

Au-delà de la distinction du fait et du droit en matière constitutionnelle : les postulats nécessaires

Ou : Pourquoi on a l'impression qu'il y a quelque chose d'incongru dans les propos des juges de la Cour suprême du Canada sur 1° le lien entre l'observation du visage d'un témoin et l'équité du procès, dans l'affaire *R. c. N.S.* et sur 2° le choix de ne pas se marier exercé par les conjoints de fait du Québec, dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. A.*

Danielle PINARD*

Beyond the Distinction between Facts and Law: Some Necessary Assumptions
Or: There seems to be something strange about the comments of the Supreme Court of Canada judges on 1° the connection between the ability to see the face of a witness and a fair trial, in the *R. v. N.S.* case, and on 2° the choice exercised by unmarried couples in Québec, in the *Quebec (Attorney General) v. A.* case

Más allá de la distinción del hecho y del derecho en materia constitucional:
los postulados necesarios
O: Porque se tiene la impresión de que hay algo de incongruencia en los discursos de los jueces de la Corte suprema de Canadá sobre 1° la relación entre la observación del rostro de un testigo y la equidad del proceso, en el asunto *R. c. N.S.*, y 2° sobre la opción de no casarse ejercida por los cónyuges de hecho de Québec, en el caso *Québec (Procureur général) c. A.*

* Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Je remercie François Chevette, mon professeur, mon doyen, mon mentor et mon ami. Pour tout. Je remercie aussi Guillaume Charlebois, Paul Daly, Jean-François Gaudreault-DesBiens, Jean Leclair, Alain Roy, Luc Tremblay et Leslie-Anne Wood. Le premier est étudiant à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, la dernière est avocate et les cinq autres sont mes collègues. Merci aussi à T.C. pour l'inspiration; il se reconnaîtra. Ils m'ont tous grandement aidée, chacun à sa façon. Je leur dois beaucoup.

**Além da distinção entre o fato e o direito em matéria constitucional:
os postulados necessários**

Ou: Por que temos a impressão de que existe algo de incongruente nos argumentos dos juizes da Corte Suprema do Canadá sobre (1) a observação da feição de uma testemunha e a equidade do processo, no caso *R. c. N.S.*, e sobre (2) a escolha de não casar-se exercida por casais em união de fato no Quebec, no caso *Québec (Procureur général) c. A*

宪法案件中事实与法律区分之超越：一些必要的假定或：为什么人们认为加拿大最高法院在1°) R诉N.S.一案 (*R. c. N.S.*) 中观察证人面部与公正审判之间的联系，以及2°) 魁北克诉A.一案 (*Québec (Procureur général) c. A.*) 中魁北克非婚同居者选择不结婚两案中的评论不恰当？

Résumé

Les questions de preuve en matière constitutionnelle sont fascinantes. À l'occasion de causes fondées sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême du Canada a récemment été appelée à se prononcer sur deux questions apparemment factuelles, soit 1° le lien entre l'observation du visage d'un témoin et l'équité du procès et 2° le choix de ne pas se marier exercé par les conjoints de fait au Québec. Les propos judiciaires sur ces faits démontrent un malaise important, qui se manifeste notamment dans la discussion des fardeaux de preuve assignés et des sources invoquées. Les aléas de l'incertaine distinction du fait et du droit, notamment en ce qui concerne les faits de société, peuvent l'expliquer en partie. Plus fondamentalement, ces questions sont peut-être en réalité bien plus des postulats nécessaires que de simples faits assujettis aux règles de preuve. Leur remise en question ira en s'accroissant, et la mise à nu de leur fondement axiologique est inévitable.

Abstract

Evidence issues in constitutional law are fascinating. In the course of recent *Canadian Charter of Rights and Freedoms* cases, the Supreme Court of Canada had to rule on two questions presented as factual, i.e. 1° the connection between the ability to see the face of a witness and a fair trial and 2° the choice exercised by unmarried couples in Québec. Judicial comments on those issues reveal a sense of uneasiness particularly in the treatment of burdens of proof and use of authorities. The hazards of the uncertain distinction between fact and law, especially as regards social facts, offer a partial explanation. Fundamentally, however, those issues seem more like necessary assumptions than ordinary facts which are proven in accordance with the rules of evidence. It is to be expected that those assumptions will increasingly be questioned in courts of law, and that the exposure of their axiological basis is inescapable.

Resumen

Las cuestiones probatorias en materia constitucional son fascinantes. Con motivo de los casos fundamentados en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, el Tribunal Supremo de Canadá fue llamado a pronunciarse con relación a dos situaciones aparentemente de hecho, a saber 1º la relación entre la observación de la cara de un testigo y la equidad procesal y 2º la opción de no casarse ejercida por los cónyuges de hecho en Quebec. Las declaraciones judiciales sobre estos hechos demuestran un malestar significativo, que se manifiesta particularmente en la discusión sobre las cargas de la prueba asignadas y las fuentes invocadas. Los azares de la incierta distinción entre hecho y derecho, especialmente con respecto a los hechos sociales, pueden explicarlo en parte. Fundamentalmente, estas cuestiones pueden ser en realidad postulados necesarios más que simples hechos sujetos a las reglas de la prueba. Esos supuestos serán cada vez más en tela de juicio en los tribunales de justicia, y la exposición de sus fundamentos axiológicos es ineludible.

Resumo

As questões de prova em matéria constitucional são fascinantes. Nas causas fundamentadas na *Carta Canadense dos Direitos e Liberdade*, a Corte Suprema do Canadá foi recentemente chamada a se se pronunciar sobre duas questões aparentemente factuais, seja (1) o vínculo entre a observação da feição de uma testemunha e a equidade do processo e (2) a escolha de não casar-se exercida por casais de fato no Quebec. Os comentários feitos nos autos sobre estes fatos demonstram um grande mal-estar, que se manifesta particularmente na discussão sobre o tratamento do ônus da prova e as fontes invocadas. O acaso na distinção incerta do fato e do direito, notadamente no que diz respeito aos fatos sociais, pode em parte explicá-lo. Mais fundamentalmente, estas questões são talvez na realidade bem mais postulados necessários que simples fatos sujeitos às regras da prova. Seu questionamento vem crescendo, e o desnudamento de seu fundamento axiológico é inevitável.

中文摘要

宪法上的证据问题十分引人注目。就近期涉及《加拿大权利与自由宪章》的案子而言，加拿大最高法院需要对两个表面上的事实问题进行裁决：第一，观察证人面部与公正审判之间的联系；第二，魁北克的非婚同居者选择不结婚。法院对这两条事实的司法评论令人不安，这种不安尤其体现在举证责任分配和事实出处两方面。对事实和法律进行不确定的随机性区分，特别是涉及到社会事实，可能导致断章取义。从根本上说，这些问题似乎更像是必要的假定而非符合证据规则的普通事实。随着对该假定的质疑不断增多，有必要对其价值论基础进行全方位剖析。



Plan de l'article

Introduction	6
I. Des remises en question	9
A. <i>R. c. N.S.</i> , [2012] 3 R.C.S. 726: le lien entre l'observation du visage d'un témoin et l'équité du procès	9
B. <i>Québec (Procureur général) c. A.</i> , [2013] 1 R.C.S. 61: le choix de ne pas se marier	15
II. Un malaise dans le traitement de ces questions	20
A. Des pistes d'explication: les aléas de la distinction du fait et du droit et les faits de société.....	21
B. Des manifestations	28
1. Le traitement des fardeaux de preuve	28
2. Les sources invoquées	38
III. De simples faits, ou des postulats nécessaires?	40
Conclusion	53

«Le rôle apparemment paradoxal des faits en droit constitutionnel est donc qu'ils sont à la fois centraux dans les litiges mais comptent pour très peu dans leur résolution. [...] Les prononcés constitutionnels de la Cour planent au-dessus du chaos de l'empirique, ni informés par la réalité ni assujettis au test du réel.»¹

David L. Faigman

Est-il nécessaire de voir le visage d'un témoin pour évaluer correctement sa crédibilité et le contre-interroger efficacement? Peut-être. Les conjoints de fait choisissent-ils délibérément et en toute connaissance de cause de se placer en marge du régime juridique applicable aux couples mariés? Peut-être. Chacun a vraisemblablement une opinion sur la chose. Ce sont là cependant des sujets empiriques complexes dont une évaluation rigoureuse relève du domaine d'experts des sciences sociales².

Ce que savent les juristes, elles, c'est que des règles de droit se fondent sur des postulats relatifs à ces réalités³. Qu'en fait la majorité des règles de droit se fondent vraisemblablement sur de tels *a priori* factuels. Et que tout va très bien, Madame la Marquise⁴, tant qu'on ne se demande pas s'ils correspondent à la réalité. En fait, sont très mal reçus ceux qui osent soulever la question. Il ne faut pas réveiller le chat qui dort.

L'efficace des postulats factuels du droit tient en effet à leur invisibilité. Ils sont généralement dans l'ombre, on n'en parle pas, seule une contestation de leur correspondance au réel semble les mettre en lumière. Et s'installe alors un embarras. C'est un peu inconvenant, non, de même les nommer? Cachez ce postulat que je ne saurais voir. Sont-ils vrais, sont-ils faux, quel est ici le critère de vérité approprié, et est-ce de toute façon pertinent? Sont-ils même susceptibles de vérification? Et qui ose poser la

¹ «The seemingly paradoxical role of facts in constitutional law, then, is that they are central to the cases but play little part in their outcomes. [...] The Court's constitutional pronouncements float above the empirical mire, neither being informed by contingent realities nor subject to empirical check by those realities» (traduction libre): David L. FAIGMAN, *Constitutional Fictions: A Unified Theory of Constitutional Facts*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 1.

² La version finale de ce texte a été complétée le 1^{er} septembre 2013.

³ Aux fins du présent texte, les termes «postulat», «*a priori*» et «présupposés» seront utilisés comme synonymes.

⁴ D'une chanson française de 1935 popularisée par l'interprète Ray Ventura et que l'on dit associée à l'indifférence française face à la montée du nazisme.

question? Et surtout, qui peut y répondre et en se fondant sur quelle information?

Deux décisions de la Cour suprême du Canada, rendues à un mois d'intervalle, illustrent on ne peut mieux le profond malaise du droit face à la remise en question de certains de ses présupposés factuels. Dans l'affaire *R. c. N.S.*⁵, madame N.S., qui souhaitait porter le niqab⁶ lors de son témoignage dans une instance criminelle, a prétendu que le lien entre l'observation du visage d'un témoin et la possibilité d'évaluer sa crédibilité et de le contre-interroger efficacement était plus fragile que ce que suppose le monde du droit. Dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. A.*⁷, madame A. a de son côté contesté ce que certains considèrent comme la prémisse du droit civil québécois, soit le fait que le statut conjugal relève nécessairement d'un choix réel.

Les affaires *N.S.* et *A.* obligent à examiner certains postulats du droit. Elles le font dans des contextes fort différents. En effet, la première porte sur une ordonnance judiciaire qui doit aménager deux droits constitutionnels apparemment en conflit, alors que la seconde concerne la détermination de la constitutionnalité de dispositions législatives. L'affaire *N.S.* met en lumière un postulat implicite et omniprésent qui fonde informellement le droit de la preuve – l'existence d'un lien entre la possibilité de voir le visage d'un témoin et la tenue d'un procès équitable – sans toutefois y être en soi exprimé par une reconnaissance législative explicite. La question est soulevée alors que la liberté de religion de madame N.S., s'exprimant selon celle-ci par le droit de porter le voile lors de son témoignage, est mise en opposition avec le droit de l'accusé à un procès équitable. Aucune loi n'est en cause. Le législateur n'a procédé à aucun arbitrage en la matière. Le juge doit donc trancher *ab initio*, procéder à la détermination initiale, évidemment dans le cadre des règles du système accusatoire. Dans la cause *A.*, madame conteste la constitutionnalité des dispositions législatives adoptées par le législateur québécois relativement

⁵ *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726 (ci-après «*N.S.*»). La décision a été rendue en date du 20 décembre 2012.

⁶ On réfère ici au voile porté en raison de croyances religieuses et qui couvre tout le visage sauf les yeux. Le terme «*niqab*» est utilisé par l'avocat de madame N.S., par la Cour d'appel de l'Ontario (*R. v. N.S.*, 2010 ONCA 670, par. 3) et par la Cour suprême du Canada.

⁷ *Québec (Procureur général) c. A.*, [2013] 1 R.C.S. 61 (ci-après «*A.*»). La décision a été rendue le 25 janvier 2013.

aux conséquences juridiques des divers arrangements conjugaux. Elle s'en prend notamment à la validité du postulat factuel à partir duquel le législateur est intervenu, soit le choix de ne pas se marier supposément exercé par les conjoints de fait. Le juge doit déterminer la constitutionnalité de cette détermination législative implicite.

On s'intéresse exclusivement dans le présent texte au traitement judiciaire de ces postulats du droit. On n'y retrouvera ni résumés exhaustifs ni analyses des jugements dans leur ensemble ou encore des questions de droit qui y sont discutées. Après une brève présentation des affaires *N.S. et A.* et une description des prononcés judiciaires sur ces seuls postulats, on aborde des pistes d'explication du malaise qu'on y retrouve reliées à l'incertaine distinction du fait et du droit et on en explore deux manifestations particulières, soit la question des fardeaux de preuve et celle des sources invoquées. Une réflexion sur l'actualité maintenant inévitable de la remise en question des postulats nécessaires du droit clôt l'analyse.

Mon propos est essentiellement le suivant. On sait l'important pouvoir des juges en matière constitutionnelle. La principale marge de manœuvre dont ils disposent dans l'exercice de ce pouvoir est pourtant relativement méconnue. Elle porte sur le traitement des faits, le rôle qu'ils leur attribuent et les règles de maniement assignées à leur égard⁸. Or, la remise en question des postulats factuels du droit crée chez les juges un inconfort tel que même l'utilisation de la distinction pourtant fort commode du fait et du droit ne convainc plus. Il faut mieux comprendre le caractère traditionnellement nécessaire de ces postulats et leur nature souvent plus proche des valeurs que des faits pour aborder avec plus de rigueur et plus de crédibilité leur remise en question qui ira en progressant.

⁸ Je m'intéresse à cette question depuis un certain nombre d'années. Voir, par exemple : Danielle PINARD, « Le domaine de la connaissance d'office des faits », dans *Actes de la XVI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 351 ; Danielle PINARD, « Institutional Boundaries and Judicial Review – Some Thoughts on How the Court is Going About Its Business: Desperately Seeking Coherence », (2004) 25 *S.C.L.R. (2d)* 213 ; Danielle PINARD, « Evidentiary Principles with Respect to Judicial Review of Constitutionality: A Risk Management Perspective », dans LAW COMMISSION OF CANADA (dir.), *Law and Risk*, Vancouver, UBC Press, 2005, p. 121, aussi publié en français : Danielle PINARD, « Les principes de preuve en matière de contrôle de constitutionnalité vus sous l'angle d'un exercice de gestion de risques », 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.

I. Des remises en question

Les brèves descriptions qui suivent visent essentiellement à présenter ce que les divers juges qui ont écrit des opinions dans les affaires *N.S.* et *A.* ont affirmé à propos des questions factuelles qui nous intéressent. Ces propos, extraits des motifs et ici rassemblés, donnent déjà une idée de l'ampleur du malaise sur lequel on se penche.

A. *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726: le lien entre l'observation du visage d'un témoin et l'équité du procès

Statuant sur une requête des accusés, un juge a ordonné à la plaignante d'enlever un niqab revêtu pour des motifs religieux lors de son témoignage à une enquête préliminaire. La cause a pour objet des accusations d'agression sexuelle portées par la plaignante contre son cousin et son oncle. C'est sur la seule contestation de cette ordonnance judiciaire initiale que le dossier fera son chemin jusqu'à la Cour suprême du Canada. Une formation de sept juges y entend l'affaire. La juge en chef McLachlin, avec l'appui des juges Deschamps, Fish et Cromwell, élabore un cadre d'analyse qui devrait selon elle dorénavant présider à toute décision judiciaire ponctuelle statuant sur une demande de retrait d'un niqab porté lors d'un procès criminel. Le retrait du niqab pourra selon elle être ordonné si cela est nécessaire pour écarter un risque sérieux que le procès soit inéquitable, et si les effets bénéfiques du retrait du niqab sont plus importants que ses effets préjudiciables⁹. Les juges LeBel et Rothstein, dans une opinion signée par le premier, préconisent une interdiction claire du port du niqab, et ce à toutes les étapes d'un procès criminel¹⁰. La juge Abella estime enfin que le port du niqab devrait au contraire être en principe autorisé à toutes les étapes de ce procès¹¹.

Les droits invoqués par les parties sont protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹². Le droit religieux avancé par madame *N.S.*, la plaignante dans cette affaire, est reconnu par les juges qui confirment le

⁹ *N.S.*, préc., note 5, par. 3.

¹⁰ *Id.*, par. 69.

¹¹ *Id.*, par. 82 et 86. La juge Abella prévoit une exception pour les cas où le visage du témoin est directement pertinent, comme lorsque son identité est en cause : *id.*, par. 83.

¹² Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après la « *Charte* »).

critère de la croyance sincère antérieurement développé dans la jurisprudence¹³. Si celle-ci croit sincèrement que le port du niqab est requis par sa religion, cette pratique relève de l'exercice de sa liberté de religion. Les juges s'entendent aussi sur le fait que le droit à un procès équitable et le droit de présenter une défense pleine et entière comprennent la possibilité d'évaluer la crédibilité des témoins et de les contre-interroger de façon efficace¹⁴.

Au-delà de ces considérations et de ces conclusions explicites sur des questions de droit, on retrouve dans le jugement des propos incertains sur la question factuelle du lien entre, d'une part, la possibilité de voir le visage d'un témoin et, d'autre part, l'appréciation de la crédibilité et l'exercice d'un contre-interrogatoire efficace. On s'intéresse ici exclusivement à cet élément particulier de la cause.

La juge en chef McLachlin (avec l'appui des juges Deschamps, Fish et Cromwell)¹⁵

Au nom de la majorité, la juge McLachlin souligne ce qu'elle considère être la pauvreté de la preuve présentée en l'espèce sur le lien entre la possibilité de voir le visage d'un témoin et l'équité du procès¹⁶. Elle note l'absence de preuve d'expert¹⁷ et relève que le dossier ne contient qu'un seul

¹³ La liberté de religion est protégée au paragraphe 2a) de la *Charte*, préc., note 12. Les juges s'appuient sur l'interprétation retenue dans *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 : voir *N.S.*, préc., note 5, par. 11 et 87.

¹⁴ L'opinion de la juge McLachlin est cependant la seule qui soit explicite sur la question : *N.S.*, préc., note 5, par. 15, 24, 25 et 27. L'accord des autres juges est logiquement déduit. On doit noter que personne dans cette affaire ne semble remettre en cause l'efficacité même du contre-interrogatoire dans l'atteinte de la vérité, alors que d'autres l'ont déjà fait. Par exemple : « But the likely effectiveness of cross-examination in getting at the truth is seldom examined – numerous court opinions and commentaries rely on Wigmore's conclusion that cross-examination is “beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth” rather than on empirical evidence » : Richard O. LEMPERT, « Built on Lies: Preliminary Reflections on Evidence Law as an Autopoietic System », (1997-1998) 9 *Hastings L. J.* 343, 345.

¹⁵ *N.S.*, préc., note 5, par. 1-57.

¹⁶ *Id.*, par. 20.

¹⁷ *Id.*, par. 17. La Cour d'appel de l'Ontario, dans la même cause, suggérait la connaissance d'office de la pertinence de l'observation du comportement (incluant certes l'expression du visage) pour l'évaluation de la crédibilité et l'exercice du contre-interrogatoire : « A judge can take judicial notice of the relevance of demeanour to the assessment of a witness's credibility and reliability. The judge could also take judicial

élément de preuve portant sur la question : un article de quatre pages non publié et non attesté par un expert, qui prétend qu'un profane peut difficilement déceler le mensonge dans l'expression d'un visage¹⁸. Les parties ont essentiellement présenté des *arguments* sur la question, et ont déposé des articles de droit et de sciences sociales à titre d'autorités¹⁹. La juge rappelle que les intervenants ont aussi présenté des articles sur le sujet, mais que ces derniers ne font pas partie du dossier et n'ont pas non plus été étayés par des témoignages d'experts²⁰. Ces articles participent donc davantage de la rhétorique que des faits²¹, conclut-elle.

Dans ce qu'elle décrit comme ce contexte de rareté de preuve, la juge McLachlin conclut néanmoins à l'existence d'un « lien étroit entre la possibilité de voir le visage du témoin et la tenue d'un procès équitable »²². Elle justifie essentiellement cette conclusion de fait en la déclarant être une présomption de *common law* qui fonde les dispositions du *Code criminel*²³, les règles de *common law* elles-mêmes et le point de vue judiciaire dominant sur la question²⁴. Cette présomption est selon elle historique, constante et profondément enracinée dans notre système de droit crimi-

notice of the potential assistance that demeanour could afford to the cross-examiner in the course of conducting that cross-examination » : *R. v. N.S.*, préc., note 6, par. 72. Le paradoxe apparent est ici que la preuve d'expert n'est généralement recevable que pour les connaissances spécialisées que le juge ne détient pas, alors que la connaissance d'office couvre en principe ce qui est connu de tous.

¹⁸ *N.S.*, préc., note 5, par. 20.

¹⁹ *Id.*, par. 17 : « Tout ce dont nous disposons, ce sont des arguments ainsi que plusieurs articles juridiques et de sciences sociales que les parties ont présentés à l'appui. » La version originale anglaise du propos utilise l'expression « as authorities ». Cette dernière expression est plus éloquente en ce qu'elle précise le rôle qu'on a pu vouloir attribuer à ces documents. Les auteurs américains John Monahan et Laurens Walker ont développé ce concept de « social authority » pour expliquer que des études de sciences sociales utiles à la création de règles de droit pourraient être considérées par les tribunaux non pas comme de la preuve de faits mais bien comme des autorités, au même titre que les précédents : John MONAHAN et Laurens WALKER, « Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law », (1985-1986) 134 *U.Pa.L.Rev.* 477.

²⁰ *N.S.*, préc., note 5, par. 20.

²¹ *Id.*

²² *Id.*, par. 27.

²³ L.R.C. 1985, c. C-46.

²⁴ *N.S.*, préc., note 5, par. 21 et 48.

nel²⁵. Si elle n'est pas concluante, cette présomption « ne peut être écartée à la légère » en l'absence de preuve contraire, écrit-elle²⁶. On comprend que le fardeau de renverser cette présomption incomberait à la partie alléguant l'absence ou la faiblesse du lien, en l'occurrence madame N.S.²⁷. En l'espèce, aucune telle preuve ne permet selon la juge McLachlin de renverser la présomption. Elle s'appuie de plus sur une affirmation de la Cour d'appel de l'Ontario dans la même cause pour déclarer que le port du voile peut limiter l'exercice du contre-interrogatoire²⁸. La Cour d'appel se fondait elle-même, pour ce faire, sur des propos d'un juge au procès dans une cause de Nouvelle-Zélande²⁹. La juge McLachlin déclare aussi que le port du voile peut empêcher l'évaluation de la crédibilité d'un témoin, rappelant le « principe bien établi » de la déférence envers les conclusions du juge des faits en matière de crédibilité, ce dernier ayant eu l'avantage de voir les témoins³⁰. Certains propos d'un juge de la Nouvelle-Zélande sont cités par la juge McLachlin à l'appui de cette affirmation d'un lien entre l'observation du visage et l'évaluation de la crédibilité³¹. Elle conclut enfin sur cette question en rappelant ce qu'elle présente, dans notre système de justice pénale, comme l'enracinement de l'importance de voir le visage

²⁵ La juge McLachlin réfère à un « lien ancien et persistant établi en droit entre le fait de voir le visage du témoin et l'équité du procès » (*id.*, par. 31). On ne peut s'empêcher de noter ici l'inquiétant problème de traduction que manifeste cette formulation. En réalité, la version originale anglaise se lit comme suit : « the ancient and persistent connection the law has postulated between seeing a witness's face and trial fairness ». Le lien *présumé* en anglais devient *établi* en français. Toujours à propos de l'importance du lien, la juge McLachlin présente ces présomptions comme « profondément enracinées dans la pratique criminelle en *common law* et dans le *Code criminel* » (*id.*, par. 48), et parle de « convictions [...] confirmées par plusieurs siècles de pratique » (*id.*, par. 49).

²⁶ *Id.*, par. 21. Voir aussi : *id.*, par. 22 et 27.

²⁷ Le fardeau de démontrer la nécessité de retirer le niqab dans une espèce particulière – en vertu du critère développé par la juge McLachlin – est imposé celui-là à celui qui souhaite voir le visage du témoin : *id.*, par. 44. Voir également quelques propos sur l'attribution des fardeaux de preuve, *infra*, notes 117-129.

²⁸ N.S., préc., note 5, par. 24. Elle ajoute, au même paragraphe : « La communication non-verbale peut donner au contre-interrogateur de précieux indices susceptibles de révéler l'incertitude ou la tromperie, et l'aider à découvrir la vérité ».

²⁹ *Police v. Razamjoo*, [2005] DCR 408, cité dans *R. v. N.S.*, préc., note 6, par. 54.

³⁰ N.S., préc., note 5, par. 25. On retrouve l'expression « a settled axiom of appellate review » dans la version originale anglaise.

³¹ *Id.*, par. 26. Il s'agit du juge cité par la Cour d'appel de l'Ontario (voir *Police v. Razamjoo*, préc., note 29).

d'un témoin pour la tenue d'un procès équitable³². L'essentiel des arguments invoqués à l'appui de l'existence d'un lien est donc de nature juridique: on y retrouve des présomptions, des principes et des décisions judiciaires. La juge McLachlin ouvre cependant la porte à la possibilité que des recherches scientifiques mènent un jour à revoir cette compréhension de la question³³.

Le juge LeBel (avec l'appui du juge Rothstein)³⁴

Sur la question qui nous intéresse ici, le juge LeBel écrit tout simplement le propos sibyllin suivant :

« À l'instar de la Juge en chef, j'estime que permettre d'observer le visage d'un témoin lors de son contre-interrogatoire représente un élément important dans l'exercice, par l'accusé, de son droit de se défendre contre des accusations criminelles, et que l'appelante [madame N.S.] n'a pas démontré l'inexactitude de ce point de vue. »³⁵

La seule remarque sur le lien entre le fait de voir le visage d'un témoin et le droit à l'équité du procès criminel est donc formulée en terme d'un *point de vue* non réfuté en l'espèce³⁶.

La juge Abella³⁷

Selon la juge Abella, l'observation du visage d'un témoin facilite certes l'évaluation de son comportement³⁸. Il ne fait aucun doute non plus, selon elle, que l'on s'attend, et ce depuis longtemps, à voir le visage d'une per-

³² *Id.*, par. 27.

³³ *Id.*, par. 44. Elle y écrit: « D'autres facteurs seront sans aucun doute relevés à l'avenir dans d'autres instances, et les études scientifiques sur l'importance de voir le visage du témoin en contre-interrogatoire et pour l'appréciation de sa crédibilité peuvent accroître ou diminuer la solidité des arguments présentés en l'espèce ».

³⁴ *Id.*, par. 58-79.

³⁵ *Id.*, par. 64.

³⁶ Il justifie cependant expressément sa conclusion ultime sur un principe d'interdiction du port du niqab par une préoccupation relative aux droits de la défense: « Dans le contexte des valeurs sous-jacentes du système de justice canadien, le port du niqab ne devrait pas être permis en raison de son incidence sur les droits de la défense »: *id.*, par. 69 *in fine*.

³⁷ *Id.*, par. 80-110.

³⁸ *Id.*, par. 91.

sonne qui témoigne³⁹. Voir le visage d'un témoin constitue selon elle un idéal⁴⁰. Mais une attente n'est pas une règle⁴¹; et une pratique ancienne n'est pas une exigence de *common law*, écrit-elle⁴².

Elle rappelle que l'expression du visage n'est qu'un des éléments du comportement, qui comprennent notamment le regard, le langage corporel et les gestes⁴³. Le port du niqab ne soustrait à l'observation que la première. Elle soutient de plus que si l'évaluation du comportement est un élément important de l'équité du procès, elle n'est que d'une utilité limitée pour l'appréciation exacte de la crédibilité⁴⁴. Bien d'autres considérations permettent d'évaluer la crédibilité d'un témoin, comme l'assurance de ses propos, la précision de ses réponses ou encore la normalité de la respiration⁴⁵. De la doctrine et de la jurisprudence sont citées à l'appui de ces affirmations⁴⁶. Selon la juge Abella, plusieurs facteurs influent en effet sur le comportement, qui n'ont rien à voir avec la crédibilité du témoin ou avec la vérité du propos. Le milieu social, la timidité, la gêne ou encore la prudence comptent au nombre de ces facteurs⁴⁷. Elle fonde cette affirmation sur des remarques retrouvées dans quelques jugements⁴⁸ ainsi que sur les modèles de directives au jury élaborés par le Conseil canadien de la magistrature⁴⁹. Le port du niqab ne nuit donc selon elle que partiellement

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*, par. 82, 91 et 107.

⁴¹ *Id.*, par. 92.

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*, par. 98 et 106.

⁴⁴ *Id.*, par. 99.

⁴⁵ *Id.*, par. 98-99.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ Il est surprenant que la juge Abella n'ait pas souligné que le fait même d'être contrainte à témoigner sans porter le niqab pourrait avoir un impact sur le comportement de madame N.S. et donner lieu à certaines manifestations non verbales qui seraient interprétées par le juge et qui ne seraient pourtant pas des indices de sa crédibilité. Le juge Doherty, qui écrit l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario dans la même cause, l'avait mentionné en ces termes: « Without the niqab, N.S. would be testifying in an environment that was strange and uncomfortable for her. One could not expect her to be herself on the witness stand. A trier of fact could be misled by her demeanour. Her embarrassment and discomfort could be misinterpreted as uncertainty and unreliability. »: *R. v. N.S.*, préc., note 6, par. 81.

⁴⁸ *N.S.*, préc., note 5, par. 99-100.

⁴⁹ *Id.*, par. 101.

à l'observation du comportement; et cette dernière n'est d'ailleurs qu'un « outil imprécis d'appréciation de la crédibilité »⁵⁰.

B. Québec (Procureur général) c. A., [2013] 1 R.C.S. 61 : le choix de ne pas se marier

Le *Code civil du Québec*⁵¹ prévoit un certain nombre de règles relatives aux effets patrimoniaux du mariage et des unions civiles. *A contrario*, ces règles, notamment celle relative au droit de réclamer personnellement des aliments d'un ex-conjoint en cas de rupture, ne s'appliquent pas dans le cadre des unions de fait. Madame A. conteste la constitutionnalité de ces dispositions législatives qu'elle prétend contraires aux droits à l'égalité protégés par la *Charte* justement en ce qu'elles excluent les conjoints de fait. Elle a vécu un certain nombre d'années en union de fait avec un conjoint qui, contrairement à elle, ne souhaitait pas se marier.

La Cour entend cette cause en formation plénière. À la majorité, elle prononce la validité constitutionnelle de l'exclusion des conjoints de fait du régime juridique du mariage prévu au Code civil. Pour le juge LeBel, qu'appuient les juges Fish, Rothstein et Moldaver, il n'y a pas d'atteinte aux droits à l'égalité⁵². La juge en chef McLachlin estime qu'il y a une atteinte à ces droits, mais que cette dernière est justifiée comme limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*⁵³. La juge Abella conclut à l'existence d'une atteinte non justifiée⁵⁴. Selon la juge Deschamps, dont l'opinion reçoit l'appui des juges Cromwell et Karakatsanis, l'atteinte aux droits n'est qu'en partie justifiée⁵⁵.

Une question factuelle hante la cause : les conjoints de fait du Québec ont-ils *choisi* de se placer en marge du régime juridique du mariage? Madame A. invoque sa préférence personnelle en faveur du mariage. Or, on le sait, le mariage est un contrat, un acte juridique dont la formation requiert le consentement de deux personnes. Le choix de l'une, s'il n'est pas joint à celui de l'autre, ne peut pas créer les effets de droit du contrat

⁵⁰ *Id.*, par. 108.

⁵¹ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après le « Code civil »).

⁵² A., préc., note 7, par. 281.

⁵³ *Id.*, par. 450.

⁵⁴ *Id.*, par. 380.

⁵⁵ *Id.*, par. 409.

de mariage. Le Code civil crée ainsi des catégories de couples, et non pas des catégories de personnes. Une des difficultés avec la question du choix est ici que madame A. dit ne pas avoir choisi de ne pas se marier, et invoque une violation de ses droits individuels qui serait, singulièrement, le fait d'une disposition législative qui crée une distinction entre des *couples*. Le choix pertinent est-il celui de madame A., celui du couple dont elle fait partie ou encore celui généralement exercé par les couples du Québec? Une fois cette délicate détermination opérée, en soi porteuse de conséquences, la réponse à la question de l'existence de ce choix peut être décisive pour l'identification d'une atteinte aux droits à l'égalité ou encore pour l'analyse de son caractère raisonnable, le cas échéant.

Le juge LeBel (avec l'appui des juges Fish, Rothstein et Moldaver)⁵⁶

Les dispositions législatives contestées ne perpétuent selon le juge LeBel aucun préjugé en ce qu'elles fondent l'existence de différents régimes juridiques sur le choix mutuel et explicite fait par les conjoints⁵⁷. Il semble en effet fonder son jugement sur la question du choix exercé par les couples⁵⁸. La liberté de décision et l'autonomie des personnes ne sont pas de pures illusions, peut-on comprendre de ses propos⁵⁹. Le Code civil respecte l'autonomie et la liberté des individus. Le juge LeBel accepte d'emblée que les dispositions contestées se fondent sur la prémisse qui veut que les conjoints aient choisi d'y être assujettis ou non⁶⁰. Si ce n'est pas le cas, écrit-il, si ce choix n'existe pas en réalité, ces dispositions sont fondées sur un stéréotype⁶¹. Il rappelle clairement qu'il incombe à la partie qui invoque

⁵⁶ *Id.*, par. 1-282.

⁵⁷ *Id.*, par. 267.

⁵⁸ Ce n'était pas ma compréhension première de son jugement. On m'en a cependant convaincue. Par exemple: «A n'a pas établi, en l'espèce, que c'est un stéréotype que de considérer que *les couples* en union de fait *ont choisi* de ne pas s'assujettir aux régimes du mariage ou de l'union civile» (mes italiques), *id.*, par. 275.

⁵⁹ *Id.*, par. 260: «Dans la mesure où nous acceptons que la liberté de décision et l'autonomie personnelle ne sont pas de pures illusions, la décision d'un individu de continuer sa vie conjugale avec un conjoint qui refuse de se marier possède la même valeur que celle d'un conjoint qui cède à une demande pressante de conclure un mariage».

⁶⁰ *Id.*, par. 270: «Le cœur de cet argument [l'existence d'un stéréotype] repose essentiellement sur la question de la validité de la prémisse de base du droit de la famille québécois, soit l'exercice de l'autonomie de la volonté».

⁶¹ *Id.*, par. 271. Le stéréotype est une des notions utilisées par la Cour aux fins de l'identification d'une atteinte aux droits à l'égalité. Le juge LeBel décrit le stéréotype comme la «caractérisation inexacte d'une personne ou d'un groupe» (*id.*, par. 201), «qui ne

une atteinte aux droits et libertés d'apporter la preuve factuelle à l'appui de cette prétention⁶². Or, le juge LeBel observe que le dossier ne contient aucun élément de preuve tendant « à démontrer que la politique du libre choix, du consensualisme et de l'autonomie de la volonté ne correspond pas à la réalité vécue par les personnes visées »⁶³. Il estime de plus ne pas pouvoir prendre connaissance d'office de l'affirmation selon lui controversée selon laquelle « le choix du mode de conjugalité n'est pas un choix délibéré et véritable [...] qui [...] découlerait nécessairement de l'ignorance des conjoints à l'égard des conséquences de leur statut »⁶⁴.

L'autonomie de la volonté est de plus présentée dans son opinion comme la prémisse de base du droit de la famille au Québec⁶⁵ et comme une « partie intégrale des valeurs de dignité et de liberté qui sous-tendent la garantie d'égalité [protégée par la *Charte*] »⁶⁶. Cela comprend pour chacun le droit de prendre ses décisions fondamentales de vie sans ingérence de l'État⁶⁷.

La juge Abella (avec l'appui des juges Deschamps, Cromwell et Karakatsanis)⁶⁸

La juge Abella se préoccupe, elle, du choix de chacun des individus dans le couple. Elle estime que ce qu'on dit être le choix de ne pas se marier n'en constitue bien souvent pas réellement un. Elle se fonde essentiellement sur l'opinion de la juge McLachlin dans un précédent judiciaire, soit l'affaire *Miron c. Trudel*⁶⁹. Cette dernière y a reconnu que l'état matrimonial constitue un motif de discrimination analogue à ceux énumérés au

reflète pas la situation et les caractéristiques véritables du demandeur ou du groupe » (*id.*, citant *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 36). Sur les incertitudes importantes que soulève l'utilisation de cette notion de stéréotype, voir *infra*, notes 134 et 175.

⁶² A., note 7, par. 186.

⁶³ *Id.*, par. 272.

⁶⁴ *Id.*, par. 273.

⁶⁵ *Id.*, par. 270.

⁶⁶ *Id.*, par. 139 et 276.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*, par. 283-381. La juge Abella écrit en réalité une opinion qu'elle est la seule à signer. La juge Deschamps, dont l'opinion reçoit l'appui des juges Cromwell et Karakatsanis, précise cependant tout simplement souscrire à l'analyse des droits à l'égalité à laquelle procède la première: *id.*, par. 385.

⁶⁹ [1995] 2 R.C.S. 418.

paragraphe 15(1) de la *Charte*, en invoquant notamment le fait que, bien que le choix de se marier existe en théorie, un certain nombre de facteurs peuvent faire en sorte que ce choix n'existe pas en réalité⁷⁰. On retrouve, parmi ces facteurs, l'hésitation à se marier de l'autre partenaire, ou encore des contraintes financières, religieuses ou sociales⁷¹. La juge Abella considère que la Cour a ainsi déjà « pris acte de la nature complexe et réciproque de la décision de se marier »⁷², et a reconnu que la vie commune comme conjoints de fait n'est pas toujours le résultat d'un choix⁷³. Il serait donc selon elle contradictoire de la part de la Cour de rejeter une allégation d'atteinte aux droits à l'égalité des conjoints non mariés au motif que ces derniers ont choisi leur statut matrimonial⁷⁴. Toute considération d'un éventuel choix en la matière ne pourrait donc relever que de l'étape des justifications sous l'article 1 de la *Charte*, là où l'État assume le fardeau de la preuve⁷⁵. Il reviendrait donc éventuellement à l'État de « justifier l'exclusion [des conjoints de fait] par l'existence d'une liberté de choisir »⁷⁶. En toute logique, on aurait donc pu s'attendre à ce que la juge Abella exige en l'espèce la preuve que le mode de vie conjugale relève réellement d'un choix, et que le régime juridique contesté a pour objectif de respecter ce choix. Or, à cette étape de l'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte aux droits à l'égalité à laquelle elle conclut, la juge Abella se satisfait laconiquement de la simple affirmation d'un objectif abstrait qui consiste à « préserver la liberté de choisir »⁷⁷. On ne peut que se surprendre de cette

⁷⁰ *Id.*, par. 153, cité par la juge Abella dans *A.*, préc., note 7, par. 316. La juge Abella ajoute : « En reconnaissant à l'état matrimonial le caractère de motif analogue, la Cour a pris acte de la nature complexe et réciproque de la décision de se marier, ainsi que de la myriade de facteurs qui influent sur cette décision. Elle a également reconnu que la décision de vivre ensemble en tant que conjoints non mariés ne constitue peut-être pas du tout un choix dans les faits », *A.*, préc., note 7, par. 317.

⁷¹ *Miron c. Trudel*, préc., note 69, par. 153, cité par la juge Abella dans *A.*, préc., note 7, par. 316. Dans le même sens, la juge Abella rappellera, à l'occasion de sa critique de l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, l'importance de l'égalité réelle, qui s'intéresse non seulement aux choix théoriquement disponibles mais surtout aux conditions concrètes requises pour en permettre l'exercice réel : *A.*, préc., note 7, par. 342.

⁷² *A.*, préc., note 7, par. 317.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*, par. 335.

⁷⁵ *Id.*, par. 335 et 343.

⁷⁶ *Id.*, par. 343.

⁷⁷ *Id.*, par. 358. Sur cette question de l'objectif, elle y écrit en effet : « Toutefois, comme l'objectif consistant à préserver la liberté de choisir n'a pas été débattu vigoureusement

acceptation conciliante d'un objectif qui présume une liberté dont l'existence, selon la juge Abella, a été niée par la Cour dans *Miron c. Trudel*⁷⁸. Pourtant annoncé par les commentaires véhéments de la juge Abella sur l'importance de ne considérer la question d'un éventuel choix de ne pas se marier que lors de l'étude de la justification, et d'ainsi imposer à l'État le fardeau d'en démontrer l'existence, le débat sur la question factuelle qui nous intéresse est ainsi habilement et tout simplement évité⁷⁹.

La juge en chef McLachlin⁸⁰

La juge McLachlin considère que le désir d'accroître le droit des couples de choisir leur régime juridique sous-tend la politique législative du Québec⁸¹. Un des postulats qui fondent la loi est selon elle « que les conjoints de fait choisissent de renoncer aux mesures protectrices qu'elle offre aux conjoints mariés ou unis civilement »⁸². La loi se fonde d'ailleurs plus généralement sur « la prémisse que les conjoints de fait subviennent à leurs propres besoins en convenant de leurs propres ententes et arrangements patrimoniaux et alimentaires »⁸³. Or, la juge McLachlin reconnaît que certaines personnes, dont madame A., n'ont pas réellement choisi de ne pas se marier. Dans les faits, elles ne se sont pas mariées en raison du refus de leur conjoint⁸⁴. Ces personnes n'ont pas pu exercer leur droit de choisir⁸⁵. Elles n'ont donc pas renoncé aux protections économiques du mariage. Il s'agit, selon la juge McLachlin, d'un « fait manifeste »⁸⁶. La

devant notre Cour par les parties, je l'accepte pour les besoins de l'analyse fondée sur l'article premier ».

⁷⁸ Préc., note 69.

⁷⁹ Ce n'est qu'en raison de l'insistance de la juge Abella sur l'importance de ne discuter de la question du choix que dans le débat sur les justifications, où c'est l'État qui assume le fardeau de preuve, que l'on s'étonne de l'acceptation commode de l'objectif abstrait invoqué. Car on sait par ailleurs fort bien que la Cour s'est généralement satisfaite de l'objectif législatif allégué par l'État dans son analyse des justifications des atteintes aux droits. Voir, par exemple: Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. augm., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007, feuilles mobiles, à jour en 2012, p. 38-19 à 38-31.

⁸⁰ A., préc., note 7, par. 410-450.

⁸¹ *Id.*, par. 413.

⁸² *Id.*, par. 428.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.*, par. 422, 426, 428 et 430.

⁸⁵ *Id.*, par. 430. C'est l'expression précise utilisée par la juge McLachlin: le *droit* de choisir.

⁸⁶ *Id.*, par. 422.

question du libre choix et de l'autonomie est selon elle une considération d'intérêt public, à pondérer éventuellement dans le cadre de l'analyse des limites raisonnables permises par la *Charte*⁸⁷. Comme la juge Abella, elle s'y satisfait cependant d'un objectif abstraitement formulé comme « la promotion du libre choix et de l'autonomie de tous les conjoints au Québec en ce qui a trait au partage des biens et au soutien alimentaire »⁸⁸. Elle permet ainsi elle aussi que n'ait pas lieu le débat sur la question empirique d'un réel choix exercé par les conjoints de fait, dans un contexte où l'État aurait eu à assumer le fardeau de preuve.

II. Un malaise dans le traitement de ces questions

Au-delà de la simple multiplicité des opinions judiciaires à laquelle il donne lieu à l'occasion d'une même cause (déjà en soi préoccupante vu l'importante signification sociale et pratique des jugements rendus⁸⁹), le traitement judiciaire de la question du lien entre l'observation du visage d'un témoin et l'équité du procès et de celle du choix réel de ne pas se marier exercé par les conjoints de fait témoigne d'un inconfort certain.

Ces questions sont formellement traitées comme des questions de fait assujetties aux règles de preuve. Les juges assignent des fardeaux, soulignent l'absence ou la pauvreté de la preuve, parlent d'expertise et ouvrent la porte à d'éventuels progrès dans le monde des connaissances pertinentes qui pourraient avoir un impact sur des conclusions dès lors présen-

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*, par. 435.

⁸⁹ Le principe de la primauté du droit, qui implique notamment comme corollaire que le droit soit raisonnablement clair – Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 694 – s'accommodent difficilement de telles décisions judiciaires dont l'exégèse relève de l'exploit. La Cour suprême a elle-même éloquemment rappelé en ces termes l'importance de la primauté du droit et ses exigences inhérentes de clarté et d'intelligibilité dans *R. c. Ferguson*, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 68 : « Les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit sont à la base du gouvernement démocratique : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. Un principe essentiel de la primauté de (*sic*) droit porte que [traduction] “le droit doit être accessible et, dans la mesure du possible, intelligible, clair et prévisible” : lord Bingham, « The Rule of Law » (2007), 66 *Cambridge L.J.* 67, p. 69. Le caractère général, la promulgation et la clarté font partie des éléments essentiels de la [traduction] “moralité qui rend le droit possible” : L. L. Fuller, *The Morality of Law* (2^e éd. 1969), p. 33-39 ».

tées comme provisoires. Mais ils s'appuient aussi sur des précédents judiciaires, réfèrent à des présomptions de *common law* anciennes et fondamentales, se rattachent à des principes et à des valeurs législatives ou constitutionnelles. On a bien l'impression qu'il ne s'agit pas là de faits comme les autres, qu'il n'est pas tout à fait vrai que la simple preuve apportée par les parties pourra les démontrer. Il y a quelque chose qui cloche.

A. Des pistes d'explication : les aléas de la distinction du fait et du droit et les faits de société

Ce malaise évoque l'imparfaite distinction du fait et du droit et ses incertitudes inhérentes⁹⁰. Les tribunaux ont développé des règles pour le traitement différencié de certaines questions en s'autorisant de cette distinction précaire mais commode⁹¹. Les deux jugements qui nous intéressent ont peut-être tout simplement été le théâtre d'une utilisation

⁹⁰ Il est de bon ton qu'une référence doctrinale à la distinction du fait et du droit soit précédée d'une mise au point relative à l'inexistence d'une différence ontologique entre le fait et le droit et dès lors à une simple utilité fonctionnelle de la chose. Voir, par exemple: John O. MCGINNIS et Charles W. MULANEY, « Judging Facts Like Law », (2008-2009) 25 *Const.Comment.* 69, 93 et suiv.; Suzanne B. GOLDBERG, « Constitutional Tipping Points: Civil Rights, Social Change, and Fact-Based Adjudication », (2006) 106 *C.L.Rev.* 1955, 1962 et suiv. Je procède donc à mon tour: « [La distinction du fait et du droit] ne semble pas répondre à des impératifs essentiels pré-existants, mais bien plutôt remplir une fonction précise, soit d'assurer à certaines questions un statut particulier dans l'ordre juridique »: 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, 139. Je ne prétends donc pas qu'existent des faits objectifs indépendants de toute construction sociale, pas plus que je ne partage une vision naïve des sciences sociales qui auraient le pouvoir de les découvrir. J'affirme plus simplement que, dans l'univers des juristes, la qualification judiciaire d'un objet comme étant une question de droit ou une question de fait entraîne des conséquences importantes, notamment quant à la responsabilité et au rôle respectifs des juges et des parties au regard de son établissement.

⁹¹ Qu'on me permette de citer à nouveau L. Green: « No two terms of legal science have rendered better service than "law" and "fact." They are basic assumptions; irreducible minimums and the most comprehensive maximums at the same instant. They readily accommodate themselves to any meaning we desire to give them. [...] What judge has not found refuge in them? The man who could succeed in defining them would be a public enemy »: L. GREEN, *Judge and Jury*, 270 (1930), cité dans Henry P. MONAGHAN, « Constitutional Fact Review », (1985) 85 *C.L.Rev.* 229, 233, note 24.

libérale et créative à la fois de la distinction et des conséquences qu'elle engendre.

Le contentieux constitutionnel au Canada en a longtemps été un essentiellement préoccupé de questions de droit. Les faits n'y ont sérieusement été considérés que depuis une trentaine d'années⁹². Nous sommes encore à apprendre à les y manipuler.

La distinction du fait et du droit prend donc une signification particulière en matière constitutionnelle. L'interprétation du droit relève des juges. L'interprétation du droit est du droit. On connaît bien ce volet. La doctrine constitutionnelle y est d'ailleurs presque exclusivement consacrée. Il faut cependant comprendre que, dans le cadre de cet exercice d'interprétation, la Cour décide aussi d'entrée de jeu, à titre de question de droit, si une question constitutionnelle en est exclusivement une de droit, ou encore si elle fait appel à des questions de fait, si sa détermination requiert l'élaboration d'un support factuel⁹³.

Cette désignation initiale est le lieu d'exercice d'une marge de manœuvre judiciaire considérable et relativement peu explorée par la doctrine. Cette dernière, lorsqu'elle s'est préoccupée des nouveaux pouvoirs des juges issus de l'avènement de la *Charte*, s'est principalement intéressée aux conclusions rendues dans les jugements plutôt qu'à la méthodologie développée pour y arriver. Peu d'attention a été consacrée aux processus élaborés.

Pourtant, la décision judiciaire qui porte sur l'existence et la nature de faits à prouver en contexte constitutionnel, le cas échéant, et qui peut avoir les apparences d'une banale question périphérique de preuve, donne lieu à un monde de possibilités de créations judiciaires occultes. La Cour a ainsi développé certains standards qui intègrent des considérations factuelles⁹⁴, par opposition à ceux, traditionnellement connus du droit constitutionnel

⁹² Danielle PINARD, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac », (1994) 39 *R.D. McGill* 401.

⁹³ D.L. FAIGMAN, préc., note 1, p. 44 : « [T]he description of the relevant factual inquiry under a particular provision of the Constitution is a matter of interpretation ».

⁹⁴ Les « fact-dependent standards of review » de Neal DEVINS, « Congressional Factfinding and the Scope of Judicial Review: A Preliminary Analysis », (2001) 50 *Duke L.J.* 1169.

canadien, purement conceptuels et abstraits⁹⁵. L'interprétation du pouvoir du Parlement fédéral de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada⁹⁶ ou encore du pouvoir de ce même parlement en matière de commerce⁹⁷, par exemple, a donné lieu à l'élaboration judiciaire de standards exigeant un fondement factuel à prouver⁹⁸. De même, la Cour a accepté dans l'arrêt *N.S.* que le lien entre l'observation du visage d'un témoin et l'équité du procès soit abordé comme une question factuelle, comme elle a aussi déterminé que l'arbitrage judiciaire requis lorsque s'opposent le port du niqab et l'équité du procès serait réalisé à partir de faits établis. Elle avait décidé bien avant l'affaire *A.* que les allégations d'atteinte aux droits protégés par la *Charte*⁹⁹ ou encore d'éventuelles justifications des limites leur étant apportées¹⁰⁰ requerraient l'établissement d'une preuve. Cette détermination initiale emporte des effets importants; en fait, pour exprimer la chose de façon plus réaliste, elle est conçue en vue de produire ces conséquences quant aux paramètres d'un débat constitutionnel. Voyons quelques-unes des implications de cette détermination judiciaire initiale qui opère une distinction entre les questions constitutionnelles dont la résolution requiert l'élaboration de faits, et celles qui n'appellent qu'une interprétation juridique.

La question dite de droit sera plaidée, argumentée et interprétée. Elle sera décidée par le juge, qui en assume l'entière responsabilité. Elle jouira de la valeur de précédent, avec ce que cela comporte de stabilité, de prévisibilité et de certitude.

La question dite de fait sera matière à preuve, la chose des parties, et donnera lieu à une conclusion ponctuelle. C'est cependant la Cour qui détermine, comme question de droit, toutes les règles relatives à la preuve

⁹⁵ Les « fact-insensitive rules » de N. DEVINS, *id.*

⁹⁶ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 91 *in limine*.

⁹⁷ *Id.*, art. 91(2).

⁹⁸ Voir, dans le premier cas: *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; et, dans le second: *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837.

⁹⁹ Voir, par exemple, le propos devenu classique que l'on retrouve dans *MacKay c. Manitoba*, [1989] R.C.S. 357, 361: « Les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliserait la *Charte* et produirait inévitablement des opinions mal motivées. 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* ».

¹⁰⁰ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

de ces faits qu'elle déclare pertinents en matière constitutionnelle. Elle établit la répartition des fardeaux de preuve, leur intensité, et les moyens de preuve admissibles. Ainsi, la Cour a par exemple décidé que c'est à celui qui invoque une atteinte à des droits ou libertés d'apporter des faits au soutien de cette prétention. Et que c'est à la partie qui invoque le caractère raisonnable de l'atteinte d'apporter des faits justifiant cette conclusion, généralement l'État¹⁰¹. Elle a imposé dans ce dernier cas un fardeau de l'ordre d'un degré très élevé de probabilité¹⁰². Elle a accepté de recevoir de la preuve extrinsèque.

Lorsqu'elle a précisé qu'une question constitutionnelle fait appel à un support factuel, la Cour identifie les objets de preuve, c'est-à-dire ces faits qui doivent être démontrés pour permettre une conclusion en droit. Ce faisant, elle doit décider à la fois du niveau de généralité des faits requis et de l'étape de l'analyse où ils seront pertinents.

La détermination de ce lieu de pertinence d'un fait emporte comme conséquence fondamentale l'assignation du fardeau de le prouver à l'une ou l'autre partie. Un fait dit pertinent pour établir une atteinte aux droits, par exemple, devra être prouvé par celle qui allègue cette dernière. Un fait considéré pertinent pour la justification d'une atteinte aux droits devra en principe être démontré par l'État. La décision relative à l'étape de l'analyse où un fait est pertinent constitue l'exercice d'un pouvoir judiciaire fondamental, et bien souvent décisif pour l'issue d'une cause. On peut parfois s'interroger sur les critères éventuellement à l'œuvre lors d'une telle détermination¹⁰³. Ceci est particulièrement le cas lorsqu'un fait est considéré

¹⁰¹ *Id.*, 136 et 137. Si elle paraît logique à première vue, cette répartition des fardeaux de preuve en matière de *Charte* est très formelle et peut donner lieu à des résultats discutables, sinon inévitables. En effet, lorsque l'établissement de l'atteinte aux droits requiert la preuve de faits de société, comme la Cour l'a prévu par exemple à propos des droits à l'égalité, un fardeau extrêmement lourd est imposé à une partie privée. Ces faits sociaux sont au-delà de son expérience immédiate. On pourrait revoir la répartition initiale suggérée par la Cour, et proposer plutôt un principe d'imposition à l'État du fardeau de démontrer tous les faits sociaux pertinents à son action législative, quitte à diminuer occasionnellement l'objet de preuve requis, comme se satisfaire de la démonstration d'un fondement rationnel à la croyance en l'existence d'un fait de société, plutôt que d'exiger une démonstration directe de cette existence. Voir, dans ce sens : J.O. MCGINNIS et C.W. MULANEY, préc., note 90, 118 et suiv.

¹⁰² *R. c. Oakes*, préc., note 100, 138.

¹⁰³ On a déjà fait observer : « Or, la distinction entre le contenu respectif de chacune des étapes, soit celle de la détermination de la violation d'un droit et celle de la considéra-

comme pertinent à une étape par des juges, et à une autre par certains autres siégeant dans la même cause¹⁰⁴.

Le niveau de généralité des faits requis par l'interprétation judiciaire est varié. Il peut s'agir des faits propres aux parties au litige, dont elles ont une connaissance personnelle: ce sont les faits adjudicatifs de la typologie bien connue développée par K.C. Davis¹⁰⁵. Il peut s'agir de faits généraux, de faits de société, ceux que ce même auteur nomme les faits législatifs¹⁰⁶.

tion des limites raisonnables que l'État peut lui apporter n'est pas dictée par un ordre naturel et préexistant des choses. Les juges, interprètes légitimes de la Constitution, décideront de ce qui doit être prouvé pour établir une violation et de ce qui doit être établi pour en démontrer le caractère raisonnable, le cas échéant. Il s'agit d'une décision normative et d'une détermination fondamentale pour la question de la gestion des risques: c'est la partie à qui incombe le fardeau de preuve d'un fait qui assumera le coût de l'incertitude scientifique relative à ce fait.»: D. PINARD, « Les principes de preuve en matière de contrôle de constitutionnalité vus sous l'angle d'un exercice de gestion de risques », préc., note 8, aux pages 193 et 194.

¹⁰⁴ Voir, *infra*, p. 29-33, les divergences d'opinion des juges dans l'affaire A., préc., note 7, quant à l'étape où devrait être analysée l'existence d'un choix réel de ne pas se marier.

¹⁰⁵ Kenneth Culp DAVIS, « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », (1942) 55 *H.L.R.* 364, 402 et 403: « When an agency finds facts concerning immediate parties – what the parties did, what the circumstances were, what the background conditions were – the agency is performing an adjudicative function, and the facts may conveniently be called adjudicative facts ». Voir aussi l'appellation « case-specific facts », proposée par D.L. FAIGMAN, préc., note 1, p. 48: « *Constitutional case-specific facts*, in contrast, refer to factual determinations that are relevant to the application of constitutional rules in particular cases ».

¹⁰⁶ K.C. DAVIS, préc., note 105, 402 et 403: « When an agency wrestles with a question of law or policy, it is acting legislatively, just as judges have created the common law through judicial legislation, and the facts which inform its legislative judgment may conveniently be denominated legislative facts ». Voir aussi l'appellation « constitutional reviewable facts », proposée par D.L. FAIGMAN, préc., note 1, p. 47: « *Constitutional reviewable facts* embody the more generally recognized function of legislative fact-finding in constitutional cases. Courts examine reviewable facts under the pertinent constitutional rule or standard to determine the constitutionality of some state or federal action. Reviewable facts transcend particular disputes and thus can recur in identical form in different cases and varying jurisdictions ».

Le pouvoir judiciaire exercé lors de la détermination du niveau de généralité des faits pertinents est ici aussi considérable¹⁰⁷. En effet, des conséquences importantes s'ensuivent¹⁰⁸.

Les parties au litige n'ont pas nécessairement une connaissance personnelle des faits généraux, des faits de société. Bien souvent, les connaissances à l'égard de ces faits ne sont d'ailleurs qu'incertaines, et les conclusions des experts, si elles existent, ne sont que provisoires et contingentes.

Considérer ces questions de faits généraux comme des faits, au sens de l'opposition fait / droit, emporte en principe un certain nombre de conséquences. Ils doivent être présentés par des moyens de preuve recevables, mais peuvent exceptionnellement faire l'objet de connaissance d'office. Ils font l'objet de fardeaux de preuve. La conclusion à leur égard sera ponctuelle, ne jouissant pas de la valeur de précédent. Les faits sont la chose des parties: elles ont à la fois le pouvoir et l'obligation de les prouver. Le juge ne peut en principe conclure à l'existence d'un fait qu'à la lumière de l'information qui lui est légalement présentée.

Or, eu égard à leur nature, les faits généraux semblent appeler un traitement qui s'apparente davantage à celui que l'on réserve traditionnellement aux questions de droit. Ils soulèvent des interrogations qui souvent se prêtent plus à l'argumentation et au raisonnement logique qu'à une démonstration empirique. Ils sont au-delà de l'expérience immédiate des parties, transcendent l'espèce. Des considérations de l'ordre de la certitude et de la prévisibilité font en sorte que les conclusions à leur égard semblent parfois jouir d'une forme de valeur de précédent. Sans être définitive, une conclusion judiciaire sur les effets de la pornographie juvénile sur le bien-être des enfants, par exemple, ne devrait pas être remise en question d'un litige à l'autre. Enfin, il est difficile de se résigner à ce que le juge doive systématiquement être limité à l'information apportée par les parties pour

¹⁰⁷ Faigman réfère aux « profound implications that surround the decision regarding what class of fact is relevant under a particular constitutional provision »: D.L. FAIGMAN, préc., note 1, p. 45.

¹⁰⁸ Voir, par exemple: David L. FAIGMAN, « Defining Empirical Frames of Reference in Constitutional Cases: Unraveling the As-Applied Versus Facial Distinction in Constitutional Law », (2008-2009) 36 *Hastings Const.L.Q.* 631.

l'élaboration d'une conclusion sur l'existence d'un phénomène de société dont ces dernières n'ont pas une connaissance privilégiée¹⁰⁹.

Les faits auxquels on s'intéresse dans le présent texte peuvent être abordés comme faits généraux de société. Les conjoints de fait du Québec ont ou non choisi de s'exclure du régime juridique du mariage. Il y a ou non un lien de principe entre le fait de voir le visage d'un témoin et l'équité du procès. Mais ces faits peuvent aussi être abordés dans leur manifestation particulière dans la cause, propre aux parties. *En l'espèce*, madame A., ou encore le couple dont madame A. fait partie, a ou n'a pas choisi de ne pas se marier. *En l'espèce*, voir le visage de la plaignante madame N.S. est ou non nécessaire à l'équité du procès.

Selon le niveau de généralité pertinent déterminé par la Cour, les moyens et la difficulté de preuve varieront. Variera aussi la portée de la conclusion de fait élaborée sur des causes ultérieures.

Or, dans les affaires *N.S.* et *A.*, les propos des juges portent tantôt sur les faits propres à la cause, et tantôt sur les phénomènes de société, ce qui alimente le malaise.

De plus, même lorsqu'il est clair que l'on traite les questions comme des faits généraux, une certaine ambivalence est encore présente. Elles peuvent certes être considérées comme purement factuelles, l'existence de ce lien et de ce choix pouvant être éventuellement et objectivement vérifiée par des études correctement réalisées selon les règles de l'art du monde des sciences sociales. Le critère de validation est ici la correspondance au

¹⁰⁹ Le juge La Forest a tenu dès 1986 un propos devenu emblématique sur la question : « [J]e 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. [...] 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 simplement à partir des éléments de preuve particuliers qui se trouvent à avoir été soumis par les avocats relativement à des faits socio-économiques généraux » : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 802 et 803.

réel¹¹⁰. Or, la discussion dans les décisions judiciaires analysées ici est plus complexe. Il est en effet loin d'être certain que la correspondance au réel soit la seule ou même la principale considération qui préside à leur traitement par les juges.

La qualification d'un objet comme étant une pure question de fait, dans le monde du droit, entraîne un certain nombre de conséquences que l'on ne souhaite peut-être pas voir rattachées aux deux questions qui nous intéressent. D'où certaines manifestations d'un malaise dans le traitement judiciaire de celles-ci.

B. Des manifestations

Si les questions de l'observation du visage d'un témoin et du choix du mariage sont parfois traitées comme des questions de fait assujetties aux règles de preuve, l'attribution des fardeaux de preuve dont elles font l'objet est dans certains cas étonnante. Qui plus est, l'analyse des sources invoquées à leur soutien alimente aussi le doute quant à leur qualification réelle.

1. Le traitement des fardeaux de preuve

En droit, en contexte d'incertitude factuelle, l'imposition des fardeaux de preuve constitue un exercice obligé. En effet, si les acteurs du monde de la science ont le loisir de pouvoir reporter toute conclusion sur un sujet en processus d'exploration, le droit exige des conclusions immédiates¹¹¹. La

¹¹⁰ En dehors de toute considération juridique et de toute contestation constitutionnelle devant les tribunaux, le « monde réel » se préoccupe d'ailleurs déjà de ces questions. Des études apparemment sérieuses remettent en question tant l'existence du choix que celle du lien. On peut penser par exemple, dans le premier cas, à des sondages commandés par la Chambre des notaires en 2007 et en 2013, et dont les résultats font douter de l'existence d'une réelle décision des conjoints de fait de se placer en marge des obligations juridiques du mariage (Guillaume BOURGAULT-CÔTÉ, « Conjoint de fait – Éric et Lola n'ont pas éclairé les Québécois », *Le Devoir*, 21 mars 2013) ou encore à l'ouvrage considérable d'Aldert Vrij, qui discute notamment la difficulté de détecter le mensonge dans l'expression d'un visage : Aldert VRIJ, *Detecting Lies and Deceit. Pitfall and Opportunities*, 2^e éd., Chichester, John Wiley & Sons, 2008.

¹¹¹ *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 41.2 : « Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. » Il ne le peut pas non plus si cette obscurité est celle des faits pertinents.

distribution des fardeaux de preuve permet au juge d'arriver à une conclusion factuelle malgré l'incertitude. La politique derrière une telle distribution en est une de répartition de risques: il s'agit de déterminer à quelle partie il est préférable d'imposer le coût de l'insuffisance des connaissances disponibles sur une question factuelle. La règle simple et fondamentale retenue par le droit est logique: c'est en principe à celui qui allègue un fait de faire la preuve de son existence. Cette règle est généralement sensée et juste.

Dans les affaires étudiées dans le présent texte, le malaise du droit à l'égard des faits pertinents (le lien entre l'observation du visage et l'équité, le choix réel du mode de conjugalité) se manifeste notamment dans la discussion des fardeaux de preuve dont ils font l'objet.

On l'a vu, les faits auxquels on s'intéresse peuvent être abordés comme des faits généraux de société, ou encore dans leur manifestation particulière dans la cause et propre aux parties. La discussion judiciaire des fardeaux de preuve dont ils font l'objet porte selon les cas sur les faits considérés selon l'un ou l'autre de ces niveaux de généralité.

N.S.

Dans l'opinion majoritaire de l'affaire *N.S.*, la juge McLachlin déclare l'existence d'une présomption relative à un fait général: un lien existe en principe entre la possibilité d'observation du visage d'un témoin et l'équité du procès¹¹². Le fardeau de démontrer l'absence d'un tel lien, et donc de renverser la présomption, incombe en conséquence à celui qui nie ce lien ou qui, à tout le moins, en minimise l'importance¹¹³. Ce pourrait être le cas de celle qui souhaite témoigner voilée et contrer ainsi un argument en vertu duquel ce faire porterait atteinte à l'équité du procès. Considérant la complexité de la question, un très lourd fardeau serait imposé ici à une

¹¹² *N.S.*, préc., note 5, par. 27.

¹¹³ Voir *supra*, le texte accompagnant la note 27. Rappelons qu'il n'est pas question dans cette affaire d'une règle de droit qui porte atteinte à un droit et qui devrait subir le test des limites raisonnables de l'article premier de la *Charte*. La répartition des fardeaux de preuve judiciairement établie entre ce qui relève de la démonstration de l'atteinte aux droits et ce qui relève de la justification d'une éventuelle atteinte n'est pas ici en jeu. On est plutôt face à une configuration particulière: dans le contexte d'une demande d'ordonnance judiciaire, deux droits protégés sont invoqués et entrent apparemment en conflit.

personne qui souhaite exercer sa liberté de religion constitutionnellement protégée. Le fait présumé n'en est pas un dont elle a une connaissance personnelle; il s'agit d'un fait général, d'un fait de société¹¹⁴. Elle aurait à s'attaquer à un important fondement historique du droit de la preuve au Canada, à une croyance dont on a écrit qu'elle fondait des dispositions législatives et des règles de *common law* et animait le point de vue judiciaire dominant sur la question¹¹⁵. Si elle jugeait la preuve suffisante, la Cour aurait à déclarer que le lien depuis longtemps présumé par le droit entre le fait de voir le visage d'un témoin et l'équité du procès n'existe pas. Cette conclusion jouirait vraisemblablement d'une valeur de précédent, considérant la généralité de son objet, indépendant des faits de la cause particulière. Elle aurait des répercussions juridiques importantes. On a cependant l'impression qu'une telle conclusion est en réalité impossible, et que le discours sur l'éventuelle réfutation de la présomption n'est que rhétorique¹¹⁶.

En l'absence d'une preuve contraire, un lien de principe entre la possibilité d'observation du visage d'un témoin et l'équité du procès est donc présumé. La Cour affirme que l'on doit dès lors vérifier dans chaque espèce, le cas échéant, si une ordonnance judiciaire de retrait du niqab est justifiée. On se trouve à cette étape sur le terrain des faits adjudicatifs, des faits propres à la cause. La Cour décide qu'il revient à celui qui invoque son droit constitutionnel à l'équité du procès, et qui demande en conséquence que le témoin enlève son niqab, de démontrer *qu'en l'espèce* les effets bénéfiques d'une obligation d'enlever le niqab sont plus importants que ses effets préjudiciables¹¹⁷. Dans l'analyse proposée par la Cour,

¹¹⁴ Le juge Iacobucci avait pourtant mis en garde en ces termes contre l'iniquité inhérente à un tel fardeau imposé à celle qui invoque une violation des droits à l'égalité: « [I] est également important de souligner que l'exigence voulant qu'un demandeur établisse la violation du par. 15(1) en adoptant une démarche fondée sur l'objet n'a pas pour conséquence qu'il doive faire la preuve de questions qu'on ne peut pas raisonnablement supposer être de sa connaissance»: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 80.

¹¹⁵ *N.S.*, préc., note 5, par. 21 et 48.

¹¹⁶ Voir la section 3 du présent texte (*De simples faits, ou des postulats nécessaires?*): *infra*, p. 38.

¹¹⁷ L'assignation du fardeau de preuve se déduit de ce qui suit: « Ce sont là quelques-uns des facteurs susceptibles d'être pertinents pour décider si la partie qui demande que le témoin enlève son niqab pour témoigner *a établi* [has established] que les effets bénéfiques de cette obligation sont plus importants que ses effets préjudiciables » (mes italiques): *N.S.*, préc., note 5, par. 44.

L'équité du procès compte au nombre des effets bénéfiques, alors que l'atteinte à la liberté de religion fait partie des effets préjudiciables¹¹⁸. Le lien entre l'observation du visage du témoin et l'équité du procès étant établi, il apparaît paradoxal que le fardeau de preuve soit imposé à l'accusé qui invoque son droit à un procès équitable. Il est en effet singulier que le point de départ semble être ici la liberté de religion et le droit de porter le niqab, et que le test développé par la Cour porte sur les conditions qui doivent être remplies pour permettre l'exercice du droit à un procès équitable. Pourquoi pas l'inverse? Pourquoi pas « considérant que l'accusé a droit à un procès équitable qui, jusqu'à preuve du contraire, inclut en principe le droit de voir le visage du témoin, voici les conditions que madame doit établir pour pouvoir exercer sa liberté de religion et porter un niqab »? Peut-il s'agir de la conséquence d'une simple question de procédure? Ce pourrait en effet être le cas. On sait que la contestation est entreprise en l'espèce par le refus de madame d'obtempérer à une ordonnance de la cour lui enjoignant de retirer son niqab. Et que la cause chemine donc sur la question de savoir si et quand on peut demander d'enlever le niqab¹¹⁹. La juge McLachlin affirme s'appuyer sur le cadre d'analyse élaboré dans les arrêts *Dagenais*¹²⁰ et *Mentuck*¹²¹ pour l'arbitrage de conflits de droits¹²². Des demandes d'interdiction de publication ont fondé ces deux affaires. La Cour y a prévu qu'il incombe à celui qui demande l'ordonnance judiciaire d'en justifier la nécessité¹²³. La publication étant la règle, il peut être légitime qu'on impose à celui qui souhaite se prévaloir d'une exception de faire la démonstration nécessaire. Mais où est la règle, quand il s'agit d'un côté du droit d'exercer sa liberté de religion, et de l'autre du droit à un procès équitable? On comprend la Cour quand elle précise qu'il revient à celui qui souhaite utiliser le pouvoir de l'État

¹¹⁸ *Id.*, par. 3, 36 et suiv.

¹¹⁹ Voir la formulation de la question en litige par la juge McLachlin: « Il s'agit de déterminer dans quel cas, s'il en est, la personne qui porte un niqab pour des motifs religieux peut être requise de l'enlever pendant son témoignage » *id.*, par. 7.

¹²⁰ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

¹²¹ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442.

¹²² *N.S.*, préc., note 5, par. 7.

¹²³ La règle est ainsi formulée dans l'arrêt *R. c. Mentuck*, préc., note 121, par. 38: « Il est tout aussi vrai en common law qu'en matière de pouvoir discrétionnaire conféré par la loi, comme le juge La Forest l'a souligné, que « [c]est à la partie qui présente la demande qu'incombe la charge de justifier la dérogation à la règle générale de la publicité des procédures » (références omises) ». Dans le même sens, voir: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, préc., note 120, 875.

pour limiter les droits d'autrui de démontrer la justification de cette restriction, même si l'exercice vise la protection de ses propres droits constitutionnels¹²⁴. Mais il serait absurde que la petite histoire procédurale d'une cause détermine le contenu, la teneur de la règle élaborée¹²⁵. On ne peut que partager le point de vue exprimé dans l'opinion dissidente du regretté juge Gonthier dans la même affaire *Dagenais*¹²⁶, qui estimait qu'« aucun fardeau ne devrait être imposé à l'une ou l'autre partie dans le cadre de la pondération des droits opposés garantis par la *Charte* »¹²⁷. Selon lui, une fois que chaque partie a établi en quoi l'une ou l'autre des décisions possibles porterait atteinte à ses droits, il revient au juge d'arbitrer, de trancher, de décider de la solution appropriée sans pouvoir s'en remettre, en

¹²⁴ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, préc., note 120, 890 et 891.

¹²⁵ La Cour d'appel de l'Ontario, dans la même cause, à partir du même contexte procédural, a en effet adopté une approche différente, qui semble moins prioriser la liberté de religion. Le juge Doherty écrit les motifs de la Cour d'appel. Il a d'abord qualifié la question en litige comme un conflit apparent entre les droits constitutionnels d'un témoin et ceux de l'accusé dans une instance criminelle, et non pas comme la seule question des conditions de retrait du niqab. On peut lire d'entrée de jeu dans le jugement : « The central issue on this appeal arises from an apparent conflict between the constitutional rights of a witness in a criminal proceeding and the constitutional rights of the accused in that same proceeding » : *R. v. N.S.*, préc., note 6, par. 1. De plus, le juge Doherty débute l'analyse des droits en cause en se consacrant tout d'abord au droit à un procès équitable (*id.*, par. 49 et suiv.). Finalement, en cas d'impasse ou de réconciliation impossible, il aurait fait prévaloir le droit de l'accusé de se défendre, s'autorisant pour ce faire de la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 89 : *R. v. N.S.*, préc., note 6, par. 89.

¹²⁶ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, préc., note 120.

¹²⁷ On doit noter que le juge Gonthier aurait appliqué la structure d'analyse de l'article premier de la *Charte* à la pondération de droits requise par une demande d'interdit de publication. Voici ce qu'il écrit : « Une des premières questions qui se posent dans le cadre de toute forme de pondération en fonction de l'article premier est de savoir qui a la charge de justifier la violation. Il incombe en premier lieu à chaque partie d'établir qu'il y a eu violation de la *Charte*. Une fois que l'on s'est acquitté de ce premier fardeau, toutefois, aucun fardeau ne devrait être imposé à l'une ou l'autre partie dans le cadre de la pondération de droits opposés garantis par la *Charte*. Les fardeaux ne sont que des moyens de répartir l'incertitude. Il convient, dans une analyse ordinaire fondée sur l'article premier, d'imposer le fardeau au gouvernement puisque ce dernier est tenu de justifier une disposition législative ou une action qui porte atteinte à un seul droit garanti par la *Charte*. Les fardeaux sont sans pertinence lorsqu'il y a preuve suffisante à première vue que les mesures possibles (c'est-à-dire ordonner ou non l'interdiction) porteront atteinte à deux droits constitutionnels distincts. Dans ce contexte, la pondération qui est au cœur de l'analyse fondée sur l'article premier ne devrait privilégier ou désavantager ni l'un ni l'autre droit » : *id.*, 922.

cas d'incertitude, à la réponse techniquement dérivée de la question de savoir sur qui reposait le fardeau de preuve¹²⁸. Dans *N.S.*, la liberté de religion semble tout simplement posée comme un acquis, face auquel le droit à l'équité doit s'ajuster¹²⁹.

A.

Les diverses opinions judiciaires écrites dans l'affaire *A.* discutent de la question du fait général du choix réel exercé par les conjoints de fait au Québec. À cet égard, les juges de la Cour démontrent une divergence de vues fondamentale et déterminante quant à l'attribution du fardeau de preuve¹³⁰. Le juge LeBel rappelle d'entrée de jeu qu'il revient à celui qui allègue une violation des droits à l'égalité de démontrer, par prépondérance des probabilités, les faits à l'appui d'une telle prétention¹³¹. Il estime que l'exercice de l'autonomie de la volonté constitue la prémisse de base du droit de la famille du Québec¹³². Ainsi, puisque madame invoque que le régime québécois applique un stéréotype, il lui revient d'en apporter la preuve¹³³. Madame *A.* doit donc démontrer un fait général, un phénomène

¹²⁸ *Id.*, 922.

¹²⁹ On me fait remarquer qu'il serait possible de mieux justifier l'attribution du fardeau de preuve à laquelle la Cour a procédé par le rattachement du droit à un procès équitable au fonctionnement institutionnel de l'administration de la justice pénale par l'État. On pourrait alors arguer que la justification de l'atteinte à la liberté de religion dite requise par l'exercice de ce droit devait alors logiquement incomber à celui qui se prévaut de ces règles institutionnelles étatiques.

¹³⁰ Voir, *supra*, le texte accompagnant la note 103, sur l'arbitraire de l'attribution des objets de preuve entre ce qui relève de la démonstration de l'atteinte et ce qui ressortit à l'étape de la justification.

¹³¹ *A.*, préc., note 7, par. 236.

¹³² *Id.*, par. 270. On a déjà regretté en ces termes la considération des intentions louables du législateur dans le cadre de l'analyse de la violation des droits : « Dans *Gosselin*, les intentions louables du législateur font leur apparition dans le cadre de l'analyse de la violation des droits à l'égalité. Il s'agit d'un argument dont on aurait pu croire la pertinence réservée au contexte de l'analyse des justifications faite en vertu de l'article premier de la *Charte* » : D. PINARD, « Les principes de preuve en matière de contrôle de constitutionnalité vus sous l'angle d'un exercice de gestion de risques », préc., note 8, à la page 197.

¹³³ *A.*, préc., note 7, par. 272 et 275. Le juge LeBel accepte d'emblée et sans justification explicite le postulat factuel à partir duquel le législateur québécois est intervenu. Voir, *contra*, l'affaire *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, dans laquelle tous les juges discutent les hypothèses factuelles à partir desquelles le législateur était intervenu, que ce soit pour les valider ou les dénoncer : D. PINARD, « Les

de société : les personnes qui vivent dans une relation de conjoints de fait au Québec n'ont pas choisi de se mettre en marge du régime juridique applicable aux couples mariés¹³⁴. Il s'agit là d'un fait dont elle n'a évidemment pas une connaissance personnelle¹³⁵. Un très lourd fardeau lui est ainsi imposé : on lui demande de démontrer le caractère erroné de la « prémisses de base du droit de la famille du Québec »¹³⁶. On a encore une fois l'impression que la question est plus rhétorique que fonctionnelle¹³⁷. La

principes de preuve en matière de contrôle de constitutionnalité vus sous l'angle d'un exercice de gestion de risques », préc., note 8, aux pages 206 et suiv.

¹³⁴ S'il est clair que le fardeau de démontrer l'existence d'un stéréotype est imposé à celle qui en allègue l'existence, on doit cependant noter qu'il subsiste des questions importantes quant à la preuve à apporter pour ce faire. Devra-t-elle pour satisfaire à cette exigence démontrer que la prémisse du législateur est erronée dans un certain nombre de situations, de façon générale ou même dans tous les cas? Le recours à cette notion de stéréotype comme critère d'établissement d'une violation des droits à l'égalité est porteur de nombreuses difficultés : le demandeur doit-il apporter une preuve scientifique décrivant les conditions exactes des personnes visées ou exclues par la loi? Le législateur ne peut-il dorénavant cibler qu'une catégorie de personnes dont il a vérifié de façon préalable les caractéristiques réellement partagées? Ces questions comptent au nombre de celles qui devront nécessairement faire l'objet de la doctrine et de la jurisprudence relatives aux droits à l'égalité.

¹³⁵ Voir la même remarque à propos du fardeau imposé à madame N.S. : *supra*, p. 27. On ne peut s'empêcher de faire une analogie avec l'affaire *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, préc., note 133, une cause de droits à l'égalité où la Cour a imposé un considérable fardeau de preuve de faits de société à madame Gosselin, alors prestataire d'aide sociale.

¹³⁶ A., préc., note 7, par. 270. La question d'une éventuelle déférence judiciaire à l'égard des choix législatifs est généralement discutée en droit canadien dans le cadre de l'analyse de l'article premier de la *Charte*. Or, le type d'examen développé par la Cour en matière de droits à l'égalité fait en sorte qu'une extrême déférence peut aussi être mise en œuvre lors de l'étude de l'atteinte aux droits, comme en font foi les motifs du juge LeBel dans l'affaire A. et l'opinion majoritaire de la Cour dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, préc., note 133. Exprimée dans le cadre de l'article premier, cette déférence donne parfois lieu à un assouplissement des exigences de justifications imposées à l'État. Lorsque manifestée dans le cadre de l'analyse de l'atteinte aux droits, cette déférence peut avoir pour déplorable effet l'imposition d'un impossible fardeau à la partie (privée, par définition) qui allègue violation de droits. De plus, on doit souligner que l'on aurait peut-être intérêt à raffiner l'analyse de la question de déférence judiciaire par une distinction entre la déférence à l'égard des conclusions de fait du législateur et la déférence à l'égard des choix normatifs exercés en fonction de ces conclusions factuelles. À cet égard, voir la réflexion de Caitlin E. BORGMANN, « Rethinking Judicial Deference to Legislative Fact-Finding », (2009) 84 *Ind. L.J.* 1, 9.

¹³⁷ Voir *supra*, le texte accompagnant la note 116. On m'a d'ailleurs fait remarquer que le juge LeBel se situe peut-être ici sur un plan strictement normatif : les effets juridiques

juge Abella estime quant à elle que la Cour ayant déjà établi qu'un certain nombre de facteurs font en sorte que le choix de se marier n'existe parfois pas réellement¹³⁸, la question de ce choix ne peut être discutée qu'à titre de justification dans le cadre de l'analyse du caractère raisonnable d'atteintes aux droits, le cas échéant¹³⁹. Là où le fardeau de preuve est imposé à l'État. De son côté, la juge McLachlin affirme qu'il est manifeste que certaines personnes n'ont pas réellement choisi de ne pas se marier, et ce en raison du refus de leur conjoint¹⁴⁰. Elle est aussi d'avis que le libre choix et l'autonomie sont des considérations d'intérêt public dont il est préférable de discuter à l'étape des justifications¹⁴¹. Pourtant, on l'a déjà noté, ni la juge McLachlin ni la juge Abella ne vont en l'espèce jusqu'à imposer à l'État le fardeau de prouver que les conjoints de fait ont réellement choisi de se placer en marge du régime juridique du mariage, puisqu'elles se satisfont toutes les deux à l'étape des justifications d'un objectif formulé abstraitement en termes de volonté de préserver la liberté de choix des conjoints¹⁴².

L'identification des faits adjudicatifs et la détermination de la partie à qui incombe le fardeau de les prouver ne soulèvent apparemment dans cette affaire aucune difficulté. Madame a vécu avec monsieur une relation de conjoints de fait alors qu'elle aurait souhaité se marier avec lui; elle a continué à vivre avec lui bien après que ce dernier lui ait clairement exprimé son refus de se marier. On retrouve cependant une divergence d'opinions chez les juges en ce qui concerne la qualification de ces faits¹⁴³. Le juge LeBel semble y voir, de la part de madame A., un choix de ne pas se

du mode de conjugalité dépendent au Québec du choix explicitement exprimé par un couple, par deux personnes qui énoncent leur volonté de se lier mutuellement. On ne pourrait donc concevoir qu'il y ait ici la mise en œuvre d'une quelconque forme de stéréotype.

¹³⁸ A., préc., note 7, par. 316 et 317.

¹³⁹ *Id.*, par. 335.

¹⁴⁰ Voir, *supra*, le texte accompagnant les notes 84 à 86.

¹⁴¹ A., préc., note 7, par. 422.

¹⁴² Voir, *supra*, le texte accompagnant les notes 77 à 79 et 88.

¹⁴³ On le sait, le mariage est un acte juridique bilatéral, dont la création requiert la rencontre de deux consentements. Les effets juridiques du mariage ne peuvent découler que de cette rencontre de volontés. Or, madame A. pose la question de la signification de sa décision individuelle de poursuivre une vie commune comme conjoint de fait alors qu'elle souhaitait en réalité se marier. Certains juges y voient une volonté de créer un effet de droit, soit la mise à l'écart du régime juridique du mariage. D'autres, dont on peut croire qu'ils acceptent implicitement qu'il peut à la rigueur s'agir d'un choix de vie, refusent d'y lire une telle volonté.

marier, ou, à tout le moins, de vivre dans un couple qui a choisi de ne pas se marier¹⁴⁴. La juge Abella ne se prononce pas sur la question de cette relation précise. On peut finalement déduire de certains propos de la juge McLachlin qu'elle considère que madame A. n'a pas réellement exercé le choix de ne pas se marier¹⁴⁵. De plus, il est à noter que les faits propres à madame A. ne sont en réalité déterminants que pour les motifs de cette dernière juge. En effet, puisqu'elle aborde la question de la discrimination en vertu du point de vue d'une personne raisonnable placée dans une situation similaire à celle de madame A.¹⁴⁶, ce sont les circonstances propres à cette dernière qui permettent à la juge McLachlin de conclure à l'atteinte aux droits à l'égalité¹⁴⁷. Cette détermination particulière de l'objet à prouver allège le fardeau de celle sur qui il reposait, celle-ci ne devant établir que ce qu'elle a la capacité immédiate de démontrer : des faits dont elle a une connaissance personnelle¹⁴⁸.

¹⁴⁴ A., préc., note 7, par. 260. Selon le juge LeBel, « [d]ans la mesure où nous acceptons que la liberté de décision et l'autonomie personnelle ne sont pas de pures illusions, la décision d'un individu de continuer sa vie conjugale avec un conjoint qui refuse de se marier possède la même valeur que celle d'un conjoint qui cède à une demande pressante de conclure un mariage » : *id.*, par. 260.

¹⁴⁵ *Id.*, par. 423 *in fine*. Elle écrit également : « Or, dans les faits, les personnes placées dans la situation de A n'ont pas renoncé à ces mesures qui découlent du régime obligatoire » : *id.*, par. 428.

¹⁴⁶ *Id.*, par. 419 : « Il vaut la peine de mentionner quelques autres points relatifs à des divergences entre mes motifs et ceux du juge LeBel. Premièrement, la question de savoir si la loi est discriminatoire doit être examinée du point de vue de la "personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur" : *Law*, par. 60. » Voir aussi : *id.*, par. 423.

¹⁴⁷ La perspective qu'utilise la juge McLachlin n'est pas sans créer nombre d'incertitudes. Elle conclut à une atteinte aux droits à l'égalité en ce que « le désavantage est discriminatoire du point de vue d'une personne raisonnable placée dans une situation similaire à celle de A » (*id.*, par. 423). Il faudrait analyser cette possibilité affirmée qu'une loi puisse être discriminatoire selon un point de vue et non selon un autre à la lumière de la problématique plus large des sanctions d'inconstitutionnalité en droit canadien. Si elle avait jugé la discrimination non justifiée, la juge McLachlin aurait-elle déclaré les dispositions législatives inopérantes *erga omnes*? Uniquement pour les personnes dans une situation similaire à celle de madame A.? Et ce, même si la définition de cette catégorie de personnes susceptibles d'être incluses dans le champ d'application de certains droits patrimoniaux associés au mariage est ou ne peut plus litigieuse?

¹⁴⁸ On a déjà remarqué que l'analyse juridique privilégiée par un juge lui permet parfois de modifier le type de faits jugés pertinents, passant, comme ici la juge McLachlin, de faits généraux aux faits particuliers de la cause, et d'ainsi arriver à une conclusion

Concluons. L'inconfort que semble susciter la remise en question de postulats du droit dans les causes auxquelles on s'intéresse se manifeste dans la gestion des fardeaux de preuve. On impose de façon générale à des personnes privées le fardeau de démontrer le caractère erroné d'importants postulats du droit, un fardeau tellement lourd – et sciemment décrit comme tel¹⁴⁹ – que le discours sur la chose semble plus rhétorique que fonctionnel. On ne s'attend pas à ce que les exigences du fardeau de preuve soient effectivement remplies¹⁵⁰. Et si on dit parfois imposer à l'État le fardeau de démontrer l'exactitude de ces mêmes postulats, le discours semble ici aussi purement rhétorique, puisqu'on ne va pas jusqu'à exiger *de facto* l'exécution de cette obligation. La gestion des fardeaux de preuve des faits généraux est donc à tout le moins discutable. Le traitement des faits particuliers de la cause est tout aussi singulier. Dans *N.S.*, l'attribution du fardeau de les prouver à laquelle on procède aurait requis un minimum de justification. Dans *A.*, une seule juge leur confère une réelle pertinence constitutionnelle, facilitant ainsi grandement la tâche de celle qui alléguait la violation des droits à l'égalité.

souhaitée: « By turning a facial challenge into an as-applied challenge, [...] essentially transformed the relevant constitutional inquiry from an analysis of reviewable facts into a consideration of case-specific facts »: D.L. FAIGMAN, préc., note 1, p. 62.

¹⁴⁹ Rappelons que madame N.S. aurait dû renverser ce qui est décrit comme « un lien ancien et persistant établi en droit » (*N.S.*, préc., note 5, par. 31), des « présomptions profondément enracinées » (*id.*, par. 48), « l'opinion judiciaire acceptée » (*id.*), et « des convictions confirmées par plusieurs siècles de pratique » (*id.*, par. 49). De son côté, madame A. devait affronter « la prémisse de base du droit de la famille québécois, soit l'exercice de l'autonomie de la volonté » (*A.*, préc., note 7, par. 270), « le principe de l'autonomie de la volonté, qui par ailleurs est une des valeurs sous-tendant la garantie d'égalité prévue à l'art. 15 de la *Charte* » (*id.*, par. 276). Le choix des termes n'est pas anodin. Une tâche titanesque, voire impossible à réaliser, est ainsi décrite.

¹⁵⁰ On ne prend d'ailleurs même pas la peine d'expliciter l'objet précis que devrait démontrer cette partie privée à qui on impose le fardeau. Devrait-elle démontrer l'inexactitude du postulat factuel? Ne devrait-elle pas plutôt aller jusqu'à établir l'absence de tout fondement rationnel à l'élaboration de ce postulat, considérant le fait que la cour s'est déjà satisfaite, en contexte d'incertitude, de justifications étatiques fondées sur un évaluation rationnelle de la situation? Voir, pour des considérations semblables, dans le contexte d'une doctrine constitutionnelle américaine cependant différente: C.E. BORGMANN, préc., note 136, 7.

2. Les sources invoquées

L'ambivalence dans le traitement des questions discutées se manifeste aussi dans le type de sources invoquées ou souhaitées au soutien de leur démonstration.

On se situe parfois sur un terrain de faits, et donc de preuve, d'expertise et de connaissance d'office. Ainsi, le lien entre l'observation du visage d'un témoin et l'équité du procès est en partie traité comme une question de fait. Les remarques que l'on retrouve dans *N.S.* à propos de la preuve de ce lien en font essentiellement ressortir l'absence ou la faiblesse. Ainsi, la juge McLachlin souligne la pauvreté de la preuve au dossier sur la question¹⁵¹. Elle fait référence à des documents non attestés par des témoignages d'experts¹⁵². Mais elle accepte que le développement des connaissances puisse un jour amener les tribunaux à revoir la question¹⁵³. À propos de l'éventuel choix des conjoints de fait de ne pas se marier, le juge LeBel se place aussi sur un terrain factuel quand il souligne dans *A.* qu'aucun élément de preuve ne lui permet de conclure que ce choix n'existe pas en réalité¹⁵⁴. Il refuse de prendre connaissance d'office de l'inexistence de ce choix, à cause de ce qu'il dit être le caractère controversé de la proposition¹⁵⁵. La juge McLachlin prend au contraire connaissance d'office de ce qu'elle considère être le *fait manifeste* que certains conjoints de fait n'ont pas réellement choisi de s'exclure des droits et obligations reliés au mariage¹⁵⁶. La juge Abella réfère notamment à de la preuve et à un rapport d'expertise pour justifier une affirmation sur la méconnaissance des conjoints à l'égard de leurs droits et obligations au moment de la rupture¹⁵⁷.

¹⁵¹ *N.S.*, préc., note 5, par. 20.

¹⁵² *Id.*

¹⁵³ *Id.*, par. 44.

¹⁵⁴ *A.*, préc., note 7, par. 72.

¹⁵⁵ *Id.*, par. 73.

¹⁵⁶ Elle écrit : « Le libre choix et l'autonomie sont des considérations d'intérêt public ; le Québec se fonde sur elles pour justifier le fait manifeste que sa loi peut désavantager certains conjoints de fait en leur niant tout droit à un partage des biens et à une pension alimentaire dans des circonstances où ils n'ont peut-être pas réellement choisi de renoncer aux mesures protectrices du régime obligatoire, mais plutôt n'y ont pas eu accès en raison du refus de leur partenaire de se marier » : *id.*, par. 422.

¹⁵⁷ *Id.*, par. 373-374. Elle invoque aussi des sources juridiques à propos de cette question.

Mais il est remarquable que des sources juridiques, comme des précédents judiciaires, des lois, des principes de droit ainsi que les valeurs qui les sous-tendent, soient aussi invoquées à titre d'autorités au soutien de l'existence des faits qui nous intéressent. Le discours laisse entendre que le fait existe parce que le droit pense que le fait existe, et non de façon indépendante. Il ne s'agit plus ici d'établir une correspondance avec un monde réel qui existerait en dehors du droit. On invoque des arguments d'autorité de droit à l'appui d'affirmations sur l'existence de faits¹⁵⁸. Ainsi, après avoir souligné dans *N.S.* la pauvreté de la preuve apportée sur la question, la juge McLachlin se place sur le terrain du droit pour justifier sa conclusion sur l'existence d'un lien entre l'observation du visage d'un témoin et l'équité du procès. Une présomption de *common law* l'établit selon elle solidement et depuis longtemps¹⁵⁹. Cette présomption est ici particulièrement importante en ce qu'elle fonde bon nombre de dispositions législatives, de règles et principes de *common law* et de décisions judiciaires¹⁶⁰. L'affirmation est appuyée par des renvois à d'autres décisions judiciaires¹⁶¹. L'existence du lien est d'ailleurs présentée comme un « point de vue » judiciaire par le juge LeBel¹⁶². Après avoir affirmé que l'observation du visage

¹⁵⁸ Il ne s'agit pas d'une première. La Cour a en effet déjà justifié des conclusions de fait par le recours au *stare decisis*. L'approche est éminemment discutable : « Rappelons-le, le recours au *stare decisis* pour justifier l'existence d'une conclusion factuelle relève de la fiction. Une proposition factuelle n'est pas plus vraie, ne correspond pas plus au réel, parce qu'elle a déjà été acceptée par un tribunal. Elle est cependant plus acceptable à l'intérieur du monde du droit, pour les juristes. Ce qui n'est pas rien, mais qui est autre chose » : D. PINARD, « Les principes de preuve en matière de contrôle de constitutionnalité vus sous l'angle d'un exercice de gestion de risques », préc., note 8, à la page 219. Dans le même sens, voir *id.*, à la page 208, et Gail S. PERRY et Gary B. MELTON, « Precedential Value of Judicial Notice of Social Facts: *Parham* as an Example », (1983-1984) 22 *J.Fam.L.* 633, 635 : « Although the principle of *stare decisis* provides for predictability and order in the law, it is poorly suited to establishing the true value of a proposition ».

¹⁵⁹ *N.S.*, préc., note 5, par. 21.

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ Voir, par exemple : *id.*, par. 24 et 26. On sent le désespoir dans la recherche des autorités quand la juge McLachlin appuie sa conclusion sur un paragraphe du jugement de la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce (*id.*, par. 24), qui citait lui-même un jugement de première instance rendu en Nouvelle-Zélande (*R. v. N.S.*, préc., note 6, par. 54). Et quand la juge McLachlin cite à son tour ce même jugement de Nouvelle-Zélande quelques paragraphes plus loin, toujours à l'appui du même propos (*N.S.*, préc., note 5, par. 26).

¹⁶² *N.S.*, préc., note 5, par. 64.

d'un témoin est une attente et non une règle, la juge Abella justifie de son côté une affirmation selon laquelle le comportement peut témoigner de bien d'autres choses que la crédibilité d'un témoin par des remarques retrouvées dans certains jugements et par un exemple de modèles de directives au jury préparées par le Conseil canadien de la magistrature¹⁶³. Lui aussi sur un registre plus juridique, le juge LeBel rappelle dans *A.* que l'autonomie de la volonté est la prémisse de base du droit de la famille du Québec¹⁶⁴. Il précise de plus que cette autonomie de la volonté est une partie intégrale des valeurs de dignité et de liberté qui, elles, sous-tendent la garantie d'égalité de la *Charte*¹⁶⁵. L'autonomie de la volonté existe donc selon lui parce qu'elle est le fondement du droit civil et parce qu'elle relève des valeurs qui fondent un droit constitutionnalisé. De son côté, la juge Abella fonde sa conclusion selon laquelle certains facteurs peuvent faire en sorte que le choix de ne pas se marier n'en soit pas réellement un sur l'arrêt *Miron c. Trudel*¹⁶⁶, dans lequel la Cour a reconnu l'état matrimonial comme un motif analogue aux motifs énumérés au paragraphe 15(1) de la *Charte*. Le choix n'existe pas, tout simplement parce que la Cour l'a déjà décidé.

Des sources traditionnellement apportées au soutien de conclusions de fait sont citées par les juges pour appuyer leurs propos sur la question de l'observation du visage d'un témoin et sur celle du choix de ne pas se marier. Des fondements juridiques le sont tout autant, sinon plus.

III. De simples faits, ou des postulats nécessaires?

Pour le moment, en droit canadien, on doit donc considérer jusqu'à preuve du contraire qu'il y a un lien de principe entre l'observation du

¹⁶³ *Id.*, par. 99-101.

¹⁶⁴ *A.*, préc., note 7, par. 270.

¹⁶⁵ *Id.*, par. 276. Il rejoint ici l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, préc., note 133, par. 65, qui relie l'autonomie et le choix à la garantie d'égalité. On peut en effet y lire: «La mesure incitant à la participation aux programmes tendait à la réalisation d'objectifs qui sont au cœur de la garantie d'égalité: autodétermination, autonomie personnelle, respect de soi, confiance en soi et prise en charge de sa destinée».

¹⁶⁶ Préc., note 69. L'opinion de la juge Abella transparaît de *A.*, préc., note 7, par. 316-317.

visage d'un témoin et l'équité du procès d'un accusé¹⁶⁷. Aux fins du droit québécois, on accepte désormais que certains conjoints de fait n'aient pas réellement choisi de se placer en marge du régime juridique applicable aux conjoints mariés¹⁶⁸. Quoique certains juges considèrent que cela n'a pas été démontré¹⁶⁹. Ces affirmations ont quelque chose d'insolite. Comme si le monde du droit permettait la construction d'une réalité parallèle dans laquelle évoluer librement.

On l'a dit, on a l'impression que ces faits, quoiqu'au cœur des affaires *N.S.* et *A.*, n'ont en réalité joué qu'un rôle minime dans leur résolution. Et que les vues judiciaires exprimées sur ces questions n'entretiennent qu'un lointain rapport avec leur réalité empirique¹⁷⁰. Leur considération dans les opinions judiciaires démontre un malaise évident. Il se manifeste principalement dans l'affaire *N.S.* par une approche autoréférentielle: il existe un lien de principe entre l'observation du visage d'un témoin et l'équité du procès parce que le droit considère qu'un tel lien existe. Point. On s'en tient à un univers clos: le monde du droit et ce que le monde du droit pense du réel comme critère de validation. L'expression du malaise prend des formes plus variées dans l'affaire *A.* Elles se manifestent dans de nombreuses divergences de vues dans le traitement de la question du choix du mode de vie conjugale. Les juges Abella et McLachlin estiment que certains conjoints de fait n'ont pas réellement choisi de ne pas se marier. Pour la première, ce fait a déjà été établi par la Cour, alors que pour la seconde il s'agit d'un fait manifeste. Toutes les deux estiment qu'une éventuelle discussion de la question du choix doit relever de l'analyse des limites raisonnables, là où le fardeau de preuve échoit à l'État, mais toutes deux permettent que le débat n'ait pas lieu. Le juge LeBel prend acte du postulat d'existence de choix à partir duquel le législateur québécois est intervenu, estime qu'une preuve contraire ne l'a pas réfuté, refuse de l'infirmier lui-même par la connaissance d'office et le relie enfin à des valeurs constitutionnelles. La juge McLachlin est finalement la seule qui atténue en l'espèce

¹⁶⁷ Il s'agit d'une conclusion partagée par tous les juges dans l'affaire *N.S.*, préc., note 5, par. 27 et 64. La juge Abella ne se distingue à cet égard que par l'importance nettement moindre qu'elle accorde à ce lien: *id.*, par. 108.

¹⁶⁸ Il s'agit de la conclusion de cinq des neuf juges. Voir: *A.*, préc., note 7, par. 316-317 (j. Abella); *id.*, par. 385 (j. Deschamps, avec l'appui des juges Cromwell et Karakatsanis); *id.*, par. 423 et 428 (j. McLachlin).

¹⁶⁹ *Id.*, par. 272 (j. LeBel, avec l'appui des juges Fish, Rothstein, Moldaver).

¹⁷⁰ Voir, en exergue, les propos de D. L. FAIGMAN, préc., note 1.

le rôle de la question générale en accordant plutôt une importance déterminante à la relation conjugale des parties en présence, utilisant une perspective dite objective-subjective qui lui permet de conclure à la présence de discrimination.

Dans les deux causes, on a l'impression qu'on manipule avec précaution un objet dangereux en utilisant de façon aléatoire divers outils conceptuels.

* * *

Ces positions contrastées, sinon contradictoires, s'expliquent peut-être en partie par l'incertitude de la distinction du fait et du droit, et par le fait que l'on souhaite attribuer aux questions discutées des caractères qui relèvent en partie du premier et en partie du second¹⁷¹. On connaît déjà l'existence d'une certaine liberté dans le traitement judiciaire des faits généraux, des faits de société en contexte constitutionnel. Mais il y a peut-être plus. Si le débat judiciaire laisse généralement une place certaine à une discussion de faits dont la correspondance au réel doit être démontrée, le monde du droit a aussi besoin de postulats à partir desquels se construire ou encore se justifier. Il s'agit plus, dans ce dernier cas, d'hypothèses nécessaires que de faits empiriquement vérifiables. Il s'agit parfois même de fictions, ou pire, de mensonges¹⁷². Une certaine représentation du monde est en effet nécessaire à la construction d'un système de règles qui soit logique et cohérent.

Ce qui distingue les faits généraux qui nous intéressent dans le présent texte, c'est en effet qu'une croyance à leur égard fonde l'existence même de certaines règles de droit. Ils constituent leur raison d'être, la justification de leur présence, le fondement de leur rationalité. En soi et en dehors de toute contestation constitutionnelle. Si toute règle de droit est inévitablement fondée sur une appréciation d'une réalité sociale à laquelle a procédé

¹⁷¹ *Supra*, p. 17 et suiv.

¹⁷² Richard O. Lempert écrit, par exemple : « Evidence law [...] does not respond to the realities of the actual world, rather it responds to the supposed realities of a world it has established and modeled *as if* it were the actual world. » (R.O. LEMPERT, préc., note 14, 344).

son auteur, cette appréciation acquiert parfois en quelque sorte un statut sacré¹⁷³.

Si le droit à l'équité du procès comprend le droit de l'accusé de voir le visage des témoins, c'est que cette observation est nécessaire ou utile à une évaluation de leur crédibilité et à un contre-interrogatoire efficace. Ou c'est du moins ce que l'on croit.

Si on n'attribue certains droits et obligations qu'aux personnes qui sont mariées, c'est que les conjoints de fait ont choisi de ne pas se marier et ainsi de se placer en marge d'un certain régime juridique. Ou c'est du moins ce que l'on croit.

S'ils peuvent l'être, ces postulats factuels ne sont pas nécessairement préalablement vérifiés scientifiquement. Aucune obligation constitutionnelle n'exige qu'ils le soient¹⁷⁴. Il n'y a en effet et *a priori* aucune obligation constitutionnelle pour le législateur ou les juges de ne développer de règles de droit que sur le fondement de conclusions factuelles empiriquement vérifiées¹⁷⁵.

¹⁷³ D. PINARD, « Le domaine de la connaissance d'office des faits », préc., note 8, à la page 362. Elle ajoute : « Ainsi, il se peut qu'une règle de droit soit à ce point fondée sur une conclusion factuelle à laquelle en est venu le législateur que toute discussion de cette conclusion devient irrecevable. Questions de droit et questions de fait sont ainsi intrinsèquement liées. L'adoption de la règle de droit emporte avec elle l'adoption définitive d'un point de vue sur la question de fait qui la sous-tend. »

¹⁷⁴ Voir, pour une réalité fort semblable en droit américain : « Often, fact-finding is an implicit step, and sometimes a legislature will not engage in formal fact-finding at all but will instead act upon a shared understanding of the social facts necessitating the legislation » : C.E. BORGMANN, préc., note 136, 9.

¹⁷⁵ Il se peut cependant que le type de contrôle de constitutionnalité mis en place par la Cour en vienne à modifier la situation. En effet, on pense par exemple au critère de stéréotype développé par la Cour en matière de droits à l'égalité qui, s'il était appliqué strictement, pourrait obliger le législateur à n'intervenir à l'égard d'une catégorie de personnes que sur la base de connaissances préalables précises des caractéristiques dont elles témoignent toutes. Voir, notamment pour une discussion de l'impact, sur la méthode législative, d'un contrôle judiciaire fondé sur les faits : Danielle PINARD, « Les énoncés de fait du législateur et le contrôle judiciaire de constitutionnalité au Canada : de l'utilisation des préambules et autres dispositions non normatives des lois », (2009) 24 *N.J.C.L.* 27, 36 et suiv.

Dans ce rôle particulier, ces faits-postulats sont d'ailleurs intimement liés au monde des valeurs¹⁷⁶. Si le fait se prouve, le postulat nécessaire se rapproche du monde des valeurs et relève de l'argumentation. Il est difficile de départager à leur égard une affirmation de leur existence, une foi en leur existence ou encore la nécessité d'une foi en leur existence. L'opinion du juge LeBel dans l'affaire *A.* est éloquente en ce sens : s'il demande de la preuve sur la question du choix du mode de vie conjugale et semble ainsi se placer sur un terrain factuel, l'association qu'il établit entre l'existence de ce choix et les valeurs constitutionnelles d'autonomie et d'égalité l'amène plus fondamentalement dans le monde des valeurs fondatrices. Cette dernière approche est d'ailleurs cohérente avec celle qu'il adopte un mois plus tôt dans l'affaire *N.S.*, lorsqu'il confère explicitement un rôle essentiel aux valeurs constitutionnelles que sont selon lui la transparence et la neutralité religieuse de l'État et de ses institutions dans le débat sur le port du niqab¹⁷⁷.

Les conjoints de fait choisissent de ne pas se marier. Ou n'est-ce pas plutôt qu'il faut croire en l'existence de ce choix pour élaborer les divers régimes juridiques de conjugalité?

L'observation du visage d'un témoin est nécessaire à l'équité du procès. Ou n'est-ce pas plutôt qu'il faut croire en cette nécessité pour donner une rationalité à un certain nombre de règles de preuve?

L'ambivalence dans le traitement judiciaire de ces faits-postulats nécessaires s'explique peut-être en partie par cette caractéristique. Il ne s'agit pas de faits ordinaires. Leur remise en question est en fait celle de la rationalité et de la cohérence interne d'une règle ou d'un système de règles et de pratiques juridiques. On est on ne peut plus loin du qui-a-fait-quoi, de ces faits relatifs aux parties au litige et dont on doit vérifier la réalité. Les juges sont fort conscients de l'ampleur du défi que leur pose la contestation de certains postulats fondamentaux du droit lors de litiges qui, au départ, ne concernent que deux individus.

Les faits-postulats fondent une règle de droit, et parfois même tout un pan normatif. Il s'agit d'un rapport intime. C'est son fondement même qui est remis en question lorsque l'on conteste le postulat factuel sur lequel

¹⁷⁶ J'utilise ici la notion de valeur dans son acception la plus commune. Je parle tout simplement d'idées à propos de ce qui est jugé désirable, juste, adéquat ou souhaitable.

¹⁷⁷ *N.S.*, préc., note 5, par. 60.

repose la règle. Contester, nier, remettre en question le postulat factuel fragilise la règle; démontrer que le postulat factuel est erroné en détruit la légitimité. On ne l'a donc généralement pas abordé. On ne souhaite vraisemblablement pas le faire. On a traditionnellement trouvé divers moyens de contourner la question, lorsque d'aucuns ont osé la poser.

Considérant les caractéristiques de ces postulats nécessaires, on comprend mieux la lourdeur du fardeau imposé à celles qui souhaitent les remettre en question. En fait, cette lourdeur est telle que l'imposition d'un fardeau de preuve ne peut être que de pure forme. Le fardeau est impossible à relever¹⁷⁸. La question en litige en est une de valeurs autant sinon plus qu'une de fait, documentée et vérifiable. Le postulat fondateur d'une règle de droit n'est souvent qu'une opinion normative sur un fait, sur une hypothèse factuelle raisonnable ou même un pur jugement de valeurs sur ce qui devrait être. Affirmer qu'un débat factuel est possible sur un tel postulat, imposer à la partie qui le conteste un fardeau de preuve et entrouvrir la porte à la possibilité d'une contestation fructueuse parce qu'empiriquement mieux informée a, encore une fois, quelque chose d'irréel. Le débat véritable, s'il est possible, ne peut qu'en être un de valeurs et de principes.

Non seulement le postulat nécessaire n'est-il bien souvent pas essentiellement factuel, il se peut même qu'il n'ait pas été réellement considéré au moment de l'élaboration de la norme et ne soit en réalité qu'une justification fictive *ex post facto* invoquée au moment de sa contestation. Vraisemblablement dans la foulée de la présomption de constitutionnalité, les tribunaux accepteront alors parfois de présumer l'existence des faits-postulats nécessaires à une règle de droit¹⁷⁹. La norme peut en effet avoir

¹⁷⁸ S'il est vrai que le postulat selon lequel les conjoints de fait ont choisi de se mettre à l'écart des obligations juridiques du mariage ne survit pas au jugement de la Cour dans l'affaire A., préc., note 7, cette déconstruction n'est pas le fait de la preuve apportée par madame A. En effet, la possibilité que ce choix n'existe pas en réalité a été considérée ou bien comme déjà établie par un arrêt de la Cour (*id.*, par. 316-317 (j. Abella)); *id.*, par. 385 (appui à la juge Abella de la juge Deschamps, avec l'appui des juges Cromwell et Karakatsanis), ou encore comme un fait manifeste (*id.*, par. 422 (j. McLachlin)).

¹⁷⁹ Dans le cadre d'une thèse générale qui dénonce l'incohérence dans le traitement judiciaire des conclusions factuelles des législateurs, Borgmann note certains cas de déférence : « Deference to a legislature's fact-finding can occur regardless of whether it has formally found facts. If the legislature has not included formal findings in the statute itself, the court may presume that such facts exist, and the burden will be on the challenger to prove in court that they do not » : C.E. BORGMANN, préc., note 136, 13.

été élaborée en vue de produire un résultat, mais sans porter en elle une évaluation empirique ou un quelconque jugement sur un état de fait. Le fait-postulat peut être fictivement développé par la suite.

Au moment de la réforme du droit de la famille, au début des années 1980, par exemple, il semble bien que le législateur québécois n'ait pas agi sur le fondement de données empiriques établies et vérifiées démontrant que les conjoints de fait du Québec choisissaient délibérément de se placer en marge du régime juridique du mariage¹⁸⁰. De telles données n'étaient d'ailleurs apparemment pas disponibles. De la même façon, on peut raisonnablement supposer que l'élaboration initiale des règles de droit que l'on dit aujourd'hui fondées sur la prémisse voulant que l'observation du visage des témoins soit liée à l'équité du procès n'ait pas été précédée d'une étude empirique sur la question. Les règles et décisions juridiques que l'on dit fondées sur ces postulats sont vraisemblablement le fruit de déterminations de principe, de choix de politique publique, de *policy*, de jugements de valeur. Une conception du bien public, de l'à-propos d'une façon de faire les anime vraisemblablement, bien plus qu'un constat documenté sur un état de fait. Les considérer fondées sur des constatations factuelles objectives relève de l'invention. La méthodologie développée par la Cour suprême du Canada dans les causes fondées sur la *Charte* a certainement participé à la création de telles fictions, par la fiction mère qu'elle a créée. En effet, on l'a vu, la Cour y a considéré les règles de droit comme la mise en œuvre de moyens en vue de l'atteinte d'un objectif, dans un univers où tant l'importance de ce dernier que la proportionnalité des moyens utilisés sont appuyées sur des faits vérifiés¹⁸¹. Cette conception du droit semble s'être répandue bien au-delà de son contexte d'énonciation, soit l'analyse du caractère raisonnable de limites apportées aux droits et libertés protégés par la *Charte*.

¹⁸⁰ Voir: Alain ROY, *L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec – Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé*, rapport soumis à M^e Benoît Belleau, Montréal, Faculté de droit de l'Université de Montréal, 2008, cité par la Cour d'appel du Québec dans *Droit de la famille — 102866*, 2010 QCCA 1978, la cause dont l'appel fait l'objet de la décision de la Cour suprême dans A.

¹⁸¹ Voir: Danielle PINARD, « La promesse brisée de *Oakes* », dans Luc B. TREMBLAY et Grégoire C.N. WEBBER (dir.), *La limitation des droits de la Charte. Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 131.

Ce que l'on dit être un postulat peut donc ne pas avoir été nécessaire à l'élaboration initiale d'une règle de droit. Il le devient cependant aux fins de sa justification, lors de la contestation de la règle de droit. Il s'agit alors d'une construction *ex post facto*, d'une justification *a posteriori*. La position dans laquelle est placée la partie qui souhaite remettre en question ce postulat est intenable : elle doit faire la preuve – apporter des faits – pour démontrer l'inexactitude d'un fondement factuel qui, dans la meilleure des hypothèses, n'a été que théoriquement élaboré et ce bien après la formation initiale de la règle.

Cet attachement du droit à des postulats nécessaires ne serait pas une première. D'autres suppositions factuelles fondent certaines règles de droit et leur remise en question n'est généralement pas bien reçue¹⁸². L'indépendance et l'impartialité de l'institution du jury, ou encore l'intelligence de l'électeur canadien, par exemple, constituent de tels postulats nécessaires.

L'institution du jury

La *Charte* reconnaît, dans certaines circonstances, le droit de l'inculpé de bénéficier d'un procès avec jury¹⁸³. Elle garantit aussi, de façon plus large, le droit de l'inculpé à un procès équitable par un tribunal indépendant et impartial¹⁸⁴. Certaines règles de la Constitution canadienne décrètent ainsi un fait, ou à tout le moins reposent sur son existence présumée : il est avantageux d'être jugé par un jury. Toute mise en doute de l'indépendance, de l'impartialité ou encore du caractère équitable d'un jury ne peut dès lors que recevoir un accueil mitigé de la part des tribunaux. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada le démontre. On y a rappelé la difficulté de la remise en question des capacités cognitives des

¹⁸² On pourrait notamment s'intéresser aussi à la question de la fiabilité réelle de la preuve apportée par des témoins oculaires – voir, par exemple : Robert P. MOSTELLER, « Syndromes and Politics in Criminal Trials and Evidence Law », (1996) 46 *D.L.J.* 461, 491 et suiv. – ou à celle de l'utilité du contre-interrogatoire en vue de la découverte de la vérité – voir, *supra*, note 14.

¹⁸³ *Charte*, préc., note 12, al. 11f) : « Tout inculpé a le droit [...] sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave [...] ».

¹⁸⁴ *Id.*, al. 11d).

jurés, créée par la constitutionnalisation de l'institution¹⁸⁵. On y a traité avec une prudence extrême les allégations de préjugés en matière de récusations motivées¹⁸⁶.

L'intelligence de l'électeur canadien

L'intelligence des électeurs canadiens compte aussi au nombre de ces postulats du droit que l'on ne souhaite pas remettre en question. La Cour suprême du Canada a en effet formulé une présomption d'existence de cette qualité, et ce d'une façon qui laisse croire que la présomption est à toutes fins utiles irréfragable¹⁸⁷. Elle l'a fait dans une affaire dans laquelle elle a prononcé l'inconstitutionnalité des dispositions de la loi électorale fédérale qui interdisaient la publication des résultats de sondages sur les

¹⁸⁵ Voir, par exemple, l'opinion du juge Dickson, alors juge en chef, dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, 693 : « Bien entendu, il est tout à fait possible de concevoir un argument qui attaque la théorie du procès avec jury. Les jurys sont capables de commettre des erreurs énormes et ils peuvent parfois sembler mal adaptés aux exigences d'un droit criminel de plus en plus compliqué et subtile (*sic*). Mais tant que le législateur n'aura pas modifié le modèle existant, la cour devra s'abstenir de mettre en doute la capacité des jurys d'accomplir la tâche qui leur est assignée. Toute expression de doute de ce genre risquerait d'avoir des conséquences incalculables. De plus, le droit fondamental à un procès avec jury a été souligné récemment par l'al. 11f) de la *Charte*. Or, si ce droit revêt une telle importance, il est tout à fait illogique de conclure que les jurys sont incapables de suivre les directives explicites d'un juge. » Dans le même sens, voir : *R. c. Pan*; *R. c. Sawyer*, [2001] 2 R.C.S. 344.

¹⁸⁶ Voir, par exemple : *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 22, où le juge Binnie écrit pour la Cour : « L'expérience révèle que les hommes et les femmes appelés à décider de l'issue d'une poursuite criminelle prennent leur responsabilité au sérieux. Ils sont impressionnés par le serment qu'ils prêtent et la solennité de la procédure. Ils se sentent tenus tant à l'égard de leurs pairs que du tribunal de s'acquitter de leur tâche au mieux. Ils suivent les directives du juge, car ils sont désireux de rendre la bonne décision au vu des faits et du droit. De tous temps, les personnes accusées de crimes graves ont généralement opté pour un procès avec jury dans l'attente d'une décision équitable. Cette confiance qu'inspire l'institution du jury à ceux qui ont le plus à perdre dénote sa solidité. Elle se reflète dans le droit constitutionnel à un procès avec jury lorsque le crime (autre qu'une infraction relevant de la justice militaire) rend l'accusé passible d'un emprisonnement de cinq ans ou plus (al. 11f) de la *Charte*. » Dans le même sens, voir : *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863.

¹⁸⁷ Le juge Bastarache écrit pour la majorité, dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 112 : « Notre Cour doit présumer que l'électeur canadien est un être rationnel, capable de tirer des leçons de son expérience et de juger de façon indépendante de la valeur de certaines sources d'information électorale. »

intentions de vote des électeurs durant les trois derniers jours de la campagne électorale. La Cour a conclu à une violation de la liberté d'expression non justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les moyens de défense intellectuelle des électeurs canadiens face à l'assaut d'informations non vérifiées étaient au cœur de la discussion¹⁸⁸. La Cour s'en est tenue à une présomption d'intelligence des électeurs, a estimé que cette dernière n'avait pas été renversée par une preuve contraire et a de plus ajouté que le simple raisonnement logique en appuyait l'existence. On voit mal comment la Cour aurait pu être convaincue du contraire. Le postulat d'intelligence des électeurs est le fondement de la loi électorale comme du principe de la démocratie. Il est tout simplement nécessaire.

* * *

Une certaine compréhension de la réalité fonde certes toute règle de droit. Certains postulats sont cependant plus essentiels, plus intouchables parce que plus nécessaires à la rationalité fondamentale d'une règle ou encore à l'économie générale de certains secteurs de droit. Leur remise en question en matière constitutionnelle est donc très mal reçue par les tribunaux et semble les incommoder. Le traitement qu'on leur réserve semble parfois maladroit et incohérent. Comme en font foi les affaires *N.S.* et *A.*

Or, il se peut que les tribunaux aient de plus en plus à faire face à des remises en question d'un certain nombre de ces postulats. Parce que le monde du droit ne pourra ignorer le développement des connaissances qui contredisent ou nuancent ses présupposés factuels qu'au prix de sa légitimité, parce qu'on compte au nombre des conséquences de la constitutionnalisation de la *Charte* une dévalorisation du caractère majoritaire de ces postulats, et enfin parce que la Cour a elle-même ouvert la voie à leur remise en question en insistant sur l'importance de l'établissement d'un fondement factuel lors de contestations constitutionnelles.

Le développement des connaissances

Il va de soi que la science évolue en dehors du monde du droit. Dans la mesure où les connaissances scientifiques remettent en question les pré-

¹⁸⁸ *Id.*, par. 101 : « [Un objectif invoqué par le gouvernement fédéral] suppose plutôt que les Canadiens sont tellement hypnotisés par l'avalanche de sondages publiés dans les médias qu'ils en oublient les enjeux sur lesquels ils devraient plutôt se concentrer. »

supposés factuels de certains postulats du droit, ce dernier ne pourra s'y rattacher qu'au prix de sa légitimité¹⁸⁹. Ce que le droit dit à propos des faits ne peut être autoréférentiel que dans la mesure où une certaine correspondance au réel est maintenue. La légitimité d'une conclusion judiciaire sur une question de faits de société est grandement déterminée par cette conformité. Il deviendra difficile de ne pas savoir ce que tout le monde sait. Plus les conclusions des juges s'éloigneront de celles des scientifiques, plus il y aura péril en la demeure¹⁹⁰.

De plus, les experts de divers secteurs vont continuer à explorer ce sur quoi le droit a des postulats, *a fortiori* si le droit le leur demande. Lorsque le juge McLachlin prévoit expressément que l'évolution des connaissances permettra éventuellement de mieux comprendre le lien entre l'observation du visage d'un témoin, le contre-interrogatoire et l'évaluation de la crédibilité, et d'ainsi réévaluer le poids des arguments développés dans l'affaire *N.S.*, elle reconnaît cette nécessaire correspondance des postulats du droit au réel, à tout le moins au niveau du discours¹⁹¹. Il faudra voir si la Cour va au bout de cette logique et accepte, le cas échéant, d'arbitrer les prétentions qui lui seront éventuellement présentées sur le fondement d'études de sciences sociales qui seront vraisemblablement tout aussi nombreuses que contradictoires¹⁹². Ou encore si l'invitation n'est que rhétorique.

Le jour où des données sérieuses démontreront le contraire, il deviendra délicat pour une cour de justice de maintenir « qu'aucune preuve ne

¹⁸⁹ Dans le même sens, voir: R.O. LEMPert, préc., note 14, 343 et 356; D.L. FAIGMAN, préc., note 1, p. 154.

¹⁹⁰ Faigman l'a écrit en ces termes, il y a plus de vingt ans: «Today, much has changed. Researchers armed with volumes of data regularly challenge the Court's factual statements. The Court so far has responded to this challenge using the same strategy it has always employed, viewing facts according to its vision of the Constitution, rather than according to reality. This strategy has limited efficacy, for the Court's empirical myopia ultimately undermines its political legitimacy. When the Court's factual observations depart from reality, the rules attached to those observations become suspect. Empirical research places an especially cogent check on judicial decision-making by clarifying the factual premises upon which legal judgments are based»: David L. FAIGMAN, «“Normative Constitutional Fact-Finding”: Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation», (1990-1991) 139 *U.Pa.L.Rev.* 541, 612.

¹⁹¹ *N.S.*, préc., note 5, par. 44.

¹⁹² Il en est ainsi puisque les découvertes scientifiques n'ont jamais l'uniformité et la certitude que le droit leur attribue parfois.

démontre que... ». Il faut se méfier d'une schizophrénie du droit qui aurait une interprétation du réel qui lui est propre.

Ces remises en question factuelles démasqueront peut-être les jugements de valeur du droit. Le jour où le droit ne pourra plus affirmer que l'observation du visage d'un témoin a dans les faits un impact réel sur l'équité du procès, on ne pourra justifier les règles dites fondées sur cette prémisse que par une autre raison, qui relève peut-être des valeurs. On ne peut plus affirmer en droit que les conjoints de fait ont choisi de ne pas se marier¹⁹³. Il faudra voir ce qu'il adviendra du régime juridique que certains juges ont dit fondé sur cette prémisse.

Des conclusions factuelles majoritaires

La constitutionnalisation de la *Charte* a donné lieu à des conséquences dont on commence à peine à mesurer l'ampleur.

Parfois présentée comme une protection contre la « tyrannie de la majorité », la *Charte* permet la remise en question de choix normatifs majoritaires. Or, les postulats qui fondent ces choix représentent bien souvent aussi le point de vue majoritaire, dominant, sur certaines questions factuelles¹⁹⁴. Sinon, à tout le moins, la majorité du moment n'a aucun intérêt à en contester l'exactitude. Ceux dont la religion ne prévoit pas le port du voile pensent probablement que l'équité du procès est mieux servie par un témoignage donné à visage découvert, et ils n'ont de toute façon aucun intérêt à contester l'exactitude de ce postulat. En plus de représenter le point de vue majoritaire sur une question, les postulats factuels du droit se fondent aussi bien souvent sur des généralisations, sur la situation du commun. Autrement dit, ils expriment le point de vue du plus grand nombre sur la condition du plus grand nombre. Les contestations constitutionnelles menées par des membres de groupes minoritaires amèneront de plus en plus la remise en question de ces postulats factuels du droit. La culture des droits individuels, dans une société pluraliste, discrédite considérablement la valeur de justification du point de vue majoritaire sur la situation du plus grand nombre. Il deviendra difficile pour les tribunaux

¹⁹³ C'est en effet une majorité des juges de la Cour qui se rallie à la conclusion selon laquelle un certain nombre de conjoints de fait n'ont pas réellement choisi de ne pas se marier. Voir, *supra*, note 168.

¹⁹⁴ Borgmann référerà à cet égard à une « shared understanding of the social facts necessitating the legislation » : C.E. BORGMANN, préc., note 136, 9.

d'accepter d'emblée la validité des postulats factuels de règles de droit contestées par des membres de groupes minoritaires¹⁹⁵.

L'égalité réelle et non strictement formelle, que la Cour a dite protégée par la *Charte*, permet aussi la contestation de certains postulats du droit. L'affirmation selon laquelle chacun peut en principe choisir de se marier ne relève pas d'un discours légitime en matière de *Charte*. Il faut plutôt se préoccuper du contexte concret et matériel dans lequel se trouvent des individus pour déterminer si la capacité de choix existe réellement¹⁹⁶.

Cela relève de l'essence de la *Charte*, qui implique la reconnaissance de ce que tous ont le droit au même respect et à la même considération, et oblige à justifier rationnellement toute atteinte aux droits. Le seul caractère majoritaire d'une croyance est ici en principe insuffisant, voire disqualifié.

Un débat factuel

La remise en question des postulats factuels du droit est enfin facilitée par la méthodologie développée pour les contrôles judiciaires fondés sur la *Charte*. La Cour a en effet permis, sinon invité, la mise à nu des postulats factuels des règles de droit.

En effet, les modalités de contrôle de constitutionnalité en matière de *Charte* mises en place par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada ont ouvert la voie à la contestation de ces postulats. En décrétant que les litiges constitutionnels seraient essentiellement factuels, en établissant notamment des fardeaux et des normes de *preuve*, la Cour a mis en place

¹⁹⁵ Dans le même sens, Borgmann écrit : « Independent judicial review of constitutionally-significant facts goes in tandem with the importance of judicial review more generally when basic personal liberties are at issue. The courts provide a critical backstop when legislatures act to restrict such rights. This is especially so when laws intrude upon the rights of unpopular or dispossessed minorities. The courts have reason in this context to be suspicious of the legislature's motives. *As part of the courts' responsibility to protect such interests from the tyranny of the majority, they must satisfy themselves that the factual premises supporting the legislation are sound.* » (mes italiques) : *id.*, 35 et 36.

¹⁹⁶ Voir, par exemple : A., préc., note 7, par. 342 (j. Abella), citant Margot YOUNG, « Unequal to the Task: "Kapp"ing the Substantive Potential of Section 15 », dans Sanda RODGERS et Sheila MCINTYRE (dir.), *The Supreme Court of Canada and Social Justice: Commitment, Retrenchment or Retreat*, Markham, LexisNexis, 2010, p. 183, aux pages 190, 191 et 196.

un théâtre propice à la remise en question des postulats factuels des législateurs. En proposant d'analyser une règle de droit contestée comme un ou des moyens mis en œuvre en vue d'atteindre une fin légitime, on a mis à nu ces présupposés factuels et on les a transformés en objets d'un débat explicite.

*
* *
* *

On s'est intéressée dans ce texte à la remise en question de deux postulats du droit.

Le postulat selon lequel l'observation du visage d'un témoin est en principe nécessaire à l'équité du procès criminel a été formellement préservé dans l'affaire *N.S.* En effet, malgré les approches diverses utilisées par les juges pour l'aborder, un consensus sur la question émerge malgré tout, même si des considérations autres ont permis l'élaboration d'ultimes conclusions diverses et même contradictoires. Mais une brèche est ouverte. La structure est fissurée.

Le postulat du droit civil québécois voulant que les conjoints de fait aient choisi de se mettre en marge du régime juridique du mariage ne survit pas à la décision de la Cour dans l'affaire *A.* En effet, une majorité de juges y considère qu'un certain nombre de facteurs, dont le refus du partenaire de vie, font en sorte que le statut de conjoint de fait peut ne pas être le résultat d'un choix¹⁹⁷. Or, cette démystification n'est en l'espèce étonnamment pas fatale au régime contesté. En effet la Cour, cette fois par le fait d'une majorité autrement formée, et pour des motifs divers, en confirme malgré tout la validité.

Mais les incohérences dans le traitement de ces postulats minent la légitimité des décisions rendues. Une plus grande transparence, pour reprendre les préoccupations exprimées par le juge LeBel dans *N.S.*, est nécessaire tant pour la crédibilité de l'administration de la justice que pour l'équité à l'égard de justiciables qui sont pour le moment dans l'incertitude quant à la préparation d'éventuelles stratégies de contestations de postulats du droit.

¹⁹⁷ *Supra*, note 168.

Ces postulats sont à la croisée du factuel et du normatif. On peut les aborder sous l'un ou l'autre aspect.

Angle factuel

On peut choisir d'aborder les postulats du droit en vertu d'un angle factuel. Les parties à un litige peuvent remettre en question leur conformité au réel. C'est ce qu'ont fait mesdames A. et N.S. On ne les empêchera pas formellement de le faire. Il serait surprenant que les tribunaux déclarent que certaines questions factuelles sont définitivement décidées par le monde du droit et ne sont plus matière à discussion.

Les juges décideront parfois de s'en tenir à ce terrain des faits. On sait que l'utilisation des fardeaux de preuve, par exemple, est souvent pour eux un moyen commode de rendre une décision en contexte d'incertitude factuelle en attribuant la responsabilité à la diligence ou à la compétence des parties. Aborder une question constitutionnelle en vertu d'un angle strictement factuel et motiver une décision par le simple recours aux fardeaux de preuve leur permet de se distancer d'une décision qui semble s'être prise d'elle-même.

C'est ce que font un certain nombre de juges dans les affaires qui nous intéressent. Comme la juge McLachlin qui limite expressément sa conclusion de fait sur le lien entre l'observation du visage et l'équité du procès « au vu du dossier qui [...] est présenté »¹⁹⁸. Ou le juge LeBel qui insiste sur le fait qu'il ne se prononce sur la question des droits à l'égalité dans l'affaire A. qu'« en fonction de la preuve qui [...] a été soumise »¹⁹⁹, de la « preuve au dossier »²⁰⁰. Tous deux doivent savoir que s'ils assoient ainsi la légitimité de leur jugement sur la question technique des fardeaux de preuve en l'espèce, ils ouvrent par le fait même la porte à d'autres contestations des mêmes dispositions mais à partir d'une preuve autre.

Ce type de justification peut avoir une certaine légitimité ponctuelle dans le monde du droit, familier avec la question des fardeaux de preuve relatifs aux faits des parties au litige. Que monsieur X ou madame Y aient ou n'aient pas réussi à convaincre le juge de l'existence d'un fait ou d'un autre qui les concerne fait partie de la quotidienneté du droit. Mais quand

¹⁹⁸ N.S., préc., note 5, par. 27.

¹⁹⁹ A., préc., note 7, par. 240.

²⁰⁰ *Id.*, par. 272.

il s'agit de faits de société dont la Cour ne peut prendre connaissance que parce qu'une partie privée n'a pas réussi à apporter la preuve de leur existence, un petit malaise s'installe, et la décision perd en légitimité dans la mesure où elle se fonde sur l'ignorance de réalités qui intéressent bien d'autres personnes que les parties au litige et qu'elle en impute la responsabilité à l'une ou l'autre de celles-ci.

De plus, on l'a vu, les stratégies développées lors du traitement judiciaire des postulats du droit comme simples questions factuelles ne sont pas toujours des plus convaincantes. Qu'on pense par exemple à une justification factuelle autoréférentielle, ou encore à une manipulation arbitraire des fardeaux ou des objets de preuve.

Plus fondamentalement, demander à des parties privées de démontrer l'inexactitude d'un fondement factuel peut-être inexistant apparaît incongru. Demander de la preuve factuelle pour la remise en question du postulat d'une norme qui peut fort bien n'être fondée que sur un choix de politique publique est à la fois la manifestation d'une déférence judiciaire extrême à l'égard de ce choix et l'imposition d'un fardeau irrationnel à une partie privée.

Le vrai débat en est souvent un de choix normatifs, de valeurs, de principes, et devrait être présenté comme tel.

Angle des choix normatifs

Des enjeux fondamentaux sont au cœur des questions soulevées dans les affaires *N.S.* et *A.* Ils touchent notamment le multiculturalisme et la neutralité des institutions publiques dans la première, l'autonomie de la volonté, les rapports de pouvoir et la dépendance économique dans les relations conjugales, le paternalisme d'État et la souveraineté des provinces dans la seconde.

Si la justification factuelle de règles de droit contestées ne peut être démontrée de façon satisfaisante, ou encore si la prétention qu'il ne s'agit que de questions factuelles ne convainc plus, il faudra peut-être affronter une question plus délicate mais peut-être plus fondamentale : sa justification de principe, de valeur²⁰¹.

²⁰¹ C'est ce que font clairement les juges LeBel et Abella dans l'affaire *N.S.*, mais pour en arriver à des résultats diamétralement opposés, le premier en insistant sur la transpa-

Il se peut que les affaires *N.S.* et *A.* mettent essentiellement en jeu des choix normatifs et que le débat factuel ne soit à toutes fins utiles que secondaire. Le port du niqab par un témoin dans une instance criminelle soulève un débat de valeurs bien plus que la seule question empirique, controversée et insoluble de l'utilité de l'observation du visage pour l'évaluation de la crédibilité et l'efficacité du contre-interrogatoire. L'autonomie de choix manifestée par un mode de vie conjugal est bien plus un fondement axiologique du droit matrimonial québécois qu'une question statistique appelée à être éventuellement documentée.

Accepter de discuter de choix normatifs est aujourd'hui une décision courageuse et risquée, particulièrement de la part d'un juge²⁰². Le scepticisme et le relativisme ambiants s'accommodent mal d'une hiérarchisation expresse de valeurs. Qui est un acte d'autorité assumée. Il sera toujours tentant pour les juges de se réfugier derrière de supposés constats dictés par la preuve²⁰³. De prétendre ne pas avoir décidé. Mais lorsque l'exercice requiert des stratégies aussi peu convaincantes que celles que l'on retrouve dans les affaires *N.S.* et *A.*, il est moins efficace et il est temps de le revoir. Affronter le cœur du débat aurait le mérite d'éviter certaines arguties pseudo-factuelles qui ressemblent à des tours de magie manqués.

On parlerait clairement de valeurs. Dans des perspectives totalement opposées, peut-être. Mais au moins, le débat aurait le mérite de la clarté : on saurait de quoi l'on parle, et à quoi l'on doit répondre.

C'est l'entretien de la confusion entre faits à prouver et principes et valeurs à débattre et à hiérarchiser qui suscite l'inquiétude. Et qui nous prive du minimum d'intelligibilité dans le droit que garantit supposément la primauté du droit.

rence et la neutralité, la seconde en se préoccupant d'un accès aux institutions juridiques qui ne devrait pas avoir pour prix la renonciation à ses droits religieux.

²⁰² On peut néanmoins invoquer la nécessité d'une certaine candeur dans la divulgation du volet normatif de la décision judiciaire en matière de libertés publiques. Voir, par exemple : S.B. GOLDBERG, préc., note 90.

²⁰³ Tribe a écrit il y a fort longtemps, à propos des écueils d'un traitement « pseudo-scientifique » des questions constitutionnelles : « [T]he sixth deadly sin [...] : abdicating responsibility for choice. [...] They enable each of us to don a mantle that says, "I didn't do it". They create an illusion, a comforting illusion, of inexorability » : Laurence H. TRIBE, « Seven Deadly Sins of Straining the Constitution Through a Pseudo-Scientific Sieve », (1984-1985) 36 *Hastings L.J.* 155, 168.