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 210.

« ayant une faible valeur probante et dont l'admissibilité est susceptible de prolonger inutilement le procès, d'entraîner la confusion des questions en litige, ou de porter inutilement préjudice »⁶²⁵.

Ces règles sur la pertinence limitent donc l'enquête pour éviter qu'elle ne s'étende au-delà de ce qui est nécessaire.

1.3.2 La règle de la pertinence en matière constitutionnelle

Les règles sur la pertinence de la preuve s'appliquent en matière constitutionnelle, comme la Cour suprême du Canada a eu l'occasion de le rappeler dans l'arrêt *Malmo-Levine*, qui portait sur la constitutionnalité de la criminalisation de la marijuana. Cette contestation était fondée sur la *Charte* et sur les règles du partage des compétences. Les juges Gonthier et Binnie écrivent :

Selon nous, la preuve que M. Malmo-Levine souhaitait présenter — et qui était essentiellement la même que celle produite dans *Caine* — était pertinente dans le cadre de sa contestation fondée sur la *Charte*. Sa prétention n'était manifestement pas frivole. Le juge qui préside un procès n'est pas obligé d'entendre une preuve inutile, non pertinente ou redondante qui ne fait pas progresser l'instance. Mais, en l'espèce, la preuve offerte n'était pas de cette nature⁶²⁶. [Notre soulignement]

Si l'enquête en matière constitutionnelle se veut extensive, puisque l'éventail des faits susceptibles d'influer sur la constitutionnalité de dispositions législatives est grand⁶²⁷, elle n'est pas pour autant illimitée. Elle doit se restreindre à ce qui est nécessaire pour répondre à la question constitutionnelle précise qui est soulevée⁶²⁸.

C'est ainsi que, dans l'affaire *Truchon*, le nombre et le sujet des rapports d'expert ont été limités aux aspects factuels touchant le critère de la mort raisonnablement prévisible (notamment quant à l'atteinte minimale et la balance des inconvénients,

⁶²⁵ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 217.

⁶²⁶ *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, préc., note 280, par. 27 (les juges Gonthier et Binnie pour la majorité).

⁶²⁷ Voir *supra*, section 1.2.3.

⁶²⁸ En ce sens, la règle générale d'exclusion et le principe de proportionnalité (C.p.c., art. 18) permettent parfois d'atteindre le même but.

qui sont deux étapes clés du test de justification sous l'article 1^{er}). La juge Baudoin écrit :

Dans cette optique et compte tenu des pouvoirs dévolus au Tribunal d'assurer la bonne gestion de l'instance et du respect du principe de la proportionnalité, la preuve des faits législatifs et sociaux, essentielle par ailleurs, que les Procureurs généraux veulent soumettre sera restreinte et devra porter non pas sur l'ensemble des objectifs généraux de la loi ou du nouveau régime législatif, mais sur la seule et unique question du critère de la mort devenue raisonnablement prévisible, adopté par le législateur⁶²⁹.
[Notre soulignement]

Il était inutile d'instruire la juge du procès (et de préparer un dossier en vue d'un éventuel appel) sur tous les tenants et aboutissants de l'aide à mourir, dans la mesure où l'arrêt *Carter*⁶³⁰ fournissait déjà une grande partie de la réponse quant à l'existence d'atteintes aux droits fondamentaux résultant de l'interdiction de l'aide médicale à mourir et à leur justification constitutionnelle⁶³¹.

1.3.3 Les limites à la pertinence fondées sur des règles particulières du droit constitutionnel substantiel

Le droit constitutionnel substantiel limite donc la pertinence de la preuve. Il arrivera ainsi que des objections à des demandes de communication de documents (ou à des *subpeona duces tecum*) soient accueillies sur la base des règles particulières de droit public encadrant les faits pertinents.

Dans une affaire où les audio-prothésistes contestaient leur régime de négociation collective pour atteinte à la liberté d'association, des objections à la communication de données sur la rémunération ont aussi été accueillies, pour défaut de pertinence, à l'encontre d'une demande de la défenderesse la Procureure générale du Québec⁶³². Même si cette notion de pertinence se conçoit largement à l'étape de la communication préalable de la preuve, ces données sensibles et soulevant

⁶²⁹ *Truchon c. Procureur général du Canada*, préc., note 63, par. 31 (la juge Baudoin).

⁶³⁰ *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 19.

⁶³¹ Voir aussi : *Tremblay c. Procureure générale du Québec (Ministre de la Justice du Québec)*, 2020 QCCA 416, par. 9 à 12 (*per curiam*).

⁶³² *Association professionnelle des audioprothésistes du Québec c. Procureure générale du Québec*, 2017 QCCS 1960, par. 25. Voir aussi : *Alliance autochtone du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 QCCS 915.

des intérêts légitimes et importants⁶³³ n'étaient pas pertinentes à la contestation constitutionnelle.

De même, dans le premier *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*⁶³⁴ et dans l'arrêt *Comeau*⁶³⁵, les expertises sur l'efficacité économique d'une réglementation pancanadienne des valeurs mobilières ou du libre-échange interprovincial n'étaient pas pertinentes, puisqu'il fallait, dans le premier cas, démontrer que « l'omission par une ou plusieurs provinces de participer au régime de réglementation "compromettrait l'application [du régime national] dans d'autres parties du pays" (p. 662) »⁶³⁶ et, dans le deuxième, prouver que la mesure législative protégeant le monopole de vente d'alcool au Nouveau-Brunswick avait pour objectif principal de nuire au commerce interprovincial⁶³⁷.

Du reste, même si la preuve est admissible pour déterminer le caractère véritable d'une loi, l'assignation à témoigner ou les demandes de communication de documents cherchant trop directement à remettre en cause la bonne foi d'un Parlement, d'un gouvernement ou d'un conseil municipal pourraient être cassées ou rejetées pour défaut de pertinence⁶³⁸.

D'abord, la règle de l'« inconnaissabilité des motifs »⁶³⁹, dérivée de la règle de la pertinence, empêche parfois de prouver les motifs individuels de membres d'un corps public qui s'exprime par écrit sur une question de nature publique. Elle

⁶³³ C.p.c., art. 228.

⁶³⁴ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 38, par. 10 (*per curiam*) (voir aussi par. 90).

⁶³⁵ *R. c. Comeau*, préc., note 590, par. 83 (*per curiam*).

⁶³⁶ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 38, par. 90 (*per curiam*), citant *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, préc., note 572, 662 (le juge en chef Dickson pour la Cour). Voir aussi : N. KARAZIVAN, préc., note 461, 468 :

Une preuve d'expert qui appuierait la proposition selon laquelle le fait qu'une province refuse de réglementer les risques systémiques sur son territoire porte atteinte au niveau de protection contre ces risques systémiques dans les autres provinces constituerait alors un fondement factuel nécessaire pour conclure à l'incapacité provinciale et ainsi satisfaire au quatrième critère [de *General Motors*].

Sur la preuve et le commerce interprovincial, voir aussi : K. E. SWINTON, préc., note 111, p. 76.

⁶³⁷ *R. c. Comeau*, préc., note 590, par. 114 (*per curiam*).

⁶³⁸ *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 478, par. 56 et suiv.

⁶³⁹ *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, [2016] 1 R.C.S. 29, 2016 CSC 8, par. 40 et suiv. (le juge Gascon pour la majorité).

empêche donc d'assigner des membres d'assemblées ou de conseils à témoigner sur les motifs de telles décisions. Elle a pour raison d'être que les motifs des divers individus ne permettraient pas de prouver l'intention du groupe en entier⁶⁴⁰. En droit public, un corps collégial doit se distinguer de ses membres pris individuellement.

Cette absence de pertinence peut être soulevée, même si la règle de l'« inconnaisabilité des motifs »⁶⁴¹ n'est plus entièrement applicable en matière constitutionnelle. Les motifs exprimés à l'époque de la passation de la loi par les différents parlementaires sont maintenant admissibles en preuve⁶⁴², et ils sont donc « connaissables ». Cependant, les parlementaires ne peuvent pas témoigner durant l'instance sur cette intention, ce qui poserait le risque d'une réinterprétation *a posteriori* des motifs.

Dans l'arrêt *Clearwater*, cette règle de l'« inconnaisabilité des motifs » a été appliquée à une demande de contrôle de constitutionnalité visant un conseil municipal, alors qu'une partie a assigné les membres du conseil à témoigner pour prouver qu'une enquête municipale avait un objet véritable de nature policière ou criminelle⁶⁴³. La règle de l'« inconnaisabilité des motifs »⁶⁴⁴ empêche donc l'assignation à témoigner d'un membre du Parlement ou d'un corps législatif pour des propos tenus en assemblée ou en conseil⁶⁴⁵. Leur opinion sur la validité d'une règle de droit, à l'époque du litige, n'est pas pertinente⁶⁴⁶. Seuls les propos tenus

⁶⁴⁰ *Id.*, par. 47 (le juge Gascon pour la majorité).

⁶⁴¹ *Id.*, par. 40 et suiv. (le juge Gascon pour la majorité).

⁶⁴² S. BEAULAC, préc., note 525, par. 40.

⁶⁴³ *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3, par. 42 à 45 (le juge Binnie pour la Cour). Voir aussi : *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106, où la preuve concernait les motifs du gouverneur-en-conseil ; A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-6.

⁶⁴⁴ *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, préc., note 598, par. 40 et suiv. (le juge Gascon pour la majorité).

⁶⁴⁵ Dans le cas du Parlement, cette situation semble déjà couverte par le privilège parlementaire (à titre de privilège en droit de la preuve). Voir par ex.: *Imperial Tobacco Canada Ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358, par. 1220 (per curiam) ; *Ontario v. Rothmans*, 2014 ONSC 3382 ; *Les avocats et notaires de l'État québécois et Agence du revenu du Québec*, 2018 QCTAT 142 ; *Northwest Organics, Limited Partnership v. Roest*, 2017 BCSC 673.

⁶⁴⁶ *Fédération autonome de l'enseignement c. Commission scolaire de Laval*, préc., note 146, par. 89 (la juge Bich pour la majorité) :

lors de l'édiction de la règle contestée, et rapportés dans les débats, peuvent se révéler pertinents.

Ensuite, la communication de documents secrets, ou inconnus des parlementaires en général, est parfois aussi refusée sur la base de la règle de la pertinence. Dans la décision *Imperial Tobacco*, le juge Gascon, alors à la Cour supérieure, a rejeté une demande de communication de documents (*sub poena duces tecum*) visant des ministères et qui tentait d'établir des pressions sur le gouvernement et le Parlement du Québec lors de la passation d'une loi contestée⁶⁴⁷. Pour le juge Gascon, ces pressions n'étaient pas pertinentes à la détermination de la constitutionnalité de la loi⁶⁴⁸, et la pertinence des faits législatifs est limitée aux faits publics⁶⁴⁹.

Dans la décision *Fédération des médecins spécialistes du Québec c. Régie de l'assurance maladie du Québec*, une affaire visant à déterminer si le caractère public de certaines décisions de la RAMQ porte atteinte au droit à l'honneur, à la

L'arrêt *Clearwater*, en effet, ne repose pas sur l'idée du secret ou de la confidentialité intrinsèque des délibérations d'un corps public. Elle ne fait que reprendre une règle connue fondée sur le principe de la pertinence : les intentions individuelles des membres d'un corps public dans l'exercice de ses fonctions législatives, réglementaires, politiques ou purement discrétionnaires ne sont généralement pas pertinentes à l'issue d'un litige contestant la validité d'une décision prise dans ce cadre (pas plus qu'il n'est pertinent d'assigner les députés pour connaître leur opinion personnelle sur la validité ou le sens de telle ou telle disposition législative adoptée par l'Assemblée nationale, pour prendre un autre exemple). [Notre soulignement]

Voir aussi : *Central Canada Potash Co. v. Saskatchewan (Attorney General)*, 1975 CanLII 824 (SK QB), par. 62 :

A Saskatchewan statute when enacted is the voice of the Sovereign speaking with the advice and consent of the Legislative Assembly. Neither the Premier nor any other Minister of the Crown has authority to speak for the members of the Legislature as to the intent and purpose of proposed legislation. [...] Again, in law, no Minister may speak for the Sovereign. Consequently such statements by the Premier, his Ministers or any other member of the Legislature are not relevant evidence to prove the fact of what the intent of the Legislature was as a collective body. Not being relevant such statements are inadmissible. [Notre soulignement]

⁶⁴⁷ *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 478, par. 56 et suiv.

⁶⁴⁸ Voir aussi, au même effet : A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-18.4, note 56.7.

⁶⁴⁹ Cette décision, dans la mesure où elle restreint la pertinence des faits législatifs aux documents publics, a été critiquée par *id.*, p. 8-18.3. Pour eux, si une inférence négative peut être tirée du refus du gouvernement de prouver les autres options offertes aux gouvernements à l'étape de l'atteinte minimale, c'est que ces options sont pertinentes (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 28, par. 166 [la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la majorité sur la question de l'article 1^{er}]).

dignité et à la réputation des médecins qui y sont visés, le juge Hardy de la Cour supérieure a ordonné la communication de documents confidentiels du conseil des ministres⁶⁵⁰. Jugeant que la reconnaissance de l'immunité d'intérêt public (privilège de la Couronne)⁶⁵¹ ne se justifiait pas dans le contexte précis de l'affaire, il a, du même souffle, reconnu la pertinence de ces documents pour cerner l'objet de l'article contesté, objet qui pourrait entrer en jeu dans une éventuelle justification sous l'article 9.1 de la *Charte québécoise*⁶⁵².

La Cour d'appel du Québec a infirmé ce jugement, et conclu que ces documents secrets n'ont pas de pertinence. Le juge Doyon explique :

Au moment d'adopter une loi, les députés ne peuvent avoir à l'esprit un mémoire dont on a discuté au sein du Conseil des ministres (encore une fois, sauf ceux et celles qui sont par ailleurs ministres). Les députés ont un objectif en tête, qui se reflète dans les dispositions législatives qu'ils adoptent. L'objet de cette loi peut certes être déterminé à partir de son libellé, de documents publics, de faits, historiques ou autres, ou de toute documentation ou de tout échange dont le législateur a eu connaissance. Le législateur ne peut toutefois avoir puisé la source de ses objectifs et de l'objet de la loi à même une documentation qui lui est inconnue et qui ne peut donc constituer l'expression de sa volonté⁶⁵³.

On ne peut cerner l'intention ou l'objectif du Parlement en faisant appel à des faits inconnus des députés en général. En droit constitutionnel canadien, il faut distinguer l'intention du Parlement de celle du gouvernement⁶⁵⁴.

Selon nous, bien que des documents inconnus des députés ne puissent établir l'*objectif législatif* en cause comme le montre l'arrêt précédent de la Cour d'appel, certaines études secrètes du gouvernement pourraient être pertinentes pour établir des *faits concrets en litige*, comme l'effet réel d'une disposition. Sous réserve

⁶⁵⁰ *Fédération des médecins spécialistes du Québec c. Régie de l'assurance maladie du Québec*, 2020 QCCS 1447.

⁶⁵¹ C.p.c., art. 283.

⁶⁵² *Fédération des médecins spécialistes du Québec c. Régie de l'assurance maladie du Québec*, préc., note 650, par. 33 à 40.

⁶⁵³ *Procureur général du Québec c. Fédération des médecins spécialistes du Québec*, 2020 QCCA 1770, par. 32 (le juge Doyon pour la Cour).

⁶⁵⁴ *Id.*, par. 37 (le juge Doyon pour la Cour). La pertinence des documents secrets du gouvernement pourrait être différente s'il s'agissait de prouver une inconduite de l'État ou si c'était la décision gouvernementale elle-même qui était attaquée : *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637.

d'invoquer avec succès le privilège de la Couronne ou une autre immunité de divulgation reconnue, ces études devraient donc logiquement être communiquées en vertu du devoir général de communiquer la preuve pertinente : « the public has a right to every man's evidence »⁶⁵⁵.

Conclusion : le paradoxe des faits législatifs pertinents et l'importance d'encadrer l'enquête constitutionnelle

Déterminer les faits législatifs ou constitutionnels pertinents est un exercice difficile en première instance puisque la pertinence est tributaire d'un droit substantiel (le droit constitutionnel) en élaboration continue. Ce droit constitutionnel peut lui-même varier suivant les faits législatifs prouvés! Comme le juge Mahmud Jamal l'explique, dans bien des affaires, et souvent dans les plus importantes, le défi principal du litige constitutionnel est de prouver des faits afin de satisfaire un test, des critères jurisprudentiels de droit substantiel, qui n'existent pas encore, et que la Cour suprême élaborera des années après le procès de première instance. Il écrit :

[...] in such a fast-evolving field as *Charter* litigation, knowing exactly what facts to adduce to satisfy the relevant legal test is itself a challenge: often the test itself is up for grabs⁶⁵⁶. [Notre soulignement]

Le problème est bien réel. Le tribunal supérieur de la province peut gaspiller des mois à enquêter sur des faits inutiles. Il pourra même ultimement y avoir une ordonnance de nouveau procès, qui fera en sorte qu'un long procès devra être recommencé.

⁶⁵⁵ William COBBETT, *Cobbett's Parliamentary History of England*, vol. 12, Londres, Hansard, 1812, p. 693, cité dans *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479, 482 (le juge Rand pour le juge en chef Rinfret) et dans *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686, 700 (la juge Wilson pour la Cour). Voir, au même effet : C.p.c., art. 20, 169, 251, 270 et 286 ; *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 69, par. 27 (les juges LeBel et Wagner pour la majorité) ; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, par. 66 (la juge L'Heureux-Dubé pour les juges La Forest et Gonthier, motifs concordants) ; *R. c. National Post*, [2010] 1 R.C.S. 477, 2010 CSC 16, par. 26 (le juge Binnie pour la majorité) ; J. H. WIGMORE, préc., note 172, p. 3323, § 2370 ; P. BÉLIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 164, p. 354, par. 754 : « Le public a droit à la preuve émanant de toutes les sources. Voilà la règle générale » ; Pierre TESSIER, « La vérité et la justice », (1988) 19 *R.G.D.* 29, 32 et 72 ; L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 90, par. 259 ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 681 et suiv. ; J. FOURNIER, préc., note 258, 469.

⁶⁵⁶ M. JAMAL, préc., note 76, 3.

Par exemple, dans l'affaire *Delgamuukw*, après 374 jours de dépositions et d'argumentation en première instance⁶⁵⁷, un nouveau procès a été ordonné par la Cour suprême du Canada, notamment parce que les faits allégués dans les actes de procédure cernaient mal le litige eu égard à la jurisprudence postérieure de la Cour⁶⁵⁸.

Le paradoxe est le suivant : les faits pertinents sont déterminés par le droit constitutionnel, mais le litige constitutionnel vise bien souvent à changer le droit substantiel, c'est-à-dire à obtenir un changement ou une clarification des règles existantes. Autrement dit, il faut bâtir la trame factuelle sans connaître parfaitement le fond du droit. Les faits sont alors prouvés dans le but d'influer sur cet exercice de détermination du droit. Le « test » juridique à satisfaire pour obtenir la sanction d'inconstitutionnalité recherchée est lui-même sujet à débat. La figure suivante peut résumer la situation :

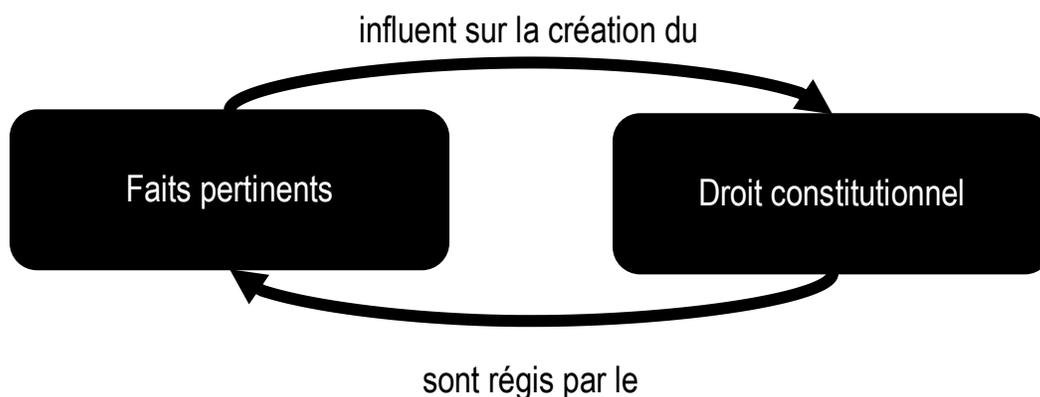


Figure 3 : Encadrement des faits pertinents par le droit constitutionnel

⁶⁵⁷ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 53, par. 5 (le juge en chef Lamer pour les juges Cory, McLachlin et Major).

⁶⁵⁸ *Id.*, par. 75 et 76 (le juge en chef Lamer pour les juges Cory, McLachlin et Major). L'ordonnance de nouveau procès reposait également sur la mauvaise interprétation des règles de preuve par le juge de première instance.

Les faits pertinents influent sur la création du droit constitutionnel, mais sont eux-mêmes régis par le droit constitutionnel⁶⁵⁹.

Cette situation découle néanmoins du fonctionnement de la règle de la pertinence en droit de la preuve, et non d'une quelconque souplesse particulière au droit constitutionnel. En droit de la preuve, la règle de la pertinence renvoie d'abord et avant tout aux faits en litige en vertu du droit substantiel lequel fonde le recours entrepris⁶⁶⁰. Le droit constitutionnel substantiel varie dans le temps, ce qui brouille nécessairement la vision des parties et des juges de première instance sur les faits précis à prouver lors du procès. Cela pourrait également être dit des autres domaines du droit. La pertinence est une notion subjective.

Sur le plan de l'opportunité, cette règle de la pertinence protège néanmoins des valeurs importantes. C'est particulièrement le cas en matière constitutionnelle.

D'abord, il y a l'accès à la justice⁶⁶¹. La règle de la pertinence évite que les procès constitutionnels se transforment en véritables commissions d'enquête sur une problématique sociale, comme on le voit trop souvent⁶⁶². Il est dans l'intérêt de tous que les ressources des parties et du système de justice soient consacrées à la preuve véritablement pertinente aux questions soulevées plutôt qu'à des faits accessoires ou sans conséquences⁶⁶³.

Il y a aussi des cas où la preuve n'est tout simplement pas nécessaire, parce que l'effet des dispositions contestées est évident ou parce qu'il s'agit d'une

⁶⁵⁹ Voir aussi : A. WOOLHANDLER, préc., note 113, 117 : « Because legislative facts are used to create legal rules, proof of legislative facts cannot have a predetermined effect under existing legal rules ».

⁶⁶⁰ Voir *supra*, section 1.3.1.

⁶⁶¹ Frédéric BACHAND, « Les principes généraux de la justice civile et le nouveau *Code de procédure civile* », (2015) 61 (2) *R. d. McGill* 447, par. 10.

⁶⁶² *Supra*, p.131 ; A. YOUNG, préc., note 520, p. 14-15.

⁶⁶³ Pour une proposition similaire aux États-Unis, voir : Shawn KOLITCH, « Constitutional Fact Finding and the Appropriate Use of Empirical Data in Constitutional Law », (2006) 10 (3) *Lewis & Clark Law Review* 673, 697.

incompatibilité strictement normative, sans égard aux faits particuliers⁶⁶⁴. Dans ces cas, la preuve n'a qu'une fonction rhétorique et inutile⁶⁶⁵.

Découle de ce problème celui de la célérité de la justice constitutionnelle. Par exemple, si la juge Baudoin n'avait pas limité la preuve gouvernementale dans la récente affaire *Truchon* sur l'aide médicale à mourir⁶⁶⁶, les procédures et le procès (qui a tout de même duré un mois⁶⁶⁷) se seraient allongées davantage, entraînant du même coup des souffrances pour les demandeurs en inconstitutionnalité⁶⁶⁸.

Ensuite, la règle de la pertinence permet de resserrer la portée du contrôle constitutionnel, pour éviter qu'il ne se transforme en pur contrôle d'opportunité. En appliquant la règle de la pertinence, les tribunaux doivent identifier avec une certaine précision les faits générateurs d'une déclaration d'inconstitutionnalité, et donc préciser les règles de droit constitutionnel en cause. La décision devient plus prévisible, et le travail des parties et des juges de première instance dans les instances ultérieures est facilité.

Finalement, cette autolimitation du pouvoir d'enquête préserve une « sphère d'intimité » et une autonomie institutionnelle aux autres pouvoirs de l'État, particulièrement là où les privilèges ou immunités de divulgation ont une

⁶⁶⁴ A. N. YOUNG, préc., note 200, 630.

⁶⁶⁵ Voir par ex. : *Desrochers c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 311, où la Cour supérieure a conclu (par. 36) que le demandeur d'un sursis constitutionnel du couvre-feu au Québec durant la pandémie de COVID-19 n'avait pas prouvé son préjudice sérieux et irréparable : « La démonstration du préjudice ne peut trouver son fondement sur de simples hypothèses ou suppositions non appuyées ». Le demandeur ne s'appuyait pourtant pas sur des hypothèses, et avait établi un préjudice évident et une violation de ses droits constitutionnels découlant de l'interdiction de sortir après 20h00. C'est seulement à l'étape de la mise en balance des inconvénients (test du sursis constitutionnel/injonction interlocutoire), ou de la justification (test de l'article premier de la *Charte*), que ce préjudice, sur le plan normatif, doit céder le pas à l'objectif de préserver la capacité du système de santé de soigner les malades, et donc au droit constitutionnel à la vie, à la sécurité et à la protection contre les traitements cruels ou inusités. Autrement dit, il ne faut pas transformer des questions de droit en questions de fait appelant une preuve coûteuse et inutile.

⁶⁶⁶ *Truchon c. Procureur général du Canada*, préc., note 63, par. 12 (la juge Baudouin).

⁶⁶⁷ M. NGUYEN, préc., note 64.

⁶⁶⁸ Une remarque terminologique s'impose ici. Le « demandeur en inconstitutionnalité » peut être le demandeur ou le défendeur dans l'instance principale. De même, dans cette thèse, nous employons les termes « défendeur en inconstitutionnalité », « procureur général », « État », « gouvernement » ou « plaideur gouvernemental » indistinctement pour référer à la partie chargée de défendre la constitutionnalité de la mesure contestée, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse principale.

application limitée⁶⁶⁹. Les parties ne peuvent se lancer dans une partie de pêche dans les affaires du gouvernement pour lui imputer des motifs indignes ou remettre en cause sa bonne foi⁶⁷⁰.

La préservation de cet équilibre entre les pouvoirs de l'État a incité la Cour suprême du Canada, dans son récent arrêt *Provincial Court Judges' Association of British Columbia* sur le contrôle judiciaire des décisions gouvernementales sur le salaire des juges, à établir une règle de preuve supplémentaire renforçant les critères à rencontrer pour obtenir la communication de documents gouvernementaux dans le contexte de ce type de contrôle⁶⁷¹. Lorsqu'il s'agit de contrôler judiciairement une loi du Parlement qui établit la rémunération des juges à la suite d'une recommandation d'une commission indépendante, le tribunal ne peut consulter les documents secrets du Cabinet que si l'association de juges demanderesse établit d'abord, par d'autres éléments de preuve, que ces documents tendraient à démontrer que la réponse du gouvernement est fondée sur des objectifs illégitimes⁶⁷².

En définitive, l'application de la règle de la pertinence en matière constitutionnelle peut grandement réduire la durée des procédures.

Si, lors des interrogatoires préalables oraux dans les affaires civiles, les objections sur la pertinence sont inefficaces et proscrites⁶⁷³, ces mêmes objections soulevées face aux demandes de communication de documents ou au dépôt de preuves ou d'expertises en matière constitutionnelle sont essentielles. Le droit constitutionnel substantiel envisage déjà très largement la pertinence des faits en matière constitutionnelle, et il est donc inutile de permettre aux parties de rallonger

⁶⁶⁹ *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 69, par. 31 (les juges LeBel et Wagner pour la majorité). En ce sens, la règle de la pertinence renforce la protection de la vie privée.

⁶⁷⁰ Voir par ex. : *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 478, par. 56 et suiv.

⁶⁷¹ *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, préc., note 382, par. 62 et suiv. (la juge Karakatsanis pour la Cour). Voir aussi : *Procureur général du Québec c. Fédération des médecins spécialistes du Québec*, préc., note 653, par. 44 (le juge Doyon pour la Cour).

⁶⁷² *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, préc., note 382, par. 76-78 (la juge Karakatsanis pour la Cour).

⁶⁷³ C.p.c., art. 228.

infiniment l'instance par des enquêtes encore plus extensives en assouplissant davantage la règle procédurale de la pertinence.

Sur un spectre allant d'une application restrictive de la règle de pertinence (qui correspond à l'image d'un procès pénal ou criminel) à une reconnaissance quasi-illimitée de faits pertinents (comme lors des questions posées durant les interrogatoires préalables oraux en matière civile), il faut selon nous trouver un équilibre autour d'une application généreuse de la règle. Le tribunal doit être conscient qu'il prépare un dossier de preuve pour un éventuel appel sur une question sociale complexe et fondamentale, ce qui appelle à une preuve extensive, mais qu'il y a tout de même des faits pertinents qu'il faut identifier⁶⁷⁴, ce qui est primordial lorsqu'il s'agit d'autoriser des expertises coûteuses.

Cet équilibre doit donc pondérer l'accès à la justice, le rôle approprié du contrôle de constitutionnalité et la nécessité d'une preuve de la réalité sociale qui pourrait amener le tribunal à modifier ou à déclarer inconstitutionnelle une règle de droit qui servirait concrètement mal les valeurs consacrées par la Constitution⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ Voir aussi : C.p.c., art. 158 par. 1 : « [...] le tribunal peut, à titre de mesures de gestion, prendre, d'office ou sur demande, [...] des mesures propres à simplifier ou à accélérer la procédure et à abrégé l'instruction, en se prononçant notamment sur l'opportunité de [...] préciser les questions en litige [...] ».

⁶⁷⁵ Sur ce problème de la pertinence des faits, voir : D. E. PHILLIPS, préc., note 50, 244.

1.4 Le degré de l'obligation de convaincre : les problèmes de la norme de preuve et de la nature des faits litigieux dans le contentieux constitutionnel

Une fois que la pertinence d'un fait est reconnue, se pose la question du degré de preuve nécessaire à sa conclusion. C'est la norme de preuve ou le standard probatoire (« standard of proof ») : « The concept of standard of proof relates to the question of how much evidence is needed to satisfy a burden »⁶⁷⁶.

Il existe, au Canada, deux grandes normes de preuve : la preuve hors de tout doute raisonnable et la prépondérance des probabilités. En règle générale, en matière criminelle ou pénale, un fait n'est prouvé que s'il n'existe aucun doute raisonnable à son égard à partir de la preuve présentée⁶⁷⁷, tandis qu'en matière civile, un fait n'est prouvé que si, à partir de la preuve présentée, sa survenance est plus probable qu'improbable⁶⁷⁸.

Des débats ont déchiré la jurisprudence et la doctrine constitutionnelle, particulièrement après l'édiction de la *Charte*, quant au degré de preuve requis dans les différents domaines du contentieux constitutionnel. Y-aurait-il souplesse, ou plutôt un débat sur la norme de preuve?

Comme celui relatif à la pertinence de la preuve, le problème de la norme de preuve en matière constitutionnelle a été initié par le *Renvoi : Loi anti-inflation* de 1976. Le juge Laskin (plus tard juge en chef) devait mesurer l'existence d'une urgence économique justifiant de reconnaître une compétence exorbitante, c'est-à-dire une compétence d'urgence et d'exception qui empiète sur les compétences constitutionnelles habituellement reconnues aux provinces, en faveur du Parlement fédéral. Il a affirmé que la démonstration de l'existence de cette urgence ne devait pas être faite suivant les règles habituelles. Il écrit :

⁶⁷⁶ C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 359.

⁶⁷⁷ *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

⁶⁷⁸ C.c.Q., art. 2804 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, [2015] 2 R.C.S. 789, 2015 CSC 39, par. 65 (les juges Wagner et Côté pour la Cour).

En examinant la pertinence et le poids de la preuve extrinsèque ainsi que l'importance de la connaissance d'office, la Cour n'est pas appelée à se demander si ces éléments de preuve démontrent l'existence des circonstances exceptionnelles comme on prouve un fait dans une cause ordinaire, mais plutôt à se convaincre que la loi contestée a un fondement rationnel dans le pouvoir législatif invoqué à l'appui de sa validité⁶⁷⁹. [Notre soulignement]

Pour évaluer si l'inflation de l'époque constituait une urgence au sens de la doctrine de l'urgence qui donne compétence au Parlement fédéral, la Cour a alors semé le germe du concept du « fondement rationnel » en droit constitutionnel.

Le professeur Peter Hogg en a conclu que le degré de l'obligation de convaincre semble varier en matière constitutionnelle. Il affirme que la norme de preuve est abaissée en ce qui concerne le support factuel nécessaire à l'exercice d'une compétence législative. Pour lui, le « fondement factuel raisonnable » est une norme de preuve applicable aux affaires touchant le fédéralisme ou le partage des compétences⁶⁸⁰.

En revanche, en matière de droits et libertés, le professeur Peter Hogg estime que c'est la norme civile de la prépondérance des probabilités qui s'applique⁶⁸¹, comme la Cour suprême l'exprime elle-même régulièrement⁶⁸². Cette affirmation est toutefois contredite ou tempérée par le professeur David Wiseman, qui soutient que la Cour suprême a, sous certains aspects, abaissé la norme de preuve pour la justification des atteintes à la *Charte*⁶⁸³. Le professeur François Chevrette avait aussi appelé à une norme de preuve plus souple en matière de faits législatifs⁶⁸⁴.

⁶⁷⁹ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 375 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson).

⁶⁸⁰ P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-18 et 60-19. Il s'appuie sur le *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 375 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson).

⁶⁸¹ P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-19.

⁶⁸² Voir notamment : *Frank c. Canada (Procureur général)*, préc., note 49, par. 39 (le juge en chef Wagner pour la majorité) ; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 28, par. 137-138 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef]) ; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 137 (le juge en chef Dickson pour la majorité).

⁶⁸³ D. WISEMAN, préc., note 245, 13.

⁶⁸⁴ F. CHEVRETTE, préc., note 206, 484 :

Elle ne peut s'imposer aussi fortement pour le fait législatif, qui est davantage matière à appréciation. Dans son cas, on s'en remettra plus aisément, soit à la connaissance judiciaire, soit à des témoignages ou à des études scientifiques sérieuses et, l'analyse se

Il y aurait donc, pour certaines questions constitutionnelles, un degré de preuve plus facile à rencontrer, ou moins exigeant, que la norme civile de la prépondérance des probabilités. Cette norme de preuve constitutionnelle se distinguerait donc des deux grandes normes criminelle ou pénale et civile⁶⁸⁵.

Si on décortique le problème du point de vue historique, trois cas de figure se présentent : il faut prouver l'*intention du Parlement*⁶⁸⁶, un *fondement factuel raisonnable* à une disposition ou une mesure, ou les *faits de société* eux-mêmes. Présentons-les ici rapidement avant de les étudier en profondeur dans les sous-sections qui suivent.

Dans le premier, il faut prouver que le Parlement avait tel ou tel objectif constitutionnellement valide. L'*intention du Parlement* fait alors foi de tout, et les faits à prouver visent à renseigner le tribunal sur cette intention.

Dans le deuxième, il faut prouver que le Parlement était rationnellement fondé, par un *fondement factuel raisonnable*, à croire à l'existence de faits de société justifiant sa mesure. L'enquête dépasse donc l'intention du Parlement, et porte sur le rapport de cet « esprit » du Parlement avec la réalité factuelle, pour voir si cette croyance est objectivement et rationnellement fondée. Pour faire un parallèle avec le droit criminel et pénal, on s'intéresse alors à une espèce de *mens rea* objective du Parlement, c'est-à-dire une croyance, fondée objectivement, en l'existence de faits justificatifs. Dans ce cas de figure, une preuve du caractère contradictoire des connaissances scientifiques sur les faits justificatifs pourra ouvrir à la déférence envers la décision prise par le Parlement. Par exemple, si la preuve de nature économique ou sociale est équivoque, les tribunaux pourraient conclure que le Parlement a justifié sa mesure.

situant par définition à un certain niveau de généralité, on ne pourra attendre des parties au litige une démonstration aussi précise que celle qui sied à une affaire purement civile ou pénale.

⁶⁸⁵ Par ailleurs, certaines questions de droit civil peuvent amener une norme de preuve différente de la prépondérance des probabilités. Le *Code civil du Québec* lui-même l'envisage (art. 2804). Par exemple, lors de l'autorisation d'une action collective, la simple vraisemblance ou un doute à l'égard de la véracité des faits allégués dans la demande profite au demandeur : *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35, par. 42 (le juge Brown pour la majorité).

⁶⁸⁶ Ou de l'auteur de la décision contestée constitutionnellement, selon le cas.

Dans le troisième, il faut prouver purement et simplement *l'existence de faits de société* justifiant la mesure prise par le Parlement. Le tribunal ne donne alors pas de déférence à l'évaluation faite par l'auteur de la disposition contestée. Il vérifie lui-même, de manière finale et complète, l'existence des faits entrant dans le test de justification sous l'article premier de la *Charte* ou permettant d'assoir une compétence législative quelconque. En matière de justification des atteintes aux droits et libertés, une preuve du caractère contradictoire des connaissances sur les faits justificatifs n'ouvrira pas à la déférence, puisque les faits litigieux ou pertinents n'auront pas été prouvés et le fardeau de preuve n'aura pas été rempli.

Cela peut apparaître, aux yeux de certains, comme des degrés de preuve dont la satisfaction est, du premier au troisième cas de figure, graduellement plus difficile pour la partie défendant la constitutionnalité de la disposition en cause. Or, il n'en est rien.

Selon nous, il s'agit dans tous les cas de faits litigieux qu'il faut prouver, et non d'une norme de preuve à satisfaire. Selon le cas de figure, les faits litigieux sont différents. Le choix des faits à prouver témoigne d'un degré de déférence variable à l'endroit de la décision normative prise par le Parlement (ou par le titulaire du pouvoir de prendre la décision contestée constitutionnellement, selon le cas).

Autrement dit, les faits à prouver changent, mais le degré de preuve nécessaire pour prouver ces faits (intention, croyance rationnellement fondée, ou faits de société eux-mêmes) est le même : la balance des probabilités. Il n'en demeure pas moins que ce débat, toujours d'actualité⁶⁸⁷, se pose parfois encore officiellement en termes de degrés de preuve.

Cette évolution sur les faits litigieux à prouver s'est vécue dans la plupart des domaines du contentieux constitutionnel, qu'il faut prendre un à un pour bien les analyser. Voyons tour à tour les contentieux du partage des compétences et du

⁶⁸⁷ Voir : *Frank c. Canada (Procureur général)*, préc., note 49, par. 39 (le juge en chef Wagner pour la majorité) et par. 95 (le juge Rowe, motifs concordants mais non sur ce point).

droit des institutions (1.4.1), celui des droits et libertés (1.4.2) et celui en matière autochtone (1.4.3).

1.4.1 L'évolution des faits litigieux à établir et de la norme de preuve à rencontrer en matière de partage des compétences législatives

Le contentieux du partage des compétences et du droit des institutions est le plus ancien au Canada, puisqu'il remonte à 1867 pour le premier, et à l'établissement des colonies anglaises pour le deuxième. Il est donc celui qui a le plus vécu les variations quant aux faits litigieux, lesquelles sont interprétées à tort comme des variations de norme de preuve. Pour les mêmes raisons que nous avons démontrées à la section 1.2, il faut distinguer la période précédant la montée du constitutionnalisme et le rapatriement (1.4.1.1), celle des années 1970-1980 (1.4.1.2) et la période contemporaine (1.4.1.3). Les faits litigieux ont varié, à travers ces époques, entre ceux touchant l'intention du Parlement, ceux étayant le caractère rationnellement fondé de sa croyance, et les faits de société eux-mêmes. Du reste, le concept du « fondement factuel raisonnable », lorsqu'il reste applicable, est une norme de contrôle des décisions gouvernementales; ce n'est donc pas une norme de preuve (1.4.1.4).

1.4.1.1 Le règne de l'intention du Parlement

Avant la montée du constitutionnalisme et l'avènement de la *Charte*, les tribunaux n'ont jamais eu à préciser clairement la norme de preuve applicable au contrôle de constitutionnalité des lois. À l'instar de ce que nous avons vu aux chapitres sur la pertinence⁶⁸⁸, les faits étaient, bien souvent, étrangers à ce contrôle. La professeure Danielle Pinard écrit :

Le contentieux relatif au partage fédéral des compétences législatives n'a pas donné lieu à l'explicitation de l'intensité du fardeau de preuve requis afin d'obtenir un prononcé d'inconstitutionnalité. [...] Les décisions constitutionnelles fondées sur les règles du partage des compétences

⁶⁸⁸ *Supra*, section 1.2.1.

législatives n'ont donc pas explicité le degré de persuasion requis dans les termes utilisés en matières civile ou pénale⁶⁸⁹.

Les faits litigieux, lorsqu'il y en avait, portaient généralement sur l'*intention du Parlement*, et non sur le *caractère fondé de sa croyance* en l'existence de faits de société, et encore moins sur l'*existence* pure et simple de ces faits de société⁶⁹⁰.

Ainsi, dans l'arrêt *Ladore*, un arrêt de partage des compétences, les tribunaux ontariens avaient accueilli une objection au dépôt d'un rapport d'une commission précédant l'adoption des dispositions contestées. Le Comité judiciaire du Conseil privé britannique, en appel de la Cour d'appel d'Ontario, a reçu en preuve ce rapport non pas comme preuve de son contenu, mais comme preuve des éléments présentés au Parlement et pouvant éclairer sur son intention. Lord Atkin, au nom du Comité judiciaire, écrit :

Their Lordships do not cite this report as evidence of the facts there found, but as indicating the materials which the Government of the Province had before them before promoting in the Legislature the statute now impugned⁶⁹¹ [...].

Aucun doute ne subsistait donc quant à l'existence et au libellé de ce rapport, dont le Comité judiciaire pouvait être certain bien au-delà de la prépondérance des probabilités. Ce rapport était, en lui-même, un fait lié à l'intention du Parlement.

Lorsque l'existence de faits était directement en litige, comme dans les contestations fondées sur le partage des compétences où une partie peut établir le caractère véritable d'une disposition en montrant son effet réel, le Comité judiciaire

⁶⁸⁹ D. PINARD, préc., note 4, 406.

⁶⁹⁰ Cependant, l'existence de certains faits liés aux parties (adjudicatifs), montrant l'effet réel de dispositions, a parfois été en jeu dans des affaires touchant la doctrine du caractère véritable. Mais même dans ces cas, ces faits étaient généralement présentés comme démasquant l'intention cachée du Parlement : Voir *supra*, p. 105 et suiv. ; *Alberta (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, préc., note 430, 438-439 (Lord Maugham L.C. pour le Comité) ; *Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, préc., note 431, 717 (le juge Locke pour la Cour) ; B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 267.

⁶⁹¹ *Ladore v. Bennett*, 1939 CanLII 270 (UK JCPC), [1939] 3 D.L.R. 1, 3 (Lord Atkin pour le Comité). Voir aussi : D. PINARD, préc., note 4, 416.

a mis l'emphase sur l'exactitude ou le caractère non controversé des éléments de preuve utilisés⁶⁹². Cela indique que la norme de preuve n'était pas assouplie.

1.4.1.2 *Le passage à l'examen indirect de la réalité sociale par les tribunaux à travers le « fondement rationnel »*

La nature des faits litigieux en matière de partage des compétences a cependant changé dans les années précédant le rapatriement constitutionnel⁶⁹³.

Dans le *Renvoi : Loi anti-inflation* de 1976, plutôt que d'accepter telle quelle l'opinion du Parlement fédéral sur l'état d'urgence économique qui justifiait l'ouverture à la compétence fédérale fondée sur l'urgence nationale, les motifs majoritaires du juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson ont vérifié, *dans les faits*, si la croyance du Parlement fédéral en cette urgence avait un fondement rationnel⁶⁹⁴. Le juge en chef Laskin écrit :

Lorsque, comme en l'espèce, des circonstances exceptionnelles sont à la base du pouvoir législatif en litige, on peut demander à la Cour d'examiner des éléments de preuve extrinsèque des circonstances alléguées, soit à l'appui soit à l'encontre de la validité de la législation contestée. En examinant ces éléments de preuve et en appréciant leur poids, la Cour ne se demande pas s'ils démontrent l'existence des circonstances exceptionnelles comme on prouve un fait dans une cause ordinaire. Elle est appelée à prononcer sur une question de politique sociale et économique, c'est-à-dire sur le jugement exercé par le gouvernement et le Parlement. Il est possible que les circonstances exceptionnelles soient d'une telle notoriété que la Cour puisse en prendre connaissance d'office sans recourir à des éléments de preuve extrinsèque. Lorsque la situation n'est pas aussi claire, les éléments de preuve extrinsèque ne sont requis que pour convaincre la Cour que la loi contestée a un fondement rationnel dans le pouvoir législatif invoqué à l'appui de sa validité⁶⁹⁵. [Notre soulignement]

⁶⁹² Voir par ex.: *Reference re Regulation and Control of Radio Communication*, préc., note 428, 569 (le juge Smith).

⁶⁹³ *Supra*, section 1.2.2.2.

⁶⁹⁴ Sur le fondement rationnel, voir aussi : LUC B TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels: la théorie du fondement rationnel », (1999) 44 *Revue de droit de McGill* 39.

⁶⁹⁵ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 422-423 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson).

C'était alors un changement dans les rapports de pouvoir entre parlements et tribunaux⁶⁹⁶. L'opinion du Parlement quant à l'état d'urgence n'était plus soustraite au contrôle judiciaire. Cette opinion devait être fondée rationnellement dans les faits, dont la preuve extensive était dorénavant recevable devant les tribunaux.

La majorité n'a donc pas exigé la preuve pure et simple des faits justificatifs, mais une preuve que les dispositions en cause trouvent un « fondement rationnel » dans la compétence législative qui paraît avoir été exercée. La professeure Noura Karazivan écrit :

Ainsi, le « fondement » qu'il recherche est celui de la croyance raisonnable du Parlement que la mesure législative est temporairement nécessaire, et non la démonstration que la situation au Canada à l'époque en était une d'urgence réelle⁶⁹⁷. [Notre soulignement]

De la même manière, les motifs, concordants quant au résultat, du juge Ritchie pour les juges Martland et Pigeon ont fait reposer le fardeau de la preuve sur les demandeurs. Ils ont exigé la preuve claire « [...] qu'il n'y avait pas de situation d'urgence lorsque la loi a été adoptée »⁶⁹⁸. L'exercice est donc devenu hybride : rechercher l'intention du Parlement, d'une part, et vérifier directement la réalité factuelle, d'autre part.

Pour le professeur Peter Hogg, les propos de la majorité dans le *Renvoi : Loi anti-inflation de 1976* signifient que la norme de preuve en matière de partage des compétences, ou de fédéralisme, n'est pas celle applicable aux litiges civils⁶⁹⁹. Selon lui, les faits sous-jacents n'ont pas besoin d'être prouvés. Au chapitre sur le « standard of proof », il écrit :

The rational basis test (and the very-clear-evidence-to-the-contrary test amounts to much the same thing) erects a presumption of constitutionality that is exceedingly difficult for the challenger of legislation to overcome.

⁶⁹⁶ M^e Barry Strayer (plus tard juge de la Cour d'appel fédérale) dit qu'historiquement « the courts will be prepared to accept Parliament's assessment of the facts » : B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 267.

⁶⁹⁷ N. KARAZIVAN, préc., note 461, 436.

⁶⁹⁸ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 439 (le juge Ritchie pour les juges Martland et Pigeon) ; P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-19.

⁶⁹⁹ P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-18 et 60-19.

The rational basis test enables a court to uphold the validity of legislation without the necessity for strict proof of the underlying facts. It enables a court to resolve conflicting evidence without the need to make a definitive ruling on the conflict. Therefore, the rational basis test could be regarded as a justification for the reception of unsworn factual material⁷⁰⁰. [Notre soulignement]

Ce passage démontre bien comment les notions de *norme de preuve* (« standard of proof ») et de *faits à prouver* peuvent être difficiles à départager. C'est pourtant la seconde notion qui est ici en jeu. Comme le professeur Hogg le dit lui-même, les faits « sous-jacents » n'ont pas besoin d'être prouvés, puisque seul leur fondement rationnel est en litige.

La professeure Danielle Pinard a démontré que la croyance rationnellement fondée du Parlement est un ensemble de faits litigieux, et non une norme de preuve. Elle écrit :

Cela explique peut-être aussi le développement d'un objet de preuve différent à propos de ces faits sociaux en contexte constitutionnel, soit, non pas l'existence ou la réalité même de ces faits, mais bien le caractère rationnel ou raisonnable de l'évaluation que le législateur a faite de leur existence⁷⁰¹. [Notre soulignement]

Ce sont donc les faits à prouver qui changent, et non la norme de preuve.

En effet, dans le *Renvoi : Loi anti-inflation de 1976*, il s'agissait d'un choix de faits litigieux, choix qui revient à l'établissement d'une norme de contrôle. Le niveau d'inflation en 1976 était indubitable, comme les rapports sur l'indice des prix à la consommation établis par Statistique Canada et admis en preuve le démontraient⁷⁰². La véritable question en litige n'était pas factuelle, elle en était une de droit⁷⁰³ : le niveau d'inflation prouvé constitue-t-il une urgence au sens de la doctrine du pouvoir d'urgence découlant du paragraphe liminaire de l'article 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*? Comme l'affirme le juge en chef Laskin, la question de la validité de l'exercice du pouvoir d'urgence du Parlement fédéral

⁷⁰⁰ P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-19. Voir aussi : P. W. HOGG, préc., note 4, 405.

⁷⁰¹ D. PINARD, préc., note 4, 416.

⁷⁰² *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 423 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson).

⁷⁰³ L'état d'urgence n'est qu'en partie une question de fait : P. W. HOGG, préc., note 4, 386.

dans les circonstances en est une qui ressort du juge, et non du témoin expert. Il écrit :

Le professeur Lipsey est assez franc pour admettre dans son étude que la question de déterminer si [TRADUCTION] « un problème est assez grave pour être décrit comme une crise doit, en partie, être une affaire de jugement ». La question générale à laquelle son étude veut répondre est selon ses termes : [TRADUCTION] « un économiste peut-il affirmer qu'en octobre 1975 l'économie canadienne faisait face à une crise économique ou était dans une situation critique? » Il répond négativement à cette question en se fondant, notamment, sur une évaluation comparative de différentes périodes et son point de vue est appuyé par plusieurs autres économistes. Toutefois, la Cour ne peut pas être liée par le jugement d'un économiste, quelle que soit la distinction que lui reconnaissent ses collègues, à l'égard d'une question relative à la validité de l'exercice du pouvoir législatif invoqué en l'espèce. L'opinion des économistes peut être un élément à considérer pour répondre à la question, à savoir si en adoptant la *Loi anti-inflation* le gouvernement et le Parlement ont agi de façon rationnelle. Elle ne peut dicter la réponse⁷⁰⁴. [Notre soulignement]

Les rapports des économistes étaient admissibles pour vulgariser l'indice des prix à la consommation, mais ils ne pouvaient dicter si le niveau atteint correspondait à celui exigé par la Constitution. Autrement dit, le niveau d'inflation avait été prouvé au-delà de la prépondérance des probabilités, et seule la question de droit subsistait.

Pour la professeure Noura Karazivan, cette notion de *fondement rationnel* a aussi joué dans l'arrêt *General Motors*⁷⁰⁵, qui portait sur la constitutionnalité d'un recours civil fédéral en matière de concurrence⁷⁰⁶. Selon elle, la Cour suprême du Canada a été facilement convaincue de la dimension nationale de la réglementation de la concurrence à partir d'une preuve relativement faible. Elle écrit :

Entre autres, en se fondant sommairement sur une étude de l'économiste Albert Edward Safarian et sur un article du professeur Peter Hogg, la Cour a indiqué que la concurrence, pour être réglementée de manière efficace, devait l'être sur le plan national⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ Renvoi : *Loi anti-inflation*, préc., note 2, 425 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson).

⁷⁰⁵ *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, préc., note 572.

⁷⁰⁶ N. KARAZIVAN, préc., note 461, 455 et suiv.

⁷⁰⁷ *Id.*, 456.

Il s'agissait encore une fois d'une attitude déferente permettant de sauvegarder la constitutionnalité d'une loi, en l'occurrence en vertu de la compétence fédérale sur les échanges et le commerce. La croyance du Parlement fédéral était fondée rationnellement, mais cela ne veut pas dire que la norme de preuve ait été abaissée.

1.4.1.3 La preuve pure et simple de l'existence des faits générateurs de compétence

La situation a changé après le rapatriement constitutionnel. Il semble qu'il ne suffît plus qu'un parlement soit fondé rationnellement à croire en l'existence de faits qui fondent sa compétence. Il faut que ces faits soient prouvés à la balance des probabilités.

Par contraste avec l'arrêt *General Motors*, le premier *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* a été l'occasion d'une vérification de la situation factuelle *en tant que telle*. Il s'agissait de voir si les faits permettaient de justifier la reconnaissance d'une compétence fédérale sur les valeurs mobilières en vertu du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur les échanges et le commerce. On peut donc y voir un symptôme d'un changement quant au rapport des tribunaux avec les faits à prouver. La Cour écrit :

En outre, le Canada soutient que ce domaine d'activité économique a évolué au point qu'il doit dorénavant être réglementé en vertu d'un autre chef de compétence. Cet argument nécessite de s'appuyer non pas sur de simples conjectures, mais bien sur des éléments de preuve à l'appui de sa thèse. Les faits législatifs présentés par le Canada dans le cadre du présent renvoi ne permettent pas d'établir l'évolution qu'il invoque. Au contraire, le fait que l'économie et le libellé de la loi proposée reproduisent en gros les régimes provinciaux actuels dément la suggestion selon laquelle le marché des valeurs mobilières s'est complètement transformé au fil des ans. À la lumière du dossier qui nous a été présenté, nous concluons, tel qu'il est expliqué ci-dessous, que la réglementation courante des valeurs mobilières dans les provinces, qui constitue le caractère véritable de la Loi, demeure essentiellement une question intéressant la propriété et les droits civils dans les provinces et est donc une matière provinciale⁷⁰⁸. [Notre soulignement]

⁷⁰⁸ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 38, par. 116 (*per curiam*).

Ce sont donc les faits eux-mêmes qui ont été l'objet du litige, et non une quelconque croyance fondée rationnellement. La professeure Noura Karazivan écrit : « La Cour s'attèle à la tâche qui lui revient, soit celle d'examiner les éléments de preuve [...] »⁷⁰⁹. La Cour a fait de même lorsqu'elle a appliqué la doctrine de l'intérêt national dans le renvoi sur la taxe sur le carbone⁷¹⁰. Elle a exigé la preuve de l'incapacité des provinces de s'attaquer à une problématique⁷¹¹.

En 2015, la Cour suprême du Canada semble avoir établi que la norme de preuve en matière de partage des compétences est, en principe, au moins celle de la prépondérance des probabilités.

Dans l'arrêt *Moloney*, la Cour suprême devait se prononcer sur le caractère opérant d'une disposition provinciale permettant le retrait le permis de conduire d'une personne pour défaut de paiement d'une dette pourtant éteinte par la faillite. La Cour suprême a alors affirmé que la norme de preuve en la matière était élevée. Le juge Gascon, pour la majorité, écrit :

Que ce soit selon le premier ou le second volet de l'analyse, le fardeau de la preuve incombe à la personne qui allègue l'existence du conflit. Il n'est pas facile de s'acquitter de ce fardeau, et le seuil [TRADUIT DE « standard »] requis est toujours élevé⁷¹².

Encore plus explicite, la juge Côté, dans ses motifs concordants, écrit que « [l]e fardeau de la preuve incombe à la partie qui invoque l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral, et la norme de preuve est élevée »⁷¹³.

La norme de preuve en matière de partage des compétences semble donc être celle de la prépondérance des probabilités.

⁷⁰⁹ N. KARAZIVAN, préc., note 461, 456.

⁷¹⁰ *Renvoi relatif à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 133 (le juge en chef Wagner pour la majorité).

⁷¹¹ *Id.*, par. 146.

⁷¹² *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, [2015] 3 R.C.S. 327, 2015 CSC 51, par. 107 (le juge Gascon pour la majorité).

⁷¹³ *Id.*, par. 107 (la juge Côté pour la juge McLachlin [plus tard juge en chef] motifs concordants).

1.4.1.4 *Le fondement factuel raisonnable en tant que norme de contrôle : le cas de l'indépendance judiciaire*

Le concept de fondement factuel raisonnable ou rationnel demeure néanmoins utile dans les affaires portant sur la sécurité financière des juges. Lorsque les tribunaux doivent contrôler judiciairement la décision des pouvoirs élus relativement à la fixation des salaires des juges, le gouvernement pourra prouver un fondement factuel justifiant sa décision. Ce n'est alors pas une norme de preuve, mais une norme de contrôle au sens du droit administratif.

En vertu du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, le principe constitutionnel non écrit de l'indépendance judiciaire exige qu'une commission soit constituée pour formuler des recommandations au gouvernement en matière de rémunération des juges. La décision du gouvernement et du Parlement peut ensuite faire l'objet d'un contrôle judiciaire, suivant la norme de la rationalité (ou raisonabilité). Le juge en chef Lamer écrit :

En l'espèce, par contraste, la norme de justification est celle de la simple rationalité. Elle commande que le gouvernement *justifie par un motif légitime sa décision* d'écarter la recommandation de la commission et, le cas échéant, d'avoir traité les juges différemment des autres personnes rémunérées sur les fonds publics. Le tribunal chargé de contrôler cette décision *ne procède pas à l'examen minutieux du lien entre les fins recherchées et les moyens utilisés qui caractérise l'analyse fondée sur l'article premier*. [...] en cas de demande de contrôle judiciaire d'une telle mesure, *la cour saisie de la question doit se pencher sur le caractère raisonnable du fondement factuel de la thèse du gouvernement*, de la même manière que notre Cour s'est demandé s'il y avait crise financière au Canada dans sa jurisprudence relative au partage des compétences (*Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373)⁷¹⁴. [Soulignements de la Cour ; Nos italiques]

Le tribunal de révision doit donc se pencher sur le « caractère raisonnable du fondement factuel de la thèse du gouvernement »⁷¹⁵. Les faits en litige portent donc sur ce caractère raisonnable de la croyance gouvernementale.

⁷¹⁴ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, préc., note 598, par. 183 (le juge en chef Lamer pour la majorité).

⁷¹⁵ *Id.*

Dans un arrêt de 2005, la Cour suprême a eu l'occasion de préciser que le fondement rationnel est, comme dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*⁷¹⁶, une norme de contrôle fondée sur la déférence et la retenue. La Cour écrit :

Dans le *Renvoi anti-inflation*, l'analyse a porté principalement sur deux éléments : il s'agissait, premièrement, de savoir si le gouvernement avait indiqué que c'était le fondement factuel de l'adoption de la loi et, deuxièmement, si, compte tenu de la preuve présentée, il était rationnel pour le gouvernement de s'appuyer sur de tels faits. L'analyse exigeait l'application d'une norme fondée sur la retenue⁷¹⁷ [...].

Il ne s'agit donc pas d'une norme de preuve, mais d'une norme de contrôle qui exige que le tribunal vérifie « la validité des faits par rapport à la position que le gouvernement a adoptée dans sa réponse »⁷¹⁸. Le « fondement rationnel »⁷¹⁹ est celui qui définit une décision raisonnable au sens du droit administratif.

1.4.2 Les droits et libertés : le débat sur la prépondérance des probabilités

La prépondérance des probabilités est également la norme de preuve qui s'applique dans le contentieux des droits et libertés.

L'arrêt *Oakes*⁷²⁰ a marqué, dès les débuts de la *Charte*, une rupture avec le vocabulaire utilisé antérieurement pour décrire l'assise factuelle nécessaire à l'exercice d'une compétence législative. La Cour a alors opté pour une norme de preuve de « nette prépondérance des probabilités »⁷²¹. En plus d'affirmer clairement la norme de preuve applicable, la Cour suprême exige « une preuve de

⁷¹⁶ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 423 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson).

⁷¹⁷ *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau Brunswick c. Nouveau Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44, par. 35 (*per curiam*).

⁷¹⁸ *Id.*, par. 37 (*per curiam*).

⁷¹⁹ *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle Écosse (Human Rights Commission)*, [2012] 1 R.C.S. 364, 2012 CSC 10, par. 47 (le juge Cromwell pour la Cour).

⁷²⁰ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 137 (le juge en chef Dickson pour la majorité).

⁷²¹ D. PINARD, préc., note 4, 419. Le caractère « net » de la prépondérance des probabilités requise en matière de droits et libertés est effacé depuis l'abolition des degrés de probabilité par l'arrêt *F.H. c. McDougall*, [2008] 3 R.C.S. 41, 2008 CSC 53.

l'existence de ces faits »⁷²², et affirme donc ne plus s'intéresser à l' « esprit » qui animait le Parlement ou au bien-fondé de ses croyances quant à l'existence de faits. L'intention du Parlement ou sa croyance ne sont donc plus concluantes. Il faut prouver les faits qui démontrent une atteinte à la *Charte* ou sa justification.

Certains arrêts rendus dans les premières années de la *Charte* ont cependant mis en doute les affirmations faites dans l'arrêt *Oakes* quant à la nature des faits litigieux (1.4.2.1). Ensuite, à partir de l'arrêt *RJR-MacDonald*⁷²³, le débat doctrinal et jurisprudentiel sur la norme de preuve s'est ouvert (1.4.2.2). Finalement, bien qu'un juge de la Cour suprême, dans le récent arrêt *Frank*, aurait voulu infirmer la jurisprudence quant à la norme de preuve et à la nature des faits litigieux, la jurisprudence récente de la Cour insiste sur l'importance de cette norme en matière de droits et libertés (1.4.2.3). Cela veut dire que la norme de preuve du droit des chartes est la même que celle qui s'applique dans tous les domaines de droit (sauf le droit pénal et criminel).

1.4.2.1 Le fondement factuel raisonnable dans les premières années de la *Charte*

Attachés au rôle du Parlement comme décideur des grandes questions de société, certains juges de la Cour suprême, dont le juge La Forest, ont parfois accepté, durant la première décennie suivant l'édiction de la *Charte*, la preuve du fondement rationnel de la croyance du Parlement en lieu et place de la preuve pure et simple des faits justifiant une atteinte aux droits et libertés⁷²⁴. Il s'agissait alors de se mettre « à la place » ou « dans la peau » du parlement et de contrôler la conformité de ses actions en adoptant la perspective qui était la sienne sur le contexte factuel. Bien que cela ressemble à un affaiblissement de la norme de preuve, cela ressemble en fait davantage à une substitution des faits à prouver⁷²⁵ qui témoigne de la déférence envers le Parlement⁷²⁶. Ce n'est donc pas une

⁷²² D. PINARD, préc., note 4, 420.

⁷²³ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 28.

⁷²⁴ D. PINARD, préc., note 4, 421. Voir aussi : S. BERNATCHEZ, préc., note 159, 202 et suiv.

⁷²⁵ C'est ce que la professeure Pinard appelle l' « objet de la preuve » : D. PINARD, préc., note 4, 423.

⁷²⁶ P. W. HOGG, préc., note 4, 396 et 397:

question de norme de preuve, mais bien plutôt une question de type ou de quantité de faits justificatifs à prouver.

Par exemple, dans l'arrêt *Irwin Toy*⁷²⁷, qui portait sur la liberté d'expression et l'interdiction de la publicité visant les enfants, cette déférence a eu lieu à l'étape de l'objectif urgent et réel⁷²⁸. La Cour n'a pas déterminé directement si un enfant entre 7 et 13 ans allait faire preuve de crédulité face à la publicité commerciale. Elle a accepté que le Parlement était *rationnellement fondé* à le croire à partir de la preuve. Il pouvait donc fixer à 13 ans l'âge limite permettant qu'il soit visé par de la publicité. La majorité a pris soin de : « souligner qu'à cet égard la norme de preuve est celle qui s'applique en matière civile, c.-à-d. la preuve selon la prépondérance des probabilités »⁷²⁹.

Dans l'arrêt *Butler*, la déférence a eu lieu à l'étape de la détermination du lien rationnel entre l'interdiction de l'obscénité et l'objectif du Parlement de prévenir le préjudice causé à la société. Alors qu'elle devait décider si l'exposition à des images sexuellement violentes changerait les attitudes des personnes exposées,

The more important reason for restraint, however, is related to the respective roles of court and legislature. A legislature acts not merely on the basis of findings of fact, but upon its judgment as to the public perceptions of a situation and its judgment as to the appropriate policy to meet the situation. These judgments are political, and they often do not coincide with the views of social scientists or other experts. It is not for the court to disturb political judgments, much less to substitute the opinions of experts. In a democracy it would be a serious distortion of the political process if appointed officials (the judges) could veto the policies of elected officials. But we are assuming a situation in which the constitution does give a role to the court. We are assuming that the powers of the legislature are limited by the constitution; that it is the role of the court to adjudicate disputes as to those constitutional limits; and that a particular dispute turns on an issue of legislative fact. The problem for the court is to perform its duty of constitutional adjudication, while not trespassing unduly on the legislative duty of policy-making. Finding the appropriate balance between these desiderata is of course an underlying theme of much of our public law. In the present context - that of finding legislative facts - the proper role of the court is to allow considerable leeway to the legislature to make the findings of fact upon which its constitutional power depends. That is why us courts and commentators have developed the rational-basis test. [Notre soulignement]

⁷²⁷ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

⁷²⁸ *Id.*, 989-990 (le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson, motifs majoritaires) ; D. PINARD, préc., note 4, 421.

⁷²⁹ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 727, 997 (le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson, motifs majoritaires). Bien que la majorité ait ensuite fait état de divers degrés de probabilités, suivant le droit en vigueur à l'époque, ces degrés n'existent plus depuis l'arrêt *F.H. c. McDougall*, préc., note 721 : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 176.

la Cour s'est satisfaite de la preuve d'une croyance parlementaire raisonnablement fondée⁷³⁰.

La déférence s'est aussi appliquée à l'étape de l'atteinte minimale. Dans l'arrêt *McKinney*⁷³¹, qui portait sur l'âge de la retraite obligatoire dans une université, la Cour s'est satisfaite d'une preuve que les études étaient contradictoires, ce qui montrait un fondement factuel raisonnable dans la croyance de l'auteur de la mesure⁷³². Le juge La Forest écrit :

Face à ces opinions contraires, il ne serait pas du tout surprenant que le législateur ait choisi d'aborder la question avec prudence. *Comme notre Cour, le législateur avait devant lui des théories socio-économiques concurrentes à l'égard desquelles d'éminents professeurs ont naturellement des opinions divergentes. À mon avis, le législateur peut faire un choix entre elles et agir certainement avec prudence en apportant des modifications à des questions socio-économiques si importantes. Au sujet de ce genre de questions où il existe des éléments de preuve opposés en matière de sciences sociales, j'ai déjà mentionné ce que l'arrêt *Irwin Toy*, précité, nous a dit de la position que devrait adopter la Cour. En deux mots, la question que doit trancher notre Cour est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure que la Loi portait le moins possible atteinte au droit visé, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement*⁷³³. [Soulignement de la Cour; Nos italiques]

Encore une fois, la preuve concluante des faits économiques eux-mêmes n'a pas été exigée.

À la manière d'une Cour d'appel donnant déférence au juge du procès sur une question factuelle, la Cour suprême s'est contentée, dans ces arrêts, de vérifier si la conclusion factuelle tirée par le Parlement trouvait une assise dans la preuve. Autrement dit, il s'agit alors d'une norme de contrôle de la disposition constitutionnellement contestée, et non d'une norme de preuve⁷³⁴.

⁷³⁰ *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, 502 (le juge Sopinka pour la majorité).

⁷³¹ *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 ; D. PINARD, préc., note 4, 423.

⁷³² *McKinney c. Université de Guelph*, préc., note 731, 304-309 (le juge LaForest pour la majorité).

⁷³³ *Id.*, 309 (le juge LaForest pour la majorité).

⁷³⁴ Un tribunal de révision peut être déférent quant aux conclusions d'un organe, même si la norme de preuve exige la prépondérance des probabilités : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 678, par. 69 et suiv. (les juges Wagner et Côté pour la Cour).

La norme de preuve demeurerait donc la prépondérance des probabilités.

1.4.2.2 *Le débat sur la norme de preuve en matière constitutionnelle*

Le débat sur la norme de preuve en matière de droits et libertés s'est ouvert explicitement dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, qui portait sur la liberté d'expression et l'interdiction de la publicité du tabac. Certains juges ont alors proposé une norme de preuve différente et assouplie, permettant de conclure à l'existence des faits justificatifs dès que la preuve scientifique présentée est contradictoire.

Ce débat était motivé par la crainte suscitée par la difficulté de prouver les faits de société, qui sont généraux par nature. Il faudrait donc leur faire bénéficier de souplesse ou accorder déférence au Parlement⁷³⁵. Les professeurs John Hagan⁷³⁶ et Danielle Pinard⁷³⁷ ont, chacun à leur manière, soulevé ce genre d'argument⁷³⁸. La norme s'appliquant aux litiges civils serait donc trop difficile à satisfaire par la preuve de sciences sociales.

De même, la preuve des faits futurs, lorsqu'elle implique des actions humaines, peut apparaître difficile⁷³⁹. Les êtres humains ont, dans une certaine mesure, la liberté d'agir. Par exemple, dans l'arrêt *Operation Dismantle*, le juge Dickson (plus tard juge en chef) a rejeté, au stade préalable et sans preuve, une demande de déclaration d'inconstitutionnalité et d'injonction contre la décision du gouvernement fédéral de permettre l'essai de missiles de croisières au Canada, notamment parce qu'il serait impossible de prouver la réaction des puissances nucléaires (dont l'Union soviétique) aux essais canadiens, et impossible de prouver l'accroissement du risque de guerre nucléaire au Canada⁷⁴⁰.

⁷³⁵ Pour une discussion sur la déférence, la compétence des tribunaux et la légitimité du contrôle de constitutionnalité à travers le traitement des faits sociaux, voir notamment : D. WISEMAN, préc., note 245 ; Y. DAWOOD, préc., note 245 ; J. HUGHES et V. MACDONNELL, préc., note 11 ; S. BERNATCHEZ, préc., note 159, 202 et suiv.

⁷³⁶ J. HAGAN, préc., note 55, à la p. 219

⁷³⁷ D. PINARD, préc., note 4, 414 et suiv.

⁷³⁸ Voir aussi : A. BINETTE, préc., note 55, 942-943.

⁷³⁹ D. PINARD, préc., note 4, 415.

⁷⁴⁰ *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, par. 18 et suiv. (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la majorité).

Le problème dépasse les matières constitutionnelles. Il touche également, par exemple, les prévisions actuarielles de salaire ou les déclarations de délinquant dangereux. Dans le contexte d'une demande en responsabilité civile, présumer les gains futurs d'un jeune enfant rendu invalide⁷⁴¹ minimise nécessairement les aléas pouvant résulter des choix de l'individu. De même, dans une instance criminelle, mettre l'accent sur la dangerosité ou la probabilité qu'un individu récidive afin de le déclarer délinquant dangereux⁷⁴² écarte la possibilité que l'individu choisisse librement de ne plus vivre dans le crime. Dans les deux cas, les statistiques remplacent l'autonomie de la personne, ce qui pose un problème normatif ou de valeurs.

En droit public, les parlements et les gouvernements doivent anticiper des faits futurs pour élaborer des politiques. Il leur faut parfois agir sans attendre d'avoir la preuve de ces faits suivant la prépondérance des probabilités. Dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, le juge La Forest, dissident, aurait pour cette raison rejeté la norme civile au profit d'une norme plus souple et variable tirée du concept de croyance raisonnablement fondée⁷⁴³. Il écrit :

Interprétés littéralement, mécaniquement, sans nuances, le test d'Oakes et le fardeau de preuve imposé ainsi à l'État nieraient, le plus souvent, à celui-ci la faculté de légiférer.

Par ailleurs, une telle approche se méprend sur la nature d'une affaire constitutionnelle comme celle-ci. Elle ne s'assimile pas à un simple procès civil. [...] Il s'agit plutôt de déterminer sur quelle base un législateur peut choisir d'agir, dans des perspectives incertaines.

Il faut comprendre les limites et la nature des choix politiques. Il est souvent difficile de prévoir l'avenir et d'anticiper les conséquences bénéfiques ou néfastes d'une politique gouvernementale. Bien conçue, une politique peut être mal appliquée. Les ressources institutionnelles nécessaires peuvent faire défaut, des obstacles imprévus survenir. Si l'on applique rigoureusement le critère de la preuve civile, selon la balance des probabilités, on ne gouvernera pas. L'on ne saura faire les choix législatifs

⁷⁴¹ Daniel GARDNER, *Le préjudice corporel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, *La Référence*, EYB2016EPC59, par. 529 et suiv.

⁷⁴² *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, par. 91 et suiv. (le juge La Forest pour la majorité).

⁷⁴³ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 28, par. 63 et 82 (le juge La Forest pour les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier, dissidents).

difficiles, mais parfois nécessaires. L'on confiera à la magistrature la surveillance d'un état essentiellement passif⁷⁴⁴. [Notre soulignement]

De son côté, la juge McLachlin (plus tard juge en chef), pour la majorité, a insisté sur la norme de la prépondérance des probabilités⁷⁴⁵. Elle a alors, à juste titre, rappelé que cette norme n'est pas celle « requise en matière scientifique »⁷⁴⁶, et encore moins la certitude. Elle écrit :

Pour satisfaire à la norme de preuve en matière civile, on n'a pas à faire une démonstration scientifique; la prépondérance des probabilités s'établit par application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique⁷⁴⁷ [...].

Cette norme est la même qu'en droit civil québécois⁷⁴⁸. À l'extrême, la preuve scientifique est contradictoire dans toutes les affaires, tant en matière civile que criminelle, où deux experts présentent des théories incompatibles. Dans une affaire pure de responsabilité civile en provenance du Québec, la Cour suprême du Canada énonçait en 1955 que « [p]ratiquement rien ne peut être mathématiquement prouvé »⁷⁴⁹. Dans ces circonstances, les tribunaux sont tout de même soumis à l'obligation de juger. Ils concluent à l'existence des faits qui sont plus probables qu'improbables.

De plus, pour la juge McLachlin, insister sur la norme de preuve en matière civile assure que le fardeau de la preuve de justification des atteintes à la *Charte* continue de reposer sur les épaules de l'État⁷⁵⁰. Accorder déférence à la croyance raisonnablement fondée du Parlement revient à exiger des demandeurs en

⁷⁴⁴ *Id.*, par. 67 (le juge La Forest pour les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier, dissidents).

⁷⁴⁵ *Id.*, par. 137 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la majorité sur la question de l'article 1^{er}).

⁷⁴⁶ *Id.*, par. 137 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la majorité sur la question de l'article 1^{er}).

⁷⁴⁷ *Id.*, par. 137 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la majorité sur la question de l'article 1^{er}). Voir aussi : *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 88 (le juge Bastarache pour la majorité); *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 39 (*per curiam*).

⁷⁴⁸ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 167 : « Il n'est donc pas requis que la preuve offerte conduise à une certitude absolue, scientifique ou mathématique. Il suffit que la preuve rende probable le fait litigieux ».

⁷⁴⁹ *Rousseau v. Bennett*, [1956] S.C.R. 89, 93 (le juge Taschereau).

⁷⁵⁰ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 28, par. 138 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la majorité sur la question de l'article 1^{er}).

inconstitutionnalité qu'ils prouvent qu'il n'existe pas de preuve scientifique contradictoire quant à leurs prétentions.

Depuis l'arrêt *RJR-MacDonald*, il est de jurisprudence constante que la norme de preuve civile s'applique aux contestations fondées sur les droits et libertés, tant pour prouver l'atteinte que sa justification⁷⁵¹, bien que le fardeau passe du demandeur au défendeur entre ces étapes⁷⁵².

Malgré ces affirmations multiples de la Cour suprême, le professeur David Wiseman soutient que la Cour a abaissé la norme de preuve (« looser standard of proof »⁷⁵³) en raison de la déférence.

Autrement dit, puisque la Cour dispense parfois les parties d'une preuve formelle par le biais de « la logique et [du] bon sens »⁷⁵⁴, la norme de preuve serait abaissée dans certains cas où la preuve est équivoque⁷⁵⁵.

Or, nous sommes en désaccord avec cette proposition et ce, pour au moins trois raisons. La logique, le bon sens et l'expérience peuvent être un moyen (1) de

⁷⁵¹ Voir notamment : *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, [2015] 3 R.C.S. 250, 2015 CSC 46, par. 79 (la juge Karakatsanis pour la majorité) ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 678, par. 3 (les juges Wagner et Côté pour la Cour) ; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, préc., note 36, par. 139 (la juge en chef McLachlin et le juge LeBel pour la majorité) ; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 18, par. 63 et 76 (la juge en chef McLachlin pour la Cour) ; *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 77, par. 434 (la juge en chef McLachlin) ; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44, 2010 CSC 3, par. 21 (*per curiam*) ; *R. c. Singh*, [2007] 3 R.C.S. 405, 2007 CSC 48, par. 37 (la juge Charron pour la majorité) ; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, 2007 CSC 27, par. 139 (la juge en chef McLachlin et le juge LeBel pour la majorité) ; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6, par. 43 (la juge Charron pour la majorité) ; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381, 2004 CSC 66, par. 98 (le juge Binnie pour la Cour) ; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 102 (la juge en chef McLachlin pour la majorité) ; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 747, par. 88 (le juge Bastarache pour la majorité) ; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, par. 32 (le juge Cory pour la Cour) ; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 84 (le juge La Forest pour la Cour) ; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 39 (*per curiam*) ; *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 101 (le juge La Forest pour la Cour).

⁷⁵² C. PICHÉ, préc., note 37, par. 160.

⁷⁵³ D. WISEMAN, préc., note 245, 13.

⁷⁵⁴ Voir notamment : *Frank c. Canada (Procureur général)*, préc., note 49, par. 64 (le juge en chef Wagner pour la majorité).

⁷⁵⁵ Voir aussi : H. JEAN et G. LAPORTE, préc., note 57, par. 195 et 196.

compléter la preuve, (2) de l'apprécier, ou (3) de définir des règles de droit⁷⁵⁶. Dans tous les cas, la norme de preuve n'est pas en cause, même si, concrètement, le travail du procureur général apparaît facilité.

Premièrement, sur le plan probatoire, la logique ou le bon sens renvoient de manière voilée à la connaissance d'office⁷⁵⁷. Il est de la nature de la connaissance d'office de permettre la reconnaissance judiciaire d'un fait sans preuve, et donc d'en dispenser la partie qui avait le fardeau de le prouver⁷⁵⁸. Le fardeau de présentation de l'État est donc diminué, mais non la norme de preuve⁷⁵⁹. Les professeures Julia Hughes et Vanessa Macdonnell écrivent :

While we acknowledge the Supreme Court's repeated assertions that the standard of proof at the s. 1 stage is proof on a balance of probabilities, in our view, the combined effect of the Supreme Court of Canada's pronouncements has been to lower the government's evidential burden at the s. 1 stage in a subset of cases. The government's persuasive burden appears to be fully intact. Where the Court concludes that deference is owed because of empirical uncertainty, the government may satisfy its burden of proof (at least in part) using legal arguments about what "common sense, reason, or logic" requires⁷⁶⁰. [Notre soulignement]

La norme de preuve n'est donc pas affectée par la connaissance d'office. De plus, les présomptions de fait de droit civil⁷⁶¹ (ou la preuve circonstancielle en common law⁷⁶²) permettent aussi de compléter la preuve par la « logique »⁷⁶³.

⁷⁵⁶ Tomas TROUP, *L'expérience comme mode de détermination des faits dans le procès civil*, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de LL.M. en droit, Université de Montréal, 2008, p. 2.

⁷⁵⁷ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 19.50 ; D. E. PHILLIPS, préc., note 50, 243.

⁷⁵⁸ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 139 ; R. c. *Williams*, préc., note 32, par. 54 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la Cour) : « Le droit de la preuve reconnaît deux modes d'établissement des faits au procès. Le premier est la preuve. Le second est la connaissance d'office ».

⁷⁵⁹ Voir aussi : Errol P. MENDES, « The Crucible of the *Charter*: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1 », dans Gérald BEAUDOIN et Errol P. MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4^e éd., Markham, LexisNexis Butterworths, 2005, p. 165, aux p. 173 et suiv.

⁷⁶⁰ J. HUGHES et V. MACDONNELL, préc., note 11, 36.

⁷⁶¹ C.c.Q., art. 2849.

⁷⁶² Ces deux notions sont de « proche[s] parente[s] » : *Moumdjian c. Aubin*, 2006 QCCA 1264, par. 17 (le juge Vézina pour la Cour).

⁷⁶³ R. c. *Villaroman*, [2016] 1 R.C.S. 1000, 2016 CSC 33, par. 30 et 38 (le juge Cromwell pour la Cour) ; *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA

Deuxièmement, toujours sur le plan probatoire, l'expérience de vie du juge lui permet de pondérer la valeur probante à donner à la preuve qui lui est présentée⁷⁶⁴. Le juge doit juger malgré le caractère contradictoire de la preuve, ce qui est d'autant plus vrai lorsque sa valeur probante est laissée à l'appréciation du tribunal⁷⁶⁵. Il doit donc en fournir une appréciation, ce qu'il fera nécessairement à partir de la logique, du bon sens ou de l'expérience⁷⁶⁶.

Troisièmement, sur le plan du droit substantiel, le test de justification sous l'article 1^{er}, bien qu'il comporte des aspects factuels dont la preuve ou la connaissance d'office est essentielle, comporte également des aspects normatifs qui renvoient aux valeurs et intérêts en présence. C'est le cas à l'étape de l'objectif urgent et réel, mais c'est aussi le cas à l'étape de la mise en balance des intérêts. Le juge Gonthier l'a reconnu dans sa dissidence dans l'arrêt *Sauvé* qui portait sur le droit de vote des prisonniers. Il écrit :

La justification ne consiste donc pas à établir qu'une valeur l'emporte clairement sur une autre, mais bien à dégager la signification des valeurs en cause et à se demander si le législateur, afin de concilier des intérêts opposés, a réalisé un équilibre à la fois rationnel et raisonnable. Dans le contexte de l'analyse fondée sur la *Charte*, la proportionnalité ne s'entend pas d'une solution parfaite, puisque toute pondération d'intérêts opposés

358, par. 457 (*per curiam*) ; *Barrette c. Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, 2013 QCCA 1687, par. 30 et suiv. (la juge Bélanger pour la Cour).

⁷⁶⁴ *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 128 et suiv. (le juge Cory, motifs de jugement).

⁷⁶⁵ Voir par ex. : C.c.Q., art. 2845.

⁷⁶⁶ L'arrêt *R. c. S. (R.D.)* (préc., note 764, par. 122 [le juge Cory, motifs de jugement]) a distingué, pour une raison procédurale particulière à l'espèce, la connaissance d'office de l'expérience de vie du juge. L'appréciation de la preuve serait donc faite à partir de l'expérience de vie, et non nécessairement de la connaissance d'office des faits. La professeure Danielle Pinard a appuyé un raisonnement semblable par le concept de « contexte factuel de raisonnement » : D. PINARD, préc., note 71, 132 et suiv. Voir aussi : *R.P. c. R.*, 2013 QCCA 1260, par. 56 (*per curiam*) ; Elizabeth F. JUDGE, « Curious judge: Judicial notice of facts, Independent judicial research, and the Impact of the Internet », dans Todd L. ARCHIBALD et Randall SCOTT ECHLIN (dir.), *Annual Review of Civil Litigation 2012*, Toronto, Carswell, 2012, p. 325, aux p. 329-330.

Autrement, la doctrine sur la connaissance d'office des faits indique généralement que c'est cette institution qui régit l'appréciation de la preuve : *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 143 (la juge L'Heureux-Dubé pour les juges La Forest et Gonthier) ; L. DUCHARME, préc., note 89, par. 88 ; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La preuve. Documents préliminaires de la section de recherche sur le droit de la preuve*, fasc. 6 à 8, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1973, p. 8 ; Edmund M. MORGAN, « Judicial Notice », (1944) 57 *Harvard Law Review* 269, 272.

implique qu'une valeur est jusqu'à un certain point privilégiée par rapport à une autre⁷⁶⁷. [Notre soulignement]

L'emploi de l'expression « bon sens » peut donc signifier que les aspects normatifs de la justification sous l'article premier l'ont emporté. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, qui portait sur l'interdiction des sondages dans les jours précédant une élection, le juge Bastarache l'a affirmé sans ambages. Il écrit :

Ce ne sont pas des catégories de norme de preuve auxquelles le gouvernement doit satisfaire, mais bien des facteurs touchant la question de savoir s'il y a une justification démontrable. [...]

Ce n'est pas parce qu'une norme [de preuve] moins exigeante est appliquée, mais plutôt parce que, compte tenu dans certains cas de la faible valeur de la forme d'expression en cause, l'objectif du gouvernement l'emporte plus facilement sur celle-ci⁷⁶⁸. [Notre soulignement]

Dans ces cas, ce n'est pas que la norme de preuve a été abaissée, mais c'est que la valeur accordée par les tribunaux aux droits ou intérêts en présence a été différente. La justification sous l'article premier n'est pas un exercice scientifique, mathématique ou pur de faits, même si les faits à prouver qui entrent dans cet exercice doivent l'être suivant la prépondérance des probabilités. Comme l'a défendu le professeur Yasmin Dawood, les valeurs ont un rôle important à jouer à l'étape de l'article premier, et ce rôle peut parfois être plus grand que celui de la preuve factuelle⁷⁶⁹. Il s'agit, selon nous, d'une évidence.

Cet appel au « bon sens » ou à la déférence s'est surtout fait sentir dans des affaires liées aux droits démocratiques, où l'exigence de faits justificatifs a été réduite.

⁷⁶⁷ *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68, par. 91 (le juge Gonthier pour la dissidence). Voir aussi : A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-16.

⁷⁶⁸ *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 747, par. 90-91 (le juge Bastarache pour la majorité).

⁷⁶⁹ Y. DAWOOD, préc., note 245. Voir aussi : M. PAL, préc., note 48, 154 :

Both restricting and permitting spending during the election period are potentially consistent with "democracy". Parliament opted for egalitarian legislation and the Court ruled that it was permissible to do so. Social science evidence is very unlikely to provide conclusive proof that egalitarianism is superior to libertarianism, given the uncertainty regarding what is meant by democracy. [Notre soulignement]

Dans l'arrêt *Harper*, la Cour suprême devait analyser la constitutionnalité du plafonnement des dépenses en contexte électoral sur la base de la liberté d'expression⁷⁷⁰. D'abord, le juge Bastarache a rappelé que la norme de preuve applicable était celle de la prépondérance des probabilités⁷⁷¹. Ensuite, il a tiré la conclusion, à partir de la preuve contradictoire et de la « logique », qu'il existait un préjudice potentiel que le Parlement pouvait valablement prévenir⁷⁷². Il a aussi établi qu'en matière électorale, le Parlement avait droit à la déférence quant à la pondération des valeurs et préjudices en présence, et quant aux détails du régime. Il écrit :

Étant donné que c'est au Parlement qu'il appartient de choisir le modèle électoral applicable au Canada et vu les nuances que requiert intrinsèquement la mise en œuvre de ce modèle, la Cour doit entreprendre l'analyse de la justification avec toute la déférence qui s'impose⁷⁷³. [Notre soulignement]

Dans l'arrêt *Bryan*, le juge Bastarache a rappelé ces propos tenus dans l'arrêt *Harper* sur la déférence due au Parlement en matière électorale. Il a rappelé l'importance des aspects normatifs de la justification sous l'article premier. L'objectif du Parlement, et les valeurs qu'il veut protéger, ne peuvent véritablement être prouvés en termes de faits sociaux. En l'espèce, il s'agissait d'assurer que tous les électeurs bénéficient de la même information en empêchant la publication des résultats du vote fédéral avant la fermeture des derniers bureaux en Colombie-Britannique, là où ils ferment en dernier à travers le Canada. Le juge Bastarache affirme que :

Le premier objectif — la garantie de l'égalité informationnelle — est présenté comme un but important en soi : de ce point de vue, son existence et son importance sont dans une certaine mesure de nature conceptuelle et il sera difficile d'en faire la preuve⁷⁷⁴. [Notre soulignement]

⁷⁷⁰ *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33.

⁷⁷¹ *Id.*, par. 78 (le juge Bastarache pour la majorité).

⁷⁷² *Id.*, par. 79 (le juge Bastarache pour la majorité).

⁷⁷³ *Id.*, par. 87 (le juge Bastarache pour la majorité).

⁷⁷⁴ *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527, 2007 CSC 12, par. 13 (motifs de jugement du juge Bastarache). Au par. 22, il ajoute :

Dans certains cas, l'objectif invoqué par le gouvernement portera essentiellement sur « des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique ». Il est

On peut certes faire la preuve de conséquences de ne pas avoir choisi tel objectif ou adopté telle mesure (ex. : ne pas rechercher à améliorer la sécurité routière entraîne des décès), mais prouver qu'un tel objectif est louable est impossible, puisque cela revient exiger la preuve du bien et du mal.

La déférence peut aussi conduire à ne pas exiger de preuve sur certains aspects où, dans les autres domaines des droits et libertés, il en aurait fallu. Le juge Bastarache écrit :

Il est préférable de considérer « l'attitude empreinte de déférence » dont il est question dans *Harper et Thomson Newspapers* comme étant une attitude qui reconnaît que, dans certaines affaires, les formes de preuve (ou idées concernant leur caractère suffisant) traditionnelles peuvent ne pas être disponibles et qu'il est inopportun d'exiger une telle preuve dans ces circonstances⁷⁷⁵. [Notre soulignement]

Le juge Bastarache n'abaisse alors pas la norme de preuve. Il ne considère pas des faits prouvés à partir d'une norme plus faible que la prépondérance des probabilités, il conclut plutôt à l'impossibilité de les prouver. Il fixe le droit constitutionnel de manière à renoncer à exiger de la preuve sur certains aspects de la justification au profit de la déférence et met l'emphase sur la pondération des valeurs en présence (la liberté d'expression et l'équité entre les électeurs). Il y a alors une exception par rapport aux règles habituelles de droit constitutionnel concernant les exigences de faits justificatifs aux atteintes à la *Charte*, et non une exception au droit de la preuve.

Cette substitution de faits à prouver, lorsque la preuve de certains faits est difficile ou impossible, n'est pas l'apanage du droit constitutionnel. En droit criminel, par exemple, la déclaration qu'un délinquant est dangereux est faite à partir de la preuve de la dangerosité d'un délinquant, et non de la preuve qu'il va nécessairement commettre une infraction. Il est plus facile de prouver hors de tout doute raisonnable la dangerosité d'un délinquant que de prouver qu'il va récidiver

possible que de tels cas ne se prêtent pas aux exigences de preuve auxquelles il faut normalement satisfaire en matière civile. Je crois que nous sommes en présence d'un tel cas en l'espèce. [Notre soulignement]

⁷⁷⁵ *Id.*, par. 28 (motifs de jugement du juge Bastarache). Voir aussi : A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-16.

suivant cette même norme. Dans l'arrêt *Lyons*, qui portait sur la constitutionnalité de ce régime, le juge La Forest a affirmé que la norme de preuve n'était pas en cause, mais que la probabilité de préjudice était plutôt *le fait* à prouver. Il écrit :

Il me semble que la "probabilité" qu'une certaine conduite se manifeste dans l'avenir *est précisément le fait qui doit être établi*; ce n'est pas en même temps *le moyen de prouver ce fait*. Dans mon esprit il semble clair que, logiquement, on peut conclure qu'une personne constitue un danger pour la société sans pour autant prétendre que cela oblige le tribunal à se dire capable de prévoir l'avenir. Je ne trouve pas du tout illogique qu'un tribunal affirme sa conviction hors de tout doute raisonnable qu'on a satisfait au critère de la dangerosité et qu'il existe en conséquence une certaine possibilité de préjudice⁷⁷⁶. [Soulignements de la Cour ; Nos italiques]

Comme il est impossible de prouver hors de tout doute raisonnable que quelqu'un posera un geste criminel, la simple preuve d'une probabilité de préjudice suffit en cette matière.

Il faut donc distinguer (1) la complétion de la preuve par la connaissance d'office et les présomptions de fait, (2) les choix normatifs ou de valeurs qui sont inéluctables dans l'application de l'article premier de la *Charte* et (3) l'abaissement de la norme de preuve. Ce sont les deux premiers concepts qui jouent un rôle important et variable dans le contentieux de la *Charte*, et non celui de la norme de preuve.

1.4.2.3 *Le maintien de la norme civile en droit contemporain*

La norme de preuve civile se maintient dans le droit actuel des chartes⁷⁷⁷.

Cependant, une récente affaire portant sur le droit de vote a été l'occasion d'une remise en cause directe de la norme de preuve. Dans l'arrêt *Frank*, qui portait sur le droit de vote et le critère de résidence de l'électeur, le juge Rowe, dans ses motifs concordants, aurait écarté la norme civile à l'étape du lien rationnel. Il écrit :

À cette étape-ci de l'analyse, le gouvernement doit démontrer, en s'appuyant sur la preuve ou le bon sens, que le moyen choisi favorise

⁷⁷⁶ *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, par. 94 (le juge La Forest pour la majorité). Voir aussi : *R. c. Boutilier*, [2017] 2 R.C.S. 936, 2017 CSC 64, par. 36-37 (la juge Côté pour la majorité).

⁷⁷⁷ *Supra*, note 751.

l'objectif urgent et réel. Il n'est pas tenu de le faire selon les règles de preuve en matière civile [TRADUIT DE : The government need not demonstrate this objective on a civil standard of proof]. « Il lui suffit plutôt de démontrer qu'il avait des motifs raisonnables de croire à l'existence d'un tel lien » (RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199, par. 82). Il faut que les moyens retenus « favorisent logiquement » la réalisation des objectifs du législateur (Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 291). Pour qu'une règle de droit possède un lien rationnel avec l'objectif urgent et réel identifié, il n'est pas nécessaire que les mesures en question soient parfaitement adaptées à cet objectif. Autrement dit, la barre n'est pas élevée⁷⁷⁸. [Notre soulignement]

Le juge Rowe aurait donc fait porter la preuve sur les « motifs raisonnables de croire »⁷⁷⁹ du Parlement, tout en abaissant la norme de preuve.

Cette approche a été rejetée par la majorité, qui a insisté sur la norme civile et sur la preuve des faits justificatifs en eux-mêmes⁷⁸⁰. La majorité n'a, par ailleurs, pas donné déférence au Parlement et a prononcé l'inconstitutionnalité de la disposition électorale contestée de manière à ce que la résidence au Canada ne soit pas une exigence pour voter aux élections fédérales. Cela semble indiquer que la déférence en matière électorale est chose du passé.

De même, dans l'arrêt *Bombardier*, qui portait sur l'interdiction de la discrimination en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁷⁸¹ du Québec, la Cour suprême a précisé que la preuve *prima facie* de discrimination doit être faite suivant la norme civile de la prépondérance des probabilités⁷⁸². L'assouplissement des règles de preuve qui caractérise la procédure devant les tribunaux administratifs ne s'étend pas au degré de preuve requis⁷⁸³.

En définitive, la norme civile de la prépondérance des probabilités est celle qui est applicable aux affaires touchant aux droits et libertés.

⁷⁷⁸ *Frank c. Canada (Procureur général)*, préc., note 49, par. 95 (le juge Rowe, motifs concordants mais non sur ce point).

⁷⁷⁹ *Id.*

⁷⁸⁰ *Id.*, par. 39 (le juge en chef Wagner pour la majorité).

⁷⁸¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 183, art. 10.

⁷⁸² *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, préc., note 678, par. 3 et 59 (les juges Wagner et Côté pour la Cour).

⁷⁸³ *Id.*, par. 67 et suiv. (les juges Wagner et Côté pour la Cour).

1.4.3 La norme de preuve en contexte autochtone : la prépondérance des probabilités et les mises en garde quant à la valeur probante des témoignages autochtones

La norme de preuve en matière civile s'applique également aux affaires menées en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (ou mettant en jeu le partage de la compétence sur les Autochtones par le biais du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*⁷⁸⁴). Les faits nécessaires à la déclaration des droits constitutionnels des Autochtones doivent donc être prouvés à la prépondérance des probabilités.

Il faut néanmoins distinguer la *norme de preuve* d'autres concepts du droit de la preuve qui ont fait état de nombreux commentaires jurisprudentiels en matière autochtone quant à l'adaptation à ce contentieux.

Particulièrement dans l'arrêt *Van der Peet*, la Cour suprême du Canada a exprimé que les tribunaux doivent appliquer les règles de preuve et apprécier la preuve en adéquation avec la nature des faits litigieux en matière autochtone. Le juge en chef Lamer, pour la majorité, écrit :

Pour déterminer si un demandeur autochtone a produit une preuve suffisante pour établir que ses activités sont un aspect d'une coutume, pratique ou tradition qui fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive, le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple⁷⁸⁵. [Notre soulignement]

⁷⁸⁴ *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c. I-5, art. 88.

⁷⁸⁵ *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 68 (le juge en chef Lamer pour la majorité). Voir aussi : *R. c. Sioui*, préc., note 31, 1068 (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la Cour) ; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, 408 (le juge en chef Dickson pour la Cour).

Parmi ces normes ou approches du droit de la preuve qui peuvent faire l'objet d'adaptations, il faut distinguer celles touchant la *règle de la prohibition du oui-dire*, la *valeur probante* et la *norme de preuve*.

D'abord, la Cour suprême du Canada a établi une exception à la *règle de la prohibition du oui-dire* s'appliquant aux témoignages sur la tradition orale autochtone. Alors que nous reviendrons en profondeur sur ces règles dans la section 3.2.3 portant précisément sur cette question, notons pour le moment que cette exception s'explique par la nécessité de permettre aux Autochtones de prouver une occupation du territoire et des activités datant d'une époque ancienne où leur civilisation était essentiellement orale. Il est alors anachronique de leur faire grief de ne pas respecter la règle du oui-dire ou des règles préférant que les « titres de propriété » ou les « actes juridiques » étayant les revendications aient été constatés par écrit⁷⁸⁶. Ces règles de preuve reçues d'Angleterre et de France n'étaient évidemment pas en vigueur avant que ces pays colonisent ce qui est devenu le Canada.

Cette difficulté de preuve et cette exception à la règle du oui-dire ont été reconnues dans l'arrêt *Delgamuukw*. Le juge en chef Lamer écrit pour la majorité :

Une autre difficulté créée par les récits oraux est le fait qu'ils sont dans une large mesure constitués de déclarations extrajudiciaires, qui ont été transmises de façon ininterrompue jusqu'à nos jours, au fil des générations d'une nation autochtone. Ces déclarations extrajudiciaires sont admises pour leur véracité, et elles entrent donc en conflit avec la règle générale d'inadmissibilité du oui-dire⁷⁸⁷. [Notre soulignement]

Une exception à la règle du oui-dire est donc justifiée en la matière.

Cette absence d'écrits corroboratifs ne doit pas faire en sorte que les moyens de preuve oraux utilisés légalement par les Autochtones se voient privés de *valeur probante* par le juge du procès.

⁷⁸⁶ Voir notamment : C.c.Q., art. 2862.

⁷⁸⁷ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 53, par. 86 (le juge en chef Lamer pour la majorité). Voir aussi : *Simon c. La Reine*, préc., note 785, par. 44 (le juge en chef Dickson pour la Cour).

Le juge du procès doit se garder d'accorder peu ou pas de valeur probante à la preuve présentée par des Autochtones pour la seule raison qu'elle est constituée de témoignages qui font exception à la règle de la prohibition du ouï-dire. C'est ce qu'a affirmé le juge LeBel dans l'arrêt *Bande Kitkatla* :

Elle doit être appréciée avec sensibilité et dans la compréhension des traditions d'une civilisation qui est restée essentiellement orale avant et après les premiers contacts avec les Européens, lesquels ont apporté avec eux leur tradition de recourir à des documents juridiques et à des archives⁷⁸⁸. [Notre soulignement]

Dans la majorité des cas, le témoignage ordinaire qui, par exception à la règle du ouï-dire, rapporte les traditions orales et le témoignage d'expert sont les seuls moyens qui permettent d'apporter la preuve des faits historiques étayant ces revendications.

De plus, même si le juge du procès dispose d'une large latitude quant aux conclusions de fait⁷⁸⁹, le défaut de donner quelque valeur probante aux témoignages autochtones, par l'application de règles de preuve erronées quant à la crédibilité ou la fiabilité de principe de ces témoignages, sera sanctionnée par les tribunaux d'appels. Rejeter les témoignages sur la tradition orale reçus en exception à la prohibition du ouï-dire, pour des motifs liés à la fiabilité de ces témoignages en général, revient à priver de tout effet la reconnaissance de l'admissibilité de ce moyen de preuve.

Cette situation s'est produite dans l'affaire *Delgamuukw*, alors que le juge en chef de la Cour suprême de Colombie-Britannique a refusé d'accorder de la valeur probante aux récits oraux, notamment puisqu'ils mélangeaient la spiritualité et la vérité historique⁷⁹⁰. Après 374 jours d'enquête et d'audition en première instance,

⁷⁸⁸ *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, préc., note 14, par. 46 (le juge LeBel pour la Cour).

⁷⁸⁹ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 53, par. 78 (le juge en chef Lamer pour la majorité).

⁷⁹⁰ *Id.*, par. 96 (le juge en chef Lamer pour la majorité) :

Cependant, par la suite, le juge de première instance n'a donné à ces récits aucune valeur probante indépendante. Il a statué, à la p. 180, qu'ils étaient admissibles seulement à titre de [TRADUCTION] « preuve directe des faits en litige [. . .] pour les quelques cas où ils pourraient constituer la confirmation d'une présence ancienne dans le territoire ». Sa

un nouveau procès a été ordonné par la Cour suprême du Canada. Le juge en chef Lamer écrit pour la majorité :

Devant un tribunal qui adopterait une approche traditionnelle à l'égard des règles de preuve, un grand nombre des caractéristiques des récits oraux joueraient contre l'admissibilité de ces récits et la valeur probante qui doit leur être accordée en tant que preuve d'événements passés. [...] La difficulté que posent ces caractéristiques des récits oraux est qu'elles sont tangentielles à la finalité du processus de découverte des faits en première instance -- savoir la découverte de la vérité historique. [...]

Malgré les problèmes que crée l'utilisation des récits oraux comme preuve de faits historiques, le droit de la preuve doit être adapté afin que ce type de preuve puisse être placé sur un pied d'égalité avec les différents types d'éléments de preuve historique familiers aux tribunaux, le plus souvent des documents historiques⁷⁹¹. [Notre soulignement]

Bien que les récits oraux soient « tangentiels »⁷⁹² aux faits litigieux, c'est-à-dire qu'ils puissent faire état d'aspects mythologiques en plus de la réalité historique en litige, les tribunaux doivent leur accorder de la valeur probante.

Cette preuve apportée par les parties, comme dans toutes les autres matières, peut être convaincante ou ne pas l'être, comme l'a affirmé la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Mitchell*. Autrement dit, la preuve par ouï-dire pourra ne pas être fiable ou crédible dans les circonstances précises d'une affaire. Elle écrit pour la majorité :

La preuve à l'appui des revendications autochtones, comme la preuve produite dans n'importe quelle affaire, peut couvrir toute la gamme des forces probantes, de la preuve hautement convaincante à la preuve hautement contestable. Il faut encore établir le bien-fondé des revendications sur la base d'une preuve convaincante qui démontre leur validité selon la prépondérance des probabilités⁷⁹³. [Notre soulignement]

principale réserve était que l'adaawk et le kungax ne pouvaient pas servir « de preuve du détail de l'histoire ou encore de la propriété, de l'utilisation ou de l'occupation du territoire ». Je suis en désaccord avec certains des motifs qu'il a invoqués au soutien de cette conclusion.

⁷⁹¹ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 53, par. 86-87 (le juge en chef Lamer pour la majorité).

⁷⁹² *Id.*

⁷⁹³ *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 39 (la juge en chef McLachlin pour la majorité).

Il n'y a donc pas de véritable souplesse quant à la valeur probante, même si le juge doit avoir une attitude d'ouverture face aux récits oraux⁷⁹⁴. Il faut que le juge du procès n'ait pas de « préjugés » à l'encontre des moyens de preuve présentés par les Autochtones. La légalité de la preuve par oui-dire est reconnue en cette matière⁷⁹⁵, il faut donc qu'elle puisse être utile et qu'elle ne soit pas indument écartée au profit de la preuve d'expert qui s'appuie sur des récits écrits (notamment par les colonisateurs).

Évidemment, et probablement plus que dans d'autres types d'affaires, l'appréciation de faits qui remontent à plusieurs siècles n'est pas chose facile pour les tribunaux. Cela amène la doctrine à se poser des questions complexes quant à ce processus et à ses résultats concrets, lesquelles dépassent l'approche et l'objet de la présente thèse⁷⁹⁶.

En somme, il ne faut pas confondre les mises en garde formulées par la Cour suprême du Canada quant à la *valeur probante* à accorder aux moyens de preuve provenant des parties autochtones et la création d'une *norme de preuve* différente de la prépondérance des probabilités.

La norme de preuve de la prépondérance des probabilités est celle qui doit gouverner les conclusions sur ces faits. Dans l'arrêt *Bande Kitkatla*, le juge LeBel poursuit ainsi :

Néanmoins, ce type de preuve doit être évalué comme les autres. Les revendications doivent être établies selon la prépondérance des probabilités par une preuve convaincante (*Mitchell*, par. 39, le juge en chef McLachlin). « Des preuves éparses, incertaines et équivoques ne peuvent établir le bien-fondé d'une revendication . . . » (*Mitchell*, par. 51, le juge en chef McLachlin)⁷⁹⁷. [Notre soulignement]

⁷⁹⁴ Voir aussi : M. HOUDE, préc., note 180, p. 161.

⁷⁹⁵ Voir *infra*, section 3.2.3.

⁷⁹⁶ Pour de la doctrine plus réaliste (*new evidence scholarship*) sur la question de l'appréciation de la preuve dans le contentieux autochtone, voir : Marie HOUDE et Ghislain OTIS, « Les logiques de la rationalité judiciaire et le processus de la preuve dans le contentieux des droits des peuples autochtones: le cas des récits oraux », (2011) 41 *R.G.D.* 7. Cette question ne touche cependant pas les règles de preuve (*id.*, p. 12, note 7).

⁷⁹⁷ *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, préc., note 14, par. 46 (le juge LeBel pour la Cour).

Autrement dit, le juge du procès doit être convaincu que l'existence des faits historiques étayant une revendication autochtone est plus probable qu'improbable.

Néanmoins, certains passages jurisprudentiels utilisent les mots « norme de preuve » en contexte autochtone soit de manière malencontreuse, soit par erreur de traduction. Dans *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, le juge LeBel a référé, dans ses motifs concordants, au concept de norme de preuve alors qu'il décrit la pertinence de certains faits historiques. Il écrit :

La norme de preuve requise pour fonder une revendication doit donc refléter les modes d'occupation du territoire antérieurs à l'affirmation de la souveraineté britannique. Si la présence d'un groupe autochtone sur le territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté est à l'origine du titre aborigène et explique pourquoi le titre sous-jacent de la Couronne est grevé, alors les modes d'utilisation antérieurs à l'affirmation de la souveraineté deviennent fort pertinents à la question de l'occupation⁷⁹⁸.
[Noter soulignement]

La « norme de preuve » renvoie, dans le contexte de ce passage, à *ce qu'il faut prouver*, et non au *degré de preuve* requis.

De même, dans l'arrêt *Carrier Sekani*, l'expression « threshold » est traduite par : « La norme de preuve applicable, eu égard à la nécessité de préserver l'honneur de la Couronne, n'est pas stricte »⁷⁹⁹. « Threshold » renvoie à un seuil juridique à rencontrer, et non à un degré de preuve pour conclure à l'existence de faits. Si la juge McLachlin avait voulu parler de la norme de preuve, elle aurait employé les mots « standard of proof », ce qui n'est pas le cas.

En définitive, les faits du contentieux autochtone doivent être prouvés suivant la norme de preuve civile.

⁷⁹⁸ *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 137 (le juge LeBel pour le juge Fish, motifs concordants).

⁷⁹⁹ *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 R.C.S. 650, 2010 CSC 43, par. 40 (la juge en chef McLachlin pour la Cour).

Conclusion sur la norme de preuve en matière constitutionnelle

Dans tous les domaines du droit constitutionnel, chaque fait doit être prouvé à la prépondérance des probabilités. Cependant, il faut parfois prouver moins de faits, ou des faits plus facile à prouver, pour avoir gain de cause. C'est en définitive une variation des faits litigieux, du seuil juridique à rencontrer, du test à satisfaire, ou de la norme de contrôle, et non une variation de la norme de preuve ou du degré de preuve requis pour conclure à l'existence d'un fait.

Il s'agit, pour les tribunaux, de choisir quels faits il faut prouver, et si ces faits prouvés sont juridiquement satisfaisants, et non d'établir la qualité de la preuve requise pour en conclure à la véracité.

Nous convenons qu'il est parfois difficile de faire une preuve de phénomènes sociaux complexes, et que les tribunaux doivent tout de même juger dans les circonstances, de manière à garantir les droits constitutionnels. Toutefois, le minimum à exiger pour conclure judiciairement à l'existence d'un fait en matière constitutionnelle nous apparaît être que ce fait soit, à la lumière de la preuve, plus probable qu'improbable. La certitude mathématique, scientifique ou du droit criminel ou pénal n'est pas exigée.

En réalité, la vraie question habituellement en litige sera de déterminer *quels faits sont suffisants* pour conclure, par exemple, à une atteinte ou à une justification. Distinguer la question du choix des faits litigieux (droit constitutionnel substantiel) des règles encadrant leur preuve (droit de la preuve) permet, en plus d'être honnête intellectuellement, de donner des instructions claires pour les parties et les tribunaux d'instances inférieures aux prises avec des problèmes similaires.

Or, lorsque les valeurs en présence sont importantes, il pourra arriver, par exemple, que les tribunaux jugent que le simple *risque* de préjudice soit un fait à prouver qui justifiera une atteinte à un droit ou à une liberté. Autrement dit, les tribunaux ne concluent pas à l'existence d'un fait justificatif qui ne soit pas plus probable qu'improbable, ce qui serait un abaissement de la norme de preuve, mais

concluent plutôt que le *risque* de préjudice à une valeur importante est suffisant, sur le plan constitutionnel, pour justifier une atteinte, ce qui constitue une substitution de faits à prouver. Ces questions font partie des aspects normatifs du test de *Oakes*.

Il nous apparaîtrait curieux qu'il demeure des cas où il est impossible pour l'État de faire une preuve d'expert qui montrerait au moins que les faits justificatifs sont plus probables qu'improbables. Plus sérieusement, le véritable point en litige lors du test de *Oakes* nous semble de savoir si les faits prouvés sont suffisants pour justifier la mesure contestée. Encore une fois, il s'agit là d'une question normative ou juridique, et non d'une question de fait.

1.5 Le problème du fardeau de la preuve : la présomption de constitutionnalité

Tout comme la norme de preuve, le fardeau de la preuve en droit constitutionnel (la présomption de constitutionnalité) n'a pas de caractère exceptionnel au droit commun.

Il existe, dans chaque domaine de droit, une ou des conclusions judiciaires (ou dispositifs de jugement) par défaut qui s'appliqueront lorsqu'une partie n'aura pas rempli son fardeau de preuve. C'est une position juridique, probatoire et procédurale initiale.

Ce fardeau de preuve, généralement appelé « présomption » même si cette expression n'est pas techniquement exacte⁸⁰⁰, vise à protéger certains intérêts ou certaines valeurs jusqu'à ce que l'on prouve des faits faisant en sorte que d'autres valeurs doivent primer et être protégées par une autre conclusion judiciaire. En voici trois exemples.

D'abord, la présomption d'innocence protège l'intégrité physique des personnes et leur liberté, puisque ce sont ces valeurs qui doivent primer jusqu'à ce que l'on prouve qu'elles ont commis une infraction. Elle est notamment tempérée par la détention préventive.

Ensuite, en droit civil, la présomption d'absence d'obligation protège le droit de propriété ou de possession des personnes, puisque « [c]elui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention »⁸⁰¹. Ce principe est notamment tempéré par la saisie avant jugement⁸⁰² et l'injonction interlocutoire⁸⁰³.

⁸⁰⁰ Une présomption joue lorsqu'on prouve un fait A, et que le tribunal peut conclure à l'existence d'un fait B : D. PINARD, préc., note 32, 341 ; C.c.Q., art. 2846. Lorsqu'il s'agit d'un fardeau, nul besoin de prouver un fait A pour que la conclusion par défaut B s'applique.

⁸⁰¹ C.c.Q., art. 2803 al. 1.

⁸⁰² C.p.c., art. 516.

⁸⁰³ C.p.c., art. 510.

Finalement, en matière constitutionnelle, le Parlement est traditionnellement souverain et sa loi est valide, applicable, opérante et exécutoire jusqu'à ce que quelqu'un établisse les faits pouvant conduire un tribunal à la déclarer inconstitutionnelle. La présomption de constitutionnalité protège la compétence du Parlement de légiférer, et permet à la volonté des élus du peuple de produire des effets jusqu'à ce qu'une conclusion judiciaire contraire intervienne⁸⁰⁴. Ce principe est tempéré par le sursis constitutionnel⁸⁰⁵.

Ces fardeaux comportent donc un aspect probatoire et un aspect procédural. La partie qui le porte doit prouver des faits pour le « renverser », et c'est normalement au terme d'un procès au fond qu'une conclusion judiciaire bouleversera la position juridique initiale. Il y a néanmoins des cas où on pourra obtenir des décisions ou des ordonnances temporaires, en cours d'instance, qui tempéreront ces principes.

Ainsi, la présomption de constitutionnalité renvoie à trois règles principales : (1) une règle d'interprétation, (2) une règle de procédure et (3) une règle de preuve. Toutes trois dériveraient du principe que les choses sont présumées avoir été faites régulièrement (*omnia praesumuntur solemniter esse acta*)⁸⁰⁶.

D'abord, entre deux interprétations possibles, il faut choisir celle qui protège la constitutionnalité de la loi⁸⁰⁷. Cette règle s'applique tant dans la détermination du caractère véritable d'une loi qu'à l'étape de choisir une interprétation atténuée ou élargie d'une disposition contestée⁸⁰⁸. Ce n'est donc pas une règle de preuve, mais une règle d'interprétation ou de droit constitutionnel substantiel.

Ensuite, c'est au terme d'une instance et après un procès au fond que l'inconstitutionnalité d'une disposition peut être déclarée. La loi est exécutoire jusqu'à ce moment. Néanmoins, une partie peut demander une ordonnance de

⁸⁰⁴ D. PINARD, préc., note 32, 342.

⁸⁰⁵ Voir par ex. : *Hak c. Procureure générale du Québec*, 2019 QCCA 2145.

⁸⁰⁶ J. E. MAGNET, préc., note 578, 96.

⁸⁰⁷ Mélanie SAMSON, « L'interprétation en droit constitutionnel », dans Stéphane BEAULAC et Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *JurisClasseur Québec Droit public - Droit constitutionnel*, fasc. 2, par. 18 ; J. E. MAGNET, préc., note 578, 116 et suiv.

⁸⁰⁸ D. PINARD, préc., note 32, 341.

sursis constitutionnel, qui sera décidée selon les critères de l'injonction interlocutoire : une question sérieuse à juger⁸⁰⁹, un préjudice irréparable et la balance des inconvénients⁸¹⁰.

Sur ce dernier point, la loi est présumée être adoptée à l'avantage du public⁸¹¹. Dans l'ordonnance *Harper*, alors qu'une loi électorale était contestée et que la Cour suprême devait décider de son application à une élection qui allait survenir durant l'instance, la majorité a insisté sur la présomption d'intérêt public existant à ce stade procédural. Elle écrit :

La présomption que l'intérêt public demande l'application de la loi joue un grand rôle. Les tribunaux n'ordonneront pas à la légère que les lois que le Parlement ou une législature a dûment adoptées pour le bien du public soient inopérantes avant d'avoir fait l'objet d'un examen constitutionnel complet qui se révèle toujours complexe et difficile. Il s'ensuit que les injonctions interlocutoires interdisant l'application d'une mesure législative dont on conteste la constitutionnalité ne seront délivrées que dans les cas manifestes⁸¹². [Notre soulignement]

Il ne s'agit pas véritablement d'une règle de preuve, mais d'une règle procédurale protégeant le pouvoir législatif des parlements.

Finalement, la preuve des faits qui remettent en doute la compétence législative du Parlement qui a édicté une disposition doit être faite par celui qui la conteste⁸¹³. De même, c'est à la partie qui allègue une atteinte aux droits et libertés d'en prouver les faits générateurs⁸¹⁴. Cependant, c'est au défendeur en inconstitutionnalité de prouver qu'une atteinte est justifiée au sens de l'article premier⁸¹⁵. Si on en croit

⁸⁰⁹ Ce critère a été précisé dans l'arrêt *R. c. Société Radio-Canada*, [2018] 1 R.C.S. 196, 2018 CSC 5, pour signifier la « forte apparence de droit » lorsque l'injonction interlocutoire demandée est mandatoire.

⁸¹⁰ *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 764, par. 4 (la juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et Lebel). Voir aussi : C.p.c., art. 511.

⁸¹¹ *Id.*, par. 9 (la juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et Lebel) ; H. JEAN et G. LAPORTE, préc., note 57, par. 202.

⁸¹² *Id.*, par. 9 (la juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et Lebel).

⁸¹³ M. SAMSON, préc., note 807, par. 18 ; J. E. MAGNET, préc., note 578, 105 et suiv.

⁸¹⁴ H. JEAN et G. LAPORTE, préc., note 57, par. 193 ; *R. c. Collins*, préc., note 532, 277 (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la majorité).

⁸¹⁵ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 160.

l'arrêt *Carter*, ce fardeau appartient à l'État même si les tribunaux ont déjà conclu dans une décision antérieure qu'une atteinte était justifiée⁸¹⁶.

Ainsi en est-il en matière autochtone, où le droit revendiqué doit être prouvé par celui qui l'invoque, mais où il appartient à l'État de prouver les faits pouvant démontrer la justification d'une atteinte à ce droit⁸¹⁷. L'État a également le fardeau de prouver, le cas échéant, qu'un droit autochtone a été éteint⁸¹⁸.

Il s'agit de la véritable règle de preuve découlant de la présomption de constitutionnalité, et donc du fardeau applicable dans les affaires constitutionnelles. Cette répartition du fardeau vise à protéger les valeurs propres à l'architecture constitutionnelle du Canada, qui sépare le pouvoir entre les différents parlements et les tribunaux.

Chaque domaine de droit répartit les fardeaux de preuve en fonction des valeurs qui l'habitent, et le droit constitutionnel ne bénéficie donc pas d'une souplesse particulière en la matière.

Malgré tout, il est intéressant de remarquer que le fardeau de la preuve en droit constitutionnel ressemble à celui applicable en matière civile au Québec. Le Code civil du Québec édicte :

2803. Celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention.

Celui qui prétend qu'un droit est nul, a été modifié ou est éteint doit prouver les faits sur lesquels sa prétention est fondée.

Certains articles de la *Charte* peuvent néanmoins répartir les fardeaux un peu plus précisément. Dans l'arrêt *R. c. Collins*, préc., note 532, 278 (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la majorité), il a été décidé que le fardeau de prouver qu'une fouille n'est pas abusive suivant l'article 8 de la *Charte* appartient à l'État.

Pendant longtemps, il existait une forme de justification « intrinsèque » au sein même de l'évaluation de l'atteinte à l'article 7, qui reposait donc sur les épaules du demandeur en inconstitutionnalité. Cette situation a été corrigée par l'arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 19, par. 80 (*per curiam*), et la justification est désormais évaluée sous l'article premier, le fardeau appartenant à l'État.

⁸¹⁶ *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 19, par. 5 et 94 (*per curiam*). *Contra* : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 160.

⁸¹⁷ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1120-1121 (le juge en chef Dickson et le juge La Forest pour la Cour).

⁸¹⁸ *Id.*, 1099 (le juge en chef Dickson et le juge La Forest pour la Cour).

Celui qui veut faire valoir un droit constitutionnel doit en prouver les faits générateurs, et celui qui veut limiter ce droit doit prouver les faits justifiant cette limitation.

Conclusion du titre 1

Malgré sa nature particulière de « droit au-dessus des autres » servant à contrôler l'action parlementaire ou gouvernementale, le droit constitutionnel entretient un rapport aux faits similaire à celui des autres domaines de droit. Les concepts juridiques encadrant *ce qu'il faut établir* opèrent suivant les mêmes paramètres qu'en droit infraconstitutionnel.

Dans la section 1.1, nous avons vu que le litige constitutionnel suit, en principe, les *voies procédurales* habituelles des litiges ordinaires auxquels il se greffe. Même si des différences procédurales peuvent s'appliquer à lui, par exemple en ce qui concerne l'intérêt pour agir en matière civile⁸¹⁹ ou les droits d'appel en matière criminelle⁸²⁰, il est gouverné par le droit de la preuve qui régit le fond du litige ou le véhicule procédural qu'il emprunte. Les faits pertinents pour adjuger la demande principale, s'il y a lieu, sont également pertinents et nécessaires à l'adjudication constitutionnelle.

Au passage, nous avons démontré la filiation anglo-saxonne du régime de preuve québécois. L'opposition entre le droit civil et la common law à titre de droit commun de la preuve n'est pas frontale. Bien des domaines du droit de la preuve sont, tant en matière civile que criminelle et pénale, régis par un « fond » conceptuel et normatif commun. À notre avis, la jurisprudence et la doctrine doivent revenir aux sources de common law des règles de preuve ou de procédure codifiées, puisqu'il est impossible d'appliquer avec cohérence et constance ces règles de preuve issues de la common law sans comprendre leur esprit.

⁸¹⁹ *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, préc., note 310 ; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 R.C.S. 623, 2013 CSC 14, par. 41 et suiv. (la juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis pour la majorité). Cela est d'ailleurs maintenant codifié : C.p.c., art. 85 al. 2.

⁸²⁰ *R. c. Laba*, préc., note 325.

Dans la section 1.2, nous avons vu qu'une évolution juridique historique a conduit à l'*admissibilité généralisée des faits* en matière constitutionnelle. Antérieurement largement centré sur des considérations normatives ou interprétatives liées aux lois contestées et aux lois hiérarchiquement supérieures, le contentieux constitutionnel fait maintenant appel à une pléthore de faits et de preuves⁸²¹. Ces faits en litige ou ces faits pertinents varient suivant le domaine du droit constitutionnel et les dispositions ou doctrines devant être interprétées et appliquées par le tribunal.

Si on en dessine un portrait à gros traits, la pertinence des faits en matière de droits et libertés est large et vise souvent des faits contemporains. La pertinence en matière de partage des compétences est davantage circonscrite et est déterminée suivant les dispositions ou doctrines constitutionnelles invoquées, et tant les faits historiques que contemporains peuvent être mobilisés. En droit des institutions, les faits historiques sont incontournables, même si certaines questions appellent les faits plus contemporains.

L'arrivée des faits législatifs en droit canadien est le corollaire d'un élargissement du pouvoir judiciaire d'interprétation constitutionnelle, lequel se dissimule parfois derrière ce qui est présenté comme un simple constat de faits objectifs⁸²².

Même lorsqu'il s'agit de la preuve des intentions historiques, la panoplie de propos contradictoires des acteurs de l'époque crée un choix entre les intentions divergentes des députés, ainsi que des points d'ancrage pour des interprétations qui sortent du texte et du contexte juridique tiré des lois connexes, de la jurisprudence et de la common law. Lorsqu'on ajoute à cette recette la preuve des faits contemporains, la marge de manœuvre est décuplée.

Cela ne veut toutefois pas dire, comme nous l'avons vu dans la section 1.3, que la *règle de la pertinence* en droit de la preuve s'applique différemment en matière constitutionnelle. Les faits pertinents varient suivant le domaine et les questions

⁸²¹ J. E. MAGNET, préc., note 578, 90.

⁸²² D. PINARD, préc., note 32, 392 ; C. I. KYER, préc., note 54, 157.

soulevées, mais la règle de la pertinence s'applique de la même manière que dans les litiges ordinaires de façon à ce que l'enquête soit limitée à ce qui est nécessaire pour trancher la question soulevée.

Cette règle de la pertinence protège l'accès à la justice⁸²³. La règle de la pertinence évite que les procès constitutionnels se transforment en véritables commissions d'enquête sur une problématique sociale, comme on le voit trop souvent⁸²⁴.

Il y a aussi des cas où la preuve n'est tout simplement pas nécessaire, parce que l'effet des dispositions contestées est évident ou parce qu'il s'agit d'une incompatibilité strictement normative, sans égard aux faits particuliers⁸²⁵. Dans ces cas, la preuve n'a qu'une fonction rhétorique et inutile⁸²⁶.

Certes, il faut laisser aux parties le soin de faire enquête lors des étapes préalables de l'instance et le droit de présenter leur preuve. Il faut donc, selon nous trouver un équilibre autour d'une application généreuse de la règle. Le tribunal doit être conscient qu'il prépare un dossier de preuve pour un éventuel appel sur une question sociale complexe et fondamentale, ce qui appelle à une preuve extensive,

⁸²³ Frédéric BACHAND, « Les principes généraux de la justice civile et le nouveau *Code de procédure civile* », (2015) 61 (2) *R. d. McGill* 447, par. 10.

⁸²⁴ *Supra*, p.131 ; A. YOUNG, préc., note 520, p. 14-15.

⁸²⁵ A. N. YOUNG, préc., note 200, 630.

⁸²⁶ Voir par ex. : *Desrochers c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 311, où la Cour supérieure a conclu (par. 36) que le demandeur d'un sursis constitutionnel du couvre-feu au Québec durant la pandémie de COVID-19 n'avait pas prouvé son préjudice sérieux et irréparable : « La démonstration du préjudice ne peut trouver son fondement sur de simples hypothèses ou suppositions non appuyées ». Le demandeur ne s'appuyait pourtant pas sur des hypothèses, et avait établi un préjudice évident et une violation de ses droits constitutionnels découlant de l'interdiction de sortir après 20h00. C'est seulement à l'étape de la mise en balance des inconvénients (test du sursis constitutionnel/injonction interlocutoire), ou de la justification (test de l'article premier de la *Charte*), que ce préjudice, sur le plan normatif, doit céder le pas à l'objectif de préserver la capacité du système de santé de soigner les malades, et donc au droit constitutionnel à la vie, à la sécurité et à la protection contre les traitements cruels ou inusités. Autrement dit, il ne faut pas transformer des questions de droit en questions de fait appelant une preuve coûteuse et inutile.

mais qu'il y a tout de même des faits pertinents qu'il faut identifier⁸²⁷, ce qui est primordial lorsqu'il s'agit d'autoriser des expertises coûteuses.

La section 1.4 a démontré que la nature scientifique, économique, sociale ou historique des faits sociaux et législatifs mobilisés en matière constitutionnelle n'a pas conduit à l'adoption d'une *norme de preuve* différente. La norme civile de la prépondérance des probabilités régit les contentieux du partage des compétences, du droit des institutions, des droits et libertés et autochtone, conformément à la règle de principe voulant qu'il n'y ait qu'une norme de preuve dans les domaines où la norme de la preuve hors de toute raisonnable est inapplicable⁸²⁸. Il n'y a pas d'allègement de la norme de preuve dans certains domaines du droit constitutionnel, même si les tests juridiques à satisfaire sont parfois allégés pour ne pas exiger une preuve impossible ou trop difficile à faire de la part de l'État ou du défendeur en inconstitutionnalité.

C'est en définitive une variation des faits litigieux, du seuil juridique à rencontrer, du test à satisfaire, ou de la norme de contrôle, et non une variation de la norme de preuve ou du degré de preuve requis pour conclure à l'existence d'un fait. Il s'agit, pour les tribunaux, de choisir quels faits il faut prouver, et si ces faits prouvés sont juridiquement satisfaisants, et non d'établir la qualité de la preuve requise pour en conclure à la véracité.

Nous convenons qu'il est parfois difficile de faire une preuve de phénomènes sociaux complexes, et que les tribunaux doivent tout de même juger dans les circonstances, de manière à garantir les droits constitutionnels. Toutefois, le minimum à exiger pour conclure judiciairement à l'existence d'un fait en matière constitutionnelle nous apparaît être que ce fait soit, à la lumière de la preuve, plus probable qu'improbable. La certitude mathématique, scientifique ou du droit criminel ou pénal n'est pas exigée.

⁸²⁷ Voir aussi : C.p.c., art. 158 par. 1 : « [...] le tribunal peut, à titre de mesures de gestion, prendre, d'office ou sur demande, [...] des mesures propres à simplifier ou à accélérer la procédure et à abrégé l'instruction, en se prononçant notamment sur l'opportunité de [...] préciser les questions en litige [...] ».

⁸²⁸ *F.H. c. McDougall*, préc., note 721, par. 40 (le juge Rothstein pour la Cour).

En réalité, la vraie question habituellement en litige sera de déterminer *quels faits sont suffisants* pour conclure, par exemple, à une atteinte ou à une justification. Distinguer la question du choix des faits litigieux (droit constitutionnel substantiel) des règles encadrant leur preuve (droit de la preuve) permet, en plus d'être honnête intellectuellement, de donner des instructions claires pour les parties et les tribunaux d'instances inférieures aux prises avec des problèmes similaires.

Or, lorsque les valeurs en présence sont importantes, il pourra arriver, par exemple, que les tribunaux jugent que le simple *risque* de préjudice soit un fait à prouver qui justifiera une atteinte à un droit ou à une liberté. Autrement dit, les tribunaux ne concluent pas à l'existence d'un fait justificatif qui ne soit pas plus probable qu'improbable, ce qui serait un abaissement de la norme de preuve, mais concluent plutôt que le *risque* de préjudice à une valeur importante est suffisant, sur le plan constitutionnel, pour justifier une atteinte, ce qui constitue une substitution de faits à prouver. Ces questions font partie des aspects normatifs du test de *Oakes*.

Il nous apparaîtrait curieux qu'il demeure des cas où il est impossible pour l'État de faire une preuve d'expert qui montrerait au moins que les faits justificatifs sont plus probables qu'improbables. Plus sérieusement, le véritable point en litige lors du test de *Oakes* nous semble de savoir si les faits prouvés sont suffisants pour justifier la mesure contestée. Encore une fois, il s'agit là d'une question normative ou juridique, et non d'une question de fait.

La section 1.5, quant à elle, a établi que la situation du fardeau de la preuve en matière constitutionnelle, la présomption de constitutionnalité, n'était pas différente de celle des autres domaines de droit. Comme les autres fardeaux, elle vise à protéger certaines valeurs propres à ce domaine de droit substantiel.

Ainsi, parmi les différentes règles de preuve que nous avons identifiées dans la problématique⁸²⁹, les règles de la pertinence, de la norme de preuve et du fardeau de la preuve ne font pas l'objet de souplesse en matière constitutionnelle.

⁸²⁹ *Supra*, p. 20.

2 L'objet de la preuve et les variations de la connaissance d'office en matière constitutionnelle

Afin de démontrer l'application des règles ordinaires de preuve dans les instances constitutionnelles, nous avons, jusqu'ici, traité d'éléments se rapportant à la nature des faits à établir dans ces instances.

Le cœur du problème de la souplesse du droit de la preuve en matière constitutionnelle touche toutefois l'établissement judiciaire de ces faits.

Pour reprendre la formule de la juge en chef McLachlin : « Le droit de la preuve reconnaît deux modes d'établissement des faits au procès. Le premier est la preuve. Le second est la connaissance d'office »⁸³⁰. Ainsi, les faits *contestés et reconnus* au terme du processus judiciaire tirent nécessairement leurs sources de l'un de ces deux modes, lesquels fonctionnent, en quelque sorte, comme des vases communicants : un fait en litige doit être prouvé s'il n'est pas connu d'office, et un fait connu d'office n'a pas à être prouvé⁸³¹. Dans une décision de justice, les faits proviendront donc nécessairement de la preuve en bonne et due forme ou de la connaissance d'office, selon le cas⁸³².

Par ailleurs, les faits peuvent aussi être *admis* par les parties, bien que cette possibilité soit un peu plus limitée en matière constitutionnelle pour des raisons d'intérêt public. Dans l'arrêt *MacKay*, une affaire sur la liberté d'expression en contexte électoral, le juge Cory écrit :

Les affaires relatives à la *Charte* porteront fréquemment sur des concepts et des principes d'une importance fondamentale pour la société canadienne. Par exemple, les tribunaux seront appelés à examiner des questions relatives à la liberté de religion, à la liberté d'expression et au

⁸³⁰ *R. c. Williams*, préc., note 32, par. 54 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la Cour). Voir aussi : C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 23 ; Wayne N. RENKE, « *Vriend v. Alberta: Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice* », (1996) 34 *Alberta Law Review* 925, 926.

⁸³¹ C.c.Q., art. 2806. Voir aussi : D. M. PACIOCCO, préc., note 27, à la page 44.

⁸³² *Collins v. Cunningham And Cunningham v. Drysdale* [1892] 21 S.C.R. 139, 148-149 (le juge Strong pour la Cour).

droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Les décisions sur ces questions doivent être soigneusement pesées car elles auront des incidences profondes sur la vie des Canadiens et de tous les résidents du Canada. Compte tenu de l'importance et des répercussions que ces décisions peuvent avoir à l'avenir, les tribunaux sont tout à fait en droit de s'attendre et même d'exiger que l'on prépare et présente soigneusement un fondement factuel dans la plupart des affaires relatives à la Charte⁸³³.
[Notre soulignement]

Les parties ne peuvent donc pas, en principe, s'entendre pour ne pas produire un dossier de preuve. Même si elles peuvent coopérer dans l'établissement des faits durant l'instance, par exemple par des admissions détaillées ou un exposé conjoint des faits⁸³⁴, les parties doivent produire des éléments de preuve ou des sources fiables quant aux points factuels décisifs.

Ce second titre est consacré à l'évolution des règles sur la connaissance d'office, tandis que le troisième portera sur les véritables moyens de preuve (par ex. : témoignages et preuve documentaire).

Notons que les règles sur la connaissance d'office font partie du domaine du droit de la preuve, même si les faits utilisés ou les documents déposés sous son empire ne sont pas de la preuve.

Certes, ce point de vue ne fait pas l'unanimité. Par exemple, le professeur américain Thayer voyait la connaissance d'office comme une matière relevant des domaines de droit substantiel plutôt que du droit de la preuve⁸³⁵. Il s'agissait, pour Thayer, d'une partie du droit relatif à la fonction ou au raisonnement judiciaire, qui incluait aussi, notamment, les plaidoiries, l'interprétation des mots et des écrits, et

⁸³³ *MacKay c. Manitoba*, préc., note 14, 361 (le juge Cory pour la Cour). Voir aussi : *Danson c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 14, 1099 (le juge Sopinka pour la Cour) ; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, 695 (le juge en chef Lamer pour la majorité) ; *R. c. Mills*, préc., note 14, par. 38 (les juges McLachlin et Iacobucci pour la majorité).

⁸³⁴ *R. c. Malmø-Levine*; *R. c. Caine*, préc., note 280, par. 27 (les juges Gonthier et Binnie pour la majorité).

⁸³⁵ J. B. THAYER, préc., note 172, 287-288 ; D. PINARD, préc., note 71, 91.

la procédure régissant les procès⁸³⁶. Cette conception va à l'encontre de la structure des sources formelles du droit canadien et de la doctrine canadienne.

Au Canada, les développements sur la connaissance d'office sont réalisés dans les grands traités de droit de la preuve⁸³⁷. Les aménagements ou codifications des règles de *common law* en la matière sont effectués, entre autres, dans la *Loi sur la preuve au Canada*⁸³⁸ et le livre *De la preuve* du *Code civil du Québec*⁸³⁹. La juge en chef McLachlin a aussi rattaché la connaissance d'office au droit de la preuve⁸⁴⁰.

C'est ainsi que, lorsque les juges ou les auteurs réfèrent à la souplesse ou à la rigidité du droit de la preuve en matière constitutionnelle, ils réfèrent notamment à la répartition de l'établissement des faits entre la connaissance d'office et la preuve⁸⁴¹.

La connaissance d'office est un sujet haut en couleur, qui interpelle les fondements du raisonnement judiciaire et qui touche aux rôles, aux pouvoirs et aux droits des différents acteurs du système juridique du pays, que ce soient les parties, les juges, les jurés, les juges d'appel et les différents parlements. La professeure Elizabeth Judge résume ainsi ces problèmes :

Judicial notice is an especially vexing topic because it goes to the heart of the epistemological inquiry of the adversarial process and the nature of the judicial function. Judicial notice implicates the allocation of responsibilities for fact finding between the parties and the court, between the judge and the jury, between the court of first instance and the appellate bodies, and between the courts and the legislature; how fact finders engage in ordinary reasoning processes to decide what a fact is; the distinction between

⁸³⁶ J. B. THAYER, préc., note 172, 287. De même, le professeur Roberts excluait aussi du « véritable » droit de la preuve les présomptions, les fardeaux et les règles liées aux aveux (confessions) et à la preuve obtenue illégalement : Ernie F. ROBERTS, « Preliminary Notes Toward a Study of Judicial Notice », (1967) 52 *Cornell Law Quarterly* 210, 211; D. PINARD, préc., note 71, 91.

⁸³⁷ Voir par ex. : S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 19.16 et suiv.; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 139 et suiv.; D. M. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 1, p. 506 et suiv.; L. DUCHARME, préc., note 89, p. 31 et suiv.

⁸³⁸ *Loi sur la preuve au Canada*, art. 17-18.

⁸³⁹ *Code civil du Québec*, art. 2806 et suiv.

⁸⁴⁰ *R. c. Williams*, préc., note 32, par. 54 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la Cour), cité *supra*, p. 207.

⁸⁴¹ Voir notamment : B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 274 ; P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-13.

adjudicative and legislative facts and their respective roles; and due process concerns for one or both parties⁸⁴².

On peut ajouter à cette liste les problèmes suivants : celui de la contradiction des faits connus d'office par la preuve⁸⁴³, celui du rapport entre la connaissance d'office et les présomptions de fait (preuve circonstancielle ou inférence de fait)⁸⁴⁴ ou les présomptions irréfragables⁸⁴⁵, et celui de la différence ou de la similitude entre la connaissance d'office des faits et l'expérience de la vie nécessaire à l'appréciation de la preuve⁸⁴⁶.

Il faudra ici éviter le piège qui consiste à s'attarder en profondeur à chacun de ces enjeux, pourtant lourds de conséquences. Ces enjeux dépassent largement les litiges constitutionnels. Il s'agit ici de rester centré sur la question de l'étendue de l'utilisation de la connaissance d'office des faits en matière constitutionnelle.

Avant de démontrer l'application des règles ordinaires sur les moyens de preuve en matière constitutionnelle (titre 3), nous analyserons donc la « souplesse » dans l'étendue de la connaissance d'office en matière constitutionnelle et ce, encore une fois, dans une perspective historique. Les règles relatives à la connaissance d'office sont les mêmes tant en matière constitutionnelle que dans les autres domaines.

Il faut d'abord distinguer la connaissance d'office des faits et la connaissance d'office du droit (2.1). Comme le résume le professeur Léo Ducharme : « En

⁸⁴² E. F. JUDGE, préc., note 766, à la p. 327.

⁸⁴³ *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, préc., note 751, par. 57 (le juge Binnie pour la Cour) ; *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 55 (le juge Binnie pour la Cour) ; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, 749 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka, motifs majoritaires) ; *Baie-Comeau (Ville de) c. D'Astous*, [1992] R.J.Q. 1483, EYB 1992-64039 (C.A.), par. 10 (le juge Gendreau pour la Cour) ; J. H. WIGMORE, préc., note 172, p. 3601, § 2567 ; J. B. THAYER, préc., note 172, 309-310 ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 145 ; D. PINARD, préc., note 71, 124 ; S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 19.60.

⁸⁴⁴ *Baie-Comeau (Ville de) c. D'Astous*, préc., note 843, par. 10 (le juge Gendreau pour la Cour) ; *Commonwealth Shipping Representative v. Peninsular & Oriental Branch Service*, [1923] A.C. 191, [1922] All E.R. 207 (H. L.) ; S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 19.58.

⁸⁴⁵ *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 55 (le juge Binnie pour la Cour) ; J. H. WIGMORE, préc., note 172, p. 3601, § 2567.

⁸⁴⁶ *Supra*, note 766.

principe, le tribunal connaît le droit, mais il ignore les faits »⁸⁴⁷. Il sera alors l'occasion de préciser que les faits législatifs ou constitutionnels ne sont pas gouvernés par la connaissance d'office du droit, malgré ce que certains juges ou auteurs ont pu suggérer.

Le régime traditionnel de droit commun de la connaissance d'office des faits sera ensuite exploré, afin de démontrer que la Cour suprême du Canada et le Comité judiciaire du Conseil privé britannique utilisaient la connaissance d'office de manière exceptionnelle en matière de droit constitutionnel canadien (2.2).

Puis, le changement de régime apporté en 1982 a conduit à une période d'assouplissement des règles de la connaissance d'office des faits (2.3), mais la connaissance d'office est maintenant encadrée par un régime unique s'appliquant tant en matière constitutionnelle que dans les autres domaines (2.4).

En somme, si la connaissance d'office a subi des variations entre les époques et même entre les différents arrêts, les affaires constitutionnelles ont connu, dans les années 1980 et 1990, une libéralisation marquée. Les arrêts récents de la Cour suprême du Canada ont eu pour effet d'unifier le régime de la connaissance d'office et de restreindre l'utilisation de cette voie d'établissement des faits en matière constitutionnelle au profit de la preuve.

⁸⁴⁷ L. DUCHARME, préc., note 89, par. 45.

2.1 Le champ d'application limité de la connaissance d'office du droit

La connaissance d'office du droit n'a lieu que par l'effet de règles législatives ou de la common law qui la prévoient. Ces règles permettent de recevoir sans preuve les textes étant des sources formelles du droit interne, international, étranger ou comparé. Cette connaissance d'office des sources formelles du droit connaît une ouverture croissante qui touche tant les matières constitutionnelles qu'ordinaires.

Il faut néanmoins distinguer la connaissance d'office des sources formelles du droit interne ou international (2.1.1) du droit étranger ou comparé (2.1.2). Les textes liés au processus législatif, quant à eux, ne sont pas couverts par la connaissance d'office du droit (2.1.3).

2.1.1 Les textes qui sont des sources formelles du droit interne ou international

En common law, la connaissance d'office du droit interne, et donc des textes normatifs, n'est pas illimitée. Elle vise la common law elle-même et toutes les règles prétorienne, les lois publiques⁸⁴⁸ (par opposition aux lois privées) et les textes doctrinaux⁸⁴⁹. Traditionnellement, les textes réglementaires⁸⁵⁰, les lois privées et les traités internationaux⁸⁵¹ ne sont donc pas connus d'office en common law. Il fallait donc les prouver, ce qui signifiait que le « droit » (les textes normatifs) pouvait être, dans ces cas limités, un objet de preuve.

Tant le Parlement fédéral que le Parlement du Québec ont modifié la common law afin d'étendre la connaissance d'office du droit.

⁸⁴⁸ *The Queen v. Smith* [1883] 10 S.C.R. 1, 72 (le juge Fournier) ; *Matthew v. Guardian Assurance Co.*, [1918] 58 S.C.R. 47, 49 (le juge en chef Davies).

⁸⁴⁹ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 93 ; J. H. WIGMORE, préc., note 172, p. 3607, § 2572.

⁸⁵⁰ Dans une affaire civile en provenance du Québec, le juge Estey a refusé de prendre connaissance d'office d'un règlement en matière maritime : *Patterson SS Ltd. v. Aluminum Co. of Can.*, [1951] S.C.R. 852, 868 (le juge Estey). Cependant, la Cour suprême du Canada a déjà reconnu qu'un décret adopté en vertu d'une loi impériale était connu d'office : *The Ship Minnie v. The Queen*, [1894] 23 S.C.R. 478, 483 (le juge en chef Strong pour la Cour).

⁸⁵¹ *Gouvernement de la République Démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997, 1008-1009 (le juge Ritchie pour la majorité).

En matière civile québécoise, la connaissance d'office couvre l'entièreté du droit interne québécois, en plus de comprendre le droit international conventionnel et coutumier. Cela inclut notamment les lois québécoises, fédérales et impériales (y compris les lois constitutionnelles), le droit prétorien et la législation déléguée. L'article 2807 du *Code civil du Québec* édicte :

2807. Le tribunal doit prendre connaissance d'office du droit en vigueur au Québec.

Doivent cependant être allégués les textes d'application des lois en vigueur au Québec, qui ne sont pas publiés à la *Gazette officielle du Québec* ou d'une autre manière prévue par la loi, les traités et accords internationaux s'appliquant au Québec qui ne sont pas intégrés dans un texte de loi, ainsi que le droit international coutumier.

Les textes non publiés et le droit international font cependant l'objet d'une règle exigeant qu'ils soient allégués dans les actes de procédure. Ils ne doivent toutefois pas être prouvés.

La connaissance d'office du droit interne québécois s'étend aux règles qui ont cessé d'être en vigueur ou ont été modifiées. Le professeur Léo Ducharme écrit :

De plus, même si l'article 2807 C.c.Q. s'exprime au présent en se référant au droit en vigueur au Québec, il va de soi que la connaissance d'office s'étend également à toute loi qui, à un moment quelconque de notre histoire, s'est appliquée sur le territoire du Québec. C'est ainsi que nos tribunaux pourront être appelés à prendre connaissance d'office de l'ancien droit français dans la mesure où ce droit forme partie de notre patrimoine juridique. Il en va de même du droit anglais qui s'est appliqué ici par suite de la conquête⁸⁵².

Certaines incertitudes subsistent quant à la faculté des tribunaux de prendre connaissance d'office des textes municipaux ou des faits établissant un usage ou une coutume de portée juridique⁸⁵³.

⁸⁵² L. DUCHARME, préc., note 89, par. 48.

⁸⁵³ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 103 et 110 ; L. DUCHARME, préc., note 89, par. 56 et 57. Quoique le récent arrêt *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, préc., note 163, rendu à propos du droit international coutumier démontre que les faits générateurs de coutume font partie de la connaissance d'office du droit interne.

Dans les matières fédérales (y compris criminelles), la *Loi sur la preuve au Canada* a aussi étendu la connaissance d'office du droit interne, mais d'une manière moins générale que le *Code civil du Québec*.

Les lois impériales et provinciales sont connues d'office, qu'elles aient été édictées avant ou après l'union des colonies de l'Amérique du Nord britannique en 1867. L'article 17 de la *Loi sur la preuve au Canada* édicte :

17 Sont admises d'office les lois du Parlement impérial, les ordonnances rendues par le gouverneur en conseil ou par le lieutenant-gouverneur en conseil de toute province ou colonie qui fait, ou dont une partie fait, ou pourra faire, partie du Canada, et les lois de la législature d'une telle province ou colonie, qu'elles aient été édictées avant ou après la sanction de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁵⁴.

Cela signifie que les lois constitutionnelles édictées pour le Canada par le Parlement impérial britannique sont connues d'office.

Les lois fédérales publiques et privées sont également connues d'office⁸⁵⁵, mais les textes réglementaires non publiés, de même que les textes réglementaires provinciaux ou municipaux, ne le sont pas⁸⁵⁶. Comme les traités internationaux, ils doivent être prouvés par les procédures prévues aux articles 19 et suivants de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Le droit international coutumier est, quant à lui, connu d'office en vertu de la common law. Dans une affaire concernant la responsabilité civile d'une entreprise pour violation du droit international coutumier, la juge Abella écrit :

Contrairement au droit étranger dans la jurisprudence portant sur le conflit de lois, par conséquent, qui est une question de fait exigeant une preuve, les normes établies en droit international coutumier sont du droit, et doivent faire l'objet d'une connaissance d'office⁸⁵⁷ [...].

⁸⁵⁴ *Loi sur la preuve au Canada*, art. 17.

⁸⁵⁵ *Id.*, art. 18.

⁸⁵⁶ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 94 et suiv. ; S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 19.44.

⁸⁵⁷ *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, préc., note 163, par. 97 (la juge Abella pour la majorité).

Le droit international coutumier est, en lui-même, de la common law canadienne. Par curiosité, remarquons que les juges Brown et Rowe auraient considéré les pratiques des États et leur *opinio juris*, nécessaires à la création d'une règle de droit international coutumier, comme une question de fait nécessitant, sauf dans les cas clairs ouvrant à la connaissance d'office, de la preuve d'expert⁸⁵⁸. La question de savoir si ces faits démontrent une règle de droit international coutumier aurait été considérée comme une question de droit⁸⁵⁹.

La connaissance d'office des sources formelles du droit interne ne pose pas de problèmes qui soient particuliers aux instances constitutionnelles. Nous reviendrons cependant sur la nécessité de l'expertise juridique à la section 3.1.1, puisqu'elle pose des problèmes majeurs en la matière.

2.1.2 Le problème du droit étranger à titre de droit comparé

Cependant, la question de la preuve du droit étranger lorsqu'il est mobilisé à titre de droit comparé dans les affaires constitutionnelles soulève certaines controverses.

En principe, le droit de la preuve peut exiger la preuve du droit étranger par rapport à l'État du tribunal. Dans ce contexte, les provinces canadiennes sont des États étrangers les unes par rapport aux autres.

En matière civile québécoise, les tribunaux peuvent prendre connaissance d'office du droit étranger (y compris des autres provinces canadiennes), mais peuvent aussi demander qu'il soit prouvé⁸⁶⁰.

En matière fédérale, la règle de common law exigeant la preuve du droit étranger⁸⁶¹ n'a pas été altérée et subsiste⁸⁶².

⁸⁵⁸ Remarquons par ailleurs qu'en common law, les pratiques établissant un usage ne sont connus d'office que dans les cas clairs et évidents : *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456.

⁸⁵⁹ *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, préc., note 163, par. 179 à 182 (les juges Brown et Rowe, dissidents en partie).

⁸⁶⁰ C.c.Q., art. 2809.

⁸⁶¹ J. H. WIGMORE, préc., note 172, p. 3608, § 2573.

Ces règles sont habituellement utiles lorsqu'il faut appliquer le droit étranger suivant les règles du droit international privé parce qu'un élément d'extranéité l'exige. Le problème, particulièrement en matière constitutionnelle, concerne toutefois l'utilisation du droit étranger à titre de droit comparé.

La professeure Anne La Forest, dans un article sur le sujet, rapporte que le droit comparé devait traditionnellement être prouvé comme c'est le cas pour le droit étranger que le tribunal doit appliquer. Sans fournir de sources jurisprudentielles, elle écrit :

Under the traditional formulation, comparative law is treated as foreign law in the fullest sense of that term. Being foreign, such law is not known to the judge and thus may not be judicially noticed. Such law must be proved through an expert. This principle derives from cases in the area of conflict of law⁸⁶³.

Néanmoins, elle est d'avis que ce droit doit évoluer pour que les juges puissent prendre connaissance d'office du droit international et du droit comparé, sans que cela n'empêche la preuve d'expert dans les cas complexes⁸⁶⁴.

Selon nous, en l'état actuel du droit canadien, le droit comparé est connu d'office et la preuve d'expert n'est donc pas nécessaire. Ainsi en est-il des traités et de la jurisprudence internationale lorsqu'ils sont utilisés comme droit comparé, et non comme la source contraignante motivant directement le jugement.

La jurisprudence portant précisément sur la question n'est toutefois pas abondante⁸⁶⁵. Elle intéresse également le critère de nécessité de la preuve d'expert⁸⁶⁶, dans la mesure où des plaideurs tentent de prouver le droit comparé par des expertises. La tendance est à considérer le droit comparé comme faisant partie de la connaissance d'office du droit interne. Cette connaissance s'étend à tout le moins à la jurisprudence. La professeure Catherine Piché écrit :

⁸⁶² S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 19.45.

⁸⁶³ Anne WARNER LA FOREST, « Evidence and International and Comparative Law », dans Oonagh FITZGERALD (dir.), *The Globalized Rule of Law : Relationships between International and Domestic Law*, Toronto, Irwin Law, 2006, p. 367, à la p. 373.

⁸⁶⁴ *Id.*, à la p. 379.

⁸⁶⁵ Voir : J. FOURNIER, préc., note 44.

⁸⁶⁶ Voir *infra*, section 3.1.1.

Cette connaissance judiciaire s'étend aux décisions rendues non seulement au Canada, mais aussi dans les autres pays qui possèdent un système juridique semblable⁸⁶⁷.

Conformément au modèle blackstonien considérant la common law comme étant unique et immuable⁸⁶⁸, les décisions établissant la common law, tant en Angleterre que dans ses anciennes colonies, ont toujours fait partie de la connaissance d'office du droit interne⁸⁶⁹.

La jurisprudence récente, tant en matière constitutionnelle que dans les autres domaines, démontre que le droit comparé (notamment la législation, la jurisprudence et la doctrine) fait partie de la connaissance d'office du droit interne.

Dans l'arrêt *Boulerice* de la Cour d'appel fédérale, des députés cherchaient à faire contrôler judiciairement une décision de l'organe parlementaire chargé de vérifier leurs dépenses. Le président de la Chambre des communes ayant invoqué le privilège parlementaire pour faire obstacle à ce contrôle judiciaire, le professeur de droit Maxime St-Hilaire avait été mandaté par les députés à titre d'expert pour écrire un affidavit (qui équivaut au rapport d'expert de droit québécois) pour éclairer la Cour fédérale sur le privilège parlementaire. L'expert y défend alors, à partir de certains éléments du contexte historique, du droit étranger et des « pratiques mondiales », une conception restrictive du privilège parlementaire et il souhaite que la Cour fédérale adopte cette conception.

En appel de la décision en cours d'instance sur le rejet de l'affidavit, la Cour d'appel fédérale a exclu cette expertise. Pour le juge De Montigny, le droit comparé en pareille matière n'est pas un objet de preuve. Il écrit :

Il ne s'agit pas non plus ici, de toute évidence, d'un cas où le droit et les textes étrangers auxquels renvoie M. St-Hilaire constitueraient des questions de fait nécessitant la production d'éléments de preuve; ce dernier s'y réfère plutôt à seule fin d'aider la Cour dans son analyse d'une question de droit interne. Or les tribunaux judiciaires s'appuient couramment sur la

⁸⁶⁷ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 93.

⁸⁶⁸ W. BLACKSTONE, préc., note 269, p. 69-70 ; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, préc., note 264, par. 79 (les juges LeBel et Rothstein pour la majorité) et par. 141 (le juge Bastarache) ; *R. c. Salituro*, préc., note 270, 665 (le juge Iacobucci pour la Cour).

⁸⁶⁹ C. FABIEN, préc., note 386, 447 ; A. WARNER LA FOREST, préc., note 863, à la p. 373.

jurisprudence et la doctrine étrangères sans qu'il soit besoin de présenter en preuve les textes en question par voie d'affidavit⁸⁷⁰; [...]. [Notre soulignement]

Pour le juge De Montigny, il ne faut pas introduire en preuve le droit comparé sous prétexte de prouver le contexte factuel nécessaire à l'adjudication constitutionnelle. Il écrit :

Dans la présente espèce, l'affidavit attaqué n'est pas déposé dans cet esprit : les faits exposés par M. St-Hilaire ne sont pas de nature économique, sociale ou culturelle. On ne saurait en effet assimiler à un fait législatif l'état du droit dans une juridiction étrangère⁸⁷¹. [Notre soulignement]

Selon cet arrêt, le droit comparé est donc connu d'office et ne peut être prouvé.

De même, dans une affaire pure de responsabilité civile québécoise, le juge Samson de la Cour supérieure a jugé que la preuve du droit étranger n'est nécessaire que lorsqu'un élément d'extranéité l'exige au sens du droit international privé. Il écrit :

Dans la présente affaire, tous les faits se déroulent au Québec. Il n'est pas nécessaire d'introduire la preuve du droit étranger comme cela se fait lorsqu'un élément d'extranéité le justifie.

Les références au droit américain ne sont présentes que pour des raisons de droit comparé afin d'inciter le Tribunal à prendre connaissance du droit américain en ce domaine pour éventuellement l'importer dans notre droit.

Plaider le droit étranger à titre de droit comparé ne nécessite pas une expertise. Tout avocat plaideur peut emmener le Tribunal à prendre connaissance du droit étranger pour s'en inspirer⁸⁷². [Notre soulignement]

Autrement, la connaissance d'office suffit largement pour établir la teneur du droit étranger utilisé à titre de droit comparé.

Au-delà des prononcés explicites sur l'état du droit de la preuve en la matière, certains arrêts de la Cour suprême du Canada ou décisions d'autres tribunaux

⁸⁷⁰ *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 38, par. 24 (le juge De Montigny pour la Cour).

⁸⁷¹ *Id.*, par. 27 (le juge De Montigny pour la Cour).

⁸⁷² *Giroux c. Baillargeon*, 2013 QCCS 3990, par. 35-37 (le juge Samson).

renseignent implicitement sur l'étendue de la connaissance d'office du droit comparé ou international. Il y a des exemples jurisprudentiels où le droit comparé ou international est mobilisé sans preuve, et d'autres où des expertises sur le sujet sont jugées admissibles ou utiles par les juges.

Dans l'arrêt *Kazemi*, un arrêt sur la responsabilité civile de l'État iranien pour la torture et la mort de la journaliste Zahra Kazemi, la Cour suprême du Canada a mobilisé le droit international et le droit comparé pour interpréter la *Loi sur l'immunité des États*⁸⁷³ dans le contexte où sa constitutionnalité était contestée. Aucune expertise n'a été nécessaire pour prouver le droit étranger et international, qui tombait sous le coup de la connaissance d'office⁸⁷⁴. Il faut cependant souligner que cette affaire provenait du Québec, et était donc régie par les articles 2806 à 2809 du *Code civil du Québec*.

Dans l'arrêt *Wallace*, le droit international et le droit comparé anglais ont été mobilisés pour expliquer la nature de l'immunité de divulgation en justice de la Banque mondiale dans le contexte d'une demande à un tiers, en cours d'instance criminelle, de communiquer des documents (requête de type *O'Connor*⁸⁷⁵). Encore une fois, dans ce dossier où le droit constitutionnel n'était pas invoqué, le droit international et comparé n'a pas été prouvé en bonne et due forme⁸⁷⁶.

Dans l'arrêt *Vaid*, qui portait sur le privilège parlementaire, la Cour suprême du Canada a fait abondamment référence au droit américain, britannique et australien pour interpréter le privilège parlementaire au Canada⁸⁷⁷. Aucune des sources législatives et jurisprudentielles citées ne faisait partie des motifs des trois

⁸⁷³ *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, c. S-18.

⁸⁷⁴ *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, [2014] 3 R.C.S. 176, 2014 CSC 62, par. 34 et suiv. (droit international) et par. 71 (droit américain) (le juge LeBel pour la majorité).

⁸⁷⁵ *R. c. O'Connor*, préc., note 766.

⁸⁷⁶ *Groupe de la Banque mondiale c. Wallace*, [2016] 1 R.C.S. 207, 2016 CSC 15, par. 43 et suiv. (les juges Moldaver et Côté pour la Cour). Voir aussi, pour une utilisation du droit comparé sans preuve en droit privé ontarien : *Jones c. Tsige*, 2012 ONCA 32.

⁸⁷⁷ *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] 1 R.C.S. 667, 2005 CSC 30, par. 72 à 73 (le juge Binnie pour la Cour)

tribunaux inférieurs⁸⁷⁸. On peut donc en conclure que la Cour suprême du Canada a pris connaissance d'office du droit comparé.

Dans la décision *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés*, l'abolition du régime fédéral de paiement des soins de santé des réfugiés était contestée. Or, le droit comparé britannique et européen a été mobilisé sans preuve, même si le dossier comportait une abondante preuve des faits législatifs et sociaux touchant l'affaire⁸⁷⁹.

En revanche, il y a des décisions où des expertises ont été jugées admissibles ou utilisées par les tribunaux pour établir la teneur du droit comparé ou international.

Dans l'arrêt *Advance Cutting & Coring Ltd.*, qui portait sur la constitutionnalité du régime syndical en matière de construction, le juge LeBel a référé longuement au droit comparé américain et européen⁸⁸⁰. Dans ce dossier, une expertise en droit comparé et international sur l'atelier fermé avait néanmoins été déposée lors de l'appel en Cour supérieure du Québec⁸⁸¹.

Dans l'affaire *Motard*, qui portait sur la constitutionnalité de la réforme de 2013 de la succession royale, le droit comparé australien a été établi par le témoignage d'une professeure de droit de ce pays⁸⁸². La Cour supérieure du Québec a rejeté une objection à la recevabilité de cette expertise.

Dans l'arrêt *Saskatchewan Federation of Labour*, la juge Abella a référé « également »⁸⁸³ au rapport d'un expert pour établir que le droit de grève était protégé par les traités internationaux auxquels le Canada est partie. Elle a aussi cité les différents traités et la jurisprudence canadienne.

⁸⁷⁸ *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2003] 1 C.F. 602, 2002 CAF 473 ; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2002] 2 C.F. 583, 2001 CFPI 1332 ; *Vaid c. Canada (Chambre des communes)*, [2001] D.C.D.P. No 15 (Q/L).

⁸⁷⁹ *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés c. Canada (Procureur général)*, [2015] 2 R.C.F. 267, 2014 CF 651, par. 591 et suiv.

⁸⁸⁰ *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70, par. 240 et suiv.

⁸⁸¹ *Thériault c. La Reine*, 1998 CanLII 11295 (QC CS), par. 6.

⁸⁸² *Motard c. Canada (Procureure générale)*, préc., note 16, note 7.

⁸⁸³ *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, [2015] 1 R.C.S. 245, 2015 CSC 4, par. 65 (la juge Abella pour la majorité).

Finalement, l'affaire *Hak* est un exemple contradictoire. En Cour d'appel du Québec, qui se prononçait sur le sursis constitutionnel (la suspension de la *Loi sur la laïcité de l'État*⁸⁸⁴ durant l'instance), le juge Mainville a mobilisé le droit européen sans expertise, et donc par la connaissance d'office⁸⁸⁵. En Cour supérieure, au fond, le juge Blanchard a jugé les expertises sur le droit européen admissibles sur le plan du critère de la nécessité de l'expertise⁸⁸⁶, mais les a jugées non pertinentes⁸⁸⁷.

En réalité, les problèmes concernant la connaissance d'office du droit comparé transcendent les domaines du droit canadien. Même si le droit comparé est, peut-être, davantage mobilisé dans les affaires constitutionnelles étant donné l'impact général des jugements qui en découlent, il semble tomber sous le coup de la connaissance d'office tant dans ce domaine que dans les autres.

2.1.3 Le droit et la connaissance d'office des faits législatifs

Si le droit interne et le droit comparé ou international peuvent être connus d'office, est-ce que les faits législatifs font également partie de la connaissance d'office du droit? Comme nous l'avons exposé dans notre cadre théorique, définir là où la connaissance d'office du droit cesse et où la connaissance d'office des faits commence est un exercice difficile, puisque cela implique de séparer les faits et le droit⁸⁸⁸. Il faudrait donc distinguer les faits et les actes normatifs émanant des pouvoirs de l'État ou des personnes bénéficiant d'un pouvoir délégué par l'État. Ces actes normatifs prennent pourtant support sur des documents qui ont été, dans les faits, adoptés par ces organes à la suite d'un processus tout aussi factuel. Qu'est-ce qui différencie un fait législatif d'une règle de droit sur le plan de la connaissance d'office?

⁸⁸⁴ *Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ, c. L-0.3.

⁸⁸⁵ *Hak c. Procureure générale du Québec*, 2019 QCCA 2145, par. 141 et suiv. (le juge Mainville).

⁸⁸⁶ *Hak c. Procureur général du Québec*, préc., note 41, par. 137 : « [...] le Tribunal ajoute que le droit constitutionnel comparé dépasse la connaissance avérée des tribunaux ».

⁸⁸⁷ *Hak c. Procureur général du Québec*, préc., note 41, par. 81.

⁸⁸⁸ *Supra*, p. 22 et suiv.

Certains indices montrent que les faits législatifs, du moins s'ils sont rapportés ou contenus dans les documents officiels liés au processus législatif, ont déjà pu tomber sous le coup de la connaissance d'office du droit interne. Comme la connaissance d'office des lois et de la jurisprudence est illimitée, cela signifierait concrètement que la connaissance d'office des faits législatifs le serait également. Le critère d'incontestabilité raisonnable⁸⁸⁹ des faits ainsi rapportés ne trouverait pas application.

Au chapitre sur la connaissance judiciaire du droit interne, la professeure Catherine Piché écrit, de manière large, que le juge « peut également prendre connaissance des documents publics susceptibles de l'aider à déterminer le contexte, l'application, l'effet, l'objet ou le but d'une législation »⁸⁹⁰. Non seulement le contexte historique immédiat entourant l'édition de la loi et les propos des rédacteurs seraient couverts par la connaissance d'office du droit interne, mais également l'application et l'effet concret, dans la réalité, de la disposition législative concernée.

De même, certains faits généraux de société sont dits liés au « monde du droit »⁸⁹¹, puisque mobilisés pour l'interprétation juridique ou pour des prononcés établissant le droit *erga omnes*. C'est particulièrement le cas lorsque la validité, l'applicabilité ou le caractère opérant d'une disposition législative sont soupesés, ou que les tribunaux sont appelés à dicter les conditions dans lesquelles un Parlement sera autorisé à légiférer⁸⁹². Ils établissent alors le droit constitutionnel, et ces faits tomberaient donc sous l'empire de la connaissance d'office du droit interne. La professeure Danielle Pinard, sans nécessairement endosser ce point de vue, a analysé cette école du rattachement des faits législatifs à la connaissance d'office du droit⁸⁹³.

⁸⁸⁹ Voir : C.c.Q., art. 2808, lequel codifie la common law.

⁸⁹⁰ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 93.

⁸⁹¹ D. PINARD, préc., note 32, 351 et suiv.

⁸⁹² De telles conditions de validité ont été édictées en jugement déclaratoire par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 19, par. 147 (*per curiam*). Voir aussi : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 194, par. IV.41.

⁸⁹³ D. PINARD, préc., note 32, 351 et suiv. Voir aussi : D. PHILLIPS, préc., note 166, 110 et suiv.

En droit canadien, au moins deux arrêts de la Cour suprême du Canada ont fourni des indices faisant tomber les faits législatifs dans la connaissance d'office du droit interne.

En 1988, dans l'arrêt *Ford*, qui portait sur la constitutionnalité de la *Charte de la langue française*⁸⁹⁴, la Cour a accepté de discuter de faits législatifs contenus dans des études de sociolinguistique annexées au mémoire d'appel du Procureur général du Québec à la manière d'un Brandeis brief à l'américaine⁸⁹⁵. Cette affaire avait été instruite en première instance dès l'édiction de la *Charte* canadienne en 1982, avant que la Cour suprême n'ait établi le test de l'article premier⁸⁹⁶. Le Procureur général du Québec n'avait pas fait de preuve de justification lors du procès, étant donné la présence d'une disposition de dérogation dans la loi⁸⁹⁷, laquelle avait ultimement expiré. En Cour d'appel, il a annexé des études à son mémoire d'appel, sans demander la permission de présenter une nouvelle preuve. La Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur l'objection de la partie adverse à ces documents⁸⁹⁸. Le Procureur général du Québec semble avoir ajouté de nouveaux documents au mémoire en Cour suprême⁸⁹⁹, plaidant « que les documents en question ne constituaient pas une preuve au sens strict mais renvoyaient plutôt à des faits législatifs dont la Cour pouvait prendre connaissance d'office »⁹⁰⁰.

Ce contexte procédural et de droit substantiel particulier a conduit la Cour suprême à accepter ces documents. La Cour écrit :

Étant donné que les parties paraissent ne pas avoir été prises au dépourvu ni désavantagées d'une manière inéquitable par la production en cette Cour des documents se rapportant à l'article premier et à l'art. 9.1 et qu'en plus, elles s'étaient bien préparées à débattre la valeur de ces documents et l'ont fait, la Cour estime qu'il convient de les considérer comme régulièrement présentés devant la Cour et de les examiner. Il s'agit en fait de documents du même genre que ceux dont la Cour a demandé la

⁸⁹⁴ *Charte de la langue française*, RLRQ, c. C-11.

⁸⁹⁵ *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, par. 71 (*per curiam*). Un « Brandeis Brief » est une annexe à un mémoire et porte sur les faits législatifs : D. PINARD, préc., note 81.

⁸⁹⁶ *Id.*, par. 67 (*per curiam*).

⁸⁹⁷ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 3, art. 33.

⁸⁹⁸ *Ford c. Québec (Procureur général)*, préc., note 895, par. 68 (*per curiam*).

⁸⁹⁹ *Id.*, par. 69 (*per curiam*).

⁹⁰⁰ *Id.*, par. 70 (*per curiam*).

production et qu'elle a examinés dans d'autres affaires concernant l'application de l'article premier de la *Charte*, sans qu'ils aient été soumis à l'épreuve des débats contradictoires. Il s'agit de documents qui sont examinés de la même manière que le sont des traités et des articles dans d'autres contextes judiciaires⁹⁰¹. [Notre soulignement]

Cette approche pragmatique et qui rejette le formalisme, dans une affaire où le droit substantiel a beaucoup varié en cours d'instance et où le Procureur général du Québec a été ultimement débouté, ouvre la porte à prendre connaissance d'office des études de sciences sociales comme les tribunaux prennent connaissance d'office de la doctrine juridique.

Plus explicitement, la juge Claire L'Heureux-Dubé a appelé, dans un article de doctrine, à l'élargissement de la connaissance d'office touchant les faits législatifs, puisqu'ils sont liés à la création du droit⁹⁰². En 1994, dans l'arrêt *Willick*, une affaire pure de droit de la famille, les motifs concordants qu'elle a rédigés portaient essentiellement sur cette interrelation du droit et des faits de société. Elle écrit :

La distinction largement reçue, établie par des juristes éminents tel Kenneth Culp Davis, entre « faits en litige » — se rapportant spécifiquement à l'espèce, en cause — et « faits législatifs » — intervenant dans des décisions de droit ou de politique générale — démontre clairement que le droit et la société entretiennent des liens d'interdépendance inextricables et que les faits sociaux font partie intégrante du processus d'élaboration des lois. Lorsqu'elles sont pertinentes dans la création d'une règle de droit, les données et les recherches sociales revêtent un caractère général qui va bien au-delà du contexte précis dans lequel celles-ci ont été utilisées. Elles deviennent une partie constitutive de la règle de droit qu'elles contribuent à étayer. De fait, elles représentent une partie des sources dont cette règle de droit tire son autorité. À ce titre, la théorie selon laquelle les sciences sociales ont valeur d'autorité en droit est intrinsèque à la notion même de science du droit. Sont à leur tour intrinsèques à la science du droit le pouvoir et, dans une certaine mesure, la responsabilité du tribunal d'acquérir la connaissance des sources qui l'aideront à apprécier le bien-fondé des arguments juridiques qui lui sont présentés et à en tirer, en dernier ressort, ses conclusions de droit. Le rôle bien établi des tribunaux comme juges de l'intérêt public les amène parfois à puiser dans les données des sciences

⁹⁰¹ *Id.*, par. 71 (*per curiam*).

⁹⁰² C. L'HEUREUX-DUBÉ, préc., note 27.

sociales lors même que les parties n'ont pas présenté de preuve pertinente sur des questions pertinentes de politique générale⁹⁰³. [Notre soulignement]

Les faits de société, et les études les rapportant, seraient donc des autorités en droit comme le sont la législation, la jurisprudence et la doctrine. Comme l'a remarqué la professeure Danielle Pinard, la juge L'Heureux-Dubé n'a pas explicitement rattaché sa conception de la connaissance d'office au droit interne ou aux faits⁹⁰⁴, mais il n'y avait qu'un très petit pas à franchir à partir de son analyse pour inclure les études de sciences sociales dans la connaissance d'office illimitée du droit interne.

Refusant de se lancer dans l'analyse de faits législatifs faite par la juge L'Heureux-Dubé, le juge Sopinka, pour la majorité, a simplement remarqué que cette analyse appellerait des questions quant à la « latitude [...] plus grande »⁹⁰⁵ applicable au droit de la preuve en matière constitutionnelle.

Même si, à l'époque de ces arrêts, on aurait pu rattacher les faits législatifs à la connaissance d'office du droit interne, cette position n'est plus valable depuis le début des années 2000. L'hésitation jurisprudentielle des années 1980 et 1990 a laissé sa place, dans les années 2000, à une affirmation plus claire de la distinction entre le droit et les faits législatifs, du moins en droit de la preuve.

En 1999 et 2000, dans le cadre de l'affaire *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, les parties ont, de part et d'autre, tenté de joindre des documents nouveaux rapportant des faits législatifs au dossier d'appel en Cour suprême du Canada. Les appelants, qui voulaient déposer ces documents pour établir un nouveau principe constitutionnel sous-jacent protégeant les municipalités et les commissions scolaires⁹⁰⁶, ont plaidé que les faits législatifs

⁹⁰³ *Willick c. Willick*, préc., note 30, 701 (la juge L'Heureux-Dubé pour les juges Gonthier et McLachlin, motifs concordants).

⁹⁰⁴ D. PINARD, préc., note 32, 359 et 360.

⁹⁰⁵ *Willick c. Willick*, préc., note 30, 679 (le juge Sopinka pour la majorité).

⁹⁰⁶ Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (préc., note 5) avait été rendu entre le procès et l'appel : *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, préc., note 332, par. 12 (le juge Binnie pour la Cour).

étaient exclus des règles de preuve traditionnelles. Le juge Binnie résume ainsi leurs prétentions :

Pour justifier l'inclusion des documents contestés, les appelants plaident principalement que les documents portent sur un « fait législatif » plutôt que sur un « fait en litige » et que, pour cette raison, ils n'ont pas à être prouvés de la manière ordinaire mais doivent plutôt être admis d'office⁹⁰⁷. [Notre soulignement]

Cela a conduit à une série d'ordonnances de la Cour qui ont établi que les faits législatifs tombent sous le coup de la connaissance d'office des faits ou des règles de preuve, et non de la connaissance d'office du droit. Dans l'une d'elles, le juge Binnie écrit :

Un fait législatif est habituellement admis au moyen de la connaissance d'office, qui exige que les « faits » soient à ce point notoires ou exempts de controverse qu'il ne soit pas nécessaire d'en faire la preuve. Un fait législatif peut également être présenté par un témoin. Cependant, on ne peut, sous le couvert d'un « fait législatif », saisir le tribunal d'un élément de preuve controversé, au détriment de la partie adverse, sans permettre convenablement à cette dernière d'en contester la véracité⁹⁰⁸. [Notre soulignement]

En soumettant la connaissance d'office du fait législatif à l'exigence d'incontestabilité raisonnable, la Cour suprême établit que c'est la connaissance d'office des faits, et non du droit, qui régit ce type de fait⁹⁰⁹.

Cette réflexion du juge Binnie a été reprise, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Spence* de 2005, qui portait sur la connaissance d'office du racisme dans un contexte de récusation de jurés. Le juge Binnie a alors soumis les faits législatifs aux règles de la connaissance d'office des faits. Il écrit :

Il y a certes une distinction utile entre, d'une part, les « faits en litige » (où, comment et pourquoi l'accusé a commis l'acte qu'on lui reproche) et, d'autre part, les « faits sociaux » et les « faits législatifs », qui importent dans le raisonnement et peuvent faire jouer des considérations de principe générales : Paciocco et Stuesser, p. 286. Cependant, décider qu'un

⁹⁰⁷ *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1999] 3 R.C.S. 845, par. 2 (le juge Binnie siégeant seul).

⁹⁰⁸ *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, préc., note 332, par. 5 (le juge Binnie siégeant seul).

⁹⁰⁹ Voir : C.c.Q., art. 2808, lequel codifie la common law.

élément est un « fait social » ou un « fait législatif » ne dispense pas le tribunal de l'obligation de s'assurer de la véracité des « faits » dont on lui demande l'admission d'office. Les avocats doivent également s'abstenir de produire irrégulièrement des « éléments de preuve sous le couvert de sources juridiques » : *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1999] 3 R.C.S. 845, par. 3⁹¹⁰. [Notre soulignement]

Reprenant les propos de l'arrêt *Spence* à l'occasion d'une contestation constitutionnelle liée à l'assurance-maladie, le juge Slatter de la Cour d'appel d'Alberta a lui aussi explicité ce caractère factuel des faits législatifs. Il écrit :

The presumption is that constitutional cases will be decided on a full evidentiary record, including, where appropriate, the evidence of expert witnesses: *Canada (A.G.) v Bedford*, 2013 SCC 72 at paras. 53-4, [2013] 3 SCR 1101. The expectation is that the parties will prove the facts on which the constitutional challenge lies, and that resort to judicial notice will be kept on a "short leash", the more so the closer one comes to the ultimate issue: *R. v Spence*, 2005 SCC 71 at paras. 58, 64, [2005] 3 SCR 458. As a general rule, evidence from unrelated cases cannot be transported into the record: *R. v Daley*, 2007 SCC 53 at para. 86, [2007] 3 SCR 523⁹¹¹. [Notre soulignement]

En somme, les faits législatifs ne font pas l'objet de la connaissance d'office illimitée qui s'applique à la doctrine, à la common law, aux règles prétoriennes et à la législation. Les documents les rapportant ne sont pas des sources juridiques à joindre aux cahiers d'autorités, mais sont gouvernés par les règles de la connaissance d'office des faits et les règles de preuve.

Même aux États-Unis, où la connaissance d'office varie grandement suivant l'acte posé par le tribunal (l'adjudication du litige *inter partes* par opposition à l'élaboration du droit *erga omnes*), le professeur Kenneth Culp Davis reconnaît que les faits sont des faits et le droit est du droit. Il écrit : « Facts are facts; facts are not authority; calling facts authority is unnatural »⁹¹².

Notons cependant que le récent arrêt *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, rendu à propos du droit international coutumier dans un contexte de responsabilité civile,

⁹¹⁰ *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 58 (le juge Binnie pour la Cour).

⁹¹¹ *Allen v. Alberta*, 2015 ABCA 277, par. 23 (le juge Slatter avec l'accord du juge Martin, motifs de jugement).

⁹¹² K. Culp DAVIS, préc., note 117, p. 365, comme cité dans D. PINARD, préc., note 32, 356, note 121.

démontre que les faits générateurs de coutume internationale font partie de la connaissance d'office du droit interne⁹¹³. Cependant, ces « faits » générateurs du droit international coutumier sont des prises de position officielles et normatives des États, tout comme les lois des parlements et les jugements des tribunaux sont des « faits » tangibles qui tombent sous le coup de la connaissance d'office du droit.

Rattacher les documents publics, parlementaires ou gouvernementaux autres que les sources formelles du droit à la connaissance d'office du droit est trop englobant. Ces documents contiennent à la fois des énoncés normatifs quant à l'intention du Parlement, mais comportent également des prononcés quant à l'existence des faits de société extérieurs justifiant la mesure prise par l'État. Or, ces faits peuvent être contestés par la preuve : le *Renvoi : Loi anti-inflation* l'a bien établi⁹¹⁴. L'arrêt *Comeau* a aussi consacré que ces documents ne sont pas contraignants⁹¹⁵, contrairement aux sources formelles du droit, lesquelles s'imposent aux tribunaux dans la mesure où leur validité est reconnue.

Pour appliquer au droit de la preuve en droit public une formule utilisée régulièrement concernant le droit de la preuve en droit privé, il faut distinguer l'acte juridique du fait matériel. Le professeur Léo Ducharme écrit :

Dans le domaine du droit de la preuve, s'il est d'usage de désigner comme « acte juridique » tout acte de volonté ayant pour objet de produire des conséquences juridiques, l'on préfère l'appellation « fait matériel » à l'expression « fait juridique » pour désigner le simple événement⁹¹⁶.

Il faut donc distinguer l'acte de volonté de l'auteur de la norme (loi du Parlement, règlement du gouvernement ou d'un ministre, jugement d'un tribunal, etc.) et le fait historique ou de société qui se produit de lui-même (ex. : des changements économiques ou sociaux).

⁹¹³ *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, préc., note 163, par. 97 (la juge Abella pour la majorité). Voir aussi les par. 177 et suiv. (les juges Brown et Rowe, dissidents en partie).

⁹¹⁴ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2. Voir *supra*, p. 166 et suiv.

⁹¹⁵ *R. c. Comeau*, préc., note 590, par. 43 (*per curiam*).

⁹¹⁶ L. DUCHARME, préc., note 89, par. 70. Voir aussi : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 126 et suiv.

En somme, la connaissance d'office du droit ne couvre que les textes normatifs des sources formelles du droit que sont la loi, la jurisprudence et les règlements ou autres actes de législation déléguée pour lesquels des dispositions législatives ou la common law consacrent la connaissance d'office⁹¹⁷. La doctrine entre aussi dans cette connaissance d'office du droit en common law, puisqu'elle porte sur la normativité juridique, et non sur des faits matériels.

Lorsque la doctrine rapporte des faits matériels qui ne sont pas raisonnablement incontestables, ces faits doivent être prouvés. Ainsi en est-il de la jurisprudence, laquelle n'est connue d'office que dans la mesure où elle contient des règles de droit. Le professeur Claude Fabien écrit :

Précisons enfin que si une décision judiciaire est invoquée, non pas à titre de source formelle de droit, mais plutôt à titre de fondement d'un droit subjectif, le tribunal n'en a pas connaissance d'office. Il est donc nécessaire d'alléguer et de prouver, par exemple, le jugement de tutelle sur lequel une partie fonde sa qualité de tuteur dans une instance où elle représente un mineur⁹¹⁸.

⁹¹⁷ *Groupe Dubé & Associés inc. c. Québec (Procureure générale) (Ministère des Transports)*, 2016 QCCA 401, par. 8 à 13 (refus de prendre connaissance d'office d'un guide du ministère des transports). Cela rejoint, par ailleurs, la distinction entre le texte de la loi et la preuve extrinsèque : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 38, par. 64 (*per curiam*).

⁹¹⁸ C. FABIEN, préc., note 386, 447. Voir aussi : *Immeubles Blue Stone inc. c. Greenstone Realities Inc. (Immeubles Greenstone inc.)*, 2020 QCCA 644, par. 12 (le juge Beaupré siégeant seul) ; *Roch Lessard 2000 inc. c. Saint-Augustin (Municipalité de)*, 2013 QCCA 1606, par. 15 (le juge Fournier pour la Cour) : « Le jugement relatant des faits ne fait pas pour autant preuve de ces faits » ; *Allen v. Alberta*, 2015 ABCA 277, par. 23 (le juge Slatter avec l'accord du juge Martin, motifs de jugement) ; *R. c. Sappier*, *R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54, par. 66 et suiv. (le juge Bastarache pour la majorité) ; *R. v. Francis*, 2007 NSPC 28, par. 80 :

I may not take judicial notice, having heard that case, of all the various evidence presented there on that issue. It is only a hearsay statement in this Application. Such a statement does not amount to a fact. Indeed a fact established in another case may not, without more, be conclusive in any other case, as each must be decided on the evidence properly admitted at trial: *R. v. Marshall* [Julien], 2002 NSSC 57 (CanLII), reversed 2003 NSCA 105 (CanLII), appeal allowed 2005 SCC 43 (CanLII). There are no generally accepted facts of history, as stated in Macaulay, *Aboriginal & Treaty Rights Practice*, 2000 Carswell.

Voir cependant, sur l'effet d'une conclusion de responsabilité criminelle : *Ali c. Compagnie d'assurance guardian du Canada*, 1999 CanLII 13177 (QC CA).

Les faits matériels rapportés dans un jugement ne tombent donc pas, en principe, sous le coup de la connaissance d'office du droit⁹¹⁹, bien que l'existence du jugement et ses conclusions soient connus d'office⁹²⁰.

Contrairement à ce qui a pu être affirmé dans les années 1980 et 1990, notamment dans le cadre de l'approche libérale de la juge L'Heureux-Dubé, et conformément à l'approche plus stricte promue par le juge Binnie, les documents éclairant sur l'effet concret ou le contexte social de la loi tombent sous le coup de la connaissance d'office des faits ou des véritables règles de preuve, selon le cas, et non sous le coup de la connaissance d'office illimitée du droit.

⁹¹⁹ Cependant, la jurisprudence portant sur la connaissance d'office des faits, en énonçant des règles de droit sur la connaissance d'office des faits et en montrant des applications concrètes de faits connus d'office, peut être invoquée dans les affaires ultérieures. Elle sert alors à établir le droit, et non les faits, et fait donc partie de la connaissance d'office du droit : W. N. RENKE, préc., note 830, 930-931.

Le caractère contraignant des précédents en matière de connaissance d'office des faits est toutefois amoindri par l'approche principielle qui caractérise désormais ce mode d'établissement des faits : E. F. JUDGE, préc., note 766, à la p. 340.

Il faut aussi noter qu'il existe une présomption simple d'existence des faits rapportés dans un jugement, laquelle s'applique dans le contexte où ces faits touchent les parties et que des jugements pourraient être contradictoires : *Solomon c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, par. 46 et suiv. (le juge Pelletier pour la Cour) ; *Association des propriétaires de Boisés de la Beauce c. Monde forestier*, 2009 QCCA 48, par. 27 (la juge Thibault pour la Cour) : « la jurisprudence considère que toute constatation de fait à la base d'une décision judiciaire ou quasi judiciaire bénéficie de la présomption simple d'exactitude ».

⁹²⁰ *Culina c. Giuliani*, [1972] R.C.S. 343, 358 (le juge Spence pour la Cour). Voir aussi : *Angle c. Ministre du Revenu National*, [1975] 2 R.C.S. 248, 260 (le juge Laskin [plus tard juge en chef] pour le juge Spence, motifs dissidents) ; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik*, [2011] 1 R.C.S. 657, 2011 CSC 18, par. 38 (le juge Binnie pour la Cour).

2.2 La connaissance d'office des faits et l'importance de la preuve dans les affaires constitutionnelles avant la montée du constitutionnalisme

En 1890, le professeur Thayer affirmait que, dans le raisonnement judiciaire, « not a step can be taken without assuming something which has not been proven »⁹²¹. Bien souvent, la connaissance d'office des faits régit l'établissement judiciaire des choses évidentes de la vie quotidienne. Cela signifie que les rares décisions sur le sujet portent sur les cas limites, les « zones grises »⁹²² où une partie ou un juge d'appel a contesté qu'un fait soit incontestable. Cette zone grise a été particulièrement exploitée en matière constitutionnelle, où les tribunaux ont invoqué la connaissance d'office pour couvrir un éventail plus large de faits litigieux, et pour recevoir ou s'appuyer sur des documents écrits rapportant ces faits.

La connaissance d'office des faits est une règle d'exception au principe général voulant que la preuve légale doive gouverner l'essentiel des conclusions de fait du tribunal⁹²³. Le juge doit donc, en principe, éviter d'utiliser son expérience personnelle, ses recherches *ex parte* ou ses préjugés factuels pour conclure à l'existence de faits devant être prouvés⁹²⁴. Il doit même se récuser s'il a lui-même été témoin des faits principaux à l'origine du litige⁹²⁵. Il témoignera alors devant le tribunal compétent comme toute autre personne⁹²⁶.

⁹²¹ J. B. THAYER, préc., note 172, 288.

⁹²² L. DUCHARME, préc., note 89, par. 91.

⁹²³ *Baie-Comeau (Ville de) c. D'Astous*, préc., note 843, par. 10 (le juge Gendreau pour la Cour).

⁹²⁴ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 138. L'expérience de vie du juge peut néanmoins être utilisée pour apprécier la valeur probante de la preuve qui lui est présentée : *R. c. S. (R.D.)*, préc., note 764, par. 128 et suiv. (le juge Cory, motifs de jugement).

⁹²⁵ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 13.41: « If a juror or judge has relevant personal knowledge of the matters in issue, then the juror or judge should disqualify himself or herself as an arbiter and assume the sole role of witness ». Voir cependant : C. FABIEN, préc., note 386, 437.

⁹²⁶ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 138.

C'est ainsi que le tribunal ne peut compléter ou contredire la preuve d'expert à partir de ses propres recherches⁹²⁷. Dans l'arrêt *Désaulniers*, une affaire criminelle pour agression sexuelle sur des enfants, la Cour d'appel du Québec a critiqué l'utilisation, par le juge de la Cour du Québec, d'un ouvrage et d'un rapport scientifique non versé au dossier afin d'évaluer la thèse de l'expert psychiatrique D^r Pierre Mailloux⁹²⁸.

⁹²⁷ R. James WILLIAMS, « Grasping a Thorny Baton... A Trial Judge Looks at Judicial Notice and Courts' Acquisition of Social Science », (1996) 14 *Canadian Family Law Quarterly* 179, 197 : « The independent securing and use of "reports, studies, literature" by trial courts has been restricted and criticized by a number of appellate courts, often citing due process and procedural concerns » ; *Baie-Comeau (Ville de) c. D'Astous*, préc., note 843, par. 10 (le juge Gendreau pour la Cour) ; *R. c. Daley*, [2007] 3 R.C.S. 523, 2007 CSC 53, par. 86 (le juge Bastarache pour la majorité).

⁹²⁸ *R. c. Désaulniers*, 1994 CanLII 5909 (QC CA), p. 8 et suiv. (la juge Tourigny pour la Cour), permission d'appeler refusée : (1994), 185 N.R. 159n, 93 C.C.C. (3d) vi (C.S.C.). Devant les tribunaux administratifs, la connaissance d'office est toutefois élargie : P. GARANT, préc., note 72, 847 ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 142 :

Devant des tribunaux administratifs ou spécialisés ou devant des arbitres, la connaissance judiciaire des faits est encore plus étendue. Les membres de ces tribunaux sont souvent nommés en raison de leurs connaissances et de leur expérience dans un domaine spécialisé.

La justice naturelle empêche cependant le juge administratif de contredire la preuve à partir de sa propre recherche et sans avis aux parties : *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu National*, [1977] 1 R.C.S. 456, 463 (le juge Pigeon pour la Cour) :

Il est nettement contraire à ces règles [de justice naturelle] de s'en rapporter à des renseignements obtenus après la fin de l'audience sans en avertir les parties et leur donner la possibilité de les réfuter.

Ce que la Commission appelle «la dérivation même de la tétracycline ou de l'oxytétracycline» n'est pas comme la signification courante des mots, une question dont un tribunal ou une commission exerçant un pouvoir judiciaire ou quasi-judiciaire peut prendre connaissance d'office. C'est clairement une question de fait qu'il faut trancher d'après la preuve et sur laquelle ont déposé à l'audience des témoins experts qualifiés. La preuve négative qu'ont fournie les témoins experts de l'appelante n'a pas été récusée par les experts cités par l'intimé qui ont déposé devant la Commission et qui ont été interrogés sur ce point. Les deux textes auxquels la Commission fait allusion n'ont pas été mentionnés. L'avocat de l'intimé ne les a pas portés à la connaissance des témoins de l'appelante au cours du contre-interrogatoire comme il l'a fait pour d'autres textes. A mon avis, c'est une grave erreur de la part de la Commission que de s'être appuyée sur ces textes dans sa décision au préjudice de la preuve orale. [Notre soulignement]

Voir aussi : *Syndicat des producteurs de bois de la Gaspésie c. Damabois, division Cap-Chat inc.*, 2010 QCCA 1201, par. 19 (la juge Thibault pour la Cour) ; *R. v. G.C.*, (1997) 8 C.R. (5th) 21 (Gen. Div.), 1997 CanLII 12448 (ONSC), par. 56 (le juge Hill):

I remain cognizant of the fact that a trial judge, *qua* trier-of-fact, cannot take judicial notice of such subject matter as child sexual abuse accommodation syndrome: *R. v. F. (D.)* (March 22, 1990), Doc. CA 269/89 (Ont. C.A.), at 1 *per* Brooke J.A. Further, it is improper for a trial judge in reasons for judgment to refer to literature regarding child sexual abuse where the material in question has not otherwise been tested in the evidence [...]. [Notre soulignement]

Cet arrêt a été suivi en matière civile par la Cour supérieure dans *Hould c. Financière Manuvie*, une affaire sur le paiement de prestations d'assurance-invalidité. Le juge Morin a alors refusé de compléter la preuve médicale à partir de documents déposés par les avocats lors des plaidoiries⁹²⁹.

La connaissance d'office des faits est l'exception à ces principes⁹³⁰. Cette exception est, au moins, reconnue depuis l'époque de la *Magna Carta*, alors que le célèbre juriste anglais Henry de Bracton écrivait : « ea que manifesta sunt, non indigent probacione »⁹³¹ (ce qui évident ne doit pas être prouvé).

Elle permet de compléter la preuve en établissant des faits qui, si la règle générale exigeant une preuve des faits ne connaissait pas d'exceptions, auraient dû être prouvés. Dans l'arrêt *Find* (une affaire sur la récusation des jurés), la juge en chef McLachlin écrit :

La connaissance d'office dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont à l'abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables⁹³². [Notre soulignement]

La connaissance d'office est donc une dispense de preuve. Elle permet une conclusion factuelle qui échappe aux règles de preuve légale⁹³³, par une application directe d'une règle de droit⁹³⁴.

⁹²⁹ *Hould c. Financière Manuvie*, 2000 CanLII 18864 (QCCS), par. 59 et suiv. (le juge Morin). Voir aussi : *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, 251-252 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la majorité) ; *L. (V.) c. G. (D.)*, sub nom. *Droit de la famille – 073730*, 2007 QCCS 7160, par. 27-29.

⁹³⁰ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 139.

⁹³¹ R. J. WILLIAMS, préc., note 927, 196.

⁹³² *R. c. Find*, préc., note 175, par. 48 (la juge en chef McLachlin [plus tard juge en chef] pour la Cour). Voir aussi : *R. c. Williams*, préc., note 32, par. 54 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la Cour) : « Le droit de la preuve reconnaît deux modes d'établissement des faits au procès. Le premier est la preuve. Le second est la connaissance d'office » ; L. DUCHARME, préc., note 89, par. 90.

⁹³³ D. PINARD, préc., note 71, 97.

⁹³⁴ La connaissance d'office est normative, en ce qu'il s'agit d'une règle et non d'une situation de fait prouvée. La conclusion, par la connaissance d'office, qu'un fait existe est donc une conclusion de droit, révisable suivant la norme de la décision correcte : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 145. Comme il s'agit d'une question de droit, la conclusion du tribunal aura valeur de précédent : Sir Rupert CROSS et Collin TAPPER, *Cross & Tapper on Evidence*, 11th ed, Oxford University Press, 2007, p. 81. C'est pourquoi les traités de preuve recensent utilement des exemples de ce qui a été connu d'office, car ces exemples font jurisprudence. La professeure Danielle Pinard a affirmé que

Cette dispense est exceptionnelle, puisqu'elle pose une limite aux principes fondamentaux qui gouvernent l'administration de la preuve. Les professeurs Léo Ducharme et Charles-Maxime Panaccio les recensent ainsi :

Quatre principes régissent donc l'administration de la preuve : premièrement, le principe de neutralité du tribunal ; deuxièmement, le principe du caractère contradictoire de la preuve ; troisièmement, le principe du caractère public de l'instruction ; et quatrièmement, le droit des parties de transmettre au tribunal une information pleine et entière⁹³⁵.

Ces quatre principes sont susceptibles de souffrir lorsqu'une connaissance d'office élargie est reconnue⁹³⁶.

D'abord, le tribunal n'apparaît pas *neutre*⁹³⁷. Si un juge dispense de preuve une partie, il s'affranchit des contraintes de la preuve et peut favoriser sa thèse au lieu de conclure qu'elle n'a pas rempli son fardeau. Le juge obtient, sur les faits, une marge de manœuvre. Il peut aussi refuser de prendre connaissance d'office de certains faits sociaux, et s'exposer à la même critique de partialité dans ses conclusions factuelles⁹³⁸.

Dans l'affaire surnommée *Éric c. Lola*, la juge de première instance et certains juges majoritaires de la Cour suprême n'ont pas pris connaissance d'office de certains faits sociaux, dont l'absence de liberté de se marier ou non, dans le contexte où la constitutionnalité du droit de la famille était contestée pour

cela ignorait la distinction des faits et du droit, mais il faut dire que le juge n'a aucunement conclu sur la réalité à partir d'éléments de preuve. Il a directement appliqué la règle de droit sur la connaissance d'office pour voir si un fait devait juridiquement être tenu pour avéré, et puisqu'aucune preuve n'a été entendue par lui, la règle de la déférence envers les conclusions de fait n'a pas de raison de s'appliquer.

⁹³⁵ L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 89, par. 11. Voir aussi : Marilyn L. PILKINGTON, « Equipping Courts to Handle Constitutional Issues : The Adequacy of the Adversary System and its Techniques of Proof », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: Applying the Law of Evidence. Tactics and Techniques For the Nineties*, Scarborough, Carswell, 1991, p. 51, à la page 51.

⁹³⁶ Voir aussi : W. N. RENKE, préc., note 830, 927.

⁹³⁷ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 19.62 ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 139 :

Dans la conception classique du procès accusatoire et contradictoire, l'étendue de la connaissance judiciaire est très limitée. Les parties sont maîtres des faits et la règle de la neutralité du juge doit l'inciter à éviter de tenir compte d'un fait qui n'a pas été allégué et prouvé par un plaideur.

⁹³⁸ Voir : Patricia COCHRAN, « Taking Notice: Judicial Notice and the Community Sense in Anti-Poverty Litigation », (2007) 40 (2) *U.B.C. L. Rev.* 559, 566.

discrimination envers les conjoints de fait⁹³⁹. Ce refus a été fatal au succès de la demande et a conduit à certaines critiques, notamment de la part de la professeure Louise Langevin⁹⁴⁰.

Ensuite, la connaissance d'office, particulièrement lorsqu'elle est élargie, peut constituer une limite au *caractère contradictoire de la preuve*. Dans son article sur la preuve en matière constitutionnelle, le professeur Peter Hogg démontre ce raisonnement. Il écrit :

A court may make findings of fact on the basis of either evidence or judicial notice. Evidence is normally to be preferred to judicial notice. The rules of evidence provide safeguards against biased, unreliable, or untruthful evidence: by the requirement of an oath sanctioned by perjury, by exclusionary rules such as the hearsay rule, and especially by the opportunity for each party to cross-examine the witnesses produced by other parties and to adduce contradictory evidence. When a court takes judicial notice of the existence of a fact, these safeguards are absent⁹⁴¹.
[Notre soulignement]

La difficulté de tester ou de contredire la thèse factuelle avancée par le juge sous l'empire de la connaissance d'office justifie, sur le plan historique, son caractère exceptionnel. Cela incite plusieurs à suggérer une obligation d'aviser les parties préalablement pour leur permettre de présenter leurs observations⁹⁴². Le droit de transmettre *une information pleine et entière* le commande aussi.

Finalement, le *caractère public de l'instruction* est, à bien des égards, écarté lors de l'établissement de faits par la connaissance d'office. Des témoins experts ne sont pas entendus. Leurs rapports ou d'autres documents rapportant les faits législatifs ou sociaux n'ont pas à être systématiquement déposés au greffe du tribunal. Le juge peut favoriser la thèse factuelle d'une source parmi d'autres, sans

⁹³⁹ *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 77, par. 27 et 237 et suiv (le juge LeBel pour les juges Fish, Rothstein et Moldaver).

⁹⁴⁰ Louise LANGEVIN, « Liberté de choix et protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie » (2009), 54 *R.D. McGill* 697, 707.

⁹⁴¹ P. W. HOGG, préc., note 4, 394.

⁹⁴² *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu National*, [1977] 1 R.C.S. 456, 463 (le juge Pigeon pour la Cour) ; B. G. MORGAN, préc., note 475, à la p. 172 ; D. M. PACIOCCO, préc., note 27, à la page 47 ; E. M. MORGAN, préc., note 766, 293 ; D. PINARD, préc., note 71, 143 ; K. E. SWINTON, préc., note 111, p. 78 ; M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 279.

que les parties ou le public puissent prendre connaissance des autres sources qu'il a écartées.

Toutefois, la connaissance d'office a plusieurs avantages. Elle accélère énormément le déroulement des procédures judiciaires. Elle assure la confiance du public dans l'administration de la justice en empêchant les tribunaux de conclure à l'inexistence de faits connus de tous⁹⁴³. Les professeures Christine Boyle, Marilyn T. MacCrimmon et Dianne Martin écrivent :

Why is judicial notice permitted? It saves time. It promotes consistency. It protects the credibility of the judicial system in that it avoids factual determinations that are inconsistent with commonly accepted beliefs. Judicial notice is unavoidable. We could not possibly require evidence to establish all the information that comes into play in fact determination. We must assume some knowledge of the world, so that a good deal of what might be called tacit judicial notice or commonsense reasoning, as well as the more explicit version, necessary occurs⁹⁴⁴. [Notre soulignement]

La connaissance d'office des faits vise l'économie des ressources des parties et des tribunaux⁹⁴⁵. Elle permet aussi de prévenir des incohérences entre les décisions⁹⁴⁶.

Les avantages et les inconvénients de la connaissance d'office font en sorte que les tribunaux sont ambivalents quant à l'étendue à donner à cette dispense de preuve. Il est cependant possible de fédérer les conceptions historiques sur l'étendue de la connaissance d'office en deux écoles, que l'on attribue à deux professeurs de droit américains dont les écrits ont eu des échos majeurs dans la jurisprudence canadienne.

⁹⁴³ *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, préc., note 751, par. 57 (le juge Binnie pour la Cour) ; C. Piché, préc., note 37, par. 139.

⁹⁴⁴ C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 23.

⁹⁴⁵ D. PINARD, préc., note 71, 109. Lors de la justification des atteintes aux droits et libertés, on peut souvent constater une disproportion des moyens entre le poursuivant et l'accusé. Une masse de données gouvernementales s'oppose à des arguments de principe plaidés par l'accusé sans preuve : M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 340. Voir aussi : Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Making Equality Work in Family Law », (1997) 14 *Can. J. Fam. L.* 103, par. 21 : « [...] it may be financially irresponsible, for instance, to require expert testimony on such evidence where a written brief might be just as efficient ».

⁹⁴⁶ D. PINARD, préc., note 71, 110.

D'une part, le professeur Thayer, à la fin des années 1880, affirmait que les tribunaux connaissent ce que tout le monde sait : « [...] courts may and should notice without proof, and assume as known by others, whatever, as the phrase is, everybody knows »⁹⁴⁷. Qualifiée de « large »⁹⁴⁸ par le juge Binnie, la conception du professeur Thayer connaît toutefois des limites. Ce que tout le monde connaît, ce sont les faits ayant un grand niveau de généralité, mais non tous les faits généraux rapportés dans les ouvrages publiés. Thayer écrit :

Certain great facts in literature and in history will be noticed without proof ; e.g., what in a general way the Bible is, or Esop's Fables, or who Columbus was; but as to particular details of the contents of these books or of Columbus's discoveries, it may well be otherwise⁹⁴⁹. [Notre soulignement]

Pour le professeur Thayer, les faits historiques majeurs sont donc connus d'office, mais non les faits particuliers. Néanmoins, il n'a pas limité la connaissance d'office aux faits incontestables⁹⁵⁰. Pour lui, la connaissance d'office dépasse, par exemple, les faits géographiques qui sont absolument incontestables (i.e. l'état du Missouri est à l'est des Rocheuses) pour embrasser des faits que l'on peut raisonnablement présumer véridiques à défaut d'une preuve contraire⁹⁵¹.

D'autre part, le professeur Morgan, dans les années 1940, a présenté une version plus précise ou « stricte »⁹⁵² de la connaissance d'office des faits, qui inspire de nos jours la common law canadienne. Comme le professeur Thayer, il débute son analyse en exprimant la connaissance d'office comme ce qui est connu de tous. Il écrit :

That fund of general information must be at least as great as that of all reasonably well-informed persons in the community.

⁹⁴⁷ J. B. THAYER, préc., note 172, 305.

⁹⁴⁸ *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 49 (le juge Binnie pour la Cour).

⁹⁴⁹ J. B. THAYER, préc., note 172, 305.

⁹⁵⁰ Il a, par ailleurs, précisé que la connaissance d'office n'était qu'une présomption réfragable de l'existence d'un fait : J. B. THAYER, préc., note 172, 309 : « Taking judicial notice does not import that the matter is indisputable ».

⁹⁵¹ J. B. THAYER, préc., note 172, 309-310.

⁹⁵² *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 54 (le juge Binnie pour la Cour).

[...] the court, including both judge and jury, must take judicial notice of what everyone knows and uses in the ordinary process of reasoning about everyday affairs⁹⁵³. [Notre soulignement]

Le professeur Morgan fournit toutefois deux critères plus précis pour la connaissance d'office. Il écrit :

The party seeking judicial notice has the burden of convincing the judge that (a) the matter is so notorious as not to be the subject of dispute among reasonable men or (b) the matter is capable of immediate accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy⁹⁵⁴. [Notre soulignement]

En somme, suivant cette conception, la connaissance d'office couvre les faits raisonnablement incontestables qui sont notoires ou qui sont rapportés dans des sources facilement accessibles dont l'exactitude est incontestable⁹⁵⁵.

Cette expression de la connaissance d'office comme étant *ce que tout le monde sait* est celle qui a été employée historiquement par la Cour suprême du Canada. Cette maxime a toutefois été largement écartée dans les arrêts *Find*⁹⁵⁶ et *Spence*⁹⁵⁷, qui ont adopté, en tant que common law canadienne, les deux critères de Morgan que nous venons de citer.

Dans le présent chapitre, nous verrons qu'avant 1982, la jurisprudence sur la connaissance d'office des faits en matière constitutionnelle ne différait pas grandement de celle en matière ordinaire. Dans les deux cas, la voie par excellence d'établissement des faits était la preuve déposée lors du procès dans le respect des règles ordinaires du droit de la preuve.

Avant de s'intéresser à la jurisprudence constitutionnelle précédant la montée du constitutionnalisme et le rapatriement (2.2.2), nous recenserons la jurisprudence

⁹⁵³ E. M. MORGAN, préc., note 766, 272.

⁹⁵⁴ *Id.*, 286.

⁹⁵⁵ E. F. JUDGE, préc., note 766, à la p. 327 :

The facts must either themselves be beyond dispute because they are "notorious" (that is, generally known within the community) or they must be able to be referenced in easily accessed sources whose accuracy is beyond dispute.

⁹⁵⁶ *R. c. Find*, préc., note 175, par. 48 (la juge en chef McLachlin pour la Cour) ; E. F. JUDGE, préc., note 766, à la p. 332.

⁹⁵⁷ *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 51 (le juge Binnie pour la Cour).

ordinaire de la Cour suprême du Canada, de sa création à 1982, ayant abordé la question de la connaissance d'office des faits⁹⁵⁸ (2.2.1). Le droit subséquent est présenté dans les titres (2.3) et (2.4).

2.2.1 La jurisprudence en matière ordinaire avant 1982

Le critère permettant de connaître d'office « what everybody knows » a fait l'objet de références nombreuses dans les arrêts de la Cour suprême de sa création jusqu'à la première moitié du XX^e siècle. La Cour s'en remettait alors au « common knowledge »⁹⁵⁹. Cependant, ce critère était généralement plus restreint dans son application que ce que le professeur Thayer a pu envisager. Il fallait que le fait en question soit raisonnablement incontestable, ou même qu'il s'impose comme une évidence. Néanmoins, des mêmes juges, par exemple les juges en chef Rinfret et Duff, ont épousé tantôt une vision un peu plus restreinte, tantôt une vision un peu plus élargie de la connaissance d'office des faits dans les affaires non-constitutionnelles.

Dès 1884, la Cour suprême du Canada a montré son ouverture à reconnaître d'office certains faits économiques ou sociaux généraux bien connus. À l'occasion d'un litige d'assurances, l'arrêt *Merchants' Marine Ins. Co. v. Rumsey*, le juge en chef Sir William J. Ritchie a pris connaissance d'office qu'un navire dont la marchandise était assurée pour un voyage aller-retour entre Halifax et le Labrador dans les années 1870 allait contenir un chargement de poisson au retour⁹⁶⁰. Il s'agissait donc d'un fait assez précis, mais hautement probable suivant les faits du dossier et les circonstances économiques générales de la région.

⁹⁵⁸ Cette distinction de la connaissance d'office en général et de la connaissance d'office en matière constitutionnelle est d'ailleurs la méthode qui a été employée par la professeure Danielle Pinard dans deux articles majeurs publiés il y a maintenant plus de vingt ans : D. PINARD, préc., note 71 ; D. PINARD, préc., note 32.

Nous n'avons pas recensé les cas de connaissance d'office de la géographie, puisque ces faits sont généralement absolument incontestables au point de rendre inutile l'énumération des arrêts en traitant.

⁹⁵⁹ *Columbia Bithulic Co. v. British Columbia Electric Railway Co.*, [1917] 55 S.C.R. 1, 36 (le juge Anglin).

⁹⁶⁰ *Merchants' Marine Ins. Co. v. Rumsey* [1884] 9 S.C.R. 577, 582 (le juge en chef Ritchie).

En 1917, dans l'arrêt *Columbia Bithulic Co. v. British Columbia Electric Railway Co*, une affaire de responsabilité civile, le juge Anglin a pris connaissance d'office du fait que les tramways électriques ne sont pas équipés de sifflet à vapeur ou de cloches pouvant avertir les personnes aux intersections. Il a écrit : « Evidence to that effect was not given, it is true, but it is a matter of such common knowledge that it is a proper subject of judicial notice [...] »⁹⁶¹.

En 1937, dans l'arrêt *McKesson & Robbins Ltd. v. Biermans*, le juge Rinfret a « presque » pris connaissance d'office de la raison d'être d'une clause contractuelle usuelle au Québec⁹⁶².

En 1973, dans l'arrêt *Mennonite Home Association*, une affaire fiscale qui visait à déterminer si une institution était à but philanthropique, le juge Spence a pris connaissance d'office du fait qu'un revenu annuel de 2100\$ était sous le seuil de la pauvreté à l'époque du jugement⁹⁶³.

L'arrêt *Knowlton* portait sur une accusation criminelle d'entrave au travail des policiers qui protégeaient le président du conseil d'Union soviétique en visite au Canada. La Cour suprême du Canada a jugé qu'il est notoire que la présence de dignitaires étrangers pose des problèmes de sécurité qui touchent le travail des policiers⁹⁶⁴. Le juge de première instance devait également prendre connaissance d'office d'une attaque survenue auparavant contre ce même dignitaire peu de temps auparavant.

Cependant, la Cour suprême du Canada refusait de prendre connaissance d'office des faits trop particuliers. En 1924, dans *Redican v. Nesbitt*, une affaire liée à une vente immobilière, le juge Idington a refusé de prendre connaissance d'office de faits particuliers liés aux îles de Toronto où était situé l'immeuble vendu⁹⁶⁵. De

⁹⁶¹ *Columbia Bithulic Co. v. British Columbia Electric Railway Co*, [1917] 55 S.C.R. 1, 36 (le juge Anglin).

⁹⁶² *McKesson & Robbins Ltd. v. Biermans*, [1937] S.C.R. 113, 121 (le juge Rinfret pour la majorité).

⁹⁶³ *Assessment Commissioner c. Mennonite Home Association*, [1973] R.C.S. 189, 197 (le juge Spence pour la majorité).

⁹⁶⁴ *Knowlton c. R.*, [1974] R.C.S. 443, 447 (le juge en chef Fauteux pour la Cour).

⁹⁶⁵ *Redican v. Nesbitt*, [1924] S.C.R. 135, 137 (le juge Idington).

même, en 1933, dans l'arrêt *National Trust Co.*, une affaire sur le *situs* d'un bien en application de l'impôt successoral du Québec et sur la constitutionnalité des dispositions provinciales à cet égard, la Cour suprême du Canada a refusé de prendre connaissance d'office des affaires du Canadien National dans la ville de New York, malgré la notoriété de ce fait⁹⁶⁶. En 1934, dans *Western Electric Co., Inc., et al. v. Baldwin International Radio of Canada*, un litige pour violation d'un brevet d'invention, la Cour suprême a également refusé de prendre connaissance d'office de faits spécifiques touchant l'ingénierie électrique⁹⁶⁷. En 1941, dans l'arrêt *Gauvremont v. The Prudential Ins. Co. of America*, un appel en matière civile en provenance du Québec, le juge Rinfret a refusé de prendre connaissance d'office de la similitude entre deux maladies⁹⁶⁸. Finalement, en 1971, dans l'arrêt *Gouvernement de la République Démocratique du Congo c. Venne*, où ce pays opposait l'immunité des États à un architecte demandant le paiement du prix de ses services, la majorité de la Cour a refusé de prendre connaissance d'office du règlement d'Expo 67 qui avait été déposé pour la première fois devant elle⁹⁶⁹.

Néanmoins, en 1978, dans l'arrêt *Arnold c. Teno*, une affaire de responsabilité civile en Ontario, le juge Spence a pris connaissance d'office de l'inflation future pour établir le quantum des dommages⁹⁷⁰. La décision *Lindal*, rendue sur le même sujet, a toutefois restreint cette ouverture, puisque le juge Dickson (plus tard juge en chef) a alors affirmé :

Un tribunal peut prendre connaissance d'office de l'existence d'une tendance inflationniste, mais je n'estime pas qu'il puisse normalement ainsi prendre connaissance du taux d'inflation mensuel ou annuel précis⁹⁷¹.

⁹⁶⁶ *The King v. National Trust Co.*, [1933] S.C.R. 670, 686 (le juge en chef Duff pour la Cour).

⁹⁶⁷ *Western Electric Co., Inc., et al. v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] S.C.R. 570, 586 (le juge en chef Duff pour la Cour).

⁹⁶⁸ *Gauvremont v. The Prudential Ins. Co. of America*, [1941] S.C.R. 139, 153 (le juge Rinfret pour le juge Crocket)

⁹⁶⁹ *Gouvernement de la République Démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997, 1008-1009 (le juge Ritchie pour la majorité).

⁹⁷⁰ *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, 327 (le juge Spence pour le juge en chef Laskin et les juges Judson et Dickson, motifs concordants)

⁹⁷¹ *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629, 641 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour).

Les tendances de l'inflation sont connues d'office, mais non les chiffres précis destinés à être appliqués pour fixer le quantum. Les principes généraux de l'économie étaient donc connus d'office.

Au fil du premier siècle d'existence de la Cour suprême du Canada, la connaissance d'office jouait, dans les affaires non-constitutionnelles, un rôle restreint, mais important. Si elle est inapplicable aux faits médicaux⁹⁷² ou d'ingénierie spécialisés⁹⁷³, elle couvre les faits de la vie quotidienne⁹⁷⁴, les faits économiques généraux⁹⁷⁵ ou ceux relatifs au monde des affaires⁹⁷⁶ avec lesquels, on le sent, les juges sont beaucoup plus à l'aise que les faits relatifs aux sciences de la nature. Les faits trop particuliers en sont exclus⁹⁷⁷.

2.2.2 La jurisprudence en matière constitutionnelle avant 1982

Le droit en matière de connaissance d'office des faits était le même en matière constitutionnelle que dans les affaires ordinaires. La preuve, particulièrement par témoignage ordinaire ou d'expert, était le mode principal d'établissement des faits dans ces affaires, et la connaissance d'office était l'exception.

La professeure Danielle Pinard a toutefois eu l'impression contraire. Elle écrit :

Il semble d'ailleurs que la connaissance d'office ait historiquement été considérée comme le premier et seul mode adéquat d'accès aux faits, dans

⁹⁷² *Gauvrement v. The Prudential Ins. Co. of America*, [1941] S.C.R. 139, 153 (le juge Rinfret pour le juge Crocket).

⁹⁷³ *Western Electric Co., Inc., et al. v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] S.C.R. 570, 586 (le juge en chef Duff pour la Cour).

⁹⁷⁴ *Columbia Bithulic Co. v. British Columbia Electric Railway Co.*, [1917] 55 S.C.R. 1, 36 (le juge Anglin).

⁹⁷⁵ *Merchants' Marine Ins. Co. v. Rumsey* [1884] 9 S.C.R. 577, 582 (le juge en chef Ritchie) ; *Assessment Commissioner c. Mennonite Home Association*, [1973] R.C.S. 189, 197 (le juge Spence pour la majorité) ; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, 327 (le juge Spence pour le juge en chef Laskin et les juges Judson et Dickson, motifs concordants) ; *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629, 641 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour).

⁹⁷⁶ *McKesson & Robbins Ltd. v. Biermans*, [1937] S.C.R. 113, 121 (le juge Rinfret pour la majorité).

⁹⁷⁷ *Redican v. Nesbitt*, [1924] S.C.R. 135, 137 (le juge Idington) ; *The King v. National Trust Co.*, [1933] S.C.R. 670, 686 (le juge en chef Duff pour la Cour).

un contexte où le raisonnement judiciaire était cependant marqué au coin du formalisme et où les faits jouaient rarement un rôle central⁹⁷⁸.

Il est vrai qu'au cours de la procédure de renvoi du gouvernement, la preuve autre que celle jointe au décret était exceptionnellement admissible à l'époque (2.2.2.1). Mais la preuve était admise lors des procès de première instance (2.2.2.2) et la connaissance d'office avait un rôle accessoire pour établir les faits notoires et raisonnablement incontestables (2.2.2.3).

2.2.2.1 Les faits contenus au décret, la preuve et la connaissance d'office lors des renvois avant 1982

Lorsque le gouvernement demande à un tribunal d'appel de se prononcer sur une question constitutionnelle, un procès de première instance n'a généralement pas été tenu. S'est donc posée la question de l'admissibilité des preuves supplémentaires aux documents joints au décret du gouvernement saisissant la Cour. Admise en 1939, refusée en 1950, la preuve est maintenant admissible lors de la procédure de renvoi. Pourtant, même lorsque la preuve était refusée, les tribunaux ont affirmé une préoccupation à l'égard de la fiabilité des documents présentés par le gouvernement ayant procédé au renvoi.

En 1950, dans le renvoi sur les baux en temps de guerre, le juge en chef Rinfret a indiqué qu'en raison de leur nature consultative, les renvois ne pouvaient pas être rendus à partir d'une preuve « nouvelle ». Les seuls faits considérés devaient appartenir à la connaissance d'office ou être énoncés dans le décret de renvoi ou dans des documents qui y sont joints. Le juge en chef Rinfret écrit :

But precisely on account of their character the opinions are supposed to be given on the material which appears in the Order of Reference and the Court is not expected to look to outside evidence. It is clear that the Court may take into consideration any fact which is of common, or public, knowledge, or of which it could ordinarily take judicial notice. Otherwise, however, excepting very exceptional cases, which it would be quite impossible to enumerate and in respect of which the present Reference is

⁹⁷⁸ D. PINARD, préc., note 32, 327. Voir aussi : F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 86 : « Plus incertains et faisant l'objet d'approximations et d'évaluations, les faits législatifs et sociaux ont, pendant longtemps, été admis par application de la règle de la connaissance d'office ».

not concerned, the Court is limited to the statements of fact contained in the Order of Reference⁹⁷⁹. [Notre soulignement]

Pour le juge en chef Rinfret, une demande en inconstitutionnalité d'une loi appelant une preuve factuelle doit se faire devant les tribunaux de première instance, et non par renvoi devant les tribunaux d'appel⁹⁸⁰. Il reconnaît que les tribunaux de première instance pourraient être amenés à contredire la réponse d'un tribunal d'appel à un renvoi du gouvernement, advenant qu'ils soient saisis de la même question et que la preuve présentée conduite à un résultat différent⁹⁸¹.

Cependant, comme le professeur Peter Hogg l'a souligné⁹⁸², une enquête avait été tenue par le registraire de la Cour suprême du Canada lors du renvoi sur les Esquimaux de 1939 et des expertises ont été produites⁹⁸³. Cela signifie que la règle formulée par le juge en chef Rinfret n'a pas été appliquée uniformément dans les dossiers antérieurs.

De plus, même en contexte de renvoi, la Cour suprême du Canada et le Comité judiciaire du Conseil privé britannique s'efforçaient généralement d'évaluer la véracité des faits rapportés dans le décret de renvoi ou dans les documents joints.

L'exactitude d'un rapport d'ingénieur annexé au décret de renvoi sur la radio a été l'objet d'une remarque par le juge Smith. Il écrit :

The principles underlying radio communication are set out in an article compiled by J. W. Bain, radio engineer of the Marine Department, and printed in the case. This document is inserted for the convenience of the court, and it is stated that its accuracy may be verified by reference to the

⁹⁷⁹ *Reference re Wartime Leasehold Regulations*, préc., note 276, 126 (le juge en chef Rinfret). Voir aussi : P. W. HOGG, préc., note 4, 390 et suiv.

⁹⁸⁰ *Reference re Wartime Leasehold Regulations*, préc., note 276, 128 (le juge en chef Rinfret).

⁹⁸¹ *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200, 228 (le juge Duff pour la majorité) :
[...] when a concrete case is presented for the practical application of the principles discussed, it may be found necessary, under the light derived from a survey of the facts, to modify the statement of such views as are herein expressed.

⁹⁸² P. W. HOGG, préc., note 4, 391 et 392. L'essentiel des autres exemples donnés par le professeur Hogg, où des faits ont été considérés dans des renvois, respectent toutefois la règle énoncée par le juge en chef Rinfret, puisqu'ils tombent sous la connaissance d'office ou ont été joints au décret de renvoi.

⁹⁸³ *Reference as to whether "Indians" includes in s. 91 (24) of the B.N.A. Act includes Eskimo in habitants of the Province of Quebec*, préc., note 352 ; P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-17 ; P. W. HOGG, préc., note 4, 388.

various standard textbooks on the subject. Its general accuracy was, I think, not controverted, and I therefore resort to this document for a brief general description of how radio communication is effected⁹⁸⁴. [Notre soulignement]

Il y avait donc une préoccupation quant à la fiabilité de ce moyen d'établissement des faits.

Dans le renvoi sur la margarine, le Parlement de l'époque avait édicté en préambule que ce produit était nocif dans le but d'en sauver la constitutionnalité par sa compétence sur le droit criminel. Le gouvernement subséquent ayant demandé le renvoi a déclaré dans son décret que la margarine n'a pas d'effet préjudiciable particulier sur la santé⁹⁸⁵. Cela a été considéré de la même manière qu'un aveu judiciaire par les tribunaux, et la loi a été déclarée inconstitutionnelle. Lord Morton of Henryton, au nom du Comité judiciaire du Conseil privé, écrit :

Their Lordships think it sufficient to say, in answer to this third argument, that the prohibition now under consideration relates to civil rights within each of the Provinces and that neither the facts set out in the Order of Reference, nor any other facts of which their Lordships could take judicial notice, lead to the conclusion that there exist in the present case the conditions which may override the normal distribution of powers in ss. 91 and 92⁹⁸⁶.

La connaissance d'office n'a pas suffi pour établir des faits permettant de sauver la constitutionnalité de cette loi criminalisant la margarine.

Cette règle d'irrecevabilité de la preuve lors de la procédure de renvoi ne tient plus depuis le *Renvoi : Loi anti-inflation*⁹⁸⁷ et depuis l'édition du paragraphe 46 (2) des *Règles de la Cour suprême du Canada*. Ces dernières disposent que « la Cour peut, de sa propre initiative, exiger des éléments de preuve supplémentaires sur

⁹⁸⁴ *Reference re Regulation and Control of Radio Communication*, préc., note 428, 569 (le juge Smith).

⁹⁸⁵ *Reference re Validity of Section 5 (a) Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, 40 (le juge Taschereau).

⁹⁸⁶ *Reference Re Validity of Section 5(a) of The Dairy Industry Act, Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General of Quebec et al.*, 1950 CanLII 342 (UK JCPC), [1950] 4 D.L.R. 689, 700 (Lord Morton of Henryton pour le Comité).

⁹⁸⁷ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 422-423 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson) ; P. W. HOGG, préc., note 4, 404.

toute question qu'elle juge pertinente »⁹⁸⁸. Loin d'être similaire à l'opinion juridique des juristes de l'État, comme a pu dire le Lord chancelier Loreburn à l'époque⁹⁸⁹, les renvois se rapprochent désormais davantage d'une saisine véritable et directe des tribunaux d'appel⁹⁹⁰.

2.2.2.2 *L'importance de la preuve dans les affaires constitutionnelles ayant fait l'objet d'un procès en première instance*

Ce refus de recevoir de la preuve en contexte de renvoi n'était pourtant pas applicable aux demandes constitutionnelles devant les tribunaux de première instance.

En appel du renvoi sur la taxation des banques en Alberta en 1938, le Comité judiciaire du Conseil privé britannique a souligné l'importance de la preuve dans les affaires constitutionnelles. Le Lord chancelier Maugham écrit :

The next step in a case of difficulty will be to examine the effect of the legislation [...]. For that purpose the Court must take into account any public general knowledge of which the Court would take judicial notice, and may in a proper case require to be informed by evidence as to what the effect of the legislation will be⁹⁹¹. [Notre soulignement]

Contrairement aux renvois, les litiges constitutionnels ayant débuté en première instance pouvaient et devaient être adjugés à partir de la preuve fournie par les parties.

Dans l'arrêt *Brooks-Bidlake v. British Columbia (Attorney General)* en 1923, une affaire de partage des compétences sur les étrangers sur fond de discrimination dans l'émission de permis à l'encontre de citoyens japonais et chinois, une

⁹⁸⁸ *Règles de la Cour suprême du Canada*, préc., note 345, par. 46(2).

⁹⁸⁹ *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, 1912 CanLII 407 (UK JCPC), [1912] 3 D.L.R. 509, 517, « But the answers are only advisory, and will have no more effect than the opinions of the Law Officers », cité avec approbation dans *Reference re Wartime Leasehold Regulations*, préc., note 276, 126 (le juge en chef Rinfret).

⁹⁹⁰ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, par. X.123.

⁹⁹¹ *Alberta (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, préc., note 430, 438-439 (Lord Maugham L.C.). Voir aussi : B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 267.

déclaration assermentée avait été reçue pour décrire les faits adjudicatifs nécessaires à l'adjudication constitutionnelle⁹⁹².

Une déclaration assermentée a aussi été utilisée par le juge Kerwin dans l'arrêt *Johannesson v. Municipality of West St. Paul* en 1952, qui portait sur la constitutionnalité d'un règlement municipal sur l'emplacement des activités aéroportuaires, afin de démontrer l'importance de l'aviation au Canada au sens du paragraphe liminaire de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹⁹³.

De même, dans l'arrêt *Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia* en 1960, le président de la compagnie appelante a témoigné afin de démontrer l'effet réel d'une taxe provinciale sur le minerai de fer⁹⁹⁴. Cette taxe avait pour effet de rendre toute exploitation déficitaire. Au même moment, le parlement provincial avait créé une subvention pour les compagnies procédant à la fusion du minerai extrait dans la province, ce qui faisait en sorte que ce système, pris ensemble, visait à taxer l'exportation. Cela était *ultra vires*.

Dans une affaire portant sur la constitutionnalité du monopole public d'assurance automobile en Colombie-Britannique, une preuve testimoniale et documentaire abondante a été déposée devant la Cour suprême de la province quant aux faits législatifs touchant la question soulevée⁹⁹⁵.

Dans l'affaire *Central Canada Potash*, une preuve importante a été présentée à la Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan. Cette preuve comprenait le témoignage *viva voce* du gouverneur du Nouveau-Mexique. Elle visait à établir les

⁹⁹² *Brooks-Bidlake v. British Columbia (Attorney General)*, 1923 CanLII 537 (UK JCPC), [1923] 2 D.L.R. 189, 193 (le Vicomte Cave L.C.)

⁹⁹³ *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, préc., note 429, 308 (le juge Kerwin).

⁹⁹⁴ *Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, préc., note 431, 717 (le juge Locke pour la Cour).

⁹⁹⁵ *Canadian Indemnity Company v. British Columbia (Attorney General)*, 1974 CanLII 1099 (BC SC), p. 53 et suiv. Voir aussi : B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 287.

faits législatifs touchant le marché de la potasse régit par le règlement provincial qui était contesté en vertu du partage des compétences⁹⁹⁶.

En somme, ces décisions ont admis la preuve testimoniale orale ou écrite, et démontrent que la preuve était admissible et était la voie habituelle d'établissement des faits dans les affaires constitutionnelles ayant émané des tribunaux de première instance.

2.2.2.3 *Le rôle accessoire de la connaissance d'office en matière constitutionnelle avant 1982*

La connaissance d'office jouait également un rôle important en matière constitutionnelle, mais plus limité que la véritable preuve fournie par les parties. Il était similaire au rôle joué par la connaissance d'office dans les affaires ordinaires. Le droit en matière de connaissance d'office n'était donc pas, avant 1982, différent dans les affaires constitutionnelles.

Le renvoi relatif aux eaux de 1929 était une affaire sur le partage de la compétence sur la navigation et la puissance hydraulique et sur le partage de la propriété des lits des étendues d'eau. Même si la Cour suprême du Canada a ouvert la porte à la connaissance d'office de la géographie et des faits historiques, elle a jugé que ce mode d'établissement des faits n'était pas suffisant pour répondre entièrement aux questions soumises à la Cour par le gouvernement fédéral⁹⁹⁷. Elle a d'ailleurs accueilli une objection du Procureur général de l'Ontario à l'inclusion d'une annexe au mémoire du procureur général du Canada portant sur les faits⁹⁹⁸. Cette décision indiquait que seuls les tribunaux de première instance pouvaient trancher de telles questions factuelles à partir d'une preuve en bonne et due forme. D'une part, la méthode du Brandeis Brief était rejetée et, d'autre part, la Cour indiquait que le gouvernement fédéral devait saisir les tribunaux de première instance et faire une véritable preuve pour obtenir des réponses à ses questions.

⁹⁹⁶ *Central Canada Potash Co. v. Saskatchewan (Attorney General)*, 1975 CanLII 824 (SK QB), par. 139 et suiv. Voir aussi : B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 287.

⁹⁹⁷ *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200, 233 (le juge Smith, motifs concordants).

⁹⁹⁸ Jugement en cours d'instance cité dans *Reference re Wartime Leasehold Regulations*, préc., note 276, 127 (le juge en chef Rinfret).

Dans le renvoi sur la taxation des banques en Alberta, la loi créditiste imposant une taxe importante aux banques a été jugée inconstitutionnelle notamment en vertu du fait, connu d'office, qu'une telle taxe pousserait les banques au déficit. Reprenant la maxime citée par les professeurs Thayer et Morgan⁹⁹⁹, le juge en chef Duff a affirmé que les tribunaux connaissent ce qui est connu des gens intelligents en général. Il écrit :

In our opinion, it requires no demonstration to show that such a rate of taxation must be prohibitive in fact and must be known to the Alberta legislature to be prohibitive. It is our duty, as judges, to take judicial notice of facts which are known to intelligent persons generally; and any suggestion that the profits of banking as carried on in Canada could be such as to enable banks to pay taxes to the provinces of such magnitude, having regard to the other burdens, such as municipal rates, which are levied upon them in Canada, as well as the taxes paid in foreign countries, would be incontinently rejected by anybody possessing the most rudimentary acquaintance with affairs¹⁰⁰⁰. [Notre soulignement]

Cette connaissance d'office des faits économiques ne s'écartait pas véritablement de celle employée dans les litiges ordinaires de la même époque¹⁰⁰¹.

Dans le renvoi sur les baux en temps de guerre, les juges Rand et Kellock ont pris connaissance d'office du fait que les perturbations économiques causées par la guerre n'étaient pas disparues à l'époque du renvoi¹⁰⁰². Ces faits justifiaient la législation fédérale sur les baux en vertu du pouvoir d'urgence.

Dans *Sigeareak El-53*, une affaire autochtone, la Cour suprême du Canada a pris connaissance d'office du fait que le caribou chassé dans les faits appartenait à la sous-espèce du caribou de la tundra. Seul ce type de caribou habitait la région¹⁰⁰³.

Dans l'arrêt *Curr*, qui portait sur la compatibilité de l'obligation de se soumettre à l'alcootest avec la *Déclaration canadienne des droits*¹⁰⁰⁴, le juge Laskin (plus tard

⁹⁹⁹ J. B. THAYER, préc., note 172, 305 ; E. M. MORGAN, préc., note 766, 272.

¹⁰⁰⁰ *Reference Re Alberta Statutes - The Bank Taxation Act; The Credit of Alberta Regulation Act; and the Accurate News and Information Act*, [1938] S.C.R. 100, 128-129 (le juge en chef Duff pour le juge Davis), conf. par *Alberta (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, préc., note 430.

¹⁰⁰¹ *Supra*, notes 975 et 976.

¹⁰⁰² *Reference re Wartime Leasehold Regulations*, préc., note 276, 146 (le juge Rand) et 154 (le juge Kellock).

¹⁰⁰³ *Sigeareak El-53 v. The Queen*, [1966] S.C.R. 645, 652 (le juge Hall pour la Cour).

juge en chef) a pris connaissance d'office du coût en vies humaines et en argent de la conduite en état d'ébriété¹⁰⁰⁵.

Dans l'arrêt *Calder*, qui portait sur une revendication de titre aborigène en Colombie-Britannique, la majorité ne s'est pas prononcée explicitement sur la connaissance d'office. Le seul ouvrage d'histoire cité¹⁰⁰⁶ avait été admis en preuve en tant que pièce. Son auteur avait témoigné au procès¹⁰⁰⁷.

La dissidence du juge Hall pour les juges Laskin et Spence a toutefois épousé une vision large de la connaissance d'office de l'histoire, même contemporaine. Il écrit :

The Court may take judicial notice of the facts of history whether past or contemporaneous: *Monarch Steamship Co. Ltd. v. A/B Karlshamms Oljefabriker*, at p. 234, and the Court is entitled to rely on its own historical knowledge and researches: *Read v. Lincoln*, Lord Halsbury at pp. 652-4¹⁰⁰⁸.

Pour ces juges, les faits historiques feraient l'objet d'une connaissance d'office presque illimitée. Examinons les deux arrêts cités par le juge Hall au soutien d'une connaissance d'office élargie de l'histoire.

Le premier arrêt cité, *Monarch Steamship v. Karlshamns Oljefabriker*, portait sur un bris de contrat dans le contexte de la Seconde Guerre mondiale. Lord du Parcq, à la Chambre des Lords, a pris connaissance d'office qu'au moment de la conclusion du contrat, le risque de guerre était connu de tous, et que la connaissance d'office couvre les faits historiques passés et contemporains. Il écrit :

I also agree that there was at the material date a general fear of war. Your Lordships are entitled, as were the Scottish Courts, to take judicial notice of the facts of history, whether past or contemporaneous with ourselves. The

¹⁰⁰⁴ *Déclaration canadienne des droits*, préc., note 472.

¹⁰⁰⁵ *Curr c. La Reine* [1972] R.C.S. 889, 903 (le juge Laskin [plus tard juge en chef] pour la majorité).

¹⁰⁰⁶ *Calder et al. c. Colombie-Britannique (Procureur general)*, [1973] R.C.S. 313, 319 (le juge Judson pour la majorité).

¹⁰⁰⁷ *Id.*, 360 (le juge Hall pour la dissidence).

¹⁰⁰⁸ *Id.*, 346 (le juge Hall pour la dissidence). Ce passage figurait dans l'arrêt *R. v. White and Bob*, 1964 CanLII 452 (BC CA), 50 D.L.R. (2d) 613, 629 (le juge Norris), et a été cité dans l'arrêt *R. c. Sioui*, préc., note 31, 1050 (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la Cour).

Prime Minister's announcement on 31st March 1939 of the guarantee given to Poland was a definite landmark in the history of the world¹⁰⁰⁹.

Il ne s'agissait pas de faits historiques spécialisés ou controversés, mais de faits notoires faisant partie de la « grande histoire » du Royaume-Uni et du monde.

Le second arrêt cité, *Read v. Bishop of Lincoln*, est une affaire ecclésiastique anglaise qui portait sur le rituel anglican. Un évêque était poursuivi pour s'être éloigné du cérémonial contemporain au profit de pratiques anciennes datant de la Réforme et teintées de catholicisme. Dans cette rare situation où il avait compétence en Angleterre (et non pas seulement sur les colonies), le Comité judiciaire du Conseil privé a statué que les tribunaux peuvent faire leur propre recherche lorsque cela concerne l'histoire publique et ancienne¹⁰¹⁰. Le contexte procédural de cette décision est néanmoins très particulier : le Comité judiciaire siégeait en appel d'une cour archiépiscopale. Les juges étaient assistés de trois évêques en qualité d'assesseurs. L'archevêque, qui était juge en première instance, était dans une position similaire à un juge administratif, dont il est reconnu que la connaissance d'office est élargie dans les matières entrant dans son expertise¹⁰¹¹. En effet, l'archevêque est nommé pour exercer des fonctions juridictionnelles en raison de sa connaissance du rituel religieux, et pour statuer d'autorité sur les normes régissant ce rituel.

¹⁰⁰⁹ *Monarch Steamship v. Karlshamns Oljefabriker*, [1948] UKHL 1 (Lord du Parcq).

¹⁰¹⁰ *Read and others v. The Bishop of Lincoln (The Arches Court of Canterbury)*, [1892] UKPC 46, p. 3 (Lord Halsbury L.C. pour le Comité).

¹⁰¹¹ *Syndicat des professionnelles en soins de Québec (SPSQ-FIQ) c. CSSS de Rivière-du-Loup*, 2015 QCCA 1127, par. 22 (la juge Bich pour la Cour) ; P. GARANT, préc., note 72, 847 ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 142 :

Devant des tribunaux administratifs ou spécialisés ou devant des arbitres, la connaissance judiciaire des faits est encore plus étendue. Les membres de ces tribunaux sont souvent nommés en raison de leurs connaissances et de leur expérience dans un domaine spécialisé.

De plus, la nomination d'assesseurs auprès d'un tribunal, en l'occurrence le Comité judiciaire du Conseil privé, élargit aussi habituellement la connaissance d'office : R. CROSS et C. TAPPER, préc., note 172, p. 83. C'est du moins le cas en matière maritime et d'amirauté, où la preuve d'expert portant sur les domaines de compétence d'un marin assesseur est irrecevable, puisque l'assesseur est nommé pour informer les juges sur ces questions factuelles : *Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais c. Belcan S.A.*, préc., note 337, par. 9 (le juge Pratte pour la majorité).

À la lumière de ces arrêts britanniques et de l'arrêt *Calder* qui les cite, la connaissance d'office de l'histoire n'apparaissait pas illimitée¹⁰¹².

Même dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, le juge en chef Laskin a jugé que la connaissance d'office ne couvre pas tous les faits, puisqu'elle ne couvre que les faits notoires¹⁰¹³. Dans cet avis de la Cour, qui est un jalon important dans l'admissibilité des faits et des preuves en matière constitutionnelle, le juge en chef Laskin considère que si la situation n'est pas « claire »¹⁰¹⁴, il faut en faire la preuve¹⁰¹⁵.

La connaissance d'office a bien sûr un rôle à jouer. Alors que la Cour suprême du Canada rejetait unanimement une demande pour faire déclarer la peine de mort contraire à la *Déclaration canadienne des droits*¹⁰¹⁶, un texte sur les peines cruelles presque identique à celui repris dans la *Charte*, le juge en chef Laskin a pris connaissance d'office du clivage politique entre les opposants et les partisans de cette peine. Il a reconnu d'office qu'une partie indéterminée de la population était contre cette peine et qu'une autre partie, substantielle, ne trouvait rien de révoltant ou de répugnant à ce que cette peine soit imposée aux meurtriers de policiers ou de gardiens de prison¹⁰¹⁷. Que l'on soit pour ou contre cette peine, le fait que l'opinion publique soit partagée sur la question de l'opportunité de la peine de mort est raisonnablement incontestable.

Dans l'arrêt *Simpsons-Sears Ltée*, qui portait sur le partage de la compétence en matière de taxation, le juge en chef Laskin a pris connaissance d'office de la possibilité pour une entreprise de refilet le montant d'une taxe aux consommateurs

¹⁰¹² *Contra* : L. DUCHARME, préc., note 89, par. 87 :

Le recours, par le tribunal, à des sources externes s'avère particulièrement indiqué lorsqu'il doit prendre connaissance d'office de faits historiques. Afin de l'orienter dans ses recherches et lui permettre d'identifier avec précision la réalité historique essentielle à la solution du litige, il est permis aux parties de produire des études et des documents.

¹⁰¹³ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 423 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson).

¹⁰¹⁴ *Id.*

¹⁰¹⁵ *Contra* : P. W. HOGG, préc., note 4, 408.

¹⁰¹⁶ *Déclaration canadienne des droits*, préc., note 472, al. 2b) : « infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition ».

¹⁰¹⁷ *Miller et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, 697 (le juge Laskin [plus tard juge en chef] pour les juges Spence et Dickson, motifs concordants).

lorsque les circonstances économiques et concurrentielles le permettent¹⁰¹⁸. Il a tout de même jugé que cette taxe provinciale demeurerait constitutionnellement une taxe directe, et qu'elle était donc valide. Cette connaissance d'office des faits économiques n'est pas différente de celle employée dans les litiges ordinaires de la même époque¹⁰¹⁹, puisque le juge en chef Laskin réfère aux considérations économiques qui sont « évidentes »¹⁰²⁰.

Néanmoins, les parties ont pu, de temps à autre, s'inspirer de la pratique américaine du Brandeis Brief. Cette pratique consiste à joindre des éléments factuels aux mémoires d'appel afin d'inciter les tribunaux à prendre connaissance d'office de faits législatifs et sociaux¹⁰²¹. Le professeur Peter Hogg écrit :

There is no doubt that from time to time social science data, or other extrinsic material, has been included in the factums of the parties in constitutional cases. The *Alberta Bank Taxation Reference* and the *Unemployment Insurance Reference* have already been mentioned as examples of cases where the factums served as vehicles for the presentation of facts. A thorough search of the Supreme Court files would undoubtedly uncover other examples¹⁰²².

Le professeur Hogg, dans les années 1970, a considéré cette réalité comme évidente. Cependant, comme notre recension de la jurisprudence de l'époque le démontre, cette pratique n'a pas conduit à un élargissement reconnu de la connaissance d'office.

Entre autres, les décisions *Reference Re Alberta Statutes*¹⁰²³ de 1938, *Reference re Wartime Leasehold Regulations*¹⁰²⁴ de 1950, *Sigeareak EI-53*¹⁰²⁵ de 1966,

¹⁰¹⁸ *Ministre des Finances du Nouveau-Brunswick et autre c. Simpsons-Sears Ltée*, [1982] 1 R.C.S. 144, 161 (le juge en chef Laskin pour la Cour).

¹⁰¹⁹ *Supra*, notes 975 et 976.

¹⁰²⁰ *Ministre des Finances du Nouveau-Brunswick et autre c. Simpsons-Sears Ltée*, préc., note 1018, 161 (le juge en chef Laskin pour la Cour). Voir aussi : *Newfoundland and Labrador Corporation Ltd. et autre c. Procureur général de Terre-Neuve*, [1982] 2 R.C.S. 260, 278 (le juge Martland pour la Cour).

¹⁰²¹ P. W. HOGG, préc., note 4, 395 ; D. PINARD, préc., note 81.

¹⁰²² P. W. HOGG, préc., note 4, 398.

¹⁰²³ *Reference Re Alberta Statutes - The Bank Taxation Act; The Credit of Alberta Regulation Act; and the Accurate News and Information Act*, préc., note 1000, 128-129 (le juge en chef Duff pour le juge Davis), conf. par *Alberta (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, préc., note 430.

¹⁰²⁴ *Reference re Wartime Leasehold Regulations*, préc., note 276, 146 (le juge Rand) et 154 (le juge Kellock).

*Curr*¹⁰²⁶ de 1972, *Miller*¹⁰²⁷ de 1977 et *Simpsons-Sears*¹⁰²⁸ de 1982 confirment que la connaissance d'office peut servir à établir les faits raisonnablement incontestables, mais les renvois *Reference re Waters and Water-Powers*¹⁰²⁹ de 1929 et *Renvoi : Loi anti-inflation*¹⁰³⁰ de 1976 précisent que les faits plus complexes doivent être prouvés.

Jusqu'à la montée du constitutionnalisme et au rapatriement constitutionnel de 1982, la connaissance d'office des faits avait donc une étendue similaire dans les affaires constitutionnelles et dans les affaires ordinaires.

¹⁰²⁵ *Sigeareak El-53 v. The Queen*, [1966] S.C.R. 645, 652 (le juge Hall pour la Cour).

¹⁰²⁶ *Curr. c. La Reine* [1972] R.C.S. 889, 903 (le juge Laskin [plus tard juge en chef] pour la majorité).

¹⁰²⁷ *Miller et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, 697 (le juge Laskin [plus tard juge en chef] pour les juges Spence et Dickson, motifs concordants).

¹⁰²⁸ *Ministre des Finances du Nouveau-Brunswick et autre c. Simpsons-Sears Ltée*, préc., note 1018, 161 (le juge en chef Laskin pour la Cour).

¹⁰²⁹ *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200, 233 (le juge Smith, motifs concordants).

¹⁰³⁰ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 423 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson).

2.3 L'élargissement de la connaissance d'office des faits accompagnant la montée du constitutionnalisme et le rapatriement constitutionnel de 1982

L'adoption de la *Loi de 1982 sur le Canada*¹⁰³¹, à l'initiative du gouvernement fédéral, a modifié en profondeur le rôle des tribunaux au sein de l'État canadien¹⁰³². Les droits et libertés et les droits autochtones ont été constitutionnalisés, et le changement de procédure de modification constitutionnelle a retiré une grande partie de la souplesse que la compétence pleine et entière du Parlement impérial britannique conférait antérieurement au texte constitutionnel.

Cela signifie que le pouvoir et le rôle des tribunaux s'est accru, puisque non seulement le champ de leur action s'est agrandi, mais que l'interprétation judiciaire de la Constitution n'est dorénavant modifiable que suivant les procédures complexes prévues à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Les tenants et aboutissants de ce changement au système de gouvernement canadien ont fait l'objet d'innombrables réflexions avant et après 1982, que ce soit chez les conseillers gouvernementaux, les auteurs de doctrine ou à la Commission de réforme du droit du Canada.

Cette réflexion a touché, entre autres, au droit relatif au contrôle judiciaire de constitutionnalité, et au droit de la preuve en particulier. En plus des problèmes concernant l'admissibilité des faits pour l'adjudication constitutionnelle (1.2), la norme de preuve (1.4) et les moyens de preuve (3), le problème de la connaissance d'office des faits a fait l'objet d'analyses doctrinales et

¹⁰³¹ *Loi de 1982 sur le Canada*, préc., note 3.

¹⁰³² Voir : B. L. STRAYER, préc., note 153.

gouvernementales¹⁰³³. Auparavant, le droit de la preuve applicable en matière constitutionnelle n'avait fait, à peu près, l'objet d'aucune recherche¹⁰³⁴.

Les acteurs de l'époque ont cherché à s'inspirer du droit américain en matière de preuve constitutionnelle pour inciter les tribunaux canadiens à s'octroyer une connaissance d'office presque illimitée des faits législatifs et sociaux (2.3.1). De 1982 à la fin des années 1990, des arrêts de la Cour suprême du Canada ont appuyé, implicitement et explicitement, cette solution (2.3.2).

Cet élargissement de la connaissance d'office a généré une confusion pratique entre la « véritable » preuve et les documents connus d'office. Elle a aussi conduit à l'application de la norme de contrôle de la décision correcte aux conclusions sur les faits législatifs et sociaux (2.3.3).

2.3.1 L'environnement intellectuel de l'élargissement de la connaissance d'office

L'extension de la connaissance d'office est un courant qui trouve son appui dans le droit américain (2.3.1.1). Il s'est exprimé dans les travaux de la Commission de réforme du droit du Canada dans les années 1970, chez le sous-ministre de la Justice du Canada et futur juge de la Cour d'appel fédérale M^e Barry Strayer, et dans la doctrine des années 1980-1990 (2.3.1.2).

2.3.1.1 L'inspiration américaine

La connaissance d'office élargie était, pour bien des acteurs, le corrélatif naturel de la mise en place d'une charte des droits supralégislative inspirée des États-Unis. En effet, le contrôle de conformité au *Bill of Rights* américain a été accompagné de l'extension de la connaissance d'office des faits législatifs ou sociaux.

¹⁰³³ Voir par ex. : B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 263 et suiv.

¹⁰³⁴ P. W. HOGG, préc., note 4, 395 : « In Canada there has been very little discussion of the question whether the peculiar characteristics of legislative facts might call for modifications in the traditional modes of proof ».

À propos de cette connaissance d'office extensive en droit constitutionnel américain, le professeur Morgan écrivait dans les années 1940 :

Much the same is true where the constitutionality of a statute depends upon a matter of fact other than a fact affecting the operation of the statute upon the person or property of the litigant. There cannot be the slightest doubt that the court consciously and explicitly makes, and has consistently made, extensive use of the doctrine of judicial notice¹⁰³⁵. [Notre soulignement]

Selon le professeur Morgan, cette règle applicable aux litiges constitutionnels était explicite et constante dans les décisions américaines¹⁰³⁶.

Elle distinguait, suivant la dichotomie élaborée par le professeur Kenneth Culp Davis, la connaissance d'office stricte des faits adjudicatifs et la connaissance d'office illimitée des faits législatifs. Le professeur Davis écrit :

The tradition for centuries has been that a court may not decide a disputed issue of fact about a party without evidence and without allowing opportunity for rebuttal and cross-examination. But when a court is confronted with a question of law or policy on which it needs facts to guide its judgment, the judicial custom over the centuries has been that the court may go anywhere for its facts. A court must bring wisdom to bear on issues of law and policy, but the needed wisdom is made up of multifarious ingredients that often defy identification and usually defy separation from other ingredients -- knowledge of specific facts, understanding of general facts, prior experience in trying to solve similar problems, scientific information, mental processes such as logic or reasoning, mental processes such as appraising or estimating or guessing, formulation of notions about policy, imagination or inventiveness, intuition, controlled emotional reactions. Because of the intrinsic nature of the human mind, no possibility exists for creating law or policy without using mixtures of such ingredients, and no possibility exists of putting all of them into a party-prepared record of evidence. Judges who think creatively cannot confine their thoughts to facts that parties have prepared in a formal record of evidence¹⁰³⁷. [Notre soulignement]

¹⁰³⁵ E. M. MORGAN, préc., note 766, 290-291. Voir aussi : P. W. HOGG, préc., note 4, 395

¹⁰³⁶ Cette règle était même nécessaire, selon lui, au processus d'évolution de la common law, qui implique que les tribunaux prennent en compte la réalité sociale lorsqu'ils légifèrent : E. M. MORGAN, préc., note 766, 289 :

If the common law is to grow through adaptation to changing conditions by means of judicial decision, the device by which knowledge of the changed conditions becomes part of the court's working equipment is judicial notice.

¹⁰³⁷ K. C. DAVIS, préc., note 231, p. 139.

Le professeur Davis s'est appuyé en cela sur la conception large de la connaissance d'office qu'avait présentée le professeur Thayer¹⁰³⁸. Pour lui, le rôle de politique générale des juges, notamment d'appel, justifie que les règles de preuve ne soient pas applicables aux faits mobilisés lors de l'exercice de cette fonction de législateur.

Pour reprendre les termes de Danielle Pinard alors qu'elle décrit cette position, « [c]'est la nature de l'acte posé qui détermine le mode d'accès aux faits »¹⁰³⁹ aux États-Unis. Elle écrit :

Ainsi, un tribunal qui élabore une règle de droit n'a pas en principe à respecter les règles de preuve qui seraient applicables à l'élaboration d'une décision qui tranche un litige. [...] Pour le juge Holmes, dès lors, la détermination de la constitutionnalité d'une loi pouvait se réaliser à la lumière d'une fort généreuse connaissance d'office de faits sociaux¹⁰⁴⁰. [Notre soulignement]

La distinction clé serait donc la suivante : lorsque le tribunal élabore le droit, il a, en quelque sorte, libre accès aux faits. Lorsqu'il adjuge le litige entre les parties, il doit se soumettre aux règles de preuve habituelles. Concrètement, les parties vont déposer des « Brandeis Brief », qui sont des mémoires factuels ou des annexes aux mémoires d'appel rapportant des faits législatifs¹⁰⁴¹.

Comme l'a démontré la professeure Danielle Pinard, l'école américaine de Davis est l'inspiration principale des tenants de la connaissance d'office élargie en matière constitutionnelle au Canada. Elle écrit :

Cette proposition d'assouplissement de la connaissance d'office factuelle à l'égard des faits sociaux en contexte/ constitutionnel trouve son appui théorique principal dans les travaux de K.C. Davis. Ce dernier défend depuis longtemps et avec véhémence une connaissance d'office élargie des "faits législatifs", non assujettie à des critères de notoriété ou de caractère incontestable. Cet auteur qualifie de faits législatifs les faits utiles à l'élaboration et à l'interprétation du droit, qu'il oppose aux "faits adjudicatifs", relatifs, ceux-là, aux parties au litige. Pour Davis, il y a en fait deux mondes de connaissance d'office, celui des faits adjudicatifs et celui

¹⁰³⁸ *Id.*

¹⁰³⁹ D. PINARD, préc., note 32, 330.

¹⁰⁴⁰ *Id.*

¹⁰⁴¹ A. N. YOUNG, préc., note 200, 636.

des faits législatifs, chacun régi par ses propres règles et principes. Ironiquement, Davis s'autorise en particulier de l'observation de la pratique judiciaire en contexte constitutionnel pour confirmer l'existence d'une connaissance d'office élargie en matière de faits législatifs¹⁰⁴². [Notre soulignement]

Il importe donc de vérifier l'ampleur de l'influence qu'a eu, au Canada, cette conception américaine de la connaissance d'office en matière constitutionnelle.

2.3.1.2 L'appel à la transposition de l'école américaine au Canada

Dans les années 1970, au même moment où ce négociait la mise en place d'une charte des droits supralégislative au Canada¹⁰⁴³, la Commission de réforme du droit du Canada préparait son *Rapport sur la preuve* et son projet de *Code de la preuve* fédéral. Cet important rapport daté de décembre 1975 a été signé, entre autres, par le juge Antonio Lamer, qui était vice-président de la Commission, et par le futur juge Gérard La Forest, qui en était commissaire. Ce dernier venait de passer cinq ans en qualité de sous-procureur général adjoint du Canada chargé de recherche et de planification. Ces deux juristes allaient être élevés à la Cour suprême du Canada ultérieurement. Ce rapport fait état, dans les remerciements, de la collaboration entre ses rédacteurs et ceux du *Uniform Code* de la preuve des États-Unis¹⁰⁴⁴.

Aux paragraphes 83 (1) et (2), le projet de *Code de la preuve* canadien proposait de codifier tels quels les critères de Morgan. Ceux-ci permettent de prendre connaissance d'office des faits raisonnablement incontestables, soit parce qu'ils

¹⁰⁴² D. PINARD, préc., note 32, 328-329. Le professeur Davis avait constaté cette règle de droit de la preuve de common law dans les jugements de la Cour suprême des États-Unis. Or, la Cour suprême du Canada n'a pas nécessairement suivi le droit américain. Par exemple, la Cour suprême du Canada a créé de nouvelles exceptions au ouï-dire, et même une approche complètement nouvelle, dans ses arrêts *Ares c. Venner* ([1970] R.C.S. 608) et *R. c. Khan* ([1990] 2 R.C.S. 531), en contredisant explicitement la Chambre des Lords, qui avait décidé parallèlement que les nouvelles exceptions au ouï-dire dans le droit d'Angleterre devaient être créées par le Parlement, et non par les tribunaux : *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, [1964] 2 All E.R. 881, [1964] 3 W.L.R. 145 (C.L.). Le droit sur la connaissance d'office peut aussi changer par le jugement des tribunaux, et nous devons vérifier si ce que dit le professeur Davis à propos du droit américain se vérifie dans la jurisprudence canadienne.

¹⁰⁴³ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, par. XI.5.

¹⁰⁴⁴ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Rapport – La preuve*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1975, p. IX.

sont notoires, soit parce qu'ils sont rapportés dans des sources dont la fiabilité est raisonnablement incontestable¹⁰⁴⁵. Cela aurait été, nous semble-t-il, une codification à droit constant. Ces paragraphes auraient concerné les litiges fondés sur le droit infraconstitutionnel.

L'élément le plus innovateur figurait toutefois au paragraphe 83 (3). Si ce code avait été adopté, il aurait édicté :

83. (3) On peut prendre connaissance d'office de tout fait dans la détermination de la loi [TRADUIT DE « law »] ou de la validité constitutionnelle d'un statut [TRADUIT DE « statute »]¹⁰⁴⁶. [Notre soulignement]

Cet article aurait permis une connaissance d'office illimitée des faits législatifs en matière ordinaire et de tous les faits en matière constitutionnelle.

Cet assouplissement de la connaissance d'office est en symbiose avec la mise à l'écart de l'« exclusionary rule » et avec l'élargissement de l'admissibilité des faits en matière constitutionnelle ayant eu lieu à la même époque¹⁰⁴⁷. Bien que la Commission de réforme du droit du Canada notât, à juste titre, que le mode d'établissement des faits n'est pas la même chose que l'admissibilité des faits eux-mêmes¹⁰⁴⁸, elle reconnaissait effectivement que la réforme de la connaissance d'office découle de cette admissibilité des faits. La section de recherche écrit :

En formulant ces règles [sur la connaissance d'office], il a été reconnu que certains tribunaux et certains juges utilisent maintenant ces genres de faits et en ont exprimé la nécessité et que les méthodes actuellement employées en vue de renseigner les tribunaux sont insuffisantes¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁵ *Id.*, p. 49.

¹⁰⁴⁶ *Id.*, p. 49. Voir aussi : D. PINARD, préc., note 32, 331.

¹⁰⁴⁷ *Supra*, section 1.2.2.

¹⁰⁴⁸ Nous avons nous-même distingué ces deux éléments. L'admissibilité des faits est traitée à la section 1.2. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 766, p. 11 :

Ces règles ne sont pas non plus destinées à inviter les juges à assimiler leur rôle à celui du législateur; elles ne prévoient aucun changement dans la façon dont les juges font actuellement leurs raisonnements juridiques.

¹⁰⁴⁹ *Id.*, p. 11.

Cet élargissement de la connaissance d'office des faits était particulièrement important pour établir les faits économiques chers aux réformateurs constitutionnels de l'époque¹⁰⁵⁰.

Dans leurs commentaires, les rédacteurs du *Rapport sur la preuve*, insistent sur le rôle de créateur du droit qui échoit aux tribunaux, que ce soit lors de la création de la common law ou de l'application des lois. Ils écrivent :

Un juge qui tente de dégager la politique législative ou l'objectif sous-jacent à un texte de loi, doit nécessairement tenir compte des faits qui en sous-tendent la formulation de cette loi. Souvent il doit, en appliquant une loi, considérer les conséquences pratiques de sa décision. Le paragraphe (3) permet donc au juge de prendre connaissance d'office des faits qu'il a utilisés dans la détermination de la loi, de façon à ce que les tribunaux soient en mesure de s'informer le mieux possible au moment de trancher une question de droit¹⁰⁵¹.

Cela appelle, selon eux, une connaissance d'office illimitée des faits législatifs¹⁰⁵². Cette connaissance est particulièrement applicable aux instances constitutionnelles. Les rédacteurs poursuivent :

On parle de faits législatifs pour désigner les éléments généraux d'ordre économique et social dont le juge se sert dans la détermination de la loi. Dans le passé, il est arrivé très souvent à des juges de les prendre expressément sous connaissance d'office en déterminant la validité constitutionnelle d'une loi. C'est ainsi qu'en scrutant la constitutionnalité d'une loi provinciale frappant les banques d'une taxe, les tribunaux ont pris connaissance d'office de certains faits d'ordre économique en évaluant les effets de la taxe sur les activités bancaires. De même, les tribunaux appelés à déterminer le droit international coutumier ont pris sous connaissance d'office des pratiques générales et particulières propres aux États¹⁰⁵³. [Notre soulignement]

La source invoquée implicitement au soutien de cette connaissance d'office extensive en matière constitutionnelle est le renvoi de 1938 sur la taxation des banques en Alberta, à l'occasion duquel la Cour suprême du Canada avait pris

¹⁰⁵⁰ *Supra*, section 1.2.2.1 ; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 766, p. 10.

¹⁰⁵¹ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 1044, p. 119.

¹⁰⁵² D. PINARD, préc., note 32, 331.

¹⁰⁵³ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 1044, p. 119.

connaissance d'office de certains faits liés à l'effet de la taxe contestée¹⁰⁵⁴. En appel, le Comité judiciaire du Conseil privé avait néanmoins rappelé que la preuve avait un rôle important à jouer en matière constitutionnelle¹⁰⁵⁵.

La section de recherche de la Commission ajoute —pourtant sans source— que la connaissance d'office illimitée est déjà largement pratiquée par les tribunaux en matière constitutionnelle. Elle considère que « C'est là un fait amplement reconnu dans les arrêts »¹⁰⁵⁶. Or, comme nous l'avons vu dans la section précédente (2.2.2), les arrêts rendus jusqu'alors en matière constitutionnelle par la Cour suprême du Canada et le Comité judiciaire du Conseil privé britannique ne font pas état de la connaissance d'office illimitée que la Commission de réforme du droit défendait.

Selon la section de recherche de la Commission, cette connaissance d'office ne se justifie pas par l'incontestabilité des faits mobilisés sous son empire, mais parce que la preuve n'est pas un mode d'établissement approprié pour ces faits¹⁰⁵⁷. La nature *erga omnes* du litige constitutionnel, ou du litige sur une question pure de droit, implique que les juges ne doivent pas être les otages des parties au litige, qui pourraient produire des éléments de preuve insuffisants¹⁰⁵⁸. De plus, selon la section de recherche, il est difficile pour les tribunaux d'appels, où se terminent

¹⁰⁵⁴ *Reference Re Alberta Statutes - The Bank Taxation Act; The Credit of Alberta Regulation Act; and the Accurate News and Information Act*, préc., note 1000 128-129 (le juge en chef Duff pour le juge Davis), conf. par *Alberta (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, préc., note 430.

¹⁰⁵⁵ *Alberta (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, préc., note 430, 438-439 (Lord Maugham L.C.).

¹⁰⁵⁶ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 766, p. 10.

¹⁰⁵⁷ *Id.*, p. 10-11.

¹⁰⁵⁸ *Id.* Pour le même genre d'argument, formulé cette fois dans le contexte des règles sur l'intérêt pour agir, voir : *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, préc., note 310, par. 29 (le juge Cromwell pour la Cour) :

La deuxième raison sous-jacente à la restriction de la reconnaissance de la qualité pour agir a trait à la nécessité pour les tribunaux d'entendre les principaux intéressés faire valoir contradictoirement leurs points de vue. En effet, les tribunaux agissent comme des arbitres impartiaux dans le cadre d'un système accusatoire. Ils dépendent des parties quant à la présentation complète et adroite des éléments de preuve et des arguments. Or, [TRADUCTION] « une opposition réelle » stimule les débats sur les questions en litige et l'intérêt personnel des parties dans l'issue de l'affaire contribue à la formulation exhaustive et diligente des arguments : voir, p. ex., *Baker c. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), p. 204. [Notre soulignement]

généralement les litiges constitutionnels d'importance, de recevoir de la « preuve en bonne et due forme »¹⁰⁵⁹.

À cet égard, la Commission de réforme du droit du Canada s'est inspirée des travaux de M^e Barry Strayer¹⁰⁶⁰. Celui qui allait plus tard devenir juge de la Cour d'appel fédérale était l'un des fonctionnaires les plus importants dans la rédaction et la négociation de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁰⁶¹.

Celui-ci insistait sur le rôle politique des tribunaux dans l'interprétation et l'application de la Constitution. Selon lui, cela rendait nécessaire une marge de manœuvre judiciaire dans la reconnaissance des faits législatifs. Il écrit :

Whether a court is dealing with distribution of powers or Charter issues, it is necessary to distinguish between the rules of evidence in ordinary litigation and the rules of evidence in constitutional litigation. Ordinary litigation involves facts pertaining to the immediate parties, sometimes called “adjudicative facts”. These must be strictly proven. The court would be remiss here in going outside the record to consider facts not properly introduced as evidence. In constitutional cases there may also be “adjudicative facts” to the extent that issues involve the status and circumstances of parties before de the court. But when the court turns to the question of the validity of the statute or administrative act challenged in the proceedings, it is performing a legislative function. That is, it is about to make a determination as to validity which may affect not only the parties before the court but the public at large. Moreover, the decision will proceed not merely from given findings of pre-existing fact and law, but may also involve questions of policy. To aid in deciding such questions the court may have to resort to “constitutional facts”, facts of general nature concerning the economic and social context of legislation or official acts, since such facts are logically relevant to this process. To the extent that the courts are prepared to acknowledge this legislative aspect of their function, they should be more flexible in applying the rules of proof¹⁰⁶². [Notre soulignement]

Ainsi, selon M^e Barry Strayer, le droit de la preuve en matière constitutionnelle devrait être flexible étant donné la nature politique de la détermination de la constitutionnalité des lois. Cette flexibilité repose sur la connaissance d'office

¹⁰⁵⁹ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 766, p. 11.

¹⁰⁶⁰ *Id.*, p. 21.

¹⁰⁶¹ John D. WHYTE, « Patriation Myth. A review of Canada's Constitutional Revolution by Barry L. Strayer », *Literary review of Canada*, Mai 2013, en ligne : <<https://reviewcanada.ca/magazine/2013/05/patriation-myth/>> (consultée le 6/4/2020).

¹⁰⁶² B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 274.

élargie, qui était, à son avis, le mode le plus commun d'établissement des faits en matière constitutionnelle¹⁰⁶³.

La doctrine contemporaine et postérieure au rapatriement a évidemment été saisie du problème de la preuve des faits dans les dossiers touchant les droits et libertés récemment constitutionnalisés. Elle a poursuivi cette œuvre de promotion de la connaissance d'office élargie.

En 1976, à l'occasion du *Renvoi : Loi anti-inflation*¹⁰⁶⁴, le professeur Peter Hogg a écrit le premier article majeur sur le droit de la preuve en matière constitutionnelle au Canada. Il a tiré deux conclusions des motifs majoritaires de ce renvoi quant à l'extension de la connaissance d'office.

D'une part, la connaissance d'office des faits législatifs aurait été élargie par ce renvoi. Il écrit :

In order to enable the courts to make findings of legislative fact in those cases in which they are relevant, the courts must be willing to relax the strict requirements of judicial notice. This occurred in the *Anti-Inflation Reference*¹⁰⁶⁵.

Pourtant, comme nous l'avons vu plus tôt, le juge en chef Laskin a mis l'accent sur la preuve lorsque la situation factuelle à établir n'est pas notoire. Il écrit :

Il est possible que les circonstances exceptionnelles soient d'une telle notoriété que la Cour puisse en prendre connaissance d'office sans recourir à des éléments de preuve extrinsèque. Lorsque la situation n'est pas aussi claire, les éléments de preuve extrinsèque ne sont requis que pour convaincre la Cour que la loi contestée a un fondement rationnel dans le pouvoir législatif invoqué à l'appui de sa validité¹⁰⁶⁶. [Notre soulignement]

La connaissance d'office n'a donc pas été élargie par le *Renvoi : Loi anti-inflation*.

¹⁰⁶³ *Id.*, p. 275 ; P. W. HOGG, préc., note 4, 398.

¹⁰⁶⁴ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2.

¹⁰⁶⁵ P. W. HOGG, préc., note 4, 408.

¹⁰⁶⁶ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 423 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson).

D'autre part, le professeur Hogg conclut, de manière générale, que les mémoires d'appel sont une voie appropriée pour l'introduction des faits législatifs (la pratique du Brandeis brief). Il écrit :

The factums of counsel are one satisfactory way of introducing factual material such as economic data which is relevant to issues of legislative fact. However, it is necessary for the parties to have an opportunity to file material in reply to factual material introduced in the factums. This opportunity is not normally available, but can easily be created by a timely order for directions by the court, as occurred in the *Anti-Inflation Reference*¹⁰⁶⁷.

Or, l'exemple d'un avis consultatif de la Cour suprême du Canada est ici trompeur. S'agissant d'un renvoi, aucun procès n'avait eu lieu en première instance et aucune conclusion de fait n'avait déjà été tirée. Comme dans tous les renvois devant les tribunaux d'appel, une procédure devait être concoctée, *ad hoc*, pour introduire les faits. Dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, le dépôt d'un rapport d'expert non assermenté a été autorisé et utilisé par les juges. L'absence de serment et de témoignage *viva voce* du professeur Lipsey ne respectait pas la procédure qui aurait été applicable en première instance à l'époque¹⁰⁶⁸, mais son rapport respectait tous les autres critères de l'expertise.

Ce renvoi ne peut donc pas être considéré comme un exemple d'établissement des faits par la connaissance d'office par l'entremise d'un Brandeis Brief. De plus, on ne peut extrapoler certains écarts mineurs aux règles de preuve lors d'un renvoi à toutes les affaires constitutionnelles qui sont initiées en première instance.

Il n'empêche que le professeur Hogg n'a pas été le seul à soutenir une connaissance d'office élargie à l'époque.

En 1986, alors qu'il s'intéressait au récent problème du droit de la preuve applicable à la justification des atteintes à la *Charte*, M^e André Binette soutenait l'inadéquation du droit de la preuve à la résolution des questions de fait générales

¹⁰⁶⁷ P. W. HOGG, préc., note 4, 408.

¹⁰⁶⁸ Au Québec, le caractère écrit du témoignage d'expert est maintenant la règle : C.p.c., art. 293.

et des questions de haute politique qui leur sont sous-jacentes. Il résume ainsi sa position :

C'est dire que le droit de la preuve, créé pour la résolution définitive de questions de fait circonscrites et particularisées, se prête peut-être mal ou pas du tout au traitement judiciaire des grands débats sociaux, qui, avec l'adoption des chartes des droits, font irruption dans la jurisprudence¹⁰⁶⁹.

Pour les mêmes raisons, la professeure Marilyn MacCrimmon a insisté sur le rôle des tribunaux d'appel dans la détermination des faits législatifs. C'est pourquoi les parties peuvent, selon elle, annexer des mémoires factuels (Brandeis Brief) à leurs procédures en appel, et que les juges peuvent conduire leurs propres recherches factuelles. Elle écrit :

These social facts may have been determined first by the trial judge, as are adjudicative facts, or they may be considered for the first time at the appellate level. The Supreme Court is not prevented from taking on the role of fact finder especially when the issue was not fully considered below or new information is before the Court. The parties may submit what is referred to as Brandeis brief which incorporates social science [p. 333] evidence as was done, for instance, in *Corbett v. R.*, *R. v. Morgentaler* and *Thomsen v. R.* Judges may also conduct their own investigation rather than decide on the basis of erroneous assumptions.

The role of fact finder should not be perceived as unusual in that appellate courts have always had to determine social facts in interpreting the law. What is unusual is the candour with which this role is being performed. The Court has expressly recognized its fact finding role by calling for evidence to help it make *Charter* decisions. Decisions on section 1 frequently refer to social science evidence and, when it is not available, note its absence. This is not to say that a court cannot take judicial notice of social facts without evidence, but only that if they do so, the facts should not be disputable and important to the central issues. Respect for the judicial process requires that courts be accurate fact finders¹⁰⁷⁰. [Notre soulignement]

Elle formule toutefois la nuance que les faits législatifs dont les tribunaux prennent connaissance judiciaire doivent être raisonnablement incontestables s'ils sont des éléments principaux du litige. Selon elle, la confiance dans l'administration de la

¹⁰⁶⁹ A. BINETTE, préc., note 55, 943.

¹⁰⁷⁰ M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 332-333. Voir aussi : J. E. MAGNET, préc., note 578, 131 et suiv.

justice requiert cette limitation à la connaissance d'office des faits législatifs. Cette nuance prendra une place prépondérante dans la jurisprudence 15 ans plus tard.

Sur le plan doctrinal, c'est toutefois l'œuvre de la juge Claire L'Heureux-Dubé¹⁰⁷¹ et des professeurs David Paciocco (maintenant juge à la Cour d'appel d'Ontario) et Lee Stuesser¹⁰⁷² qui a eu le plus d'écho dans la jurisprudence de l'époque. Ces auteurs ont résolument défendu une connaissance d'office élargie en matière de faits législatifs, mais également en matière de faits sociaux. Ces derniers ne sont pas mobilisés pour répondre à une question de droit, mais pour éclairer sur les faits adjudicatifs, et éventuellement appliquer un critère juridique, un standard ou un pouvoir discrétionnaire à ces faits particuliers à l'affaire¹⁰⁷³. En définitive, pour ces auteurs, c'est le niveau de généralité du fait qui compte et qui module le mode d'établissement des faits qui est applicable¹⁰⁷⁴.

Les traités majeurs en droit de la preuve canadien et québécois, dont la rédaction a débuté dans les années 1980 ou 1990, contiennent également des traces de l'élargissement de la connaissance d'office en matière constitutionnelle qui a eu lieu à l'époque. C'est le cas de l'œuvre des juges John Sopinka, Sidney Lederman, Alan Bryant et Michelle Fuerst¹⁰⁷⁵, des professeurs Jean-Claude Royer, Sophie Lavallée (plus tard juge de la Cour d'appel) et Catherine Piché¹⁰⁷⁶ ou des professeurs Léo Ducharme et Charles-Maxime Panaccio¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷¹ C. L'HEUREUX-DUBÉ, préc., note 27. Voir aussi : J. HAGAN, préc., note 55, à la p. 218 ; W. N. RENKE, préc., note 830, 931 à 933.

¹⁰⁷² D. M. PACIOCCO, préc., note 27, à la page 45 ; D. M. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 1, p. 506 et suiv.

¹⁰⁷³ Voir : *supra*, p. 47.

¹⁰⁷⁴ Voir aussi : D. PINARD, préc., note 71, 98. Pour un appel contemporain à un élargissement de la connaissance d'office, voir : D. PHILLIPS, préc., note 166, 110 et suiv.

¹⁰⁷⁵ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 19.51.

¹⁰⁷⁶ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 144 : « Les règles traditionnelles de la preuve légale ont été assouplies pour favoriser la preuve des faits législatifs et constitutionnels ».

¹⁰⁷⁷ L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 89, par. 599 :

Les faits législatifs étant de connaissance d'office judiciaire, leur établissement ne nécessite pas la production en preuve d'une expertise pour les établir. Toutefois, au motif que, dans les litiges relevant de l'application de la Charte, les règles de la preuve des faits législatifs, sociaux, et économiques ne sont pas aussi sévères que dans les litiges courants, le tribunal, dans l'affaire *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, a déclaré recevables en preuve, à titre de rapports d'experts, deux expertises en sciences sociales. [Notre soulignement]

Ces acteurs du rapatriement, futurs juges de la Cour suprême du Canada ou chercheurs universitaires ont tenté de valoriser une connaissance d'office illimitée ou élargie des faits législatifs et sociaux, notamment en matière constitutionnelle. Reste à savoir comment les parlements et les tribunaux, titulaires du pouvoir d'édicter des règles de droit, ont-ils réagi à ces appels...

2.3.2 La mise en œuvre mitigée de la connaissance d'office élargie

Le *Code de la preuve* proposé par la Commission de réforme du droit du Canada n'a finalement jamais été adopté¹⁰⁷⁸. Comme bien d'autres réformes du droit de la preuve des années 1970 aux années 1990, notamment en matière de ouï-dire¹⁰⁷⁹ et de témoignage d'expert¹⁰⁸⁰, les changements en matière de connaissance d'office n'ont pas été édictés par les parlements, mais ont plutôt été mis en œuvre par la Cour suprême du Canada.

Quatre juges de cette Cour ont exercé une influence majeure sur le développement du rôle de la connaissance d'office à cette époque.

Les juges La Forest et Lamer ont tenté de mettre en œuvre la recommandation qu'avait faite la Commission de réforme du droit, à laquelle ils siégeaient, en voulant offrir une grande liberté aux juges, notamment en appel, sur les faits législatifs et sociaux en matière constitutionnelle (2.3.2.1).

Le juge Sopinka, auteur du célèbre traité *The Law of Evidence in Canada*, est resté attaché à la terminologie et aux concepts traditionnels du droit de la preuve canadien pour cantonner la connaissance d'office à un rôle accessoire, bien qu'il reconnût, par ailleurs, qu'il faille assouplir certaines règles de recevabilité de la preuve en première instance pour les faits législatifs (2.3.2.2).

¹⁰⁷⁸ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 71.

¹⁰⁷⁹ *Ares c. Venner*, préc., note 1042, 622-626 (le juge Hall pour la Cour) ; *R. c. Khan*, préc., note 1042 ; Bruce P. ARCHIBALD, « The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All? », (1999) 25 *Queen's L.J.* 1 ; F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 19 ; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 567.

¹⁰⁸⁰ Voir notamment : *R. c. Lavallee*, préc., note 211 ; *R. c. Mohan*, préc., note 114. Le nouveau *Code de procédure civile* du Québec de 2014 a aussi réformé l'expertise : C.p.c., art. 22, 148 al. 2 par. 4, 158 par. 2, 231 à 245, 293 et 294.

La juge L'Heureux-Dubé a aussi promu la connaissance d'office, particulièrement en droit familial, pour permettre, entre autres, l'élaboration et l'application concrète des critères de fixation des pensions alimentaires (2.3.2.3). Bien qu'elle fût au service d'une méthode d'interprétation plus contextuelle, son approche de la connaissance d'office rejoignait celle des juges La Forest et Lamer.

2.3.2.1 *L'approche « à l'américaine » des juges La Forest et Lamer : la connaissance d'office illimitée des faits législatifs*

Avant que ces juges entrent en scène, c'est d'abord et avant tout le juge Beetz qui a eu à rédiger les premiers motifs sur la connaissance d'office à l'ère de la *Charte*.

En 1985, dans l'arrêt *Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, un règlement municipal empêchant les jeunes de fréquenter les arcades a été contesté sur la base de la *Charte* et du partage des compétences. Une objection a été formulée à l'encontre du mémoire du procureur général du Québec. Celui-ci contenait, en annexe, un article de journal et un article de sociologie visant à établir que les arcades amenaient les jeunes à la criminalité¹⁰⁸¹. La Cour a accueilli cette objection, ce qui rejetait l'approche du Brandeis Brief en droit canadien, du moins en appel.

Cependant, elle a tout de même pris connaissance d'office du risque général que les arcades représentaient pour les enfants afin de justifier la mesure sous l'article 1^{er} de la *Charte*. Pour le juge Beetz, les jeunes risquaient de dépenser l'entièreté de leurs économies dans ces jeux, et ils risquaient de tomber dans le crime ou l'exploitation. Il écrit :

Une fois cette étape franchie, il ne manquera pas d'adultes et même d'autres jeunes pour remarquer l'état de l'enfant et de l'adolescent maintenant démunis et pour leur proposer des moyens malhonnêtes, c'est souvent le moins que l'on puisse dire, de se procurer de l'argent. D'où le risque de corruption et de délinquance que les autorités voudront combattre, on doit s'y attendre¹⁰⁸².

¹⁰⁸¹ *Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, 381 (le juge Beetz pour la Cour).

¹⁰⁸² *Id.*, 383 (le juge Beetz pour la Cour).

Le juge Beetz a donc pris connaissance d'office d'une chaîne de cause à effet entre la participation des jeunes aux arcades et la criminalité, laquelle était, nous semble-t-il, raisonnablement contestable. Il s'agit, par conséquent, d'un premier pas véritable vers l'élargissement de la connaissance d'office en matière constitutionnelle.

C'est néanmoins lors de l'arrêt *Edwards Books* que le virage a été proposé ouvertement. Auparavant, la connaissance d'office jouait un rôle accessoire à la preuve dans certains cas particuliers ou certains cas évidents. Or, le juge La Forest voulait, dans ses motifs concordants, en faire un moyen important et essentiel pour établir les faits législatifs et sociaux, comme le préconisait le *Code de la preuve*. Il souhaitait que les juges d'appel puissent s'affranchir de la preuve présentée par les parties sur les faits sociaux-économiques généraux, comme le faisait déjà la Cour suprême des États-Unis. Il écrit :

D'ailleurs, je n'accepte pas qu'en traitant de faits socio-économiques généraux comme ceux qui sont en cause en l'espèce, la Cour soit nécessairement obligée de s'en remettre uniquement à ceux présentés par les avocats. L'avertissement, dans l'arrêt *Oakes* et dans d'autres arrêts, de produire des éléments de preuve dans les affaires qui relèvent de la *Charte*, n'enlève pas aux tribunaux le pouvoir qu'ils ont, lorsqu'ils le jugent opportun, de prendre connaissance d'office de certains faits socio-économiques généraux et de prendre les mesures nécessaires pour s'informer à leur sujet. Parmi les exemples d'affaires où cette Cour a ainsi procédé, il y a l'arrêt *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, particulièrement à la p. 128 et, tel que confirmé *sub nom. Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117, aux pp. 130 à 132; l'arrêt *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, aux pp. 902 et 903; voir aussi l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; pour des analyses, voir B. Strayer, *The Canadian Constitution and The Courts*, aux pp. 252 à 256; S. A. Schiff, *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, chap. 11, aux pp. 682 à 684 ainsi que 712 et 713. La Cour suprême des États-Unis agit de la même façon. Une affaire classique en ce sens est l'arrêt bien connu en matière d'avortement *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), voir Lempert et Saltzburg, *A Modern Approach to Evidence*, aux pp. 920 à 922¹⁰⁸³. [Notre soulignement]

¹⁰⁸³ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, préc., note 33, 802-803 (le juge La Forest, motifs concordants).

Comme la Commission de réforme du droit, à laquelle il siégeait, et d'autres auteurs, l'ont fait¹⁰⁸⁴, le juge La Forest cite le renvoi sur la taxation des banques en Alberta de 1938¹⁰⁸⁵, convaincu que cet avis consultatif appuyait sa proposition d'extension de la connaissance d'office. Pourtant, la Cour suprême avait alors pris connaissance d'office de certains faits économiques raisonnablement incontestables relatifs à l'ampleur du fardeau fiscal contesté, et, en appel, le Conseil privé avait insisté sur l'importance de la preuve. Le renvoi sur la taxation des banques n'était donc pas une assise solide pour reconnaître une connaissance d'office illimitée des faits en droit constitutionnel canadien.

Les autres arrêts cités par le juge La Forest ne sont pas, non plus, des exemples de connaissance d'office de faits contestables. L'arrêt *Curr* a reconnu d'office une évidence : le coût en vies humaines de la conduite en état d'ébriété¹⁰⁸⁶. L'arrêt *Jones* a établi qu'il ne fallait pas prouver, d'une part, la *valeur* de l'objectif gouvernemental d'assurer aux jeunes un enseignement approprié et, d'autre part, qu'il était plus efficace, pour atteindre cet objectif, que ce soit à ceux voulant s'exempter du régime général d'éducation, pour motifs religieux, de faire une demande à cet effet¹⁰⁸⁷. Ces arrêts ne démontrent donc pas une extension de la connaissance d'office comme le juge La Forest le proposait.

Le juge La Forest confirme, par ailleurs, l'inspiration américaine du procédé qu'il promeut. Il poursuit ainsi :

Il y a évidemment des dangers à prendre connaissance d'office, mais les solutions de rechange dans un cas comme celui-ci consistent à formuler une présomption qui ne repose sur aucun fait ou à prendre une décision en fonction des éléments de preuve que les avocats ont choisi de soumettre. Mais, comme le juge en chef Marshall nous l'a rappelé il y a longtemps, c'est une constitution que nous interprétons. Il n'est pas souhaitable qu'une loi soit jugée constitutionnelle aujourd'hui et inconstitutionnelle demain

¹⁰⁸⁴ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 1044, p. 119 ; B. L. STRAYER, préc., note 153, p. 288-289 ; P. W. HOGG, préc., note 4, 398.

¹⁰⁸⁵ *Reference Re Alberta Statutes - The Bank Taxation Act; The Credit of Alberta Regulation Act; and the Accurate News and Information Act*, préc., note 1000, 128-129 (le juge en chef Duff pour le juge Davis), conf. par *Alberta (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, préc., note 430.

¹⁰⁸⁶ *Supra*, p. 250.

¹⁰⁸⁷ *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, par. 29-30 (le juge La Forest pour le juge Dickson, plus tard juge en chef).

simplement à partir des éléments de preuve particuliers qui se trouvent à avoir été soumis par les avocats relativement à des faits socio-économiques généraux¹⁰⁸⁸. [Notre soulignement]

Cependant, cette réception du droit américain n'est pas entière.

Selon le juge La Forest, son approche s'explique notamment par le caractère nouveau du contentieux fondé sur la *Charte* et par l'inexpérience des plaideurs que cette situation crée. Il réitère donc l'importance de la preuve et de la répartition du fardeau entre les parties. Il écrit :

Nous devrions éviter cette éventualité lorsque c'est raisonnablement possible, particulièrement pour ces premiers litiges qui relèvent de la Charte alors que tous tâtonnent, à la recherche de la voie à emprunter dans de telles instances. Cela dit cependant, je ne voudrais pas qu'on pense que je m'écarte de la proposition selon laquelle la charge de démontrer le bien-fondé d'une restriction en vertu de l'article premier de la *Charte* appartient à la partie qui cherche à l'imposer, ni que je dégage cette dernière de son obligation de soumettre des éléments de preuve à l'appui de cette restriction. La présomption est en faveur du droit et non de la restriction¹⁰⁸⁹.

Cela voulait donc dire que la connaissance d'office élargie en matière constitutionnelle n'était pas, dans la vision du juge La Forest, une dispense totale de preuve. Contrairement aux États-Unis, les parties dans les litiges constitutionnels canadiens semblaient tout de même soumises à une obligation de fournir des éléments de preuve.

Comme nous l'avons déjà vu au chapitre sur la connaissance d'office du droit¹⁰⁹⁰, l'arrêt *Ford* de 1988 sur la *Charte de la langue française*¹⁰⁹¹ a aussi été l'occasion d'une discussion sur des études annexées au mémoire d'appel du Procureur général du Québec¹⁰⁹². Puisque le procès avait eu lieu avant que la Cour suprême n'ait établi le test de l'article premier¹⁰⁹³ et que le Parlement du Québec avait édicté une

¹⁰⁸⁸ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, préc., note 33, 803 (le juge La Forest).

¹⁰⁸⁹ *Id.*, 803 (le juge La Forest)

¹⁰⁹⁰ *Supra*, p. 223.

¹⁰⁹¹ *Charte de la langue française*, RLRQ, c. C-11.

¹⁰⁹² *Ford c. Québec (Procureur général)*, préc., note 895, par. 71 (*per curiam*).

¹⁰⁹³ *Id.*, par. 67 (*per curiam*).

disposition de dérogation dans la loi contestée¹⁰⁹⁴, le Procureur général du Québec n'avait pas fait de preuve de justification lors du procès. Une fois la disposition de dérogation expirée, il a annexé des études à ses mémoires d'appel, sans demander la permission de présenter une nouvelle preuve, plaidant « que les documents en question ne constituaient pas une preuve au sens strict mais renvoyaient plutôt à des faits législatifs dont la Cour pouvait prendre connaissance d'office »¹⁰⁹⁵.

La Cour suprême du Canada a accepté ce procédé dans les circonstances précises de l'espèce. Elle écrit :

Étant donné que les parties paraissent ne pas avoir été prises au dépourvu ni désavantagées d'une manière inéquitable par la production en cette Cour des documents se rapportant à l'article premier et à l'art. 9.1 et qu'en plus, elles s'étaient bien préparées à débattre la valeur de ces documents et l'ont fait, la Cour estime qu'il convient de les considérer comme régulièrement présentés devant la Cour et de les examiner. Il s'agit en fait de documents du même genre que ceux dont la Cour a demandé la production et qu'elle a examinés dans d'autres affaires concernant l'application de l'article premier de la *Charte*, sans qu'ils aient été soumis à l'épreuve des débats contradictoires. Il s'agit de documents qui sont examinés de la même manière que le sont des traités et des articles dans d'autres contextes judiciaires¹⁰⁹⁶. [Notre soulignement]

Cette approche pragmatique, qui rejette le formalisme, ouvre la porte à une connaissance d'office des études de sciences sociales. Toutefois, l'affaire *Ford* est un cas bien particulier : le droit substantiel a beaucoup varié en cours d'instance. L'image et la confiance du public dans l'administration de la justice auraient pu sembler ternies par une déclaration d'inconstitutionnalité, sur une question qui était très sensible dans la population, résultant d'un refus de recevoir les faits justificatifs avancés par le gouvernement du Québec.

Quant à l'affaire *Irwin Toy*, elle portait sur la constitutionnalité d'une loi provinciale interdisant la publicité envers les enfants. Le juge de première instance a affirmé pouvoir prendre connaissance d'office que la publicité télévisée n'est pas la seule forme de publicité qui vise les enfants et qui est susceptible de tomber sous le

¹⁰⁹⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 3, art. 33.

¹⁰⁹⁵ *Ford c. Québec (Procureur général)*, préc., note 895, par. 70 (*per curiam*).

¹⁰⁹⁶ *Id.*, par. 71 (*per curiam*).

coup de la loi contestée¹⁰⁹⁷. Cela établissait que la loi provinciale n'était pas une loi déguisée cherchant à régir les télécommunications de compétence fédérale. Son caractère véritable était la protection du consommateur. Face à l'argument voulant que cette utilisation de la connaissance d'office était illégale, la Cour suprême n'a pas invoqué une connaissance d'office illimitée des faits sociaux, mais a souligné que la conclusion trouvait une assise dans la preuve¹⁰⁹⁸. Il s'agit donc d'un exemple qui, peu de temps après l'arrêt *Ford*, tend à confirmer l'importance des éléments de preuve présentés en première instance.

Cependant, l'arrêt *Sioui*, rendu à propos d'un traité avec les Huron-Wendats et sur l'inapplicabilité des lois provinciales sous le régime de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*¹⁰⁹⁹, a été l'occasion d'une reconnaissance très large de la connaissance d'office des faits historiques particuliers¹¹⁰⁰. L'intervenante Fraternité des Indiens du Canada/ Assemblée des Premières Nations a déposé, en Cour suprême, des écrits rapportant des faits de nature à changer l'issue du litige quant au statut de « traité » du document remis par le général Murray aux Huron-Wendats durant les dernières heures de la Conquête de la Nouvelle-France en 1760. Cette preuve n'avait pas été déposée au procès et aucune permission de déposer de la preuve nouvelle en appel n'avait été demandée ou accordée.

Le juge en chef Lamer, au nom de la Cour, s'est autorisé d'une connaissance d'office illimitée de l'histoire pour accepter ces documents. Il a aussi procédé à ses propres recherches durant le délibéré, après avoir avisé les parties¹¹⁰¹.

À l'appui de cette règle, il a cité une décision de la Cour d'appel de Colombie-Britannique¹¹⁰², laquelle référerait aux arrêts britanniques *Monarch Steamship v.*

¹⁰⁹⁷ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 727, 952 (le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson, motifs majoritaires).

¹⁰⁹⁸ *Id.*, 953-954 (le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson, motifs majoritaires).

¹⁰⁹⁹ *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c. I-5, art. 88.

¹¹⁰⁰ *R. c. Sioui*, préc., note 31, 1049-1050 (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la Cour). Voir aussi : *Sioui c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 1996 CanLII 6067 (QCCA) ; *Agence du revenu du Québec c. Jenniss*, 2014 QCCA 2262, par. 36 (le juge Gagnon pour la Cour).

¹¹⁰¹ *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, préc., note 918, par. 71 (le juge Bastarache pour la majorité).

¹¹⁰² Ce passage figurait dans l'arrêt *R. v. White and Bob*, 1964 CanLII 452 (BC CA), 50 D.L.R. (2d) 613, 629 (le juge Norris).

Karlshamns Oljefabriker et *The Bishop of Lincoln*. Nous avons abordé ces arrêts britanniques précédemment¹¹⁰³, puisqu'ils avaient aussi été cités au soutien d'une connaissance d'office illimitée de l'histoire par la dissidence dans l'arrêt *Calder* de 1973¹¹⁰⁴. Comme nous l'avons vu, la Chambre des Lords avait, dans *Monarch Steamship v. Karlshamns*, pris connaissance de l'appréhension généralisée d'une guerre en 1939, étant donné la menace hitlérienne sur la Pologne, dont la souveraineté était garantie par le Royaume-Uni selon un discours notoire prononcé trois mois avant le début de la Seconde Guerre mondiale et neuf ans avant l'arrêt¹¹⁰⁵. Dans l'autre décision, *Bishop of Lincoln*, le Comité judiciaire du Conseil privé siégeait en appel d'une cour archiépiscopale, dont la raison d'être était la connaissance approfondie du rite religieux qui faisait l'objet du litige¹¹⁰⁶. Ces deux arrêts ne consacraient donc pas une connaissance d'office illimitée des faits historiques précis dans tous les litiges soumis aux tribunaux de droit commun¹¹⁰⁷.

Quoi qu'il en soit, la Cour suprême du Canada a établi, dans l'arrêt *Sioui*, une connaissance d'office illimitée des faits historiques peu importe leur niveau de précision ou de notoriété.

Le juge en chef Lamer a également pris connaissance d'office de faits législatifs sans que cela détonne de l'approche traditionnelle des tribunaux. Désirant modifier la procédure de common law relative aux verdicts imposés d'acquiescement lors des procès par jury, le juge en chef Lamer, dans l'arrêt *Rowbotham*, a pris connaissance d'office de la frustration des jurés de devoir prononcer un verdict imposé par le juge au lieu que ce juge le prononce lui-même¹¹⁰⁸. Il a tiré cette

¹¹⁰³ *Supra*, p. 250 et suiv. ; *Monarch Steamship v. Karlshamns Oljefabriker*, [1948] UKHL 1 (Lord du Parcq) ; *Read and others v. The Bishop of Lincoln (The Arches Court of Canterbury)*, [1892] UKPC 46, p. 3 (Lord Halsbury L.C. pour le Comité).

¹¹⁰⁴ *Calder et al. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1973] R.C.S. 313, 346 (le juge Hall pour la dissidence).

¹¹⁰⁵ *Monarch Steamship v. Karlshamns Oljefabriker*, [1948] UKHL 1 (Lord du Parcq).

¹¹⁰⁶ *Read and others v. The Bishop of Lincoln (The Arches Court of Canterbury)*, [1892] UKPC 46, p. 3 (Lord Halsbury L.C. pour le Comité).

¹¹⁰⁷ Voir aussi : *R. v. Bartleman*, 1984 CanLII 547 (BC CA), où la connaissance d'office a été interprétée strictement en contexte de litige autochtone.

¹¹⁰⁸ *R. c. Rowbotham*; *R. c. Roblin*, [1994] 2 R.C.S. 463, 465 (le juge en chef Lamer pour la Cour).

connaissance d'office de son expérience personnelle à titre de juge d'une cour supérieure.

De même, dans l'arrêt *Cobham*, un arrêt de droit criminel portant sur l'exclusion de la preuve pour atteinte au droit à l'avocat lors d'une arrestation, le juge en chef Lamer a pris connaissance d'office qu'il y a, en général, des avocats de garde en tout temps¹¹⁰⁹.

En somme, les juges La Forest et Lamer ont été fidèles aux recommandations de la Commission de réforme du droit du Canada auxquelles ils ont collaboré et ont signé des motifs, en tant que juges de la Cour suprême du Canada, tendant à élargir la connaissance d'office des faits législatifs et sociaux, notamment sur le plan historique.

2.3.2.2 *L'approche du juge Sopinka : l'évolution en douceur à partir des règles et concepts traditionnels du droit de la preuve*

L'approche libérale des juges La Forest et Lamer n'était pas partagée unanimement par les membres de la Cour suprême de l'époque. En particulier, le juge Sopinka, rédacteur du traité principal de droit de la preuve du Canada anglais, a rendu plusieurs jugements majoritaires ou unanimes insistant sur les critères traditionnels de la connaissance d'office et sur le caractère exceptionnel de la réception d'une preuve nouvelle en appel, même en matière constitutionnelle. Il considérait néanmoins que les règles de recevabilité de la *preuve* en première instance devaient être assouplies dans ces litiges.

Dans l'arrêt *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, la demande de constitutionnalisation de l'immunité de divulgation en justice des sources journalistiques (privilège journalistique¹¹¹⁰), en vertu de l'alinéa 2b) de la *Charte*, a

¹¹⁰⁹ *R. c. Cobham*, [1994] 3 R.C.S. 360, 372 (le juge en chef Lamer pour la majorité).

¹¹¹⁰ Sur le privilège journalistique, voir aussi : *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 253 ; *R. c. National Post*, [2010] 1 R.C.S. 477, 2010 CSC 16 ; *R. c. Média Vice Canada Inc.*, 2018 CSC 53 ; *Denis c. Côté*, 2019 CSC 44 ; *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*, L.Q. 2018, c. 26 ; *Loi sur la protection des sources journalistiques*, L.C. 2017, c. 22 ; J. FOURNIER, préc., note 258, 483 et 490.

été rejetée. La preuve que la divulgation en justice des sources journalistiques minerait la collecte d'information par les journalistes n'avait pas été faite.

Reprenant le critère traditionnel de la connaissance d'office des faits, le juge Sopinka a affirmé :

Bien qu'un tribunal puisse prendre connaissance d'office des faits évidents, je ne suis pas convaincu qu'il existe, comme le prétend l'appelante, une relation directe indiscutable entre l'obligation de témoigner et le tarissement des sources d'information¹¹¹¹. [Notre soulignement]

Cette arrêt unanime rendu par le juge Sopinka démontre donc que la connaissance d'office élargie ou illimitée des faits législatifs et sociaux en matière constitutionnelle n'était pas acceptée avec constance par la Cour suprême.

De même, dans l'affaire *MacKay*, le financement public des partis politiques était contesté pour atteinte à la liberté d'expression sans qu'aucune preuve n'ait été présentée. Les avocats s'étaient contentés de plaider des faits historiques relatifs aux résultats électoraux des partis dans l'histoire canadienne et à leur financement. De l'avis du juge Cory, cette situation était fatale à la demande. En effet, la connaissance d'office permet d'établir « certains faits sociaux d'ordre général »¹¹¹², mais elle ne permet pas de suppléer à la preuve à ce point.

Alors que l'arrêt *Sioui* accepte une connaissance d'office illimitée des faits historiques, l'arrêt *Danson*, rendu la même année, semble reléguer ce moyen de réception des faits à un rôle accessoire. Un avocat plaidait qu'un règlement de procédure civile ontarien, permettant de condamner le procureur d'une partie aux dépens, était contraire à la Constitution puisqu'il portait atteinte à l'éventuel principe sous-jacent d'indépendance du Barreau. Il n'avait allégué aucun fait dans sa requête en jugement déclaratoire et il n'avait déposé aucun affidavit¹¹¹³.

¹¹¹¹ *Moyse c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572, 1581 (le juge Sopinka pour la Cour).

¹¹¹² *MacKay c. Manitoba*, préc, note 14, 366 (le juge Cory pour la Cour).

¹¹¹³ *Danson c. Ontario (Procureur général)*, préc, note 14, 1091 (le juge Sopinka pour la Cour).

Sur une motion pour annulation de la requête, qui équivaut à une demande en irrecevabilité en vertu du *Code de procédure civile* du Québec¹¹¹⁴, le juge Sopinka, au nom de la Cour, a rejeté la requête pour son absence d'allégations factuelles, et parce que le demandeur avait prétendu que la connaissance d'office suffirait à recevoir des documents lors des plaidoiries au procès à venir¹¹¹⁵. Il écrit :

En l'espèce, l'appelant prétend qu'on devrait lui permettre de présenter sa requête en vertu de la règle 14.05(3)h) même en l'absence totale de faits en litige et, en outre, qu'il suffit de présenter dans sa plaidoirie (mais sans en faire la preuve par affidavit ou autrement) les "faits" législatifs, sous forme d'ouvrages et de documentation savante concernant la notion d'indépendance du barreau et l'historique législatif des règles contestées. À mon avis, l'appelant en l'espèce n'a pas le droit de présenter la requête dans sa forme actuelle¹¹¹⁶. [Notre soulignement]

Cette approche à l'américaine, consistant à plaider les faits législatifs, a donc été rejetée par le juge Sopinka.

Cependant, ce grand expert du droit de la preuve a ouvert la porte à un assouplissement limité des règles de recevabilité pour les faits législatifs, par opposition aux faits adjudicatifs. Dans ce passage souvent repris, il écrit :

Il est nécessaire d'établir au départ une distinction entre deux catégories de faits dans un litige constitutionnel: [TRADUCTION] "les faits en litige" et les [TRADUCTION] "faits législatifs". Ces expressions proviennent de l'ouvrage de Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 2, par. 15.03, à la p. 353. (Voir également Morgan, "Proof of Facts in *Charter* Litigation", dans Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987).) Les faits en litige sont ceux qui concernent les parties au litige: pour reprendre les termes de Davis, [TRADUCTION] "qui a fait quoi, où, quand, comment et dans quelle intention . . ." Ces faits sont précis et doivent être établis par des éléments de preuve recevables. Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères: [...]¹¹¹⁷. [Notre soulignement]

¹¹¹⁴ C.p.c., art. 168.

¹¹¹⁵ *Danson c. Ontario (Procureur général)*, préc, note 14, 1097 et 1100 (le juge Sopinka pour la Cour). Voir aussi : *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, 110 (le juge Gonthier pour les juges McLachlin et Iacobucci, motifs dissidents).

¹¹¹⁶ *Danson c. Ontario (Procureur général)*, préc, note 14, 1100 (le juge Sopinka pour la Cour).

¹¹¹⁷ *Id.*, 1086, 1099 (le juge Sopinka pour la Cour).

Le juge Sopinka a donc établi, en droit canadien, la classification des faits adjudicatifs et législatifs proposée par le professeur américain K. C. Davis.

Ensuite, à partir de cette classification, il a proposé que les conditions de recevabilité (« *admissibility* ») de la preuve des faits législatifs soient plus souples. Pour le juge Sopinka, la souplesse du droit de la preuve en matière constitutionnelle repose donc sur les règles régissant les *moyens de preuve*, et non sur la *connaissance d'office*. Nous reviendrons sur cette question au titre 3.

Cette vision du juge Sopinka donnant à la connaissance d'office un rôle accessoire en matière constitutionnelle s'est manifestée à nouveau dans l'affaire *M.(K.) c. M.(H.)*. Ce litige portait sur la prescription des actions en responsabilité civile pour inceste en Ontario.

Un groupe de pression demandait d'intervenir en Cour suprême du Canada pour plaider une approche interprétative fondée sur la *Charte* et pour y déposer des études et des rapports d'expert à cet égard. Le juge Sopinka a accepté l'intervention, et a affirmé que si ces documents ne tombaient pas sous le coup de la connaissance d'office, l'intervenant devrait procéder par voie de demande de dépôt de nouvelle preuve en appel. Il écrit :

Il est également impossible de déterminer de manière définitive si la documentation que le Fonds d'action se propose de produire est une preuve additionnelle ou s'il s'agit de documentation dont notre Cour pourrait prendre connaissance d'office. S'il s'agit d'une preuve additionnelle, elle ne devrait être produite que si elle est acceptée comme preuve nouvelle. Une requête en production d'une nouvelle preuve par un intervenant ne reçoit pas un accueil favorable habituellement¹¹¹⁸. [Notre soulignement]

Cette demande de l'intervenant de déposer une preuve nouvelle allait être jugée à partir des règles ordinaires. En définitive, ce ne sont pas toutes les études et rapports qui tombent sous le coup de la connaissance d'office telle que conçue par le juge Sopinka.

¹¹¹⁸ *M.(K.) c. M.(H.)*, préc., note 333, 5 (le juge Sopinka siégeant seul).

Pour le juge Sopinka, les faits en matière constitutionnelle doivent être établis par la preuve faite en première instance. Cela cantonne la connaissance d'office au rôle qui est le sien en droit infraconstitutionnel : compléter la preuve par la reconnaissance des faits raisonnablement incontestables.

2.3.2.3 *L'approche de la juge L'Heureux-Dubé : la connaissance d'office large au soutien de la méthode contextuelle d'interprétation des lois*

Alors que la question du rôle plus large de la connaissance d'office s'était historiquement posée en matière constitutionnelle au Canada, la juge l'Heureux-Dubé l'a soulevée en matière familiale à partir de 1992. Ce problème allait donc interpeller le droit de la preuve dans les matières ordinaires.

Cette approche avait deux volets. D'abord, la connaissance d'office des faits législatifs permet à la juge L'Heureux-Dubé de mettre en œuvre sa méthode contextuelle d'interprétation des lois, qui met l'accent sur les statistiques et autres faits de société¹¹¹⁹.

Ensuite, la connaissance d'office des faits sociaux permet d'éviter aux parties les frais d'expertises nécessaires à l'établissement d'inférences entre ces faits généraux, devenus pertinents à l'application du droit, et leur situation personnelle¹¹²⁰.

Dans l'arrêt *Moge*, la Cour était saisie d'une demande de cessation de la pension alimentaire entre époux. Un éventail de faits législatifs, implicitement connus d'office, a été mobilisé par la juge L'Heureux-Dubé pour interpréter l'objectif prévu à la *Loi sur le divorce*. Elle vise « à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable »¹¹²¹. Pour la Cour, cet objectif est illusoire dans certains cas où le mariage a irrémédiablement

¹¹¹⁹ Voir notamment : Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Droit de la famille à l'aube du 20e siècle : la marche vers l'égalité », (1997-98) 28 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 3, 10.

¹¹²⁰ *Id.*, 12.

¹¹²¹ *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3, al. 17(7)d).

miné la capacité d'un des époux de gagner sa vie et, dans ces cas, l'obligation alimentaire doit subsister.

La juge L'Heureux-Dubé cite notamment des articles et rapports établissant la pauvreté des femmes et familles monoparentales et établissant le rapport entre cette situation et la rupture du mariage¹¹²². Elle donne aussi une série d'exemples de situations où l'un des époux pourrait avoir perdu sa capacité de gain en raison du mariage et de la naissance d'enfants dont il s'est occupé¹¹²³. Il s'agit là de faits généraux qui, bien que ne s'individualisant pas parfaitement à tous les cas d'espèce, sont raisonnablement incontestables en tant que généralisations¹¹²⁴. Il n'y a donc pas, à notre avis, de réel élargissement de la connaissance d'office dans cet arrêt.

Ensuite, au moment de discuter des problèmes de preuve du désavantage économique subi par l'époux défavorisé dans une affaire particulière, la juge L'Heureux-Dubé aborde explicitement le rôle de la connaissance d'office¹¹²⁵. Selon elle, ce procédé peut se substituer à la preuve d'expert pour établir les faits sociaux nécessaires à la compréhension des rapports économiques entre époux révélés par la preuve testimoniale des parties. Elle cite alors les critères stricts de Morgan, qui exigent que les faits en question soient raisonnablement incontestables¹¹²⁶.

Cette utilisation de la connaissance d'office correspond, selon nous, aux règles traditionnelles du droit de la preuve. Il est normal que les juges puissent, sans preuve d'expert, comprendre que la situation économique d'une personne s'est aggravée par son retrait du monde du travail pendant de nombreuses années pour s'occuper des enfants, ou que ses revenus ont été diminués en raison du temps

¹¹²² *Moge c. Moge*, préc., note 31, 853 et suiv. (la juge L'Heureux-Dubé pour la majorité).

¹¹²³ *Id.*, 867 et suiv. (la juge L'Heureux-Dubé pour la majorité).

¹¹²⁴ Sur la distinction entre la connaissance d'office des généralisations et les inférences que l'on peut en tirer dans les faits particuliers de l'espèce, voir : *Baie-Comeau (Ville de) c. D'Astous*, préc., note 843.

¹¹²⁵ *Moge c. Moge*, préc., note 31, 873 et suiv. (la juge L'Heureux-Dubé pour la majorité).

¹¹²⁶ Il est intéressant de noter que la juge L'Heureux-Dubé fait également référence aux motifs du juge La Forest dans l'arrêt *Edwards Books*, alors qu'il défendait une connaissance d'office presque illimitée des faits législatifs : *supra*, p. 270.

consacré aux enfants dont elle a la garde exclusive depuis la rupture du mariage. Ce sont des faits de l'expérience quotidienne¹¹²⁷.

La juge L'Heureux-Dubé a poursuivi son approche contextuelle axée sur les faits connus d'office dans l'arrêt *L. (D.O.)*. Cet arrêt portait sur la constitutionnalité de l'article 715.1 du *Code criminel*¹¹²⁸. Cette disposition permet de recevoir en preuve la déclaration vidéo d'un enfant victime ou témoin d'un crime, dans la mesure où l'enfant confirme cette déclaration dans un témoignage au procès. L'accusé avait plaidé que cet article écartait les règles de common law, portant notamment sur le ouï-dire, les déclarations antérieures compatibles et le contre-interrogatoire, d'une manière incompatible avec les principes de la justice fondamentale sous l'article 7 de la *Charte*. Il plaidait donc la constitutionnalisation de ces règles de preuve.

Alors que les juges majoritaires se sont limités à de brefs commentaires sur la compatibilité entre ce moyen de preuve et l'article 7, la juge L'Heureux-Dubé a fait état de nombreuses statistiques et rapports concernant les agressions contre les femmes et les enfants, dont elle a implicitement pris connaissance d'office¹¹²⁹. Elle a également exploré les traumatismes que le témoignage en salle d'audience peut créer chez les enfants¹¹³⁰. Ces statistiques et faits précis n'étaient pas tous raisonnablement incontestables, mais ils ont joué le rôle d'une toile de fond et non celui de faits décisifs¹¹³¹.

Dans l'arrêt *Symes*, une associée dans un bureau d'avocats a demandé la déduction fiscale du salaire d'une gardienne d'enfants à titre de dépense d'entreprise. En plus de plaider sur l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹¹³², elle a invoqué le droit à l'égalité en vertu de la *Charte*. Le juge

¹¹²⁷ Cela soulève toutefois la question des inférences ou présomptions tirées de faits connus d'office : *supra*, note 844.

¹¹²⁸ *C. cr.*, art. 715.1.

¹¹²⁹ *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 438 et suiv. (la juge L'Heureux-Dubé pour le juge Gonthier, motifs concordants).

¹¹³⁰ *Id.*, 445 et suiv. (la juge L'Heureux-Dubé pour le juge Gonthier, motifs concordants).

¹¹³¹ Puisque ces faits n'étaient pas décisifs quant à la question soulevée, l'approche de la juge L'Heureux-Dubé dans cet arrêt semble compatible avec la nouvelle approche de la connaissance d'office établie dans l'arrêt *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 61 et 63 (le juge Binnie pour la Cour).

¹¹³² *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, art. 9(1), 18(1)a), h) et 63.

Iacobucci, pour la majorité, a affirmé qu'on peut prendre connaissance d'office du fait que les femmes assument d'une manière disproportionnée la *garde* des enfants, mais pas que ce sont elles qui assument les *frais* monétaires de garde qui seraient déduits si la contestation constitutionnelle devait réussir¹¹³³.

La plupart des documents utilisés par la majorité, soit des rapports gouvernementaux et des statistiques, faisaient partie de la preuve devant les instances inférieures et un expert en sociologie les avaient commentés¹¹³⁴. Cependant, l'Association du Barreau canadien est intervenue en Cour suprême du Canada. Elle a ajouté des statistiques supplémentaires quant à la situation familiale des avocats ontariens¹¹³⁵. Aucune permission de déposer une preuve nouvelle en appel n'ayant été enregistrée¹¹³⁶, on peut donc conclure que ces documents ont été reçus sous l'empire de la connaissance d'office. Même si ces statistiques précises ne sont pas raisonnablement incontestables, on peut raisonnablement généraliser que les femmes s'occupent davantage des enfants que les hommes.

De son côté, la dissidence de la juge L'Heureux-Dubé a mobilisé également cette preuve d'expert¹¹³⁷ et ces nouveaux documents¹¹³⁸, en plus d'une étude de 200 cas de femmes entrepreneures réalisée par le Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme¹¹³⁹. Cela veut dire que la juge L'Heureux-Dubé reconnaissait l'importance de la preuve d'expert, bien qu'elle ne s'empêchât pas d'effectuer ses propres recherches.

Comme nous l'avons vu au chapitre de la connaissance d'office du droit¹¹⁴⁰, c'est toutefois dans l'arrêt *Willick* que la juge L'Heureux-Dubé a abordé explicitement,

¹¹³³ *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 763 (le juge Iacobucci pour la majorité).

¹¹³⁴ *Symes c. Canada*, [1989] A.C.F. N° 400 (C.F.), inf. par [1991] A.C.F. N° 537 (C.A.F.).

¹¹³⁵ *Symes c. Canada*, préc., note 1133, 740 (le juge Iacobucci pour la majorité).

¹¹³⁶ *Symes c. Canada*, C.S.C. n° 22659.

¹¹³⁷ *Symes c. Canada*, préc., note 1133, 792-793 (la juge L'Heureux-Dubé, dissidente).

¹¹³⁸ *Id.*, 800 et suiv. (la juge L'Heureux-Dubé, dissidente).

¹¹³⁹ *Id.*, 829 et suiv. (la juge L'Heureux-Dubé, dissidente).

¹¹⁴⁰ *Supra*, p. 225.

avec l'accord des juges Gonthier et McLachlin, le caractère large de la connaissance d'office des faits législatifs.

Dans ce paragraphe, qui constitue à bien des égards un point d'orgue dans son œuvre au plus haut tribunal du pays, elle affirme le caractère essentiel de la connaissance d'office illimitée des faits législatifs étant donné l'importance de ces faits pour l'accomplissement du rôle qu'elle veut donner au pouvoir judiciaire au Canada. Elle écrit :

En outre, depuis l'école du réalisme juridique et la «théorie sociologique du droit» (sociological jurisprudence) de Roscoe Pound, il est reconnu que le droit n'est pas au-dessus des autres institutions sociales et qu'il n'existe pas en vase clos. La distinction largement reçue, établie par des juristes éminents tel Kenneth Culp Davis, entre «faits en litige» -- se rapportant spécifiquement à l'espèce en cause -- et «faits législatifs» -- intervenant dans des décisions de droit ou de politique générale -- démontre clairement que le droit et la société entretiennent des liens d'interdépendance inextricables et que les faits sociaux font partie intégrante du processus d'élaboration des lois. Lorsqu'elles sont pertinentes dans la création d'une règle de droit, les données et les recherches sociales revêtent un caractère général qui va bien au-delà du contexte précis dans lequel celles-ci ont été utilisées. Elles deviennent une partie constitutive de la règle de droit qu'elles contribuent à étayer. De fait, elles représentent une partie des sources dont cette règle de droit tire son autorité. À ce titre, la théorie selon laquelle les sciences sociales ont valeur d'autorité en droit est intrinsèque à la notion même de science du droit. Sont à leur tour intrinsèques à la science du droit le pouvoir et, dans une certaine mesure, la responsabilité du tribunal d'acquiescer la connaissance des sources qui l'aideront à apprécier le bien-fondé des arguments juridiques qui lui sont présentés et à en tirer, en dernier ressort, ses conclusions de droit. **Le rôle bien établi des tribunaux comme juges de l'intérêt public les amène parfois à puiser dans les données des sciences sociales lors même que les parties n'ont pas présenté de preuve pertinente sur des questions pertinentes de politique générale [...]**¹¹⁴¹. [Notre soulignement]

D'abord, la juge L'Heureux-Dubé rattache sa conception interprétative au *réalisme juridique*. Cette expression, bien que présentée comme une approche épistémologique dans la « science du droit »¹¹⁴², est alors utilisée pour décrire une

¹¹⁴¹ *Willick c. Willick*, préc., note 30, 700-701 (la juge L'Heureux-Dubé pour les juges Gonthier et McLachlin, motifs concordants).

¹¹⁴² Nous avons déjà expliqué que le juge ne peut avoir une approche épistémologique puisqu'il est un décideur, et non un chercheur : *supra*, p. 23 et suiv. Les tribunaux sont des acteurs de pouvoir

conception qui cherche à donner au juge un rôle important et assumé dans la création du droit dans la tradition de common law. Au lieu de suivre les précédents¹¹⁴³ ou de rechercher la seule intention du Parlement, le juge analyse la situation factuelle pour décider comment les valeurs et intérêts en présence doivent être conciliés, et quelle est la règle prétorienne qui doit être établie¹¹⁴⁴.

Pour remplir ce rôle, selon la juge L'Heureux-Dubé, les tribunaux doivent pouvoir compter sur une connaissance d'office élargie. Celle-ci permet d'ajouter ou de contredire la preuve présentée en première instance et les conclusions de fait du premier juge.

De plus, la juge L'Heureux-Dubé étend cette connaissance d'office élargie aux faits sociaux, en plus des faits législatifs. Ces faits permettent de contextualiser la trame factuelle d'un litige, notamment en matière criminelle ou familiale. Elle écrit :

Même lorsqu'aucune règle de droit n'est en litige, il est admis que les études sociales peuvent néanmoins grandement aider le tribunal à éclairer le cadre social dans lequel s'insèrent les faits de l'espèce. La nécessité impérative, dans ce cas, de faire appel aux sciences sociales commande une démarche théorique analogue en plusieurs points à la démarche adoptée eu égard aux autorités sociales. [...]. Plus vaste est la question, plus grande est en effet la probabilité que les faits de l'espèce ne suffiront pas à étayer une décision. Perry & Melton, *loc. cit.*. Cette observation explique en partie pourquoi les tribunaux ont couramment recours à des études répertoriées de façon indépendante dans le contexte de questions constitutionnelles, mais elle n'exclut pas l'utilisation de cette méthodologie dans des contextes non constitutionnels où sont néanmoins en jeu des questions générales d'intérêt public. À plusieurs égards, le droit de la

qui décident non seulement de l'interprétation des lois et de la common law, mais également du rôle qu'ils veulent se donner dans la structure constitutionnelle du pays.

¹¹⁴³ Rappelons qu'avant les années 1950, la règle officielle dans les pays de tradition britannique était à l'effet que les tribunaux (y compris la Cour suprême du Canada, le Comité judiciaire du Conseil privé et la Chambre des Lords) devaient suivre les précédents, et laisser au Parlement compétent la tâche de les écarter au besoin : P. BÉLIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 164, p. 60, par. 144 ; R. c. *Salituro*, préc., note 270, 665 et suiv. (le juge Iacobucci pour la Cour) ; W. BLACKSTONE, préc., note 269, p. 69-70.

¹¹⁴⁴ M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 352 ; C. L'HEUREUX-DUBÉ, préc., note 945, par. 19 :

In Canada, since the advent of the *Charter*, it is no longer possible to deny that, in deciding questions of law or policy, judges essentially perform an active law and policy-making role rather than passively recognizing or discovering law that is dictated by precedent or principle.

C'était d'ailleurs également l'approche préconisée par le juge en chef Laskin alors qu'il était professeur : *supra*, p. 113.

famille se prête parfaitement à cette démarche en raison de son caractère largement prospectif et de ses profondes répercussions sur les attitudes des individus et du public en général envers l'institution de la famille¹¹⁴⁵.

Cela signifie donc que la connaissance d'office élargie pourrait embrasser certains types de litiges autres que ceux touchant la Constitution.

Le juge Sopinka, au nom d'une majorité qui comprenait notamment le juge La Forest, a refusé de répondre aux « larges questions de principe »¹¹⁴⁶ soulevées par ses collègues. Divergeant d'opinion sur le rôle de la preuve extrinsèque et de la *Charte* dans l'interprétation des lois ordinaires, il a aussi refusé de se prononcer sur l'ampleur de la connaissance d'office des faits législatifs. Il a néanmoins affirmé, quant à ces questions, le principe suivant : la « latitude est plus grande »¹¹⁴⁷ en matière constitutionnelle. À tout le moins, cela était certainement vrai pour *l'utilisation* de la preuve extrinsèque, comme nous l'avons vu plus tôt¹¹⁴⁸.

En définitive, deux approches principales s'opposaient dans les années 1980-1990 à la Cour suprême du Canada quant à la connaissance d'office des faits législatifs et sociaux, notamment en matière constitutionnelle. D'un côté, l'approche du juge Sopinka voulait conserver le caractère accessoire et complémentaire de ce mode d'établissement des faits par rapport à la « véritable » preuve présentée contradictoirement en première instance. De l'autre, l'approche des juges La Forest, Lamer et L'Heureux-Dubé voulait libérer le juge des contraintes de cette preuve pour lui permettre de faire ses propres recherches. La juge L'Heureux-Dubé avait des divergences de vues par rapport à ces autres juges quant à l'étendue de l'approche contextuelle d'interprétation des lois, mais non quant au droit de la preuve régissant l'établissement des faits législatifs.

¹¹⁴⁵ *Willick c. Willick*, préc., note 30, 701-702 (la juge L'Heureux-Dubé pour les juges Gonthier et McLachlin, motifs concordants).

¹¹⁴⁶ *Id.*, 679 (le juge Sopinka pour la majorité).

¹¹⁴⁷ *Id.*, 679 (le juge Sopinka pour la majorité).

¹¹⁴⁸ *Supra*, section 1.2.2.2.

2.3.3 Les conséquences des approches d'élargissement de la connaissance d'office sur le droit de la preuve dans les années 1990

Au cours des années 1990, deux problèmes principaux découlent des approches concurrentes en vogue à la Cour suprême du Canada en matière d'établissement des faits dans les litiges constitutionnels.

L'utilisation d'une documentation abondante par les juges a créé une confusion entre la « véritable » preuve et les documents connus d'office, laquelle résulte du mode de présentation des faits connus d'office, qu'il est très facile de confondre avec l'administration de la preuve (2.3.3.1).

L'approche libérale des juges d'appel quant aux faits, par l'entremise de la connaissance d'office, implique que la preuve et les conclusions de fait tirées en première instance peuvent être écartées sans déférence. La norme de contrôle est donc affectée (2.3.3.2).

2.3.3.1 La confusion entre le mode de présentation des faits connus d'office et l'administration de la preuve

Au milieu des années 1990, la question de la pertinence des faits législatifs en matière constitutionnelle était grandement réglée depuis une quinzaine d'années. De même, le débat était explicitement ouvert sur la connaissance d'office. Mais pour ce qui n'est pas connu d'office, les moyens de preuve appropriés et les méthodes concrètes pour administrer cette preuve n'avaient toujours pas été véritablement identifiés.

Aux prises avec l'établissement pratique, au procès, des faits législatifs, un banc de trois juges de la Cour supérieure de l'Ontario a constaté ce problème d'administration de la connaissance d'office et de la preuve des faits législatifs. Les juges écrivent :

This is an area where Canadian legal principle is in a very early state. In recent years, courts have been willing to consider a variety of extrinsic materials in constitutional cases. But very little consideration has been

given to the appropriate method of presentation of such "evidence"¹¹⁴⁹.
[Notre soulignement]

La Cour supérieure a alors résumé trois méthodes concrètes pour ce faire :

- La connaissance d'office à l'initiative du juge;
- La preuve testimoniale d'un expert ou d'un témoin ordinaire, *viva voce* ou par déclaration assermentée;
- Le dépôt de documents non assermentés rapportant des faits, comme dans un Brandeis Brief. Les auteurs des documents ne pourront pas être sujets au contre-interrogatoire¹¹⁵⁰.

Le cas de la connaissance d'office à l'initiative du juge ne pose pas de problèmes pratiques. Ce sont plutôt la preuve testimoniale et le dépôt de documents rapportant des faits qui intéressent la frontière tenue entre la *preuve* proprement dite et *l'assistance* des parties au tribunal dans l'établissement de faits connus d'office.

Nous avons employé, depuis le début de cette thèse, l'expression « connaissance d'office » pour référer à l'institution de common law de la « judicial notice » dans les termes francophones employés par le *Code civil du Québec*¹¹⁵¹. Cependant, ce mécanisme ne fonctionne pas uniquement à l'initiative « d'office » du tribunal¹¹⁵². Les parties peuvent non seulement plaider les faits, mais également demander

¹¹⁴⁹ C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 27, qui reproduit *Canada Post Corp. v. Smith*, préc., note 44.

¹¹⁵⁰ *Canada Post Corp. v. Smith*, préc., note 44. La Cour conclut alors que dans tous les cas, le caractère approprié de la méthode employée est incertain dans l'état du droit canadien de l'époque :

But precisely when any particular method will be judged to be appropriate is subject to some uncertainty in Canada: see *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic and Pacific Co. of Canada*, supra, per Finlayson J.A. at p. 111.

¹¹⁵¹ C.c.Q., art. 2806 et suiv.

¹¹⁵² D. PINARD, préc., note 71, 117. Voir aussi : L. DUCHARME, préc., note 89, par. 61. Pour lui, la connaissance d'office ne couvre que la connaissance acquise du tribunal, et toute information transmise par les parties serait de la preuve.

formellement, en cours d'instance, si le tribunal est disposé à considérer un fait comme étant de connaissance judiciaire¹¹⁵³.

Dans tous les cas, l'assistance des parties est précieuse, puisqu'ils déposeront des documents dans le but d'influencer la décision du tribunal. En pratique, ces documents peuvent être joints aux cahiers d'autorités¹¹⁵⁴, mais ils sont aussi souvent communiqués et déposés comme des pièces.

Le juge Renke, alors professeur, a expliqué comment les documents tombant sous le coup de la connaissance d'office peuvent être déposés à titre d'autorités, mais qu'il est mieux de les communiquer et de les coter à titre de pièces. Il écrit :

Materials which might be considered in taking judicial notice of legislative facts could include unsworn factual materials such as Royal Commission proceedings, Parliamentary Committee proceedings, Hansard, scientific research, medical literature, or statistical studies. These materials could be examined by a judge outside the court record, or could be introduced by the parties. Material filed by a party to support judicial notice of a legislative fact is frequently called a "Brandeis Brief", after a brief filed by Louis D. Brandeis in the Muller v. Oregon case. Material may also be filed by including it in a factum or authorities filed with a factum. Materials relied on should be entered or adequately referred to in the record, **if not entered as exhibitits.** This is especially important in legislative fact cases, since the scope of this type of notice might encourage some judges to consult extra-record materials that are not reasonable bases for judicial notice¹¹⁵⁵. [Notre soulignement]

Ainsi, des documents sont concrètement communiqués et déposés à titre de pièces pour établir des faits. Ils peuvent même faire l'objet d'une mise en demeure de reconnaître leur authenticité¹¹⁵⁶, mais ils tombent en principe sous le coup de la connaissance d'office¹¹⁵⁷. C'est d'ailleurs une méthode prudente pour éviter les

¹¹⁵³ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 1044, p. 117. Voir par ex.: *R. v. Meadowbrook Management Ltd.*, 2001 ABPC 245.

¹¹⁵⁴ Ces documents sont régis par les règlements de procédure des différents tribunaux. Voir par ex.: *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile*, RLRQ, c. C-25.01, r. 0.2.1, art. 5 et 6 ; *Règlement de procédure civile (Cour d'appel)*, RLRQ, c. C-25.01, r. 10, art. 56.

¹¹⁵⁵ W. N. RENKE, préc., note 830, 932.

¹¹⁵⁶ C.p.c., art. 264.

¹¹⁵⁷ Nous avons personnellement vu des avocats de grande expérience procéder de la sorte, même pour plaider des lois : *Motard c. Canada (Procureure générale)*, préc., note 16.

reproches dans les étapes ultérieures du processus judiciaire si jamais le document en question n'était pas considéré de connaissance d'office.

Cela entraîne toutefois la confusion entre ce qui est connu d'office et ce qui est véritablement prouvé. Les professeurs Sir Rupert Cross et Collin Tapper, parlant dans le contexte du droit anglais bien qu'avec des références au droit canadien et australien, ont démontré qu'il est souvent bien difficile de savoir si un document consulté par un juge a été reçu par l'entremise de la connaissance d'office ou d'une exception à la règle du oui-dire¹¹⁵⁸. Ils écrivent :

No problem arises with regard to the distinction between receiving evidence and taking judicial notice of a fact when judicial notice depends upon notoriety without need for inquiry by the judge. The judge is then acting on his own knowledge, a completely different procedure from assessing evidence. The process converges when the judge makes inquiries before deciding to take judicial notice. If treatises are consulted, it is hard to say whether evidence is being received under an exception to the rule against hearsay or whether the judge is equipping himself to take judicial notice¹¹⁵⁹.
[Notre soulignement]

La confusion est d'autant plus grande si des témoins assermentés sont entendus sur ces faits connus d'office¹¹⁶⁰.

Le problème est le même en droit canadien. Selon les juges John Sopinka, Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant et Michelle K. Fuerst et la professeure Danielle Pinard, une procédure impliquant les parties doit être respectée avant de conclure à la connaissance d'office d'un fait dans le respect du principe de la contradiction.

D'abord, « à l'abri des contraintes des autres règles de preuve », « toute information fiable et disponible peut être considérée par le tribunal »¹¹⁶¹. À ce moment, des témoins, même experts, peuvent être entendus ou des rapports

¹¹⁵⁸ Sur le oui-dire et les documents rapportant des faits, voir le développement *infra*, section 3.2.

¹¹⁵⁹ R. CROSS et C. TAPPER, préc., note 172, p. 80. Voir aussi : D. PINARD, préc., note 71, 117 : « Les secondes pourraient par exemple présenter des informations en contravention des règles relatives au oui-dire, ou encore aux nécessaires interrogatoires ou contre-interrogatoires de l'auteur d'une étude déposée ».

¹¹⁶⁰ R. CROSS et C. TAPPER, préc., note 172, p. 81.

¹¹⁶¹ D. PINARD, préc., note 71, 115 ; S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 19.61.

déposés¹¹⁶². Comme la professeure Danielle Pinard le reconnaît, il est alors facile de confondre la « preuve » déposée avec de la preuve légale¹¹⁶³. Malgré tout, le tribunal n'est pas lié par ces documents et peut chercher ailleurs la source d'un fait connu d'office¹¹⁶⁴. Le juge conserve aussi le « pouvoir discrétionnaire de mettre fin à un débat jugé superflu »¹¹⁶⁵. C'est au terme de ce débat que la décision de reconnaître le fait ou non est prise.

Si la connaissance judiciaire est mise en œuvre de cette manière, et que son étendue sur les faits législatifs et sociaux est illimitée, le procès sur ces faits équivaut à une enquête soumise à un régime de preuve libre¹¹⁶⁶.

La connaissance d'office et la preuve semblent s'être confondues dans l'arrêt *Lavallee*¹¹⁶⁷. Dans cette affaire de droit criminel, l'accusée avait assassiné son conjoint après qu'il lui eut affirmé qu'il la tuerait éventuellement, au terme de la soirée qui se déroulait à ce moment. Elle a invoqué la légitime défense, sans toutefois témoigner elle-même lors de son procès.

Du point de vue du droit criminel, se posait la question de l'impact du syndrome de la femme battue sur la croyance raisonnable de l'accusée quant à la possibilité d'éviter la mort ou des lésions corporelles.

Du point de vue du droit de la preuve, se posait la question de l'admissibilité de l'expertise pour établir ce syndrome, alors que l'accusée elle-même avait usé de son droit au silence¹¹⁶⁸. La Cour suprême du Canada a jugé que l'expertise sur ce fait social était *nécessaire*, puisqu'il dépassait l'expérience et la connaissance d'un juge et d'un jury¹¹⁶⁹.

¹¹⁶² D. PINARD, préc., note 71, 100 (note 24) et 117.

¹¹⁶³ *Id.*, 117.

¹¹⁶⁴ C. FABIEN, préc., note 386, 467 : « Toutefois, s'il s'agit véritablement d'un fait du domaine de la connaissance d'office, il ne sera pas lié par la preuve et pourra l'apprécier en toute liberté, en tenant compte de sa propre connaissance » ; D. PINARD, préc., note 71, 122.

¹¹⁶⁵ D. PINARD, préc., note 71, 122.

¹¹⁶⁶ *Id.*, 131.

¹¹⁶⁷ *R. c. Lavallee*, préc., note 211.

¹¹⁶⁸ Sur le problème de l'expertise et du oui-dire, voir *infra*, section 3.1.1.1.

¹¹⁶⁹ *R. c. Lavallee*, préc., note 211, 870 et suiv. (la juge Wilson pour la majorité).

Le syndrome de la femme battue a donc été établi en tant que fait social permettant de comprendre les faits adjudicatifs (l'état de femme battue de l'accusée) établis par d'autres moyens de preuve. Pris ensemble, ces faits ont établi la croyance raisonnable de l'accusée, et donc la légitime défense.

Néanmoins, à deux reprises, des juges de la Cour suprême ont affirmé *a posteriori* que la Cour avait pris *connaissance d'office* du syndrome de la femme battue dans l'arrêt *Lavallee*, sans référer à des pages précises, tandis qu'une expertise avait été jugée nécessaire¹¹⁷⁰. Il est pour le moins paradoxal d'affirmer avoir pris connaissance d'office d'un fait qui, pour nécessiter une expertise, doit dépasser les connaissances du juge des faits. Cela démontre à quel point la preuve et la connaissance d'office peuvent être confondus en matière de faits législatifs et sociaux.

On peut aussi trouver des exemples de cette confusion dans les motifs des autres tribunaux. Dans une affaire constitutionnelle sur l'indépendance judiciaire, un banc de cinq juges de la Cour d'appel du Québec a pu écrire :

Or, comment les tribunaux peuvent-ils être convaincus que la réponse du gouvernement a un fondement factuel raisonnable si cette réponse ne fait pas voir que le gouvernement a procédé à un examen sérieux de la pertinence et du poids des recommandations du comité ainsi que de la preuve des faits sociaux dont il peut avoir une connaissance d'office¹¹⁷¹.
[Notre soulignement]

En lisant cette phrase littéralement, les juges auraient donc *connaissance d'office* de la *preuve*. Pour contourner le problème sur le plan terminologique, dans l'arrêt *Symes*, la Cour suprême du Canada a référé aux éléments factuels en utilisant l'expression « documentation »¹¹⁷².

¹¹⁷⁰ *Willick c. Willick*, préc., note 30, 703 (la juge L'Heureux-Dubé pour les juges Gonthier et McLachlin, motifs concordants) ; *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 57 (le juge Binnie pour la Cour). Voir aussi : D. M. PACIOCCO, préc., note 27, à la page 48.

¹¹⁷¹ *Québec (Procureur général) c. Conférence des juges du Québec*, 2004 CanLII 22772 (QC CA), par. 114 (*per curiam*). Voir, au même effet : *R. c. Le*, 2019 CSC 34, par. 260 (le juge Moldaver pour la dissidence) : « les tribunaux peuvent prendre connaissance d'office de ces documents — qui constituent de la preuve relative au "contexte social" » [Notre soulignement].

¹¹⁷² *Symes c. Canada*, préc., note 1133.

L'arrêt *Sioui c. Québec (Sous-ministre du Revenu)* portait sur l'application de la TVQ aux entreprises huronnes. La Cour d'appel du Québec a reçu et utilisé, en s'autorisant de la connaissance d'office, de la documentation additionnelle déposées par l'appelant durant le délibéré, alors que des experts avaient été entendus sur le sujet en première instance¹¹⁷³.

En plus des arrêts *Lavallee* et *Sioui*, il se dégage des décisions constitutionnelles de l'époque une impression que la « preuve » à laquelle réfèrent les tribunaux, particulièrement en appel, comprend davantage que ce qui a été dument prouvé en première instance.

2.3.3.2 *Le problème de la norme de contrôle des conclusions de faits législatifs et sociaux*

Le problème de la connaissance d'office étendue ou illimitée, lorsque les éléments connus d'office se conjuguent à la preuve proprement dite, soulève celui de la norme de contrôle et du rôle des tribunaux d'appel dans la révision des conclusions de fait.

Soulignons que la conclusion, par la connaissance d'office, qu'un fait existe est une conclusion de droit, révisable en appel suivant la norme de la décision correcte¹¹⁷⁴. C'est pourquoi la conclusion du tribunal aura valeur de précédent¹¹⁷⁵. Cette situation est paradoxale, puisqu'une conclusion sur les faits est une conclusion pure de droit. Néanmoins, la déférence pour l'appréciation de la preuve faite par le juge de première instance, laquelle justifie la norme de l'erreur manifeste et dominante, n'a pas lieu de s'appliquer, puisqu'une règle de droit est utilisée directement, sans moyen de preuve, pour établir ces faits.

Si la connaissance d'office des faits législatifs et sociaux est illimitée ou élargie, il en résulte que les tribunaux d'appel peuvent écarter la preuve et les conclusions

¹¹⁷³ *Sioui c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 1996 CanLII 6067 (QC CA) (le juge Biron).

¹¹⁷⁴ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 145.

¹¹⁷⁵ *R. c. Williams*, préc., note 32, par. 54 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la Cour) ; R. CROSS et C. TAPPER, préc., note 934, p. 81 ; W. N. RENKE, préc., note 830, 930-931. Voir aussi : E. F. JUDGE, préc., note 766, à la p. 340.

de fait tirées en première instance — sans justifier une erreur manifeste et dominante¹¹⁷⁶.

Par exemple, dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, qui avait pour objet la constitutionnalité de l'interdiction de la publicité du tabac, le juge La Forest, au nom des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier, aurait adopté cette position. Il écrit :

De toute évidence, il n'est pas nécessaire d'être juge de première instance pour tirer des conclusions générales sur l'incidence des règles de droit sur le comportement humain. Par ailleurs, compte tenu de la relation étroite entre les faits législatifs et la création des règles de droit, il existe également un solide motif de principe de suspendre l'application de la règle de non-intervention relativement aux faits législatifs ou sociaux¹¹⁷⁷. [Notre soulignement]

Expliquant cette position du juge La Forest, la juge McLachlin (plus tard juge en chef) dit que, de ce point de vue, le juge de première instance n'a aucun avantage particulier sur les juges d'appel du fait qu'il a pu apprécier l'entièreté de la preuve, et voir et entendre les témoins. Cette situation ne serait avantageuse que pour les faits adjudicatifs, et non pour les faits législatifs et sociaux. Elle écrit :

En règle générale, une cour d'appel refuse de modifier les conclusions de fait du juge de première instance, sauf si ces conclusions ne s'appuient pas sur la preuve ou sont fondées sur une erreur manifeste. Cette règle repose en grande partie sur l'avantage dont bénéficie le juge de première instance, mais non une cour d'appel, de voir et d'entendre les témoins. Le juge La Forest conclut que cette règle ne s'applique pas aux conclusions du juge de première instance, en l'espèce, parce que ces conclusions portaient non pas sur des « faits en litige », mais plutôt sur des « faits législatifs »¹¹⁷⁸. [Notre soulignement]

¹¹⁷⁶ Sur la norme de contrôle en matière constitutionnelle aux États-Unis, voir : H. P. MONAGHAN, préc., note 118.

¹¹⁷⁷ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 28, par. 80 (le juge La Forest pour les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier, dissidents).

¹¹⁷⁸ *Id.*, par. 140 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la majorité sur la question de l'article 1^{er}). Dans la même veine, la Cour supérieure de l'Ontario avait déjà affirmé que le contre-interrogatoire d'un expert en sciences sociales ne permettait pas vraiment d'atteindre la « vérité » comme pour les faits adjudicatifs : *Canada Post Corp. v. Smith*, préc., note 44 :

Trial-type procedures are best employed to resolve controversies involving disputes over adjudicative facts, facts pertaining to the parties. In contrast, such truth-seeking procedures are not usually required for the ascertainment of legislative facts. The exception is where specific or concrete legislative facts are critical to a judicial determination. Legislative facts relating more to policy than concrete fact are often not

La juge McLachlin, au nom de la majorité, a accepté partiellement cette opinion. Pour elle, la nature politique de l'adjudication constitutionnelle fait en sorte que les tribunaux d'appel ne doivent pas se sentir liés par des conclusions de principe ou de valeurs tirées en première instance, par opposition aux conclusions purement factuelles et scientifiques. Elle écrit :

Qu'il me suffise de dire que, dans le contexte de l'analyse fondée sur l'article premier, il pourrait bien être nécessaire de faire preuve d'une plus grande retenue à l'égard de conclusions fondées sur une preuve de nature purement factuelle, qu'à l'égard de conclusions que le juge de première instance aurait tirées après l'examen de la preuve en matière de sciences humaines et d'autres questions de principe. En règle générale, dans le contexte d'une analyse fondée sur l'article premier, une cour d'appel n'est pas liée par les conclusions du juge de première instance au même degré qu'elle l'est dans le cadre d'un litige de nature non constitutionnelle, puisque l'incidence de la violation sur les droits constitutionnels doit souvent être évaluée dans le cadre d'un vaste examen de facteurs sociaux, économiques et politiques, qui vient s'ajouter à celui de faits scientifiques. Par ailleurs, bien qu'une cour d'appel ne soit pas liée par les conclusions du juge de première instance relativement à la preuve en matière de sciences humaines, elle devrait continuer d'être consciente du fait que le juge de première instance a eu l'avantage d'entendre de première main des témoignages d'experts contradictoires¹¹⁷⁹. [Notre soulignement]

La majorité sépare donc les conclusions de l'ordre des jugements de valeur sur des facteurs politiques ou économiques des conclusions proprement factuelles, qui doivent bénéficier de davantage de déférence de la part des tribunaux d'appel.

Cela veut donc dire que certaines conclusions sur les expertises de sciences sociales ou sur la « policy oriented evidence »¹¹⁸⁰ du juge du procès étaient, à l'époque, révisables suivant la norme de la décision correcte.

amenable to ascertainment by trial procedures. Cross-examining a social scientist on a particular theory is unlikely to produce a "truth" as understood in the context of adjudicative facts. Having regard to this reality which lies at the root of the variety of material that judges, since the inception of courts, have taken into account for the purposes of developing law or policy, the approach in the United States has been to confine the rules of evidence to adjudicative facts. [Notre soulignement]

Voir aussi : M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 338.

¹¹⁷⁹ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 28, par. 141 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la majorité sur la question de l'article 1^{er}).

¹¹⁸⁰ E. P. MENDES, préc., note 759, à la p. 182.

Il y avait donc une certaine tendance sporadique, à l'époque, de reprendre l'examen des faits en Cour suprême du Canada. Par exemple, dans l'arrêt *Thomson Newspapers Co.*, qui portait sur la constitutionnalité d'un embargo sur la publication des sondages dans les jours précédents une élection fédérale, le juge Bastarache, bien qu'il ne semble pas avoir ajouté des faits à la preuve présentée en première instance¹¹⁸¹, l'a réévalué lui-même longuement au lieu de rester centré sur les conclusions de fait du juge de première instance¹¹⁸².

Il était également possible de soulever une question constitutionnelle nouvelle une fois en appel. L'arrêt *Seo*, qui avait pour objet la constitutionnalité des règles entourant les poursuites pour conduite avec les facultés affaiblies, a été rendu à partir d'une preuve documentaire de l'État admise de consentement en appel¹¹⁸³.

Cette figure peut résumer le traitement des faits législatifs et sociaux lorsqu'une connaissance d'office élargie ou illimitée est reconnue, alors que des éléments de « preuve » sont déposés et des témoins sont entendus sur les mêmes questions :

¹¹⁸¹ *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1995] O.J. No. 1375 (OC GD), par. 7 et suiv.

¹¹⁸² *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 747, par. 100 et suiv. (le juge Bastarache pour la majorité).

¹¹⁸³ *R. v. Seo*, 1986 CanLII 109 (ON CA) (le juge Finlayson pour la Cour) ; A. N. YOUNG, préc., note 200, 639.

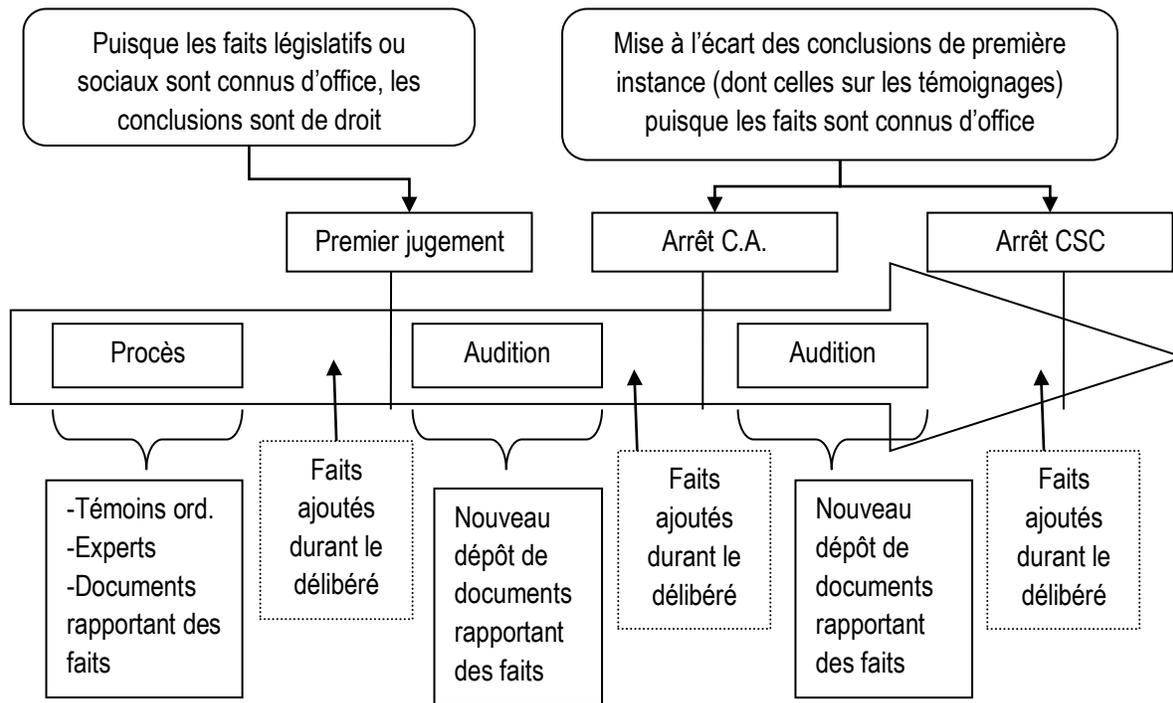


Figure 4 : Établissement des faits par la connaissance d'office suivant les étapes de l'instance

À ce problème de la norme de contrôle s'ajoute son corollaire : l'importation ou la réception des éléments de preuve ou des conclusions de fait d'un autre dossier par la connaissance d'office.

Par exemple, dans les arrêts *Hufsky*¹¹⁸⁴ et *Thomsen*¹¹⁸⁵, le juge Le Dain, au nom de la Cour suprême du Canada, a utilisé le dossier de preuve et les conclusions de fait tirées par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Seo*¹¹⁸⁶, lesquels ont été déposés à nouveau par la Couronne. Dans *Hufsky*, la question était la constitutionnalité de la détention au hasard des automobilistes en vue de vérifier leur ébriété, tandis que dans *Thomsen* et dans *Seo*, il s'agissait de la justification constitutionnelle de la privation du droit à l'avocat dans les mêmes circonstances.

Dans ces deux arrêts de la Cour suprême, le procès de première instance avait eu lieu en 1983, ce qui veut dire avant l'arrêt *Seo* qui est la source des faits justificatifs

¹¹⁸⁴ R. c. *Hufsky*, préc., note 34, par. 20 (le juge Le Dain pour la Cour).

¹¹⁸⁵ R. c. *Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, par. 21 (le juge Le Dain pour la Cour).

¹¹⁸⁶ R. v. *Seo*, préc., note 1183. Voir aussi : M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 334 et suiv.

reprise par la Cour suprême du Canada¹¹⁸⁷. En somme, l'atteinte aux droits constitutionnels de ces deux accusés a été jugée justifiée à partir de la preuve présentée à une autre audition survenue postérieurement dans un autre dossier.

La professeure Marilyn T. MacCrimmon a critiqué cette façon de faire, puisque la preuve déposée dans le dossier *Seo* ne concernait pas la même question que celle de la détention arbitraire de l'affaire *Husky*¹¹⁸⁸. Autrement dit, cette preuve justifiait peut-être le retrait du droit à l'avocat, mais non la nécessité de permettre des détentions aléatoires des conducteurs.

En définitive, ce dossier importé est considéré, par la Cour suprême, comme l'équivalent des conclusions de fait du juge de première instance dans le dossier qui faisait l'objet de l'appel : « The statistical material is treated by the Supreme Court as having the same weight as a trial judge's finding of adjudicative fact »¹¹⁸⁹. C'est comme si la Cour suprême siège alors, sur ces questions de fait, en appel d'un autre dossier.

Par ailleurs, dans l'arrêt *Thomsen*, la Cour suprême a fait sienne une conclusion de fait quant à l'impossibilité pratique d'appeler un avocat avant de souffler dans l'alcootest¹¹⁹⁰, tandis que le juge Lamer (plus tard juge en chef), dans l'arrêt *Cobham*, a pris connaissance d'office de la disponibilité d'avocats de garde 24 heures sur 24¹¹⁹¹. Cela témoigne du danger créé par les variations dans l'étendue de la connaissance d'office.

Cette confusion entre, d'un côté, les précédents sur les conclusions de droit et, de l'autre, les conclusions de fait tirées à partir de la preuve pose l'épineux problème du *stare decisis* sur des questions de fait.

¹¹⁸⁷ *R. c. Hufsky*, préc., note 34, par. 5 (le juge Le Dain pour la Cour) ; *R. c. Thomsen*, préc., note 1185, par. 2 (le juge Le Dain pour la Cour).

¹¹⁸⁸ M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 338-339.

¹¹⁸⁹ *Id.*, 337.

¹¹⁹⁰ *R. c. Thomsen*, préc., note 1185, par. 18 (le juge Le Dain pour la Cour).

¹¹⁹¹ *R. c. Cobham*, [1994] 3 R.C.S. 360, 372 (le juge en chef Lamer pour la majorité).

L'arrêt *Williams* concernait la récusation de jurés pour des préjugés raciaux envers les Autochtones. La juge McLachlin (plus tard juge en chef) a explicitement ouvert la porte à ce que des conclusions de fait tirées à partir de la preuve puissent induire une connaissance d'office dans les instances ultérieures. Elle écrit :

En outre, dès qu'un tribunal conclut, d'après les faits soumis en preuve, qu'il existe des préjugés raciaux largement répandus dans la collectivité, comme c'est le cas en l'espèce, les juges dans les instances ultérieures pourront prendre connaissance d'office de ce fait¹¹⁹². [Notre soulignement]

Cela signifierait que, dans certains cas, des faits législatifs ou sociaux pourraient acquérir, par la connaissance d'office, le caractère de règles de droit, et leur véracité dans les circonstances d'une affaire ne serait plus objet de preuve.

En définitive, le caractère élargi de la connaissance d'office des faits législatifs et sociaux au courant des années 1980 et 1990 a eu pour effet pratique (1) une confusion entre la preuve et les documents déposés sous l'empire de la connaissance judiciaire, et (2) un changement à la norme de contrôle sur ces conclusions à caractère factuel.

¹¹⁹² *R. c. Williams*, préc., note 32, par. 54 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la Cour). Voir aussi, sur ce sujet : S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 19.46.

2.4 L'unicité du cadre actuel de la connaissance d'office

Au terme des années 1990, deux approches principales s'affrontaient à la Cour suprême du Canada quant à l'étendue de la connaissance d'office des faits législatifs et sociaux. Les juges La Forest, Lamer et L'Heureux-Dubé étaient les représentants d'un courant d'élargissement de la connaissance judiciaire, tandis que le juge Sopinka cherchait à la cantonner à un rôle accessoire à la preuve administrée contradictoirement en première instance.

De plus, l'approche de la juge L'Heureux-Dubé a eu pour effet de poser le problème de la connaissance d'office dans une perspective globale qui dépasse les matières constitutionnelles, puisqu'elle désirait élargir la connaissance d'office en droit de la famille. Dans sa perspective, la connaissance d'office devait autoriser les juges à déterminer librement l'essentiel des faits sociaux et législatifs permettant de déterminer le droit applicable et de mieux comprendre les faits adjudicatifs de chaque affaire particulière et ce, dans tous les types de litiges, qu'ils aient des dimensions constitutionnelles ou non.

Cet élargissement de la connaissance d'office a suscité des critiques doctrinales ou des propositions d'aménagements visant à restreindre ou à encadrer l'utilisation de ce mode d'établissement des faits (2.4.1).

À partir de la fin des années 1990, la Cour suprême du Canada a établi avec un peu plus de constance les limites à la connaissance d'office des faits (2.4.2). De nos jours, les faits doivent être établis *en première instance* suivant les moyens habituels de preuve. La partie qui se fie à la connaissance d'office ou à la présentation informelle des faits dans les mémoires d'appel « court un certain risque »¹¹⁹³.

¹¹⁹³ R. c. *Spence*, préc., note 70, par. 68 (le juge Binnie pour la Cour).

2.4.1 Les critiques du désir de libéralisation

La critique de la connaissance d'office élargie au Canada peut se regrouper en quatre thèmes principaux : le respect du principe de la contradiction (2.4.1.1), l'apparence d'impartialité dans la détermination des faits (2.4.1.2), la qualité de la recherche de la vérité (2.4.1.3) et la prévisibilité juridique du droit de la preuve (2.4.1.4).

2.4.1.1 Le respect du principe de la contradiction

La connaissance d'office des faits¹¹⁹⁴, lorsque ce procédé est utilisé à l'initiative des tribunaux, limite le *caractère contradictoire de la preuve*, en plus d'écarter la nature accusatoire de son administration¹¹⁹⁵.

Le caractère *accusatoire* de la preuve est évidemment écarté ou limité dès lors que ce ne sont plus les parties qui fournissent aux juges les éléments factuels leur permettant de trancher le litige¹¹⁹⁶. Les parties ne sont plus « maîtres des faits »¹¹⁹⁷, et l'initiative des parties est remplacée en partie par celle du juge. Il peut être tenté de rechercher des sources factuelles pour appuyer sa décision à venir sur le caractère valide ou invalide de la mesure contestée devant lui¹¹⁹⁸. Cette situation a néanmoins l'avantage de permettre au tribunal de suppléer au manque de préparation d'un dossier qui, étant de nature constitutionnelle, dépasse le seul intérêt des parties¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁴ *Supra*, p. 234 et suiv.

¹¹⁹⁵ Voir aussi : *Baie-Comeau (Ville de) c. D'Astous*, préc., note 843, par. 10 (le juge Gendreau pour la Cour).

¹¹⁹⁶ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 139 :

Dans la conception classique du procès accusatoire et contradictoire, l'étendue de la connaissance judiciaire est très limitée. Les parties sont maîtres des faits et la règle de la neutralité du juge doit l'inciter à éviter de tenir compte d'un fait qui n'a pas été allégué et prouvé par un plaideur.

¹¹⁹⁷ *Id.*

¹¹⁹⁸ Les conséquences de cette situation sur la neutralité du tribunal et du processus de recherche des faits seront explorées dans la section suivante (2.4.1.2).

¹¹⁹⁹ Voir notamment : Marilyn L. PILKINGTON, « Equipping Courts to Handle Constitutional Issues : The Adequacy of the Adversary System and its Techniques of Proof », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: Applying the Law of Evidence. Tactics and Techniques For the*

Du point de vue du principe de la contradiction, le danger se résume ainsi : il y a des situations où les parties n'auront pas eu la chance de présenter une preuve contraire, particulièrement lorsque le tribunal ajoute des sources factuelles durant le délibéré¹²⁰⁰. Cette situation met également à mal la règle corollaire *audi alteram partem*. Les parties n'auront pas été entendues sur ces faits.

Expliquant le problème à partir de l'exemple américain, Morgan a exprimé le sentiment qu'à la lecture de faits rapportés pour la première fois dans le jugement du tribunal de dernière instance, il a souvent l'impression que ces faits auraient pu être contredits par les parties si un avis leur avait été donné. Il écrit :

When the resort to judicial notice is first made manifest in the opinion of the court of last resort, it is usually too late to take corrective measures. In reading data garnered from text books and encyclopedias, and statistics taken from specified sources, set out in an opinion of a court of last resort, one often has a feeling that they might have been contradicted or modified or explained by diligent counsel aware that the court intended to use them¹²⁰¹. [Notre soulignement]

La difficulté d'éprouver la thèse factuelle avancée par le juge sous l'empire de la connaissance d'office a incité plusieurs auteurs et juges canadiens à suggérer une obligation d'aviser les parties préalablement pour leur permettre de présenter leurs observations¹²⁰².

À titre d'exemples, dès 1989, la professeure Marilyn T. MacCrimmon considérait que, pour que l'information soit complète sur les faits législatifs et sociaux mobilisés par les tribunaux, toutes les parties devraient avoir l'opportunité de présenter leurs sources factuelles¹²⁰³. De même, le juge Paciocco, pourtant défenseur de la connaissance d'office élargie, critiquait qu'elle soit employée sans

Nineties, Scarborough, Carswell, 1991, p. 51, à la page 51 ; J. HUGHES et V. MACDONNELL, préc., note 11, 26.

¹²⁰⁰ P. W. HOGG, préc., note 4, 394.

¹²⁰¹ E. M. MORGAN, préc., note 766, 293. Voir aussi : D. PINARD, préc., note 71, 130.

¹²⁰² *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu National*, [1977] 1 R.C.S. 456, 463 (le juge Pigeon pour la Cour) ; B. G. MORGAN, préc., note 475, à la p. 172 ; D. M. PACIOCCO, préc., note 27, à la page 47 ; E. M. MORGAN, préc., note 766, 293 ; D. PINARD, préc., note 71, 143 ; K. E. SWINTON, préc., note 111, p. 78 ; M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 279.

¹²⁰³ M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 279.

avis aux parties et sans leur donner l'opportunité de plaider le contraire¹²⁰⁴. Allant un pas plus loin, M^e Brian G. Morgan suggérerait de réserver la possibilité aux parties d'offrir une *preuve* contraire, et non de simples observations¹²⁰⁵.

Cela a amené les juges John Sopinka, Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant et Michelle K. Fuerst et la professeure Danielle Pinard à proposer une procédure impliquant les parties. Selon eux, cette procédure devrait être respectée avant de conclure à la connaissance d'office d'un fait dans le respect du principe de la contradiction, lors de laquelle des documents peuvent être déposés et des témoins ordinaires ou experts peuvent être entendus et même contre-interrogés¹²⁰⁶.

Les tribunaux semblent avoir parfois donné suite à ces appels. Par exemple, dans l'arrêt *Sioui*¹²⁰⁷, même si le juge en chef Lamer s'est autorisé d'une connaissance d'office illimitée de l'histoire pour procéder à ses propres recherches durant le délibéré, il a néanmoins avisé les parties¹²⁰⁸. Cependant, cette opportunité donnée aux parties de contredire les sources trouvées par le juge en chef Lamer était-elle réelle? On peut imaginer que certaines parties, simplement avisées durant le délibéré que le tribunal compte prendre connaissance d'office de sources factuelles, seraient mal à l'aise, d'une part, de demander au décideur la communication de ces documents et, d'autre part, d'interrompre la sérénité du délibéré par un débat sur la fiabilité et l'exactitude de ces sources. Du reste, du moment où le tribunal affiche ses couleurs dans cet avis, nombreux seront les praticiens qui éviteront de contredire frontalement la perception du tribunal sur cet aspect précis du litige et qui préféreront limiter leurs interventions.

¹²⁰⁴ D. M. PACIOCCO, préc., note 27, à la page 47.

¹²⁰⁵ B. G. MORGAN, préc., note 475, à la p. 172. Sur la contradiction des faits connus d'office par la preuve, voir aussi : *supra*, note 843.

¹²⁰⁶ Voir : *supra*, p. 290 et suiv.

¹²⁰⁷ R. c. *Sioui*, préc., note 31, 1049-1050 (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la Cour).

¹²⁰⁸ R. c. *Sappier*, R. c. *Gray*, préc., note 918, par. 71 (le juge Bastarache pour la majorité) :

Le ministère public a toutefois signalé à juste titre que, dans *Sioui*, les parties avaient été avisées au préalable de la prise en compte de ces documents additionnels. Je conviens qu'il est généralement prudent de ne pas incorporer des éléments de preuve présentés dans d'autres causes sans les avoir communiqués aux parties et leur avoir permis de les contester ou de présenter des preuves contraires.

En 2014, le *Code de procédure civile* du Québec a codifié, avec le principe de la contradiction, le devoir des tribunaux de ne pas fonder leurs décisions sur des moyens non débattus par les parties. Son article 17 édicte :

Dans toute affaire contentieuse, les tribunaux doivent, même d'office, respecter le principe de la contradiction et veiller à le faire observer jusqu'à jugement et pendant l'exécution. Ils ne peuvent fonder leur décision sur des moyens que les parties n'ont pas été à même de débattre¹²⁰⁹. [Notre soulignement].

Comme la Cour suprême du Canada l'a récemment montré dans l'arrêt *Hydro-Québec*, même lorsqu'une règle de droit ou un fait est connu d'office, le principe de la contradiction exige que les parties soient entendues sur ses implications¹²¹⁰.

Concrètement, il est difficile d'entendre les parties sur chaque fait connu d'office. Cette situation ne se présentera que si le tribunal doute du caractère raisonnablement incontestable du fait en question, ou s'il s'apprête à référer à une source supplémentaire de nature factuelle dont la fiabilité n'est pas incontestable. Nous sommes évidemment d'accord avec les auteurs et les juges qui suggèrent d'aviser les parties dans les circonstances où un tribunal s'apprête à reconnaître d'office un fait par rapport auquel il existe un doute quant au caractère raisonnablement incontestable, et nous ajoutons qu'il serait opportun, dans ces cas, de rouvrir l'enquête pour donner une opportunité réelle aux parties de *prouver* les faits avec des moyens de preuve fiables. Ces faits sont manifestement importants pour la motivation du jugement à intervenir.

Du reste, la possibilité pour les parties de débattre des faits ou des sources qu'un tribunal envisage d'introduire dans une décision sous l'empire de la connaissance d'office ne règle pas tous les problèmes que ce moyen d'établissement des faits soulève, notamment en matière constitutionnelle. Au respect du principe du contradictoire s'ajoute celui de l'impartialité.

¹²⁰⁹ C.p.c., art. 17, al. 2. Voir aussi : *Webasto c. Transport TFI 6*, préc., note 69, par. 13 (*per curiam*) : « [...] le principe central de la procédure civile reste celui de la contradiction [...] ».

¹²¹⁰ *Hydro-Québec c. Matta*, préc., note 74, par. 37 à 40 (la juge Côté pour la Cour).

2.4.1.2 Les critiques liées à l'apparence d'impartialité dans la détermination des faits

Le pouvoir d'interpréter le droit constitutionnel, et ensuite de répondre aux questions d'application de ce droit à une loi contestée, est lourd de conséquences. Chaque précédent qui interprète les normes supralégislatives de la Constitution vient étendre un peu plus le périmètre de ce que les constitutionnalistes français appellent le « bloc de constitutionnalité ». Les travaux sur la constitutionnalisation des branches du droit en témoignent : chaque fois que l'incidence d'un droit, d'un principe ou d'une valeur constitutionnelle se manifeste dans un domaine spécialisé du droit, l'interprétation préconisée par le juge est alors implicitement gravée dans le marbre de la Constitution. Pour écarter les règles de droit constitutionnel établies dans un arrêt de la Cour suprême du Canada, il faut soit « convaincre la Cour de changer d'idée »¹²¹¹, soit procéder à une modification de la Constitution par l'une des procédures complexes de la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Une façon d'encadrer ce vaste pouvoir est d'exiger que les faits essentiels et contestables invoqués dans les décisions constitutionnelles trouvent une assise dans la preuve. Suivant ce point de vue, si les juges décident librement des valeurs qui doivent primer au terme, par exemple, du test de l'article premier, ils ne devraient pas décider sans contrainte de l'existence des faits, sans quoi le processus de recherche des faits pourrait avoir l'apparence d'être teinté idéologiquement.

C'est pourquoi le juge Williams critique l'approche de la juge L'Heureux-Dubé. À son avis, la connaissance d'office élargie, étant une extension du pouvoir judiciaire dans la détermination des faits, n'était pas de nature à limiter les risques de juger erronément en droit. Il écrit :

Somewhat ironically, Justice L'Heureux-Dubé seems to be advocating for *more* judicial discretion in the *fact-finding process*, in part at least to combat

¹²¹¹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 5, p. 26, par. I.74.

the degree of judicial discretion in the *determination* of the family law issue in dispute. I have some discomfort with this¹²¹². [Italiques originaux]

C'était d'ailleurs là l'une des promesses du rapatriement constitutionnel de 1982 et du passage du système politique canadien de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle : confier les décisions sur les grandes questions de société aux mêmes tribunaux qui jugent en matière civile, pénale et criminelle devait assurer un processus rationnel d'évaluation des faits¹²¹³. Un processus qui ne soit pas teinté par les émotions ou les valeurs du décideur, et qui respecte donc la maxime de Voltaire : « [...] L'intérêt que j'ai à croire une chose n'est pas une preuve de l'existence de cette chose »¹²¹⁴.

Il s'agit de l'un des avantages principaux du pouvoir judiciaire par rapport aux autres pouvoirs de l'État. De grands pans de notre droit de la preuve pénale et criminelle, introduit en matière civile au Québec avec le procès par jury¹²¹⁵, ont pour but historique la limitation de la partialité et du pouvoir du juge des faits de juger suivant les apparences¹²¹⁶. Les règles de preuve, par opposition au régime de preuve libre, visent justement à s'assurer que le juge décide des faits suivant la preuve présentée, et non suivant ses *a priori* ou ses croyances.

Une mauvaise utilisation de la connaissance d'office mine à notre avis cet objectif et, comme nous l'avons écrit plus tôt¹²¹⁷, pose un risque quant à l'apparence de neutralité des juges¹²¹⁸.

¹²¹² R. J. WILLIAMS, préc., note 927, 190-191.

¹²¹³ Roslyn MOUNSEY, « Social Science Evidence as Proof of Legislative Fact in Constitutional Litigation: A Proposed Framework for a Reliability Analysis », (2014) 32 *Nat'l J. Const. L.* 127, 132.

¹²¹⁴ VOLTAIRE, *Lettres philosophiques, Vingt-cinquième lettre, sur les pensées de M. Pascal*, cité en exergue de C. PICHÉ, préc., note 37.

¹²¹⁵ J.-M. BRISSON, préc., note 371, p. 45-46.

¹²¹⁶ Voir notamment : *R. c. Find*, préc., note 175, par. 41 (la juge en chef McLachlin pour la Cour) : « Les règles de preuve et de procédure font bien ressortir que le verdict ne doit pas dépendre des opinions d'une personne ou d'une autre, mais plutôt reposer sur la preuve et le droit applicable » ; *R. c. S. (R.D.)*, préc., note 764, par. 3 (le juge Major pour le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, motifs dissidents) : « Un procès équitable est un procès fondé sur le droit, dont le résultat est déterminé par la preuve et qui est exempt de toute partialité, réelle ou apparente ». [Notre soulignement]

¹²¹⁷ *Supra*, p. 234 et suiv.

¹²¹⁸ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 19.62 ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 139 :

Par la connaissance d'office élargie ou illimitée, un juge s'affranchit des contraintes de la preuve et obtient une marge de manœuvre sur les faits. Il peut alors :

- Contredire la preuve en jugeant établi un fait qui lui est incompatible, sans preuve de ce fait.
- Dispenser de preuve une partie au lieu de conclure qu'elle n'a pas rempli son fardeau. La thèse de cette partie triomphe alors.
- Il peut aussi refuser de prendre connaissance d'office de certains faits sociaux, ce qui sera fatal à la demande. Par exemple, c'est ce qui s'est produit dans l'affaire surnommée *Éric c. Lola*¹²¹⁹. Une partie des juges a alors refusé de prendre connaissance d'office de la contrainte dans le choix de se marier ou non, ce qui leur permettait de conclure à l'absence de preuve d'atteinte au droit à l'égalité.

Dans tous les cas, le tribunal ne peut plus affirmer qu'il s'en est remis à la preuve la plus crédible, puisqu'il a le pouvoir de passer outre à cette preuve pour invoquer n'importe quelle documentation ou publication. Un observateur aura inmanquablement l'impression qu'un choix a été fait¹²²⁰. Le juge s'expose à la critique à partir de toute source factuelle publique, plutôt qu'uniquement à des critiques fondées sur la preuve présentée.

Surtout, les faits connus d'office risquent d'être ceux acceptés dans l'idéologie dominante.

Dans l'arrêt *Spence*, le juge Binnie soulignait à juste titre qu'« on peut penser qu'au début du règne des Tudor en Angleterre, les juges de common law auraient

Dans la conception classique du procès accusatoire et contradictoire, l'étendue de la connaissance judiciaire est très limitée. Les parties sont maîtres des faits et la règle de la neutralité du juge doit l'inciter à éviter de tenir compte d'un fait qui n'a pas été allégué et prouvé par un plaideur. [Notre soulignement]

¹²¹⁹ *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 77, par. 27 et 237 et suiv (le juge LeBel pour les juges Fish, Rothstein et Moldaver, motifs de jugement).

¹²²⁰ Voir notamment : D. PINARD, préc., note 48 ; L. LANGEVIN, préc., note 940, 707 ; P. COCHRAN, préc., note 938, 566.

admis d'office le "fait" que le Soleil tourne autour de la Terre »¹²²¹. Dans la même veine, la professeure Danielle Pinard démontre que la notoriété d'un fait peut être le symptôme d'un préjugé. Elle écrit :

[...] on ne doit pas oublier qu'en matière de faits sociaux, la notoriété peut être le signe d'un préjugé allègrement partagé tout autant, sinon plus, que du caractère réellement incontestable de l'objet en cause (par exemple, les caractéristiques "connues" de certaines races, l'influence "certaine" de comportements particuliers, le "non" qui veut dire "oui", etc.)¹²²².

La preuve peut dissiper ces préjugés, tandis que cette idéologie peut se perpétuer par la connaissance d'office dans la mesure où des faits douteux reconnus auront valeur de précédent¹²²³.

Par exemple, dans l'arrêt *Gosselin*, une distinction fondée sur l'âge dans le régime d'aide sociale du Québec était contestée constitutionnellement. La majorité a alors conclu à « la meilleure employabilité à long terme des personnes de moins de 30 ans par rapport à leurs aînés »¹²²⁴, ce qui, dans cette affaire, permettait de conclure à une absence d'atteinte au droit à l'égalité.

Cette conclusion a été tirée, entre autres, à partir de l'arrêt *Law*, qui avait reconnu d'office « que plus l'on vieillit, plus il est difficile de trouver et de conserver un emploi »¹²²⁵. Cette donnée était elle-même enracinée dans des arrêts antérieurs¹²²⁶.

La dissidence a vertement critiqué cette conclusion de fait. Le juge LeBel, avec l'appui du juge Bastarache et à partir de la preuve d'expert, a décrit cette vision

¹²²¹ *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 51 (le juge Binnie pour la Cour).

¹²²² D. PINARD, préc., note 32, 321.

¹²²³ *R. c. Williams*, préc., note 32, par. 54 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la Cour) ; R. CROSS et C. TAPPER, préc., note 934, p. 81 ; W. N. RENKE, préc., note 830, 930-931. Voir aussi : E. F. JUDGE, préc., note 766, à la p. 340 ; *Sparks v. Nova Scotia (Assistance Appeal Board)*, 2017 NSCA 82 (sur la question de la féminisation de la pauvreté).

¹²²⁴ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84, par. 33 (la juge en chef McLachlin pour la majorité).

¹²²⁵ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 101 (le juge Iacobucci pour la Cour).

¹²²⁶ *Id.*

comme « stéréotypée »¹²²⁷. Selon cette preuve, les jeunes sont davantage sujets à la précarité, ont moins d'expérience et sont donc les premiers mis à pied dans des contextes économiques difficiles comme celui qui sévissait à l'époque des faits du litige. En définitive, la majorité avait préféré trancher cette question pure de fait à partir de ses arrêts antérieurs, plutôt que de se baser sur la preuve qui nuancait et précisait les faits pertinents dans le contexte précis qui occupait alors la Cour.

La connaissance d'office peut donc créer un état du droit qui nuit à la correction de conclusions de fait erronées ou inappropriées au contexte d'un litige ultérieur¹²²⁸. Le risque de dérive idéologique est donc bien réel : on présentera comme des conclusions factuelles ce qui est, en réalité, une conclusion juridique ou d'opportunité qui existe nonobstant la réalité factuelle et la preuve qui en est faite¹²²⁹.

Ajoutant au risque de dérive idéologique, certains juges de la Cour suprême du Canada et certains auteurs ont déjà affirmé la possibilité de croire en des faits à partir de valeurs.

Les professeures Christine Boyle, Marilyn T. MacCrimmon et Dianne Martin soutiennent, par exemple, que l'expérience nécessaire à la détermination des faits doit être celle d'une personne informée qui adhère aux valeurs de la *Charte*. Elles écrivent :

Commonsense knowledge underlying factual determinations should reflect the beliefs of a reasonable person who is an informed and « right-minded » member of the community, a community that supports the fundamental principles entrenched in the Charter¹²³⁰. [Notre soulignement]

Ces auteures réfèrent à l'affaire *R. c. S. (R.D.)*¹²³¹, qui concernait l'acquittement d'un jeune accusé noir sur fond de violence policière. Après avoir affirmé croire le

¹²²⁷ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, préc., note 1224, par. 405 (le juge LeBel, motifs dissidents). Voir aussi : P. COCHRAN, préc., note 938, 564 et suiv.

¹²²⁸ M. ROUSSEAU, préc., note 32, à la p. 52 et 53.

¹²²⁹ La professeure Danielle Pinard a parlé, à juste titre, de « faits alternatifs du droit constitutionnel » : D. PINARD, préc., note 6.

¹²³⁰ C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 26.

¹²³¹ *R. c. S. (R.D.)*, préc., note 764.

témoignage de l'accusé, ce qui aurait suffi pour prononcer l'acquittement, la juge de première instance a ajouté que les policiers ont tendance à réagir outre mesure, particulièrement devant des non-blancs. Elle a aussi mentionné que des policiers avaient induit le tribunal par erreur par le passé¹²³². Cela voulait implicitement dire que la juge prenait connaissance d'office du racisme et du parjure de certains policiers.

Les questions posées à la Cour suprême du Canada dans cette affaire touchaient l'apparence d'impartialité judiciaire et le rôle de l'expérience de vie et du contexte social dans la détermination des faits. Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin ont décrit la connaissance d'office et l'expérience de vie de ce juge impartial « modèle » par l'entremise du critère de la personne raisonnable qui adhère aux valeurs de la *Charte*. Elles écrivent :

La personne raisonnable dont parle le juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty*, précité, est un membre informé et sensé de la collectivité qui, au Canada, souscrit aux principes constitutionnalisés par la *Charte*. Ces principes fondamentaux embrassent les principes d'égalité prévus à l'art. 15 de la *Charte* et consacrés au pays par les lois quasi constitutionnelles fédérales et provinciales sur les droits de la personne. La personne raisonnable est censée connaître le passé de discrimination dont ont souffert les groupes défavorisés de la société canadienne que protègent les dispositions de la *Charte* relatives aux droits à l'égalité. Il s'agit de facteurs dont le juge peut prendre connaissance d'office¹²³³. [Notre soulignement]

Même si le Canada a évidemment connu le racisme, et que les juges doivent selon nous prendre connaissance d'office de l'existence de ce phénomène ainsi que du risque qu'un témoin se parjure, déterminer les faits à partir des valeurs est un exercice idéologique et illogique qui enlève à l'enquête judiciaire son but de rechercher la vérité.

On ne peut pas dire, par exemple, que la peine de mort n'est pas dissuasive parce qu'on trouve cette peine cruelle. Elle est dissuasive ou non à partir des faits, et non à partir des valeurs du juge des faits. On ne peut pas logiquement déduire des faits

¹²³² *Id.*, par. 4-5 (le juge Major pour le juge en chef Lamer et le juge Sopinka).

¹²³³ *Id.*, par. 46 (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin). Cette affirmation paraît approuvée par les juges Gonthier et La Forest : *id.*, par. 26.

à partir de valeurs, aussi louables soient-elles¹²³⁴. C'est notamment pourquoi, dans cette affaire, la dissidence a longuement insisté sur le devoir des tribunaux d'éliminer les préjugés et les stéréotypes de leurs analyses¹²³⁵. Évidemment, cela ne veut pas dire que les juges ne doivent pas apprécier la preuve en ayant un esprit d'ouverture, notamment quant aux différences culturelles qui marquent les modes d'expression des témoins. Mais les faits pertinents dans une affaire ne peuvent être reconnus *à partir* des valeurs.

Le risque de dérive idéologique à partir de la connaissance d'office transcende les spectres politiques entre, d'une part, la gauche et la droite et, d'autre part, entre l'activisme judiciaire au nom des droits et libertés et la souveraineté parlementaire ou la démocratie représentative.

Alors que les tribunaux canadiens doivent embrasser, entre autres, les valeurs de l'antiracisme lorsqu'ils déterminent les faits, aux États-Unis, ce sont des valeurs de droite qui ont parfois poussé certains juges du plus haut tribunal à prendre connaissance d'office de faits discutables, dans le but d'invalider des lois à caractère social. Morgan écrit :

Indeed, it would not be difficult to find decisions by the Supreme Court of the United States striking down forward-looking social legislation largely because the prevailing judges considered incontrovertible truth what many informed people believed demonstrably false¹²³⁶. [Notre soulignement]

Ces lois progressistes ont été invalidées sur la base de faits jugés incontestables par les tribunaux, mais considérés comme entièrement faux par les observateurs.

De même, la connaissance d'office élargie n'est pas l'apanage de l'« activisme judiciaire ». Il est intéressant de noter que la juge L'Heureux-Dubé défendait la connaissance d'office élargie pour justifier des réformes ou des interprétations

¹²³⁴ C'est la « loi » logique de Hume : *supra*, p. 25.

¹²³⁵ *R. c. S. (R.D.)*, préc., note 764, par. 6-10 et 13-14 (le juge Major pour le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, motifs dissidents). Cette dissidence a elle-même été critiquée, parfois à juste titre, par Richard F. DEVLIN et Dianne POTHIER, « Redressing the Imbalances: Rethinking the Judicial Role after *R. v. R.D.S.* », (1999) 31 (1) *Ottawa Law Review* 1.

¹²³⁶ E. M. MORGAN, préc., note 766, 293. Voir aussi : D. PINARD, préc., note 71, 130.

législatives libérales au profit de groupes historiquement désavantagés¹²³⁷, en même temps que le juge La Forest défendait ce mode d'établissement des faits lors de l'évaluation des faits justificatifs sous l'article premier de la *Charte*, notamment pour préserver la marge de manœuvre des parlements dans la définition des grandes orientations législatives¹²³⁸.

Dans tous les cas, pour reprendre les mots de la professeure Marilyn T. MacCrimmon, l'utilisation extensive de la connaissance d'office des données de sciences sociales renforce l'impression que ces faits sont des « rhetorical device to support conclusions already arrived at »¹²³⁹.

2.4.1.3 La qualité de la recherche de la vérité

Interrelié au risque d'apparence de partialité est celui d'une diminution de la qualité du processus de recherche de la vérité, et de la vérité judiciaire qui en découle. Le danger est que les tribunaux soient critiqués pour avoir reconnu comme une vérité incontestable ce qui est complètement faux¹²⁴⁰.

Plusieurs auteurs insistent sur ce risque, particulièrement lorsque les faits reconnus ont une incidence sur l'issue du litige et sur le dispositif du jugement constitutionnel.

En plus des cas où l'opportunité de présenter une preuve contraire fait défaut, la connaissance d'office implique bien souvent qu'aucun témoin ordinaire ou expert n'ait rapporté les faits en question. Cela signifie que la source du fait ne pourra faire l'objet d'un contre-interrogatoire. Le professeur Peter Hogg écrit :

A court may make findings of fact on the basis of either evidence or judicial notice. Evidence is normally to be preferred to judicial notice. The rules of evidence provide safeguards against biased, unreliable, or untruthful

¹²³⁷ Voir notamment : *Moge c. Moge*, préc., note 31, 853 et suiv. (la juge L'Heureux-Dubé pour la majorité) ; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 438 et suiv. (la juge L'Heureux-Dubé pour le juge Gonthier, motifs concordants).

¹²³⁸ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, préc., note 33, 802-803 (le juge La Forest, motifs concordants).

¹²³⁹ M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 341.

¹²⁴⁰ E. M. MORGAN, préc., note 766, 293.

evidence: by the requirement of an oath sanctioned by perjury, by exclusionary rules such as the hearsay rule, and especially by the opportunity for each party to cross-examine the witnesses produced by other parties and to adduce contradictory evidence. When a court takes judicial notice of the existence of a fact, these safeguards are absent¹²⁴¹.

[Notre soulignement]

Le contre-interrogatoire peut révéler les failles de la source ou de l'analyse du témoin expert¹²⁴². De même, les expertises contradictoires peuvent aider le juge à départager le bon grain de l'ivraie dans la littérature scientifique ou dans les thèses factuelles présentées par les autres experts ou dans les preuves littérales déposées. Ces garanties sont absentes en contexte de connaissance d'office élargie.

Par exemple, dans l'arrêt *Paul*, une affaire de droits autochtones issus de traités, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a dû réviser l'erreur du tribunal inférieur de prendre connaissance d'office d'un traité, et de l'appliquer dans cette province, alors qu'il ne visait que le Massachussets¹²⁴³.

¹²⁴¹ P. W. HOGG, préc., note 4, 394.

¹²⁴² R. c. *Find*, préc., note 175, par. 49 (la juge en chef McLachlin pour la Cour). La professeure Jodi Lazare doute cependant que le procès contradictoire puisse faciliter la recherche de la vérité : Jodi LAZARE, « When Disciplines Collide: Polygamy and the Social Sciences on Trial », (2015) 32 *Windsor YB Access Just.* 103, 109-110. Elle a raison d'affirmer que les parties ne cherchent pas à établir toute la vérité, mais la question est plutôt de savoir si le juge ou le droit la recherchent, et de savoir si l'effet combiné des forces contradictoires du procès nous en rapproche. Elle a également raison d'affirmer que la recherche de la vérité est limitée à la preuve pertinente au sens du droit substantiel, et par d'autres valeurs protégées par des privilèges et immunités de divulgation et le principe de proportionnalité (qui vise l'efficacité et le contrôle des coûts). Mais, encore une fois, la question est de savoir si les faits pertinents et recevables en matière constitutionnelle sont établis de manière fiable par le procès contradictoire, et quels procédés en particulier pourraient être améliorés.

Le contre-interrogatoire n'est pas une garantie absolue contre l'erreur judiciaire : Emma CUNLIFFE et Gary EDMOND, « Gaitkeeping in Canada: Mis-steps in Assessing the Reliability of Expert Testimony », (2013) 92 *Revue du Barreau canadien* 327, 329. Il est évidemment possible d'améliorer et de resserrer les critères d'admissibilité des expertises à cet égard, ce que nous soutenons absolument. Mais par rapport à la connaissance d'office illimitée et à l'utilisation libre des sources factuelles, l'expertise nous semble présenter des garanties de fiabilité plus grandes.

¹²⁴³ R. c. *Paul (T.P.)*, 1998 CanLII 12246 (NB CA), par. 25 (*per curiam*) ; M. ROUSSEAU, préc., note 32, à la p. 52.

Ces garanties sont à notre avis importantes dans la mesure où les faits législatifs et sociaux sont souvent discutables¹²⁴⁴. La professeure Danielle Pinard va même jusqu'à affirmer qu'ils le sont presque toujours. Elle écrit :

Les faits sociaux ne seront à peu près jamais notoires au point d'en devenir incontestables, ni susceptibles de vérification immédiate par le recours à des sources non contestées¹²⁴⁵.

Même la professeure Marilyn T. MacCrimmon, qui croyait, comme Davis, que la connaissance d'office des faits législatifs était historiquement illimitée, défendait que cette règle souple dût changer avec l'avènement de la *Charte*. Selon elle, la connaissance d'office devait être restreinte en matière constitutionnelle, étant donné les conséquences et la complexité des questions soulevées dans ce domaine. Elle écrit :

The finding of social facts falls outside the rationalist model of evidence. Courts have always been able to take judicial notice of facts necessary for its law making function. The issue facing courts today is whether to alter this rule and to require in cases in which the fact is disputable and important that the finding should be based on evidence. I have already suggested that respect for judicial decisions is lessened if they conflict with empirical information¹²⁴⁶.

This analysis [le test de article premier de la *Charte*] necessitates the finding of social facts, a process with which the Court is still grappling. In my view, the traditional paradigm of the rationalist tradition is not well suited for the development of procedures governing the proof of social facts in constitutional litigation. For instance, rules that permit judges to take judicial notice of social facts without evidence when making or modifying legal rules seem inappropriate when the facts are disputable and important to the central issues. It is to be hoped that the Court, in developing procedures in this area, does not rely blindly on unsuitable precedents, but will re-examine the assumptions underlying the rationalist tradition¹²⁴⁷.

C'est pourquoi cette auteure, tout comme la professeure Danielle Pinard¹²⁴⁸, défend l'application en droit constitutionnel, comme dans les autres matières, du

¹²⁴⁴ C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 26. Voir aussi : *R. c. Find*, préc., note 175, par. 49 (la juge en chef McLachlin pour la Cour).

¹²⁴⁵ D. PINARD, préc., note 32, 321.

¹²⁴⁶ M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 342.

¹²⁴⁷ *Id.*, 352.

¹²⁴⁸ D. PINARD, préc., note 48 ; D. PINARD, préc., note 4 ; D. PINARD, préc., note 165 ; D. PINARD, préc., note 71 ; Danielle PINARD, « Les principes de preuve en matière de contrôle de

critère de l'incontestabilité raisonnable des faits connus d'office lorsque ces faits sont centraux aux questions soulevées dans un litige.

De même, dès 1990, la juge Katherine Swinton, alors professeure, critiquait la connaissance judiciaire élargie. Elle affirmait :

Neither judicial notice nor counsel's assertion of facts is a particularly satisfactory way to inform the judges, for obvious reasons. The material relied on is often open to challenge because of inaccuracy or incompleteness, and there is inadequate opportunity for parties to question the information and to present opposing viewpoints¹²⁴⁹.

Soulignons que cette critique était faite sans hostilité à la recevabilité des faits législatifs et sociaux, mais ne touchait que leur mode d'établissement.

La connaissance d'office élargie, et la norme de contrôle de la décision correcte qui en est le corollaire, a pour effet de minimiser l'importance du dossier de preuve colligé en première instance et des témoignages qui y sont faits. Même si, dans ce modèle, le droit commun de la preuve est applicable aux faits adjudicatifs (touchant les parties), ces faits sont inextricablement liés aux faits sociaux établis par connaissance d'office. Cela autorise en pratique les tribunaux d'appel à revoir presque tout le dossier, nonobstant la preuve faite, dès lors que des faits sociaux ou législatifs sont en litige¹²⁵⁰. De plus, les ressources judiciaires employées sont multipliées, puisque les procès sont répétés à chaque niveau d'appel.

Il y a également un danger que les documents utilisés pour prendre connaissance d'office d'un fait soient partiels. Comme l'affirme le professeur Alan Young, les faits sont des armes dans le débat politique et juridique, et les statistiques et autres documents sont préparés pour soutenir des intérêts, des choix de valeurs ou

constitutionnalité vus sous l'angle d'un exercice de gestion de risque », dans COMMISSION DU DROIT DU CANADA (dir.), *Le droit et le risque. Mémoires du concours Perspectives juridiques 2003*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006, p. 181; D. PINARD, préc., note 32 ; D. PINARD, préc., note 81.

¹²⁴⁹ K. E. SWINTON, préc., note 111, p. 78.

¹²⁵⁰ Voir : Jodi LAZARE, « Judging the Social Sciences in *Carter v Canada (AG)* », (2016) 10 (1) *RD & santé McGill* S35, S44 ; M. BLOODWORTH, préc., note 240.

d'autres objectifs politiques¹²⁵¹. Il faut que ces sources puissent être testées. Il affirme : « However, the greater the reliance upon judicial notice as the vehicle for admission, the greater the risk of distortion and mistake »¹²⁵².

Cette critique d'une connaissance judiciaire extensive a été aussi faite par des études de domaines particuliers du droit constitutionnel. Par exemple, le professeur François Larocque et M^{es} Mark C. Power et Darius Bossé ont critiqué, en s'appuyant sur le traitement des faits dans les affaires concernant les exigences constitutionnelles sur la langue de la législation en Alberta et en Saskatchewan¹²⁵³, une connaissance judiciaire extensive en matière de faits législatifs, qui risque d'occulter la vérité historique¹²⁵⁴.

De même, le politologue Carl Baar a critiqué la recherche des juges de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Askov*, effectuée de manière indépendante et sans avis aux parties¹²⁵⁵. Ce dernier avait fait de la recherche empirique sur les délais judiciaires en matière criminelle et pénale et avait rédigé un affidavit d'expert à la demande de l'accusé. En plus d'avoir mal compris son affidavit, la Cour s'est basée sur des données québécoises non prouvées et non pertinentes, à la place des données ontariennes applicables aux faits du litige¹²⁵⁶. L'estimation du délai raisonnable a été faite sans la bonne assise factuelle, et cet arrêt a conduit à environ 27 000 arrêts des procédures (sur environ 50 000 chefs d'accusation) en

¹²⁵¹ A. N. YOUNG, préc., note 200, 643 ; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 672 et suiv., qui reproduit B. J. GOVER et M. LOCKE MACAULAY, préc., note 53, 80-82 : « [...] social science evidence is subject to being driven by the researcher's bias or political agenda ».

¹²⁵² A. N. YOUNG, préc., note 200, 646.

¹²⁵³ *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; *R. c. Paquette*, [1990] 2 R.C.S. 1103.

¹²⁵⁴ Mark C. POWER, François LAROCQUE et Darius BOSSÉ, « Constitutional Litigation, the Adversarial System and some of its Adverse Effects », (2012) 17 (2) *Review of Constitutional Studies* 1, 35-36. Les deux premiers auteurs étaient les procureurs de certaines parties dans le plus récent arrêt sur la question : *Caron c. Alberta*, [2015] 3 R.C.S. 511, 2015 CSC 56.

¹²⁵⁵ *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199 ; Carl BAAR, « Criminal Court Delay and the *Charter*: The Use and Misuse of Social Facts in Judicial Policy Making », (1993) 72 *Can. B. Rev.* 305, 315. Voir aussi : D. PINARD, préc., note 32, 393-394.

¹²⁵⁶ C. BAAR, préc., note 1255, 315.

Ontario seulement¹²⁵⁷. Par suite d'une procédure ultérieure, la Cour a corrigé certaines de ses conclusions dans l'arrêt *Morin*¹²⁵⁸.

L'un des objectifs des règles de preuve, soit le maintien de la foi du public dans l'exactitude du processus de recherche des faits par les tribunaux¹²⁵⁹, est donc mis à mal par la connaissance d'office élargie.

2.4.1.4 *Le caractère imprévisible du mode d'établissement des faits*

La dernière critique porte sur le caractère imprévisible du mode d'établissement des faits en matière constitutionnelle. Elle était circonstancielle à la valse-hésitation de la Cour suprême du Canada, dans les années 1980-1990, quant à l'étendue de la connaissance d'office et au rôle de la « véritable » preuve en matière constitutionnelle. Comme nous l'avons vu dans la section 2.3.2, certains motifs majoritaires donnaient une définition extensive de la connaissance d'office des faits législatifs et sociaux, tandis que d'autres, particulièrement sous la plume du juge Sopinka, insistaient sur le rôle de la preuve administrée en première instance et limitaient l'introduction de sources factuelles supplémentaires en appel¹²⁶⁰.

Le résultat était *l'imprévisibilité du droit de la preuve en matière constitutionnelle*. Comme l'a résumé M^e Mahmud Jamal en 2004 (maintenant juge de la Cour suprême du Canada), déterminer ce qui peut tomber dans la connaissance judiciaire et ce qui doit être prouvé revient à viser une cible mouvante. Selon lui, les règles dépendent en définitive de la volonté de la Cour à dépasser le dossier tel que constitué en première instance¹²⁶¹. Évidemment, il est trop tard, une fois en appel, pour suppléer aux erreurs dans l'administration des faits et des preuves. La

¹²⁵⁷ *Id.*, 314.

¹²⁵⁸ *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, 797 (le juge Sopinka pour la majorité) ; A. N. YOUNG, préc., note 200, 643.

¹²⁵⁹ M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 277.

¹²⁶⁰ *Id.*, 342:

Should we apply the same constraints to the proof of social facts as to adjudicative facts? Should we require that proof of social facts be introduced at trial through witness subject to cross-examination or do we permit proof of social facts to be made through the submission of briefs and argument? Judges do not agree on the answer.

¹²⁶¹ M. JAMAL, préc., note 76, 16-17.

prudence imposait donc de tout prouver, et les avantages de la connaissance d'office pour l'accès à la justice étaient donc bien aléatoires.

Le juge Binnie de la Cour suprême du Canada, alors qu'il prononçait une conférence en 1998, remarquait cette instabilité. Il affirmait :

In the case of “adjudicative facts”, the traditional rules of evidence apply. In the case of “legislative facts”, however, the rules are vague, shifting and perceived “as through a glass, darkly”. Professor Hogg's comment in 1976 to the effect that “in Canada, unlike the United States, there is no developed theory on how, or to what extent, facts should be introduced in constitutional cases” still holds true today¹²⁶². [Notre soulignement]

Ce dernier juge s'est donc affairé, à partir de la fin des années 1990 et avec l'accord de la majorité de la Cour suprême du Canada, à préciser et à clarifier les règles de preuve en la matière. Il a rapproché le droit de la preuve en matière constitutionnelle et celui applicable dans les autres domaines.

2.4.2 L'approche actuelle : le caractère utile mais accessoire de la connaissance d'office

Au terme des années 1990, l'approche du juge Sopinka, qui insistait sur la preuve administrée contradictoirement en première instance, a triomphé à bien des égards sur celle des juges La Forest, Lamer et L'Heureux-Dubé, qui élargissait presque sans limites la connaissance judiciaire.

De nos jours, les faits en matière constitutionnelle doivent être établis *en première instance* suivant les moyens habituels de preuve. La partie qui se fie à la connaissance d'office ou à la présentation informelle des faits dans les actes de procédure ou les mémoires d'appel « court un certain risque »¹²⁶³.

¹²⁶² I. BINNIE, préc., note 79, 1.

¹²⁶³ R. c. *Spence*, préc., note 70, par. 68 (le juge Binnie pour la Cour).

Il en est ainsi en toute matière où des faits législatifs et sociaux sont pertinents. Les règles de la connaissance d'office sont donc les mêmes, peu importe la nature du litige soulevé devant un tribunal judiciaire¹²⁶⁴.

D'abord, nous verrons comment se sont précisées, à partir de jugements rendus en matière criminelle, les règles de la connaissance d'office suivant les critères stricts de Morgan (2.4.2.1). Ces critères sont ceux qui ont été codifiés en 1994 au *Code civil du Québec* (2.4.2.2).

Ensuite, une approche unifiée, principielle et circonstancielle a été établie au milieu des années 2000 par la Cour suprême du Canada pour gouverner la connaissance d'office tant dans des affaires constitutionnelles que dans les autres domaines. Le critère de l'incontestabilité des faits législatifs et sociaux est modulé en fonction de l'importance de ces faits dans la résolution du litige (2.4.2.3). Cette approche est appliquée par la Cour d'appel du Québec en matière constitutionnelle et, implicitement, en matière civile (2.4.2.4).

Parallèlement, la Cour suprême du Canada a établi que la norme de contrôle en appel des conclusions de faits législatifs et sociaux est celle de l'erreur manifeste et dominante (2.4.2.5). Cela renforce le rôle de l'enquête en première instance, puisque les faits ne pourront plus, en principe, être remis en question en appel.

2.4.2.1 *La consécration des critères de Morgan à titre de common law canadienne*

Les poursuites criminelles soulèvent habituellement des questions de faits adjudicatifs touchant une situation particulière. Cependant, il y a des cas où la preuve de faits sociaux est pertinente, voire même nécessaire.

Par exemple, la récusation motivée de candidats jurés nécessite la preuve d'une « possibilité réaliste de partialité »¹²⁶⁵, avant de pouvoir procéder à l'interrogatoire des candidats sur cette question. Les préjugés raciaux, partagés dans la

¹²⁶⁴ Devant les tribunaux administratifs, il est reconnu que la connaissance d'office est élargie pour faciliter l'établissement des faits entrant dans l'expertise du décideur spécialisé : *supra*, note 928.

¹²⁶⁵ *R. c. Williams*, préc., note 32, par. 14 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la Cour) ; *C. cr.*, al. 638(1)*b*).

communauté d'où sont issus les jurés, sont un motif ouvrant droit à cette procédure.

Dans l'arrêt *Williams*, la Cour suprême du Canada devait préciser comment établir ces préjugés raciaux, dans un contexte où un Autochtone était accusé de vol qualifié. La Cour, sous la plume de la juge McLachlin (plus tard juge en chef), a conclu que la connaissance d'office permet parfois, mais pas toujours, d'établir ces faits sociaux.

Ce faisant, elle a reconnu à titre de common law canadienne les deux critères élaborés par le professeur Morgan¹²⁶⁶. Elle écrit :

Celle-ci s'applique à deux genres de faits: (1) les faits dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable, et (2), les faits dont l'existence peut être démontrée immédiatement et exactement par le recours à des sources facilement accessibles dont l'exactitude est incontestable¹²⁶⁷.

Les tribunaux ont donc, en common law, connaissance d'office des faits raisonnablement incontestables soit (1) en raison de leur notoriété, soit (2) parce qu'ils sont rapportés dans des sources facilement accessibles dont l'exactitude est incontestable. Pour cette deuxième catégorie, la fiabilité des sources est essentielle, même si les règles de preuve ne sont pas applicables en tant que telles à la recherche de ces faits¹²⁶⁸.

Dans le cas d'espèce, la juge McLachlin constate que « [l']existence de préjugés raciaux dans la collectivité peut être un fait notoire au sens du premier volet de la règle »¹²⁶⁹. Cependant, il faudra parfois la prouver. Ce qui est curieux, c'est que la preuve, et le jugement qui faisait l'objet de l'appel, établissaient le fait en question, soit le racisme envers les Autochtones¹²⁷⁰. Les commentaires de la Cour suprême

¹²⁶⁶ E. M. MORGAN, préc., note 766, 286.

¹²⁶⁷ *R. c. Williams*, préc., note 32, par. 54 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la Cour).

¹²⁶⁸ D. PINARD, préc., note 71, 99 et 131. Remarquons que ce critère ou principe de fiabilité transcende le domaine de la connaissance d'office pour régir le droit de la preuve en général, puisqu'il s'applique aussi, notamment, en matière de oui-dire et d'expertise : *infra*, titre 3.

¹²⁶⁹ *R. c. Williams*, préc., note 32, par. 54 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la Cour).

¹²⁷⁰ *R. v. Williams*, [1994] B.C.J. No. 1301 (BCSC), par. 10.

quant à l'étendue de la connaissance d'office lors de la procédure de récusation des jurés avaient donc une vocation prospective.

Le droit relatif à la connaissance d'office, établi dans l'arrêt *Williams*, a été réitéré dans l'arrêt *Find* de 2001. Ce dernier portait, encore une fois, sur la procédure de récusation des jurés¹²⁷¹. La Cour a alors refusé de prendre connaissance d'office de l'aversion répandue dans la société envers les personnes accusées de crimes sexuels à l'encontre d'enfants¹²⁷².

Élément important, la juge McLachlin a alors fait le lien entre la nécessité de l'expertise et l'absence de caractère incontestable du fait social qui était invoqué dans cette affaire. Elle écrit :

La nature scientifique et technique d'une large part des renseignements [faits sociaux] invoqués par l'appelant complique encore plus la présente affaire. La preuve d'expert n'est par définition ni notoire ni susceptible de démonstration immédiate et fidèle. C'est la raison pour laquelle elle doit être prouvée par un expert dont les compétences sont reconnues par le tribunal et qui peut être contre-interrogé¹²⁷³. [Notre soulignement]

Autrement dit, l'expertise est généralement nécessaire lorsque les faits législatifs et sociaux invoqués ne tombent pas sous le coup de la connaissance d'office.

Parallèlement à ces arrêts de droit criminel, la Cour suprême du Canada rendait l'arrêt *Law*, qui portait sur la constitutionnalité de l'âge minimal pour recevoir la prestation du conjoint survivant du Régime de pensions du Canada.

Le juge Iacobucci, au nom de la Cour, a appliqué les critères de Morgan à la connaissance d'office des faits législatifs et sociaux nécessaires dans ce contexte de litige en droits et libertés. Il écrit :

Des éléments [de preuve] de ce genre peuvent être produits par les parties et s'avérer très utiles au tribunal chargé de déterminer si un demandeur a démontré que les dispositions en cause sont discriminatoires. Toutefois, ils ne sont pas obligatoires. Un tribunal peut souvent, dans les cas opportuns, s'appuyer uniquement sur la connaissance d'office et sur le raisonnement

¹²⁷¹ *R. c. Find*, préc., note 175, par. 48 (la juge en chef McLachlin pour la Cour).

¹²⁷² *Id.*, par. 73 (la juge en chef McLachlin pour la Cour).

¹²⁷³ *Id.*, par. 49 (la juge en chef McLachlin pour la Cour).

logique pour trancher la question de savoir si les dispositions contestées violent le par. 15(1). Il est bien établi qu'un tribunal peut prendre connaissance d'office de faits notoires et non contestés, ou de faits que l'on peut démontrer immédiatement et avec exactitude en se reportant à des sources facilement accessibles d'une exactitude incontestable: voir J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 976¹²⁷⁴.

Il arrivera donc des cas où la connaissance d'office soit suffisante pour établir une partie ou la totalité des faits nécessaires à l'adjudication constitutionnelle.

Néanmoins, le juge Iacobucci a réservé la connaissance d'office aux faits raisonnablement incontestables. Il écrit :

En faisant ces observations relativement à l'utilisation de la connaissance d'office dans le cadre de l'analyse relative à l'égalité aux fins de la *Charte*, je ne voudrais pas que l'on interprète mes propos comme voulant étendre le nombre des faits dont il convient de prendre connaissance d'office. Il y a lieu de faire preuve d'une certaine prudence lorsqu'il s'agit de prendre connaissance d'office d'un fait. Tout particulièrement, bien qu'il convienne manifestement, pour les fins du par. 15(1), de prendre connaissance d'office de certaines formes de désavantages et de préjugés, entre autres, la connaissance d'office ne doit pas être utilisée, par inadvertance ou autrement, pour inventer des stéréotypes ou d'autres phénomènes sociaux qui peuvent ne pas exister ou qui n'existent pas en fait dans la réalité¹²⁷⁵.

La connaissance d'office ne doit pas servir à « inventer des stéréotypes ou d'autres phénomènes sociaux »¹²⁷⁶. Dans les circonstances particulières de cette affaire, la Cour a notamment pris connaissance « du fait que plus l'on vieillit, plus il est difficile de trouver et de conserver un emploi »¹²⁷⁷.

L'arrêt *Gladue*, qui porte sur la fixation des peines des délinquants autochtones, permet de prendre connaissance d'office « des facteurs systémiques ou historiques et de la conception de la peine pertinents dans le cas des délinquants autochtones »¹²⁷⁸, mais non des faits particuliers liés à la situation personnelle du

¹²⁷⁴ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 1225, par. 77 (le juge Iacobucci pour la Cour).

¹²⁷⁵ *Id.*, par. 79 (le juge Iacobucci pour la Cour).

¹²⁷⁶ *Id.*

¹²⁷⁷ *Id.*, par. 101 (le juge Iacobucci pour la Cour).

¹²⁷⁸ *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 83 (les juges Cory et Iacobucci pour la Cour). Voir aussi : *Tremblay c. R.*, 2010 QCCA 2072 ; *R. c. Ipeelee*, [2012] 1 R.C.S. 433, 2012 CSC 13,

délinquant¹²⁷⁹ ou de certains traits culturels trop particuliers d'une communauté autochtone donnée¹²⁸⁰.

Saisi, dans le cadre de l'affaire *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, de demandes en radiation de parties des mémoires d'appel en Cour suprême du Canada, le juge Binnie, siégeant seul, a eu l'occasion de préciser davantage les règles touchant l'établissement des faits dans les instances constitutionnelles. Les parties avaient, de part et d'autre, tenté de joindre des documents nouveaux rapportant des faits législatifs au dossier d'appel.

Les appelants voulaient déposer des documents pour établir un nouveau principe constitutionnel sous-jacent protégeant les municipalités et les commissions scolaires¹²⁸¹. Ils ont plaidé que les faits en question tombaient sous le coup de la connaissance d'office en raison de la nature constitutionnelle de l'affaire¹²⁸².

Ces objections ont conduit à une série d'ordonnances du juge Binnie, lequel a établi que les faits législatifs connus d'office sont ceux qui sont notoires au sens des règles habituelles. Dans le cas contraire, il faut prouver ces faits en première instance. Dans l'une de ces ordonnances, le juge Binnie écrit :

Un fait législatif est habituellement admis au moyen de la connaissance d'office, qui exige que les « faits » soient à ce point notoires ou exempts de controverse qu'il ne soit pas nécessaire d'en faire la preuve. Un fait législatif peut également être présenté par un témoin. Cependant, on ne peut, sous le couvert d'un « fait législatif », saisir le tribunal d'un élément de preuve controversé, au détriment de la partie adverse, sans permettre

par. 59-60 (le juge LeBel pour la majorité). Lorsque la preuve déposée par les parties ou la connaissance d'office ne suffisent pas à établir les circonstances pouvant influencer sur la peine d'un délinquant autochtone, le juge doit appeler lui-même des témoins : *R. c. Wells*, [2000] 1 R.C.S. 207, par. 53 à 55 (le juge Iacobucci pour la Cour).

¹²⁷⁹ *R. c. Gladue*, préc., note 1278, par. 83 (les juges Cory et Iacobucci pour la Cour).

¹²⁸⁰ *R. c. Papatie*, 2008 QCCA 1135, par. 29-30 (*per curiam*).

¹²⁸¹ Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (préc., note 5) avait été rendu entre le procès et l'appel : *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, préc., note 332, par. 12 (le juge Binnie pour la Cour).

¹²⁸² *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, préc., note 907, par. 2 (le juge Binnie siégeant seul).

convenablement à cette dernière d'en contester la véracité¹²⁸³. [Notre soulignement]

Dans l'éventualité où un tel fait n'a pas été prouvé en première instance et qu'il n'est pas connu d'office, la partie désirant établir ce fait en appel doit procéder par voie de demande d'autorisation de présenter une preuve nouvelle¹²⁸⁴, laquelle sera décidée suivant les critères habituels¹²⁸⁵.

Cette exigence de notoriété des faits législatifs et sociaux a été réitérée à plusieurs reprises par la suite. Dans les affaires concernant la garde d'un enfant issu de parents de races différentes, les facteurs raciaux qui peuvent entrer dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant ne seront pas nécessairement connus d'office étant donné leur complexité¹²⁸⁶. Ce même critère de notoriété des faits sociaux s'applique donc aussi en droit de la famille.

Dans l'arrêt *Advance Cutting & Coring Ltd.*, qui portait sur la constitutionnalité du régime syndical québécois en matière de construction, la Cour a refusé de prendre connaissance d'office de la coercition idéologique exercée par les syndicats sur leurs membres. Le juge LeBel écrit :

Il faut distinguer ce « fait » de ces faits dont notre Cour a pris connaissance d'office, comme la discrimination notoire dont font l'objet certains groupes dans la société canadienne et les désavantages que subissent les femmes et les enfants après un divorce (voir *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, et *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670)¹²⁸⁷. [Notre soulignement]

¹²⁸³ *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, préc., note 332, par. 5 (le juge Binnie siégeant seul).

¹²⁸⁴ *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, préc., note 907, par. 7 (le juge Binnie siégeant seul). Voir par ex. : *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 19, par. 110 et suiv. (*per curiam*). Voir aussi : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Ishaq*, 2015 CAF 151, par. 15 (le juge Stratas siégeant seul).

¹²⁸⁵ *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, préc., note 332, par. 10 (le juge Binnie siégeant seul). Voir aussi, au même effet : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (I.-P.-É.)*, préc., note 598, par. 220 (le juge en chef Lamer pour la majorité). Sur les critères de la preuve nouvelle, voir : *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480.

¹²⁸⁶ *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, 2001 CSC 60, par. 38 (le juge Bastarache pour la Cour).

¹²⁸⁷ *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70, par. 227 (le juge LeBel pour les juges Gonthier et Arbour, motifs de jugement).

Il faut donc distinguer la discrimination *notoire* d'autres faits législatifs et sociaux qui sont discutables.

Dans l'arrêt *Gosselin*, la majorité a refusé de prendre connaissance d'office des préjugés à l'endroit des jeunes, dans le contexte où une distinction fondée sur l'âge dans le régime d'aide sociale du Québec était contestée constitutionnellement¹²⁸⁸.

Après presque deux décennies de décisions de la Cour suprême du Canada qui tendaient à élargir la connaissance d'office en matière constitutionnelle, le tournant des années 2000 posait un frein et un retour du balancier vers les critères traditionnels de notoriété et d'incontestabilité raisonnable.

2.4.2.2 *La codification en droit civil québécois*

Les critères de Morgan sont également applicables en droit civil québécois. Le *Code civil du Québec* de 1994 a codifié la common law en la matière à l'article 2808¹²⁸⁹.

Le ministre de la Justice, dans ses commentaires, rappelle que cette règle, qui n'était pourtant pas codifiée dans le Code civil du Bas-Canada, était reconnue par le droit antérieur. Il écrit : « Cet article introduit au Code civil une règle généralement reconnue par le droit antérieur et qui tire son origine de la common law, comme les autres règles relatives à la connaissance judiciaire »¹²⁹⁰.

Cet article 2808 édicte :

2808. Le tribunal doit prendre connaissance d'office de tout fait dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable.

¹²⁸⁸ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, préc., note 1224, par. 33 (la juge en chef McLachlin pour la majorité).

¹²⁸⁹ D. PINARD, préc., note 71, 93 ; D. PINARD, préc., note 32, 325-326 ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 256, art. 2808 ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 93.

¹²⁹⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 256, art. 2808. Voir aussi : C. FABIEN, préc., note 386, 436.

Seule la première situation de connaissance d'office reconnue par Morgan, celle du fait notoire, est donc codifiée explicitement, comme la professeure Danielle Pinard l'a remarqué¹²⁹¹.

Cependant, les commentaires du ministre étendent cette connaissance aux faits de la vie quotidienne tout comme à ceux de la langue, de l'histoire, de la géographie et de l'économie¹²⁹². Par conséquent, la notoriété dont parle l'article 2808 comprend des faits qu'on peut trouver dans des sources facilement accessibles dont l'exactitude est incontestable, même si ces faits ne sont pas véritablement connus de tous¹²⁹³.

Dans l'arrêt *Thibeault*, rendu en droit civil, la Cour d'appel du Québec a appliqué cette seconde situation de connaissance d'office reconnue par Morgan. Il s'agissait alors d'établir la signification d'un mot employé dans un acte juridique qu'il fallait interpréter¹²⁹⁴.

2.4.2.3 *Le cadre actuel : une approche principielle, circonstancielle et unifiée*

Le cadre applicable à la connaissance d'office des faits législatifs et sociaux s'est précisé au courant des années 2000. Ce cadre est *unifié*, c'est-à-dire qu'il est applicable tant en matière constitutionnelle que dans les autres matières. Il s'applique tant au Québec qu'ailleurs au pays. Il est *principiel et circonstanciel*, en ce qu'il conçoit la connaissance d'office de manière pragmatique en fonction de l'importance du fait en question dans la résolution d'une affaire donnée. La décision de prendre ou non connaissance d'office d'un fait dépend donc des circonstances propres d'une affaire.

Dans l'arrêt *Malmo-Levine*, la Cour était saisie de deux pourvois concernant la constitutionnalité de la criminalisation de la marijuana. Dans l'un, le juge de

¹²⁹¹ D. PINARD, préc., note 71, 101.

¹²⁹² MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 256, art. 2808.

¹²⁹³ Stéphane REYNOLDS et Monique DUPUIS, « La preuve à l'instruction » dans *École du Barreau du Québec, Preuve et procédure*, Collection de droit 2020-2021, vol. 2, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 408, à la p. 426.

¹²⁹⁴ *Administration portuaire de Québec c. Thibeault*, 2018 QCCA 72, par. 63 (*per curiam*).

première instance avait refusé la preuve des faits législatifs et sociaux pour absence de pertinence. Dans l'autre, la juge avait pris connaissance d'office des rapports gouvernementaux et entendu des témoins experts sur les faits litigieux touchant la contestation. Les juges Gonthier et Binnie, pour la majorité, ont établi que cette dernière procédure était « la bonne façon de faire »¹²⁹⁵.

Sur la connaissance d'office, ils ont précisé :

Bien que les tribunaux appliquent les exigences relatives à la connaissance d'office moins strictement à l'égard des faits législatifs que des faits en litige (Danson c. Ontario (Procureur général), [1990] 2 R.C.S. 1086, p. 1099), ils doivent néanmoins faire montre de prudence avant de prendre connaissance d'office, même en tant que « faits législatifs », de points raisonnablement discutables, particulièrement lorsque ceux-ci portent sur une question qui pourrait être décisive : R. c. Find, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général), [2000] 1 R.C.S. 44, 2000 CSC 2. La preuve de l'existence ou de l'inexistence d'un préjudice était un aspect central de l'argumentation de MM. Malmo-Levine et Caine. Ces derniers considéraient cet aspect comme déterminant. En outre, une bonne partie de la preuve du « préjudice » ne faisait pas l'unanimité et son bien-fondé devait être mis à l'épreuve par contre-interrogatoire¹²⁹⁶. [Notre soulignement]

Cet exposé des règles sur la connaissance d'office des faits législatifs et sociaux, notamment en matière constitutionnelle, est à l'origine du cadre actuel en la matière. Les juges peuvent prendre « moins strictement »¹²⁹⁷ connaissance des faits législatifs ou sociaux secondaires ou accessoires, mais non pas (1) des faits adjudicatifs ou (2) des faits législatifs ou sociaux qui sont au centre du litige et qui sont raisonnablement discutables. Selon les juges Gonthier et Binnie, les règles de preuve traditionnelles, qui ouvrent droit au contre-interrogatoire, sont nécessaires pour assurer la véracité de ces faits.

Ainsi, les documents gouvernementaux officiels comme les comptes publics et le *Hansard* font partie de la connaissance d'office. Dans l'arrêt *N.A.P.E.*, alors qu'une loi budgétaire était contestée pour atteinte à l'équité salariale, la Cour suprême a

¹²⁹⁵ *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, préc., note 280, par. 27 (les juges Gonthier et Binnie pour la majorité).

¹²⁹⁶ *Id.*, par. 28 (les juges Gonthier et Binnie pour la majorité).

¹²⁹⁷ *Id.*

pris connaissance des faits justificatifs tirés des débats parlementaires, lesquels reprenaient le déficit de la province. Le juge Binnie a alors rappelé *in extenso* les critères stricts de la connaissance d'office consacrés dans l'arrêt *Find* rendu en droit criminel. Les faits justificatifs invoqués par le juge Binnie pouvaient « être démontré[s] immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l'exactitude est incontestable »¹²⁹⁸.

Selon le juge Binnie, avec lequel nous sommes d'accord, cette connaissance des documents officiels, publics et fiables permet d'accélérer l'instance. Elle améliore aussi le processus de recherche des faits du tribunal, lequel ne sera pas lié par d'éventuelles erreurs dans la preuve fournie par les parties et qui contredisent des sources facilement accessibles dont l'exactitude est incontestable¹²⁹⁹.

De plus, cela évite d'exiger l'assignation de fonctionnaires de l'État. La connaissance d'office permet donc de contourner le problème des privilèges qui pourraient être soulevés à l'encontre de leur témoignage, notamment le privilège de la Couronne (aussi appelé immunité d'intérêt public)¹³⁰⁰.

Cette approche principielle et circonstancielle¹³⁰¹ quant à la connaissance d'office des faits législatifs et sociaux a été reprise par le juge Binnie, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Spence*. Comme dans les arrêts *Williams*¹³⁰² et *Find*¹³⁰³, cet arrêt

¹²⁹⁸ *R. c. Find*, préc., note 175, par. 48 (la juge en chef McLachlin pour la Cour), cité dans *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, préc., note 751, par. 56 (le juge Binnie pour la Cour). Pour un autre exemple d'une telle connaissance d'office d'une source dont la fiabilité est raisonnablement incontestable, en l'occurrence le dictionnaire, voir : *R. c. Krymowski*, [2005] 1 R.C.S. 101, 2005 CSC 7.

¹²⁹⁹ *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, préc., note 751, par. 57 (le juge Binnie pour la Cour).

¹³⁰⁰ *Id.*, par. 58. Voir notamment, sur ce privilège : C.p.c., art. 283 ; *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479 ; *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686 ; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637 ; *Canada (Procureur général) c. Thouin*, [2017] 2 R.C.S. 184, 2017 CSC 46 ; Louis BELLEAU, « L'immunité de divulgation sous le régime de l'article 37 L.p. : des secrets bien gardés », (2008) 13 *Can. Crim. L. Rev.* 19 ; Benoît BELLEAU et Simon LAROSE, « Le privilège du secret gouvernemental devant les tribunaux, un secret bien gardé ? », dans *XVIII^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 303 ; Yan CAMPAGNOLO, « The History, Law and Practice of Cabinet Immunity in Canada » (2017) 47 (2) *Revue générale de droit* 239 ; Camille NADEAU, « La preuve extrinsèque et l'immunité d'intérêt public en droit québécois », (2018) 12 *J. Parliamentary & Pol. L.* 513.

¹³⁰¹ E. F. JUDGE, préc., note 766, à la p. 340.

¹³⁰² *R. c. Williams*, préc., note 32.

portait sur la connaissance d'office dans un contexte de récusation de jurés sur fond d'allégations de racisme.

Le juge Binnie a alors rappelé l'importance des modes traditionnels de preuve en matière de faits législatifs et sociaux. Il écrit :

[...] décider qu'un élément est un « fait social » ou un « fait législatif » ne dispense pas le tribunal de l'obligation de s'assurer de la véracité des « faits » dont on lui demande l'admission d'office. Les avocats doivent également s'abstenir de produire irrégulièrement des « éléments de preuve sous le couvert de sources juridiques » [...] ¹³⁰⁴. [Notre soulignement]

Néanmoins, il a élaboré un nouveau cadre pour la connaissance d'office des faits, lequel tente de résoudre les conflits qui avaient occupé la Cour suprême en la matière depuis 1982, tant en matière constitutionnelle que dans les autres domaines.

En matière de faits adjudicatifs, la connaissance d'office doit toujours être appliquée strictement, à partir des critères de Morgan ¹³⁰⁵.

En matière de faits législatifs et sociaux, « plus un fait a une incidence directe sur l'issue du procès, plus le tribunal doit faire observer le critère rigoureux formulé par Morgan » ¹³⁰⁶. En définitive, plus un fait est pertinent et déterminant pour la résolution du litige, plus ce fait doit entrer dans les critères stricts de la connaissance d'office ou, à défaut, être prouvé. Le juge Binnie écrit :

J'estime que le tribunal auquel on demande de prendre connaissance d'office d'éléments se situant entre les faits qui touchent au cœur du litige et auxquels s'appliquent les critères de Morgan, et les faits généraux, qui touchent indirectement au litige et à l'égard desquels il supposera (consciemment ou non) qu'ils ne prêtent pas à sérieuse controverse, devrait se demander si une personne raisonnable ayant pris la peine de s'informer sur le sujet considérerait que ce « fait » échappe à toute contestation raisonnable quant à la fin à laquelle il sera invoqué, sans oublier que les exigences en matière de crédibilité et de fiabilité s'accroissent directement en fonction de la pertinence du « fait » pour le

¹³⁰³ R. c. *Find*, préc., note 175.

¹³⁰⁴ R. c. *Spence*, préc., note 70, par. 58 (le juge Binnie pour la Cour).

¹³⁰⁵ *Id.*, par. 62 (le juge Binnie pour la Cour).

¹³⁰⁶ *Id.*, par. 61 (le juge Binnie pour la Cour).

règlement de la question en litige¹³⁰⁷. [Italiques originaux; notre soulignement]

Cette approche est donc circonstancielle. La connaissance d'office est modulée en fonction des circonstances de chaque affaire, puisqu'un fait peut être assez incontestable dans un contexte où ce fait est secondaire ou accessoire au litige, mais ne plus l'être lorsque ce fait devient décisif. Cela signifie que les précédents sur les faits connus d'office devront dorénavant être évalués avec circonspection lorsqu'ils sont invoqués dans des instances ultérieures¹³⁰⁸.

À l'extrémité du spectre, une référence anodine à un fait historique ou de société dans un jugement n'exigera pas une preuve légale ou le respect des exigences strictes de la connaissance d'office. Introduire un jugement en affirmant que, « [p]our ceux qui apprécient le champagne, la marque Veuve Clicquot Ponsardin est l'une des meilleures qui soit »¹³⁰⁹ n'a pas d'effet sur le dispositif de l'arrêt. De même, le fait qu'il fut une époque « où l'on gravait une "marque" sur des gobelets d'argent ou sur des pichets en terre cuite afin d'identifier les marchandises produites par un orfèvre ou un potier en particulier »¹³¹⁰ n'a pas besoin d'être prouvé légalement puisque ce n'est pas un élément factuel déterminant à l'interprétation ou à l'application du droit.

Une référence à un fait législatif ou social peut être anodine dans une décision parce qu'elle ne sert qu'à étayer un récit ou à fournir une toile de fond mais, au contraire, être décisive dans une autre où, par exemple, il faut mesurer une

¹³⁰⁷ *Id.*, par. 65 (le juge Binnie pour la Cour).

¹³⁰⁸ E. F. JUDGE, préc., note 766, à la p. 340.

¹³⁰⁹ *Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée*, [2006] 1 R.C.S. 824, 2006 CSC 23, par. 1 (le juge Binnie pour la Cour).

¹³¹⁰ *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 R.C.S. 772, 2006 CSC 22, par. 2 (le juge Binnie pour la majorité). Voir aussi : *Union des employé-es de la restauration, métallurgistes unis d'amérique, local 8470 c. Ultramar Canada inc.*, 1998 CanLII 12580 (QC CA) (le juge Brossard pour la majorité) :

Il peut être dit de connaissance judiciaire que l'on retrouve sur de tels sites, le long de la route Trans-Canada entre Québec et Montréal, toutes sortes d'autres entreprises variées et apparemment rentables, susceptibles d'être contiguës à un restaurant, comme des serres de roses, des serres de fruits et légumes, des expositions de véhicules bizarres, des magasins d'alimentation, sinon même des exploitations « dites érotiques » de restauration, etc.

atteinte aux droits et libertés¹³¹¹. Il ne faut pas oublier qu'en matière constitutionnelle, ce sont les faits législatifs et sociaux qui forment bien souvent le cœur des litiges.

Entre ces deux extrêmes, certains faits sociaux étayant des facteurs contextuels, nécessaires à l'application de règles prenant en compte de multiples éléments, pourront être connus d'office s'ils sont suffisamment incontestables.

Dans l'arrêt *Le*, des jeunes hommes appartenant à des groupes minoritaires ont été interpellés par des policiers. La Cour suprême a déclaré la race pertinente à la question subjective du sentiment d'être détenu par les policiers. Vu ainsi, une personne appartenant à une minorité visible se sentirait davantage obligée d'obéir aux policiers lorsqu'elle est interpellée. Cette question raciale n'avait pas été invoquée en première instance, ne l'ayant été essentiellement que par un intervenant une fois devant le plus haut tribunal¹³¹².

Les juges Brown et Martin ont jugé que « le contexte des relations interraciales » n'était pas un fait principal en litige pour déterminer la question de la détention, et donc que la connaissance d'office pouvait l'éclairer plus facilement que, par exemple, un fait adjudicatif¹³¹³. Ils ont donc cité une panoplie de documents et d'études, introduits au dossier durant l'instance en Cour suprême, pour élaborer sur ce contexte de relations interraciales¹³¹⁴.

Du reste, comme l'a bien analysé la professeure Elizabeth Judge, cette approche quant à la connaissance d'office s'inscrit dans le sillage des autres réformes principielles en droit de la preuve canadien, lesquelles touchent, par exemple, le ouï-dire et la pertinence. Dans tous ces cas, il faut se demander de manière pragmatique quel est le lien entre le fait et le litige au lieu d'appliquer uniformément des règles strictes. Elle écrit :

¹³¹¹ *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 64 (le juge Binnie pour la Cour).

¹³¹² *R. c. Le*, 2019 CSC 34, par. 260 (le juge Moldaver pour la dissidence). Cet ajout de questions en litige, par un intervenant une fois en appel, a été critiqué par la dissidence.

¹³¹³ *Id.*, par. 86 (les juges Brown et Martin pour la majorité).

¹³¹⁴ *Id.*, par. 89 et suiv. (les juges Brown et Martin pour la majorité).

The *Spence* approach for judicial notice is consistent with the Supreme Court of Canada's overarching reform of evidence adopting the principled approach. Judicial notice rests on similar policy grounds to relevance and hearsay, with its inquiry into how the fact relates to the case, the purpose for which it would be used, and how close to the controversy it is¹³¹⁵.

Ajoutons à ces éléments de continuité le principe de fiabilité¹³¹⁶, qui s'applique en matière de connaissance d'office tout comme aux exceptions à la règle du oui-dire¹³¹⁷ et à l'expertise¹³¹⁸.

La preuve demeure donc le mode principal d'établissement des faits dans les affaires constitutionnelles. Reprenant les propos de l'arrêt *Spence* à l'occasion d'une contestation constitutionnelle liée à l'assurance-maladie, le juge Slatter de la Cour d'appel d'Alberta a expliqué que la connaissance d'office doit demeurer accessoire à la preuve. Il écrit :

The presumption is that constitutional cases will be decided on a full evidentiary record, including, where appropriate, the evidence of expert witnesses: *Canada (A.G.) v Bedford*, 2013 SCC 72 at paras. 53-4, [2013] 3 SCR 1101. The expectation is that the parties will prove the facts on which the constitutional challenge lies, and that resort to judicial notice will be kept on a "short leash", the more so the closer one comes to the ultimate issue: *R. v Spence*, 2005 SCC 71 at paras. 58, 64, [2005] 3 SCR 458. As a general rule, evidence from unrelated cases cannot be transported into the record: *R. v Daley*, 2007 SCC 53 at para. 86, [2007] 3 SCR 523¹³¹⁹. [Notre soulignement]

¹³¹⁵ E. F. JUDGE, préc., note 766, à la p. 339.

¹³¹⁶ *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 65 (le juge Binnie pour la Cour).

¹³¹⁷ *R. c. Khan*, préc., note 1042 ; C.c.Q., art. 2870.

¹³¹⁸ *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, par. 87 (le juge Doherty pour la Cour) ; *R. c. J.-L.J.*, [2000] 2 R.C.S. 600, 2000 CSC 51, par. 33 et suiv. (le juge Binnie pour la Cour). Voir aussi : *R. c. Trochym*, [2007] 1 R.C.S. 239, 2007 CSC 6.

¹³¹⁹ *Allen v. Alberta*, 2015 ABCA 277, par. 23 (le juge Slatter avec l'accord du juge Martin, motifs de jugement). Voir aussi : *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, préc., note 58, par. 106–27 ; *R. v. Francis*, 2007 NSPC 28, par. 80 :

I may not take judicial notice, having heard that case, of all the various evidence presented there on that issue. It is only a hearsay statement in this Application. Such a statement does not amount to a fact. Indeed a fact established in another case may not, without more, be conclusive in any other case, as each must be decided on the evidence properly admitted at trial: *R. v. Marshall* [Julien], 2002 NSSC 57 (CanLII), reversed 2003 NSCA 105 (CanLII), appeal allowed 2005 SCC 43 (CanLII). There are no generally accepted facts of history, as stated in Macaulay, *Aboriginal & Treaty Rights Practice*, 2000 Carswell. [Notre soulignement]

En somme, les parties doivent prouver leurs prétentions et démontrer les liens qui s'imposent entre les faits législatifs et sociaux généraux et le contexte de leur contestation constitutionnelle.

Pour cette raison, la preuve et les conclusions factuelles d'une autre affaire ne peuvent habituellement pas être exportées dans un autre dossier¹³²⁰, du moins lorsque les parties au litige ne sont pas les mêmes¹³²¹. Cependant, conformément à l'approche principielle en matière de connaissance d'office, certaines références bénignes à des conclusions de fait dans des arrêts antérieurs peuvent être acceptables si elles ne portent pas sur les faits principaux en litige dans la décision où elles sont importées. Il n'empêche que, bien souvent, les conclusions factuelles antérieures bénéficient d'une aura de crédibilité et d'autorité et que les tribunaux ont le souci d'éviter les jugements contradictoires¹³²².

Dans les arrêts *Sappier* et *Gray*, rendus pour les mêmes motifs, la Cour suprême du Canada n'a pas critiqué la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick pour avoir fait une telle référence à un arrêt antérieur du même tribunal qui reconnaissait des faits historiques en matière autochtone¹³²³. Dans ce contexte procédural précis, les faits historiques avaient été admis par le ministère public, prouvés par expert en première instance et la référence à l'arrêt antérieur ne servait qu'à « étayer »¹³²⁴ ces conclusions.

Le juge Bastarache sert toutefois un avertissement aux juges quant à l'utilisation de la connaissance d'office. Il écrit :

Je conviens qu'il est généralement prudent de ne pas incorporer des éléments de preuve présentés dans d'autres causes sans les avoir

¹³²⁰ *Supra*, note 1319. Voir aussi : *R. c. Daley*, [2007] 3 R.C.S. 523, 2007 CSC 53, par. 86 (le juge Bastarache pour la majorité).

¹³²¹ *Solomon c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, par. 46 et suiv. (le juge Pelletier pour la Cour) ; *Association des propriétaires de Boisés de la Beauce c. Monde forestier*, 2009 QCCA 48, par. 27 (la juge Thibault pour la Cour) : « la jurisprudence considère que toute constatation de fait à la base d'une décision judiciaire ou quasi judiciaire bénéficie de la présomption simple d'exactitude ».

¹³²² *Supra*, note 1321.

¹³²³ *R. c. Sappier*, *R. c. Gray*, préc., note 918, par. 66 et suiv. (le juge Bastarache pour la majorité).

¹³²⁴ *Id.*, par. 69.

communiqués aux parties et leur avoir permis de les contester ou de présenter des preuves contraires¹³²⁵. [Notre soulignement]

Il existe donc un devoir de respecter le principe de la contradiction et de donner aux parties l'opportunité de contester de tels éléments de fait. Dans cette affaire, l'arrêt antérieur était néanmoins bien connu du ministère public, puisqu'il portait sur une situation d'une grande proximité géographique, temporelle, et judiciaire de celle qui faisait l'objet du litige.

Ce renforcement de la preuve par des conclusions jurisprudentielles à saveur factuelle s'est également produit dans l'arrêt *Trochym*. La Cour suprême du Canada a alors élaboré une règle de common law limitant l'admissibilité du témoignage d'une personne dont les souvenirs ont été ravivés par l'hypnose.

À partir de trois témoignages d'expert rendus lors d'un voir-dire, mais également à partir de la jurisprudence étrangère sur la fiabilité et la recevabilité de ce type de témoignage, la majorité a cité de nombreux risques relatifs à l'hypnose qui justifiaient d'en déclarer l'inadmissibilité¹³²⁶. C'est du moins le cas jusqu'à ce qu'une partie ne prouve la fiabilité de ce procédé suivant les critères relatifs à la preuve tirée d'une science nouvelle¹³²⁷. Il s'agissait donc d'une preuve de faits législatifs : ces faits sur l'hypnose justifiaient un changement à la common law de la preuve. Ils servaient donc à interpréter la common law.

Le juge Bastarache, pour la dissidence, a critiqué cette importation, par la connaissance d'office, des conclusions de fait tirées par les tribunaux étrangers à partir de témoignages d'experts¹³²⁸. Il a rappelé que les parties doivent avoir l'opportunité de contre-interroger ces experts et d'offrir une preuve contraire¹³²⁹. Selon nous, les risques invoqués par la majorité trouvaient une assise dans la preuve d'expert faite lors du procès qui faisait l'objet de l'appel¹³³⁰. Le recours au

¹³²⁵ *Id.*, par. 71.

¹³²⁶ *R. c. Trochym*, préc., note 1318, par. 61 (la juge Deschamps pour la majorité).

¹³²⁷ *Id.* Voir aussi : *R. c. J.-L.J.*, préc., note 1318, par. 33 et suiv. (le juge Binnie pour la Cour).

¹³²⁸ *R. c. Trochym*, préc., note 1318, par. 142 et suiv. (le juge Bastarache pour les juges Abella et Rothstein, motifs dissidents).

¹³²⁹ *Id.*, par. 143.

¹³³⁰ Voir *id.*, par. 41 à 44 et par. 59 (la juge Deschamps pour la majorité).

droit comparé servait à étayer la solution retenue par les tribunaux étrangers de dernière instance face à ces risques, elle n'était pas la source principale des faits législatifs invoqués.

Cette interprétation restrictive de la connaissance d'office des faits législatifs et sociaux s'est poursuivie dans les arrêts ultérieurs de la Cour suprême du Canada.

Dans l'arrêt *Mabior*, la Cour a refusé de prendre connaissance d'office que l'utilisation du condom écarte toujours le risque important de lésion corporelle grave. Elle a donc refusé de déclarer qu'en common law, le condom ferait toujours échec à une accusation d'agression sexuelle grave dans le contexte où l'accusé aurait fait défaut de révéler sa séropositivité. Ce fait législatif n'était pas raisonnablement incontestable, et la Cour n'a donc pas fait évoluer la common law sur l'agression sexuelle en le prenant en considération¹³³¹.

Dans l'affaire surnommée *Éric c. Lola*, la majorité de la Cour suprême du Canada a réitéré le cadre strict de la connaissance d'office issu des critères de Morgan. Dans cette affaire gouvernée par les règles de preuve du *Code civil du Québec* et par le *Code de procédure civile*, la situation juridique des conjoints de fait était contestée constitutionnellement. Le juge LeBel a cité *in extenso* les arrêts *Find* et *Spence*, pourtant rendus en matière criminelle, et ce pour refuser de prendre connaissance d'office d'une contrainte dans le choix de se marier ou non¹³³². En plus de démontrer le resserrement des règles de la connaissance d'office en matière constitutionnelle¹³³³, cet arrêt démontre que cette institution est gouvernée suivant les mêmes principes tant en droit civil qu'en droit criminel.

Dans l'arrêt *Taypotat*, une règle électorale dans une communauté autochtone prescrivait que les candidats devaient avoir réussi au moins leur 12^e année scolaire. Cette règle était contestée en vertu du droit à l'égalité prévu par

¹³³¹ *R. c. Mabior*, [2012] 2 R.C.S. 584, 2012 CSC 47, par. 70-71 (la juge en chef McLachlin pour la Cour).

¹³³² *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 77, par. 237 et suiv. et par. 274 (le juge LeBel pour les juges Fish, Rothstein et Moldaver, motifs de jugement).

¹³³³ *Id.*, par. 239 : « Ces catégories de faits sont manifestement restreintes ». Voir aussi : R. AGARWAL et F. LALANI, préc., note 97, 140.

l'article 15 de la *Charte*. À partir de statistiques pancanadiennes, la Cour d'appel fédérale a pris connaissance d'office d'une discrimination que créait cette exigence à l'encontre des candidats plus âgés, lesquels sont statistiquement moins susceptibles d'avoir terminé leurs études. La Cour suprême du Canada a critiqué et infirmé cette utilisation de la connaissance d'office, puisque les documents invoqués étaient insuffisants pour établir de la discrimination dans cette communauté en particulier¹³³⁴.

L'arrêt *Média Vice Canada* avait pour objet la nature du privilège journalistique en droit de la preuve et son éventuelle constitutionnalisation. La majorité a refusé de prendre connaissance d'office de l'effet dissuasif des communications de la preuve sur les sources journalistiques potentielles¹³³⁵.

Les arrêts *Malmo-Levine*, *Spence*, *Mabior*, *Éric c. Lola*, *Taypotat*, *Média Vice Canada*¹³³⁶, entre autres, le confirment : (1) le critère de l'incontestabilité raisonnable s'applique aux faits importants dans les affaires constitutionnelles, (2) la souplesse de la connaissance d'office pour les faits législatifs et sociaux accessoires s'applique en toutes matières et (3) les parties doivent prouver par les moyens habituels les faits qu'ils invoquent dans leurs procédures constitutionnelles.

En définitive, suivant le cadre établi par la Cour suprême au courant des années 2000 et 2010, la connaissance d'office ne sert qu'à établir des faits

¹³³⁴ *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, préc., note 522, par. 31 (la juge Abella pour la Cour).

¹³³⁵ *R. c. Média Vice Canada Inc.*, [2018] 3 R.C.S. 374, 2018 CSC 53, par. 28 (le juge Moldaver pour les juges Gascon, Côté, Brown et Rowe). Remarquons que dans un arrêt antérieur au virage sur la connaissance d'office, des juges dissidents ont reconnu que la communication ordonnée par le tribunal de dossiers thérapeutiques peut avoir un effet dissuasif sur les plaintes ou les consultations pour agression sexuelle : *R. c. O'Connor*, préc., note 766, 504-505 (la juge L'Heureux-Dubé pour les juges La Forest et Gonthier, dissidents).

¹³³⁶ *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, préc., note 280, par. 28 (les juges Gonthier et Binnie pour la majorité) ; *R. c. Spence*, Côté, note 70, par. 65 (le juge Binnie pour la Cour) ; *R. c. Mabior*, [2012] 2 R.C.S. 584, 2012 CSC 47, par. 70-71 (la juge en chef McLachlin pour la Cour) ; *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 77, par. 237 et suiv. et par. 274 (le juge LeBel pour les juges Fish, Rothstein et Moldaver, motifs de jugement) ; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, préc., note 522, par. 31 (la juge Abella pour la Cour) ; *R. c. Média Vice Canada Inc.*, préc., note 1335, par. 28 (le juge Moldaver pour les juges Gascon, Côté, Brown et Rowe).

raisonnablement incontestables¹³³⁷, mais cette incontestabilité peut être évaluée un peu moins strictement pour des faits législatifs ou sociaux qui sont secondaires ou accessoires au litige¹³³⁸. Or, ce cadre s'applique tant en matière constitutionnelle que dans les autres matières.

2.4.2.4 L'application du cadre actuel de la connaissance d'office en Cour d'appel du Québec

La Cour d'appel du Québec a appliqué la connaissance d'office de la même façon que la Cour suprême du Canada, tant en matière civile que constitutionnelle.

Dans l'arrêt portant sur la constitutionnalité des articles du *Code civil du Québec* qui adjoignent automatiquement des conséquences civiles au mariage religieux, la juge Bich rappelle que ce sont les règles de l'article 2808 C.c.Q., ainsi que les règles posées par la Cour suprême en interprétant la connaissance d'office, qui gouvernent ce mode d'établissement des faits. Le principe applicable en la matière est la « prudence ». Elle écrit :

À cela on doit adjoindre ce qui relève de la connaissance d'office, dont les tribunaux ne doivent faire usage qu'avec prudence, mais qui permettra de considérer quelques faits répondant aux conditions de l'art. 2808 C.c.Q. et à l'enseignement de la Cour suprême en la matière¹³³⁹. [Notre soulignement]

¹³³⁷ Voir par ex., en matière criminelle : *R. c. Khawaja*, [2012] 3 R.C.S. 555, 2012 CSC 69, par. 99 (la juge en chef McLachlin pour la Cour) (connaissance d'office du conflit en Afghanistan et des activités de contre-insurrection qui y ont lieu) ; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 44 (le juge Binnie pour la Cour) : « Il y a certainement lieu de prendre connaissance d'office du fait que le public demeure préoccupé par le trafic de drogue et, d'une manière générale, de la difficulté de lutter efficacement contre le crime organisé au moyen des méthodes policières traditionnelles » ; *R. c. Stone*, préc., note 186, par. 199 (le juge Bastarache pour la majorité) : « Je reconnais cependant d'office qu'il est très rare que l'automatisme ne découle pas de troubles mentaux ».

¹³³⁸ Par exemple, à l'étape de la détermination de la peine, les juges ont connaissance d'office de certains facteurs sociaux qui ont cours dans la communauté qu'ils habitent. Voir : *Bouchard c. R.*, 2017 QCCA 1648, par. 56-57 (la juge Ouellet pour la Cour) (la violence faite aux femmes et de la vague de dénonciations « moi aussi » dans un contexte de détermination de la peine pour agression sexuelle) ; *R. c. Lacasse*, [2015] 3 R.C.S. 1089, 2015 CSC 64, par. 95 (le juge Wagner pour la majorité) (la conduite avec faculté affaiblies est un fléau particulier en Beauce) ; *Shearson c. R.*, 2014 QCCA 517, par. 3 (*per curiam*) (la consommation et le trafic d'amphétamines sont, depuis 2002, un fléau grandissant au Québec) ; *Dumais c. R.*, 2010 QCCA 1030, par. 7 (*per curiam*) (les juges ont connaissance d'office des circonstances de leur communauté et de la prévalence des crimes, notamment lorsque le juge en question « a présidé un procès impliquant un important réseau de trafic de drogues »).

¹³³⁹ *Droit de la famille — 191850*, 2019 QCCA 1484, par. 246 (la juge Bich pour la Cour).

Alors que la juge Bich déclarait la souplesse du droit de la preuve en matière constitutionnelle en 2012 dans l'arrêt *Presse Itée (La) c. Poulin*¹³⁴⁰, on sent dans ces motifs de 2019 une volonté d'appliquer les règles de preuve plus strictement. Dans cette cause civile et constitutionnelle, la juge Bich réfère aussi à l'arrêt *Le*¹³⁴¹, pourtant rendu en matière criminelle. Cela démontre encore une fois le caractère unifié de l'approche actuelle quant à la connaissance d'office des faits et l'absence de spécificité du contentieux constitutionnel.

À l'occasion d'une demande d'intervention en appel dans une affaire portant sur la constitutionnalité de l'interdiction de la publicité du vapotage, la juge Gagné a réitéré l'interdiction d'ajouter aux mémoires d'appel des éléments de preuve factuels sous couvert de sources juridiques ou de la connaissance d'office. Elle écrit :

Je fais mienne toutefois la mise en garde du juge Morissette dans *H.Ha.N. c. Québec (Ministre de l'Éducation)* qu'« il ne saurait être question pour [la SCC] d'introduire au dossier, sous l'appellation douteuse de « preuve extrinsèque », des éléments de fait qui ne sont pas du domaine de la connaissance d'office et qui n'ont pas fait l'objet d'une preuve en bonne et due forme »¹³⁴².

La preuve en matière constitutionnelle doit être faite suivant les moyens habituels, en première instance.

Cela ne veut pas dire que la connaissance d'office n'a aucun rôle à jouer. Dans une action collective pour responsabilité civile à la suite d'une manifestation, la Cour d'appel a admis d'office que les manifestations sont courantes à Montréal, et qu'elles entraînent nécessairement des préjudices par la paralysie des artères de circulation. Alors que ce dossier comportait à la fois des aspects civils et constitutionnels, le juge Brossard écrit :

Conclure autrement signifierait que toute manifestation qui, par son ampleur, entraînerait un ralentissement de la circulation, serait susceptible

¹³⁴⁰ *Presse Itée (La) c. Poulin*, préc., note 57, par. 15 (la juge Bich pour la Cour).

¹³⁴¹ *R. c. Le*, 2019 CSC 34.

¹³⁴² *Procureure générale du Québec c. Association québécoise des vapoteriers*, préc., note 333, par. 20 (la juge Gagné siégeant seule).

de donner ouverture à un recours collectif contre ses auteurs, quel que soit son caractère légal, l'ordre dans lequel elle se déroule, et l'absence de toute violence et excès de même nature. Or, il est de connaissance judiciaire que, dans une ville comme la Ville de Montréal, les causes de manifestation sont nombreuses, les manifestations fréquentes, la paralysie temporaire de certaines artères principales également fréquente, de même que l'intervention policière pour détourner la circulation. Ce résultat n'est évidemment pas souhaitable¹³⁴³.

Reconnaître qu'une entrave à la circulation entraîne nécessairement une faute civile indemnisable reviendrait donc à nier le droit constitutionnel de manifester pacifiquement.

De même, dans l'arrêt *Montréal (Communauté urbaine de) (Service de police) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, le juge en chef Robert a pris connaissance d'office du statut de salarié, au sens du droit du travail, des policiers autres que les commandants¹³⁴⁴.

Les applications de la connaissance d'office sont semblables en matière civile.

Dans une récente action collective visant à indemniser les fumeurs, la Cour d'appel a pris connaissance d'office des effets nocifs du tabac¹³⁴⁵.

Dans un arrêt portant sur une autorisation d'action collective envers un constructeur automobile, la Cour d'appel a reconnu d'office que certains facteurs et options peuvent faire varier le prix d'un véhicule pour un consommateur¹³⁴⁶.

Pour interpréter les articles du *Code civil du Québec* sur les hypothèques, la Cour d'appel a pris connaissance d'office d'habitudes contractuelles. Afin de conclure que la prise en paiement par le créancier hypothécaire peut éteindre la clause résolutoire au profit du vendeur si un contrat le stipule, la Cour constate de son propre chef « que, en matière immobilière, le vendeur bénéficie à peu près

¹³⁴³ *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal, (SCFP, section locale 301) c. Coll*, 2009 QCCA 708, par. 85 (le juge Brossard pour la Cour).

¹³⁴⁴ *Montréal (Communauté urbaine de) (Service de police) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 612, par. 40 (le juge en chef Robert pour la Cour).

¹³⁴⁵ *Imperial Tobacco Canada Ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358, par. 709 (*per curiam*).

¹³⁴⁶ *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380, par. 52-53 (le juge Baudoin pour la Cour).

toujours, de façon routinière, d'une clause résolutoire au cas de non-paiement par l'acheteur du solde de prix de vente »¹³⁴⁷. Les faits législatifs connus d'office ont donc été très importants à cette solution, puisque, selon la Cour, sans cette conclusion, « le financement hypothécaire d'achats d'immeubles risque[rait] de devenir très aléatoire »¹³⁴⁸.

Dans un arrêt en matière d'assurance automobile pour préjudice corporel, la juge La Rosa a reconnu d'office que les motorisés comportent habituellement un système d'alimentation au propane¹³⁴⁹.

L'arrêt *Montreuil* portait sur une demande à l'état civil pour changer de nom. Le juge Delisle a pris connaissance d'office que « l'appelant porte des vêtements féminins et se maquille »¹³⁵⁰.

Dans l'arrêt *Primeau c. Hooper*, le juge Hamilton a pris connaissance d'office du hasard dans le jeu de « roche-papier-ciseaux », ce qui a conduit, en vertu des règles du *Code civil du Québec* sur les jeux et paris, à l'annulation d'une créance de plus de 500 000\$ en résultant¹³⁵¹.

La connaissance d'office ne suffit cependant pas pour établir des faits spécialisés.

Dans un arrêt sur une demande de garde en établissement, la juge Bich a refusé de prendre connaissance d'office des troubles psychiatriques¹³⁵².

Dans l'arrêt *Al Raïs*, la Cour a refusé de reconnaître d'office « l'augmentation de la valeur des propriétés à Dollard-des-Ormeaux entre juillet 2000 et septembre 2001 »¹³⁵³.

¹³⁴⁷ *Caisse populaire de La Tuque c. Labre*, 2007 QCCA 624, par. 57 (*per curiam*).

¹³⁴⁸ *Id.*, par. 58 (*per curiam*).

¹³⁴⁹ *Propane Nord-Ouest c. Galarneau*, 2015 QCCA 1688, par. 64 et 77 (la juge La Rosa pour la Cour).

¹³⁵⁰ *Montreuil c. Québec (Directeur de l'état civil)*, 2002 CanLII 63813 (QC CA), par. 29 (juge Delisle).

¹³⁵¹ *Primeau c. Hooper*, 2020 QCCA 576, par. 25 (le juge Hamilton pour la Cour).

¹³⁵² *J.M. c. Hôpital Jean-Talon du Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux (CIUSSS) du Nord-de-l'Île-de-Montréal*, 2018 QCCA 378, par. 70 (la juge Bich pour la Cour).

À propos du caractère lésionnaire d'un taux d'intérêt, le juge Pelletier a refusé de prendre connaissance d'office des taux d'intérêts pratiqués dans une région pour des prêts consentis avec une hypothèque de second rang¹³⁵⁴.

Dans un litige de construction, la Cour a refusé, comme le juge de première instance, de prendre connaissance d'office d'un guide du ministère des transports qu'une partie avait fait défaut de déposer lors de l'enquête¹³⁵⁵.

En définitive, la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec converge avec celle de la Cour suprême du Canada : la connaissance d'office joue, tant en matière civile que constitutionnelle, un rôle accessoire pour établir des faits qui sont raisonnablement incontestables. La Cour s'attend à ce que les faits aient été prouvés en première instance.

2.4.2.5 La norme de contrôle des conclusions sur les faits législatifs et sociaux

Parallèlement à l'établissement des règles de la connaissance d'office des faits législatifs et sociaux, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion de préciser la norme de contrôle en appel des conclusions sur ces faits. Est-il possible, en matière constitutionnelle, d'écarter librement les conclusions de fait de première instance, ce qui complexifie et allonge les procédures en appel?

Rappelons que dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc.*, la majorité de la Cour suprême du Canada avait semblé abaisser la norme de contrôle pour les conclusions tirées de la preuve de faits législatifs et sociaux, du moins lorsqu'elles avaient une composante politique ou comportaient des jugements de valeur¹³⁵⁶.

Saisie de la question de la constitutionnalité de la criminalisation des activités liées à la prostitution, la Cour suprême a précisé, dans l'arrêt *Bedford*, que la même

¹³⁵³ 9148-6274 *Québec inc. (Groupe immobilier Gazaille inc.) c. Al Raïs*, 2006 QCCA 1635, par. 20 et suiv. (*per curiam*).

¹³⁵⁴ *Gosselin c. Carruthers*, 2006 QCCA 1489, par. 20 et suiv. (le juge Pelletier pour la Cour).

¹³⁵⁵ *Groupe Dubé & Associés inc. c. Québec (Procureure générale) (Ministère des Transports)*, 2016 QCCA 401, par. 8 à 13 (*per curiam*).

¹³⁵⁶ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 28, par. 141 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la majorité sur la question de l'article 1^{er}).

norme de contrôle, celle de l'erreur manifeste et dominante, s'applique à tous les types de faits, qu'ils soient adjudicatifs, sociaux ou législatifs¹³⁵⁷.

D'abord, les enquêtes sur ces faits réalisées par les juges de première instance sont maintenant extensives et complexes. Il serait coûteux de refaire ces procès en appel. Ensuite, ces conclusions s'entremêlent à celles sur les faits adjudicatifs, particulièrement lorsque le vécu des parties est déterminant à l'issue d'un contrôle de chartes. Finalement, la crédibilité des experts peut être déterminante dans ces conclusions.

La Cour suprême a d'ailleurs réitéré sa préférence pour la preuve d'expert afin d'établir les faits législatifs et sociaux¹³⁵⁸. Corrélativement, cela restreint le champ de la connaissance d'office¹³⁵⁹.

La règle générale est donc que les faits législatifs et sociaux doivent être prouvés en première instance¹³⁶⁰ et que la norme d'intervention en appel pour en modifier les conclusions demeure celle de l'erreur manifeste et dominante¹³⁶¹.

Comme l'affirme la professeure Jodi Lazare, cela place un lourd fardeau sur les épaules des juges de première instance, qui sont responsables de réaliser l'enquête complexe que nécessite une bonne partie des litiges constitutionnels¹³⁶².

D'un côté, la norme de l'erreur manifeste et dominante diminue la longueur et le coût des appels, qui se concentrent alors sur les questions de droit. De l'autre,

¹³⁵⁷ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 18, par. 48 et suiv. (la juge en chef McLachlin pour la Cour). Voir aussi : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 53, par. 78 (le juge en chef Lamer pour la majorité).

¹³⁵⁸ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 18, par. 53 (la juge en chef McLachlin pour la Cour). Néanmoins, il peut arriver que la Cour renverse des conclusions de fait de première instance sans indiquer qu'il y avait une erreur manifeste et dominante. Comparer par ex. : *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, préc., note 36, par. 147 (la juge en chef McLachlin et le juge LeBel pour la majorité) et *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2009 CanLII 15149 (ON SC), par. 87 et 90.

¹³⁵⁹ R. AGARWAL et F. LALANI, préc., note 97, 140.

¹³⁶⁰ B. PERRYMAN, préc., note 194, 125 ; J. LAZARE, préc., note 1250, S43.

¹³⁶¹ Lorsqu'une question constitutionnelle est soulevée pour la première fois en Cour d'appel avec son autorisation, les faits législatifs qui ne sont pas connus d'office peuvent être établis par une enquête tenue devant un juge de la Cour supérieure : *Lessard c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2002 CanLII 63082 (QC CA) ; C.p.c., art. 380.

¹³⁶² J. LAZARE, préc., note 1250, S45.

cette norme peut créer des incohérences entre les décisions constitutionnelles dans la mesure où les mêmes faits législatifs et sociaux peuvent faire l'objet de conclusions contradictoires suivant la preuve présentée dans deux ou plusieurs instances parallèles portant sur des questions connexes et suivant son appréciation par les juges¹³⁶³. Alors que les faits adjudicatifs sont propres à des parties et aux instances qui les touchent directement, les faits législatifs et sociaux sont généraux et sont susceptibles d'interpeller plusieurs dossiers judiciaires. Il faudra inévitablement qu'un tribunal d'appel tranche les contradictions éventuelles entre ces conclusions de fait.

¹³⁶³ Voir notamment : *Dunagin c. City of Oxford, Mississippi*, (1983) 718 F.2d 738, 748-749 (en banc), cert. refusé, (1984) 467 U.S. 1259, tel que traduit dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 28, par. 80 (le juge La Forest pour les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier, dissidents).

Conclusion du titre 2

La souplesse dans l'établissement des faits par la connaissance d'office en matière constitutionnelle s'est résorbée.

Nous avons vu, dans la section 2.1, que la connaissance d'office du droit, applicable aux instances ordinaires, s'applique de la même manière dans les instances constitutionnelles. Après un rappel des règles ordinaires de la connaissance d'office du droit (2.1.1), nous avons constaté qu'en matière constitutionnelle comme dans les autres matières, le droit comparé est connu d'office (2.1.2). Malgré ce qui a pu être affirmé immédiatement après l'édiction de la *Charte* en 1982, les faits législatifs ne tombent pas sous le coup de la connaissance d'office illimitée du droit (2.1.3).

La section 2.2 a démontré qu'avant la montée du constitutionnalisme et le rapatriement de 1982, la connaissance d'office des faits était régie suivant les mêmes principes tant en matière constitutionnelle (2.2.2) que dans les autres domaines (2.2.1). La preuve était le moyen favorisé pour établir les faits (2.2.2.2), même si elle n'était pas quantitativement abondante comme c'est le cas aujourd'hui, et qu'elle était même parfois proscrite dans la procédure de renvoi (2.2.2.1). Les faits connus d'office étaient les faits raisonnablement incontestables (2.2.2.3).

Cette situation a toutefois été ébranlée par le rapatriement constitutionnel, comme l'a démontré la section 2.3. À la suite d'appels doctrinaux et du rapport de la Commission de réforme du droit (2.3.1), lesquels s'inspiraient du droit américain, certains juges de la Cour suprême du Canada, dont les juges La Forest et Lamer, ont voulu établir une connaissance d'office illimitée ou élargie des faits législatifs et sociaux en droit constitutionnel canadien (2.3.2.1). Dans la même veine, d'autres juges, à l'instigation de la juge L'Heureux-Dubé, ont souhaité appliquer ce cadre élargi à des domaines infraconstitutionnels comme le droit de la famille (2.3.2.3). Ces approches ont néanmoins été critiquées ou nuancées par d'autres arrêts,

particulièrement sous la plume du juge Sopinka, qui cherchait à préserver, dans les affaires constitutionnelles, l'importance de la « véritable » preuve faite en première instance (2.3.2.2). Ces incohérences ont entraîné plusieurs conséquences sur les modes d'établissement des faits et sur la norme de contrôle en appel (2.3.3).

Cet élargissement de la connaissance d'office a été critiqué et largement tempéré (2.4). De nos jours, une approche *unifiée, principielle* et *circonstancielle* régit la connaissance d'office des faits en toutes matières (2.4.2.3). Le caractère raisonnablement incontestable permettant de reconnaître d'office un fait législatif ou social est modulé suivant l'importance du fait en question dans la résolution du litige. Les critères stricts de la connaissance d'office des faits, établis par Morgan (2.4.2.1), s'appliquent toujours pour (1) les faits adjudicatifs et (2) les faits législatifs ou sociaux qui sont décisifs. Par ailleurs, la norme de contrôle des faits législatifs et sociaux est celle de l'erreur manifeste et dominante (2.4.2.5).

En définitive, comme l'exprime le professeur Peter Hogg, la connaissance d'office est « carefully limited »¹³⁶⁴, et la souplesse donnée par la Cour suprême dans l'arrêt *Spence*¹³⁶⁵ pour la connaissance judiciaire des faits sociaux et législatifs est très petite¹³⁶⁶. Peter Hogg affirme :

In principle, the general rules regarding the proof of facts in litigation ought to apply to constitutional cases no less than to non-constitutional cases, and they ought to apply to both “adjudicative facts” and “legislative facts”¹³⁶⁷.

C'est donc dire qu'un droit de la preuve particulier ne saurait, en principe, exister dans les litiges constitutionnels.

M^{es} Andrew Lokan et Christopher Dassios, dans leur traité sur la procédure en matière constitutionnelle, affirment aussi que la connaissance judiciaire ne suffit pas dès qu'une donnée, même contenue dans des rapports soumis au Parlement

¹³⁶⁴ P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-12.

¹³⁶⁵ *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 63 (le juge Binnie pour la Cour).

¹³⁶⁶ P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-12.

¹³⁶⁷ *Id.*, p. 60-13.

pour recommander ou soutenir une loi, apparaît comme controversée¹³⁶⁸. Néanmoins, les débats parlementaires et les rapports gouvernementaux (ou de commission d'enquête) sont connus d'office pour établir l'intention du Parlement¹³⁶⁹, ou ils sont connus d'office s'ils établissent de manière raisonnablement incontestable des faits de société extérieurs qui, par exemple, justifient une règle de droit¹³⁷⁰.

La tendance à l'élargissement de la connaissance d'office des faits en matière constitutionnelle s'est donc grandement renversée. En matière constitutionnelle, comme dans les autres, les faits doivent donc en principe être *prouvés en première instance*.

En dernière analyse, deux remarques d'opportunité s'imposent selon nous.

D'une part, la connaissance d'office a un rôle important à jouer. Elle accélère les instances et diminue leurs coûts. Elle évite de demander de la preuve sur des évidences ou des éléments qui, à l'heure d'Internet, peuvent être établies incontestablement en un clic¹³⁷¹. Il faut que les parties puissent se fier à la connaissance d'office, et donc éviter le recours à un expert pour des aspects secondaires au litige ou qui sont raisonnablement incontestables. Mais les conséquences de l'adjudication constitutionnelle sont trop importantes pour que les faits législatifs et sociaux reconnus dans les jugements soient le fruit d'études fragmentaires n'ayant pas subi l'épreuve du débat contradictoire.

Nous joignons donc joint notre voix à la critique de la connaissance d'office élargie. Il faut selon nous préserver le principe de la contradiction¹³⁷², l'apparence d'impartialité dans la détermination des faits¹³⁷³, la qualité de la recherche de la vérité¹³⁷⁴ et la prévisibilité juridique du droit de la preuve¹³⁷⁵. En d'autres termes, il

¹³⁶⁸ A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-18.2.

¹³⁶⁹ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 144.

¹³⁷⁰ Sur les débats parlementaires, voir aussi : *infra*, section 3.2.2.3.

¹³⁷¹ Voir : E. F. JUDGE, préc., note 766.

¹³⁷² *Supra*, section 2.4.1.1.

¹³⁷³ *Supra*, section 2.4.1.2.

¹³⁷⁴ *Supra*, section 2.4.1.3.

¹³⁷⁵ *Supra*, section 2.4.1.4.

ne faut pas donner l'aura d'une décision de justice à des faits qui n'ont pas été établis judiciairement.

D'autre part, le pouvoir d'élaborer des règles de droit n'est pas entravé par les règles qui encadrent la connaissance d'office des faits législatifs. Il arrive que les tribunaux prennent connaissance d'office de faits législatifs généraux et qu'ils élaborent des règles de droit sans assise factuelle précise. Par exemple, dans l'arrêt *Jordan*, il n'y a eu aucune preuve des délais habituels des instances criminelles ou pénales à l'échelle canadienne, ni aucune prise de connaissance d'office précise de ces délais¹³⁷⁶. Cela n'empêche pas les tribunaux d'établir des règles, lesquelles sont, comme toujours, le fruit d'un jugement de valeur¹³⁷⁷. Cela les empêche seulement de juger et de conclure à l'existence de faits non prouvés et qui sont raisonnablement contestables.

¹³⁷⁶ *R. c. Jordan*, [2016] 1 R.C.S. 631, 2016 CSC 27, par. 52 et suiv. (les juges Moldaver, Karakatsanis et Brown pour les juges Abella et Côté) et par. 281 (le juge Cromwell pour la juge en chef McLachlin et les juges Wagner et Gascon) ; *R. c. K.J.M.*, 2019 CSC 55, par. 169 (les juges Abella et Brown pour la juge Martin, motifs dissidents).

¹³⁷⁷ *Supra*, p. 23 et suiv.

3 Les moyens de preuve des faits liés à une question constitutionnelle

Ce qui n'est pas connu d'office doit être prouvé¹³⁷⁸. La différence fondamentale entre la connaissance d'office et la preuve, particulièrement par témoignage, réside dans la capacité des parties de tester la source du fait par la voie du contre-interrogatoire, ou de la contredire par un autre moyen.

Les conséquences pratiques de la classification des faits entre ceux à *prouver* et ceux *connus d'office* sont considérables pour les parties. Dans l'arrêt *Find*, la juge en chef McLachlin écrivait :

La connaissance d'office dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont à l'abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables. Les faits admis d'office ne sont pas prouvés par voie de témoignage sous serment. Ils ne sont pas non plus vérifiés par contre-interrogatoire. Par conséquent, le seuil d'application de la connaissance d'office est strict¹³⁷⁹. [Notre soulignement]

La preuve offre ces garanties. La connaissance d'office a néanmoins l'avantage, notamment, de ne pas exiger la disponibilité de l'auteur d'un ouvrage dont l'exactitude est incontestable pour témoigner.

Le titre 2 a démontré que la connaissance d'office est désormais, en matière constitutionnelle, un moyen d'établissement des faits accessoire à la preuve faite en première instance. Comme dans les autres types de litiges mus devant les tribunaux judiciaires, les faits doivent être prouvés.

¹³⁷⁸ *R. c. Williams*, préc., note 32, par. 54 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la Cour) : « Le droit de la preuve reconnaît deux modes d'établissement des faits au procès. Le premier est la preuve. Le second est la connaissance d'office » ; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 23.

Ces moyens s'appliquent aux faits contestés, puisque les parties peuvent aussi admettre des faits, notamment par un exposé conjoint : *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, préc., note 280, par. 27 (les juges Gonthier et Binnie pour la majorité) ; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, préc., note 598, par. 203 (le juge en chef Lamer pour la majorité) (voir aussi par. 356) ; C.c.Q., art. 2852 al. 1 ; C.p.c., art. 158 par. 1.

¹³⁷⁹ *R. c. Find*, préc., note 175, par. 48 (la juge en chef McLachlin pour la Cour), cité dans *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 53 (le juge Binnie pour la Cour).

Une fois avoir démontré l'importance de la preuve au titre précédent, les modalités de celle-ci ne sont toujours pas établies. Comment prouver les faits en matière constitutionnelle¹³⁸⁰? Les moyens de preuve sont-ils régis différemment que dans les instances ordinaires?

D'abord, un constat s'impose pour délimiter les moyens de preuve à étudier dans le contexte des litiges qui nous intéressent. Les actes juridiques, comme les contrats, sont rarement en litige en matière constitutionnelle¹³⁸¹. Ce sont les faits matériels, dont les faits législatifs et sociaux, qui le sont. Le principal moyen de preuve de ces faits matériels est le témoignage¹³⁸², et la complexité des faits législatifs et sociaux en litige fait en sorte qu'une expertise est très souvent nécessaire¹³⁸³. Par ailleurs, les faits législatifs et sociaux n'auront vraisemblablement jamais été captés sur un élément matériel de preuve, comme une vidéo¹³⁸⁴. Pour les prouver, il faudra nécessairement passer par des documents ou des témoignages *viva voce*, et particulièrement des rapports d'expert.

Pour ce qui est de l'établissement des faits législatifs et sociaux, l'expertise agit donc comme un vase communicant avec la connaissance d'office. Les professeurs France Houle et Clayton Peterson l'ont bien démontré. Ils écrivent :

Elle a aussi mis en garde les parties qu'elles courent un risque si elles font abstraction de cette façon de procéder. En somme, il se pourrait que le courant actuel de la Cour suprême signale un changement d'importance, à savoir que les juges devraient s'abstenir de prendre connaissance d'office de faits sociaux et législatifs, sauf avec le consentement des parties. Lorsqu'un tel acquiescement n'a pas été donné, ces dernières seront invitées à présenter cette preuve par le truchement d'une opinion d'expert qui sera dès lors assujettie à l'examen d'admissibilité applicable à toutes

¹³⁸⁰ M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 342 :

Even if we require evidence, the question still remains whether we require proof through the traditional methods or devise other methods such as written submissions by the parties or other interested persons, or rely on court experts.

¹³⁸¹ M. ROUSSEAU, préc., note 32, à la p. 47.

¹³⁸² B. PERRYMAN, préc., note 194, 145 ; C. PICHE, préc., note 37, par. 131 ; A. YOUNG, préc., note 520, p. 15, note 34. Voir par ex.: *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, préc., note 280, par. 27 (les juges Gonthier et Binnie pour la majorité).

¹³⁸³ A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-18.5.

¹³⁸⁴ C.c.Q., art. 2854 et suiv.

les opinions d'expert. Quel que soit le mode de preuve, il semblerait que les cours d'appel doivent exercer une déférence à l'égard de la décision du juge du procès d'admettre des faits sociaux ou législatifs¹³⁸⁵. [Notre soulignement]

Si la connaissance d'office ne suffit plus pour établir les faits législatifs et sociaux qui ne sont pas raisonnablement incontestables, cela veut donc dire que c'est bien souvent l'expertise qui l'a remplacé comme moyen d'établissement des faits.

Néanmoins, certains écrits pourront être déposés afin de faire preuve de leur existence, d'une intention exprimée par leur auteur, ou de ce qu'ils rapportent. Comme ces écrits, lorsqu'ils ne sont pas des actes juridiques, rapportent des faits observés ou décrits par des personnes, se posera tôt ou tard la question du rapport entre ces écrits et le témoignage de leur auteur, et donc celle du oui-dire¹³⁸⁶.

Une enquête constitutionnelle en première instance est donc bien souvent constituée de dizaines de témoignages ordinaires et d'experts, *viva voce*, par déclaration assermentée ou par rapport écrit, et d'une documentation extensive, se comptant en milliers de pages, qui est généralement déposée ou analysée par ces témoins¹³⁸⁷.

¹³⁸⁵ F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 88. Voir aussi : *Deslauriers c. R.*, 2020 QCCA 484, par. 125 (le juge Chamberland pour la majorité) ; *R. c. Find*, préc., note 175, par. 49 (la juge en chef McLachlin pour la Cour) ; D. PINARD, préc., note 71, 146 ; L. DUCHARME, préc., note 89, par. 79.

¹³⁸⁶ Nous reviendrons en profondeur sur ce problème à la section 3.2. Voir par ex.: C.c.Q., art. 2832 : « L'écrit ni authentique ni semi-authentique qui rapporte un fait peut, sous réserve des règles contenues dans ce livre, être admis en preuve à titre de témoignage ou à titre d'aveu contre son auteur ». [Notre soulignement]

¹³⁸⁷A. YOUNG, préc., note 520, p. 15, note 34 ; B. PERRYMAN, préc., note 194, 124, note 9.

L'évaluation de la souplesse du droit relatif aux moyens de preuve en matière constitutionnelle peut donc se mesurer à partir de deux sous-questions principales :

- Est-ce que l'expertise en matière constitutionnelle est régie par les mêmes règles que celle des autres domaines de droit (3.1)? Y-a-t-il des problèmes particuliers qui incitent les acteurs à assouplir les règles habituelles?
- Est-ce que les règles et principes traditionnels qui gouvernent les écrits rapportant des faits matériels et le témoignage ordinaire, dont celle du oui-dire, s'appliquent en matière constitutionnelle (3.2)?

Il s'agit donc, encore une fois, de voir si les moyens de preuve en matière constitutionnelle sont régis par les principes du droit commun de la preuve.

3.1 Les défis de l'expertise en contexte constitutionnel

La question de l'expertise en matière constitutionnelle a évolué en même temps et en lien avec l'élargissement de la pertinence des faits législatifs et sociaux en matière constitutionnelle et avec la question de l'étendue de la connaissance d'office de ces faits.

Corrélativement à l'élargissement des faits pertinents dans les litiges constitutionnels survenu de manière contemporaine au rapatriement de 1982¹³⁸⁸, à partir des années 1980, le nombre d'expertises pour établir ces faits a pris une ampleur considérable.

Dès le *Renvoi : Loi anti-inflation* en 1976, la procédure *ad hoc* établie par le juge en chef Laskin pour prouver les faits législatifs en cause a permis le dépôt d'un rapport d'économiste pour établir les faits législatifs. Ce rapport respectait grossièrement les principes essentiels de l'expertise¹³⁸⁹.

Ce phénomène s'est accentué depuis 40 ans, à telle enseigne que de nos jours, le nombre d'experts dans une affaire constitutionnelle frôle et dépasse souvent la dizaine¹³⁹⁰. L'expertise est dorénavant, pour reprendre les mots de M^{es} Andrew Lokan et Christopher Dassios, l'arme nucléaire du litige constitutionnel¹³⁹¹ : il s'agit d'un moyen de persuasion puissant qui, dès qu'il est acquis par une partie, entraîne la nécessité pour ses opposants de s'en doter également.

¹³⁸⁸ *Supra*, section 1.2.

¹³⁸⁹ *Supra*, p. 265 ; P. W. HOGG, préc., note 4, 400. Même auparavant, des rapports techniques ont été joints à des dossiers de renvoi constitutionnel, comme dans *Reference re Regulation and Control of Radio Communication*, préc., note 428, 569 (le juge Smith). Voir aussi : *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, préc., note 429, 308 (le juge Kerwin), où un affidavit a été déposé pour démontrer l'importance de l'aviation au Canada. Toutefois, dans *Saumur v. City of Quebec*, préc., note 432, 368, le juge Locke a affirmé que les témoignages d'expert de différents professeurs et ministres du culte, pour décider du caractère religieux des Témoins de Jéhovah, étaient inadmissibles, sans plus de précision quant au critère qui faisait alors défaut.

¹³⁹⁰ A. YOUNG, préc., note 520, p. 15.

¹³⁹¹ A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-18.5.

Suivant le droit commun de la preuve, l'expertise doit rencontrer les critères d'admissibilité suivants¹³⁹² : (1) la qualification de l'expert, (2) la pertinence, (3) la nécessité et (4) l'absence d'une règle d'exclusion. Ils sont connus comme les critères de *Mohan*. Des seuils minimaux de fiabilité et d'impartialité s'ajoutent aussi à titre de critères d'admissibilité sous-jacents¹³⁹³. Dans tous les cas, le tribunal doit vérifier que l'expertise dispose d'une valeur probante assez forte pour contrebalancer les risques que posent l'expertise pour la recherche de la vérité¹³⁹⁴.

En somme, l'expert doit être *qualifié* en raison de son expérience ou de ses compétences acquises par des études ou de la recherche¹³⁹⁵, et son expertise doit porter sur un fait *pertinent* et rencontrer des garanties de *fiabilité* ainsi que de *valeur probante*¹³⁹⁶. Surtout, son expertise doit être *nécessaire* afin d'aider le juge ou le jury à comprendre des faits qui dépassent son expérience ou ses connaissances habituelles¹³⁹⁷.

Au Québec, en matière civile, ces critères de common law sont partiellement codifiés à l'article 2843 du *Code civil du Québec* et aux articles 22 et 231 et

¹³⁹² S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 12.42 ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 537 ; S. CHAFFAI-PARENT, préc., note 377, p. 31 et suiv. Ces critères ont été établis notamment dans les affaires *R. c. Mohan*, préc., note 114 ; *Cinar Corporation c. Robinson*, [2013] 3 R.C.S. 1168, 2013 CSC 73, par. 49 (la juge en chef McLachlin pour la Cour) ; *R. c. J.-L.J.*, [2000] 2 R.C.S. 600, 2000 CSC 51, par. 47 (le juge Binnie pour la Cour) ; *R. c. Bingley*, [2017] 1 R.C.S. 170, 2017 CSC 12.

¹³⁹³ On dira par exemple que la fiabilité est une dimension de la pertinence (l'expertise établit bel et bien logiquement le fait qu'elle prétend établir, et non un autre fait sans importance), et que l'impartialité est une dimension de la qualification de l'expert (Jason M. CHIN, Michael LUTSKY et Itiel E. DROR, « The Biases of Experts: An Empirical Analysis of Expert Witness Challenges », (2019) 42 *Man. L.J.* 21, 32 ; *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, préc., note 53, par. 53 [le juge Cromwell pour la Cour]). La fiabilité pourrait aussi être considérée comme une dimension de l'analyse coût-bénéfice qui exige de vérifier que la valeur probante soit suffisamment forte pour contrebalancer le caractère préjudiciable de l'expertise : *R. v. Abbey*, préc., note 1318, par. 87 (le juge Doherty pour la Cour).

¹³⁹⁴ *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, préc., note 53, par. 24 (le juge Cromwell pour la Cour). En matière civile québécoise, puisqu'il n'y a pas de jury, ce critère est généralement évalué implicitement par le juge des faits avec la valeur probante elle-même : INSTITUT NATIONAL DE LA MAGISTRATURE, préc., note 114, p. 43 ; S. CHAFFAI-PARENT, préc., note 377, p. 48.

¹³⁹⁵ *R. c. Mohan*, préc., note 114, 25 (le juge Sopinka pour la Cour) ; Emmanuel PRÉVILLE-RATELLE, *Le paradoxe de l'expertise partisane*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, §1.5.

¹³⁹⁶ *Supra*, notes 1392, 1393 et 1394.

¹³⁹⁷ *R. c. Mohan*, préc., note 114, 23 (le juge Sopinka pour la Cour).

suiuants du *Code de procédure civile*¹³⁹⁸. Les critères non codifiés demeurent par ailleurs applicables en vertu du droit non écrit¹³⁹⁹.

Les considérations de principe qui sous-tendent ces règles d'admissibilité visent à assurer la qualité de la preuve et à prévenir les erreurs judiciaires. Ces considérations s'appliquent tant en matière constitutionnelle qu'en matière criminelle, pénale ou civile.

Dans l'arrêt *Bedford*, qui portait sur la constitutionnalité des infractions criminelles liées à la pratique de la prostitution, la juge en chef McLachlin a cité le rapport du juge Goudge, qui établit l'importance de l'expert dans la prévention des erreurs judiciaires, pour justifier l'application des règles habituelles en matière constitutionnelle¹⁴⁰⁰. En première instance, la juge Himel avait aussi fait le même commentaire. Elle écrit :

The concerns about expert evidence are not limited to the criminal sphere. The Honourable Coulter A. Osborne, Q.C., devoted an entire chapter of his 2007 Civil Justice Reform Project: Summary of Findings and Recommendations (Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 2007) to the problems of expert evidence. Although his focus was more on the proliferation of experts and the negative effects this has on litigants, he noted and shared many of the same concerns underlying the Goudge Inquiry. Clearly, the potential pitfalls of expert opinion evidence cross the spectrum of cases in the judicial system¹⁴⁰¹. [Notre soulignement]

L'expertise pose de nombreux problèmes dans tous les domaines du droit. En plus du risque pour la qualité des conclusions factuelles, l'expert est, entre autres, un élément majeur qui influe sur les coûts de la justice¹⁴⁰². De même, l'embauche des experts par les parties augmente leur partialité et leur partisanerie¹⁴⁰³.

¹³⁹⁸ Voir notamment : 9223-0812 *Québec inc. c. 9245-8678 Québec inc.*, 2015 QCCS 748, par. 14 (le juge Samson).

¹³⁹⁹ *Supra*, note 377.

¹⁴⁰⁰ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 18, par. 53 (la juge en chef McLachlin pour la Cour).

¹⁴⁰¹ *Bedford v. Canada*, préc., note 15, par. 103.

¹⁴⁰² Voir notamment : SOUS-COMITÉ MAGISTRATURE-JUSTICE-BARREAU, *Rapport du sous-comité Magistrature-Justice-Barreau sur les expertises*, Québec, 2007, p. 37 ; S. CHAFFAI-PARENT, préc., note 377, p. 148.

¹⁴⁰³ Voir notamment : SOUS-COMITÉ MAGISTRATURE-JUSTICE-BARREAU, préc., note 1402, p. 37 ; S. CHAFFAI-PARENT, préc., note 377, p. 111.

La nature du contentieux constitutionnel accentue certains problèmes en particulier. En effet, des affaires constitutionnelles ont testé les limites des critères de droit commun encadrant la nécessité et l'impartialité de l'expertise. Il ne s'agira donc pas ici de trouver des solutions à ces problèmes touchant les expertises, mais de vérifier l'application des critères habituels encadrant l'expertise en matière constitutionnelle¹⁴⁰⁴ et, au passage, de suggérer certaines pistes de solution pour améliorer l'efficacité de la réception des faits et de l'argumentation juridique par les tribunaux.

L'objectif s'articule autour de deux questionnements. D'une part, (3.1.1) dans quelle mesure l'expertise est-elle nécessaire en matière constitutionnelle? Est-ce que le simple dépôt en preuve d'études ou de rapports gouvernementaux pourrait suffire à une partie pour remplir son fardeau de preuve? Par ailleurs, la fiabilité de principe des sciences sociales ou humaines mobilisées dans le contentieux constitutionnel est-elle un véritable enjeu? La réception de telles expertises dans les affaires constitutionnelles fait-elle de ce contentieux un domaine d'exception?

D'autre part, (3.1.2) lorsqu'une expertise est déposée, peut-elle s'aventurer sur le terrain normatif ou juridique, sous le couvert de prouver des « faits législatifs » complexes? L'expertise en histoire du droit et en droit comparé est-elle nécessaire? La nature militante de certaines formes d'expertises pose-t-elle un problème de partialité dans ces litiges qui façonnent les valeurs structurantes de la société canadienne? Ces trois questions intéressent l'application de la règle de la prohibition du témoignage sur le droit dans le contentieux constitutionnel.

¹⁴⁰⁴ *A priori*, ces critères s'y appliquent : A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-18.5 et suiv. ; *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, préc., note 58, par. 71 et suiv ; *Bedford v. Canada*, préc., note 15, par. 105 ; *Hak c. Procureur général du Québec*, préc., note 41, par. 86.

3.1.1 La préférence pour l'expertise en matière de faits législatifs et sociaux

Le large éventail des faits législatifs et sociaux pertinents ne signifie pas pour autant que la preuve de tous ces faits doit nécessairement être faite par expertise¹⁴⁰⁵, et que cette expertise peut porter sur tous les aspects du litige.

Pour que l'expertise soit nécessaire, elle doit porter sur des faits qui dépassent les connaissances habituelles d'un juge et d'un jury¹⁴⁰⁶. Il s'agit donc de faits que la personne ordinaire ne peut comprendre sans le recours à une personne spécialisée sur le sujet.

Ce critère doit être appliqué de manière à exclure les expertises qui pourraient fausser le processus de recherche des faits. Les professeurs France Houle et Clayton Peterson rappellent que : « [...] le critère de nécessité doit être appliqué de manière stricte afin d'exclure les preuves d'expert préjudiciables quant à une question fondamentale »¹⁴⁰⁷ à la résolution du litige. L'expertise ne peut donc chercher à usurper le pouvoir du juge et des jurés.

Cela dit, le moyen de preuve par excellence des faits législatifs et sociaux reste le témoignage d'un expert. Cette méthode est, depuis les arrêts *Spence* et *Bedford*, celle qui est préférée par la Cour suprême du Canada¹⁴⁰⁸. Cela signifie que l'expertise est généralement nécessaire pour établir les faits législatifs et sociaux.

Cependant, ce sont des faits qu'il s'agit de prouver. L'expert n'a pas pour rôle de plaider la cause des parties, d'établir le droit applicable ou de chercher à obtenir un choix normatif différent de la part des tribunaux (3.1.2).

Pour comprendre l'importance et la nécessité de l'expertise en matière constitutionnelle, il faut d'abord faire un détour et revenir à certains principes de

¹⁴⁰⁵ Nous explorerons les autres moyens de preuve à la section 3.2.

¹⁴⁰⁶ *R. c. Mohan*, préc., note 114, 23 (le juge Sopinka pour la Cour).

¹⁴⁰⁷ F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 94. Voir aussi : *Id.*, 24 (le juge Sopinka pour la Cour).

¹⁴⁰⁸ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 18, par. 53 (la juge en chef McLachlin pour la Cour) ; *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 68 (le juge Binnie pour la Cour) ; F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 88.

base qui intéressent la nature de *l'opinion* d'un expert, et l'utilisation du *oui-dire* par l'expert (3.1.1.1). Nous verrons ensuite comment les tribunaux ont reconnu le caractère fondamental de l'expertise dans les litiges qui nous intéressent (3.1.1.2).

3.1.1.1 *L'opinion de l'expert et le oui-dire qu'il rapporte*

Le droit de la preuve opère une distinction entre, d'un côté, les faits observables et l'opinion et, de l'autre, entre l'opinion de l'expert et celle du témoin ordinaire¹⁴⁰⁹. En principe, seul l'expert peut formuler des opinions sur les faits, et le témoin ordinaire doit se limiter à rapporter ses observations¹⁴¹⁰.

Comme l'expliquent les professeurs France Houle et Clayton Peterson, au 18^e siècle, cette prohibition du témoignage d'opinion était envisagée largement, et seuls les faits simples étaient objet de preuve¹⁴¹¹. En conséquence, le juge ou le jury devait utiliser ses connaissances (la connaissance d'office) pour tirer des conclusions ou des inférences de ces faits observables par les témoins¹⁴¹². L'expertise était traitée avec scepticisme¹⁴¹³.

Pour s'assurer que seules des conclusions ou des inférences de fait valides soient tirées par le juge des faits dans des domaines méconnus des profanes¹⁴¹⁴, l'expert a plus tard été autorisé à émettre une opinion de fait devant le décideur¹⁴¹⁵. Mais cette situation demeure une « exception », puisqu'en principe, le témoignage

¹⁴⁰⁹ C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 613.

¹⁴¹⁰ *Graat c. R.*, préc., note 68, 838 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour) ; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 766, p. 29.

¹⁴¹¹ F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 3.

¹⁴¹² *Id.*, p. 32 : « Seules des informations factuelles pouvaient être présentées ». Ce qui réfère, dans ce contexte, aux faits perçus par les cinq sens : *supra*, note 195. Sur la distinction entre les faits et les inférences, voir : D. PINARD, préc., note 71, 142, note 149.

¹⁴¹³ F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 32.

¹⁴¹⁴ *R. c. Mohan*, préc., note 114, par. 22 (le juge Sopinka pour la Cour).

¹⁴¹⁵ F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 3 ; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 766, p. 29. Cette exception à la prohibition du témoignage d'opinion aurait commencé à être élaborée au 17^e siècle.

d'opinion n'est pas recevable¹⁴¹⁶, il ne l'est que lorsque des conditions spécifiques sont remplies¹⁴¹⁷.

Le droit de la preuve opérait donc une distinction stricte entre les faits simples touchant l'affaire et les principes scientifiques permettant d'en tirer des inférences avec l'aide d'experts.

Dans l'arrêt *Abbey*, la Cour suprême du Canada a insisté sur cette distinction entre, d'une part, les faits simples prouvés par les témoins qui les ont directement observés et, d'autre part, les inférences ou opinions sur ces faits que l'expertise pouvait établir. L'expertise ne prouvait seulement qu'une *opinion*, et jamais *les faits sur lesquels reposent cette opinion*¹⁴¹⁸.

Dans cette affaire, un importateur de cocaïne avait soulevé une défense d'aliénation mentale. L'accusé n'avait pas témoigné¹⁴¹⁹, mais son psychiatre l'avait fait. Partant, l'expertise était dénuée de toute valeur probante, puisque les faits sur lesquels elle reposait demeuraient du ouï-dire inadmissible : ils découlaient de l'entrevue du psychiatre avec l'accusé. Le juge Dickson (plus tard juge en chef) écrit :

Un témoin expert, comme tout autre témoin, peut témoigner quant à l'exactitude des faits dont il a une expérience directe, mais ce n'est pas là l'objet principal de son témoignage. L'expert est là pour exprimer une opinion et cette opinion est le plus souvent fondée sur un ouï-dire. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les opinions de psychiatres¹⁴²⁰.
[...]

Bien qu'on ne conteste pas le droit des experts médicaux de prendre en considération tous les renseignements possibles pour former leurs opinions, cela ne dégage en aucune façon la partie qui produit cette

¹⁴¹⁶ F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 1 et 32 ; J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, préc., note 37, par. 14.1.

¹⁴¹⁷ C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 613. Dans le cas du témoin ordinaire, l'opinion simple est notamment permise lorsqu'il difficile pour lui de séparer les faits simples et observables des inférences ou opinions qui en résultent (*id.*), ou lorsque ce dernier doit identifier des personnes, des objets, des lieux ou des voix : S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 12.9 et suiv. Voir aussi : L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 89, par. 585-586 ; J. M. CHIN, J. TOMISKA et C. LI, préc., note 197.

¹⁴¹⁸ F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 26.

¹⁴¹⁹ *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, 45 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour).

¹⁴²⁰ *Id.*, 42 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour).

preuve de l'obligation d'établir, au moyen d'éléments de preuve régulièrement recevables, les faits sur lesquels se fondent ces opinions. Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion¹⁴²¹. [Notre soulignement]

Autrement dit, cette vision de l'expertise ne lui conférait qu'un rôle de complément à un autre moyen de preuve recevable. L'expertise visait à expliquer ces autres preuves.

En plus des faits adjudicatifs, l'expertise ne pouvait servir à prouver les faits scientifiques généraux tirés de l'expérience et des recherches de l'expert, lesquels sont généralement du oui-dire, voire du oui-dire multiple. La science est bâtie sur les connaissances des autres scientifiques, puisqu'un chercheur cite un autre chercheur qui cite un autre chercheur, et ainsi de suite¹⁴²². Seule l'inférence ou l'opinion de l'expert, dans les circonstances particulières de l'affaire, faisait preuve et ce, à certaines conditions. Il fallait que tous les faits adjudicatifs sur lesquels reposent cette opinion ou cette inférence aient été prouvés par des moyens recevables, des moyens qui respectent donc la prohibition du oui-dire.

Cette règle a évolué dans les arrêts ultérieurs de la Cour suprême du Canada, et particulièrement dans l'arrêt *Lavallee*¹⁴²³. Comme nous l'avons vu plus tôt, dans cette affaire pure de droit criminel, l'accusée avait tué son conjoint après qu'il lui eut affirmé qu'il la tuerait éventuellement. Elle a invoqué la légitime défense, sans toutefois témoigner elle-même lors de son procès.

Le critère de l'imminence de la mort ou des lésions corporelles, nécessaire à la légitime défense, était difficilement rencontré en l'espèce. L'accusée avait donc tenté de prouver le syndrome de la femme battue pour établir que, dans ses circonstances personnelles, sa croyance au caractère inéluctable de son

¹⁴²¹ *Id.*, p. 46.

¹⁴²² COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 766, p. 25. Cela est encore plus vrai en sciences sociales : Lawrence ROSEN, « Expert Testimony in the Social Sciences: A Historical Overview of Contemporary Issues », (2020) 38 (1) *Law and History Review* 123, 130-131.

¹⁴²³ *R. c. Lavallee*, préc., note 211.

assassinat était fondée. Il s'agissait d'un fait général, un fait social, qui expliquait les faits adjudicatifs.

La Cour suprême du Canada a accepté la nécessité de l'expertise dans ces circonstances, et la validité de ce moyen de preuve pour prouver le syndrome de la femme battue. L'expert peut rapporter du ouï-dire, mais la valeur probante de son expertise diminue proportionnellement au nombre de faits adjudicatifs qui ne sont pas prouvés autrement que par son expertise¹⁴²⁴. Dans les faits particuliers de l'affaire *Lavallee*, les faits adjudicatifs trouvaient généralement une assise dans les rapports de police et les autres témoignages¹⁴²⁵.

Complétant les motifs majoritaires, les motifs concordants du juge Sopinka ont ajouté une distinction importante qui a grandement influencé l'évolution du droit de la preuve canadien¹⁴²⁶. L'expertise est une *exception à la prohibition du ouï-dire* quand il s'agit de rapporter les faits scientifiques et techniques généraux de son domaine d'expertise¹⁴²⁷. Même si ces faits constituent généralement du ouï-dire multiple, ils bénéficient de « fortes garanties circonstancielle de crédibilité »¹⁴²⁸ pour l'application du cadre raisonné et principiel en matière de ouï-dire que la Cour suprême du Canada a élaboré depuis l'arrêt *Ares c. Venner*¹⁴²⁹. Ce cadre repose sur les principes de nécessité et de fiabilité. Selon le juge Sopinka, il faut néanmoins se méfier de la preuve obtenue par l'expert *de la part des parties au litige*¹⁴³⁰.

¹⁴²⁴ *R. c. Lavallee*, préc., note 211, 896 (la juge Wilson pour la majorité).

¹⁴²⁵ *Id.*, 890 (la juge Wilson pour la majorité).

¹⁴²⁶ *Id.*, 899 (le juge Sopinka, motifs concordants). Voir aussi : F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 25.

¹⁴²⁷ Voir aussi : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 548.

¹⁴²⁸ *R. c. Lavallee*, préc., note 211, 899 (le juge Sopinka, motifs concordants).

¹⁴²⁹ *Ares c. Venner*, préc., note 1042, 622-626 (le juge Hall pour la Cour). Voir aussi : *Infra*, section 3.2 ; C.c.Q., art. 2870 ; *R. c. Khan*, préc., note 1042 ; B. P. ARCHIBALD, préc., note 1079 ; F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 19 ; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 567.

¹⁴³⁰ *R. c. Lavallee*, préc., note 211, 900 (le juge Sopinka, motifs concordants).

L'approche du juge Sopinka a été retenue par la jurisprudence ultérieure : le témoignage de l'expert sur les faits de sa connaissance spécialisée fait preuve de son contenu¹⁴³¹.

Il demeure que l'expertise est généralement ancrée dans les circonstances précises d'une affaire. Elle a donc besoin de la preuve complémentaire des faits adjudicatifs qu'elle mobilise. M^e Shana Chaffai-Parent écrit : « L'expertise ne peut être qu'un exposé théorique ; elle doit être ancrée concrètement dans les faits de l'affaire »¹⁴³².

Néanmoins, cette situation est atténuée en matière constitutionnelle étant donné la nature même de ces litiges. Les faits à prouver, qui sont rapportés par l'expert, sont bien souvent généraux¹⁴³³. C'est le propre des faits législatifs et sociaux. En pratique, les témoins oculaires sont généralement moins nombreux, et moins essentiels que dans les matières ordinaires. Leur vécu est important et instructif, mais il se peut qu'il ne révèle bien souvent qu'une partie de la réalité sociale dont il faut faire la preuve¹⁴³⁴. Pour comprendre cette réalité, il faudrait faire témoigner des milliers de personnes, ce qui est évidemment impraticable. De plus, lorsqu'il s'agit de faits historiques, tous les témoins sont généralement décédés. Autrement dit, il y a toujours du oui-dire en matière constitutionnelle, et l'expertise est nécessaire pour contourner ce problème de manière fiable. En ce sens, il se peut qu'une expertise soit « théorique » et ne puisse pas être reliée à un témoignage ordinaire.

¹⁴³¹ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 12.187 et 12.204 ; F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 83 à 86 et p. 90 ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 548.

La section de recherche de la Commission de réforme du droit du Canada avait d'ailleurs fait une proposition semblable, sans qu'elle ne soit finalement retenue telle quelle dans le projet de *Code de la preuve* : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 766, p. 10 et 21 (voir cependant l'al. 71b) du projet de *Code de la preuve*).

¹⁴³² S. CHAFFAI-PARENT, préc., note 377, p. 32.

¹⁴³³ Voir par exemple : *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCS 5076, par. 86 et suiv. Un rapport préparé avant le litige a été reçu à titre de rapport d'expert.

¹⁴³⁴ Le professeur Alan Young appelle cette preuve l'« anecdotal evidence » : A. N. YOUNG, préc., note 200, 628.

L'expert peut rendre compte de la littérature et de la recherche sur les questions de fait soulevées. Il sait normalement faire le tri qui s'impose parmi les sources¹⁴³⁵. Les experts surveillent mutuellement ce tri. Ils peuvent soulever les failles dans l'analyse de leurs collègues. Loin d'être un complément, l'expertise est souvent *le moyen de preuve principal* des faits de société contemporains. En matière de faits historiques, l'expertise peut éclairer sur le contexte des documents anciens qui sont déposés, puisque l'on sait bien qu'« [h]istory is hearsay »¹⁴³⁶. Ces faits font partie de la connaissance spécialisée de l'expert, et l'expertise fait donc preuve de leur existence.

En résumé, historiquement, le ouï-dire contenu dans une expertise faisait difficilement preuve. C'était là une justification à la connaissance d'office élargie. Après tout, il serait impossible de prouver raisonnablement l'ensemble des connaissances sur les faits législatifs et sociaux, puisque l'expert aurait nécessairement recours au ouï-dire inadmissible. La connaissance d'office pallierait ce problème. Conscient de cela, le professeur Peter Hogg écrivait en 1976:

There are two justifications for the Brandeis brief. The first is the pragmatic one that the Brandeis brief may be the only practicable way to inform the court of the full range of professional opinion on a particular point of social science. It is true that expert-opinion evidence could be adduced, but on many topics no one expert or group of experts could easily canvass the entire range of professional opinion within the limits of the law of evidence and especially the hearsay rule. Moreover, any attempt to do so by conventional sworn testimony, subject to cross-examination, would be extremely time consuming and expensive¹⁴³⁷. [Notre soulignement]

À l'époque, le Brandeis Brief, introduit par l'entremise de la connaissance d'office, était vu par le professeur Hogg comme le seul moyen efficace de rendre compte

¹⁴³⁵ Cependant, si une expertise appelle une expérience concrète, un témoin-expert qui ne fait que rapporter les résultats des expériences des autres chercheurs, sans y avoir participé lui-même ou en avoir mené personnellement, n'aura probablement pas la qualification nécessaire pour pouvoir témoigner : *N.S. v. H.M.Q.*, 2013 ONSC 7019, par. 14 et suiv.

¹⁴³⁶ Gordon CUDMORE, *The Mystery of Hearsay*, Toronto, Carswell, 2009, p. 2.

¹⁴³⁷ P. W. HOGG, préc., note 4, 396.

de l'ensemble de la littérature sur un sujet, puisque les experts étaient soumis à la règle du oui-dire¹⁴³⁸.

Cette règle du oui-dire s'étant atténuée depuis, l'expertise peut désormais être un moyen efficace, voire le meilleur moyen de prouver les faits législatifs et sociaux. En définitive, elle est un moyen de contourner de manière fiable les problèmes posés par le oui-dire dans le respect du principe de la contradiction¹⁴³⁹.

L'obsession pour la connaissance personnelle du témoin qu'a eu traditionnellement le droit de la preuve doit, selon nous, nécessairement s'atténuer dans les matières complexes où la preuve porte sur une quantité innombrable de faits de société particuliers desquels il faudra tirer une conclusion générale. Par exemple, le juge en chef de la Cour suprême de Colombie-Britannique a consacré plus d'un an de procès à l'affaire *Delgamuukw*. Il a exprimé qu'au 252^e jour de procès, il devient nécessaire d'être pragmatique¹⁴⁴⁰. Pour gagner en efficacité, il faut cibler des témoins experts qui ont une connaissance plus large et plus approfondie des questions de fait soulevées et des études à leur sujet¹⁴⁴¹. La fiabilité des moyens de preuve des faits législatifs et sociaux ne repose pas sur la connaissance personnelle du témoin, mais sur son niveau d'expertise du sujet en cause¹⁴⁴².

¹⁴³⁸ Il faut dire qu'en matière constitutionnelle, on avait pourtant déjà fait la preuve de faits législatifs et sociaux par le biais de témoignages et d'affidavits et ce, bien avant l'arrêt *Lavallee* : *supra*, section 2.2.2.

¹⁴³⁹ Renversant une décision imposant un expert commun, la Cour d'appel du Québec a récemment rappelé l'importance de la contradiction dans les domaines techniques où le tribunal pourrait se laisser trop facilement impressionner par une seule opinion d'expert : *Webasto c. Transport TFI 6*, préc., note 69.

¹⁴⁴⁰ D. M. PACIOCCO, préc., note 27, à la page 43.

¹⁴⁴¹ A. YOUNG, préc., note 520, p. 19-20. Voir aussi, sur les avantages de l'historien-expert : Giorgio RESTA et Vincenzo ZENO-ZENCOVICH, « Judicial Truth and Historical Truth: The Case of the Ardeatine Caves Massacre », (2013) 31 *Law & Hist. Rev.* 843, 846.

¹⁴⁴² M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 342 ;

The finding of social facts, by definition, requires more than common sense reasoning. Witnesses are not, as with adjudicative facts, testifying on the basis of their personal knowledge. Assessment of the weight of their testimony does not depend on common sense generalizations about credibility, but on the expertise of the source. This suggests that the traditional methods of proof should not be adopted without an express consideration of their appropriateness for the finding of social facts.

Pour ce faire, les expertises peuvent également rendre compte de résultats d'enquêtes par sondage. Dans l'arrêt *Mattel*, une affaire de propriété intellectuelle, la Cour suprême du Canada explique cette évolution du droit de la preuve. Le juge Binnie écrit :

Jusqu'à une époque relativement récente, la preuve par sondage d'opinion était régulièrement jugée inadmissible parce qu'elle vise à répondre au volet factuel de la question précise dont est saisie la Commission ou la cour (c.-à-d., celle de la probabilité de confusion) et que, de par sa nature, il s'agit de ouï-dire puisqu'elle consiste en une compilation des opinions émises par des répondants qu'il est impossible de contre-interroger (voir p. ex. *Building Products Ltd. c. BP Canada Ltd.* (1961), 36 C.P.R. 121 (C. de l'É.); *Paulin Chambers Co. c. Rowntree Co.* (1966), 51 C.P.R. 153 (C. de l'É.)). La pratique observée plus récemment consiste à admettre la preuve par sondage d'opinion présentée par un expert compétent, dans la mesure où ses conclusions sont pertinentes quant aux questions en litige et où le sondage a été bien conçu et effectué avec impartialité¹⁴⁴³. [Notre soulignement]

L'expertise permet donc d'accélérer la preuve en permettant de colliger, dans la mesure où le critère de fiabilité est respecté, une grande quantité d'informations sur les faits de société touchant une affaire qui auraient autrement nécessité une énorme quantité de témoignages ordinaires¹⁴⁴⁴.

Même si, à l'époque du rapatriement, certains auteurs ont pu soulever des doutes sur la fiabilité de principe des sciences humaines ou sociales¹⁴⁴⁵, cette fiabilité ne pose pas de problèmes particuliers aux matières constitutionnelles dans la mesure où ces expertises, qu'elles soient en histoire, en science politique, en anthropologie, en sociologie ou en psychologie, sont régulièrement déposées et admises. Elles le sont aussi, par exemple, en matière criminelle et en propriété intellectuelle¹⁴⁴⁶. Comme en toutes matières, une expertise ou une approche en

¹⁴⁴³ *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 R.C.S. 772, 2006 CSC 22, par. 43 (le juge Binnie pour la majorité). Voir aussi : *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, [2011] 2 R.C.S. 387, 2011 CSC 27, par. 75 et suiv. (le juge Rothstein pour la Cour).

¹⁴⁴⁴ Voir aussi : S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 12.220 à 12.223.

¹⁴⁴⁵ J. HAGAN, préc., note 55, aux p. 219 et suiv. ; A. BINETTE, préc., note 55, 942-943.

¹⁴⁴⁶ L'expertise sociologique peut même être recevable pour identifier l'auteur d'un meurtre au premier degré : *R. v. Abbey*, préc., note 1318, par. 104 et suiv. (le juge Doherty pour la Cour). Sur certains problèmes de fiabilité en matière criminelle, voir notamment : M. T. MACCRIMMON, préc.,

particulier pourra être ou ne pas être fiable, dépendamment des circonstances. Cela influera sur son admissibilité et sa valeur probante¹⁴⁴⁷.

3.1.1.2 Le caractère fondamental de l'expertise en matière constitutionnelle

Cette utilité de l'expertise explique probablement pourquoi la Cour suprême du Canada a répété à de multiples reprises, depuis les années 2000, sa préférence pour ce moyen de preuve dans l'établissement des faits sociaux et législatifs, notamment en matière constitutionnelle¹⁴⁴⁸.

Au début des années 2000, la Cour a été saisie de plusieurs dossiers comprenant un nombre élevé d'expertises. Chaque fois, la Cour a donné à ces rapports une place centrale sur le plan probatoire¹⁴⁴⁹.

En 2004, l'arrêt *Malmo-Levine* avait pour objet la contestation de la prohibition de la marijuana sur la base du partage des compétences. La Cour suprême a déclaré que la preuve par expertise des aspects factuels décisifs était « la bonne façon de faire »¹⁴⁵⁰. Au nom de la majorité, les juges Gonthier et Binnie écrivent :

note 27, 285-286 ; Jason M. CHIN, « Abbey Road: The (Ongoing) Journey to Reliable Expert Evidence », (2018) 96 *Can. Bar Rev.* 422.

¹⁴⁴⁷ *R. c. J.-L.J.*, [2000] 2 R.C.S. 600, 2000 CSC 51, par. 27-28 (le juge Binnie pour la Cour) ; B. PERRYMAN, préc., note 194, 155 ; R. MOUNSEY, préc., note 1213, 132 ; John David LEE, C. Tess SHELDON et Roberto LATTANZIO, « Law and Ordered C.H.A.O.S.: Social Science Methodology, and the Charter Claims of Persons with Disabilities », (2013) 32 *Nat'l J. Const. L.* 61. Voir par exemple : *Corneau c. Procureure générale du Québec*, préc., note 189, par. 16 (*per curiam*) ; *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 R.C.S. 772, 2006 CSC 22, par. 45 (le juge Binnie pour la majorité) ; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 69 et 77 (le juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la Cour).

¹⁴⁴⁸ Il faut dire qu'elle avait donné de l'importance à l'expert dès l'arrêt *MacKay c. Manitoba*, préc., note 14, 361 (le juge Cory pour la Cour) : « Les faits pertinents présentés peuvent toucher une grande variété de domaines et traiter d'aspects scientifiques, sociaux, économiques et politiques. Il est souvent très utile pour les tribunaux de connaître l'opinion d'experts sur les répercussions futures de la loi contestée et le résultat des décisions possibles la concernant ».

¹⁴⁴⁹ Voir notamment : *R. c. Sharpe*, préc., note 751 ; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4.

¹⁴⁵⁰ *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, préc., note 280, par. 27 (les juges Gonthier et Binnie pour la majorité).

En outre, une bonne partie de la preuve du « préjudice » ne faisait pas l'unanimité et son bien-fondé devait être mis à l'épreuve par contre-interrogatoire¹⁴⁵¹. [Notre soulignement]

L'expertise, qui suppose la possibilité du contre-interrogatoire et de la contre-expertise, devenait donc un moyen de preuve central dans les affaires constitutionnelles¹⁴⁵².

Les arrêts *Spence* et *Bedford* ont confirmé cela en des termes encore plus explicites. Dans l'arrêt *Spence*, le juge Binnie écrit :

Je me permets d'ajouter que dans *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, les juges majoritaires de notre Cour ont dit préférer qu'une preuve relevant des sciences sociales soit présentée par un témoin expert susceptible d'être contre-interrogé sur la valeur et l'importance qu'il convient d'accorder à une étude ou à un rapport, comme l'avait préconisé M. Malmo-Levine lui-même¹⁴⁵³. [Notre soulignement]

Dans l'arrêt *Bedford*, alors qu'elle confirmait l'application de la norme de l'erreur manifeste et dominante au contrôle des conclusions de fait en matière constitutionnelle, la juge en chef McLachlin a réitéré cette préférence de la Cour pour l'expertise en matière de faits législatifs et sociaux¹⁴⁵⁴. Conformément aux recommandations du rapport Goudge sur les erreurs judiciaires, l'expertise doit être soupesée par le juge de première instance afin d'assurer la qualité des conclusions factuelles¹⁴⁵⁵.

L'arrêt *N.A.P.E.* portait sur une suspension législative de certaines mesures d'équité salariale chez les fonctionnaires de Terre-Neuve. Le juge Binnie, au nom

¹⁴⁵¹ *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, préc., note 280, par. 28 (les juges Gonthier et Binnie pour la majorité).

¹⁴⁵² Voir aussi : *R. v. Meadowbrook Management Ltd.*, préc., note 1153, par. 20 :

In my view, His Lordship's [le juge Binnie] comments apply equally to situations where it is sought to adduce legislative facts at trial. Accordingly, the statement in *Canada Post Corp. v. Smith*, *supra*, that "cross-examining a social scientist on a particular theory is unlikely to produce a 'truth' as understood in the context of adjudicative facts" should not be read as dispensing with the need to permit opposing parties to challenge a controversial theory being propounded. The more controversial the proposed legislative fact, the greater the necessity for a mechanism to test its soundness. When possible, that mechanism should be the traditional one: a witness in the witness box. [Notre soulignement]

¹⁴⁵³ *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 68 (le juge Binnie pour la Cour).

¹⁴⁵⁴ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 18, par. 53 (la juge en chef McLachlin pour la Cour).

¹⁴⁵⁵ *Id.*

de la Cour, a souligné le caractère extraordinaire, sur le plan probatoire, de ce dossier qui ne contenait aucune expertise¹⁴⁵⁶. Il écrit : « Normalement, une présentation aussi désinvolte d'un dossier fondé sur l'article premier aurait de quoi inquiéter sérieusement »¹⁴⁵⁷. L'arrêt *N.A.P.E.* est néanmoins l'un des cas où l'expertise n'était pas nécessaire, puisque les rapports gouvernementaux et parlementaires étaient fiables et suffisaient à remplir le fardeau du procureur général¹⁴⁵⁸. Ainsi, le principe général de la nécessité de l'expertise était posé, même si le cas particulier de l'arrêt *N.A.P.E.* appelait une exception.

Dans de rares cas, il arrive que de la preuve n'a pas été présentée sur un point en première instance, par exemple sur la justification suivant l'article 1^{er} de la *Charte*. Dans l'arrêt *K.R.J.*, la majorité de la Cour suprême du Canada a accepté, parce que les parties y consentaient, de trancher une telle justification dans le contexte de l'évaluation de la constitutionnalité d'une peine rétroactive. Elle a accepté, sans objection des parties, une preuve nouvelle composée d'affidavits appuyés d'articles scientifiques et de statistiques, sans qu'il n'y ait toutefois une expertise en bonne et due forme¹⁴⁵⁹.

Le juge Brown, dissident en partie, a critiqué cette façon de faire. Il a rappelé l'approche habituellement suivie par la Cour. Il a insisté sur le rôle de l'expert et du procès de première instance dans la détermination des faits en matière constitutionnelle. Il écrit :

Ce raisonnement est déroutant sous plusieurs rapports. Premièrement, il rompt sensiblement avec l'approche de la Cour à l'égard de la preuve relevant des sciences sociales et du fardeau de preuve que l'article premier impose à l'État. La preuve relevant des sciences sociales censée établir un fait législatif doit normalement être présentée par un témoin expert de façon à permettre la contestation de sa véracité (*Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44, par. 4-5, le juge Binnie). Or, dans la présente affaire, la preuve

¹⁴⁵⁶ *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, préc., note 751, par. 55 (le juge Binnie pour la Cour).

¹⁴⁵⁷ *Id.*, par. 56 (le juge Binnie pour la Cour).

¹⁴⁵⁸ Voir aussi : *Droit de la famille — 091768*, 2009 QCCS 3210, par. 100 à 112.

¹⁴⁵⁹ *R. c. K.R.J.*, [2016] 1 R.C.S. 906, 2016 CSC 31, par. 59-60 (la juge Karakatsanis pour la majorité).

relevant des sciences sociales a été présentée au moyen d'un « mémoire de Brandeis » et sa véracité n'a pas été contestée dans le cadre du processus habituel de recherche de la vérité qu'est le procès. Une grande prudence est donc de mise lorsqu'il s'agit de considérer une telle preuve et d'en tirer des inférences, qu'elles soient favorables ou non à la thèse de l'État (*M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 296 (le juge Bastarache, motifs concordants))¹⁴⁶⁰. [Notre soulignement]

Néanmoins, à la défense de la majorité, il est parfois opportun pour un tribunal d'appel de compléter la preuve par des moyens appropriés (qui auraient probablement dû ici faire appel à un expert), surtout lorsqu'il s'agit d'éviter, dans un souci d'efficacité judiciaire, le renvoi de l'affaire en première instance. Certes, cette situation demeure hors de l'ordinaire, puisque la majorité a elle-même affirmé qu'elle agissait alors comme un tribunal de première instance, ce qui est rare¹⁴⁶¹.

Les professeurs France Houle et Clayton Peterson concluent de cette série d'arrêts, à juste titre, qu'en principe « [...] la preuve des faits sociaux et législatifs devrait d'abord être présentée par des témoins experts »¹⁴⁶².

Il y aura donc, dans les dossiers, de multiples éléments de preuve : études scientifiques ou rapports gouvernementaux, parlementaires ou de commissions d'enquête. Le témoignage des experts servira à introduire, à analyser et à commenter la valeur probante de ces pièces¹⁴⁶³. M^e Benjamin Perryman écrit :

¹⁴⁶⁰ *Id.*, par. 143 (le juge Brown, dissident en partie).

¹⁴⁶¹ *Id.*, par. 59 (la juge Karakatsanis pour la majorité).

¹⁴⁶² F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 87-88. Voir aussi : *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, [2014] 3 R.C.S. 176, 2014 CSC 62, par. 127-128 (le juge LeBel pour la majorité) : « Il aurait été préférable d'introduire cette preuve au dossier en première instance, en faisant appel à des experts dûment qualifiés ». *Contra* : L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 89, par. 599 :

Les faits législatifs étant de connaissance d'office judiciaire, leur établissement ne nécessite pas la production en preuve d'une expertise pour les établir. Toutefois, au motif que, dans les litiges relevant de l'application de la *Charte*, les règles de la preuve des faits législatifs, sociaux, et économiques ne sont pas aussi sévères que dans les litiges courants, le tribunal, dans l'affaire *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, a déclaré recevables en preuve, à titre de rapports d'experts, deux expertises en sciences sociales.

Selon nous, cet extrait ne reflète plus l'état du droit actuel.

¹⁴⁶³ Pour un exemple d'une telle preuve, voir notamment : *Caron c. Alberta*, préc., note 67, par. 134, (les juges Wagner et Côté pour la juge Abella, dissidents) :

Contrairement à ce qui s'est produit dans l'affaire *Mercury*, la cour de première instance a entendu une preuve volumineuse issue de la recherche historique. Le juge Wenden a

In order to effectively use social science evidence to address particular issues and win cases, litigants must marshal social science evidentiary records, adduce such evidence before decision makers, and have the evidence admitted as relevant and reliable for an issue in the case. This is not easy. The road can indeed be bumpy to effectively using social science evidence in constitutional cases¹⁴⁶⁴.

En sciences sociales comme dans les autres domaines spécialisés, l'expert fait donc le pont entre le juge et les multiples sources scientifiques.

Les sources écrites de droit confirmant l'importance de l'expertise dans la preuve des faits législatifs et sociaux sont néanmoins rares. Toutefois, on trouve un tel indice à l'alinéa 52.4 (2) a) des *Règles des Cours fédérales*. Elles édictent :

52.4 (1) La partie qui compte produire plus de cinq témoins experts dans une instance en demande l'autorisation à la Cour conformément à l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

(2) Dans sa décision la Cour tient compte de tout facteur pertinent, notamment :

- a) la nature du litige, son importance pour le public et la nécessité de clarifier le droit;
- b) le nombre, la complexité ou la nature technique des questions en litige;
- c) les coûts probables afférents à la production de témoins experts par rapport à la somme en litige¹⁴⁶⁵. [Notre soulignement]

L'importance de la cause pour le public, de même que son importance pour l'évolution du droit objectif, justifient d'autoriser plus d'expertises dans une instance devant une cour fédérale. En ce sens, l'alinéa 52.4(2)a) confirme l'importance de ce moyen de preuve dans l'établissement des faits législatifs.

Les plaideurs en matière constitutionnelle prennent acte de la nouvelle tendance. Dans *Truchon c. Procureur général du Canada*, les procureurs généraux du

entendu huit témoins experts, tout au long d'un procès qui a duré 89 jours. L'expertise des témoins portait sur l'histoire, la sociologie, la sociolinguistique ainsi que les sciences politiques. Des ouvrages et articles savants furent également déposés au soutien des témoignages. La transcription de l'audience fait plus de 9 000 pages.

¹⁴⁶⁴ B. PERRYMAN, préc., note 194, 128.

¹⁴⁶⁵ *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, art. 52.4.

Québec et du Canada ont insisté auprès de la juge de la Cour supérieure du Québec pour qu'elle leur permette de faire une preuve complète par expertise. Devant obtenir la permission du tribunal de produire plus d'une expertise par matière suivant les prescriptions du *Code de procédure civile*¹⁴⁶⁶ (ils désiraient en produire treize au total), ils ont plaidé qu'« il ne serait pas suffisant dans le présent cas de s'en remettre à la connaissance d'office du Tribunal »¹⁴⁶⁷. Accordant cette permission, et bien qu'elle limite le nombre d'expertises, la Cour a reconnu le caractère essentiel d'une preuve complète sur les faits sociaux et législatifs liées aux questions à trancher dans cette affaire¹⁴⁶⁸.

3.1.2 Le rejet de l'expertise à composante trop juridique¹⁴⁶⁹

Le rôle de l'expert et le sujet de son témoignage sont toutefois circonscrits. Quelles sont les limites à la nécessité des expertises en contexte constitutionnel? Comme nous l'avons vu dans la section précédente, l'expertise sur les faits législatifs et sociaux est, en principe, nécessaire. Néanmoins, où s'arrêtent les faits législatifs et où commence la plaidoirie?

Rappelons qu'en droit commun de la preuve, le témoignage ne peut porter sur le droit interne. Il s'agit d'une preuve inadmissible : « No witness, expert or otherwise, can provide an opinion on a pure question of domestic law »¹⁴⁷⁰. Le témoin ne peut

¹⁴⁶⁶ C.p.c., art. 232 al. 2.

¹⁴⁶⁷ *Truchon c. Procureur général du Canada*, préc., note 63, par. 6 (la juge Baudouin). Voir aussi : *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCS 5076, par. 86 et suiv.

¹⁴⁶⁸ *Truchon c. Procureur général du Canada*, préc., note 63, par. 31-32 (la juge Baudouin). Au par. 17, la juge écrit :

Le recours à la preuve d'expert est donc bien reconnu et souvent utilisé pour établir la preuve des faits sociaux et législatifs dans un litige constitutionnel. [...] lorsqu'une preuve relevant des sciences sociales est requise, celle-ci est normalement instruite par le biais d'expertises [...].

¹⁴⁶⁹ Certains passages de cette section sont repris de Julien FOURNIER, « Tracer la frontière entre la preuve du contexte législatif et social et la plaidoirie : proposition d'un cadre d'analyse pour l'application de la prohibition de l'expertise sur le droit dans le contentieux constitutionnel », (2021) 51 *R.G.D.* [à paraître].

¹⁴⁷⁰ D. M. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 1, p. 201. Voir aussi : *Graat c. R.*, préc., note 68, 825 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour) ; *R. c. Comeau*, préc., note 10, par. 40 (*per curiam*) ; S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 12.3 et par. 12.181 ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 546 ; L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 89, par. 604 ; *R. c. Levkovic*, [2013] 2 R.C.S. 204, 2013 CSC 25, par. 73 (le juge Fish pour la Cour).

pas non plus s'exprimer sur l'application du droit aux faits, c'est-à-dire répondre à une question mixte de faits et de droit¹⁴⁷¹.

Cette règle est liée à celle prohibant le témoignage sur la question ultime devant être tranchée par le tribunal¹⁴⁷². Par exemple, le témoignage sur la crédibilité, comme celui visant à renforcer le serment (*oath-helping evidence*), sont toujours prohibés en vertu de ce principe¹⁴⁷³. La jurisprudence moderne de la Cour suprême a atténué la rigueur de cette règle sur la question ultime, mais les considérations de principe qui la sous-tendent demeurent : la preuve ne doit pas remplacer ou usurper le rôle du tribunal¹⁴⁷⁴. Ainsi, par exemple, l'expertise linguistique sur les dispositions législatives est normalement rejetée¹⁴⁷⁵.

En matière constitutionnelle, peut-être parce que d'énormes intérêts, de même que les valeurs appelées à régir notre société, sont directement en jeu, des experts tentent de dépasser les opinions de fait pour plaider directement sur la solution législative opportune. La question essentielle est de savoir où placer la limite entre ces jugements de valeur qui tentent d'influencer l'orientation du droit, et la preuve des faits législatifs qui est pertinente et nécessaire.

Ces plaidoiries se vivent au moins de deux façons :

- (1) Un expert, qui peut notamment être un professeur de droit, « plaide » directement les dispositions et les jugements dans son rapport d'expertise, ou argumente sur les valeurs sous-jacentes à certaines règles de droit dans le but de les orienter. Ces plaidoiries se glissent souvent dans une preuve de faits

Pour de la jurisprudence en droit civil québécois, voir par ex.: *Parizeau c. Lafrance*, 1999 CanLII 11181 (QC CS) (rejet d'une expertise en droit administratif) ; *Claveau c. Couture*, 2009 QCCS 1747 (rejet de l'expertise d'un arpenteur-géomètre) ; *Levasseur c. Pelmorex Communications inc.*, 2000 CanLII 17864 (QC CS) (rejet de l'expertise d'un docteur en droit d'auteur) ; 9223-0812 *Québec inc. c. 9245-8678 Québec inc.*, 2015 QCCS 748 (rejet de l'expertise d'un urbaniste sur l'application des règlements municipaux à un bâtiment) ; *Association des jeunes victimes de l'église c. Harvey*, 2020 QCCS 188 (rejet d'une expertise sur le droit canon) ; *Gagnon c. Lemay*, 2001 CanLII 21222 (QC CQ) (rejet d'une expertise d'un comptable sur le droit fiscal). Voir aussi : *Regina v. Century 21 Ramos Realty Inc. and Ramos*, [1987] O.J. No. 178 (ONCA) par. 35 (*per curiam*) (LN/QL).

¹⁴⁷¹ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 766, p. 33.

¹⁴⁷² *Id.*, p. 33.

¹⁴⁷³ Voir : D. M. PACIOCCO, préc., note 27, à la page 39.

¹⁴⁷⁴ *R. c. Mohan*, préc., note 114, 24-25 (le juge Sopinka pour la Cour).

¹⁴⁷⁵ R. SULLIVAN, préc., note 7, par. 3.39 et suiv.

législatifs et sociaux, d'histoire du droit ou de droit comparé, qui sera parfois qualifiée d'interdisciplinaire. Cela a été le cas, entre autres, dans l'affaire *Daniels*¹⁴⁷⁶.

(2) Un expert n'incorpore pas ou ne fait pas directement référence à des règles de droit ou des textes législatifs, mais présente comme une opinion de fait ce qui est, en réalité, une question d'opportunité ouverte au débat politique ou juridique. Cet expert milite en réalité pour la reconnaissance d'une norme de la part du tribunal. Cela semble avoir été le cas, par exemple, dans le *Renvoi sur les valeurs mobilières*¹⁴⁷⁷.

Un plaideur rusé peut, en effet, tenter d'introduire des normes, des valeurs ou des postulats moraux sous le couvert de ce que les juges McIntyre et La Forest ont appelé la « mystique de la science »¹⁴⁷⁸.

À moins que le juge saisi de la gestion du dossier avant le procès ne limite d'office l'objet de ces expertises¹⁴⁷⁹, deux situations peuvent survenir : (1) la partie adverse ne s'objecte pas, parce qu'elle désire faire la même chose ou (2) la partie adverse s'objecte. Évidemment, les tribunaux ne tranchent que les objections dont ils sont saisis ou qu'ils ont soulevées d'office. Consciente ou non, l'inaction des acteurs impliqués dans un litige aura pour effet que certaines expertises inadmissibles vont néanmoins se frayer un chemin jusqu'au jugement final.

Lorsqu'une objection est soulevée, bien que les tribunaux rappellent couramment la règle prohibant le témoignage sur le droit, ils ne font pas nécessairement preuve de la constance à laquelle on pourrait s'attendre. En vérité, ils n'expriment pas toujours l'approche qu'ils suivent. Le pragmatisme semble ici s'imposer. Il arrive

¹⁴⁷⁶ Voir notamment, par ex. : *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, préc., note 9 ; *R. c. Comeau*, préc., note 38 ; *Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General)*, préc., note 38 ; *Motard c. Canada (Procureure générale)*, préc., note 16 ; *Hak c. Procureur général du Québec*, préc., note 41 ; *Fédération des policiers et policières municipaux du Québec c. Procureure générale du Québec*, 2020 QCCS 2496.

¹⁴⁷⁷ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 38.

¹⁴⁷⁸ *R. c. Béland*, préc., note 114, par. 20 (le juge McIntyre pour la majorité) et par. 64 (le juge La Forest), expression reprise dans *R. c. Mohan*, préc., note 114, 21 (le juge Sopinka pour la Cour).

¹⁴⁷⁹ C.p.c., art. 58 par. 2.

que certains éléments juridiques puissent passer à travers les mailles du filet si l'expertise contient un apport factuel important, nécessaire pour trancher les questions en litige, notamment en ce qui concerne l'histoire du droit¹⁴⁸⁰ ou les effets concrets d'une règle¹⁴⁸¹. C'est particulièrement le cas lorsque l'objection est déferée au juge du fond ou si elle est réservée pour être tranchée avec le jugement au fond. Dans d'autres cas, particulièrement lorsque l'objection soulevée au préalable est facile à trancher ou lorsque le juge est prêt à en disposer séance tenante lors du procès, le juge saisi peut caviarder ou limiter l'expertise¹⁴⁸². À terme, si l'expertise est trop juridique ou normative, elle sera tout simplement rejetée en bloc¹⁴⁸³.

Dans tous les cas, suivant l'opinion de la Cour suprême du Canada, un juge ne peut pas citer un expert au soutien d'une conclusion de droit¹⁴⁸⁴. Le juge doit s'assurer, tant lors du témoignage que lors du délibéré, que l'expertise respecte en tout temps les critères de l'arrêt *Mohan*. L'expertise ne peut pas être utilisée ou citée en contravention de ces critères, même si elle a été autrefois jugée admissible durant l'instance¹⁴⁸⁵.

Dans bien des cas, les tribunaux invitent l'expert à exercer cette fonction doctrinale, politique ou de plaidoirie ailleurs que dans une expertise judiciaire¹⁴⁸⁶. Ils choisissent parfois de recevoir le rapport à titre de doctrine¹⁴⁸⁷, ce qui a pour

¹⁴⁸⁰ Voir notamment : *Droit de la famille — 091768*, 2009 QCCS 3210, par. 100 à 112, conf. par 2010 QCCA 1978, par. 39 à 44 (la juge Dutil pour la majorité) ; *Renvoi [...] portant sur la validité [...] de l'article 35 du Code de procédure civile [...]*, préc., note 379, par. 14 (*per curiam*).

¹⁴⁸¹ *Presse Itée (La) c. Poulin*, préc., note 57, par. 28 (la juge Bich pour la Cour).

¹⁴⁸² *Daniels v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2013 FC 6, par. 174 (le juge Phelan) ; *Presse Itée (La) c. Poulin*, préc., note 57 ; *Fédération des policiers et policières municipaux du Québec c. Procureure générale du Québec*, préc., note 1476.

¹⁴⁸³ *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 38 ; *Canada Post Corp. v. Smith*, préc., note 44.

¹⁴⁸⁴ *R. c. Comeau*, préc., note 590, par. 40 (*per curiam*) ; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 38, par. 127 (*per curiam*).

¹⁴⁸⁵ *R. c. Sekhon*, [2014] 1 R.C.S. 272, 2014 CSC 15, par. 46 (le juge Moldaver pour la majorité).

¹⁴⁸⁶ *Daniels v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2013 FC 6, par. 174 (le juge Phelan) ; *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 38, par. 23 (le juge De Montigny pour la Cour) ; *Parizeau c. Lafrance*, 1999 CanLII 11181 (QC CS), par. 33.

¹⁴⁸⁷ *Procureure générale du Québec c. IMTT-Québec inc.*, 2019 QCCA 1598, par. 46 et note 18 (*per curiam*) ; *Centrale des syndicats démocratiques (CSD) c. Procureur général du Québec*, 2022 QCCS 1468.

effet bénéfique d'en exclure les coûts des frais de justice répétables¹⁴⁸⁸, mais également l'effet négatif de cautionner une extension illégitime de la plaidoirie ou du mémoire pour la partie qui a commandé ce rapport d'expert inadmissible.

Cela dit, comment reconnaître une expertise juridique? Quatre frontières se dessinent entre (3.1.2.1) les effets concrets des dispositions et le droit, (3.1.2.2) l'histoire du droit et l'interprétation juridique, (3.1.2.3) le droit interne et le droit comparé ou international, et (3.1.2.4) les faits et l'opportunité.

L'expertise est admissible pour prouver l'effet concret des règles de droit et leur contexte social ou historique, mais les valeurs ou les sources normatives ne peuvent être prouvées pour en orienter le sens. La preuve du droit comparé ou international est parfois acceptée, mais elle est parfois refusée. Il arrive, dans certains contextes précis, que les opinions d'expert sur la raisonnable ou sur les pratiques habituelles dans certains domaines d'activités soient recevables, mais la preuve de l'opportunité d'un changement législatif ou constitutionnel est habituellement refusée.

3.1.2.1 *La mince frontière entre le témoignage sur l'effet concret (les faits de société) et celui sur le droit*

La distinction entre l'effet concret et le droit s'inscrit dans la jurisprudence depuis longtemps.. Dès le *Renvoi : Loi anti-inflation* de 1976, le juge en chef Laskin distinguait les aspects factuels de l'expertise d'économiste des aspects juridiques¹⁴⁸⁹. Il a affirmé que l'économiste pouvait renseigner la Cour sur le niveau d'inflation à une époque donnée, mais que décider si le niveau d'inflation a atteint le seuil requis par la Constitution pour déclencher le pouvoir législatif d'urgence du Parlement fédéral est une question de droit qui doit être tranchée par les tribunaux.

¹⁴⁸⁸ C.p.c., art. 339 et 340.

¹⁴⁸⁹ *Renvoi : Loi anti-inflation*, préc., note 2, 425 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson).

De même, en 1994, la Cour supérieure de justice de l'Ontario rejetait l'expertise juridique dans une affaire constitutionnelle¹⁴⁹⁰.

Dans l'arrêt *Presse Itée (La) c. Poulin*, le célèbre quotidien de la rue Saint-Antoine était poursuivi en responsabilité civile pour avoir publié le fruit d'une conversation interceptée illégalement au sens du *Code criminel*¹⁴⁹¹. Le journal soulevant l'inconstitutionnalité des dispositions invoquées sur la base de la liberté d'expression et de la liberté de la presse, il a déposé en preuve une expertise du professeur Pierre Trudel. À la suite d'une objection en cours d'instruction fondée sur la prohibition du témoignage sur le droit¹⁴⁹², la juge Bich de la Cour d'appel du Québec a distingué l'opinion de fait sur les effets concrets des dispositions de celle qui concerne leur interprétation et leur constitutionnalité. Elle écrit :

[Le rapport v]ise-t-il à exposer les effets concrets des dispositions législatives contestées? Ou n'exprime-t-il essentiellement que l'opinion d'un juriste sur la validité constitutionnelle des articles 193 et 193.1 *C.cr.* au regard de la liberté de presse garantie par l'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁴⁹³? [Notre soulignement]

Partant, la juge Bich a exclu les chapitres du rapport portant implicitement ou explicitement sur la conciliation des valeurs (vie privée, liberté de la presse, etc.) devant être effectuée à l'étape de l'article 1^{er} de la *Charte*¹⁴⁹⁴. Faisant écho aux propos antérieurs du juge Binnie¹⁴⁹⁵, elle affirme que « les parties ne peuvent pas

¹⁴⁹⁰ *Canada Post Corp. v. Smith*, préc., note 44 :

Holyoke is a lawyer. His affidavit does not describe his involvement in the academic study of the social, economic or industrial relations underpinnings of the legislation at issue. His affidavit does not describe his expertise or his work history in the field of workers' compensation law or policy. Moreover, his "conclusions", such as those at paras. 28, 32 and 36, appear more in the nature of legal policy submissions. In our view, putting such broad submissions in affidavit form does not enhance their weight and cross-examination would not improve a court's understanding of them. Paragraphs 49 to 53 amount to legal submissions on the relevant case law. The use of an affidavit is therefore entirely superfluous.

¹⁴⁹¹ *C. cr.*, art. 193 et 193.1.

¹⁴⁹² *Presse Itée (La) c. Poulin*, préc., note 57, par. 10 (la juge Bich pour la Cour).

¹⁴⁹³ *Id.*, par. 17.

¹⁴⁹⁴ *Id.*, par. 20-21.

¹⁴⁹⁵ *R. c. Spence*, préc., note 70, par. 58 (le juge Binnie pour la Cour) : « Les avocats doivent également s'abstenir de produire irrégulièrement des "éléments de preuve sous le couvert de sources juridiques" ».

produire des opinions juridiques sous le couvert de présenter des éléments de preuve »¹⁴⁹⁶.

Néanmoins, la juge Bich a permis la présentation d'une interprétation juridique des dispositions contestées qui était préalable à la démonstration de leurs effets concrets (dans le cas d'espèce, il s'agissait du tarissement des sources journalistiques)¹⁴⁹⁷. Elle a biffé certains paragraphes trop juridiques, mais a laissé passer certains autres passages en exprimant qu'« on peut tolérer certaines incursions dans le domaine du droit, à condition que cela ne soit pas le cœur du propos »¹⁴⁹⁸, surtout dans la mesure où il s'agit d'expliquer le contexte factuel de ces règles de droit. Les aspects juridiques doivent donc demeurer accessoires et nécessaires à la preuve des faits législatifs et sociaux qui leur sont liés. En d'autres mots, contrairement aux autres domaines, certains faits pertinents en matière constitutionnelle sont causés par des règles de droit, et il faut nécessairement y référer avant d'expliquer ces effets.

L'affaire *Association professionnelle des audioprothésistes du Québec* portait sur la liberté d'association syndicale. La Cour supérieure du Québec a déferé au juge du fond une objection à la production d'un rapport d'un avocat. Le rapport expliquait un fait pertinent, soit « l'impact de cette exclusion du régime de la négociation collective, en ce qui concerne les audioprothésistes, sur leur rémunération et conditions générales d'exercice de la profession »¹⁴⁹⁹. Autrement dit, il s'agissait de prouver l'effet des dispositions contestées.

Dans l'affaire *Directeur général des élections du Québec c. Leblanc*, le défendeur a soulevé l'inconstitutionnalité d'une disposition liée aux contributions électorales selon laquelle il était poursuivi¹⁵⁰⁰. Pour prouver la justification de l'atteinte à la liberté d'expression, le Procureur général du Québec a déposé une expertise politologique du professeur Éric Montigny, qui visait à établir les phénomènes réels

¹⁴⁹⁶ *Presse Itée (La) c. Poulin*, préc., note 57, par. 21 (la juge Bich pour la Cour).

¹⁴⁹⁷ *Id.*, par. 28.

¹⁴⁹⁸ *Id.*, par. 36.

¹⁴⁹⁹ *Association professionnelle des audioprothésistes du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 QCCS 3709.

¹⁵⁰⁰ *Directeur général des élections du Québec c. Leblanc*, 2020 QCCQ 8174.

liés au financement électoral et les conséquences concrètes de déclarer inopérante la disposition contestée. À suite d'une objection du défendeur, la juge Hébert a conclu à la nécessité de l'expertise au sens de l'arrêt *Mohan*, soulignant qu'il serait difficile pour l'expert de prouver les conséquences concrètes des dispositions sans référer au passage à leur interprétation¹⁵⁰¹.

Dans une action collective non constitutionnelle liée à la tragédie ferroviaire à Lac-Mégantic, la Cour supérieure a été saisie d'objections à des expertises qui abordaient les règles de droit relatives aux chemins de fer¹⁵⁰². Le juge Bureau a expliqué que l'expert peut aborder le droit dans le but de démontrer des pratiques, des us et coutumes et la manière dont les règles sont appliquées par des acteurs dans les faits, mais que l'interprétation du droit appartient au tribunal¹⁵⁰³.

En somme, tant en matière constitutionnelle que dans un dossier civil ordinaire, l'expert peut témoigner sur le comportement réel des acteurs et sur les effets concrets des dispositions. Toutefois, il ne peut pas fournir une interprétation du droit que le tribunal doit appliquer. L'expert ne peut pas se prononcer sur l'intention du Parlement ou la signification que le tribunal doit donner à la norme, mais peut fournir au tribunal des éléments de preuve sur la société qui « vit » réellement cette norme. Prouver un phénomène social ou économique est du ressort de l'expert, mais décider si ce phénomène justifie une mesure ou influence le sens à donner au droit est du ressort du juge.

3.1.2.2 *L'histoire du droit par opposition à l'interprétation des règles de droit*

En matière constitutionnelle, comme c'est parfois aussi le cas dans les autres domaines, il arrive que l'interprétation d'une loi ou d'un autre acte puisse prendre en compte les circonstances historiques de son édicition ou le désir de ses rédacteurs¹⁵⁰⁴. L'expert peut renseigner le tribunal sur ces derniers éléments, mais

¹⁵⁰¹ *Id.*, par. 33-34.

¹⁵⁰² *Ouellet c. Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique*, 2020 QCCS 1005.

¹⁵⁰³ *Id.*, par. 63, 64, 108 et 109.

¹⁵⁰⁴ Voir *supra*, section 1.2.3. En droit civil, voir : C.c.Q., art. 2864.

le fait d'ajouter ses propres commentaires sur les conclusions constitutionnelles ou juridiques à en tirer n'est pas admissible.

Dans l'affaire *Daniels*, la Cour fédérale était saisie d'une demande visant à définir la compétence et les obligations fédérales concernant les Métis en interprétant le paragraphe 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le doyen Sébastien Grammond (plus tard juge à la Cour fédérale) a été assigné en tant qu'expert. Dans son rapport, il s'est aventuré sur le terrain juridique pour définir la compétence fédérale et se prononcer sur l'exercice actuel et futur de cette compétence à la lumière des obligations internationales contractées par le Canada.

À la suite d'objections, le juge Phelan a exclu ces aspects juridiques et normatifs, pour ne conserver que les aspects historiques portant sur les faits législatifs liés à l'intention du constituant, à la sociologie et à l'anthropologie. Il écrit :

La thèse et la prédiction formulées par Me Grammond dans son témoignage, aussi intéressantes soient-elles, portent sur ce que les politiques canadiennes peuvent être et devraient être. La Cour ne tranche pas les questions de politiques (cela relève du domaine du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif), mais tente plutôt d'interpréter la Constitution. La preuve relative aux politiques peut être utile pour déterminer le sens historique des mots et des concepts, ainsi que pour ajouter du contexte au litige. Les enjeux futurs en matière de politiques, aussi intéressants et importants puissent-ils être, doivent être abordés ailleurs¹⁵⁰⁵.

La preuve éclairant sur l'intention des parlementaires ou sur les politiques menées jusqu'à maintenant par le gouvernement impérial ou fédéral est donc recevable, mais non celle portant sur l'avenir. Le futur est, par définition, tributaire des choix politiques que feront les acteurs. La Cour invite donc le professeur Grammond à exprimer ces opinions dans un autre forum que celui d'une expertise judiciaire.

L'affaire surnommée *Éric c. Lola* avait pour objet la constitutionnalité du *Code civil du Québec* en matière d'obligations entre conjoints. Les professeurs Alain Roy et Benoît Moore (plus tard juge de la Cour d'appel) ont témoigné sur l'histoire du droit

¹⁵⁰⁵ *Daniels v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2013 FC 6, par. 174 (le juge Phelan).

de la famille au Québec. La Procureure générale du Québec s'est objectée au rapport Roy dans la mesure où il abordait l'état du droit. La Cour supérieure a rejeté l'objection, notamment parce qu'elle a jugé ce rapport nécessaire pour établir l'objectif et le contexte législatif, et a aussi affirmé que les règles de preuve des faits législatifs sont moins sévères¹⁵⁰⁶. La Cour d'appel a confirmé cette décision, en laissant entendre qu'il suffit que le tribunal de première instance garde à l'esprit la distinction des faits et du droit et qu'il ne se sente pas lié par les opinions juridiques contenues dans l'expertise¹⁵⁰⁷.

Dans l'affaire *IMTT-Québec inc.*, qui portait sur la compétence législative sur diverses opérations portuaires à Québec, la Procureure générale du Québec a déposé un rapport de la professeure Anne-Françoise Debruche. Le rapport visait à expliquer l'interaction entre la common law des biens et une loi du Parlement de la Province du Canada qui avait légiféré sur la propriété de certaines portions du port de Québec avant l'Union de 1867. Saisi de ce rapport sur l'histoire du droit, le tribunal rappelle que tant le *Code civil du Québec*¹⁵⁰⁸ que la *Loi sur la preuve au Canada*¹⁵⁰⁹ prévoient la connaissance d'office des lois des différents parlements ayant eu compétence sur le Québec à quelque époque que ce soit. La Cour supérieure du Québec a donc rejeté le rapport. Le juge Blanchet a également distingué les faits historiques des règles de droit à interpréter. Il écrit :

En définitive, lorsque la preuve d'un « fait législatif » est permise, par le biais d'un juriste en particulier, celui-ci ne pourra aller jusqu'à se prononcer sur l'application à faire d'un texte de loi au regard des faits de l'affaire sous étude. Il en serait de même, par exemple, de l'expert scientifique qui formulerait une conclusion sur la question de savoir si une norme technique, sur laquelle il a éclairé le tribunal, a été respectée ou non dans un cas particulier, puisque cette étape du processus appartient au juge.

Certes, il est des cas, comme indéniablement celui-ci, où la tâche d'interpréter et d'appliquer le droit présente une complexité hors du commun. Mais comme le rappelait le juge Crête dans *Parizeau c. Lafrance*, dans les cas complexes comme dans les autres, c'est aux procureurs qu'il

¹⁵⁰⁶ *Droit de la famille* — 091768, 2009 QCCS 3210, par. 100 à 112.

¹⁵⁰⁷ *Droit de la famille* — 102866, 2010 QCCA 1978, par. 39 à 44 (la juge Dutil pour la majorité).

¹⁵⁰⁸ C.c.Q., art. 2807.

¹⁵⁰⁹ *Loi sur la preuve au Canada*, art. 17.

convient d'instruire le tribunal de l'état du droit et c'est à ce dernier seul qu'il incombe de conclure¹⁵¹⁰. [Notre soulignement]

Le juge Blanchet a néanmoins invité la partie au dépôt de l'expertise à titre de doctrine, en expurgeant les opinions juridiques liés aux faits de l'affaire. Il a, du reste, suggéré l'embauche de sa rédactrice à titre d'avocate-conseil pour plaider ces règles de droit anciennes et complexes¹⁵¹¹.

Dans l'arrêt *Comeau*¹⁵¹², des expertises portant sur les faits préconfédératifs ont été soupesées par les tribunaux afin d'interpréter l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge de première instance a appuyé son opinion quant à l'inconstitutionnalité de la loi contestée sur l'opinion de l'un de ces experts, qui affirmait le désir des Pères de la Confédération d'établir un libre échange absolu entre les provinces¹⁵¹³.

La Cour suprême du Canada a fortement critiqué cette acceptation de l'opinion d'un expert sur une question de droit. La preuve d'expert sur le droit interne est irrecevable, puisque l'accepter revient à céder à un tiers le pouvoir ou le rôle du tribunal de décider des règles de droit applicables. La Cour écrit :

À titre préliminaire, disons qu'il est difficile, voire impossible, d'imaginer une situation où des éléments de preuve sur le droit interne (p. ex. l'interprétation d'une loi canadienne) pourraient être admissibles à titre d'opinion d'expert sur le fondement de l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. L'application de facteurs contextuels, y compris l'intention des rédacteurs, à l'interprétation d'une disposition législative n'est pas quelque chose qui « dépasse [...] l'expérience et la connaissance d'un juge » : *Mohan*, p. 23. Déroger à un précédent sur le fondement d'une telle preuve d'opinion revient à céder la principale tâche du juge à un expert¹⁵¹⁴.

Toutefois, la preuve d'expert permettant de rapporter les faits historiques eux-mêmes demeure admissible. Elle est même souvent encouragée. En revanche,

¹⁵¹⁰ *Québec (Procureur général) c. IMTT-Québec inc.*, 2016 QCCS 849, par. 28-29.

¹⁵¹¹ *Id.*, par. 31. Voir aussi : *Procureure générale du Québec c. IMTT-Québec inc.*, 2019 QCCA 1598, par. 46 et note 18 (*per curiam*) (demande d'autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 16-04-2020, 38929).

¹⁵¹² *R. c. Comeau*, préc., note 590.

¹⁵¹³ *R. c. Comeau*, préc., note 38, par. 52 et suiv. (le juge LeBlanc).

¹⁵¹⁴ *R. c. Comeau*, préc., note 590, par. 40 (*per curiam*). Voir aussi : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 535 ; *Raymond Chabot Grant Thornton c. Directeur général des élections du Québec*, 2018 QCCS 5697.

l'expert ne peut pas appliquer ces facteurs contextuels pour interpréter le droit. Il s'agit donc d'un message fort, lancé par le plus haut tribunal au pays, visant à exclure les expertises juridiques.

Néanmoins, dans le renvoi sur la constitutionnalité de l'article 35 du *Code de procédure civile* et des appels en Cour du Québec, la Cour d'appel du Québec a permis une expertise à caractère juridique dans la mesure où elle contenait une « analyse contextuelle complexe du droit passé »¹⁵¹⁵. Il s'agissait d'expliquer les compétences exercées exclusivement par la Cour supérieure de manière contemporaine à l'Union de 1867, conformément au cadre d'analyse applicable à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁵¹⁶. La Cour écrit :

Les lois comptent parmi les sources des connaissances historiques et elles sont fréquemment utilisées par les historiens pour établir et comprendre certains faits. Il serait d'ailleurs difficile de dresser un portrait des institutions publiques qui existaient à un moment donné dans le temps sans recourir aux lois qui les ont créées¹⁵¹⁷.

C'est comme si l'expertise d'historien est admissible pour recenser l'importance réelle et concrète, sur le plan quantitatif, du contentieux devant un tribunal, même si elle aborde incidemment les règles de droit donnant compétence à ces tribunaux.

En outre, dans une affaire non constitutionnelle, l'arrêt *Fournier c. Lamonde*, la Cour d'appel du Québec a rejeté cinq expertises de notaires visant à interpréter un acte de vente de 1909¹⁵¹⁸.

¹⁵¹⁵ *Renvoi [...] portant sur la validité [...] de l'article 35 du Code de procédure civile [...]*, préc., note 379, par. 14 (*per curiam*). Cet arrêt rejoint en quelque sorte l'opinion de Kent McNEIL, « Indigenous Rights Litigation, Legal History, and the Role of Experts », (2014) 77 *Sask. L. Rev.* 173, 203. Il a proposé de permettre à l'expert de témoigner sur l'histoire et sur l'état du droit antérieur, pourvu que ce ne soit pas le droit que le tribunal doit appliquer.

¹⁵¹⁶ Voir notamment : *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, préc., note 111, 734 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour).

¹⁵¹⁷ *Renvoi [...] portant sur la validité [...] de l'article 35 du Code de procédure civile [...]*, préc., note 379, par. 15 (*per curiam*). Voir aussi : *Hak c. Procureur général du Québec*, préc., note 41, par. 131 à 135.

¹⁵¹⁸ *Fournier c. Lamonde*, 2004 CanLII 76676 (QC CA), par. 20-22 (la juge Thibault pour la Cour).

En définitive, l'expression d'opinions sur l'existence de faits historiques est admissible, mais non les opinions visant à tirer de ce contexte des règles de droit. En d'autres mots, il est possible de prouver comment les choses se passaient à l'époque de l'édiction d'une loi, et les propos des acteurs politiques de l'époque, mais appliquer ces faits pour l'interprétation d'une règle de droit relève du juge. La référence incidente aux lois qui ont jalonné les événements historiques peut être acceptée, mais ces références doivent demeurer nécessaires à l'explication de la réalité historique.

3.1.2.3 *Le droit interne par opposition au droit comparé ou international*

En plus des effets concrets et des faits historiques, il arrive que le droit étranger ou international soit utile pour interpréter le droit interne canadien. Il s'agit alors de droit comparé a priori sans incidence au Canada, qui peut avoir qu'un effet persuasif ou argumentatif. Ce droit étranger ne doit pas être confondu avec le droit étranger ou international appliqué directement dans un cas particulier (comme en droit international privé par exemple).

L'expertise pour établir le droit comparé ou international dans le contexte de l'interprétation du droit canadien est parfois acceptée, mais certaines objections à ce type de preuve ont également été accueillies.

L'interprétation des privilèges parlementaires des chambres du Parlement fédéral était au cœur de l'arrêt *Vaid*. Pour ce faire, la Cour suprême du Canada fait abondamment référence au droit américain, britannique et australien¹⁵¹⁹. Aucune des sources législatives et jurisprudentielles citées ne faisaient partie des motifs des trois tribunaux inférieurs, et ces jugements ne réfèrent à l'existence d'aucune expertise sur le sujet¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁹ *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] 1 R.C.S. 667, 2005 CSC 30, par. 72 à 73 (le juge Binnie pour la Cour)

¹⁵²⁰ *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2003] 1 C.F. 602, 2002 CAF 473 ; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2002] 2 C.F. 583, 2001 CFPI 1332 ; *Vaid c. Canada (Chambre des communes)*, [2001] D.C.D.P. No 15 (Q/L).

Dans la décision *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés*, où l'abolition du régime fédéral de paiement des soins de santé des demandeurs d'asile était contestée, le droit comparé britannique et européen a été mobilisé sans expertise, même si le dossier comportait une abondante preuve des faits législatifs et sociaux touchant l'affaire¹⁵²¹. Encore une fois, comme dans l'arrêt *Vaid*, le droit comparé semble faire l'objet d'une connaissance d'office.

L'affaire *Motard* portait sur la constitutionnalité de la procédure employée pour modifier les règles relatives à l'accès à la charge de Reine du Canada. La professeure australienne Anne Twomey a témoigné pour exposer le droit comparé australien et néo-zélandais qui était favorable à la position des demandeurs. Le professeur canadien Peter Oliver, quant à lui, a témoigné à l'instigation du Procureur général du Canada sur le droit constitutionnel canadien et celui relatif au Commonwealth, notamment dans leurs aspects historiques. À la suite d'une objection du PGC, la Cour supérieure du Québec a permis le témoignage de la professeure Twomey. Aucune objection n'a été faite au témoignage du professeur Oliver. Dans le jugement au fond, le juge Bouchard a cité le témoignage du professeur Oliver au soutien de l'existence d'une règle non écrite de droit interne canadien¹⁵²². En Cour d'appel du Québec, le juge Rancourt a refusé de contrôler certaines conclusions d'interprétation juridique d'une loi, puisque la Cour supérieure avait pu lire la preuve d'archives et entendre ces deux professeurs de droit sur le sujet¹⁵²³.

Inversement, la Cour d'appel fédérale, saisie d'une objection au préalable, s'est montrée beaucoup plus stricte. Dans l'arrêt *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*¹⁵²⁴, communément appelée l'affaire *Boulerice*, des députés voulant faire contrôler judiciairement une décision de l'organe

¹⁵²¹ *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés c. Canada (Procureur général)*, [2015] 2 R.C.F. 267, 2014 CF 651, par. 591 et suiv.

¹⁵²² *Motard c. Canada (Procureure générale)*, préc., note 16, par. 47, 95, 96, 100 et 101 (le juge Bouchard).

¹⁵²³ *Motard c. Procureur général du Canada*, préc., note 46, par. 82 (le juge Rancourt pour la Cour) : « Le juge a également eu l'avantage de scruter attentivement les rapports d'expertise et d'entendre les experts qui ont témoigné de leur compréhension des événements ».

¹⁵²⁴ *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 38.

parlementaire responsable de l'évaluation de leurs dépenses ont tenté d'introduire en preuve le témoignage du professeur Maxime St-Hilaire. Son témoignage avait pour but de contextualiser historiquement et de manière comparée le privilège parlementaire. L'organe parlementaire défendeur invoquait ce privilège afin de protéger ses décisions d'un contrôle judiciaire. Le bureau de régie interne de la Chambre des communes s'est opposé à l'admission d'une telle expertise et, contrairement aux exemples des affaires *Motard* ou *Hak*, il ne produisait pas à son tour de contre-expertise équivalente.

La Cour d'appel fédérale a donc accueilli l'objection dans l'affaire *Boulerice*. Pour elle, l'interprétation du droit canadien et l'expression d'opinions sur la direction que devrait prendre ce droit, lesquelles étaient contenues dans l'expertise, exigeaient son retrait immédiat du dossier. Le juge De Montigny écrit :

Premièrement, une lecture attentive de l'affidavit en cause révèle qu'il ne se limite pas aux faits, mais qu'il est au contraire truffé d'opinions. Par exemple, M. St-Hilaire y déclare au paragraphe 4 qu'il existe à son avis une norme mondiale de droit constitutionnel selon laquelle l'administration des dépenses parlementaires n'entre pas dans le concept de common law du privilège parlementaire. Une telle déclaration non seulement repose sur sa propre appréciation des pratiques étrangères et des textes sur lesquels il se fonde, mais constitue aussi un jugement de valeur sur l'orientation que devrait prendre le droit canadien¹⁵²⁵. [Notre soulignement]

Le juge De Montigny fait état de plusieurs arrêts où la Cour suprême du Canada s'est appuyée sur le droit comparé ou international sans expertise¹⁵²⁶.

Dans la même logique, en droit civil québécois, la Cour supérieure a rejeté une expertise en droit comparé. Dans cette affaire pure de responsabilité civile, le juge Samson a considéré que la preuve du droit étranger n'est nécessaire que lorsqu'un élément d'extranéité l'exige au sens du droit international privé. Il écrit :

Dans la présente affaire, tous les faits se déroulent au Québec. Il n'est pas nécessaire d'introduire la preuve du droit étranger comme cela se fait lorsqu'un élément d'extranéité le justifie.

¹⁵²⁵ *Id.*, par. 21 (le juge De Montigny pour la Cour).

¹⁵²⁶ Ces arrêts sont expliqués *supra*, section 2.1.2.

Les références au droit américain ne sont présentes que pour des raisons de droit comparé afin d'inciter le Tribunal à prendre connaissance du droit américain en ce domaine pour éventuellement l'importer dans notre droit.

Plaider le droit étranger à titre de droit comparé ne nécessite pas une expertise. Tout avocat plaideur peut emmener le Tribunal à prendre connaissance du droit étranger pour s'en inspirer¹⁵²⁷. [Notre soulignement]

Vu ainsi, lorsqu'il s'agit de droit comparé, l'expertise ne serait pas nécessaire et donc pas admissible. Les sources du droit étranger peuvent alors être plaidées et déposées à titre d'autorités.

Dans la récente affaire *Hak*¹⁵²⁸, qui porte sur la constitutionnalité de la *Loi sur la laïcité de l'État*¹⁵²⁹, les professeurs Patrick Taillon, Marthe Fatin-Rouge Stefanini, David Koussens et Pierre Bosset ont témoigné sur le droit comparé européen en semblables matières. Les objections portant sur les comparaisons effectuées entre la jurisprudence européenne et le droit canadien ont été rejetées¹⁵³⁰. Pourtant, en appel de la décision sur le sursis constitutionnel (la suspension de la loi durant l'instance) dans le même dossier, le juge Mainville de la Cour d'appel du Québec avait référé abondamment au droit européen sans qu'une expertise ait été nécessaire pour établir les décisions et textes pertinents¹⁵³¹.

Pour ce qui est du droit international, force est d'admettre que les tribunaux y font également référence à des fins d'interprétation du droit canadien sans qu'une expertise soit systématiquement déposée.

Néanmoins, lorsqu'une question posée par le gouvernement fédéral à la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* a porté spécifiquement sur la teneur du droit international concernant la sécession unilatérale d'une partie d'un État, des experts en droit international ont été entendus¹⁵³².

¹⁵²⁷ *Giroux c. Baillargeon*, 2013 QCCS 3990, par. 35-37 (le juge Samson).

¹⁵²⁸ *Hak c. Procureur général du Québec*, préc., note 41.

¹⁵²⁹ *Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ, c. L-0.3.

¹⁵³⁰ *Hak c. Procureur général du Québec*, préc., note 41, par. 136 à 140.

¹⁵³¹ *Hak c. Procureure générale du Québec*, 2019 QCCA 2145, par. 141 et suiv. (le juge Mainville).

¹⁵³² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 5, par. 111 (*per curiam*).

De même, dans l'arrêt *Advance Cutting & Coring Ltd.*, qui portait sur la constitutionnalité du régime syndical en matière de construction, le juge LeBel a référé longuement au droit comparé américain et européen¹⁵³³. Or, une expertise en droit comparé et international sur l'atelier fermé avait été préalablement déposée lors de l'appel en Cour supérieure du Québec¹⁵³⁴.

Dans l'arrêt *Saskatchewan Federation of Labour*, la juge Abella a référé « également »¹⁵³⁵ au rapport d'un expert pour établir que le droit de grève était protégé par les traités internationaux auxquels le Canada est partie, en plus de citer les différents traités et la jurisprudence canadienne.

Cependant, dans l'arrêt *Kazemi*, un arrêt sur la responsabilité civile de l'État iranien pour la torture et la mort de la journaliste Zahra Kazemi, la Cour suprême du Canada a mobilisé le droit international et le droit comparé sans qu'une expertise ait été nécessaire¹⁵³⁶.

De même, dans l'arrêt *Wallace*, qui portait sur l'immunité de divulgation en justice de la Banque mondiale, le droit international et le droit comparé anglais ont été mobilisés sans qu'ils n'aient été prouvés par expertise¹⁵³⁷.

Rappelons finalement que le droit international coutumier, en tant que common law canadienne, est connu d'office suivant l'arrêt *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*¹⁵³⁸.

Il apparaît donc que l'expertise ne soit pas strictement nécessaire pour établir la teneur du droit comparé ou international lorsqu'il s'agit d'influencer l'interprétation du droit canadien. Certes, ce droit est connu d'office, mais les expertises déposées

¹⁵³³ *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70, par. 240 et suiv.

¹⁵³⁴ *Thériault c. La Reine*, 1998 CanLII 11295 (QC CS), par. 6. Voir aussi, pour un autre exemple d'expertise sur le droit international du travail jugée admissible, du moins au stade préalable de l'instance : *Fédération des travailleurs du Québec (FTQ - Construction) c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCS 4548.

¹⁵³⁵ *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, [2015] 1 R.C.S. 245, 2015 CSC 4, par. 65 (la juge Abella pour la majorité).

¹⁵³⁶ *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, [2014] 3 R.C.S. 176, 2014 CSC 62, par. 34 et suiv. (droit international) et par. 71 (droit américain) (le juge LeBel pour la majorité).

¹⁵³⁷ *Groupe de la Banque mondiale c. Wallace*, [2016] 1 R.C.S. 207, 2016 CSC 15, par. 43 et suiv. (les juges Moldaver et Côté pour la Cour). Voir aussi, pour une utilisation du droit comparé sans preuve en droit privé ontarien : *Jones c. Tsige*, 2012 ONCA 32.

¹⁵³⁸ *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, préc., note 163, par. 97 (la juge Abella pour la majorité).

à ce sujet sont parfois admises et citées par les tribunaux, bien qu'elles soient à d'autres moments tout simplement exclues. Cette situation inconstante devra, à terme, être clarifiée par la Cour suprême du Canada.

Sur le plan de l'opportunité, la professeure Anne Warner La Forest est d'avis que l'expertise devrait être permise, à la discrétion du tribunal, pour prouver le droit international et le droit comparé, particulièrement s'il est complexe¹⁵³⁹. On imagine facilement que c'est le cas s'il est exprimé dans des langues autres que le français et l'anglais.

Cependant, selon nous, les plaideurs et les auxiliaires juridiques peuvent très bien renseigner les juges sur le droit international et sur les lois et les arrêts pertinents rendus par les juridictions de dernier ressort des pays avec lesquels le Canada partage des liens de filiation juridique. Les exemples relatés ci-haut démontrent l'absence de nécessité pratique d'une expertise sur ces questions. Le droit international et européen est enseigné régulièrement aux étudiants des différentes facultés de droit du Québec. Les moteurs de recherche juridique permettent d'accéder à ces sources. Les avocats demeurent libres de confier le mandat à des collègues étrangers de leur fournir une note de recherche sur un sujet qu'ils jugent important. Une telle note les renseignerait sur les sources étrangères pertinentes qu'ils devraient plaider. Cette solution économiserait les ressources judiciaires et éviterait le gonflement des frais de justice. Elle donnerait la pleine liberté aux plaideurs de faire les comparaisons qui s'imposent entre le droit étranger ou international et le droit interne, sans répéter les propos d'un expert entendu préalablement.

3.1.2.4 Les faits par opposition à l'opportunité

La dernière frontière entre le rôle de l'expert et celui du plaideur ou du juge est celle des propos concernant l'opportunité, la raisonnable ou l'orientation que devrait prendre une règle de droit. Cette règle se recoupe avec celle de la

¹⁵³⁹ A. WARNER LA FOREST, préc., note 863, à la p. 379.

pertinence : les commentaires ou opinions individuels sur l'orientation du droit ne sont généralement pas des faits en litige qu'il faut prouver pour avoir gain de cause. Ces plaidoiries en opportunité se cachent bien souvent derrière une preuve concernant l'« efficacité » ou l' « effet concret » d'une règle constitutionnelle ou législative.

L'arrêt *St-Adolphe-d'Howard (Municipalité de) c. Chalets St-Adolphe inc.* compte parmi les exemples de ce phénomène. Saisie de la constitutionnalité d'un règlement municipal visant à limiter la contamination de plans d'eau par le passage de bateaux sur lesquels s'agrègent des organismes nuisibles, la Cour d'appel du Québec a rejeté une expertise qui visait à établir ce risque de contamination¹⁵⁴⁰. Pour la juge Thibault, la constitutionnalité de ce règlement en vertu du partage de la compétence sur la navigation et l'environnement n'est pas tributaire de l'efficacité du règlement contesté sur le plan environnemental¹⁵⁴¹. Ce sont là deux questions bien distinctes.

Dans le premier *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, la Cour suprême a refusé de reconnaître la nécessité d'expertises en opportunité qui avaient été déposées au soutien d'un régime pancanadien des valeurs mobilières. Le lien entre, d'un côté, l'efficacité de la réglementation et, de l'autre, la centralisation des compétences avait été grandement exploité par le Procureur général du Canada. Sur la question précise des rapports d'expertise visant à démontrer ce lien, la Cour suprême écrit :

La preuve présentée par les experts ne permet pas non plus de tirer une conclusion différente. Il n'est ni nécessaire ni utile de passer en revue les nombreux rapports appuyant l'une ou l'autre thèse. Pour des motifs que nous avons déjà exprimés, les arguments énoncés dans ces rapports et portant sur l'opportunité politique d'une réglementation soit fédérale soit provinciale des valeurs mobilières ne sont pas pertinents pour trancher le débat sur la validité constitutionnelle de la Loi¹⁵⁴². [Notre soulignement]

Si une objection avait été formulée, ces rapports auraient donc été exclus.

¹⁵⁴⁰ *St-Adolphe-d'Howard (Municipalité de) c. Chalets St-Adolphe inc.*, 2007 QCCA 1421.

¹⁵⁴¹ *Id.*, par. 24-25 (la juge Thibault pour la Cour).

¹⁵⁴² *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 38, par. 127 (*per curiam*).

Du reste, l'arrêt *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)* l'énonce explicitement : la formulation de « jugement[s] de valeur sur l'orientation que devrait prendre le droit canadien »¹⁵⁴³ par un expert peut également faire douter de son impartialité¹⁵⁴⁴.

Comme le montre l'arrêt *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)* il y existe un jeu de vases communicants entre partialité, admissibilité et valeur probante. La partialité joue en principe sur la valeur probante, sauf dans des cas plus clairs où elle rend l'expertise inadmissible¹⁵⁴⁵. Cet arrêt de principe rendu en matière constitutionnelle au Québec s'applique dans tous les domaines du droit canadien¹⁵⁴⁶.

En matière constitutionnelle, le problème de l'impartialité est moins lié aux parties à l'instance, mais plutôt aux jugements de valeur et d'opportunité quant à l'issue à donner à la cause. L'expert tend vers une forme de partialité non seulement parce qu'il est payé ou lié à une partie¹⁵⁴⁷, mais parce qu'il défend que certaines valeurs politiques ou morales doivent triompher au terme de l'exercice d'adjudication constitutionnelle¹⁵⁴⁸. Il se fait donc « le défenseur d'une partie »¹⁵⁴⁹, ce qui veut

¹⁵⁴³ *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 1524, par. 21 (le juge De Montigny pour la Cour).

¹⁵⁴⁴ *Id.*, par. 23 (le juge De Montigny pour la Cour).

¹⁵⁴⁵ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3, 2015 CSC 16, par. 106 (le juge Gascon pour la majorité).

¹⁵⁴⁶ Voir : *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, préc., note 53, par. 26 et 36 (le juge Cromwell pour la Cour) ; *Ouellet c. Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique*, 2020 QCCS 1005, par. 12.

¹⁵⁴⁷ S. CHAFFAI-PARENT, préc., note 377, p. 117.

¹⁵⁴⁸ A. YOUNG, préc., note 520, p. 19-20 ; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 673, qui reproduit B. J. GOVER et M. LOCKE MACAULAY, préc., note 53, 80-82 :

Thorny ground for an expert, and a frequently-cited basis for the rejection of expert evidence in aboriginal and treaty rights cases, is bias. This is because social science evidence is subject to being driven by the researcher's bias or political agenda. As noted by Henderson, in both *Baker Lake* and *Bear Island*, "some of the experts appear to have overstepped their bounds [...] [O]pinion evidence must come from dispassionate professional persons [...]".

Dès les débuts de la *Charte canadienne*, des groupes de pression ou d'intérêt se sont approchés des auteurs de doctrine sur les droits et libertés, afin de pousser pour l'écriture d'articles supportant leurs causes : F. L. MORTON et I. BRODIE, préc., note 2, 15. À cette époque, il semble que les gouvernements n'employaient que rarement ce genre de stratégies. De plus, M^e Benjamin Perryman a proposé la création de communautés de recherche permettant de mettre en lien des experts, des militants, des avocats praticiens et des juristes universitaires qui ont des intérêts communs dans une contestation constitutionnelle : B. PERRYMAN, préc., note 194, 142. Il est

dire qu'il « ne peut ou ne veut manifestement pas s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal »¹⁵⁵⁰.

Entendu en ce sens, le critère d'impartialité se recoupe, à bien des égards, avec la règle de la prohibition de l'expertise en droit. Lorsque l'expert invoque des règles ou principes juridiques, son rapport sera déclaré inadmissible sur la base de la règle interdisant le témoignage sur le droit, tandis que lorsqu'il est dominé par certaines valeurs extra-juridiques, c'est au chapitre de la valeur probante que son rapport sera miné.

Dans l'affaire *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés*, la Cour fédérale a rejeté l'expertise d'un chercheur qui avait été « porte-parole dans la lutte contre les modifications »¹⁵⁵¹ contestées. L'affaire portait sur la constitutionnalité de ne pas donner des soins de santé gratuits aux demandeurs d'asile.. La juge Mactavish écrit que « [l]e rôle de témoin expert n'est pas de défendre une cause, mais plutôt d'aider la Cour au moyen d'un témoignage d'opinion indépendant et neutre à propos des questions qui relèvent de son expertise »¹⁵⁵².

Dans une affaire de droit administratif, la Cour d'appel du Québec a également critiqué un rapport actuariel qui se prononçait sur l'opportunité de certaines structures de régimes de retraite. Le défunt juge Brossard écrit :

D'entrée de jeu, je soulignerais que le rapport soulève une première difficulté en ce qui concerne sa valeur probante, résultant, d'une part, d'une confusion entre le rôle d'un expert et celui du décideur ainsi que d'une confusion entre le rôle de l'expert et celui du législateur. Je m'explique. Le rôle de l'expert, dans un cas comme celui dont nous sommes saisis, est d'expliquer, fondé sur son expérience dans le domaine actuariel et dans celui des régimes complémentaires de retraite, les incongruités qu'il peut percevoir lui-même dans la situation qui nous est présentée et, le cas

essentiel de mêler la recherche universitaire aux débats judiciaires en matière constitutionnelle. Néanmoins, si cette recherche est biaisée ou militante, cela nuira aux défenseurs de la cause sur le plan de l'admissibilité ou de la valeur probante.

¹⁵⁴⁹ *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, préc., note 53, par. 49 (le juge Cromwell pour la Cour).

¹⁵⁵⁰ *Id.*

¹⁵⁵¹ *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés c. Canada (Procureur général)*, [2015] 2 R.C.F. 267, 2014 CF 651, par. 123.

¹⁵⁵² *Id.*

échéant, faire état de précédents ou de problèmes de nature similaire qui auraient pu survenir avec d'autres régimes de retraite et des solutions qui auraient pu être apportées dans de tels cas. Mais tel n'est pas l'objet de son témoignage. Il vient témoigner pour « dire » l'intention du législateur, et interpréter un texte de loi. En ce faisant, il s'arroge, me semble-t-il, tant le rôle de législateur que celui de décideur de l'intention du législateur¹⁵⁵³.

Cette volonté d'assumer le rôle du juge et du législateur a donc diminué la valeur probante de cette expertise. Le rapport devait se limiter à faire état de faits objectifs et non de considérations d'opportunité.

Par exception, il y a cependant des cas où les jugements de valeur du public ou d'experts sont pertinents pour établir le droit. La frontière est ici ténue entre, d'une part, le jugement de valeur ou d'opportunité nécessaire à l'établissement des normes et, d'autre part, la preuve des pratiques courantes dans certains domaines d'activité. Ces dernières sont des faits législatifs servant à l'établissement d'une norme de faute ou d'un moyen de défense par les tribunaux. En voici trois exemples : la norme des voies de fait raisonnables envers un enfant en matière criminelle, les normes de responsabilité civile professionnelle et la norme de légitime défense.

L'arrêt *Canadian Foundation for Children* est un exemple pertinent en matière criminelle, dans un dossier qui soulevait par ailleurs des questions constitutionnelles. L'objet central du litige était, en fait, la constitutionnalité du moyen de défense permettant à un parent ou un autre gardien de commettre légalement des voies de fait sur un enfant. La Cour suprême du Canada a alors expliqué le rôle de l'expert dans la définition de ce qui constitue une « correction raisonnable ». Il peut apporter des preuves de ce qui est une « correction raisonnable » en fonction du consensus social, ce qui a pour objectif de restreindre le pouvoir du parent ou du juge de décider de la raisonnable des corrections physiques. La juge en chef McLachlin écrit :

Le consensus social et la preuve d'expert concernant ce qui constitue une correction raisonnable aident aussi à déterminer ce qui est « raisonnable

¹⁵⁵³ *Régie intermunicipale de police des Riverains c. Régie des rentes du Québec*, 2010 QCCA 343, par. 47 (le juge Brossard pour la Cour).

dans les circonstances » en matière de correction infligée à un enfant. Le droit criminel utilise souvent la notion du caractère raisonnable pour tenir compte de l'évolution des mœurs et éviter d'effectuer des « rajustements » au moyen de modifications successives. [...] Un large consensus, surtout s'il est étayé par une preuve d'expert, peut fournir des indications et réduire les risques de décision subjective et arbitraire¹⁵⁵⁴. [Notre soulignement]

L'expert portera donc nécessairement un jugement quant à savoir si une correction physique quelconque est bonne ou mauvaise pour l'enfant¹⁵⁵⁵.

Dans l'arrêt *Roberge c. Bolduc*, rendu en droit civil québécois, il s'agissait de déterminer les normes de la pratique notariale dans un contexte de responsabilité civile professionnelle. Comme en ce qui concerne les autres professionnels visés par ce type de contentieux, l'expertise d'un notaire a été jugée admissible par la Cour suprême du Canada pour expliquer la conduite d'un notaire raisonnable. La juge L'Heureux-Dubé a cependant insisté sur le principe que cette preuve ne lie pas le tribunal quant à la norme de faute applicable¹⁵⁵⁶.

Dans l'arrêt *Deslauriers*, un policier, qui était à pied, a tué par balles un jeune homme au volant d'une voiture volée, alors que ce dernier lui aurait foncé dessus avec le véhicule. La majorité de la Cour suprême du Canada a confirmé le jugement de la majorité de la Cour d'appel du Québec qui ordonnait un nouveau procès, notamment en raison du rejet d'une expertise à saveur juridique. Pour les juges majoritaires, l'expertise portant sur l'enseignement du maniement des armes à feu lors du cursus policier était pertinente afin d'appliquer en l'espèce la norme de la légitime défense. À l'inverse, pour les juges Abella et Brown, la juge de première instance avait rejeté l'expertise à bon droit¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵⁴ *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, par. 36 (la juge en chef McLachlin pour la majorité).

¹⁵⁵⁵ Un autre exemple où l'opinion publique, établie par sondage, est pertinente pour établir une norme de droit criminel est celui de l'obscénité : S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 12.226 ; R. c. *Collins*, préc., note 532, par. 32 (le juge Lamer [plus tard juge en chef] pour la majorité).

¹⁵⁵⁶ *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, 428 et suiv. (la juge L'Heureux-Dubé pour la Cour). Voir aussi : *Ouellet c. Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique*, 2020 QCCS 1005, par. 64, 108 et 109.

¹⁵⁵⁷ *R. c. Deslauriers*, 2021 CSC 3 ; *Deslauriers c. R.*, 2020 QCCA 484, par. 122 (le juge Chamberland pour la majorité) : « À cet égard, il était pertinent, même si cela ne liait pas la juge, de

Outre ces exceptions limitées, l'expert ne peut pas s'aventurer sur le terrain normatif ou juridique sans mettre en jeu l'admissibilité ou la valeur probante de son témoignage. Il doit rapporter des faits objectifs, et non porter un jugement de valeur sur les normes et l'orientation que devrait prendre le droit canadien.

Conclusion : l'importance de garder l'expert dans son rôle

En définitive, sauf exception, l'expertise ne peut porter sur le droit ou plaider sur les règles qui devraient s'appliquer. Elle est néanmoins nécessaire afin de prouver les effets concrets des dispositions ou les faits historiques qui les contextualisent lorsque ces faits ne sont pas raisonnablement incontestables. Lorsqu'il s'agit du droit comparé ou international, la situation n'est pas claire. La doctrine critique la tendance des experts à plaider pour les parties. M^{es} Andrew Lokan et Christopher Dassios, dans leur traité sur la procédure en matière constitutionnelle, remarquent que les expertises par des professeurs de droit doivent, pour survivre à une objection, mettre l'emphase sur les aspects extrajuridiques¹⁵⁵⁸. Par exemple, une expertise portant sur la réalité judiciaire canadienne pourrait renseigner sur la pratique à une certaine époque, dont le nombre d'affaires sur un sujet, plutôt que sur leurs *ratio decidendi*. Les effets concrets et l'histoire factuelle d'une règle de droit sont également des sujets habituels pour une expertise admissible.

Une expertise ayant une composante factuelle nécessaire pourrait être admise dans son entièreté, même si elle aborde incidemment les dispositions concernées. L'apport de l'expertise portant sur les faits législatifs, son ton et son caractère véritable sont décisifs quant à l'issue de sa recevabilité. Comme l'écrit M^e Benjamin Perryman, l'expert militant nuit à sa cause. Il écrit :

savoir ce que l'on enseignait aux policiers en matière d'emploi de la force et, de manière plus pointue encore, de connaître l'opinion de l'expert en ce qui a trait à la conduite de l'accusé par rapport à ces enseignements à chaque étape de l'intervention ».

¹⁵⁵⁸ A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-18.9 et suiv. Voir aussi : Isabelle HUDON, « Chronique – La difficile implantation des nouvelles règles relatives à l'expertise », *Repères*, septembre 2018, *La Référence*, EYB2018REP2574.

Expert testimony has the potential to significantly impact litigation, but it may also be viewed with suspicion if judges perceive experts to be descending from an impartial position to one of advocacy¹⁵⁵⁹.

En définitive, l'opinion d'un expert sur la sagesse d'une disposition législative ou constitutionnelle, sur les principes constitutionnels ou sur le résultat qu'ils doivent donner dans une affaire précise n'est pas admissible, alors que celle sur les faits législatifs ou sociaux proprement dits l'est. La souplesse, s'il en est, permet à l'expert de référer à la règle de droit dont il doit expliquer le contexte ou les effets.

L'opportunité de cette règle ne fait aucun doute selon nous. Les tribunaux peuvent, bien entendu, citer de la doctrine ou des rapports ou études qui proposent une réforme du droit ou soutiennent une interprétation législative ou constitutionnelle. Mais admettre ces documents ou expertises en tant que *preuve* conduit à plusieurs conséquences négatives.

D'abord, le débat est fait de façon contraire à la logique. On présente comme une preuve judiciairement faite, avec l'aura qui en découle¹⁵⁶⁰, ce qui est en réalité un choix ou une opinion sur ce choix. Par exemple, dans l'arrêt *Frank*, qui portait sur l'exigence de résidence pour bénéficier du droit de vote aux élections fédérales, la majorité de la Cour suprême du Canada a présenté l'opinion politique contenue dans des rapports parlementaires, qui recommandaient l'abolition des dispositions contestées, comme une *preuve* de l'absence de lien rationnel à l'étape du test de justification de l'article 1^{er} de la *Charte*¹⁵⁶¹. En somme, la tactique de l'expert ou de la preuve du droit fait passer des valeurs et des intérêts, et les choix normatifs qui en découlent, pour des faits scientifiques prouvés. C'est là une forme de perversion de la preuve et du rôle du témoin expert. Ces moyens rhétoriques doivent être limités : la plaidoirie doit demeurer le moment pour plaider le droit.

¹⁵⁵⁹ B. PERRYMAN, préc., note 194, 145.

¹⁵⁶⁰ Le danger que la preuve d'expert soit mal utilisée par le juge des faits, étant donné la « mystique de la science », est reconnu par la Cour suprême : *R. c. Béland*, préc., note 114, par. 20 (le juge McIntyre pour la majorité) et par. 64 (le juge La Forest); *R. c. Mohan*, préc., note 114, par. 19 (le juge Sopinka pour la Cour).

¹⁵⁶¹ *Frank c. Canada (Procureur général)*, préc., note 49, par. 64 (le juge en chef Wagner pour la majorité). La dissidence a critiqué cette approche : par. 148 (les juges Côté et Brown, motifs dissidents).

Ensuite, l'expert peut usurper la fonction du tribunal dans l'interprétation du droit : le tribunal pourrait s'en remettre à l'opinion de l'expert par mystification de la science¹⁵⁶². Le tribunal risque même de préférer une solution juridique en fonction de la crédibilité des experts, un risque dont la jurisprudence atteste¹⁵⁶³. Les valeurs et le droit peuvent se déguiser en faits, ce qui complexifie inutilement l'application de la norme de contrôle en appel.

Finalement, on multiplie inutilement les ressources judiciaires consacrées à l'étude de la cause. Le tribunal doit lire ou entendre, en plus des mémoires et plaidoiries, des rapports et des témoignages d'expert qui en sont tout autant. Les parties doivent payer, en plus de leurs avocats, des experts pour réaliser un travail qui est déjà fait par ces derniers. Les avocats vont aussi consacrer du temps au travail lié aux expertises, dont celui passé au tribunal si un témoignage oral est requis¹⁵⁶⁴. Ils vont devoir débattre en droit avec l'expert, en plus de débattre avec les autres parties.

Les coûts des expertises sont élevés. Ces frais sont d'ailleurs assumés, en règle générale, par la partie perdante à titre de frais de justice, du moins en droit québécois¹⁵⁶⁵. Il s'agit là bien souvent de la part la plus importante des dépens. L'argumentation juridique peut très bien être faite par le dépôt d'ouvrages à titre d'autorités et par la plaidoirie des avocats dont les honoraires doivent déjà être payés par les parties qui sollicitent ces services.

Ces conséquences sont exacerbées par le fait que le dépôt d'une expertise en droit par une partie créera le besoin chez la partie adverse d'en faire tout autant pour la neutraliser. Une expertise en attire une autre. Pour reprendre l'analogie de

¹⁵⁶² C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 44, p. 623.

¹⁵⁶³ *Compagnie d'assurances St-Paul/St-Paul Marine & Fire Insurance Company c. SNC-Lavalin inc.*, 2011 QCCA 1551, par. 34-35 (*per curiam*) ; *Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General)*, préc., note 38, par. 32 (le juge De Montigny pour la Cour) ; *Motard c. Procureur général du Canada*, préc., note 46, par. 82 (le juge Rancourt pour la Cour).

¹⁵⁶⁴ F. CÔTÉ, préc., note 62, à la p. 174.

¹⁵⁶⁵ C.p.c., art. 339 et 340.

l'armement nucléaire¹⁵⁶⁶, si un État s'en procure, ses opposants doivent aussi s'en doter pour conserver l'équilibre.

La Cour d'appel fédérale, en rejetant l'expertise sur le privilège parlementaire dans l'affaire *Boulerice*, a fait état de ces risques. Le juge De Montigny écrit :

Toutefois, si la Cour autorisait à la présente étape le maintien de l'affidavit au dossier, les appelants pourraient se voir contraints, ne serait-ce que pour des raisons tactiques, non seulement de contre-interroger son auteur (ce qu'ils ont apparemment déjà fait), mais aussi d'engager eux aussi un ou plusieurs juristes comme témoins experts et de déposer un affidavit en réponse. Cette façon de procéder aurait le malencontreux résultat de détourner la Cour de sa tâche principale pour l'engager dans une voie parallèle où elle aurait à décider lequel des experts est le plus crédible et le plus fiable. Elle se trouverait ainsi entraînée dans un débat superflu qui, au meilleur des cas, allongerait indûment ce qui devrait être une instance rapide et, dans l'hypothèse la plus pessimiste, l'inciterait à se soustraire à sa responsabilité de trancher les questions de droit. De telles conséquences ne sauraient être admises¹⁵⁶⁷. [Notre soulignement]

Les parties ont pleinement conscience que leur dossier constitutionnel est complexe¹⁵⁶⁸. Si elles ne sont pas limitées par les juges, elles n'hésiteront pas à faire plaider leur dossier par un expert qui donnera une aura de légitimité à la cause.

La règle nouvelle incite les parties à soulever le plus tôt possible l'irrégularité d'une expertise¹⁵⁶⁹ en écartant la règle de common law déferant l'admissibilité au juge du fond¹⁵⁷⁰. Cette règle est donc d'autant plus importante en matière constitutionnelle. Dans une affaire de propriété intellectuelle, le juge Rothstein écrivait, au nom de la Cour suprême du Canada :

Compte tenu de la preuve d'expert relativement détaillée qui a été présentée en l'espèce et des problèmes posés par la preuve dont je

¹⁵⁶⁶ A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-18.5.

¹⁵⁶⁷ *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, préc., note 38, par. 32 (le juge De Montigny pour la Cour).

¹⁵⁶⁸ B. PERRYMAN, préc., note 194, 128.

¹⁵⁶⁹ C.p.c., art. 241 et 294 al. 2 ; *Ouellet c. Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique*, 2020 QCCS 1005, par. 21 et suiv. ; *Cardinal c. Bonnaud*, préc., note 227, par. 55-57 (motifs concordants de la juge Gagné).

¹⁵⁷⁰ Voir par ex.: *St-Adolphe-d'Howard (Municipalité de) c. Chalets St-Adolphe inc.*, 2007 QCCA 1421, par. 12 (la juge Thibault pour la Cour).

discuteraï plus loin, je pense qu'il est opportun de rappeler que les litiges coûtent cher. Les tribunaux doivent veiller à ce que les preuves d'expert et les preuves par sondage qui ne sont ni nécessaires, ni pertinentes, et qui risquent de troubler leur attention ne viennent pas rallonger et compliquer le déroulement de l'instance. [...]

Le juge de première instance ne doit admettre aucune preuve d'expert qui, selon lui, n'est ni nécessaire, ni pertinente, ou le distraira de son analyse des questions qu'il est appelé à trancher. Je pense aussi que c'est au stade de la gestion de l'instance qu'il convient de décider si les preuves d'expert et les preuves par sondage que les parties comptent présenter sont admissibles ou non, et ce, afin d'éviter que celles-ci n'engagent des frais inutiles¹⁵⁷¹ [...]. [Notre soulignement]

Il est malheureusement difficile pour les juges saisis des demandes en cours d'instance de cerner, *a priori* et avec précision, l'objet d'une expertise sans posséder la vue d'ensemble de l'affaire constitutionnelle¹⁵⁷². C'est pourtant ce qu'il faudrait pour éviter à la partie adverse de se doter d'une contre-expertise. Dans l'affaire *IMTT-Québec inc.*, qui portait sur le partage des compétences, le juge Blanchet écrit :

Or, au terme d'une réflexion sur les enjeux en cause, le Tribunal estime qu'il est de son devoir de se prononcer dès maintenant sur la recevabilité en preuve du rapport concerné, plutôt que d'entendre sous réserve Mme Debruche en tant que témoin expert et de ne trancher ensuite l'objection préalable que dans le jugement final. Il y a là non seulement un souci d'efficacité judiciaire, lié à la règle de la proportionnalité dictée par le Code de procédure civile, mais aussi une question de principe.

En effet, lorsque l'objection au dépôt d'un rapport d'expertise et au témoignage de son auteur porte non seulement sur la pertinence, l'utilité ou la valeur probante de la preuve en cause, mais aussi et surtout sur sa recevabilité en droit, le juge qui en est saisi, à quelque étape du dossier que ce soit, devrait en décider dès que possible, de façon à éviter aux parties des frais et délais inutiles. Le principe s'impose de façon plus impérative encore lorsque, comme ici, l'inadmissibilité de l'expertise paraît évidente¹⁵⁷³.

¹⁵⁷¹ *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, [2011] 2 R.C.S. 387, 2011 CSC 27, par. 76-77 (le juge Rothstein pour la Cour).

¹⁵⁷² Voir par ex.: *Association professionnelle des audioprothésistes du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 QCCS 3709.

¹⁵⁷³ *Québec (Procureur général) c. IMTT-Québec inc.*, 2016 QCCS 849, par. 8 et 9. Voir aussi : *Levasseur c. Pelmorex Communications inc.*, 2000 CanLII 17864 (QC CS) : « À une époque où tout le monde se soucie des coûts croissants de l'accès au système de justice, les tribunaux devraient supprimer toute procédure inutile qui aurait l'effet d'augmenter les frais et déboursés des parties ».

Bien que cela ne soit pas toujours facile, l'idéal est, selon nous, que le juge saisi au préalable d'une objection à l'expertise en matière constitutionnelle puisse en décider dès lors, afin de définir dès le départ l'objet de la preuve et d'éviter qu'une partie doive subir les frais d'une contre-expertise. Autrement dit, l'accès à la justice et le contrôle de ses coûts sont moins bien servis lorsque le juge tranche une objection sur l'admissibilité de la preuve en même temps que son jugement sur le fond. Plus vite il se décide, plus vite il déclare l'expertise inadmissible, et plus les coûts sont réduits.

En tout état de cause, l'admissibilité d'une expertise n'est jamais définitive. Comme la Cour suprême du Canada l'a rappelé dans l'arrêt *Sekhon*, le juge doit s'assurer que l'expert demeure dans son rôle et que son témoignage satisfasse en tout temps aux critères de l'arrêt *Mohan*. Le juge ne peut se baser sur des passages inadmissibles dans son jugement final¹⁵⁷⁴. Par exemple, dans l'arrêt *Comeau*, aucune objection n'avait été formulée à l'encontre des expertises qui ont été utilisées par le juge de la Cour provinciale pour interpréter la Constitution¹⁵⁷⁵. Cela n'a pas empêché la Cour suprême du Canada d'intervenir *a posteriori* pour corriger l'erreur¹⁵⁷⁶.

En dernier lieu, soulignons que notre opinion défavorable à l'expert en droit, même celle concernant le droit comparé ou le droit international, n'est pas une opposition à la pertinence de plaider ces éléments à titre de droit substantiel. Ces experts en droit peuvent tout à fait enfile la toge d'avocat-conseil et plaider les éléments de droit complexes dont ils ont la maîtrise¹⁵⁷⁷. Cela aurait deux effets bénéfiques *a priori* : (1) cela déchargerait l'avocat *ad litem*, qui maîtrise davantage la procédure,

¹⁵⁷⁴ *R. c. Sekhon*, [2014] 1 R.C.S. 272, 2014 CSC 15, par. 46 (le juge Moldaver pour la majorité).

¹⁵⁷⁵ John P. McEVOY, « R. v. Comeau: Expert Evidence at Trial », (2020) 40 *N.J.C.L.* 67, 71.

¹⁵⁷⁶ *R. c. Comeau*, préc., note 10, par. 40 (*per curiam*).

¹⁵⁷⁷ *Parizeau c. Lafrance*, 1999 CanLII 11181 (QC CS), par. 33 :

Rien n'empêcherait le procureur des défendeurs de plaider, après la preuve des faits, les divers arguments de droit soulevés dans l'opinion du professeur Ouellette. On pourrait même faire plaider le professeur Ouellette lui-même ou tout autre spécialiste émérite, à titre d'avocat-conseil, si on en sentait le besoin en raison de la complexité particulière des questions de droit soulevées au dossier. La seule interdiction qui est faite ici est d'introduire l'opinion juridique du professeur Ouellette en preuve, rien de plus, rien de moins. [Notre soulignement]

du devoir de maîtriser de fond en comble les points de droit complexes (et ferait donc baisser les coûts à cet égard), et (2) cela éviterait de mettre à risque la valeur probante d'une expertise factuelle importante et crédible par l'inclusion de certains éléments de plaidoirie juridique qui pourraient faire douter le tribunal.

De même, si l'expertise en droit et la preuve du droit est prohibée, les tribunaux ne devraient pas exiger la preuve des valeurs ou de l'importance de certains droits. Certains droits sont constitutionnalisés. Comme le professeur Alan Young l'a montré, on ne peut les « prouver », et il est injuste de demander aux parties de le faire¹⁵⁷⁸.

À titre d'exemple, dans une récente contestation constitutionnelle du couvre-feu au Québec dans le contexte de la pandémie de COVID-19, la Cour supérieure du Québec a affirmé que le demandeur de sursis n'avait pas *prouvé* son préjudice causé par l'interdiction de sortir de chez lui après 20h00. La juge Goulet affirme : « La démonstration du préjudice ne peut trouver son fondement sur de simples hypothèses ou suppositions non appuyées »¹⁵⁷⁹.

Le demandeur ne s'appuyait pourtant pas sur des hypothèses, et avait établi un préjudice évident et une violation de ses droits constitutionnels découlant de l'interdiction de sortir après 20h00. C'est seulement à l'étape de la mise en balance des inconvénients suivant le test du sursis constitutionnel (injonction interlocutoire), ou de la justification suivant l'article premier de la *Charte*, que ce préjudice, sur le plan normatif, peut céder le pas à l'objectif de préserver la capacité du système de santé de soigner les malades, et donc au droit constitutionnel à la vie, à la sécurité et à la protection contre les traitements cruels ou inusités. En définitive, la juge a présenté comme un jugement de fait, reposant sur la suffisance de la preuve, une décision qui portait réellement sur l'importance relative du droit constitutionnel de se déplacer librement. Des recherches ultérieures pourraient sans doute montrer

¹⁵⁷⁸ A. N. YOUNG, préc., note 200, 630 ; M. PAL, préc., note 48, 154.

¹⁵⁷⁹ *Desrochers c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 311, par. 36 (permission d'appeler refusée : 2021 QCCA 275).

d'autres exemples de ce phénomène où les tribunaux demandent de la preuve sur l'importance d'un droit ou d'une valeur.

Cette importance relative des droits constitutionnels relève, en partie, des propositions normatives ou d'opportunité. Ces aspects doivent être plaidés. En définitive, il ne faut pas transformer des questions de droit en questions de fait appelant une preuve coûteuse et inutile.

3.2 Les exceptions à l'irrecevabilité du ouï-dire dans les litiges constitutionnels et les défis posés par l'utilisation de l'écrit pour prouver des faits matériels

Le titre 2 a démontré que, tant en matière constitutionnelle que dans les autres domaines, l'utilisation de la connaissance d'office pour recevoir des textes rapportant des faits est limitée aux « sources facilement accessibles d'une exactitude incontestable »¹⁵⁸⁰. Il faut donc prouver les faits qui ne sont pas raisonnablement incontestables, surtout lorsqu'ils ont une influence sur l'issue du jugement. Comme les faits législatifs et sociaux contestables sont généralement complexes, et qu'ils émanent de plusieurs sources, l'expertise est le moyen de preuve préféré par les tribunaux pour les établir, ce que nous avons démontré à la section 3.1. En somme, les textes rapportant les faits législatifs et sociaux sont bien souvent déposés ou évoqués par un expert, et l'opinion de l'expert en fait donc la preuve par exception à la règle du ouï-dire¹⁵⁸¹.

La présente section vise à solutionner les cas où la connaissance d'office ne suffirait pas, et où un document serait déposé pour faire preuve de son contenu sans le concours d'un expert ou d'un autre témoin habile. Cela est, en principe, du ouï-dire inadmissible (3.2.1). Néanmoins, certains auteurs avancent qu'il existe une exception à la règle du ouï-dire pour permettre de prouver les faits législatifs par le simple dépôt d'écrits les rapportant. De fait, les tribunaux semblent parfois référer à des écrits pour prouver des faits autrement que par l'entremise d'une opinion d'expert (3.2.2). Encore une fois, il s'agit de vérifier dans quelle mesure le droit de la preuve en matière constitutionnelle se distingue des règles habituelles. Selon nous, cette utilisation du simple écrit pour prouver des faits législatifs ou sociaux s'explique en raison de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire codifiée à l'article 2870 C.c.Q, lorsque l'écrit en question bénéficie de garanties suffisantes de fiabilité.

¹⁵⁸⁰ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 1225, par. 77 (le juge Iacobucci pour la Cour).

¹⁵⁸¹ *Supra*, section 3.1.1.1.

De plus, à moins qu'une règle d'exclusion particulière ne s'applique¹⁵⁸², des témoins ordinaires peuvent rapporter des faits dont ils ont personnellement connaissance, et qui éclaireront sur l'existence de faits législatifs et sociaux¹⁵⁸³. Cependant, une forme de souplesse au droit de la preuve existe en matière autochtone pour permettre aux membres de ces communautés de témoigner sur leur passé ancien et leurs traditions orales par exception à la règle du ouï-dire (3.2.3).

3.2.1 La preuve documentaire des faits législatifs et sociaux : un témoignage écrit ou une preuve documentaire autonome ?

Un document qui n'est pas établi par un témoin qui a une connaissance personnelle des faits rapportés peut-il faire preuve de son contenu? Éclaircir cette question commande de comprendre la logique de la règle interdisant le témoignage par ouï-dire.

Comme une personne aura nécessairement mis par écrit sa perception des faits, introduire un écrit rapportant un fait revient à introduire un témoignage non assermenté et non sujet au contre-interrogatoire. À moins qu'il tombe sous le coup d'une exception à la règle du ouï-dire consacrée par la législation ou la common law, ou qu'il soit introduit par un témoin compétent, un tel document ne fait pas preuve de son contenu.

Voyons d'abord la règle du ouï-dire en common law (3.2.1.1), puis sa codification québécoise (3.2.1.2). Ensuite, nous verrons quel effet le droit canadien donne au dépôt de documents scientifiques lors d'un témoignage d'expert (3.2.1.3).

3.2.1.1 La common law

Le ouï-dire est une expression haute en couleur, que les tribunaux ont longtemps refusé de définir exhaustivement de peur d'en exclure certaines composantes

¹⁵⁸² Pensons à la pertinence, à l'inconnaisabilité des motifs (*supra*, p. 150 et suiv.), au privilège parlementaire, au privilège de la Couronne (C.p.c., art. 283), voire même à la règle du *sub judice*.

¹⁵⁸³ Voir par ex. : *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 18.

essentielles¹⁵⁸⁴. Elle rend compte d'une méfiance à l'endroit de la preuve de constatations faites par une personne (1) qui ne serait pas assermentée et (2) que les parties ne pourraient pas contre-interroger¹⁵⁸⁵. Les juges John Sopinka, Sidney Lederman, Alan Bryant et Michelle Fuerst définissent le oui-dire ainsi :

Written or oral statements, or communicative conduct made by persons otherwise than in testimony at the proceeding in which it is offered, are inadmissible, if such statements or conduct are tendered either as proof of their truth or as proof of assertions implicit therein¹⁵⁸⁶. [Notre soulignement]

Essentiellement, la règle du oui-dire empêche de prouver la déclaration écrite ou orale d'une personne qui ne témoigne pas sous serment à l'instance et sujette au contre-interrogatoire, dans le but de prouver la véracité de son contenu¹⁵⁸⁷.

Cette règle de principe, qui structure le droit de la preuve canadien, connaît néanmoins de multiples exceptions prétoriennes et légiférées.

En Angleterre et au Canada, les tribunaux ont créé plusieurs exceptions de common law permettant de recevoir des déclarations extrajudiciaires, lesquelles sont décrites dans les divers traités de preuve canadiens¹⁵⁸⁸.

¹⁵⁸⁴ *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 60 (le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci pour les juges Gonthier et Cory).

¹⁵⁸⁵ *R. c. Bradshaw*, [2017] 1 R.C.S. 865, 2017 CSC 35, par. 20 (la juge Karakatsanis pour la majorité) ; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 60 (le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci pour les juges Gonthier et Cory) ; *R. c. Abbey*, préc., note 1419, 41 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour) :

[...] la common law a en horreur toute preuve qui n'a pas été présentée sous serment et qui n'a pas été soumise à l'épreuve du contre-interrogatoire. On estime que le témoignage rendu sous serment et le contre-interrogatoire constituent les meilleures garanties de la véracité des déclarations de faits présentées.

Voir aussi : G. CUDMORE, préc., note 1436, p. 26.

¹⁵⁸⁶ J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, préc., note 37, par. 6.2. Voir aussi : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 739 ; *R. c. Bradshaw*, préc., note 1585, par. 1 (la juge Karakatsanis pour la majorité) :

Le oui-dire est une déclaration extrajudiciaire présentée pour établir la véracité de son contenu. Il est présumé inadmissible puisqu'en l'absence de la possibilité de contre-interroger le déclarant au moment où il fait sa déclaration, il est souvent difficile pour le juge des faits d'en évaluer la véracité.

¹⁵⁸⁷ Il faut donc distinguer ce cas de celui où la déclaration prouvée est, en soi, un fait en litige (ex. : diffamation) ou consiste en l'expression d'une intention, d'un acte de volonté ou d'un acte juridique : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 398 et par. 763. Voir aussi : *R. c. Abbey*, préc., note 1419, 41 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour) ; *R. c. O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591, 593 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour).

À partir des années 1970, la common law canadienne a changé profondément. Tandis que la Chambre des Lords a refusé de modifier le droit anglais relatif aux exceptions à la règle du oui-dire¹⁵⁸⁹, laissant au Parlement le rôle de le faire¹⁵⁹⁰, la Cour suprême du Canada a conduit une réforme *raisonnée* et *princielle* pour gouverner ces exceptions¹⁵⁹¹.

Depuis l'arrêt *Ares c. Venner*¹⁵⁹², mais surtout depuis l'arrêt *Khan*¹⁵⁹³, les exceptions faites doivent être *nécessaires* et *fiabes* dans les circonstances de l'affaire¹⁵⁹⁴, sans nécessairement épouser les exceptions prétorienne antérieurement définies. Dans l'arrêt *Ares c. Venner*, il s'agissait d'utiliser les notes d'un dossier médical et, dans l'arrêt *Khan*, d'utiliser la déclaration orale d'un enfant victime d'abus sexuel.

Par exemple, des rapports de l'ONU ont été reçus dans l'affaire *Araya c. Nevsun Resources Ltd.*, pour des raisons de garanties circonstancielle de fiabilité, pour établir que les tribunaux de l'Érythrée ne seraient pas un forum approprié pour trancher des allégations d'esclavage dans une affaire de responsabilité civile d'une entreprise¹⁵⁹⁵.

Ajoutant au droit commun jurisprudentiel une exception légiférée, le Parlement fédéral a notamment prévu, à l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, que

¹⁵⁸⁸ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 785-786 ; J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, préc., note 37, ch. 6.

¹⁵⁸⁹ *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, [1964] 2 All E.R. 881, [1964] 3 W.L.R. 145 (C.L.).

¹⁵⁹⁰ Ce qu'il a fait, notamment, par le *Civil Evidence Act 1995*, 1995 c. 38 (R.-U.), qui a abrogé la règle du oui-dire en matière civile.

¹⁵⁹¹ Cette réforme, comme celles en matière de privilèges, a fait passer le droit de la preuve d'un ensemble de règle prévisibles à un ensemble de pouvoirs discrétionnaires : D. M. PACIOCCO, préc., note 27, à la page 13.

¹⁵⁹² *Ares c. Venner*, préc., note 1042 ; F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 70, p. 18 ; *R. c. Lavalée*, préc., note 211, 899 (le juge Sopinka, motifs concordants).

¹⁵⁹³ *R. c. Khan*, préc., note 1042.

¹⁵⁹⁴ *R. c. Bradshaw*, préc., note 1585, par. 23 (la juge Karakatsanis pour la majorité) ; *R. c. Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC 57, par. 2 (la juge Charron pour la Cour).

¹⁵⁹⁵ *Araya c. Nevsun Resources Ltd.*, 2017 BCCA 401 ; S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 19.52.

les écrits d'entreprise ou gouvernementaux « établi[s] dans le cours ordinaire des affaires »¹⁵⁹⁶ font preuve de leur contenu.

3.2.1.2 La codification de la common law au Québec

La common law s'est toujours appliquée en droit civil québécois pour régir le oui-dire, comme la Cour suprême du Canada l'a confirmé dans l'arrêt *Royal Victoria Hospital*¹⁵⁹⁷ en 1974. Le juge LeBel a également souligné, dans l'arrêt *Globe and Mail*, la source anglaise des règles relatives au témoignage¹⁵⁹⁸. C'est pourquoi on trouve, par exemple, dans le traité de preuve civile québécoise de la professeure Catherine Piché¹⁵⁹⁹ les différentes catégories d'exceptions qui sont également recensées dans le traité de preuve du Canada anglais des juges Sopinka, Lederman, Bryant et Fuerst¹⁶⁰⁰.

Alors que le *Code civil du Bas-Canada* s'abstenait de le faire, le *Code civil du Québec* codifie la règle du oui-dire à l'article 2843, en même temps qu'il définit ce qu'est le témoignage. Cet article édicte :

2843. Le témoignage est la déclaration par laquelle une personne relate les faits dont elle a eu personnellement connaissance ou par laquelle un expert donne son avis.

Il doit, pour faire preuve, être contenu dans une déposition faite à l'instance, sauf du consentement des parties ou dans les cas prévus par la loi. [Notre soulignement]

La notion même de témoignage est donc consubstantiellement liée à celle de la prohibition du oui-dire¹⁶⁰¹. Sauf exception, on ne peut témoigner que de ce qu'on connaît personnellement, et un témoignage valable est fait à l'instance. Les articles

¹⁵⁹⁶ *Loi sur la preuve au Canada*, par. 30(1). Voir : *R. v. Smith*, 2011 ABCA 136, par. 15 (la juge Bielby pour la Cour).

¹⁵⁹⁷ *Royal Victoria Hospital et al. c. Morrow*, préc., note 255, 508 (le juge Pigeon pour la Cour). Voir aussi : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 726 ; *Gerling Globale compagnie d'assurances générales c. Service d'hypothèques Canada-vie Itée*, 1997 CanLII 10065 (QC CA).

¹⁵⁹⁸ *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 253, par. 40 (le juge LeBel pour la Cour).

¹⁵⁹⁹ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 785-786.

¹⁶⁰⁰ J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, préc., note 37.

¹⁶⁰¹ Claude MARSEILLE, « Prohibition des témoignages écrits », dans Claude MARSEILLE (dir.), *Les objections à la preuve en droit civil*, Markham, LexisNexis, 2015, par. 36-2.

277, 279 et 280 du *Code de procédure civile* codifient également la common law, en ce qu'ils exigent le serment et prévoient que la déposition est faite à l'audience, devant les parties, lesquelles ont droit à l'interrogatoire ou au contre-interrogatoire. Comme l'avait expliqué le juge Pigeon, ces règles sont intimement liées à la prohibition du ouï-dire¹⁶⁰².

En droit civil québécois, de nombreuses dispositions législatives permettent à une déclaration extrajudiciaire ou à un écrit, assermentés ou non, de faire preuve de leur contenu. C'est notamment le cas de plusieurs articles du chapitre *De l'écrit* dans le livre *De la preuve* du *Code civil du Québec*¹⁶⁰³. En plus de prouver les actes juridiques qu'ils contiennent, ils peuvent également rapporter valablement certains faits matériels.

C'est notamment le cas « des faits que l'officier public avait mission de constater ou d'inscrire »¹⁶⁰⁴ dans un acte authentique. Ainsi, puisque les documents officiels du Parlement et du gouvernement du Canada et du Québec sont authentiques, les faits *constatés par le greffier* d'une chambre parlementaire, du Conseil exécutif ou du Conseil privé de la Reine pour le Canada, et rapportés dans les documents officiels comme les « lettres patentes, les décrets et les proclamations »¹⁶⁰⁵, font preuve de leur contenu. Il s'agit alors des faits constatés par l'officier public, et non de tous les faits rapportés dans ces documents officiels.

Si cela couvre le *verbatim* des débats parlementaires¹⁶⁰⁶, les faits historiques ou de société mentionnés par les députés ne sont pas prouvés par le simple dépôt d'une copie authentique du *Hansard*. Ainsi en est-il des considérants d'un décret du gouvernement ou d'un arrêté ministériel. Il est d'usage, dans les documents officiels parlementaires ou gouvernementaux, d'alléguer des faits permettant d'asseoir la validité des mesures prises en fonction des tests du droit constitutionnel et administratif. Cela ne fait pas, en soi, preuve de ces faits. Rappelons que même

¹⁶⁰² *Royal Victoria Hospital et al. c. Morrow*, préc., note 255, 506 (le juge Pigeon pour la Cour).

¹⁶⁰³ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 763.

¹⁶⁰⁴ C.c.Q., art. 2818.

¹⁶⁰⁵ C.c.Q., art. 2814, par. 2.

¹⁶⁰⁶ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 267.

un jugement d'un tribunal judiciaire, qui est un acte authentique, ne fait pas preuve de tous les faits qui y sont rapportés¹⁶⁰⁷.

Sur le plan pratique, il est rare que des copies authentiques de ces documents soient déposés puisqu'ils sont, surtout à l'ère d'Internet, des « sources facilement accessibles d'une exactitude incontestable »¹⁶⁰⁸ qui sont donc connues d'office quant aux propos tenus. Les juges peuvent donc suppléer au défaut de les produire sous forme de pièces.

De plus, le *Code de procédure civile* permet, dans certains cas, la preuve des faits par des déclarations assermentées¹⁶⁰⁹. C'est notamment le cas en contexte de pourvoi en contrôle judiciaire, ce qui comprend les demandes en déclaration d'inconstitutionnalité dans le contexte procédural civil devant la Cour supérieure¹⁶¹⁰. Le *Code* permet également, à l'article 292, la preuve de faits secondaires par déclaration. Dans ces cas, la partie qui invoque ces écrits doit être en mesure d'offrir le témoignage oral de leur auteur si une autre partie le demande¹⁶¹¹, et ces documents ne prouveront que des faits simples et non des opinions¹⁶¹².

Ces dispositions législatives ne garantissent donc pas l'admissibilité de tous les documents qui sont déposés dans les instances constitutionnelles.

Lorsqu'un écrit ne tombe pas sous le coup de l'une des dispositions légiférées qui lui permettent de faire preuve de son contenu, il est alors gouverné par l'article 2832 du *Code civil du Québec*. Cet article énonce :

2832. L'écrit ni authentique ni semi-authentique qui rapporte un fait peut, sous réserve des règles contenues dans ce livre, être admis en preuve à titre de témoignage ou à titre d'aveu contre son auteur.

¹⁶⁰⁷ *Supra*, note 918. Voir aussi : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 267, note 54.

¹⁶⁰⁸ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 1225, par. 77 (le juge Iacobucci pour la Cour). Voir aussi : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 144.

¹⁶⁰⁹ C.p.c., art. 106 al. 2 et art. 380 ; 3223701 *Canada inc. c. Darkallah*, 2018 QCCA 264 ; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 RCS 457, 2010 CSC 61, par. 177 (les juges LeBel et Deschamps pour les juges Abella et Rothstein).

¹⁶¹⁰ C.p.c., art. 34 et 529 par. 1.

¹⁶¹¹ C.p.c., art. 222 et 292 al. 2.

¹⁶¹² C. PICHÉ, préc., note 37, par. 778.

Cela signifie que la preuve du contenu d'un « autre écrit » doit, en principe, respecter les règles du témoignage prévues à l'article 2843, dont la règle du oui-dire. Cette dernière requiert : l'exigence d'un témoin en chair et en os, assermenté et sujet au contre-interrogatoire, qui rapporte des faits dont il a personnellement connaissance¹⁶¹³.

En somme, l'article 2832 C.c.Q. nous ramène aux règles du témoignage de l'article 2843. Pris ensemble, ces articles créent une « règle générale de l'exclusion de l'écrit comme moyen d'établir un fait matériel »¹⁶¹⁴ qui codifie la common law¹⁶¹⁵. La professeure Catherine Piché écrit :

L'inadmissibilité du témoignage écrit est une règle générale d'exclusion de preuve. En principe, elle vise tous les cas où un document est utilisé pour remplacer une déposition verbale dans le but d'établir un fait matériel. [...] En principe, l'exclusion du témoignage écrit vise les rapports des enquêteurs ou des agents vérificateurs au service du gouvernement ou des organismes publics ou semi-publics. La simple production de ces documents n'est pas en principe une preuve suffisante des faits qu'ils contiennent¹⁶¹⁶. [Notre soulignement]

S'intéressant précisément au oui-dire en matière constitutionnelle, M^e Monique Rousseau explique qu'un écrit suppose nécessairement un auteur qui l'a rédigé, et qui a constaté ou qui a étudié les faits rapportés. Elle écrit :

Or, dans notre droit, les faits matériels ne peuvent généralement être prouvés par écrit puisque la preuve écrite d'un tel fait résidera nécessairement en la mise par écrit, par un témoin, de la perception qu'il a eue de ce fait. Il s'agira en d'autres termes d'un témoignage écrit qui, selon

¹⁶¹³ *Bouchard-Cannon c. Canada (Procureur général)*, 2012 QCCA 1241, par. 36 à 38 (le juge Chamberland pour la Cour).

¹⁶¹⁴ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 399. Voir aussi : C. MARSEILLE, préc., note 1601, par. 36-3.

¹⁶¹⁵ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 18.9 :

If the document is being tendered to prove the truth of its contents, the hearsay rule will be triggered. The admissibility of the document will then depend on the presence of a hearsay exception, either at common law, by statute, or via the principled approach. The admission of business records is perhaps the most well-known exception to the hearsay rule in the documentary context, though by no means the only one. [Notre soulignement]

¹⁶¹⁶ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 743 et 745.

les règles traditionnelles de preuve, demeure irrecevable en vertu de la prohibition du ouï-dire¹⁶¹⁷. [Notre soulignement]

Ainsi, la Cour d'appel du Québec a déclaré, alors qu'elle considérait l'admissibilité en preuve d'un rapport du vérificateur général, que l'écrit est inadmissible pour prouver un fait, à moins de rencontrer une exception. La Cour écrit :

On peut énoncer, à titre de règle générale, qu'une déclaration écrite ne peut être déposée en preuve lorsque son auteur n'est pas appelé comme témoin et ainsi susceptible d'être contre-interrogé par la partie adverse, à moins que celle-ci n'y consente. Cette règle souffre d'exceptions notamment lorsque l'article 2870 C.c.Q. reçoit application¹⁶¹⁸. [Notre soulignement]

Une décennie plus tard, le juge Chamberland écrivait : « L'écrit qui rapporte un fait matériel ne sera admis en preuve que dans des circonstances exceptionnelles »¹⁶¹⁹. Les écrits scientifiques ou gouvernementaux tombent donc, en principe, dans cette catégorie : ils constituent du ouï-dire qui doit être prouvé par un témoin compétent.

Comme l'écrivent les juges John Sopinka, Sidney Lederman, Alan Bryant et Michelle Fuerst, un document en principe inadmissible en raison de la règle du ouï-dire pourra néanmoins être reçu en vertu d'une exception en common law, par une disposition législative ou en vertu de l'approche prétorienne raisonnée et principielle¹⁶²⁰.

Les articles 2869 et suivants du *Code civil du Québec* codifient l'approche raisonnée et principielle quant au ouï-dire, et permettent donc d'utiliser des écrits

¹⁶¹⁷ M. ROUSSEAU, préc., note 32, p. 47. Voir aussi, au même effet : John H. WIGMORE, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, 2^e éd., vol. 3, Boston, Little, Brown & Co., 1904, p. 2169, § 1690.

¹⁶¹⁸ *Dubé c. Cliche*, 2003 CanLII 75333 (QC CA), par. 28 (*per curiam*). Voir aussi : *Groupe Royal inc. c. Crewcut Investments Inc.*, préc., note 37, par. 109 à 120 (*per curiam*) (bons de commande, captures d'écran, fichiers comptables et documents Excel) ; *CHSLD juif de Montréal c. Entreprises Francer inc.*, 2008 QCCA 2402, par. 43 (le juge en chef Robert pour la Cour) (états financiers non vérifiés).

¹⁶¹⁹ *Bouchard-Cannon c. Canada (Procureur général)*, 2012 QCCA 1241, par. 36 à 38 (le juge Chamberland pour la Cour).

¹⁶²⁰ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 18.9, cité *supra*, note 1615.

pour prouver leur contenu dans la mesure où les deux critères de nécessité et de fiabilité sont rencontrés¹⁶²¹. Le juge Schragger écrit :

L'exercice doit tenir compte du fait que la crédibilité de l'auteur ne pourra être directement évaluée et qu'elle ne pourra être mise en doute par le moyen du contre-interrogatoire¹⁶²².

Les écrits établis dans le cours normal des activités d'une entreprise au sens de l'article 1525 C.c.Q. bénéficient par ailleurs d'une présomption de fiabilité¹⁶²³.

La figure suivante résume la mécanique de la règle du oui-dire en ce qui concerne les écrits servant à prouver un fait matériel, et sa codification en droit québécois :



Figure 5 : Preuve d'un fait matériel rapporté par écrit¹⁶²⁴

¹⁶²¹ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 767 ; *Cousineau c. Intact, compagnie d'assurances*, 2019 QCCA 1022, par. 37 à 39 (le juge Schragger pour la Cour) ; *Felvic inc. c. A & A démolition (Québec) ltée*, 1996 CanLII 6018 (QC CA).

¹⁶²² *Cousineau c. Intact, compagnie d'assurances*, 2019 QCCA 1022, par. 37 à 39 (le juge Schragger pour la Cour).

¹⁶²³ C.c.Q., art. 2870 al. 3.

¹⁶²⁴ Lorsque l'écrit n'est pas utilisé pour prouver ce qu'il rapporte, soit parce qu'il est, en lui-même, un fait en litige, ou qu'il prouve une intention, un acte de volonté ou un acte juridique, ce schéma (et la règle du oui-dire) ne trouve pas application : *supra*, note 1587. Il demeurera néanmoins à

Les tribunaux québécois ont régulièrement insisté à l'effet que l'auteur de l'écrit puisse « légalement [en] déposer », comme le prévoit l'article 2870. Cela signifie, en principe, que le ouï-dire multiple est prohibé, tout comme le témoignage d'opinion, lequel doit respecter les règles de l'expertise¹⁶²⁵. Dans l'arrêt *Dubé c. Cliche*, la Cour d'appel du Québec écrit que « des éléments de ouï-dire, des conclusions, des recommandations, des interprétations de la réglementation, des opinions, etc. »¹⁶²⁶, qui étaient contenus au rapport du vérificateur général, ne peuvent pas être prouvés via l'exception de l'article 2870. En droit québécois, cette exception ne permet donc que de prouver les faits simples rapportés, même si l'auteur de l'écrit pourrait se qualifier à titre d'expert.

La professeure Catherine Piché est néanmoins d'avis que cette approche est trop rigide et qu'il y aurait des cas où une opinion de fait contenue dans un écrit pourrait être fiable et devrait donc être admise en vertu de l'article 2870¹⁶²⁷. Cela devrait être le cas selon nous, dans la mesure où les autres parties ont la possibilité réaliste de présenter une contre-expertise. Il arrive des situations où une personne non disponible pour témoigner fait état par écrit d'une opinion de fait de manière beaucoup plus fiable qu'un expert embauché par une partie¹⁶²⁸. Par exemple, lorsque l'État a consacré d'énormes ressources à une commission d'enquête, laquelle a peut-être même été présidée par un juge qui avait le pouvoir de contraindre à témoigner, les constatations qui sont faites quant aux faits de société

prouver l'authenticité de l'écrit, par exemple par une mise en demeure de reconnaître l'origine et l'intégrité du document : C.p.c., art. 264. Il semblerait aussi que l'on puisse connaître d'office l'authenticité d'un document, comme tout autre fait raisonnablement incontestable : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 1044, p. 96.

¹⁶²⁵ *Dubé c. Cliche*, préc., note 1618, par. 30 (*per curiam*) ; *Bouchard-Cannon c. Canada (Procureur général)*, 2012 QCCA 1241, par. 44 (le juge Chamberland pour la Cour) ; *Despec Supplies Inc. c. Royal & Sun Alliance Insurance PLC*, 2006 QCCA 145, par. 11 (*per curiam*) ; *Itenberg c. Breuvages Cott inc.*, 2000 CanLII 7586 (QC CA), par. 19 (le juge Baudoin pour la Cour) ; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 774.

¹⁶²⁶ *Dubé c. Cliche*, préc., note 1618, par. 30 (*per curiam*). Voir aussi : *Commission scolaire du Chemin-du-Roy c. Morin*, 2018 QCCA 2085. Voir aussi : *Barrette c. Union canadienne (L'), compagnie d'assurances*, 2013 QCCA 1687, par. 46 (la juge Bélanger pour la Cour).

¹⁶²⁷ La Commission de réforme du droit du Canada avait fait la même proposition : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 766, p. 20 ; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 1044, p. 30 et 84 (al. 31 a) et b) du projet de *Code de la preuve*.

¹⁶²⁸ Voir par exemple : *R. v. Meadowbrook Management Ltd.*, préc., note 1153, par. 29 ; *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCS 5076, par. 86 et suiv. (un rapport préparé avant le litige a été reçu à titre de rapport d'expert). Évidemment, ces opinions de fait n'auront pas nécessairement une valeur probante absolue sur tous les points.

sont plus fiables que bien des rapports d'experts. Il est cependant souhaitable qu'une opinion de fait qui serait admise par l'entremise de l'article 2870 soit corroborée et individualisée aux faits de l'affaire par un expert disponible pour être contre-interrogé par la partie adverse, surtout si la valeur en litige le justifie.

De plus, l'approche des tribunaux québécois nous semble un peu trop rigide par rapport au ouï-dire multiple. Le pendant fédéral de l'article 2870 en ce qui concerne les écrits d'entreprise ou d'organismes publics, l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, semble permettre le ouï-dire multiple que constituent bien des écrits rédigés dans le cours normal des affaires, comme les données de Statistique Canada¹⁶²⁹. Ces statistiques ont été jugées recevables dans une affaire pénale par la Cour d'appel de la Saskatchewan¹⁶³⁰.

C'était d'ailleurs l'une des préoccupations à l'origine de la réforme du ouï-dire initiée par l'arrêt *Ares c. Venner*¹⁶³¹ : les écrits d'organismes ou d'entreprises ne sont pas toujours attribuables à une seule personne qui pourrait témoigner de mémoire de l'ensemble des faits rapportés. Le ouï-dire multiple est également permis dans les autres provinces dans les mêmes circonstances¹⁶³². Pour des fins de comparaison, rappelons également que le Parlement britannique a tout simplement abrogé la règle du ouï-dire en matière civile en Angleterre¹⁶³³. Évidemment, l'admission de ces éléments ne leur donnerait pas automatiquement une valeur probante.

Semblant faire droit à cet argument, la Cour supérieure du Québec a récemment accepté qu'un fonctionnaire mette en preuve des documents d'un ministère dont il

¹⁶²⁹ *R. v. Raaman*, 2020 ONSC 1672, par. 13 et suiv. ; S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 6.236 et suiv.

¹⁶³⁰ *R. v. Martin*, 1997 CanLII 9717 (SK CA) : « Section 30 would have accomplished little if the author of the data contained in a business record had to be called to testify. The complexity of modern business demands that most records will be composed of information gleaned by the maker from others » (la juge Jackson pour la Cour).

¹⁶³¹ *Ares c. Venner*, préc., note 1042, 625 (le juge Hall pour la Cour).

¹⁶³² S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 6.230.

¹⁶³³ *Civil Evidence Act 1995*, 1995 c. 38 (R.-U.), art. 1.

n'est pas l'auteur, à condition de ne pas ajouter à ce que ces documents énoncent¹⁶³⁴.

En somme, un écrit rapportant un fait doit, pour faire preuve de son contenu, être introduit par un témoin ayant connaissance de ces faits ou être admissibles en vertu d'une exception à la règle du ouï-dire comme celle codifiée à l'article 2870 C.c.Q.

3.2.1.3 *Le rapport entre la preuve d'expert et les documents déposés lors des interrogatoires*

Nous avons vu plus tôt que l'expert peut référer à des sources scientifiques et techniques de son domaine d'expertise afin de prouver une opinion de fait (3.1.1.1). Cela signifie que des documents sont déposés lors de son témoignage et sont cotés comme pièces dans le dossier judiciaire ou font l'objet de citations et de références dans son rapport. Nous avons conclu, à partir de la jurisprudence, que cela faisait preuve des faits rapportés.

Inévitablement, des parties ou des membres du tribunal voudront utiliser ces documents afin d'en tirer des faits qui n'auront pas nécessairement été mentionnés par l'expert. Dans le droit judiciaire normalement applicable, ces documents ne font preuve que par le truchement de l'opinion de l'expert, comme la Cour suprême du Canada l'a établi¹⁶³⁵. La common law canadienne se distingue donc de la common law d'Angleterre et du droit américain sur ce point.

Dans l'arrêt *Marquard*, une affaire de voies de fait graves par une grand-mère sur sa petite-fille, la Couronne avait tenté d'établir certains faits scientifiques lors du contre-interrogatoire d'un expert. En Cour suprême du Canada, la juge McLachlin (plus tard juge en chef) a établi qu'il faut que l'expert reconnaisse l'autorité d'une source pour que l'avocat puisse lire cette source afin d'interroger ou de contre-interroger l'expert et qu'elle fasse partie de la preuve. Elle écrit :

¹⁶³⁴ *Compagnie Commonwealth Plywood Itée c. Procureure générale du Québec*, 2020 QCCS 2766, par. 43 à 54.

¹⁶³⁵ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 12.231.

Lorsqu'on interroge un témoin expert sur d'autres opinions d'expert exprimés dans des études ou des livres, la procédure à suivre est de demander au témoin s'il connaît l'ouvrage. Dans la négative, ou si le témoin nie l'autorité de l'ouvrage, l'affaire en reste-là. Les avocats ne peuvent lire des extraits de l'ouvrage puisque ce serait les introduire en preuve. Dans l'affirmative, et si le témoin reconnaît l'autorité de l'ouvrage, alors il le confirme par son propre témoignage. Des extraits peuvent être lus au témoin, et dans la mesure où ils sont confirmés, ils deviennent une preuve dans l'affaire¹⁶³⁶. [Notre soulignement]

C'est seulement lorsqu'un expert approuve le contenu d'un écrit qui lui est présenté, ou qu'il l'invoque, que cet écrit fait partie de la preuve.

En somme, c'est l'expertise qui fait preuve et non les écrits rapportés. Lorsque l'avocat lit un extrait à un expert, que ce soit pour tester sa crédibilité ou autrement, cet extrait ne fait pas preuve jusqu'à ce que l'expert le confirme¹⁶³⁷. Les juges John Sopinka, Sidney Lederman, Alan Bryant et Michelle Fuerst écrivent : « If the witness adopts a passage in the text, it is the expert's and not the text writer's opinion that is the evidence »¹⁶³⁸.

Par contre, en Angleterre, le Parlement britannique a aboli la règle du oui-dire telle qu'on la connaît au Canada, sous réserve du respect de certaines règles procédurales. Dans le *Civil Evidence Act 1995*, il a néanmoins réitéré que les :

¹⁶³⁶ R. c. *Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, 251 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la majorité). Voir aussi : R. J. WILLIAMS, préc., note 927, 190-191.

¹⁶³⁷ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 12.231. Voir aussi : D. M. PACIOCCO et L. STUOSSER, préc., note 1, p. 233 ; *Hould c. Financière Manuvie*, 2000 CanLII 18864 (QCCS), par. 59 et suiv. (le juge Morin) ; Donald BÉCHARD avec la collaboration de Jessica BÉCHARD, *L'expert*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2011, *La Référence*, EYB2011EXP18.

¹⁶³⁸ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 12.231. Voir aussi : *Hould c. Financière Manuvie*, 2000 CanLII 18864 (QCCS), par. 63 (le juge Morin) ; S. REYNOLDS et M. DUPUIS, préc., note 1293, à la p. 427 :

La connaissance d'office ne peut s'étendre à un ouvrage spécialisé non introduit en preuve, que le juge ne peut ainsi invoquer dans son jugement, à la suite de ses propres recherches, à l'appui de sa décision. Cet ouvrage doit être mis en preuve par un témoin expert en interrogatoire principal ou en contre-interrogatoire pour en discuter, s'il est en mesure de le faire. Les extraits d'ouvrages scientifiques lus au témoin expert font partie de la preuve si ce dernier en confirme l'autorité dans son témoignage. Ce procédé contourne la prohibition du oui-dire, puisque le fait exprimé par cet auteur absent s'incorpore à un témoignage désormais probant, que peut apprécier le juge.

published works dealing with matters of a public nature (for example, histories, scientific works, dictionaries and maps) are admissible as evidence of facts of a public nature stated in them¹⁶³⁹

Cela signifie que, suivant l'opinion du Parlement britannique, il existait dans la common law anglaise de 1995 une exception à la règle du ouï-dire permettant de prouver les écrits scientifiques relatifs aux faits publics. Le droit anglais se distingue donc du droit canadien sur ce point.

Ainsi en est-il du droit de certaines juridictions des États-Unis qui « [permet] que l'ouvrage soit introduit au dossier lors du contre-interrogatoire lorsqu'il y a une certaine preuve de l'autorité générale de l'ouvrage, ou que le juge est disposé à l'accepter d'office »¹⁶⁴⁰.

La juge L'Heureux-Dubé, fidèle à sa position visant à étendre le domaine de la connaissance d'office, aurait préféré suivre le droit américain sur ce sujet. Selon elle, la connaissance d'office et le reste de la preuve au dossier pourraient permettre d'établir la véracité ou l'autorité du contenu d'un écrit scientifique. Dans sa dissidence de l'arrêt *Marquard*, elle écrit :

En revanche, dans plusieurs États américains, de tels traités peuvent être utilisés à des fins beaucoup plus larges. Wigmore explique la raison d'être de la règle comme suit: une grande partie des témoignages d'experts consiste en des renseignements obtenus à même ces sources, et il existe des garanties suffisantes de crédibilité qui permettent d'établir un parallèle entre les traités scientifiques et le témoignage de vive voix d'un témoin expert (*Wigmore on Evidence* (Chadbourn revision 1976), vol. 6, par. 1690-92). L'exception à l'exclusion du ouï-dire qui s'applique à ce genre de traités en vertu de la règle 803(18) des *U.S. Federal Rules of Evidence* permet donc que ces documents soient admis en preuve pourvu qu'ils soient portés à l'attention de l'expert pendant le contre-interrogatoire et que leur autorité soit établie d'une manière fiable. Cela peut être fait par l'admission du témoin lui-même ou d'autres experts qui témoignent au procès, ou par connaissance d'office¹⁶⁴¹.

Cela aurait l'avantage d'éviter qu'un expert nie l'autorité d'une publication qui va à l'encontre de ses positions, sans s'expliquer. Nous sommes d'accord avec elle à

¹⁶³⁹ *Civil Evidence Act 1995*, 1995 c. 38 (R.-U.), al. 7(2)a).

¹⁶⁴⁰ *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, 251-252 (la juge McLachlin [plus tard juge en chef] pour la majorité). Voir aussi : M. ROUSSEAU, préc., note 32, à la p. 55.

¹⁶⁴¹ *Id.*, 274 (la juge L'Heureux-Dubé, motifs dissidents).

bien des égards. Si un expert a endossé le contenu d'un écrit, il fait partie de la preuve et devrait pouvoir être opposé à un autre expert. Certains faits et certaines sources connues d'office doivent également pouvoir être utilisées pour confronter l'expert.

Cependant, à l'instar de la common law canadienne, nous croyons que la position anglo-américaine de Wigmore¹⁶⁴² et de la juge L'Heureux-Dubé, visant à reconnaître une exception générale à la prohibition du oui-dire pour les écrits scientifiques, ne devrait pas être entièrement appliquée. *A fortiori* lorsque la valeur du litige le justifie, y compris lorsque la liberté de l'accusé ou la constitutionnalité d'une disposition est en jeu, c'est le rôle de l'expert d'éclairer le tribunal sur les données de la science. On ne peut court-circuiter ce processus par le simple dépôt de passages scientifiques qui ne sont pas expliqués judiciairement par une personne compétente.

Cela dit, force est d'admettre qu'il est plus naturel pour un juge de faire une enquête relevant de l'opinion de faits sur des questions de société, que sur une question de sciences de la nature ou de médecine. De fait, des juges sont régulièrement sollicités par les gouvernements des provinces ou du fédéral pour mener de telles enquêtes sur des faits de société. Il suffit de référer aux commissions Gomery, Bastarache ou Charbonneau, dans lesquelles des juges devaient tirer des inférences de faits complexes et, ensuite, procéder à des recommandations législatives. Il serait curieux que les opinions de faits tirées lors de ces enquêtes lourdement financées, et ratissant de manière large un domaine d'activité grâce au pouvoir de contrainte à témoigner, ne soient pas admissibles dans une procédure judiciaire en droit public, alors que l'est le rapport d'un chercheur mandaté par une partie ou le tribunal, qui ne bénéficie pas de toutes ces ressources. Néanmoins, les règles de preuve sur l'opinion de fait exigent que l'expert soit disponible pour être contre-interrogé sur son rapport, et que l'expert

¹⁶⁴² J. H. WIGMORE, préc., note 1617, p. 2172 et suiv., § 1691 et suiv. Pour Wigmore, la fiabilité des écrits scientifiques s'explique par la volonté des auteurs de préserver leur réputation, et par la critique que font les autres savants du domaine.

individualise les données scientifiques aux faits de l'affaire dans laquelle il témoigne.

3.2.2 Les faits législatifs et sociaux : une exception à la règle du oui-dire ?

En principe, un ouvrage, un article scientifique, un rapport de commission d'enquête ou tout autre écrit rapportant un fait législatif et social n'établit donc pas judiciairement son contenu à moins qu'il soit introduit en preuve par un expert, que le fait rapporté soit raisonnablement incontestable au sens des règles sur la connaissance d'office ou qu'il existe une exception légiférée ou prétorienne à la règle du oui-dire.

En 2002, et donc avant que la Cour suprême du Canada insiste sur l'importance de l'expert en contexte constitutionnel¹⁶⁴³, M^e Monique Rousseau a avancé qu'il existait une telle exception à la règle du oui-dire pour prouver les faits législatifs par le simple dépôt de documents¹⁶⁴⁴. Elle écrit :

En pratique, au Québec, les procureurs qui veulent invoquer des faits législatifs devant une cour de justice le font fréquemment par le simple dépôt des documents pertinents (statistiques, rapports, législations étrangères, etc.), soit par une partie ou par un témoin au courant de leur existence, soit par l'avocat lui-même, cette technique s'apparentant au dépôt d'un « Brandeis Brief » en droit américain¹⁶⁴⁵.

Selon M^e Rousseau, cette exception découlerait de l'article 2870 ou de la common law de droit public du Québec¹⁶⁴⁶. Cette position est aussi celle de M^{es} Andrew Lokan et Christopher Dassios, en autant que le document présenté est fiable et non contentieux¹⁶⁴⁷.

Certains exemples jurisprudentiels montrent effectivement que de simples écrits sont parfois invoqués dans les motifs, notamment pour contredire un expert sur l'existence d'un fait législatif ou social (3.2.2.1). Il faut néanmoins rappeler la

¹⁶⁴³ *Supra*, section 3.1.1.2.

¹⁶⁴⁴ M. ROUSSEAU, préc., note 32.

¹⁶⁴⁵ *Id.*, à la p. 48.

¹⁶⁴⁶ *Id.*, à la p. 54.

¹⁶⁴⁷ A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-26.4.

similitude, et les différences, entre, d'une part, une *exception à la règle du oui-dire* quant à des faits généraux et, d'autre part, la *connaissance d'office* de ces mêmes faits, laquelle peut aussi expliquer ces utilisations (3.2.2.2). Il faut également distinguer l'utilisation des documents afin de prouver l'*intention* de ses rédacteurs, et prouver des *faits qu'ils pourraient avoir mentionnés* (3.2.2.3). Il faut aussi se demander si les exceptions traditionnelles de common law relatives aux documents anciens, historiques ou publics peuvent expliquer cette utilisation des documents (3.2.2.4). Sinon, l'exception raisonnée codifiée à l'article 2870 peut parfois trouver application (3.2.2.5). À terme, l'ensemble de ces considérations nous ramènent à la question centrale : y aurait-il une souplesse particulière du droit de la preuve à cet égard en matière constitutionnelle? Encore une fois la tentation de certains à soutenir l'existence d'un exceptionnalisme en matière de preuve dans les litiges de droit constitutionnel ne résiste pas à l'épreuve du temps et à l'analyse du droit positif.

De plus, les objections fondées sur le oui-dire, en dehors du cadre criminel ou pénal, sont essentiellement facultatives. Cela veut dire qu'il est possible que le oui-dire soit accepté de consentement exprès¹⁶⁴⁸ ou tacite¹⁶⁴⁹, dans la mesure où ni le tribunal ni les parties ne s'objecteraient. L'acceptation de documents en matière constitutionnelle peut donc également s'expliquer par le consentement des parties et du tribunal plutôt que par la « souplesse » du droit de la preuve dans ce type de contentieux.

3.2.2.1 *L'utilisation de documents sans expertise*

Certaines décisions semblent ouvrir la porte à une utilisation de documents sans le concours d'un expert.

¹⁶⁴⁸ C.c.Q., art. 2869.

¹⁶⁴⁹ *Montréal (Ville de) c. St-Pierre (Succession de)*, 2008 QCCA 2329, par. 46 (le juge Morissette pour la Cour).

D'abord, en 1981, alors que la Cour suprême du Canada confirmait la fin de l' « exclusionary rule » en droit constitutionnel¹⁶⁵⁰, le juge Dickson (plus tard juge en chef), écrivait que les documents qui « ne sont pas douteux en soi » devraient être recevables. Il écrit :

Les documents qui sont pertinents aux questions soumises à la cour, qui ne sont pas douteux en soi et qui ne pèchent pas contre l'ordre public devraient être recevables, à la condition que ces documents extrinsèques ne servent pas à l'interprétation des lois¹⁶⁵¹. [Notre soulignement]

Il est difficile de dire si cette expression vise la pertinence des documents ou les moyens permettant d'établir les faits qu'ils contiennent. Ces documents sont-ils reçus par la connaissance d'office ou en vertu d'une exception à la règle du ouï-dire? Cette mention, qui ne pêche donc pas par excès de clarté, est peut-être une simple mise en garde quant à fiabilité des documents utilisés pour établir des faits législatifs. De plus, cette phrase s'accompagne d'une référence à l'« ordre public », ce qui semble réitérer l'application des divers privilèges et immunités de divulgation, dont le privilège de la Couronne et le privilège parlementaire. Cependant, ce passage peut également s'interpréter comme permettant une admission relativement libre des documents rapportant des faits, comme le montre le jugement de la Cour suprême de Colombie-Britannique dans le renvoi sur la polygamie¹⁶⁵².

Dans l'arrêt *SDGMR*, le juge en chef Dickson a admis, dans ses motifs concordants, des articles de journaux annexés à des déclarations assermentées, lesquels étaient la seule preuve de justification d'atteintes aux droits et libertés. Ces articles n'avaient pas été contestés par les parties¹⁶⁵³. D'autres arrêts importants sur la constitutionnalité des règles entourant les poursuites pour conduite avec les facultés

¹⁶⁵⁰ Voir *supra*, section 1.2.2.2.

¹⁶⁵¹ *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, préc., note 111, 723 (le juge Dickson [plus tard juge en chef] pour la Cour).

¹⁶⁵² *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, préc., note 58, par. 114.

¹⁶⁵³ *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460, 478-479 (le juge en chef Dickson, motifs concordants).

affaiblies ont été rendus à partir d'une preuve documentaire admise de consentement¹⁶⁵⁴.

Ensuite, dans l'arrêt *Danson*, alors que le juge Sopinka rejetait la connaissance d'office illimitée et le Brandeis Brief en droit canadien et qu'il insistait sur la preuve faite en première instance, le juge a néanmoins fait le commentaire souvent repris depuis pour soutenir la thèse de l'assouplissement : les faits législatifs « sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères »¹⁶⁵⁵.

Cependant, dans l'arrêt *Morgentaler* de 1988, le juge McIntyre, dissident, a insisté sur l'importance des dépositions sous serment, et donc sur les moyens de preuve légaux traditionnels. Il écrit :

On a produit en outre des textes sous la forme d'articles, de rapports et d'études sur lesquels on a demandé à la Cour de se fonder pour conclure que les possibilités d'obtenir un avortement n'étaient pas les mêmes partout au pays et qu'il pouvait en résulter un grand mécontentement. Tout en reconnaissant que, dans les affaires constitutionnelles, une plus grande latitude a été accordée en ce qui concerne la réception de tels documents, je préfère, pour ce qui est d'examiner les questions de fait, m'appuyer principalement sur les dépositions faites sous serment au cours du procès¹⁶⁵⁶. [Notre soulignement]

Même s'il se faisait l'apôtre de l'approche traditionnelle, le juge McIntyre concédait qu'en matière constitutionnelle, il y avait plus de latitude. Commentant l'arrêt *Morgentaler*, la professeure Marylin MacCrimmon conclut que la preuve produite par les moyens traditionnels a plus de valeur probante¹⁶⁵⁷.

De même, dans l'arrêt *Thomson Newspaper* de 1998, qui portait sur la diffusion de sondages d'opinion dans les jours précédant le vote, le juge Bastarache a longuement étudié la preuve documentaire, dont l'étude Lachapelle qui avait été présentée à une commission¹⁶⁵⁸. Cependant, le professeur Lachapelle avait

¹⁶⁵⁴ *R. v. Seo*, préc., note 1183 (le juge Finlayson pour la Cour) ; A. N. YOUNG, préc., note 200, 639.

¹⁶⁵⁵ *Danson c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 14, 1099 (le juge Sopinka pour la Cour).

¹⁶⁵⁶ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, par. 198 (le juge McIntyre pour le juge La Forest, dissidents).

¹⁶⁵⁷ M. T. MACCRIMMON, préc., note 27, 342. Voir aussi : *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, préc., note 58, par. 127.

¹⁶⁵⁸ *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 747, par. 100 et suiv. (le juge Bastarache pour la majorité).

produit un affidavit en première instance, et il y avait d'autres affidavits de part et d'autre pour expliquer les différents rapports de commission et autres études déposées en preuve¹⁶⁵⁹. Le tout laisse songeur, car bien que le juge de première instance se réfère principalement aux documents publics et gouvernementaux, ces documents ont pourtant été approuvés et introduits par des experts assermentés.

Dans l'ordonnance *Public School Boards' Assn. of Alberta* en 2000, le juge Binnie devait trancher la recevabilité de nouveaux documents en appel dans une affaire constitutionnelle touchant les municipalités et les commissions scolaires. Il a énoncé que les faits législatifs doivent être établis par la connaissance d'office ou par un témoin, et qu'il serait inéquitable de recevoir un élément de preuve controversé sans que la partie adverse ne puisse tester le témoin qui rapporte ces faits. Le juge Binnie écrit :

Un fait législatif est habituellement admis au moyen de la connaissance d'office, qui exige que les « faits » soient à ce point notoires ou exempts de controverse qu'il ne soit pas nécessaire d'en faire la preuve. Un fait législatif peut également être présenté par un témoin. Cependant, on ne peut, sous le couvert d'un « fait législatif », saisir le tribunal d'un élément de preuve controversé, au détriment de la partie adverse, sans permettre convenablement à cette dernière d'en contester la véracité. En l'espèce, la PSBAA tente de produire des éléments apparemment controversés sans recourir à un témoin averti. Elle a produit à l'appui un affidavit faisant état de « la connaissance et la croyance » d'un membre du Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7, qui énumère essentiellement les différentes catégories de la preuve nouvelle à partir de renseignements fournis par l'un des avocats de la partie appelante. L'auteur de l'affidavit ne fait pas mention de compétences ou de connaissances personnelles pertinentes¹⁶⁶⁰.

L'auteur de l'affidavit introduisant ces documents n'avait pas les compétences ou la connaissance personnelle requise pour les prouver, ce qui a contribué au rejet de la demande pour preuve nouvelle en appel. Il faut donc un témoin ordinaire ou

¹⁶⁵⁹ *Thomson Newspaper Co. v. Canada (Attorney General)*, 1995 CanLII 7062 (ON SC) :
The evidence presented to the court took the form of documentary evidence from various commission reports, social science studies and excerpts from Hansard. As well there were a number of affidavits filed. These essentially summarized and commented on the documents submitted directly to the court.

¹⁶⁶⁰ *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, préc., note 332, par. 5 (le juge Binnie siégeant seul).

expert pour introduire des documents rapportant des faits qui ne tombent pas sous le coup de la connaissance d'office. La règle du oui-dire est par conséquent applicable.

Néanmoins, dans l'affaire *Confédération des syndicats nationaux*, la Cour supérieure du Québec a accepté à titre de rapport d'expert un document préparé avant le litige, étant donné la souplesse du droit de la preuve en matière constitutionnelle¹⁶⁶¹.

Dans l'affaire surnommée *Éric c. Lola*, la Cour d'appel du Québec a confirmé la décision de première instance sur une objection. Cette dernière avait refusé le dépôt d'un sondage sur les conjoints de fait par la Chambre des notaires, lequel n'avait pas été introduit en preuve par son auteur. Ce dernier ne pouvant pas être contre-interrogé, la juge Dutil a rejeté le sondage¹⁶⁶².

D'un litige à l'autre, la jurisprudence oscille. On sent que certains documents font parfois preuve en eux-mêmes des faits législatifs et sociaux rapportés, et que l'expert ou un témoin ordinaire ne sert qu'à les introduire ou les commenter. Le professeur Alan Young, dans un rapport pour Justice Canada, recense de nombreux cas où des rapports gouvernementaux semblent avoir été utilisés par la Cour suprême du Canada sans avoir été introduits par un témoin¹⁶⁶³. Il écrit :

En outre, les éléments de preuve législatifs sont souvent disponibles dans les rapports gouvernementaux, et les plaideurs et les tribunaux se sont régulièrement appuyés sur des rapports gouvernementaux sans témoins à l'appui dans le but d'élucider les objectifs législatifs et de prouver les effets de la législation. Même un examen sommaire de la jurisprudence de la Cour suprême durant l'ère de la *Charte* révèle une forte dépendance à l'égard des rapports gouvernementaux pour établir un large éventail de faits législatifs. Les rapports gouvernementaux ne sont pas toujours « généralement acceptés » et ne font pas l'objet de débats. Cependant, les études factuelles sur le droit sont rares, et une enquête ciblée par les législateurs et leurs agents sur les effets de la loi peut n'apporter que des

¹⁶⁶¹ *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCS 5076, par. 86 et suiv.

¹⁶⁶² *Droit de la famille — 102866*, 2010 QCCA 1978, par. 45-46 (la juge Dutil pour la majorité).

¹⁶⁶³ A. YOUNG, préc., note 520, notes 34 et 45.

preuves facilement disponibles pour confirmer le bon sens et les hypothèses raisonnables¹⁶⁶⁴. [Notre soulignement]

Il ajoute néanmoins que ces rapports servent à confirmer le « bon sens et les hypothèses raisonnables », ce qui semble indiquer qu'ils sont une source de connaissance d'office plutôt que de preuve proprement dite.

Dans l'arrêt *Bedford*, la juge en chef McLachlin indique que le jugement a été rendu « à partir du témoignage des demandresses, des déposants et des experts, ainsi que de la preuve documentaire constituée d'études, de rapports de comités d'experts et de documents parlementaires ». Elle a même cité le rapport du juge Goudge sur les erreurs judiciaires pour établir l'importance et la préférence des tribunaux pour l'expertise en matière constitutionnelle. Un rapport de commission d'enquête a donc été utilisé pour établir les faits législatifs permettant d'énoncer une règle sur la preuve des faits législatifs : un simple écrit a été utilisé pour établir qu'il est préférable de recourir à un expert!

Dans l'affaire *Association de la police montée de l'Ontario*, qui participe à un élargissement de la liberté d'association, la Cour suprême du Canada a cité un article scientifique introduit par un expert en première instance pour contredire l'expert en question, et la conclusion de fait tirée à cet égard par le tribunal de première instance¹⁶⁶⁵. Cette approche est à la fois contraire à l'arrêt *Marquard* (les articles scientifiques ne font preuve que par le témoignage de l'expert¹⁶⁶⁶) et à l'arrêt *Bedford* (la norme de contrôle des faits législatifs et sociaux est l'erreur manifeste et dominante¹⁶⁶⁷).

Dans l'arrêt *K.R.J.*, qui portait sur la légalité d'une peine rétroactive, la majorité a exceptionnellement accepté, de consentement, une preuve documentaire nouvelle

¹⁶⁶⁴ A. YOUNG, préc., note 520, p. 17. Voir aussi : A. N. YOUNG, préc., note 200, 634.

¹⁶⁶⁵ Comparer *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, préc., note 36, par. 147 (la juge en chef McLachlin et le juge LeBel pour la majorité) et *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2009 CanLII 15149 (ON SC), par. 87 et 90.

¹⁶⁶⁶ *Supra*, section 3.2.1.3.

¹⁶⁶⁷ *Supra*, section 2.4.2.5.

sur la justification en vertu du test de l'article 1^{er} de la *Charte*. Cette preuve était introduite par deux affidavits¹⁶⁶⁸.

L'arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique* de 2020 portait sur le droit à une école enseignant dans la langue de la minorité. Dans ses motifs majoritaires, le juge en chef Wagner a affirmé que la preuve démographique peut être faite par expertise, mais aussi par des statistiques comme le recensement. Il écrit :

Cette preuve peut notamment s'appuyer sur des témoignages d'experts, sur différents outils statistiques tel le recensement et sur des modèles statistiques qui tiennent compte de la démographie de la communauté en question, de sa situation géographique et de tout autre facteur susceptible d'influer sur le nombre d'élèves concernés¹⁶⁶⁹.

Plus loin, alors qu'il aborde la question du fardeau du procureur général, le juge en chef ajoute : « Cette démonstration peut se faire à l'aide de témoignages d'experts ou de toute autre preuve que la province estime pertinente »¹⁶⁷⁰. Même si on ne peut présumer que la Cour suprême du Canada signale un changement majeur par cette référence à « toute la preuve pertinente », elle jette néanmoins un doute quant à l'admissibilité de la documentation non assermentée.

Ce même doute est soulevé par l'arrêt *Fraser*. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a conclu à l'inconstitutionnalité, en vertu du droit à l'égalité, de la règle empêchant les membres à temps partiel de la GRC de racheter des années équivalent à du travail temps plein pour le calcul de leur pension de retraite. Parlant de la preuve de la discrimination, la juge Abella a indiqué, pour la majorité, que les demandeurs pourraient recourir à « leurs propres éléments de preuve » plutôt qu'à l'expertise. Elle écrit :

Ces éléments [de preuve] peuvent provenir du demandeur, de témoins experts ou d'un avis juridique [TRADUIT de « judicial notice »] (voir *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458). [...] Dans l'évaluation de la preuve au sujet

¹⁶⁶⁸ *R. c. K.R.J.*, [2016] 1 R.C.S. 906, 2016 CSC 31, par. 59-60 (la juge Karakatsanis pour la majorité).

¹⁶⁶⁹ *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 58 (le juge en chef Wagner pour la majorité).

¹⁶⁷⁰ *Id.*, par. 80.

du groupe, les tribunaux doivent garder à l'esprit le fait que les questions qui touchent principalement certains groupes sont parfois sous-documentées. Les demandeurs en question peuvent être obligés de recourir davantage à leurs propres éléments de preuve ou à ceux d'autres membres de leur groupe, plutôt qu'à des rapports gouvernementaux, études universitaires ou témoignages d'experts¹⁶⁷¹. [Notre soulignement]

On ne sait pas quels moyens prendront les « propres éléments de preuve » des demandeurs qui remplaceraient l'expertise, mais on imagine qu'il s'agit de leurs propres témoignages ordinaires. De plus, la formulation des motifs de la juge Abella semble indiquer que les rapports gouvernementaux et les études universitaires sont mis sur le même pied que les témoignages assermentés.

3.2.2.2 *La distinction entre la connaissance d'office et l'exception au oui-dire*

L'utilisation de ces documents publics ne nous indique pas toujours s'ils sont reçus à titre de preuve ou par le biais de la connaissance d'office, comme nous l'avons expliqué à la section 2.3.3.1. L'effort de qualification explicite est le plus souvent omis des motifs des décisions rendues par les juges sur ces questions.

De la preuve à la connaissance d'office, il y a néanmoins des différences entre ces deux modes d'établissement des faits.

D'abord, contrairement aux documents connus d'office, la preuve documentaire est présentée exclusivement par les parties. Elle est contradictoire et déposée dans le respect des règles de procédure et, dans le contexte civil québécois, communiquée au temps prévu par le protocole d'instance¹⁶⁷². Les différents experts ont l'opportunité d'en tenir compte dans leurs rapports. À l'inverse, les autorités qui pourraient s'asseoir sur la connaissance d'office sont déposées très peu de temps avant les audiences¹⁶⁷³.

Ensuite, il n'existe aucune exception au oui-dire permettant d'ajouter des documents durant le délibéré. Si le juge détermine que de la preuve

¹⁶⁷¹ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, par. 57 (la juge Abella pour la majorité).

¹⁶⁷² C.p.c., art. 246.

¹⁶⁷³ Voir par exemple : *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile*, RLRQ, c. C-25.01, r. 0.2.1, art. 5 et 6.

supplémentaire est nécessaire¹⁶⁷⁴, il doit la demander aux parties et rouvrir l'enquête. Toutes les parties pourront être entendues sur la question de fait soulevée par le tribunal, ce qui préserve le principe de la contradiction¹⁶⁷⁵. À l'inverse, sous l'égide de la connaissance d'office, un juge peut compléter la preuve unilatéralement.

Finalement, un fait prouvé n'est pas une conclusion de droit révisable en appel suivant la norme de la décision correcte, contrairement au fait connu d'office. Les conclusions de fait tirées de la preuve ne peuvent être révisées que suivant une erreur manifeste et dominante. La vérité est établie par un procès, et les tribunaux d'appel ne peuvent citer un passage dans un élément de preuve au soutien d'une conclusion de fait différente sans justifier d'une erreur manifeste et dominante¹⁶⁷⁶.

S'ils le font, ils doivent soit citer une autre preuve, soit invoquer que le fait en question était raisonnablement incontestable au point d'être connu d'office.

M^e Monique Rousseau écrit :

D'autre part, les tribunaux ne pourraient prendre connaissance d'office de faits législatifs qui ne sont pas réellement incontestables au cours de leur délibéré, mais ils devraient s'en remettre aux faits mis en preuve par les parties. Dans le cas où un tribunal considérerait que la preuve fournie par les parties est insuffisante pour statuer sur une question constitutionnelle, il pourrait demander aux parties de compléter la preuve produite, ordonner une réouverture des débats (art. 463 C.p.c.) ou même nommer un *amicus curriae* [sic] ou son propre expert (art. 414(1) C.p.c.). Cela aurait pour effet de donner aux parties toutes les opportunités nécessaires pour tenter de contrer la preuve ainsi produite¹⁶⁷⁷.

L'exception à la règle du oui-dire pour prouver les faits législatif et sociaux est donc, en quelque sorte, une solution intermédiaire entre les conceptions stricte et large de la connaissance d'office. Un témoin n'est pas exigé, mais le pouvoir du tribunal est encadré par la participation des parties qui mettent en preuve des documents disposant de garanties circonstanciées de fiabilité.

¹⁶⁷⁴ C.p.c., art. 268.

¹⁶⁷⁵ C.p.c., art. 17.

¹⁶⁷⁶ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 18, par. 53 (la juge en chef McLachlin pour la Cour).

¹⁶⁷⁷ M. ROUSSEAU, préc., note 32, à la p. 55.

Il y a néanmoins une proximité entre les conditions de fond de la connaissance d'office et d'une exception à la règle du oui-dire autour des notions de nécessité et de fiabilité. Dans les deux cas, l'exception est faite parce que c'est nécessaire pour la bonne marche des procès et si la source invoquée est fiable. M^e Stéphane Reynolds et la juge Monique Dupuis écrivent :

La connaissance d'office de certains faits sous-entendus peut s'apparenter à une élision en matière de preuve. Cette connaissance acquise s'alimente de oui-dire, en ce qu'elle introduit silencieusement au dossier, sans support testimonial ou documentaire, la preuve de l'existence d'un fait pertinent. Les parties et le tribunal se fient à la déclaration hors instance et non produite au dossier d'une personne absente, source de cette connaissance communiquée, par exemple l'auteur d'un dictionnaire. Le fait de connaissance d'office est recevable aux conditions de nécessité et de fiabilité qui fondent l'exception à la prohibition du oui-dire énoncée à l'article 2870 C.c.Q. La nécessité résulte de la « déraisonnabilité » à présenter la preuve d'un fait déjà connu et probant ; la fiabilité découle de la notoriété du fait qui le rend raisonnablement incontestable. Cette connaissance officielle traduit une vérité reçue¹⁶⁷⁸.

En définitive, il n'est pas toujours aisé de distinguer les documents connus d'office de ceux que seules les parties peuvent déposer à titre de preuve documentaire lors du procès de première instance.

Dans le renvoi sur la polygamie, la Cour suprême de Colombie-Britannique (l'équivalent de la Cour supérieure du Québec) a admis un nombre important de documents sous la forme d'un Brandeis Brief, du consentement des parties, en plus des témoignages ordinaires et d'expert. Elle a alors rattaché ce procédé à la connaissance d'office, étant donné l'absence de serment ou de témoignage pour les introduire¹⁶⁷⁹. Elle a, du même coup, souligné leur caractère non contesté et non décisif quant à l'issue de l'affaire¹⁶⁸⁰.

À notre avis, du moment où la connaissance d'office est interprétée plus strictement, et où les critères pour dépôt de preuve nouvelle en appel s'appliquent

¹⁶⁷⁸ S. REYNOLDS et M. DUPUIS, préc., note 1293, à la p. 426. Voir aussi : S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 19.52. Ces auteurs parlent de « garanties circonstancielles de fiabilité » entourant des documents au chapitre portant sur la connaissance d'office.

¹⁶⁷⁹ *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, préc., note 58, par. 107. Ces documents avaient été annexés à un mémoire.

¹⁶⁸⁰ *Id.*, par. 121.

en matière constitutionnelle, comme nous l'avons vu à la section 2.4.2, cette utilisation sporadique de documents rapportant des faits s'explique probablement plus par une exception à la règle du ouï-dire (ou par le consentement exprès ou tacite des parties) que par la connaissance d'office. Il est possible que les tribunaux réfèrent à des rapports de commission d'enquête ou d'autres documents publics fiables de leur propre chef, en vertu de la connaissance d'office, mais une partie qui souhaite invoquer tout document, gouvernemental ou scientifique, devrait l'introduire comme pièce en première instance pour éviter tout risque. De plus, il est préférable de recourir à un expert, le moyen de preuve favorisé par les tribunaux.

3.2.2.3 *La distinction entre prouver l'intention et prouver des faits concrets*

Une distinction importante dans le contenu des documents en matière constitutionnelle est celle entre l'intention des acteurs politiques et les faits historiques ou de société qu'ils rapportent. Comme nous l'avons vu à la section sur la norme de preuve (1.4.1), il y a des moments où c'est l'intention du Parlement ou d'un autre acteur qui est un fait pertinent, et d'autres moments où ce sont de véritables faits historiques ou de société qui le sont¹⁶⁸¹. Un document est admissible pour prouver une intention, mais non les faits rapportés.

Parfois, ce sont les faits que le Parlement considérait vrais qui sont en litige. Il s'agit donc de l'intention ou de la croyance du Parlement. Le professeur Peter Hogg a exprimé cette vision de la preuve en droit constitutionnel comme la preuve des croyances des parlementaires. Il écrit :

[La preuve de l'historique législatif] does not involve proof of facts in the normal sens. It is admitted, not to prove the truth of the facts contained therein, but to prove what considerations were taken into account in the process of enactment of a statute¹⁶⁸².

¹⁶⁸¹ Voir notamment : S. BERNATCHEZ, préc., note 159, 202 et suiv.

¹⁶⁸² P. W. HOGG, préc., note 39, p. 60-12, note 45.

Cette phrase n'est pas sans lien avec la *mischief rule* : établir le mal que le Parlement voulait corriger n'est pas prouver ce mal, mais établir ce que le Parlement voulait faire.

On trouve, par exemple, cette distinction dans le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*. Le juge McIntyre a alors cité avec approbation la Cour d'appel de Terre-Neuve dans le même dossier, à l'effet que la preuve extrinsèque n'était pas reçue comme preuve des faits mentionnés, mais comme preuve des faits que le Parlement considérait véridiques et qu'il avait devant lui lors de l'édiction de la loi contestée¹⁶⁸³.

Comme nous l'avons établi précédemment¹⁶⁸⁴, la véracité des faits concrets, historiques ou de société, est dorénavant en litige beaucoup plus souvent que cela était le cas avant l'édiction de la *Charte*, à une époque où la volonté du Parlement était souveraine et incontestable, hormis pour juger quel parlement avait compétence entre celui d'une province, d'Ottawa ou de Westminster.

De nos jours, il subsiste des cas où il faut prouver l'intention des acteurs d'une époque, comme lorsqu'il s'agit d'interpréter une loi constitutionnelle, et d'autres où ce sont les faits de société qu'il faut prouver.

Une déclaration dans un débat parlementaire ou un autre document gouvernemental peut être « instrumentaire » (témoigner d'une intention) et non servir à prouver un fait matériel extérieur, tandis que la même déclaration peut également référer à un fait de société qui pourrait servir à justifier une loi contestée.

Un document ou une parole étayant une intention n'est pas visé par la règle prohibant le oui-dire. La professeure Catherine Piché écrit :

¹⁶⁸³ *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, préc., note 278, 317 (le juge McIntyre pour la Cour). Voir aussi : *Ladore v. Bennett*, 1939 CanLII 270 (UK JCPC), [1939] 3 D.L.R. 1, 3 (Lord Atkin pour le Comité) :

Their Lordships do not cite this report as evidence of the facts there found, but as indicating the materials which the Government of the Province had before them before promoting in the Legislature the statute now impugned [...].

¹⁶⁸⁴ *Supra*, section 1.4.

La règle de l'irrecevabilité de la déclaration extrajudiciaire, créée et développée en raison de la faiblesse relative de la preuve testimoniale, ne s'applique manifestement pas à l'écrit dûment signé par les parties et rédigé pour constater un acte juridique. Par ailleurs, la preuve testimoniale d'un acte juridique est souvent admise. Dans un tel cas, l'interdiction de la preuve par ouï-dire n'empêche pas d'établir une déclaration verbale génératrice d'un droit ou d'une obligation. En effet, une déclaration verbale génératrice d'un droit est la manifestation d'un acte de volonté et non l'établissement d'un fait matériel¹⁶⁸⁵. [Notre soulignement]

En somme, la preuve d'une déclaration qui est un acte de volonté ne pose pas les problèmes de fiabilité que la preuve d'une déclaration qui rapporte un fait extérieur, et donc celle-ci ne met pas en jeu la règle du ouï-dire¹⁶⁸⁶.

Ces propos visant le contexte du droit privé sont également applicables en droit public. Ils expliquent probablement la recevabilité des débats parlementaires pour démontrer l'intention des différents députés, le caractère véritable des lois contestées constitutionnellement et, de nos jours, les interpréter. Ils sont également « raisonnablement incontestables » à cet égard, au sens des règles de la connaissance d'office.

Cependant, le débat parlementaire ne doit pas servir à prouver, outre l'intention du Parlement, des faits matériels contestables comme ceux justifiant une atteinte à la *Charte*. Il est trop facile de mobiliser les députés ou les sénateurs pour justifier d'avance une atteinte à la *Charte*. Un nombre grandissant de membres des chambres parlementaires prend conscience de la mécanique du contrôle de constitutionnalité, et agit en conséquence. Par exemple, le sénateur Serge Joyal, dans un entretien publié, affirmait :

Enfin, c'est une discussion avec les tribunaux : les tribunaux discutent avec le Parlement. Je vous en donne la preuve : lorsque je me livre au débat au Comité des affaires juridiques, je sais que ce que je dis et les questions que je pose aux experts, si celles-ci sont suffisamment fondamentales pour être au cœur d'un litige, seront lues par le ou les juges qui vont entendre l'affaire. Je dis toujours aux sénateurs lorsqu'on commence à débattre d'un projet de loi qui est contesté; nous devons

¹⁶⁸⁵ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 763.

¹⁶⁸⁶ Il faut néanmoins établir l'authenticité, c'est-à-dire l'origine du document et son intégrité (C.p.c., art. 264), pour faire le lien entre la personne et les propos tenus. Cette authenticité est reconnue, dans le cas des débats parlementaires, par l'art. 2814 par. 1 C.c.Q.

parler comme si nous étions devant les tribunaux. Quand je me lève au Sénat, je fais des discours comme si je plaçais devant un juge. J'argumente avec les sénateurs comme j'argumenterais devant un juge, car je sais que s'il y a un conflit sur l'application ou l'interprétation de ce projet de loi, les tribunaux auront recours aux débats, aux opinions qui ont été exprimées autour du projet de loi et à la compréhension qu'en ont les parlementaires¹⁶⁸⁷. [Notre soulignement]

Habile juriste et parlementaire, en plus d'être un habitué des contestations constitutionnelles, le sénateur Joyal montre bien comment les différents gouvernements et parlementaires préparent la contestation éventuelle de leurs lois par la rédaction de rapports qui étayeront leurs positions juridiques et leurs justifications factuelles.

Les parlementaires, et surtout les ministres porteurs, peuvent bien évidemment préciser leur intention ainsi que les objectifs qu'ils poursuivent par l'édiction d'une loi. Le fait qu'un ministre ait dit ceci ou cela est judiciairement établi par la production ou la référence au débat parlementaire. Mais les évocations par les parlementaires de faits scientifiques ou de société doivent demeurer du ouï-dire, et donc être irrecevables, à moins d'être raisonnablement incontestables¹⁶⁸⁸.

D'une part, l'intérêt du déclarant à mentir demeure un élément important pour évaluer la fiabilité d'un ouï-dire¹⁶⁸⁹.

D'autre part, les motifs concordants du juge Sopinka dans l'arrêt *Lavallee* s'appliquent ici avec beaucoup d'acuité : on doit prendre avec grande circonspection le ouï-dire rapporté par les parties¹⁶⁹⁰. Un gouvernement défend ses politiques, cela va de soi, et les documents qu'il prépare doivent être lus en ayant cela à l'esprit. Des documents gouvernementaux peuvent être fiables au sens de la règle du ouï-dire, mais cela n'est pas systématique.

¹⁶⁸⁷ Serge JOYAL, « Un entretien avec l'honorable sénateur Serge Joyal », (2012-2013) 44 (3) *RD Ottawa* 595, par. 48.

¹⁶⁸⁸ A. K. LOKAN et C. M. DASSIOS, préc., note 62, p. 8-18.2.

¹⁶⁸⁹ *R. c. Blackman*, [2008] 2 R.C.S. 298, 2008 CSC 37, par. 44 (la juge Charron pour la Cour).

¹⁶⁹⁰ *R. c. Lavallee*, préc., note 211, 900 (le juge Sopinka, motifs concordants).

Outre les documents gouvernementaux ou parlementaires, d'autres écrits rapportent des intentions. Les études scientifiques et les rapports de commission d'enquête contiennent également des propos normatifs visant à suggérer des réformes du droit en fonction de certaines valeurs ou de certains objectifs qui, dans l'opinion de leurs auteurs, doivent être priorisés.

Ce sont des énoncés normatifs comme la doctrine en contient, bien que dans leur cas, ils ne reposent bien souvent sur aucune source formelle du droit autre que l'opinion politique personnelle de leur auteur. Par exemple, dans l'arrêt *Loyola*, la Cour suprême a référé au rapport Bouchard-Taylor d'une manière doctrinale, pour s'inspirer des valeurs ou d'une certaine conciliation de valeurs que défendait ce rapport¹⁶⁹¹.

Bien avant, John Stuart Mill avait été cité par le Comité judiciaire du Conseil privé britannique pour établir ce qu'était juridiquement la taxation directe au sens de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁶⁹². Sa définition de la taxation directe, dès lors qu'elle est utilisée pour définir la compétence des provinces, est une règle de droit, alors qu'elle est factuelle et scientifique lorsqu'elle permet d'expliquer les conséquences économiques de la taxation. Le juge en chef Laskin l'a reconnu dans l'arrêt *Simpsons-Sears Ltée*¹⁶⁹³.

Plus récemment, la juge Abella a cité le rapport du juge Chamberland sur les sources journalistiques. Dans l'arrêt *Média Vice Canada*, ses motifs concordants quant au résultat, qui auraient constitutionnalisés le privilège journalistique, ont utilisé le rapport Chamberland à titre de doctrine sur le droit ou l'opportunité pour définir les modalités de ce privilège¹⁶⁹⁴.

¹⁶⁹¹ *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 613, 2015 CSC 12, par. 46 (la juge Abella pour la majorité).

¹⁶⁹² *The King v. Cotton*, 1913 CanLII 396 (UK JCPC), 15 D.L.R. 283, 290-291 (Lord Moulton pour le Comité).

¹⁶⁹³ *Ministre des Finances du Nouveau-Brunswick et autre c. Simpsons-Sears Ltée*, préc., note 1018, 161 (le juge en chef Laskin pour la Cour).

¹⁶⁹⁴ *R. c. Média Vice Canada Inc.*, préc., note 1318, par. 130, 132 et 152 (motifs minoritaires concordants de la juge Abella pour le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis et Martin).

En somme, le dépôt ou l'utilisation de documents afin d'établir des intentions ou des opinions normatives ou juridiques est conforme au droit traditionnel de la preuve.

3.2.2.4 Les exceptions à la règle du oui-dire dans la common law traditionnelle pour prouver l'histoire et les documents anciens ou publics

Lorsque les documents invoqués ne tombent pas sous le coup de la connaissance d'office et qu'ils sont utilisés pour prouver les faits qu'ils rapportent, il faut justifier cette situation par une exception à la règle du oui-dire.

Avant de passer à l'approche raisonnée et principielle et à l'article 2870 du *Code civil du Québec* (3.2.2.5), nous allons vérifier si certaines exceptions traditionnelles en common law pourraient s'appliquer. Elles concernent les droits publics, les documents publics ou gouvernementaux et l'histoire générale.

D'abord, la common law prévoit une exception pour prouver un droit public et général. Comme la professeure Catherine Piché l'écrit, il s'agit de prouver des droits de nature foncière comme les droits de passages publics, les droits de pêche ou les limites territoriales des municipalités et d'autres organismes¹⁶⁹⁵. La déclaration à établir doit être antérieure au litige mu entre les parties, ce qui veut dire qu'elle ne doit pas être de la « self-serving evidence ».

Ensuite, il existe une exception pour certains documents anciens, publics ou gouvernementaux¹⁶⁹⁶. Selon les juges John Sopinka, Sidney Lederman, Alan Bryant et Michelle Fuerst, quatre conditions doivent être remplies¹⁶⁹⁷ :

1. Le sujet de la déclaration doit être de nature publique;
2. Elle doit avoir été préparée dans le but d'être conservée dans des archives publiques;

¹⁶⁹⁵ C. PICHÉ, préc., note 37, par. 811 et suiv.

¹⁶⁹⁶ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 6.308 et suiv. et par. 18.63 et suiv.; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 818-819.

¹⁶⁹⁷ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 6.308.

3. Elle doit avoir été réalisée à des fins publiques et demeurée disponible au public en tout temps;
4. Elle doit avoir été préparée par un officier public dans le cours normal de son travail.

À bien des égards, cette exception de common law se recoupe avec la reconnaissance de l'authenticité de certains documents de l'État en vertu de l'article 2814 du *Code civil du Québec* et avec l'exception au ouï-dire pour les écrits d'entreprise reconnue à l'article 2870 al. 3 C.c.Q. et à l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Ainsi, les documents secrets de l'État ne sont pas couverts par l'exception¹⁶⁹⁸. Il faut que le public ait accès aux données brutes compilées dans le but d'arriver aux conclusions d'un rapport gouvernemental pour que l'exception s'applique¹⁶⁹⁹. On disait que les inscriptions d'un officier public étaient faites au bénéfice de la Couronne et de ses sujets, et que le public devait avoir droit d'y accéder et de les examiner pour que l'exception à la règle du ouï-dire s'applique¹⁷⁰⁰.

Suivant l'approche raisonnée et principielle, il faut dans tous les cas que la fiabilité du document soit établie. Les juges John Sopinka, Sidney Lederman, Alan Bryant et Michelle Fuerst écrivent :

Public and judicial documents are generally, but not always, admitted as evidence of the truth of their contents. Admitting public documents as an exception to the hearsay rule would appear to argue in favour of keeping the public inspection criterion as a mechanism to enhance reliability. Of course, where reliability is in question, the principled approach prevails over the public documents exception and hearsay may be excluded. This accords with past cases where courts have been hesitant to accept contested hearsay evidence contained in a public document¹⁷⁰¹. [Notre soulignement]

¹⁶⁹⁸ *Id.*, par. 6.309.

¹⁶⁹⁹ *Id.*, par. 6.311.

¹⁷⁰⁰ *Id.*, par. 18.66.

¹⁷⁰¹ *Id.*, par. 18.70

À ces conditions s'est parfois ajoutée celle qu'une enquête judiciaire ou quasi-judiciaire ait été à l'origine des énonciations inscrites dans le document¹⁷⁰². Des rapports d'enquête d'autres types ont déjà été admis en vertu de cette exception, notamment en contexte médical¹⁷⁰³.

Dans l'affaire *Meadowbrook Management Ltd.*, qui portait sur la constitutionnalité d'un règlement municipal sur les fêtes de type « rave » en Alberta, un rapport de coroner a été admis comme preuve de faits législatifs par exception à la règle du ouï-dire, après que sa fiabilité eut été évaluée et reconnue¹⁷⁰⁴. Dans cette affaire, beaucoup d'autres écrits déposés ont été exclus sur la base de la règle du ouï-dire et des critères régissant l'expertise.

Finalement, il existe une exception pour prouver l'histoire générale et notoire. Il s'agit de faits qu'aucun témoin vivant ne peut rapporter, et qui sont d'intérêt général, ce qui veut dire qu'ils ont été contrevérifiés par plusieurs personnes¹⁷⁰⁵. Cette exception se rapproche donc beaucoup de la connaissance d'office.

Ces exceptions sont d'application limitée, et nous avons rarement vu de décisions qui les invoquent véritablement en matière constitutionnelle, sauf en matière autochtone. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour suprême du Canada a conclu que l'exception en common law fondée sur les droits publics ou généraux ou sur l'histoire permettait de prouver les récits oraux autochtones¹⁷⁰⁶. De plus, elle a conclu que l'exception fondée sur la commune renommée s'appliquait pour prouver l'utilisation historique des terres¹⁷⁰⁷.

¹⁷⁰² *Id.*, par. 18.65.

¹⁷⁰³ *Id.*, par. 18.67.

¹⁷⁰⁴ *R. v. Meadowbrook Management Ltd.*, préc., note 1153, par. 29.

¹⁷⁰⁵ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 6.280.

¹⁷⁰⁶ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 53, par. 95 (le juge en chef Lamer pour la majorité). Voir *infra*, section 3.2.3.

¹⁷⁰⁷ *Id.*, par. 103 et suiv. (le juge en chef Lamer pour la majorité). Voir aussi : B. J. GOVER et M. LOCKE MACAULAY, préc., note 53, 60.

3.2.2.5 Une exception raisonnée

En définitive, les dispositions législatives et les règles anciennes de common law ne suffisent généralement pas, en droit constitutionnel canadien, pour justifier toute utilisation de l'écrit non assermenté ou non introduit par un témoin compétent pour prouver la véracité de son contenu.

L'exception raisonnée et principielle créée par la common law moderne, et codifiée à l'article 2870 C.c.Q., permet-elle de faire une telle preuve? M^e Monique Rousseau croit qu'il est nécessaire de le faire pour des raisons d'efficacité judiciaire, du moment où les tribunaux jugent le document présenté comme fiable¹⁷⁰⁸. À défaut, l'expertise serait, selon elle, nécessaire.

Hormis l'affaire *Meadowbrook Management Ltd.* que nous avons abordé à la section précédente¹⁷⁰⁹, la jurisprudence est néanmoins muette à ce sujet.

La preuve non assermentée, tout comme le Brandeis Brief, n'est jamais devenue un moyen de preuve véritablement admissible en droit canadien, comme l'a remarqué le doctorant M^e Benjamin Perryman. Il écrit :

The practice of admitting unsworn evidence or Brandeis Briefs has never become a regular part of Canadian litigation in constitutional cases or otherwise. Courts can and do admit such evidence, but it is primarily adduced for uncontentious background information¹⁷¹⁰.

Ces documents sont admis de consentement¹⁷¹¹, ou en vertu de la connaissance d'office, pour établir des éléments raisonnablement incontestables, non contestés, ou accessoires au litige.

Il appert qu'en règle générale, seuls les rapports de commission d'enquête ou d'autres organismes soumis à des exigences assez strictes de fiabilité sont

¹⁷⁰⁸ M. ROUSSEAU, préc., note 32, à la p. 54.

¹⁷⁰⁹ *R. v. Meadowbrook Management Ltd.*, préc., note 1153, par. 29.

¹⁷¹⁰ B. PERRYMAN, préc., note 194, 137.

¹⁷¹¹ Comme le permet, au Québec, l'article 2869 C.c.Q.

recevables comme preuve d'une partie de leur contenu par l'entremise d'une exception à la règle du oui-dire¹⁷¹², ou sont tout simplement connus d'office.

Cette admissibilité s'explique par des garanties *procédurales* et *substantielles* de fiabilité au sens de l'arrêt *Bradshaw*.

Dès lors qu'un déclarant a témoigné sous serment et a fait l'objet d'un contre-interrogatoire, il est possible, suivant les circonstances, de considérer qu'il existe des garanties de fiabilité d'ordre procédural¹⁷¹³. C'est le cas des témoins produits devant les commissions d'enquête.

La fiabilité peut également être substantielle, selon les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite et la preuve qui la corrobore¹⁷¹⁴. Ce cas de figure englobe beaucoup d'exceptions traditionnelles en common law, dont celle sur les documents publics ou d'entreprise. La fiabilité substantielle est établie dès lors, par exemple, que la déclaration ne serait pas susceptible de changer lors d'un témoignage oral (le contre-interrogatoire étant alors inutile) ou qu'un sceptique considérerait la déclaration très fiable¹⁷¹⁵. En l'absence de jurisprudence précise sur la question, on peut imaginer, par exemple, que les statistiques gouvernementales officielles¹⁷¹⁶ ou les rapports de commissions d'enquête puissent, suivant les circonstances et la façon dont ils sont utilisés, remplir ces critères de fiabilité substantielle. En droit civil québécois, à moins d'un changement jurisprudentiel, ils semblent néanmoins constituer du oui-dire multiple inadmissible¹⁷¹⁷.

¹⁷¹² Voir : C. PICHÉ, préc., note 37, par. 744.

¹⁷¹³ *R. c. Bradshaw*, préc., note 1585, par. 28 (la juge Karakatsanis pour la majorité). Voir aussi : *Promutuel Drummond, Société Mutuelle D'Assurance Générale c. Gestions Centre du Québec Inc.*, 2002 CanLII 41139 (QC CA), par. 43 (le juge Chamberland pour le juge Robert).

¹⁷¹⁴ *R. c. Bradshaw*, préc., note 1585, par. 30 (la juge Karakatsanis pour la majorité). Voir aussi : *Comtois c. Comtois*, 2013 QCCA 247, par. 10 (*per curiam*) : « L'évaluation par le juge de première instance de la fiabilité des propos rapportés par une personne qui ne comparaît pas comme témoin (article 2870 C.c.Q.) se fait en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire ».

¹⁷¹⁵ *Id.*, par. 31.

¹⁷¹⁶ Voir *R. v. Martin*, 1997 CanLII 9717 (SK CA), une affaire pénale où les données de Statistique Canada ont été reçues en preuve.

¹⁷¹⁷ *Supra*, p. 363 et suiv.

3.2.3 L'exception à la règle de ouï-dire pour prouver par témoignage ordinaire les faits générateurs des droits des Autochtones

Néanmoins, il y a un domaine du droit constitutionnel où la souplesse du droit de la preuve semble véritable, et où le ouï-dire est admissible alors qu'il ne le serait pas autrement : le contentieux autochtone.

Lorsqu'il s'agit de prouver des faits touchant le passé lointain d'une communauté autochtone qui fait l'objet d'une revendication de droit ancestral ou issu de traité en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le témoignage des dépositaires des récits oraux sera recevable, sans qu'il ne soit techniquement nécessaire de prouver la qualité d'expert du témoin ou les mêmes garanties de fiabilité permettant une exception à la règle du ouï-dire qui s'imposeraient dans une affaire civile¹⁷¹⁸ ou pénale/criminelle¹⁷¹⁹.

Cette exception à la règle du ouï-dire s'explique par le critère de *nécessité* qui découle de l'approche principielle (3.2.3.1), et s'inscrit dans les *paramètres généraux* du droit de la preuve applicable en toutes matières, qui exigent la *fiabilité* de la preuve (3.2.3.2). En tout état de cause, le récit oral offert en preuve doit satisfaire aux exigences d'utilité et de fiabilité raisonnable¹⁷²⁰.

3.2.3.1 Le caractère nécessaire du ouï-dire en matière autochtone

La nécessité du ouï-dire dans le contexte du contentieux autochtone est évidente. L'histoire de ces peuples et de leur occupation du territoire, surtout à l'époque précédant et entourant la colonisation, était essentiellement transmise oralement¹⁷²¹. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer a écrit :

¹⁷¹⁸ C.c.Q., art. 2870 al. 2.

¹⁷¹⁹ R. c. *Bradshaw*, préc., note 1585, par. 27 et suiv. (la juge Karakatsanis pour la majorité).

¹⁷²⁰ R. c. *Marshall*; R. c. *Bernard*, préc., note 798, par. 68 (la juge en chef McLachlin pour la majorité).

¹⁷²¹ *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, préc., note 14, par. 46 (le juge LeBel pour la Cour) ; France HOULE et Clayton PETERSON, *Justifier la croyance en un mythe : Réflexion sur l'épistémologie de la preuve par tradition orale en droit autochtone*, Montréal, Éditions Thémis, 2021, p. 3.

Une autre difficulté créée par les récits oraux est le fait qu'ils sont dans une large mesure constitués de déclarations extrajudiciaires, qui ont été transmises de façon ininterrompue jusqu'à nos jours, au fil des générations d'une nation autochtone. Ces déclarations extrajudiciaires sont admises pour leur véracité, et elles entrent donc en conflit avec la règle générale d'inadmissibilité du ouï-dire¹⁷²². [Notre soulignement]

Comme nous l'avons expliqué à la section 1.4.3, qui portait sur la norme de preuve dans le contentieux autochtone, il serait curieux d'exiger le respect absolu des moyens de preuve établis postérieurement par les puissances européennes pour prouver des faits qui leur sont antérieurs. Leurs « titres de propriété » et leurs « actes juridiques » n'étaient pas consignés par écrit. Le juge en chef Lamer poursuit :

Ainsi que l'a dit le juge en chef Dickson, comme la plupart des sociétés autochtones « ne tenaient aucun registre », le fait de ne pas suivre cette pratique « [imposerait un] fardeau de preuve impossible » aux peuples autochtones et « enlèverait [. . .] toute valeur » aux droits qu'ils ont (*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 408)¹⁷²³.

Les Français et les Anglais, en raison des règles de preuve qui les gouvernaient, constataient par écrit les actes juridiques qui étayaient leurs droits immobiliers, contrairement aux Autochtones. En conséquence, la preuve testimoniale doit être placée sur le même pied que la preuve écrite pour prouver ces droits fonciers¹⁷²⁴.

Qui plus est, les faits pertinents qui fondent un droit ancestral renvoient souvent, en plus du lien avec la terre, aux coutumes et pratiques qui avaient réellement cours dans une communauté autochtone avant le contact avec les Européens¹⁷²⁵, c'est-à-dire il y a plus de 400 ans. En temps normal, une telle preuve doit être faite par expertise. Mais une preuve d'historien qui reposerait trop sur les sources primaires écrites par les colonisateurs de l'époque occulterait peut-être la version autochtone de ces faits. La preuve testimoniale des récits oraux est donc

¹⁷²² *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 53, par. 86 (le juge en chef Lamer pour la majorité). Voir aussi : *Simon c. La Reine*, préc., note 785, par. 44 (le juge en chef Dickson pour la Cour).

¹⁷²³ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 53, par. 87 (le juge en chef Lamer pour la majorité).

¹⁷²⁴ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 6.281.

¹⁷²⁵ M. HOUDE et G. OTIS, préc., note 796, 15.

nécessaire au sens de l'approche raisonnée et principielle en matière de ouï-dire pour prouver les faits litigieux, identifiés par la jurisprudence, qui fondent les droits constitutionnels des peuples autochtones, sans que cela empêche la preuve par expertise¹⁷²⁶. De plus, suivant les motifs concordants du juge Sopinka dans l'arrêt *Lavallee*, il est préférable que la preuve qui provienne des parties au litige soit faite par des témoins ordinaires, et non par des experts qui la rapporterait¹⁷²⁷.

Dans chaque cas particulier, la preuve de récits oraux offerte doit respecter le critère de l'utilité, lequel dérive du critère de nécessité. La juge en chef McLachlin écrit :

Les peuples autochtones n'ont pas de relations historiques écrites au sujet des événements antérieurs à l'affirmation de la souveraineté. Par conséquent, il convient d'accepter les récits transmis oralement dans la mesure où ils satisfont aux conditions d'utilité et de fiabilité raisonnable formulées dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33. Le récit oral est utile s'il fournit des éléments de preuve auxquels le tribunal n'aurait pas accès autrement ou qui concernent le point de vue autochtone sur le droit revendiqué. [...] Les juges appelés à se prononcer sur l'utilité et la fiabilité de récits oraux doivent se garder des suppositions faciles inspirées des traditions eurocentriques en matière de cueillette et de transmission de faits historiques¹⁷²⁸. [Notre soulignement]

Comme l'expertise sur les faits historiques pertinents est également recevable, il faut que le récit oral offert puisse fournir des éléments de preuve supplémentaires ou faire état de la version autochtone de ces faits historiques.

3.2.3.2 *La recevabilité du ouï-dire dans le contentieux autochtone découle des principes généraux du droit de la preuve canadien*

Les tribunaux ont également jugé que cette exception à la règle du ouï-dire devait respecter le critère de fiabilité raisonnable¹⁷²⁹. L'histoire répétée publiquement, et

¹⁷²⁶ S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 6.283.

¹⁷²⁷ *R. c. Lavallee*, préc., note 211, 900 (le juge Sopinka, motifs concordants) ; *Supra*, p. 360.

¹⁷²⁸ *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, préc., note 798, par. 68 (la juge en chef McLachlin pour la majorité).

¹⁷²⁹ *Id.*, par. 68 (la juge en chef McLachlin pour la majorité) ; B. J. GOVER et M. LOCKE MACAULAY, préc., note 53, 61.

soumise à la critique des autres membres de la communauté, pourrait bénéficier de garanties circonstanciées de fiabilité¹⁷³⁰.

En définitive, comme l'a affirmé la juge en chef McLachlin, cette exception particulière à la règle du oui-dire découle des principes généraux gouvernant le droit de la preuve. Elle écrit :

L'adaptation souple des règles traditionnelles de preuve au défi de rendre justice dans les revendications autochtones n'est qu'une application du principe traditionnel selon lequel les règles de preuve n'ont rien d'« immuable et n'ont pas été établies dans l'abstrait » (*R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, p. 487). Elles s'inspirent plutôt de principes larges et souples, appliqués dans le but de promouvoir la recherche de la vérité et l'équité. Les règles de preuve devraient favoriser la justice, et non pas y faire obstacle¹⁷³¹. [Notre soulignement]

La juge McLachlin a également affirmé qu'« [i]l y a une limite à ne pas franchir entre l'application éclairée des règles de preuve et l'abandon complet de ces règles »¹⁷³². Il s'agit donc de souplesse par rapport au droit commun de la preuve, mais d'une souplesse encadrée par les paramètres généraux du droit commun.

Comme toute exception à la règle du oui-dire, l'admissibilité des récits oraux doit être jugée au cas par cas¹⁷³³. Cependant, le critère strict de fiabilité habituellement applicable pour obtenir la levée de la prohibition du oui-dire ne l'est pas en contexte autochtone. Par exemple, les garanties circonstanciées de fiabilité sont habituellement le sentiment que le contre-interrogatoire n'apporterait pas de plus-value, que les circonstances de la déclaration écartent le risque d'un mensonge, ou le sentiment que même un sceptique jugerait la déclaration très fiable¹⁷³⁴. Ce seuil élevé n'est pas véritablement applicable en contexte autochtone, bien que la

¹⁷³⁰ B. J. GOVER et M. LOCKE MACAULAY, préc., note 53, 61.

¹⁷³¹ *Mitchell c. M.R.N.*, préc., note 793, par. 30 (la juge en chef McLachlin pour la majorité). Voir aussi : M. HOUDE et G. OTIS, préc., note 796, 12, note 7 : l'assouplissement de la règle du oui-dire en contexte autochtone découle de l'approche suivie par la Cour suprême du Canada « dans tous les domaines du droit ».

¹⁷³² *Mitchell c. M.R.N.*, préc., note 793, par. 39 (la juge en chef McLachlin pour la majorité). Voir aussi : S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 6.286.

¹⁷³³ *Mitchell c. M.R.N.*, préc., note 793, par. 31 (la juge en chef McLachlin pour la majorité).

¹⁷³⁴ *R. c. Bradshaw*, préc., note 1585, par. 31 (la juge Karakatsanis pour la majorité). Les garanties de fiabilité d'ordre procédural ne trouvent évidemment pas application dans ce contexte, puisque les personnes à l'origine d'un récit oral n'ont pas témoigné sous serment ou sur un enregistrement audio ou vidéo, ni n'ont été contre-interrogées.

preuve offerte doit néanmoins être « raisonnablement fiable ». Contrairement aux affaires civiles, pénales ou criminelles, « [l]e juge de première instance n'est pas tenu de rechercher une garantie spéciale de fiabilité »¹⁷³⁵.

Comme la juge en chef McLachlin l'a établi, ce critère de fiabilité raisonnable est rencontré dès lors que « le témoin constitue une source crédible pour ce qui est de l'histoire du peuple en question »¹⁷³⁶. Le témoin offert doit donc avoir une connaissance particulière de l'histoire de son peuple. Ses qualifications influenceront sur l'admissibilité et la valeur probante de son témoignage¹⁷³⁷.

Même si les critères de l'expertise ne sont pas applicables, force est d'admettre que cette règle de la connaissance particulière ressemble à la règle de la qualification de l'expert, et rapproche donc le témoignage sur les récits oraux d'un témoignage d'expert. Après tout, l'expertise est un moyen approprié pour prouver des faits généraux se rattachant aux connaissances spécialisées de l'expert, par exception à la règle du oui-dire.

À certains égards, le témoignage sur les récits oraux peut donc remplir la même fonction, dans le contentieux autochtone, que le témoignage d'expert dans les autres domaines du droit constitutionnel, bien que le témoignage d'expert qui remplit tous les critères de l'arrêt *Mohan* est évidemment admissible pour contredire ou corroborer le témoignage sur les récits oraux.

Par ailleurs, comme nous l'avons expliqué plus tôt¹⁷³⁸, la valeur probante à donner à la preuve de récits oraux doit prendre en compte l'admissibilité de cette preuve. Les récits oraux qui passent le test de l'admissibilité ne pourront être systématiquement écartés. Leur valeur probante doit se mesurer à partir de leurs caractéristiques propres, et non à partir de généralisations quant à la qualité de ce

¹⁷³⁵ *Mitchell c. M.R.N.*, préc., note 793, par. 33 (la juge en chef McLachlin pour la majorité).

¹⁷³⁶ *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, préc., note 798, par. 68 (la juge en chef McLachlin pour la majorité).

¹⁷³⁷ *Mitchell c. M.R.N.*, préc., note 793, par. 33 (la juge en chef McLachlin pour la majorité). La preuve présentée pourra ne pas avoir de valeur probante pour des raisons de fiabilité : *Canada c. Benoit*, 2003 CAF 236.

¹⁷³⁸ *Supra*, section 1.4.3.

moyen de preuve. Ainsi, les tribunaux ne doivent pas tirer d'inférences négatives sur le plan de la valeur probante si des aspects mythologiques et tangentiels aux faits historiques en litige se glissent dans ces témoignages¹⁷³⁹. Il se peut néanmoins que certains témoignages n'aient aucune valeur probante et qu'ils ne soient pas fiables au point où un tribunal d'appel intervienne dans l'appréciation des faits du juge de première instance¹⁷⁴⁰.

¹⁷³⁹ *Mitchell c. M.R.N.*, préc., note 793, par. 34 (la juge en chef McLachlin pour la majorité).

¹⁷⁴⁰ *Canada c. Benoit*, préc., note 1737.

Conclusion du titre 3

Le titre 3 avait pour objectif de démontrer que les moyens de preuve principaux dans les instances constitutionnelles, soit l'expertise (3.1) et le témoignage ordinaire écrit ou oral (3.2), sont régis par les principes ou les normes que prévoit le droit commun de la preuve. Autrement dit, il s'agissait de démontrer qu'à l'exception du droit autochtone, il n'existe pas de droit de la preuve spécifique au litige constitutionnel ou de règles assouplies qui entretiendraient des rapports exorbitants avec le droit commun de la preuve.

D'une part, nous avons expliqué pourquoi l'expertise a été jugée essentielle et nécessaire dans les affaires constitutionnelles (3.1.1). Les faits législatifs et sociaux sont complexes et le oui-dire est inévitable, et l'expertise est le moyen qui a été favorisé pour contourner ces problèmes de manière fiable et dans le respect du principe de la contradiction.

Nous avons néanmoins identifié certaines limites à la pertinence ou à la nécessité de l'expertise, qui touchent à la frontière entre les faits et le droit (3.1.2). L'expertise est nécessaire pour établir les faits législatifs et sociaux, y compris les effets concrets des règles de droit, mais elle est généralement prohibée pour plaider sur le droit, les principes, les valeurs ou l'opportunité. Ces règles s'expliquent pour des motifs découlant à la fois du droit commun de la preuve et de la nature des faits à prouver dans les instances constitutionnelles.

En définitive, les règles de droit commun encadrant l'admissibilité et la valeur probante des expertises s'appliquent pleinement dans les affaires constitutionnelles. Sur le plan de l'opportunité, nous avons conclu à l'importance de garder l'expert dans son rôle pour que la preuve des faits législatifs et sociaux soit véritablement faite, sans être remplacée par une plaidoirie déguisée dont les coûts s'ajouteraient aux frais de justice répétables.

D'autre part, nous avons conclu que l'utilisation des documents dans les instances constitutionnelles s'expliquait par les règles et principes habituels gouvernant le ouï-dire et les témoignages ordinaires. Les documents sont, en principe, du ouï-dire s'ils sont utilisés pour prouver leur contenu, bien que des exceptions légiférées et prétorienne puissent s'appliquer (3.2.1). Dans les affaires constitutionnelles comme dans les autres, les exceptions traditionnelles et l'exception raisonnée et principielle fondée sur la nécessité et la fiabilité peuvent parfois s'appliquer pour permettre la réception autonome de documents, sans le concours d'un expert, bien que ces situations se recoupent grandement avec la connaissance d'office (3.2.2).

La règle du ouï-dire fait néanmoins l'objet de souplesse dans le contentieux autochtone, où les récits oraux utiles et raisonnablement fiables peuvent être prouvés par un témoin qualifié. Cette souplesse est néanmoins encadrée par les principes généraux du droit de la preuve canadien (3.2.3).

Selon nous, l'expertise est, parmi les méthodes disponibles, bien souvent le moyen le plus approprié pour prouver les faits législatifs et sociaux et introduire les études et rapports portant sur ces faits. Les témoignages ordinaires des personnes touchées par les mesures contestées sont également importants et essentiels, mais ils ne sont pas toujours généralisables lorsque le fait en litige touche un groupe plus large d'individus.

Nous croyons que le témoignage d'expert permet de contourner de manière fiable les problèmes posés par le ouï-dire dans le respect du principe de la contradiction. L'expert peut rendre compte de la littérature et de la recherche sur les questions de fait soulevées, et faire le tri qui s'impose parmi les sources. Les experts surveillent mutuellement ce tri et peuvent soulever les failles dans l'analyse de leurs collègues.

Néanmoins, il faut circonscrire le rôle de l'expert pour protéger l'intégrité du processus, l'accès à la justice et les rôles des différents acteurs du système de justice.

L'expert doit rendre compte des *faits* avec sérieux et impartialité. L'expertise en droit, c'est-à-dire l'expertise portant sur des questions devant normalement s'insérer dans les plaidoiries, est coûteuse, inutile et malhonnête, et la règle la prohibant est justifiée.

Il ne faut pas présenter ou accepter comme une preuve judiciairement faite, avec l'aura qui en découle, ce qui est en réalité un choix ou une opinion sur ce choix. La tactique de l'expert en droit fait passer des valeurs et des intérêts, et les choix normatifs qui en découlent, pour des faits scientifiques prouvés. Ces moyens rhétoriques doivent être limités, et la plaidoirie doit demeurer le moment pour plaider le droit.

Les coûts des expertises sont élevés, et ces frais sont d'ailleurs assumés, en règle générale, par la partie perdante à titre de frais de justice, du moins en droit québécois¹⁷⁴¹. L'argumentation juridique peut très bien être faite par le dépôt d'ouvrages à titre d'autorités et par la plaidoirie des avocats dont les honoraires doivent déjà être payés par les parties. Le droit national, ou le droit étranger ou international mobilisé à titre de droit comparé, peut très bien être plaidé par un avocat-conseil qui le maîtrise.

Il est évidemment possible de réfléchir à d'autres moyens de preuve qui sortiraient du cadre actuellement applicable devant les tribunaux canadiens. Par exemple, un auteur américain a proposé que la Cour suprême des États-Unis soit assistée d'un comité scientifique¹⁷⁴². Il faut préciser qu'aux États-Unis, contrairement aux tribunaux d'appel canadiens, le juge peut résoudre plus librement des questions de faits législatifs et sociaux parce que la connaissance d'office est élargie et la norme de contrôle est différente¹⁷⁴³. En Allemagne, la Cour constitutionnelle a le pouvoir

¹⁷⁴¹ C.p.c., art. 339 et 340.

¹⁷⁴² S. KOLITCH, préc., note 663.

¹⁷⁴³ E. M. MORGAN, préc., note 766, 290-291 ; P. W. HOGG, préc., note 4, 395 ; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, préc., note 33, 802-803 (le juge La Forest, motifs concordants).

de demander l'assistance de différents organes de l'État et de nommer un juge rapporteur pour enquêter sur les faits¹⁷⁴⁴.

Ces solutions sont certes intéressantes, mais, comme l'avait affirmé le professeur Joseph Magnet, il n'y a pas d'experts avec une connaissance de toutes les questions de fait susceptibles d'être posées et qui pourraient être nommés de façon permanente auprès des tribunaux à titre d'assesseurs¹⁷⁴⁵. L'expert est nécessairement spécialisé; son utilité est donc sporadique pour un tribunal constitutionnel ou généraliste.

Surtout, l'équité procédurale doit être préservée entre les parties gouvernementale et privée qui, dans notre tradition britannique, sont formellement sur un pied d'égalité devant les tribunaux. Les experts gouvernementaux ou payés par l'État ne doivent pas, selon nous, acquérir une légitimité ou une importance plus grande dans la détermination des questions de fait, au risque de voir se développer une vérité « officielle » qu'il pourrait être difficile de contredire. Le système canadien actuel, qui requiert des experts indépendants de la part des parties, tout en permettant la commission d'office d'experts par les tribunaux, permet selon nous de concilier adéquatement la recherche de la vérité, la contradiction et le rôle du tribunal dans le contexte d'intérêt public qu'est le litige constitutionnel.

Certaines propositions pourraient chercher à améliorer le traitement judiciaire de l'expertise telle qu'on la conçoit actuellement. La professeure Jodi Lazare, par exemple, a proposé d'améliorer la formation des étudiants en droit et des juristes sur les aspects scientifiques pour éviter que les futurs juges ne soient trop crédules¹⁷⁴⁶. Cela ne peut pas nuire, à condition que cette formation n'induisse pas des certitudes factuelles chez ses auditeurs, qu'il pourrait ensuite être difficile à contredire par la preuve.

¹⁷⁴⁴ J. HUGHES et V. MACDONNELL, préc., note 11, 26.

¹⁷⁴⁵ J. E. MAGNET, préc., note 578, 138.

¹⁷⁴⁶ J. LAZARE, préc., note 1250, S67. Voir : INSTITUT NATIONAL DE LA MAGISTRATURE, préc., note 114.

Du reste, nous n'avons recensé aucune décision imposant un expert commun en matière constitutionnelle, ni même aucune décision où les parties ont fait le choix d'un expert commun afin de diminuer les coûts. Dans la plupart des cas, les affaires constitutionnelles ne tombent pas dans une catégorie où l'expertise commune peut être imposée puisque « le respect du principe de proportionnalité l'impose[rait] et que cette mesure [...] permet[rait] de résoudre efficacement le litige sans pour autant mettre en péril le droit des parties à faire valoir leurs prétentions »¹⁷⁴⁷ comme le prévoit le *Code de procédure civile*. La Cour d'appel du Québec a rappelé l'importance de la contradiction dans les domaines techniques où le tribunal pourrait se laisser trop facilement impressionner par une seule opinion d'expert, particulièrement dans les cas où plusieurs « écoles de pensée »¹⁷⁴⁸ s'affrontent.

Des effets de la vaccination à ceux des dispositions sur la prostitution, l'aide médicale à mourir ou les régimes de négociation collective, la majorité des questions de fait à trancher en matière constitutionnelle opposent plusieurs écoles de pensée. Sauf dans de rares cas où le fait en cause est complexe mais que sa méthode d'évaluation ne prête pas à équivoque, l'expertise commune ne devrait pas être imposée par le tribunal dans une affaire constitutionnelle. Il faut qu'un autre expert puisse révéler les failles, notamment méthodologiques, du travail de son collègue¹⁷⁴⁹. Surtout, contrairement aux autres matières, l'expertise est souvent la méthode principale d'introduction des faits dans les litiges constitutionnels, plutôt qu'une simple analyse des faits rapportés par d'autres moyens de preuve. Dans ce contexte, empêcher une partie de déposer une expertise est l'empêcher d'introduire, purement et simplement, les faits nécessaires à sa cause¹⁷⁵⁰.

¹⁷⁴⁷ C.p.c., art. 158 par. 2. Voir aussi : C.p.c., art. 148.

¹⁷⁴⁸ *Webasto c. Transport TFI 6*, préc., note 69, par. 34-35 (*per curiam*).

¹⁷⁴⁹ Voir la position nuancée du juge Yves-Marie MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions », (2009) 50(2) *Cahiers de droit* 381, 410-411.

¹⁷⁵⁰ Pour une opinion contraire sur l'expertise commune (dans le contexte du litige civil), voir : Emmanuel PREVILLET-RATELLE, « Analyse critique du procédé d'expertise dans l'atteinte d'une justice civile formulée comme équité », (2013) 91(1) *Revue du Barreau canadien* 39.

Conclusion

Conformément à notre perspective positiviste, qui commande de séparer le droit positif des critiques fondées sur les valeurs, distinguons et voyons tour à tour nos conclusions sur l'histoire et l'évolution du droit positif, d'une part, et les propositions de réforme du droit ou les critiques d'opportunité que nous avons faites, d'autre part.

❖ **Les conclusions *de lege lata* : le retour du contentieux constitutionnel dans le giron du droit commun de la preuve**

Sauf quelques hiatus dans les années 1980 et 1990, le droit de la preuve en droit constitutionnel canadien est resté, tout au long de son histoire, fidèle aux règles et principes du droit commun applicable aux affaires non constitutionnelles (1.1).

De la règle de la pertinence à la règle du oui-dire, en passant par la norme de preuve, la connaissance d'office et l'expertise, les règles appliquées en matière constitutionnelle ont, tôt ou tard, fini par rejoindre les évolutions vécues par le droit commun de la preuve.

Un contentieux historiquement presque pur de droit, s'exprimant par un contrôle de normes hiérarchiquement inférieures à la lumière de normes supérieures, le contrôle de constitutionnalité a graduellement fait une place de plus en plus large aux faits (1.2). Il est probablement devenu le type de contentieux où les faits prouvés sont les plus divers, nombreux, disparates, complexes, incertains et prospectifs, et donc où les problèmes de droit de la preuve sont parmi les plus importants et lourds de conséquences.

Bien que le contrôle de constitutionnalité nécessite une preuve large de la situation factuelle à son origine, la règle de la pertinence circonscrit néanmoins l'enquête comme dans tous les types d'instances (1.3). Difficiles à identifier lors des étapes préalables de l'instance ou au début du procès, les faits pertinents sont néanmoins encadrés pour préserver les ressources judiciaires et l'accès à la justice.

Le caractère complexe, diversifié et parfois incertain des faits dans le contrôle de constitutionnalité n'a pas conduit à une abdication du rôle des tribunaux d'en juger, ou à un abaissement de la norme de preuve (1.4). Comme dans toutes les matières autres que pénales, la certitude absolue, mathématique ou scientifique n'est pas exigée : la prépondérance des probabilités suffit. De même, comme dans les autres types d'affaires, la prépondérance des probabilités est le minimum nécessaire pour conclure judiciairement à l'établissement d'un fait. Comme le contrôle de constitutionnalité fait également appel aux considérations juridiques, normatives ou de valeurs, il est néanmoins possible que de la preuve ne soit pas exigée sur un fait particulier parce que la simple pondération des valeurs en présence suffit à trancher le litige.

Malgré des propositions sérieuses émanant de la Commission de réforme du droit et de juges influents de la Cour suprême du Canada, le modèle américain de la preuve libre et de la connaissance d'office illimitée en matière constitutionnelle n'a pas été retenu en droit canadien (2). La connaissance d'office des faits demeure cantonnée à un rôle accessoire à la preuve présentée en première instance. Elle ne permet d'établir que les faits législatifs et sociaux qui sont raisonnablement incontestables à la fin à laquelle ils sont invoqués. Ce cadre est applicable en toutes matières.

L'expertise est le moyen préféré d'établissement des faits dans les instances constitutionnelles (3.1). Il permet de présenter en un seul rapport plusieurs informations entrant dans le champ de spécialisation de l'expert, ainsi que leur vérification par le contre-interrogatoire et des expertises opposées, dans le respect du principe de la contradiction. Comme dans les affaires civiles, pénales ou criminelles, l'expertise n'est cependant pas le moyen approprié pour plaider ou utiliser d'autres moyens rhétoriques, même si l'expert doit nécessairement référer aux règles de droit dont il a le mandat d'expliquer le contexte et les effets factuels et concrets.

L'utilisation autonome de documents pour prouver leur contenu, sans le concours d'un expert ou d'un témoin ordinaire qui en aurait une connaissance personnelle,

est limitée (3.2). En général, le document doit être tacitement accepté par toutes les parties, témoigner d'une intention, ou remplir des critères de fiabilité qui rapprochent l'exception au ouï-dire de la connaissance d'office des documents publics raisonnablement incontestables.

Résumant l'approche actuelle alors qu'il rejetait une demande d'intervention en appel dans le cadre d'une contestation constitutionnelle portant sur une politique fédérale exigeant le visage découvert lors de la prestation du serment de citoyenneté, le juge Stratas de la Cour d'appel fédérale écrit :

Les faits relevant des sciences sociales ne relèvent presque jamais des catégories admissibles à la connaissance d'office. Les questions relevant des sciences sociales sont du ressort des experts. Elles doivent être déposées par des experts, et ceux-ci doivent être disponibles pour pouvoir être contre-interrogés. Le contre-interrogatoire est essentiel pour vérifier la fiabilité des éléments de preuve. Ceux-ci ne peuvent pas être admis en guise d'acte de foi. Cette phase du contentieux doit être menée devant les juridictions de première instance, et non pas devant les juridictions de deuxième degré¹⁷⁵¹.

Comme en toutes matières, les faits contestables invoqués dans les affaires constitutionnelles doivent être prouvés judiciairement.

Nous avons donc, dans cette thèse, documenté avec une approche historique, à la loupe du positivisme normativiste, l'évolution historique du droit de la preuve en matière constitutionnelle.

Nous avons, en filigrane aux questions principales qui nous intéressaient, pu constater l'importance relative des faits. Ce sont les valeurs qui accordent de l'importance aux faits. Pour éviter de croire que la Constitution « change » au gré des éléments de preuve déposés¹⁷⁵², et pour comprendre, à titre d'observateur, ces évolutions, il est important de bien identifier les valeurs ou les règles qui ont accordé de la pertinence et du poids à ces faits. Cet arbre vivant qui évolue, cette

¹⁷⁵¹ *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Ishaq*, préc., note 1284, par. 21 (le juge Stratas siégeant seul). Voir aussi : *Zaric c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CAF 36, par. 14 (le juge Stratas siégeant seul).

¹⁷⁵² *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, préc., note 33, 803 (le juge La Forest) ; A. N. YOUNG, préc., note 200, 641.

adaptation de la Constitution à la nouveauté ou à la réalité sociale, renvoie bien plus souvent à des changements dans les valeurs dominantes qui président à l'édiction des règles du droit constitutionnel qu'à de stricts changements de faits objectifs. Il faut distinguer ces changements de valeurs dominantes des changements factuels plus rares qui font en sorte qu'une règle de droit, autrefois adéquate, opérationnalise désormais mal des valeurs qui n'auraient pas changé.

De plus, la preuve s'est quantitativement multipliée¹⁷⁵³. Les dizaines de milliers de pages et les dizaines de volumes et de témoins acceptés avec enthousiasme par la Cour suprême du Canada, par exemple, dans les affaires *Bedford*¹⁷⁵⁴, *Carter*¹⁷⁵⁵, *PHS*¹⁷⁵⁶ ou *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique*¹⁷⁵⁷ contrastent grandement avec sa décision de 1953 de refuser les dépens pour le dépôt d'un dossier factuel de deux volumes¹⁷⁵⁸.

C'est d'ailleurs un drôle de hasard que de constater que la Cour suprême se réjouit de l'abondance de la preuve dans des décisions où elle renverse la jurisprudence antérieure ou elle marque une évolution significative de l'état du droit. L'ampleur de la preuve et une certaine forme d'activisme ou, diront certains, de courage judiciaire, semblent se conjuguer l'un et l'autre.

Quelles sont les conséquences de ces changements sur les ressources étatiques et sur les coûts pour les parties? La recherche sur la question est fragmentaire. À vrai dire, nous croyons qu'une recherche empirique sur les impacts des moyens de preuve sur l'accès à la justice constitutionnelle et sur les ressources judiciaires et

¹⁷⁵³ B. PERRYMAN, préc., note 194, 124, note 9 ; A. YOUNG, préc., note 520, p. 15, note 34.

¹⁷⁵⁴ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 18, par. 15 (la juge en chef McLachlin pour la Cour) : « Le dossier de preuve compte plus de 25 000 pages et 88 volumes ».

¹⁷⁵⁵ *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 19, par. 22 (*per curiam*).

¹⁷⁵⁶ *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, préc., note 540.

¹⁷⁵⁷ *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, par. 200 (les juges Brown et Rowe, dissidents en partie) :

Le procès a duré 238 jours (sur une période d'environ 3 ans) et a mené à l'une des plus longues décisions de première instance dans l'histoire du Canada, sinon la plus longue (2016 BCSC 1764). La juge de première instance a entendu plus de 40 témoins ordinaires et 13 témoins experts. Plus de 1 600 pièces et mille pages d'arguments écrits lui ont été présentées.

¹⁷⁵⁸ *Saumur v. City of Quebec*, préc., note 432, 325 (le juge Kerwin, avec l'accord des juges Rand [p. 334], Kellock [p. 356], Estey [p. 363] et Locke [p. 379]). Encore en 1976, le professeur Hogg était impressionné de l'« ampleur » de ce dossier : P. W. HOGG, préc., note 4, 398, note 84.

gouvernementales serait nécessaire. Cette recherche pourrait proposer des pistes de solution plus complètes qui viseraient à rendre les moyens de preuve utilisés plus efficaces.

❖ **Les conclusions *de lege ferenda* : comment mieux réaliser l'enquête constitutionnelle?**

En parallèle à nos conclusions sur l'histoire, l'évolution et l'état du droit positif, nous avons proposé tout au long de la présente thèse certaines conséquences des règles de preuve et certaines propositions parcellaires de réforme du droit. Parmi les règles de droit en question, nous avons abordé de manière critique les sources du droit de la preuve, l'éventail des faits en litige en matière constitutionnelle, la règle de la pertinence, la norme de preuve, la connaissance d'office et l'expertise. Résumons ici ces réflexions d'opportunité.

À titre de point préliminaire et impératif à cette thèse, nous avons démontré la filiation anglo-saxonne du régime de preuve québécois. L'opposition entre le droit civil et la common law à titre de droit commun de la preuve n'est pas frontale. Bien des domaines du droit de la preuve, dont ceux abordés dans cette thèse, sont, tant en matière civile que criminelle et pénale, régis par un « fond » conceptuel et normatif commun. À notre avis, la jurisprudence et la doctrine québécoises doivent revenir aux sources de common law des règles de preuve ou de procédure codifiées, puisqu'il est impossible d'appliquer avec cohérence et constance ces règles de preuve issues de la common law sans comprendre leur esprit.

Quant à elle, la prise en compte des faits historiques et de société par les tribunaux est un sujet controversé. Son étendue révèle la structure constitutionnelle fondamentale d'un pays. L'arrivée des faits législatifs en droit canadien est le corollaire d'un élargissement du pouvoir judiciaire d'interprétation constitutionnelle, lequel, par ailleurs, se dissimule parfois derrière ce qui est présenté comme un simple constat de faits objectifs¹⁷⁵⁹.

¹⁷⁵⁹ D. PINARD, préc., note 32, 392 ; C. I. KYER, préc., note 54, 157.

Même lorsqu'il s'agit de la preuve des intentions historiques, la panoplie de propos contradictoires des acteurs de l'époque crée un choix entre les intentions divergentes des députés, ainsi que des points d'ancrage pour des interprétations qui sortent du texte et du contexte juridique tiré des lois connexes, de la jurisprudence et de la common law. Lorsqu'on ajoute à cette recette la preuve des faits contemporains, la marge de manœuvre est décuplée. Elle est l'un des plus importants témoins du rôle des tribunaux canadiens comme gardiens de la Constitution et contrôleurs des pouvoirs élus.

La règle de la pertinence protège des valeurs importantes. Elle limite l'étendue de la « commission d'enquête » que constitue bien souvent le procès constitutionnel¹⁷⁶⁰. Les ressources des parties et du système de justice doivent être consacrées à la preuve véritablement pertinente aux questions soulevées plutôt qu'à des faits accessoires ou sans conséquences.

Le droit constitutionnel objectif envisage déjà très largement la pertinence des faits en matière constitutionnelle, et il est donc inutile de permettre aux parties de rallonger infiniment l'instance par des enquêtes encore plus extensives en assouplissant davantage la règle procédurale de la pertinence.

Le tribunal doit être conscient qu'il prépare un dossier de preuve pour un éventuel appel sur une question sociale complexe et fondamentale, ce qui appelle à une preuve extensive, mais qu'il y a tout de même des faits pertinents qu'il faut identifier. Cela est primordial lorsqu'il s'agit d'autoriser des expertises coûteuses. Il faut donc, selon nous, trouver un équilibre autour d'une application généreuse, mais non illimitée, de la règle de la pertinence.

Pour ce qui est de la norme de preuve, nous convenons qu'il est parfois difficile de faire une preuve de phénomènes sociaux complexes, et que les tribunaux doivent tout de même juger dans les circonstances, de manière à garantir les droits constitutionnels. Toutefois, le minimum à exiger pour conclure judiciairement à l'existence d'un fait en matière constitutionnelle nous apparaît être que ce fait soit,

¹⁷⁶⁰ *Supra*, p. 131 ; A. YOUNG, préc., note 520, p. 14-15.

à la lumière de la preuve, plus probable qu'improbable. La certitude mathématique, scientifique ou du droit pénal ou criminel n'est pas exigée, mais une simple apparence de vraisemblance ne peut suffire.

En réalité, les débats constitutionnels visent à déterminer *quels faits sont suffisants* pour conclure, par exemple, à une atteinte ou à une justification à un droit protégé par la Constitution. Distinguer la question du choix des faits litigieux (droit constitutionnel substantiel) des règles encadrant leur preuve (droit de la preuve) permet, en plus d'être honnête intellectuellement, de donner des instructions claires pour les parties et les tribunaux d'instances inférieures aux prises avec des problèmes similaires. Le véritable point en litige lors du test de *Oakes*, ou du moins le plus décisif, nous semble de savoir si les faits prouvés sont suffisants pour justifier la mesure contestée. Il s'agit là d'une question normative ou juridique, et non d'une question de fait.

Or, lorsque les valeurs en présence sont importantes, il pourra arriver, par exemple, que les tribunaux jugent que le simple *risque* de préjudice soit un fait à prouver qui justifiera une atteinte à un droit ou à une liberté. Autrement dit, les tribunaux ne concluent pas à l'existence d'un fait justificatif qui ne soit pas plus probable qu'improbable, ce qui serait un abaissement de la norme de preuve, mais concluent plutôt que le *risque* de préjudice à une valeur importante est suffisant, sur le plan constitutionnel, pour justifier une atteinte, ce qui constitue une substitution de faits à prouver. Ces questions font partie des aspects normatifs du test de *Oakes*.

C'est en définitive une variation des faits litigieux, du seuil juridique à rencontrer, du test à satisfaire, ou de la norme de contrôle, et non une variation de la norme de preuve ou du degré de preuve requis pour conclure à l'existence d'un fait. Il s'agit, pour les tribunaux, de choisir quels faits il faut prouver, et si ces faits prouvés sont juridiquement satisfaisants, et non d'établir la qualité de la preuve requise pour en conclure à la véracité.

Nous convenons qu'il est parfois difficile de faire une preuve de phénomènes sociaux complexes, et que les tribunaux doivent tout de même juger dans les circonstances, de manière à garantir les droits constitutionnels. Toutefois, le minimum à exiger pour conclure judiciairement à l'existence d'un fait en matière constitutionnelle nous apparaît être que ce fait soit, à la lumière de la preuve, plus probable qu'improbable. La certitude mathématique, scientifique ou du droit criminel ou pénal n'est pas exigée.

Nous avons joint notre voix à la critique de la connaissance d'office élargie au Canada. Il faut selon nous préserver le principe de la contradiction¹⁷⁶¹, l'apparence d'impartialité dans la détermination des faits¹⁷⁶², la qualité de la recherche de la vérité¹⁷⁶³ et la prévisibilité juridique du droit de la preuve¹⁷⁶⁴.

Évidemment, la connaissance d'office a un rôle important à jouer. Elle accélère les instances et diminue leurs coûts. Elle évite de demander de la preuve sur des évidences ou des éléments qui, à l'heure d'Internet, peuvent être établis incontestablement en un clic¹⁷⁶⁵. Il faut que les parties puissent se fier à la connaissance d'office. Il s'agit donc d'éviter le recours à un expert pour des aspects secondaires au litige ou qui sont raisonnablement incontestables. Mais les conséquences de l'adjudication constitutionnelle sont trop importantes pour que les faits législatifs et sociaux reconnus dans les jugements soient le fruit d'études fragmentaires n'ayant pas subi l'épreuve du débat contradictoire. Il ne faut pas donner l'aura d'une décision de justice à des faits qui n'ont pas été établis judiciairement.

L'expertise est, parmi les méthodes disponibles, le moyen le plus approprié pour prouver les faits législatifs et sociaux et introduire les études et rapports portant sur ces faits, sans que cela empêche les témoignages ordinaires des personnes touchées par les mesures contestées.

¹⁷⁶¹ *Supra*, section 2.4.1.1.

¹⁷⁶² *Supra*, section 2.4.1.2.

¹⁷⁶³ *Supra*, section 2.4.1.3.

¹⁷⁶⁴ *Supra*, section 2.4.1.4.

¹⁷⁶⁵ Voir : E. F. JUDGE, préc., note 766.

Le témoignage d'expert permet de contourner de manière fiable les problèmes posés par le oui-dire dans le respect du principe de la contradiction. L'expert peut rendre compte de la littérature et de la recherche sur les questions de fait soulevées, et faire le tri qui s'impose parmi les sources. Les experts surveillent mutuellement ce tri et peuvent soulever les failles dans l'analyse de leurs collègues.

Nous disons « le moyen de preuve le plus approprié » mais, comme disait Churchill à propos de la démocratie, nous devrions dire le moins pire. L'expertise et le procès contradictoire ont de nombreuses failles, mais il s'agit du meilleur système de preuve que l'on a proposé à ce jour pour permettre la remise en cause des vérités officielles de manière fiable, dans un système de justice où la reconnaissance généreuse de l'intérêt pour agir et du droit d'intervenir permet d'entendre beaucoup de points de vue différents¹⁷⁶⁶.

Néanmoins, il faut circonscrire le rôle de l'expert pour protéger l'intégrité du processus, l'accès à la justice et les rôles des différents acteurs du système de justice.

L'expert doit rendre compte des *faits* avec sérieux et impartialité. L'expertise en droit, c'est-à-dire l'expertise portant sur des questions devant normalement s'insérer dans les plaidoiries, est coûteuse, inutile et malhonnête, et la règle la prohibant est justifiée.

Il ne faut pas présenter ou accepter comme une preuve judiciairement faite, avec l'aura qui en découle, ce qui est en réalité un choix ou une opinion sur ce choix. La tactique de l'expert en droit fait passer des valeurs et des intérêts, et les choix normatifs qui en découlent, pour des faits scientifiques prouvés. Ces moyens rhétoriques doivent être limités, et la plaidoirie doit demeurer le moment pour plaider le droit.

¹⁷⁶⁶ *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, préc., note 310 ; *Procureure générale du Québec c. Association québécoise des vapoterics*, préc., note 333, par. 17 (la juge Gagné siégeant seule) ; *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico inc.*, 2013 QCCA 867, par. 14 (le juge Gascon siégeant seul).

Les coûts des expertises sont élevés, et ces frais sont d'ailleurs assumés, en règle générale, par la partie perdante à titre de frais de justice, du moins en droit québécois¹⁷⁶⁷. L'argumentation juridique peut très bien être faite par le dépôt d'ouvrages à titre d'autorités et par la plaidoirie des avocats dont les honoraires doivent déjà être payés par les parties. Le droit national, ou le droit étranger ou international mobilisé à titre de droit comparé, peut très bien être plaidé par un avocat-conseil qui le maîtrise. Nul besoin d'être un « témoin-expert » pour être un expert.

De plus, lorsque la plaidoirie ou la recherche juridique risquent d'être insuffisantes, les tribunaux conservent le loisir de nommer un *amicus curiae*. C'est d'ailleurs ce qu'a fait la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*¹⁷⁶⁸ en désignant le professeur Daniel Jutras à ce titre.

Il est évidemment possible de réfléchir à d'autres moyens de preuve ou d'établissement des faits qui détonneraient du cadre accusatoire et contradictoire dont nous avons hérité d'Angleterre. Par exemple, en Allemagne, la Cour constitutionnelle a le pouvoir de demander l'assistance de différents organes de l'État et de nommer un juge rapporteur pour enquêter sur les faits¹⁷⁶⁹.

Cette solution est certes intéressante, mais il n'y a pas d'experts avec une connaissance de toutes les questions de fait susceptibles d'être posées et qui pourraient être nommés de façon permanente auprès des tribunaux à titre d'assesseurs¹⁷⁷⁰. L'expert est nécessairement spécialisé, et son utilité est donc sporadique pour un tribunal constitutionnel ou généraliste.

Surtout, il est essentiel que l'équité procédurale soit préservée entre les parties gouvernementale et privée qui, dans notre tradition britannique, sont formellement sur un pied d'égalité devant les tribunaux. Les experts gouvernementaux ou payés par l'État ne doivent pas, selon nous, acquérir une légitimité ou une importance

¹⁷⁶⁷ C.p.c., art. 339 et 340.

¹⁷⁶⁸ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 R.C.S. 704.

¹⁷⁶⁹ J. HUGHES et V. MACDONNELL, préc., note 11, 26.

¹⁷⁷⁰ J. E. MAGNET, préc., note 578, 138.

plus grande dans la détermination des questions de fait, au risque de voir se développer une vérité « officielle » qu'il pourrait être difficile de contredire. Le système canadien actuel, qui requiert des experts indépendants de la part des parties, tout en permettant la commission d'office d'experts par les tribunaux, permet selon nous de concilier adéquatement la recherche de la vérité, la contradiction et le rôle du tribunal dans le contexte d'intérêt public qu'est le litige constitutionnel.

Nous sommes évidemment ouvert à ce que des formations offertes aux étudiants en droit et aux juges puissent les rendre familiers avec certaines réalités générales de la recherche scientifique, de façon à écarter certains risques qu'ils soient mystifiés par la science, comme le propose la professeure Jodi Lazare¹⁷⁷¹. Cela pourrait améliorer le traitement judiciaire de l'expertise telle qu'on la conçoit actuellement. Il ne faut pas, néanmoins, que ces formations induisent des certitudes factuelles ou une nouvelle forme de connaissance d'office irréfragable, qu'il pourrait ensuite être difficile à contredire par la preuve.

Du reste, sauf dans les cas plus rares où la méthode d'analyse est sans équivoque (par exemple une expertise comptable ou actuarielle sur le quantum dans une action collective fondée sur le droit à l'égalité), l'expertise commune ne devrait pas être imposée par le tribunal dans un litige constitutionnel. Plusieurs « écoles de pensée »¹⁷⁷² s'affrontent dans ces affaires, et imposer une telle expertise « mettr[ait] en péril le droit des parties à faire valoir leurs prétentions »¹⁷⁷³. Contrairement aux autres matières, l'expertise est souvent la méthode principale d'introduction des faits dans les litiges constitutionnels, plutôt qu'une simple analyse des faits rapportés par d'autres moyens de preuve. Dans ce contexte, empêcher une partie de déposer une expertise est l'empêcher d'introduire, purement et simplement, les faits nécessaires à sa cause.

¹⁷⁷¹ J. LAZARE, préc., note 1250, S67 ; INSTITUT NATIONAL DE LA MAGISTRATURE, préc., note 114.

¹⁷⁷² *Webasto c. Transport TFI 6*, préc., note 69, par. 34-35 (*per curiam*).

¹⁷⁷³ C.p.c., art. 158 par. 2. Voir aussi : C.p.c., art. 148.

En revanche, une façon de diminuer la longueur du procès est de pousser les parties et leurs experts à collaborer pour produire un exposé des faits et un rapport commun qui réduit la trame factuelle à ce qui est véritablement contesté. Cela peut particulièrement s'appliquer aux affaires autochtones où la preuve historique est aride et complexe, et où la mise en commun du travail des historiens permet d'améliorer la vue d'ensemble des faits historiques anciens¹⁷⁷⁴.

❖ **La recherche de l'équilibre à l'intérieur du vase-communicant expertise/connaissance d'office**

Le « changement de culture » désiré par le nouveau *Code de procédure civile* de 2016 devrait, selon nous, se traduire non seulement par une application stricte du critère de nécessité de l'expertise, mais aussi par une connaissance d'office décomplexée des faits évidents ou raisonnablement incontestables¹⁷⁷⁵. Pour réduire le nombre et les frais d'expertise, il faut que les avocats puissent se fier, dans une certaine mesure, à la connaissance d'office.

En définitive, on ne devrait jamais demander ou permettre la preuve par expert de faits qui sont évidents ou raisonnablement incontestables¹⁷⁷⁶ ou pire, sur des propositions normatives ou sur l'importance d'un droit ou d'une liberté¹⁷⁷⁷.

Cela ne veut pas dire que l'on devrait prendre connaissance d'office de faits contestables, surtout lorsque la valeur en litige est élevée ou dans les dossiers constitutionnels de principe où les tribunaux d'appel établiront le droit en vigueur

¹⁷⁷⁴ Voir : *Fletcher v. Ontario*, 2016 ONSC 5874, par. 4.

¹⁷⁷⁵ Sur la proportionnalité en matière constitutionnelle, voir : *Truchon c. Procureur général du Canada*, préc., note 63.

Une remarque accessoire sur ce point ne peut être passée sous silence. Il est curieux que la connaissance d'office soit suffisante pour établir les faits qui vont influencer sur la durée d'une privation importante de liberté en contexte criminel (*supra*, note 1338), mais qu'elle soit insuffisante pour établir, par exemple, des faits généraux en matière civile en Cour du Québec dans un litige qui conduira à une condamnation pécuniaire sous les 30 000 \$. Après tout, les juges siégeant en matières civiles doivent nécessairement acquérir une connaissance de certains faits généraux touchant, par exemple, l'économie familiale, les vices cachés, le préjudice corporel et le monde des affaires étant donné que ces faits sont régulièrement prouvés devant eux.

¹⁷⁷⁶ A. N. YOUNG, préc., note 200, 630.

¹⁷⁷⁷ *Id.* Il y a un certain nombre de contestations constitutionnelles qui reposent sur l'effet direct et évident des dispositions contestées. Il serait injuste de faire perdre des droits constitutionnels sous prétexte que ces effets recherchés par les dispositions n'ont pas été prouvés.

sur une question pour les décennies à venir. Alors que bien des auteurs ont justifié une extension de la connaissance d'office en matière constitutionnelle parce que celui-ci dépasse l'intérêt personnel des parties au litige, nous croyons plutôt que c'est justement ce caractère d'intérêt public du litige constitutionnel qui impose une prudence quant aux moyens de recherche des faits employés.

Le litige constitutionnel a changé de visage aux cours des dernières décennies. Alors que ces questions étaient historiquement soulevées en défense, les changements aux règles sur l'intérêt pour agir ont fait en sorte que les déclarations d'inconstitutionnalité de dispositions de droit substantiel résultent désormais bien souvent d'initiatives de groupes organisés, par la voie d'une demande en jugement déclaratoire¹⁷⁷⁸. Tel était le cas dans les deux dossiers majeurs *Bedford* et *Carter*. Cela signifie que les groupes qui font une telle demande y consacrent du financement et sont prêts à déployer tout l'arsenal nécessaire pour que leurs valeurs et leur vision du monde triomphent¹⁷⁷⁹. D'autres groupes interviennent massivement pour y soulever des points de vue différents. Évidemment, les coûts d'expertise sont élevés, mais les justiciables sont en droit de s'attendre à ce que l'adjudication constitutionnelle soit faite à partir de toute la preuve scientifique disponible, et non à partir de conjectures ou de données parcellaires ou partisans.

La doctorante M^e Dana Phillips a souligné que les groupes de pression ou d'intérêt aspirant à devenir intervenants n'ont pas les ressources à consacrer à l'admission d'une preuve d'expert en première instance, et qu'il faut élargir la connaissance d'office ou permettre les *Brandeis Brief* pour cette raison¹⁷⁸⁰. Or, comme le montrent les affaires *Bedford* et *Carter*, les tribunaux n'ont pas besoin que les groupes de pression multiplient leurs interventions en appel en présentant des arguments factuels irrégulièrement, mais ont besoin qu'ils se concentrent sur une question et la présentent avec sérieux en première instance.

¹⁷⁷⁸ Au Québec, il s'agit maintenant du pourvoi en contrôle judiciaire à conclusion déclaratoire : C.p.c., art. 529, par. 1.

¹⁷⁷⁹ Sur les stratégies en matière de contrôle de constitutionnalité, voir : B. PERRYMAN, préc., note 194.

¹⁷⁸⁰ D. PHILLIPS, préc., note 166, 124.

Pour ce qui est des litiges constitutionnels qui tirent leur source dans la demande d'un accusé, par exemple parce qu'elle touche une règle procédurale ou pénologique, et que la preuve est insuffisante pour cette raison, les tribunaux devraient demander d'office une expertise si les faits en litige le justifient¹⁷⁸¹. Le défaut de le faire affaiblit le jugement constitutionnel, comme le montre l'arrêt *Boudreault*¹⁷⁸², où la dissidence a critiqué la majorité puisqu'il n'y avait pas de preuve dans ce dossier fondé sur la protection contre les peines cruelles. Dans un monde idéal, l'aide juridique devrait être adaptée en conséquence.

Cela est également vrai dans les affaires constitutionnelles dans le contexte civil où une partie ne remplit pas son rôle adéquatement. Si, par exemple, une étude scientifique ou gouvernementale importante n'a pas été abordée par les parties, les tribunaux ne devraient avoir aucun complexe à demander aux témoins ou aux parties d'expliquer pourquoi c'est le cas. Si le contenu d'une étude publiée n'est pas connu d'office, son existence l'est en revanche, surtout à l'ère d'Internet. Le tribunal a le pouvoir de soulever les lacunes dans la preuve ou de nommer des experts d'office¹⁷⁸³.

Il n'empêche que l'expertise est coûteuse. Pour cette raison, M^{es} Ranjan Agarwal et Faiz Lalani ont critiqué ce virage jurisprudentiel de la connaissance d'office vers

¹⁷⁸¹ Ce pouvoir des tribunaux de demander de la preuve en matière constitutionnelle a été reconnu dès l'arrêt *Alberta (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, préc., note 430, 438-439 (Lord Maugham L.C.).

¹⁷⁸² *R. c. Boudreault*, [2018] 3 R.C.S. 599, 2018 CSC 58, par. 170 (la juge Côté pour le juge Rowe, dissidents). La preuve touchant la situation personnelle des accusés pouvait conduire à juger la peine cruelle sous l'article 12 et donc à l'atteinte. Quand aucune preuve n'est présentée par le procureur général pour justifier l'atteinte en vertu de l'article premier, la preuve de faits sociaux et législatifs devient moins, ou pas du tout, nécessaire.

¹⁷⁸³ C.p.c., art. 234 et 268; C. PICHÉ, préc., note 37, par. 203 ; L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 89, par. 26 à 29. Voir cependant, en common law privée anglo-canadienne : S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 37, par. 16.31 :

The trial judge may recall any witness who has given evidence and examine the witness on matters not dealt with in the witness' previous examination. However, except with the consent of the parties, the trial judge has no power in civil matters to call a witness who has not been previously examined. This restriction applies to an appellate court with equal or greater force.

Par ailleurs, dans un tel contexte civil où c'est le demandeur qui néglige la présentation de son dossier, les tribunaux devraient utiliser leur pouvoir discrétionnaire pour refuser la reconnaissance de l'intérêt pour agir, afin que la question constitutionnelle soit tranchée dans un litige ultérieur initié par un demandeur plus proactif : *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, préc., note 310, par. 29 (le juge Cromwell pour la Cour).

l'expertise¹⁷⁸⁴. Selon eux, le fait que les tribunaux se fondent sur des rapports d'experts écrits, et sur les documents cités par les experts, fait en sorte que ce moyen de preuve est l'équivalent de la connaissance d'office. Cela n'est pourtant pas le cas.

Les parties se sont communiqué ces rapports et ces pièces avant le procès. Elles ont eu l'opportunité de les vérifier et de les contredire en temps utile, notamment par l'entremise d'un autre rapport d'expert. Ces rapports font le tri parmi les sources factuelles, et fournissent une opinion, relativement à jour, qui prend en compte la question factuelle précise qui est soulevée devant le tribunal. Or, si les tribunaux s'affranchissent de la preuve de première instance, et utilisent librement les documents cités sans égard aux failles soulevées lors de l'enquête, il est effectivement possible que l'expertise et la connaissance d'office se rejoignent concrètement. D'ailleurs, nous ne sommes jamais à l'abri d'une erreur judiciaire. Mais l'opportunité d'attaquer la valeur probante de ces pièces a été donnée et l'opportunité de soulever en appel une erreur de fait manifeste et dominante subsiste. Là est la distinction entre l'expertise (ou la preuve) et la connaissance d'office, et la raison d'être de la règle favorisant l'expertise.

¹⁷⁸⁴ R. AGARWAL et F. LALANI, préc., note 97, 147.

Bibliographie

A. Législation

1. Législation constitutionnelle ou impériale

Colonial Laws Validity Act, 1865, 28 & 29 Vict, c. 63 (R.-U.).

Judicial Committee Act 1833, 3 & 4 Will. IV, c. 41 (R.-U.).

Judicial Committee Act 1844, 7 & 8 Vict., c. 69 (R.-U.).

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

Loi constitutionnelle de 1940, 3 & 4 George VI, c. 36 (R.-U.).

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.).

Statut de Westminster de 1931, 22 & 23 Geo. V, c. 4 (R.-U.).

2. Législation québécoise

Charte de la langue française, RLRQ, c. C-11.

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12.

Code civil du Bas-Canada, 1865, c. 41 (Province du Canada).

Code civil du Québec, RLRQ, c. CCQ-1991.

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01.

Code de procédure pénale, RLRQ, c. C-25.1.

Loi électorale, RLRQ, c. E-3.3.

Loi sur la laïcité de l'État, RLRQ, c. L-0.3.

Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques, L.Q. 2018, c. 26.

Loi sur les renvois à la Cour d'appel, RLRQ, c. R-23.

Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile, RLRQ, c. C-25.01, r. 0.2.1.

Règlement de procédure civile (Cour d'appel), RLRQ, c. C-25.01, r. 10.

3. Législation fédérale

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46.

Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, c. 44.

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, c. 48.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148.

Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, c. S-18.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), c. S-26.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), c. C-5.

Loi sur la protection des sources journalistiques, L.C. 2017, c. 22.

Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), c. 3.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), c. F-7.

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), c. I-5.

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106.

4. Législation britannique

Civil Evidence Act 1995, 1995 c. 38 (R.-U.).

5. Législation française

Constitution du 4 octobre 1958 (JORF n° 0238 du 5 octobre 1958, p. 9151).

B. Jurisprudence

1. Affaires canadiennes

3223701 *Canada inc. c. Darkallah*, 2018 QCCA 264.

9148-6274 *Québec inc. (Groupe immobilier Gazaille inc.) c. Al Raïs*, 2006 QCCA 1635.

9223-0812 *Québec inc. c. 9245-8678 Québec inc.*, 2015 QCCS 748.

A. (L.L.) c. B. (A.), [1995] 4 R.C.S. 536.

A.B. c. Bragg Communications Inc., [2012] 2 R.C.S. 567, 2012 CSC 46.

Administration portuaire de Québec c. Thibeault, 2018 QCCA 72.

Agence du revenu du Québec c. Jenniss, 2014 QCCA 2262.

Alberta (Attorney General) v. Canada (Attorney General), 1938 CanLII 251 (UK JCPC), [1938] 4 D.L.R. 433.

Alberta (Procureur général) c. Moloney, [2015] 3 R.C.S. 327, 2015 CSC 51.

Ali c. Compagnie d'assurance guardian du Canada, 1999 CanLII 13177 (QC CA).

Allen v. Alberta, 2015 ABCA 277.

Alliance autochtone du Québec c. Québec (Procureure générale), 2016 QCCS 915.

Angle c. Ministre du Revenu National, [1975] 2 R.C.S. 248.

Araya c. Nevsun Resources Ltd., 2017 BCCA 401.

Ares c. Venner, [1970] R.C.S. 608.

Arnold c. Teno, [1978] 2 R.C.S. 287.

Assessment Commissioner c. Mennonite Home Association, [1973] R.C.S. 189.

Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau Brunswick c. Nouveau Brunswick (Ministre de la Justice); Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion); Bodner c. Alberta; Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général); Minc c. Québec (Procureur général), [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44.

Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général), [2015] 1 R.C.S. 3, 2015 CSC 1.

Association des jeunes victimes de l'église c. Harvey, 2020 QCCS 188.

Association professionnelle des audioprothésistes du Québec c. Procureure générale du Québec, 2017 QCCS 1960.

Association professionnelle des audioprothésistes du Québec c. Québec (Procureure générale), 2016 QCCS 3709.

Atlantic Smoke Shops Ltd. c. Conlon, [1943] 4 D.L.R. 81 (C.P.).

Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario, [1937] A.C. 355 (P.C.).

Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada, [1937] A.C. 368 (C.P.).

Babcock c. Canada (Procureur général), [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57.

Baie-Comeau (Ville de) c. D'Astous, [1992] R.J.Q. 1483, EYB 1992-64039 (C.A.).

Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (ministre des Petites et moyennes Entreprises, du Tourisme et de la Culture), [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31.

Barrette c. Union canadienne (L'), compagnie d'assurances, 2013 QCCA 1687.

Bedford v. Canada, 2010 ONSC 4264.

Benoit-Gagné c. Procureure générale du Québec, 2019 QCCS 4429.

Bisaillon c. Keable, [1983] 2 R.C.S. 60.

Bouchard c. R., 2017 QCCA 1648.

Bouchard-Cannon c. Canada (Procureur général), 2012 QCCA 1241.

Brooks-Bidlake v. British Columbia (Attorney General), 1923 CanLII 537 (UK JCPC), [1923] 2 D.L.R. 189.

Caisse populaire de La Tuque c. Labre, 2007 QCCA 624.

Calder et al. c. Colombie-Britannique (Procureur general), [1973] R.C.S. 313.

Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General), 2017 FCA 43.

Canada (Chambre des communes) c. Vaid, [2002] 2 C.F. 583, 2001 CFPI 1332.

Canada (Chambre des communes) c. Vaid, [2003] 1 C.F. 602, 2002 CAF 473.

Canada (Chambre des communes) c. Vaid, [2005] 1 R.C.S. 667, 2005 CSC 30.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Ishaq, 2015 CAF 151.

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1997] 1 R.C.S. 748.

Canada (Premier ministre) c. Khadr, [2010] 1 R.C.S. 44, 2010 CSC 3.

Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society, [2011] 3 R.C.S. 134, 2011 CSC 44.

Canada (Procureur général) c. Hislop, [2007] 1 R.C.S. 429, 2007 CSC 10.

Canada (Procureur général) c. Bedford, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101.

Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, [2012] 2 R.C.S. 524, 2012 CSC 45.

Canada (Procureur général) c. Thouin, [2017] 2 R.C.S. 184, 2017 CSC 46.

Canada c. Benoit, 2003 CAF 236.

Canada Post Corp. v. Smith, (1994) 20 O.R. (3d) 173 (Gen. Div.).

Canadian Indemnity Company v. British Columbia (Attorney General), 1974 CanLII 1099 (BC SC).

Canadian Pacific Railway c. James Bay Railway, (1905) 36 R.C.S. 42.

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général), [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4.

Cardinal c. Bonnaud, 2018 QCCA 1357.

Carey c. Ontario, [1986] 2 R.C.S. 637.

Caron c. Alberta, [2015] 3 R.C.S. 511, 2015 CSC 56.

Carter c. Canada (Procureur général), C.S.C. n° 35591, *Bulletin du 30 mai 2014*, p. 955.

Carter c. Canada (Procureur général), 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331.

Central Canada Potash Co. v. Saskatchewan (Attorney General), 1975 CanLII 824 (SK QB).

Centrale des syndicats démocratiques (CSD) c. Procureur général du Québec, 2022 QCCS 1468.

Centrale des syndicats du Québec (CSQ) c. Procureur général du Québec, 2022 QCCS 428.

Centre de lutte contre l'oppression des genres (Centre for Gender Advocacy) c. Québec (Procureure générale), 2016 QCCS 5161.

Chaput v. Romain, [1955] S.C.R. 834.

CHSLD juif de Montréal c. Entreprises Francer inc., 2008 QCCA 2402.

Cinar Corporation c. Robinson, [2013] 3 R.C.S. 1168, 2013 CSC 73.

Claveau c. Couture, 2009 QCCS 1747.

Collins v. Cunningham And Cunningham v. Drysdale [1892] 21 S.C.R. 139.

Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik, [2011] 1 R.C.S. 657, 2011 CSC 18.

Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia, 2020 CSC 20.

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3.

Columbia Bithulic Co. v. British Columbia Electric Railway Co., [1917] 55 S.C.R. 1.

Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval, [2016] 1 R.C.S. 29, 2016 CSC 8.

Commission scolaire de Victoriaville c. La Reine, 2002 CanLII 61082 (CCI).

Commission scolaire du Chemin-du-Roy c. Morin, 2018 QCCA 2085.

Compagnie Commonwealth Plywood Itée c. Procureure générale du Québec, 2020 QCCS 2766.

Compagnie d'assurances St-Paul/St-Paul Marine & Fire Insurance Company c. SNC-Lavalin inc., 2011 QCCA 1551.

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général), [2014] 2 R.C.S. 135, 2014 CSC 40.

Comtois c. Comtois, 2013 QCCA 247.

Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général), 2008 QCCS 5076.

Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique, 2020 CSC 13.

Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville), [1998] 3 R.C.S. 3.

Corneau c. Procureure générale du Québec, 2018 QCCA 1172.

Cousineau c. Intact, compagnie d'assurances, 2019 QCCA 1022.

Cousineau c. Intact, compagnie d'assurances, 2019 QCCA 1022.

Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail), [1991] 2 R.C.S. 5.

Culina c. Giuliani, [1972] R.C.S. 343.

Curr. c. La Reine [1972] R.C.S. 889.

Daniels v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development), 2013 FC 6.

Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien), [2016] 1 R.C.S. 99, 2016 CSC 12.

Danson c. Ontario (Procureur général), [1990] 2 R.C.S. 1086.

Delgamuukw v. British Columbia, 1991 CanLII 2372 (BC SC).

Delgamuukw c. Colombie-Britannique, [1997] 3 R.C.S. 1010.

Denis c. Côté, 2019 CSC 44.

Deslauriers c. R., 2020 QCCA 484.

Despec Supplies Inc. c. Royal & Sun Alliance Insurance PLC, 2006 QCCA 145.

Desrochers c. Procureur général du Québec, 2021 QCCS 311.

Desroches c. La Reine, 2013 CCI 81.

Directeur général des Élections du Québec c. Confédération des syndicats nationaux, 2019 QCCQ 1881.

Directeur général des élections du Québec c. Leblanc

Droit de la famille — 091768, 2009 QCCS 3210.

Droit de la famille — 102866, 2010 QCCA 1978.

Droit de la famille — 191850, 2019 QCCA 1484.

Dubé c. Cliche, 2003 CanLII 75333 (QC CA).

Dumais c. R., 2010 QCCA 1030.

Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico inc., 2013 QCCA 867.

École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général), [2015] 1 R.C.S. 613, 2015 CSC 12.

Edwards v. Canada (Attorney General), 1929 CanLII 438 (UK JCPC), [1930] 1 D.L.R. 98.

Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 624.

États-Unis c. Burns, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7.

F.H. c. McDougall, [2008] 3 R.C.S. 41, 2008 CSC 53.

Fédération autonome de l'enseignement c. Commission scolaire de Laval, 2014 QCCA 591.

Fédération des médecins spécialistes du Québec c. Régie de l'assurance maladie du Québec, 2020 QCCS 1447.

Felvic inc. c. A & A démolition (Québec) ltée, 1996 CanLII 6018 (QC CA).

Fletcher v. Ontario, 2016 ONSC 5874.

Ford c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712.

Fournier c. Lamonde, 2004 CanLII 76676 (QC CA).

Frank c. Canada (Procureur général), 2019 CSC 1.

Gagnon c. Lemay, 2001 CanLII 21222 (QC CQ).

Gauvremont v. The Prudential Ins. Co. of America, [1941] S.C.R. 139.

General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641.

Gerling Globale compagnie d'assurances générales c. Service d'hypothèques Canada-vie ltée, 1997 CanLII 10065 (QC CA).

Gestion DGNE inc. c. Cour du Québec, 2020 QCCS 3054.

Giroux c. Baillargeon, 2013 QCCS 3990.

Glegg c. Smith & Nephew Inc., [2005] 1 R.C.S. 724, 2005 CSC 31.

Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission), [2000] 1 R.C.S. 494.

Globe and Mail c. Canada (Procureur général), [2010] 2 R.C.S. 592, 2010 CSC 41.

Gold Seal Ltd. c. Attorney-General for the Province of Alberta, [1921] 62 R.C.S. 424.

Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles), [2015] 3 R.C.S. 250, 2015 CSC 46.

Gosselin c. Carruthers, 2006 QCCA 1489.

Gosselin c. Québec (Procureur général), [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84.

Gosselin v. The King, [1903] 33 R.C.S. 255.

Gouvernement de la République Démocratique du Congo c. Venne, [1971] R.C.S. 997.

Graat c. R., [1982] 2 R.C.S. 819.

Groupe de la Banque mondiale c. Wallace, [2016] 1 R.C.S. 207, 2016 CSC 15.

Groupe Dubé & Associés inc. c. Québec (Procureure générale) (Ministère des Transports), 2016 QCCA 401.

Groupe Royal inc. c. Crewcut Investments Inc., 2019 QCCA 1839.

H.L. c. Canada (Procureur général), [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25.

Hak c. Procureure générale du Québec, 2019 QCCA 2145.

Hak c. Procureure générale du Québec, 2020 QCCS 2044.

Hak c. Procureur général du Québec, 2021 QCCS 1466.

Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle Écosse (Human Rights Commission), [2012] 1 R.C.S. 364, 2012 CSC 10.

Harmegnies c. Toyota Canada inc., 2008 QCCA 380.

Harper c. Canada (Procureur général), [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33.

Harper c. Canada (Procureur général), [2000] 2 R.C.S. 764.

Hassouna c. Canada (Citoyenneté et Immigration), [2017] 4 R.C.F. 555, 2017 CF 473.

Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, [2007] 2 R.C.S. 391, 2007 CSC 27.

Home Oil Distributors, Limited c. Procureur général de la Colombie-Britannique, [1940] R.C.S. 444.

Hould c. Financière Manuvie, 2000 CanLII 18864 (QCCS).

Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33.

Hydro-Québec c. Matta, 2020 CSC 37.

Immeubles Blue Stone inc. c. Greenstone Realities Inc. (Immeubles Greenstone inc.), 2020 QCCA 644.

Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Québec (Procureur général), 2012 QCCS 726, conf. par 2012 QCCA 2196.

Imperial Tobacco Canada Ltée c. Canada (Procureur général), 2004 CanLII 76633 (QC CA).

Imperial Tobacco Canada Ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé, 2019 QCCA 358.

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927.

Itenberg c. Breuvages Cott inc., 2000 CanLII 7586 (QC CA).

J.M. c. Hôpital Jean-Talon du Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux (CIUSSS) du Nord-de-l'Île-de-Montréal, 2018 QCCA 378.

Johannesson v. Municipality of West St. Paul, [1952] 1 S.C.R. 292.

Jones c. Tsige, 2012 ONCA 32.

Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran, [2014] 3 R.C.S. 176, 2014 CSC 62.

Knowlton c. R., [1974] R.C.S. 443.

L. (V.) c. G. (D.), sub nom. *Droit de la famille – 073730*, 2007 QCCS 7160.

L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J., 2019 CSC 35.

Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc., [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51.

Ladore v. Bennett, [1939] A.C. 468 (C.P.).

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497.

Lebel Caron c. Procureur général du Québec, 2021 QCCS 565.

Lefrançois c. Garde côtière auxiliaire canadienne (Québec) inc., 2018 QCCS 228.

Les avocats et notaires de l'État québécois et Agence du revenu du Québec, 2018 QCTAT 142.

Lessard c. Québec (Sous-ministre du Revenu), 2002 CanLII 63082 (QC CA).

Levasseur c. Pelmorex Communications inc., 2000 CanLII 17864 (QC CS).

Libman c. Québec (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 569.

Lindal c. Lindal, [1981] 2 R.C.S. 629.

Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice), [2000] 2 R.C.S. 1120.

Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada, [2016] 2 R.C.S. 521, 2016 CSC 52.

Location Rompré Itée c. Québec (Sous-ministre du Revenu), [2000] J.Q. no 5548, 2000 CanLII 6466 (QC CA).

Lower Mainland Dairy Products Board v. Turner's Dairy Ltd, [1941] S.C.R. 573.

M.(K.) c. M.(H.), [1992] 3 R.C.S. 3.

MacKay c. Manitoba, [1989] 2 R.C.S. 357.

Maltais c. Procureure générale du Québec, 2020 QCCA 715.

Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général), [2013] 1 R.C.S. 623, 2013 CSC 14.

Marshall v. The Queen, [1961] S.C.R. 123.

Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc., [2011] 2 R.C.S. 387, 2011 CSC 27.

Mattel Inc. c. 3894207 Canada Inc., [2006] 1 R.C.S. 772, 2006 CSC 22.

Matthew v. Guardian Assurance Co., [1918] 58 S.C.R. 47.

McKesson & Robbins Ltd. v. Biermans, [1937] S.C.R. 113.

McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229.

Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés c. Canada (Procureur général), [2015] 2 R.C.F. 267, 2014 CF 651.

Merchants' Marine Ins. Co. v. Rumsey, [1884] 9 S.C.R. 577.

Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil), [2018] 2 R.C.S. 765, 2018 CSC 40.

Miller et autre c. La Reine, [1977] 2 R.C.S. 680.

Ministre des Finances du Nouveau-Brunswick et autre c. Simpsons-Sears Ltée, [1982] 1 R.C.S. 144.

Mitchell c. M.R.N., [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33.

Moge c. Moge, [1992] 3 R.C.S. 813.

Montréal (Communauté urbaine de) (Service de police) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2006 QCCA 612.

Montréal (Ville de) c. St-Pierre (Succession de), 2008 QCCA 2329.

Montréal c. Arcade Amusements Inc., [1985] 1 R.C.S. 368.

Montreuil c. Québec (Directeur de l'état civil), 2002 CanLII 63813 (QC CA).

Motard c. Canada (Procureure générale), 2016 QCCS 588.

Motard c. Procureur général du Canada, 2019 QCCA 1826.

Moumdjian c. Aubin, 2006 QCCA 1264.

Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General), 2009 CanLII 15149 (ON SC).

Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville), [2015] 2 R.C.S. 3, 2015 CSC 16.

Moysa c. Alberta (Labour Relations Board), [1989] 1 R.C.S. 1572.

Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6.

Murphy c. Canadian Pacific Railway Co., [1958] R.C.S. 626.

N. Turenne Brique et pierre inc. c. FTQ-Construction, 2019 QCCS 4165.

N.S. v. H.M.Q., 2013 ONSC 7019.

Nevsun Resources Ltd. c. Araya, 2020 CSC 5.

New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative), [1993] 1 R.C.S. 319.

Newfoundland and Labrador Corporation Ltd. et autre c. Procureur général de Terre-Neuve, [1982] 2 R.C.S. 260.

Northwest Organics, Limited Partnership v. Roest, 2017 BCSC 673.

Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54.

Ontario v. Rothmans, 2014 ONSC 3382.

Operation Dismantle c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 441.

Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd., 2019 CSC 5.

Ouellet c. Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique, 2020 QCCS 1005.

Parizeau c. Lafrance, 1999 CanLII 11181 (QC CS).

Patterson SS Ltd. v. Aluminum Co. of Can., [1951] S.C.R. 852.

Pétrolière Impériale c. Jacques, [2014] 3 R.C.S. 287, 2014 CSC 66.

Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu National, [1977] 1 R.C.S. 456.

Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais c. Belcan S.A., [1996] 2 C.F. 751 (CAF).

Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat, [2015] 2 R.C.S. 548, 2015 CSC 30.

Presse Itée (La) c. Poulin, 2012 QCCA 2030.

Primeau c. Hooper, 2020 QCCA 576.

Procureur général du Canada c. De l'Étoile, 2019 QCCA 1178.

Procureur général du Québec c. Fédération des médecins spécialistes du Québec, 2020 QCCA 1770.

Procureure générale du Québec c. Association québécoise des vapoteries, 2019 QCCA 2209.

Procureure générale du Québec c. IMTT-Québec inc., 2019 QCCA 1598.

Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re), 2013 QCCA 1807.

Promutuel Drummond, Société Mutuelle D'Assurance Générale c. Gestions Centre du Québec Inc., 2002 CanLII 41139 (QC CA).

Propane Nord-Ouest c. Galarneau, 2015 QCCA 1688.

Prud'homme c. Prud'homme, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85.

Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général), [1999] 3 R.C.S. 845.

Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général), [2000] 1 R.C.S. 44.

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation), [2015] 2 R.C.S. 789, 2015 CSC 39.

Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général), 2004 CanLII 28398 (QC CA).

Québec (Procureur général) c. Conférence des juges du Québec, 2004 CanLII 22772 (QC CA).

Québec (Procureur général) c. IMTT-Québec inc., 2016 QCCS 849.

Québec (Procureur général) c. Lacombe, [2010] 2 R.C.S. 453, 2010 CSC 38.

Québec (Procureur général) c. A, [2013] 1 R.C.S. 61, 2013 CSC 5.

Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc., 2020 CSC 32.

R. c. Abbey, [1982] 2 R.C.S. 24.

R. c. Askov, [1990] 2 R.C.S. 1199.

R. c. Bain, [1992] 1 R.C.S. 91.

R. c. Bingley, [2017] 1 R.C.S. 170, 2017 CSC 12.

R. c. Blackman, [2008] 2 R.C.S. 298, 2008 CSC 37.

R. c. Boudreault, [2018] 3 R.C.S. 599, 2018 CSC 58.

R. c. Boutilier, [2017] 2 R.C.S. 936, 2017 CSC 64.

R. c. Bradshaw, [2017] 1 R.C.S. 865, 2017 CSC 35.

R. c. Bryan, [2007] 1 R.C.S. 527, 2007 CSC 12.

R. c. Butler, [1992] 1 R.C.S. 452.

R. c. Campbell, [1999] 1 R.C.S. 565.

R. c. Chung, 2020 CSC 8.

R. c. Cobham, [1994] 3 R.C.S. 360.

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265.

R. c. Comeau, [2018] 1 R.C.S. 342, 2018 CSC 15.

R. c. Comeau, 2016 NBCP 3.

R. c. Daley, [2007] 3 R.C.S. 523, 2007 CSC 53.

R. c. Désaulniers, 1994 CanLII 5909 (QC CA).

R. c. Desautel, 2021 CSC 17.

R. c. DeSousa, [1992] 2 R.C.S. 944.

R. c. Dixon, [1998] 1 R.C.S. 244.

R. c. Find, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32.

R. c. Gladue, [1999] 1 R.C.S. 688.

R. c. Gruenke, [1991] 3 R.C.S. 263.

R. c. Hauser, [1979] 1 R.C.S. 984.

R. c. Hawkins, [1996] 3 R.C.S. 1043.

R. c. Hufsky, [1988] 1 R.C.S. 621.

R. c. J.-L.J., [2000] 2 R.C.S. 600, 2000 CSC 51.

R. c. Jones, [1986] 2 R.C.S. 284.

R. c. Jordan, [2016] 1 R.C.S. 631, 2016 CSC 27.

R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697.

R. c. Keegstra, [1995] 2 R.C.S. 381.

R. c. Khawaja, [2012] 3 R.C.S. 555, 2012 CSC 69.

R. c. Krymowski, [2005] 1 R.C.S. 101, 2005 CSC 7.

R. c. L. (D.O.), [1993] 4 R.C.S. 419.

R. c. Laba, [1994] 3 R.C.S. 965.

R. c. Lacasse, [2015] 3 R.C.S. 1089, 2015 CSC 64.

R. c. Lavallee, [1990] 1 R.C.S. 852.

R. c. Le, 2019 CSC 34.

R. c. Lifchus, [1997] 3 R.C.S. 320.

R. c. Mabior, [2012] 2 R.C.S. 584, 2012 CSC 47.

R. c. Malmo-Levine; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74.

R. c. Média Vice Canada Inc., [2018] 3 R.C.S. 374, 2018 CSC 53.

R. c. Mercure, [1988] 1 R.C.S. 234.

R. c. Mills, [1999] 3 R.C.S. 668.

R. c. Mohan, [1994] 2 R.C.S. 9.

R. c. Morgentaler, [1993] 3 R.C.S. 463.

R. c. Morin, [1992] 1 R.C.S. 771.

R. c. O'Connor, [1995] 4 R.C.S. 411.

R. c. Papatie, 2008 QCCA 1135.

R. c. Paquette, [1990] 2 R.C.S. 1103.

R. c. Paul (T.P.), 1998 CanLII 12246 (NB CA).

R. c. Penno, [1990] 2 R.C.S. 865.

R. c. Poulin, 2019 CSC 47.

R. c. Rowbotham; *R. c. Roblin*, [1994] 2 R.C.S. 463.

R. c. S. (R.D.), [1997] 3 R.C.S. 484.

R. c. Salituro, [1991] 3 R.C.S. 654.

R. c. Sappier; *R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54.

R. c. Sekhon, [2014] 1 R.C.S. 272, 2014 CSC 15.

R. c. Sharpe, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2.

R. c. Singh, [2007] 3 R.C.S. 405, 2007 CSC 48.

R. c. Sioui, [1990] 1 R.C.S. 1025.

R. c. Société Radio-Canada, [2018] 1 R.C.S. 196, 2018 CSC 5.

R. c. Stolar, [1988] 1 R.C.S. 480.

R. c. Stone, [1999] 2 R.C.S. 290.

R. c. Thomsen, [1988] 1 R.C.S. 640.

R. c. Trochym, [2007] 1 R.C.S. 239.

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507.

R. c. Villaroman, [2016] 1 R.C.S. 1000, 2016 CSC 33.

R. c. Zundel, [1992] 2 R.C.S. 731.

R. c. O'Brien, [1978] 1 R.C.S. 591.

R. v. Abbey, 2009 ONCA 624.

R. v. Francis, 2007 NSPC 28.

R. v. G.C., (1997) 8 C.R. (5th) 21 (Gen. Div.), 1997 CanLII 12448 (ONSC).

R. v. G.C., (1997) 8 C.R. (5th) 21 (Gen. Div.), 1997 CanLII 12448 (ONSC).

R. v. Martin, 1997 CanLII 9717 (SK CA).

R. v. Meadowbrook Management Ltd., 2001 ABPC 245.

R. v. R.S.M., 1994 CanLII 10492 (NL SC).

R. v. Raaman, 2020 ONSC 1672.

R. v. Seo, 1986 CanLII 109 (ON CA).

R. v. Smith, 2011 ABCA 136.

R. v. Snider, [1954] S.C.R. 479.

R. v. White and Bob, 1964 CanLII 452 (BC CA), 50 D.L.R. (2d) 613.

R. v. Williams, [1994] B.C.J. No. 1301 (BCSC).

R. c. Ipeelee, [2012] 1 R.C.S. 433, 2012 CSC 13.

R. c. Wells, [2000] 1 R.C.S. 207.

R. c. Advance Cutting & Coring Ltd., [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70.

R. c. Béland, [1987] 2 R.C.S. 398.

R. c. Caron, [2011] 1 R.C.S. 78, 2011 CSC 5.

R. c. Deslauriers, 2021 CSC 3.

R. c. Dinardo, [2008] 1 R.C.S. 788, 2008 CSC 24.

R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713.

R. c. K.J.M., 2019 CSC 55.

R. c. K.R.J., [2016] 1 R.C.S. 906, 2016 CSC 31.

R. c. Kang-Brown, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18.

R. c. Khan, [1990] 2 R.C.S. 531.

R. c. Khelawon, [2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC 57.

R. c. Levkovic, [2013] 2 R.C.S. 204, 2013 CSC 25.

R. c. Lloyd, [2016] 1 R.C.S. 130, 2016 CSC 13.

R. c. Lyons, [1987] 2 R.C.S. 309.

R. c. Marquard, [1993] 4 R.C.S. 223.

R. c. Marshall; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43.

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30.

R. c. National Post, [2010] 1 R.C.S. 477, 2010 CSC 16.

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075.

R. c. Spence, [2005] 3 R.C.S. 458, 2005 CSC 71.

R. c. Williams, [1998] 1 R.C.S. 1128.

R.P. c. R., 2013 QCCA 1260.

Raymond Chabot Grant Thornton c. Directeur général des élections du Québec,
2018 QCCS 5697.

Redican v. Nesbitt, [1924] S.C.R. 135.

Reference as to whether “Indians” includes in s. 91 (24) of the B.N.A. Act includes Eskimo in habitants of the Province of Quebec, [1939] S.C.R. 104.

Reference Re Alberta Statutes - The Bank Taxation Act; The Credit of Alberta Regulation Act; and the Accurate News and Information Act, [1938] S.C.R. 100.

Reference re Regulation and Control of Radio Communication, [1931] S.C.R. 541.

Reference re Validity of Section 5 (a) Dairy Industry Act, [1949] S.C.R. 1.

Reference Re Validity of Section 5(a) of The Dairy Industry Act, Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General of Quebec et al., 1950 CanLII 342 (UK JCPC), [1950] 4 D.L.R. 689.

Reference re Wartime Leasehold Regulations, [1950] R.C.S. 124.

Reference re Waters and Water-Powers, [1929] S.C.R. 200.

Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada, 2011 BCSC 1588.

Régie intermunicipale de police des Riverains c. Régie des rentes du Québec, 2010 QCCA 343.

Regina v. Century 21 Ramos Realty Inc. and Ramos, [1987] O.J. No. 178 (ONCA).

Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753.

Renvoi à la Cour d'appel du Québec portant sur la validité constitutionnelle des dispositions de l'article 35 du Code de procédure civile qui fixent à moins de 85 000 \$ la compétence pécuniaire exclusive de la Cour du Québec et sur la compétence d'appel attribuée à la Cour du Québec, 2019 QCCA 1492.

Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1) c) du Code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123.

Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56.

Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6, [2014] 1 R.C.S. 433, 2014 CSC 21.

Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 RCS 457, 2010 CSC 61.

Renvoi relatif à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre, 2021 CSC 11

Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837, 2011 CSC 66.

Renvoi relatif à la réforme du Sénat, [2014] 1 R.C.S. 704, 2014 CSC 32.

Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, [2018] 3 R.C.S. 189, 2018 CSC 48.

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.), [1997] 3 R.C.S. 3.

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217.

Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act, [1984] 1 R.C.S. 297.

Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79.

Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle, [1981] 1 R.C.S. 714.

Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.), [1985] 2 R.C.S. 486.

Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute, [1980] 1 R.C.S. 54.

Renvoi : Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373.

Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani, [2010] 2 R.C.S. 650, 2010 CSC 43.

RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199.

Roberge c. Bolduc, [1991] 1 R.C.S. 374.

Roch Lessard 2000 inc. c. Saint-Augustin (Municipalité de), 2013 QCCA 1606.

Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1993] 3 R.C.S. 519.

Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville), [2016] 1 R.C.S. 467, 2016 CSC 23.

Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick, [1996] 1 R.C.S. 825.

Rousseau v. Bennett, [1956] S.C.R. 89.

Royal Victoria Hospital et al. c. Morrow, [1974] R.C.S. 501.

Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan, [2015] 1 R.C.S. 245, 2015 CSC 4.

Saumur et al. v. Procureur général du Québec, [1964] S.C.R. 252.

Saumur v. City of Quebec, [1953] 2 S.C.R. 299.

Sauvé c. Canada (Directeur général des élections), [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68.

Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679.

SDGMR c. Saskatchewan, [1987] 1 R.C.S. 460.

Shearson c. R., 2014 QCCA 517.

Sigeareak El-53 v. The Queen, [1966] S.C.R. 645.

Simon c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 387.

Sioui c. Québec (Sous-ministre du Revenu), 1996 CanLII 6067 (QCCA).

Smallwood c. Sparling, [1982] 2 R.C.S. 686.

Société d'énergie Foster Wheeler Itée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc., [2004] 1 R.C.S. 456, 2004 CSC 18.

Sparks v. Nova Scotia (Assistance Appeal Board), 2017 NSCA 82.

St-Adolphe-d'Howard (Municipalité de) c. Chalets St-Adolphe inc., 2007 QCCA 1421.

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1.

Symes c. Canada, [1989] A.C.F. N° 400 (C.F.), inf. par [1991] A.C.F. N° 537 (C.A.F.).

Symes c. Canada, [1993] 4 R.C.S. 695.

Symes c. Canada, C.S.C. n° 22659.

Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal, (SCFP, section locale 301) c. Coll, 2009 QCCA 708.

Syndicat des producteurs de bois de la Gaspésie c. Damabois, division Cap-Chat inc., 2010 QCCA 1201.

Syndicat des professionnelles en soins de Québec (SPSQ-FIQ) c. CSSS de Rivière-du-Loup, 2015 QCCA 1127.

Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E., [2004] 3 R.C.S. 381, 2004 CSC 66.

Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia, [1960] S.C.R. 713.

The King v. Cotton, 1913 CanLII 396 (UK JCPC), 15 D.L.R. 283.

The King v. National Trust Co., [1933] S.C.R. 670.

The Queen v. Smith [1883] 10 S.C.R. 1.

The Ship Minnie v. The Queen, [1894] 23 S.C.R. 478.

Thériault c. La Reine, 1998 CanLII 11295 (QC CS).

Thomson Newspaper Co. v. Canada (Attorney General), 1995 CanLII 7062 (ON SC).

Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 877.

Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General), [1995] O.J. No. 1375 (OC GD).

Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 106.

Thorson c. Procureur Général du Canada, [1975] 1 R.C.S. 138.

Tremblay c. Procureure générale du Québec (Ministre de la Justice du Québec), 2020 QCCA 416.

Tremblay c. R., 2010 QCCA 2072.

Truchon c. Procureur général du Canada, 2018 QCCS 317.

Truchon c. Procureur général du Canada, C.S.Q. Montréal, n° 500-17-099119-177.

Union des employé-es de la restauration, métallurgistes unis d'amérique, local 8470 c. Ultramar Canada inc., 1998 CanLII 12580 (QC CA).

Vaid c. Canada (Chambre des communes), [2001] D.C.D.P. No 15 (Q/L).

Van de Perre c. Edwards, [2001] 2 R.C.S. 1014, 2001 CSC 60.

Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée, [2006] 1 R.C.S. 824, 2006 CSC 23.

Waldick c. Malcolm, [1991] 2 R.C.S. 456.

Webasto c. Transport TFI 6, 2019 QCCA 342.

Wells c. Terre-Neuve, [1999] 3 R.C.S. 199.

Western Electric Co., Inc., et al. v. Baldwin International Radio of Canada, [1934] S.C.R. 570.

Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Company, 1993 CanLII 4242 (QC CA).

White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co., [2015] 2 R.C.S. 182, 2015 CSC 23.

Willick c. Willick, [1994] 3 R.C.S. 67.

Zaric c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2016 CAF 36.

2. Affaires britanniques

Brutus v. Cozens, [1973] A.C. 854 (H.L.).

Commonwealth Shipping Representative v. Peninsular & Oriental Branch Service, [1923] A.C. 191, [1922] All E.R. 207 (H. L.).

Herron v. Rathmines & Rathgar Improvement Com'rs, [1892] A.C. 498 (C.L.).

Monarch Steamship v. Karlshamns Oljefabriker, [1948] UKHL 1.

Myers v. Director of Public Prosecutions, [1965] A.C. 1001, [1964] 2 All E.R. 881, [1964] 3 W.L.R. 145 (H.L.).

Read and others v. The Bishop of Lincoln (The Arches Court of Canterbury), [1892] UKPC 46.

Stradling v. Morgan, (1560) 1 Plowd. 199, 75 E.R. 305.

3. Affaires américaines

Dunagin c. City of Oxford, Mississippi, (1983) 718 F.2d 738, cert. refusé, (1984) 467 U.S. 1259.

Muller v. Oregon, (1907) 208 U.S. 412.

C. Doctrine et autres écrits scientifiques

1. Articles de périodiques

AGARWAL, R. et F. 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 (2) *N.J.C.L.* 131.

ALFANGE, D. « The Relevance of Legislative Facts in Constitutional Law », (1966) 114 (5) *U. of Penn. L. R.* 637.

ARCHIBALD, B. P. « The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All? », (1999) 25 *Queen's L.J.* 1.

BAAR, C. « Criminal Court Delay and the Charter: The Use and Misuse of Social Facts in Judicial Policy Making », (1993) 72 *Can. B. Rev.* 305.

BACHAND, F. « Les principes généraux de la justice civile et le nouveau *Code de procédure civile* », (2015) 61 (2) *R. d. McGill* 447.

BARANGER, D. « La preuve en droit constitutionnel anglais », (1995) 23 *Droits* 67.

BEAULAC, S. « Recent Developments at the Supreme Court of Canada on the Use of Parliamentary Debates », (2000) 63 *Sask. L. Rev.* 581.

BELLEAU, L. « L'immunité de divulgation sous le régime de l'article 37 L.p. : des secrets bien gardés », (2008) 13 *Can. Crim. L. Rev.* 19.

BERNATCHEZ, S. « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (2005-06) 36 *R.D.U.S.* 165.

- BINETTE, A. « La mise en œuvre judiciaire de l'article 1 de la Charte canadienne et le droit de la preuve », (1986) 27 *C. de D.* 939.
- BINNIE, I. « Bora Laskin's legacy to the Supreme Court of Canada », (2005) 24 (3) *Advocates' Soc. J.* 5.
- BLOODWORTH, M. « A Fact Is a Fact Is a Fact: Stare Decisis and the Distinction between Adjudicative and Social Facts in Bedford and Carter », (2014) 32 *Nat'l J. Const. L.* 193.
- BROWN, D. J. M. « Practice with the Charter », (1989) 23 *U.B.C. Law Review* 595.
- CAMPAGNOLO, Y. « The History, Law and Practice of Cabinet Immunity in Canada » (2017) 47 (2) *Revue générale de droit* 239.
- CHEVRETTE, F. « La disposition limitative de la *Charte des droits et libertés de la personne* : le dit et le non-dit », (1987) 21 *R.J.T. n.s.* 461.
- CHIN, J. M. « Abbey Road: The (Ongoing) Journey to Reliable Expert Evidence », (2018) 96 *Can. Bar Rev.* 422.
- CHIN, J. M., J. TOMISKA et C. LI, « Drawing the Line between Lay and Expert Opinion Evidence », (2017) 63 *McGill L.J.* 89.
- CHIN, J. M., M. LUTSKY et I. E. DROR, « The Biases of Experts: An Empirical Analysis of Expert Witness Challenges », (2019) 42 *Man. L.J.* 21.
- COCHRAN, P. « Taking Notice: Judicial Notice and the Community Sense in Anti-Poverty Litigation », (2007) 40 (2) *U.B.C. L. Rev.* 559.
- CUNLIFFE, E. et G. EDMOND, « Gaitkeeping in Canada: Mis-steps in Assessing the Reliability of Expert Testimony », (2013) 92 *Revue du Barreau canadien* 327.
- DAVIS, K. C. « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », (1942) 55 *Harv. L. Rev.* 364.
- DAWOOD, Y. « Democracy and Deference: The Role of Social Science Evidence in Election Law Cases », (2014) 32 *Nat'l J. Const. L.* 173.
- DEMERS, F. « Commentaire sur la décision *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)* – Une grande demi-victoire pour les journalistes ? », *Repères*, Novembre 2010, *La Référence*, EYB2010REP995.

- DEVLIN, R. F. et D. POTHIER, « Redressing the Imbalances: Rethinking the Judicial Role after R. v. R.D.S. », (1999) 31 (1) *Ottawa Law Review* 1.
- FABIEN, C. « L'utilisation par le juge de ses connaissances personnelles dans le procès civil », (1987) 66 (3) *Revue du Barreau canadien* 433.
- FOURNIER, J. « Les privilèges en droit de la preuve: un nécessaire retour aux sources », (2019) 53 (3) *RJTUM* 461.
- FOURNIER, J. « L'“affidavit St-Hilaire” sur le privilège parlementaire et son rejet dans l'affaire Boulerice: mise en contexte », (2017) 11 *Journal of Parliamentary and Political Law* 721.
- FOURNIER, J. « Tracer la frontière entre la preuve du contexte législatif et social et la plaidoirie : proposition d'un cadre d'analyse pour l'application de la prohibition de l'expertise sur le droit dans le contentieux constitutionnel », (2021) *R.G.D.* [à paraître].
- GARANT, P. « La preuve devant les tribunaux administratifs et quasi judiciaires », (1980) 21 *C. de D.* 825.
- GARDNER, J. « Legal Positivism: 5½ Myths », (2001) 46 *American Journal of Jurisprudence* 199.
- GOLDBERG, S. B. « Constitutional Tipping Points: Civil Rights, Social Change, and Fact-Based Adjudication », (2006) 106 *Columbia L. R.* 1955.
- GOODHART, A. L. « Appeals on Questions of Fact », (1955) 71 *L.Q.R.* 402.
- GOVER, B. J. et M. LOCKE MACAULAY, « “Snow Houses Leave No Ruins”: Unique Evidence in Aboriginal and Treaty Rights », (1996) 60 *Saskatchewan Law Review* 47.
- GRAMMOND, S. « La justice secrète : information confidentielle et procès civil », (1996), 56 *R. du B.* 437.
- GREEN, M. S. « Legal Realism as Theory of Law », (2005) 46 *William and Mary Law Review* 1915.
- GUASTINI, R. « Le réalisme juridique redéfini », (2013) 19 *Revus* 113.
- HAMILTON, M. « Constitutional Law and the Role of Scientific Evidence : The Transformative Potential of Doe v. Snyder », (2017) 58 (6) *Boston College Law Review* 34.

- HOGG, P. W. « Proof of Facts in Constitutional Cases », (1976) 26 *U. Of T. L.J.* 386.
- HOUDE, M. et G. OTIS, « Les logiques de la rationalité judiciaire et le processus de la preuve dans le contentieux des droits des peuples autochtones: le cas des récits oraux », (2011) 41 *R.G.D.* 7.
- HUDON, I. « Chronique – La difficile implantation des nouvelles règles relatives à l'expertise », *Repères*, septembre 2018, *La Référence*, EYB2018REP2574.
- HUGHES, J. et V. MACDONNELL, « Social Science Evidence in Constitutional Rights Cases in Germany and Canada: Some Comparative Observations », (2013) 32 *Nat'l J. Const. L.* 23.
- JAMAL, M. « Legislative Facts in Charter Litigation: Where Are We Now? », (2004) 17 *Nat'l J. Const. L.* 1.
- JOYAL, S. « Un entretien avec l'honorable sénateur Serge Joyal », (2012-2013) 44 (3) *RD Ottawa* 595.
- JUKIER, R. « The Impact of Legal Traditions on Quebec Procedural Law: Lessons from Quebec's New Code of Civil Procedure », (2015) 93 *Can. B. Rev.* 211.
- JUTRAS, D. « Cartographie de la mixité : la common law et la complétude du droit civil au Québec », (2009) 88 *Revue du Barreau canadien* 247.
- JUTRAS, D. « Regard sur la common law au Québec : perspective et cadrage », (2008) 10 *R.C.L.F.* 311.
- KARAZIVAN, N. « Le fédéralisme coopératif entre territorialité et fonctionnalité : le cas des valeurs mobilières », (2016) 46 *Revue générale de droit* 419.
- KARAZIVAN, N. « Constitutional Structure and Original Intent: A Canadian Perspective » (2017) 2 *University of Illinois Law Review* 629.
- KARAZIVAN, N. « De la structure constitutionnelle dans le *Renvoi relatif au Sénat* : vers une *gestalt* constitutionnelle ? », (2015) 60 (4) *Revue de droit de McGill* 793.
- KARST, K. L. « Legislative Facts in Constitutional Litigation », (1960) *Sup. Ct. Rev.* 75.
- KELSEN, H. « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », (1992) 22 *Droit et société* 551.

- KOLITCH, S. « Constitutional Fact Finding and the Appropriate Use of Empirical Data in Constitutional Law », (2006) 10 (3) *Lewis & Clark Law Review* 673.
- KYER, C. I. « Has History a Role to Play in Constitutional Adjudication: Some Preliminary Considerations », (1981) 5 *Law Society of Upper Canada Gazette* 135.
- L'HEUREUX-DUBÉ, C. « Droit de la famille à l'aube du 20e siècle : la marche vers l'égalité », (1997-98) 28 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 3.
- L'HEUREUX-DUBÉ, C. « Making Equality Work in Family Law », (1997) 14 *Can. J. Fam. L.* 103.
- L'HEUREUX-DUBÉ, C. « Re examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context », (1994) 26 *R.D. Ottawa* 551.
- LALONDE, L. « Du balcon aux coulisses de la scène ? Une approche métathéorique réflexive des discours de la doctrine juridique », (2011) 68 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 49.
- LANGÉVIN, L. « Liberté de choix et protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie » (2009), 54 *R.D. McGill* 697.
- LAZARE, J. « Judging the Social Sciences in Carter v Canada (AG) », (2016) 10 (1) *RD & santé McGill* S35.
- LAZARE, J. « When Disciplines Collide: Polygamy and the Social Sciences on Trial », (2015) 32 *Windsor YB Access Just.* 103.
- LEBEL, L. et P.-L. LE SAULNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47 *C. de D.* 179.
- LECLAIR, J. « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity », (2003) 28 *Queen's L.J.* 411.
- LECLAIR, J. et MORISSETTE, Y.-M. « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême : Reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance », 36 (3) *Osgoode Hall Law Journal* 485.
- LEE, J.D., C. T. SHELDON et R. LATTANZIO, « Law and Ordered C.H.A.O.S: Social Science Methodology, and the Charter Claims of Persons with Disabilities », (2013) 32 *Nat'l J. Const. L.* 61.

- MACCRIMMON, M. T. « Developments in the Law of Evidence: The 1987-88 Term. Fact Finding and the Supreme Court », (1989) 11 *Supreme Court L.R.* 275.
- MAGNET, J. E. « The Presumption of Constitutionality », (1980) 18 (1) *Osgoode Hall Law Journal* 87.
- MARCHISIO, G. « La règle de la meilleure preuve dans le procès civil », (2018) 48 *R.D.U.S.* 1.
- MCEVOY, J. P. « R. v. Comeau: Expert Evidence at Trial », (2020) 40 *N.J.C.L.* 67.
- MCGINNIS J. O. et C. W. MULANEY, « Judging Facts Like Law », (2008-2009) 25 *Const. Comment.* 69.
- MCNEIL, K. « Indigenous Rights Litigation, Legal History, and the Role of Experts », (2014) 77 *Sask. L. Rev.* 173.
- MILLAIRE, K. « L'adjudication des droits constitutionnels dans les cas difficiles : judiciarisation des faits sociaux ou argumentation judiciaire des valeurs? », (2019) 53 (3) *RJTUM* 501.
- MONAGHAN, H. P. « Constitutional Fact Review », (1985) 85 *Columbia L. R.* 229.
- MONAHAN, J. et L. WALKER, « Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law », (1986) 134 *U. Pa. L. Rev.* 477.
- MORGAN, E. M. « Judicial Notice », (1944) 57 *Harvard Law Review* 269.
- MORISSETTE, Y.-M. « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions », (2009) 50 (2) *Cahiers de droit* 381.
- MORRIS, C. « Law and Fact », (1942) 55 *Harv. L. Rev.* 1303.
- MORTON, F. L. et I. BRODIE, « The Use of Extrinsic Evidence in Charter Litigation before the Supreme Court of Canada », (1993) 3 *Nat'l J. Const. L.* 1.
- MOUNSEY, R. « Social Science Evidence as Proof of Legislative Fact in Constitutional Litigation: A Proposed Framework for a Reliability Analysis », (2014) 32 *Nat'l J. Const. L.* 127.
- NADEAU, C. « La preuve extrinsèque et l'immunité d'intérêt public en droit québécois », (2018) 12 *J. Parliamentary & Pol. L.* 513.

- PAL, M. « Democratic Rights and Social Science Evidence », (2014) 32 *Nat'l J. Const. L.* 151.
- PERRYMAN, B. « Adducing Social Science Evidence in Constitutional Cases », (2018) 44 (1) *Queen's L.J.* 121.
- PETEV, V. « Quelle méthode ? La méthodologie juridique au seuil du XXI^e siècle », (1990) 4 *Revue de la recherche juridique* 757.
- PFERSMANN, O. « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », (2002) 52 (4) *Revue française de droit constitutionnel* 759.
- PHILLIPS, D. « Ishaq v Canada: Social Science Facts in Feminist Interventions », (2018) 35 *Windsor YB Access Just.* 99.
- PHILLIPS, D. E. « Loosening the Law's Bite: Law, Fact, and Expert Evidence in R v JA and R v NS », (2017) 21 *Int'l J. of Evidence & Proof* 242.
- PICHÉ, C. « La disposition préliminaire du *Code de procédure civile* », (2014) 73 *Revue du Barreau* 135.
- PIGEON, L.-P. « The Meaning of Provincial Autonomy », (1951) 24 *Canadian Bar Review* 1126.
- PINARD, D. « Au-delà de la distinction du fait et du droit en matière constitutionnelle : les postulats nécessaires », (2014) 48 *R.J.T.* 1.
- « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel », (1997) 31 *R.J. Thémis* 315.
- « La notion traditionnelle de connaissance d'office des faits », (1997) 31 *R.J.T. n.s.* 87.
- « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités ? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac », (1993-1994) 39 *McGill L. J.* 401.
- « La preuve des faits sociaux et les Brandeis Briefs : quelques réserves », (1996) 26 *R.D.U.S.* 498.
- « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés* », (1989) 30 *C. de D.* 137.

- POWER, M. C., F. LAROCQUE et D. BOSSÉ, « Constitutional Litigation, the Adversarial System and some of its Adverse Effects », (2012) 17 (2) *Review of Constitutional Studies* 1.
- PREVILLE-RATELLE, E. « Analyse critique du procédé d'expertise dans l'atteinte d'une justice civile formulée comme équité », (2013) 91(1) *Revue du Barreau canadien* 39.
- RENKE, W. N. « *Vriend v. Alberta*: Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice », (1996) 34 *Alberta Law Review* 925.
- RESTA, G. et V. ZENO-ZENCOVICH, « Judicial Truth and Historical Truth: The Case of the Ardeatine Caves Massacre », (2013) 31 *Law & Hist. Rev.* 843.
- RICHEZ, E. et E. CRANDALL, « Judicial Discretion as Political Choice: The Supreme Court of Canada's Costs Awarding Power », (2018) 51 (4) *Canadian Journal of Political Science* 929.
- RISK, R. C. B. « On the Road to Oz: Common Law Scholarship About Federalism After World War II », (2001) 51 *Univ. of Toronto L.J.* 143.
- ROBERTS, E. F. « Preliminary Notes Toward a Study of Judicial Notice », (1967) 52 *Cornell Law Quarterly* 210.
- ROSEN, L. « Expert Testimony in the Social Sciences: A Historical Overview of Contemporary Issues », (2020) 38 (1) *Law and History Review* 123.
- ROSNER, D. « Trials and Tribulations: What Happens When Historians Enter the Courtroom », (2009) 72 *Law & Contemp. Probs* 137.
- ROUVIÈRE, F. « La distinction des normes juridiques et des normes morales : un point de vue constructiviste », (2018) 59 *C. de D.* 261.
- SCHWARTZ, H. « When Litigation Privilege Should Yield in Charter Litigation », (2013) 32 *Nat'l J. Const. L.* 1.
- STUBBS, M. T. « From Foreign Circumstances to First Instance Considerations : Extrinsic Material and the Law of Statutory Interpretation », (2006) 34(1) *Federal Law Review* 103.
- TAILLON, P. et A. BINETTE, « Canada : une théorie "vivante" de l'interprétation pour un cadre constitutionnel désuet », (2017) 33 *Annuaire international de justice constitutionnelle* 201.

- TAILLON, P. et C. VÉZINA, « L'aide médicale à mourir au Canada. L'arrêt *Carter* : des interactions inédites entre juges et législateurs », (2016) 2 *R.B.D.C.* 83.
- TAILLON, P. et F. HÉNAULT, « Des faits décisifs ! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada », (2013) 29 *Annuaire international de justice constitutionnelle* 25.
- TESSIER, P. « La vérité et la justice », (1988) 19 *R.G.D.* 29.
- THAYER, J. B. « Judicial Notice and the Law of Evidence », (1890) 3 (7) *Harvard Law Review* 285.
- TREMBLAY, L. B. « La justification des restrictions aux droits constitutionnels: la théorie du fondement rationnel », (1999) 44 *Revue de droit de McGill* 39.
- TROPER, M. « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », (1987) 11 (2) *Déviante et société* 195.
- TROPER, M. « Réplique à Otto Pfersmann », (2002) 50 (2) *Revue française de droit constitutionnel* 335.
- VERGÈS, E. et L. KHOURY, « Le traitement judiciaire de la preuve scientifique : une modélisation des attitudes du juge face à la connaissance scientifique en droit de la responsabilité civile », (2017) 58 (3) *C. de D.* 517.
- WILLIAMS, R. J. « Grasping a Thorny Baton... A Trial Judge Looks at Judicial Notice and Courts' Acquisition of Social Science », (1996) 14 *Canadian Family Law Quarterly* 179.
- WISEMAN, D. « Managing the Burden of Doubt: Social Science Evidence, the Institutional Competence of Courts and the Prospects for Anti-Poverty Charter Claims », (2014) 33 *Nat'l J. Const. L.* 1.
- WOOLHANDLER, A. « Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts », (1988) 41 *Vand. L. Rev.* 111.
- YOUNG, A. N. « Proving a Violation: Rhetoric, Research and Remedy », (2014) 67 *Supreme Court Law Review* 617.

2. Chapitres d'ouvrages collectifs

BELLEAU, B. et S. LAROSE, « Le privilège du secret gouvernemental devant les tribunaux, un secret bien gardé ? », dans *XVIII^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 303.

BROUILLET, E. et A.-G. GAGNON, « La constitution canadienne et la métaphore de l'arbre vivant : quelques réflexions politologiques et juridiques », dans A.-G. GAGNON et P. NOREAU (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité. Mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Éditions Thémis, 2017, p. 79.

BRUNELLE C. et M. SAMSON, *Les droits et libertés fondamentaux*, c. 2 « L'objet, la nature et l'interprétation des Chartes des droits », dans *Collection de droit 2018-2019*, vol. 8 « Droit public et administratif », 2018-2019.

CHEVRETTE, F. et H. CYR, « De quel positivisme parlez-vous ? », dans P. NOREAU et L. ROLLAND (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie. Le droit : une variable dépendante*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 33.

CÔTÉ, F. « Réforme de la procédure civile. Vers une réaffirmation des principes civilistes », dans L. LALONDE et S. BERNATCHEZ (dir.), *Le nouveau Code de procédure civile du Québec. « Approche différente » et « accès à la justice civile » ?*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, p. 153.

DEUMIER, P. « L'utilisation de l'argument sociologique par le juge judiciaire », dans D. FENOUILLET (dir.), *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Paris, Dalloz, 2015, p. 226.

GAY, L. et C. SEVERINO, *Faits et preuves dans le contrôle de constitutionnalité de la loi* [à paraître].

HAGAN, J. « Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence in Constitutional Litigation », dans R. J. SHARPE (dir.), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1986, p. 213.

HOGG, P. W. « Legislative History in Constitutional Cases », dans R. J. SHARPE (dir.), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1986, p. 131.

HORN, M. « Frank Scott, la ligue pour la reconstruction sociale et la constitution », dans L. MASSICOTTE (dir.), *Le constitutionnalisme canadien*:

- 1791-1991, Ottawa, Groupes d'études des questions parlementaires, 1992, p. 231.
- JEAN, H. et G. LAPORTE, « Contentieux constitutionnel », dans S. BEULAC et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *JurisClasseur Québec Droit public - Droit constitutionnel*, fasc. 4.
- JUDGE, E. F. « Curious judge: Judicial notice of facts, Independent judicial research, and the Impact of the Internet », dans T. L. ARCHIBALD et R. S. ECHLIN (dir.), *Annual Review of Civil Litigation 2012*, Toronto, Carswell, 2012, p. 325.
- LAPOINTE, P. « Privilèges et règles de la confidentialité », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit pénal - Preuve et procédure pénales », fasc. 25.1.
- LEMIEUX, P. « Le pourvoi en contrôle judiciaire », dans D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015.
- MARSEILLE, C. « Prohibition des témoignages écrits », dans C. MARSEILLE (dir.), *Les objections à la preuve en droit civil*, Markham, LexisNexis, 2015, par. 36.
- MENDES, E. P. « The Crucible of the *Charter*: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1 », dans G. BEAUDOIN et E. P. MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4^e éd., Markham, LexisNexis Butterworths, 2005, p. 165.
- MILLARD, E. « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie de l'interprétation », dans D. DE BÉCHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS et E. MILLARD (dir.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 725, en ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00125981>>.
- MORGAN, B. G. « Proof of Facts in Charter Litigation », dans R. J. SHARPE (dir.), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1986, p. 159.
- MORTON, F. L. et R. KNOPFF, « La Cour suprême, à l'avant-garde de l'élite intellectuelle - le mouvement fondé sur la *Charte* dans la politique postmatérialiste », dans L. MASSICOTTE (dir.), *Le constitutionnalisme canadien: 1791-1991*, Ottawa, Groupes d'études des questions parlementaires, 1992, p. 59.

- OST, F. « Science du droit », dans A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1988, p. 363.
- OST, F. et M. VAN DE KERCHOVE, « De la scène au balcon, d'où vient la science du droit ? », dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 67.
- PACIOCCO, D. M. « The Law of Evidence: Recasting Rules to Perform New Roles », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: Applying the Law of Evidence. Tactics and Techniques For the Nineties*, Scarborough, Carswell, 1991, p. 1.
- PINARD, D. « Les principes de preuve en matière de contrôle de constitutionnalité vus sous l'angle d'un exercice de gestion de risque », dans COMMISSION DU DROIT DU CANADA (dir.), *Le droit et le risque. Mémoires du concours Perspectives juridiques 2003*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006.
- REYNOLDS, S. et M. DUPUIS, « La preuve à l'instruction » dans École du Barreau du Québec, *Preuve et procédure*, Collection de droit 2020-2021, vol. 2, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 408.
- ROUSSEAU, M. « L'admissibilité en preuve des faits législatifs, constitutionnels et socioéconomiques : une exception à la règle interdisant le oui-dire », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 167, *Développements récents en droit administratif et constitutionnel (2002)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 44.
- SAMSON, M. « L'interprétation en droit constitutionnel », dans S. BEAULAC et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *JurisClasseur Québec Droit public - Droit constitutionnel*, fasc. 2.
- ST-HILAIRE, M. « Standards constitutionnels mondiaux : épistémologie et méthodologie », dans M. DISANT, G. LEWKOWICZ et P. TÜRK (dir.), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 11.
- SWINTON, K. « What do the Courts want from the Social Sciences », dans R. J. SHARPE (dir.), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1986, p. 187.
- TRUILHÉ-MARENGO, E. « La preuve entre science et droit », dans E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 7.

VAN DE KERCHOVE, M. « Argument éthique et argument sociologique : concurrence, coexistence ou interdépendance ? », dans D. FENOUILLET (dir.), *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Paris, Dalloz, 2015, p. 29.

WARNER LA FOREST, A. « Evidence and International and Comparative Law », dans O. FITZGERALD (dir.), *The Globalized Rule of Law : Relationships between International and Domestic Law*, Toronto, Irwin Law, 2006, p. 367.

3. Monographies

AUSTIN, J. *Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law*, vol. 1, 5^e éd. par R. CAMPBELL, Londres, John Murray, 1885. 3

BÉCHARD, D. avec la collaboration de J. BÉCHARD, *L'expert*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2011.

BÉLIVEAU, P. et M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 25^e éd. par M. VAUCLAIR et T. DESJARDINS, Montréal, Éditions Thémis et Éditions Yvon Blais, 2018.

BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Oxford, Clarendon Press, 1765.

BOYLE, C., M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, *The Law of Evidence. Fact Finding, Fairness, and Advocacy*, Toronto, Edmond Montgomery Publications Limited, 1999.

BRISSON, J.-M. *La formation d'un droit mixte. L'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Éditions Thémis, 1986.

BRUN, H., G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.

CHARLES, W. H., T. A. CROMWELL et K. B. JOBSON, *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Butterworths, 1989.

CHEVRETTE, F. et H. MARX, *Droit constitutionnel. Principes fondamentaux. Notes et jurisprudence*, 2^e éd. par H.-R. ZHOU, Montréal, Éditions Thémis, 2016.

COBBETT, W. *Cobbett's Parliamentary History of England*, vol. 12, Londres, Hansard, 1812.

- CÔTÉ, P.-A. avec la collaboration de S. BEAULAC et M. DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009.
- CROSS, R. et C. TAPPER, *Cross & Tapper on Evidence*, 12th ed, Oxford University Press, 2010.
- CUDMORE, G. *The Mystery of Hearsay*, Toronto, Carswell, 2009.
- DAVIS, K. C. *Administrative Law of the Eighties: 1989 Supplement to Administrative Law Treatise*, San Diego, K.C. Davis Pub. Co., 1989.
- DAVIS, K. C. *Administrative Law Treatise*, 2^e éd., vol. 3, 1980.
- DE SECONDAT MONTESQUIEU, C. *De l'Esprit des lois*, Londres, 1777.
- DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 8^e éd., Londres, Macmillan, 1915.
- DUCHARME, L. et C.-M. PANACCIO, *L'administration de la preuve*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.
- DUCHARME, L. *Précis de la preuve*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F. et LABRÈCHE, D., *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.
- GARDNER, D. *Le préjudice corporel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016.
- HART, H. L. A. *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications FSUL, 1976.
- HOGG, P. W. *Constitutional law of Canada*, vol. 2, 5^e éd., Toronto, Carswell, 1992 (version feuilles mobiles).
- HOULE, F. et C. PETERSON, *Hors de tout doute raisonnable. La méthodologie et l'adéquation empirique comme fondements de l'épistémologie du droit de la preuve*, Montréal, Éditions Thémis, 2018.
- HOULE, F. et C. PETERSON, *Justifier la croyance en un mythe : Réflexion sur l'épistémologie de la preuve par tradition orale en droit autochtone*, Montréal, Éditions Thémis, 2021.
- JEAN, H., G. LAPORTE, A. MORIN et M. SAMSON, *Litige constitutionnel : L'ABC d'une cause*, coll. JurisClasseur Québec - Thema, Toronto, LexisNexis, 2014.

- KELSEN, H. *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Neuchâtel, Éditions de La Baconnière, 1988.
- LANGE, D. J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4^e éd., Markham, LexisNexis, 2015.
- LÉTOURNEAU, G. et G. COURNOYER, *Code de procédure pénale du Québec annoté*, 10^e éd. par G. COURNOYER, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016.
- LOKAN, A. K. et C. M. DASSIOS, *Constitutional Litigation in Canada*, Toronto, Thomson Carswell, 2006 (feuilles mobiles).
- PACIOCCO, D. M. et L. STUESSER. *The Law of Evidence*, 7^e éd., Toronto, Irwin Law, 2015.
- PINARD, D. *Les faits alternatifs du droit constitutionnel*, 3^e Conférence Chevette-Marx, Montréal, Éditions Thémis, 2018.
- PRÉVILLE-RATELLE, E. *Le paradoxe de l'expertise partisane*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015.
- REID, H. avec la collaboration de S. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016.
- ROYER, J.-C. *La preuve civile*, 5^e éd. par C. PICHÉ, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016.
- SOPINKA, J., S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, *The law of Evidence in Canada*, 5^e éd. par S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, Markham, LexisNexis Canada, 2018.
- STRAYER, B. L. *The Canadian Constitution and the Courts. The Function and Scope of Judicial Review*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1988.
- SULLIVAN, R. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd., Markham, LexisNexis, 2014.
- SWINTON, K. E. *The Supreme Court and Canadian Federalism. The Laskin-Dickson Years*, Toronto, Carswell, 1990.
- WIGMORE, J. H. *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, 2^e éd., vol. 4, Boston, Little, Brown & Co., 1905.

4. Thèses et mémoires

BOUCHARD, K. *Aux origines conceptuelles du constitutionnalisme de common law contemporain : l'influence de la conception classique de la common law sur la théorie juridique de Wilfrid Waluchow*, Thèse de doctorat en droit public [non publiée], Université Paris II — Panthéon-Assas, 2018.

CHAFFAI-PARENT, S. *Repenser la nature juridique de l'expertise dans l'instance civile*, Mémoire de maîtrise en droit, Faculté de droit de l'Université de Montréal, 2018.

HOUDE, M. *La rationalité judiciaire dans l'appréciation du témoignage : Le cas de la preuve par récits oraux dans le contentieux relatif aux droits des peuples autochtones*, Thèse [non publiée], Faculté de droit de l'Université Laval, 2012.

TROUP, T. *L'expérience comme mode de détermination des faits dans le procès civil*, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de LL.M. en droit, Université de Montréal, 2008.

D. Rapports ou documents gouvernementaux

CANADA, *Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution*, Ottawa, 1981.

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La preuve. Documents préliminaires de la section de recherche sur le droit de la preuve*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1973.

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Rapport – La preuve*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1975.

DIRECTEUR DES POURSUITES CRIMINELLES ET PÉNALES, *Code de procédure pénale annoté*, Québec, Les Publications du Québec, 2014.

INSTITUT NATIONAL DE LA MAGISTRATURE, *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, 2018, en ligne : <<https://www.nji-inm.ca/index.cfm/publications/science-manual-for-canadian-judges/?langSwitch=fr>>.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice - Le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993.

O'CONNOR, W. F. *Report pursuant to resolution of the Senate to the Honourable the Speaker by the parliamentary counsel, relating to the exactment of the British North America Act, 1867, any lack of consonance between its terms and judicial construction of them and cognate matters*, Ottawa, The Printer to the King's Most Excellent Majesty, 1939.

SOUS-COMITÉ MAGISTRATURE-JUSTICE-BARREAU, *Rapport du sous-comité Magistrature-Justice-Barreau sur les expertises*, Québec, 2007.

YOUNG, A. *Les coûts des litiges fondés sur la Charte*, Ministère de la Justice du Canada – Division de la recherche et de la statistique, 3 mai 2016, en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr/clc-ccl/clc-ccl.pdf>>.

E. Autres documents

NGUYEN, M. « Ils réclament le droit de mourir », *Le Journal de Montréal*, 7 janvier 2019, en ligne : <<https://www.journaldemontreal.com/2019/01/07/ils-reclament-le-droit-de-mourir>>.

WHYTE, J. D. « Patriation Myth. A review of Canada's Constitutional Revolution by Barry L. Strayer », *Literary review of Canada*, Mai 2013, en ligne : <<https://reviewcanada.ca/magazine/2013/05/patriation-myth/>>.