

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

La notion traditionnelle de connaissance d'office des faits

Danielle PINARD*

Résumé

L'auteure présente ici une description analytique et critique de la notion traditionnelle de connaissance d'office des faits. Une première partie du texte est consacrée à la présentation des aspects généraux de la notion. Après quelques remarques relatives au caractère souvent implicite du recours à la connaissance d'office et au rattachement de la notion à la tradition juridique de common law, elle aborde les aspects suivants, soit la définition et le domaine de la connaissance d'office, son caractère obligatoire ou facultatif, ses justifications et enfin quelques questions procédurales. Elle discute dans la seconde partie deux difficultés fondamentales, soit la question de la possibilité de réfutation d'un fait connu d'office et celle des liens entre l'inévitable contexte factuel de raisonnement et le domaine de la connaissance d'office. À

Abstract

The author addresses here the traditional concept of judicial notice of facts. General aspects of the concept are discussed in the first part of the paper, like its implicit use by the judges, its belonging to the common law tradition, its compulsory or discretionary character, its justifications and some procedural issues. The second part of the paper is concerned with two basic questions raised by judicial notice. The first one is the debate about the possibility to contradict a judicially noticed fact with evidence. The author argues that fairness requires that parties be given such an opportunity. The second question relates to the general fund of knowledge used in judicial reasoning. The author's claim is that it falls outside the scope of the concept of judicial notice. She will publish a second paper in the next issue of this

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. La recherche pour la réalisation de cet article a été rendue possible grâce à une subvention du Fonds Marcel Faribault de l'Université de Montréal. L'auteure remercie ses collègues François Chevette, Jean Leclair et Ghislain Massé qui ont commenté des versions antérieures de ce texte. Elle remercie aussi Ian Demers, Anne-Julie Perrault et Andrée Savard pour leur travail de repérage, de vérification et d'édition.

propos de la première question, elle se porte à la défense d'un droit de faire des représentations à l'encontre du fait déclaré connu d'office. Quant à la question du contexte d'informations générales utilisées pour toute forme de raisonnement, elle le considère extérieur au monde de la connaissance d'office, et s'en explique. Elle continuera sa réflexion dans un article qui sera publié dans le prochain numéro de la revue, et portera plus spécifiquement sur la connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel.

journal, more precisely concerned with judicial notice of social facts in constitutional cases.

Plan de l'article

Introduction	91
I. La notion de connaissance d'office des faits	92
A. Remarques générales	92
1. Le recours implicite à la connaissance d'office.....	92
2. L'identification de la tradition juridique de référence	93
B. Aspects généraux de la notion de connaissance d'office.....	96
1. Essai de définition.....	96
2. Le domaine de la connaissance d'office.....	97
3. Un devoir ou un pouvoir discrétionnaire ?.....	107
4. Les justifications de la notion	109
5. Quelques questions procédurales.....	111
II. Difficultés soulevées par la notion de connaissance d'office des faits	113
A. La possibilité de réfutation du fait connu d'office.....	113
1. La distinction des étapes du processus.....	114
2. La position minoritaire favorable à la recevabilité d'une preuve contraire.....	120
3. La position majoritaire opposée à la recevabilité d'une preuve contraire.....	123
4. Les exigences de l'équité	128
B. Une question distincte : le contexte factuel de raisonnement.....	132
1. La distinction entre l'établissement et l'appréciation des faits	133

2. L'importance du contexte factuel de
raisonnement..... 134
3. L'assimilation au monde de la
connaissance d'office..... 137
4. L'exclusion du monde de la connaissance
d'office..... 139
5. Les exigences de l'équité 143

Conclusion.....Erreur! Signet non défini.

On retrouve, dans le cadre du contentieux constitutionnel canadien, des affirmations relatives à des faits de société complexes et incertains. Certains juges disent en prendre connaissance d'office. Il m'est apparu nécessaire de retourner aux sources de cette notion de connaissance d'office, afin d'en apprécier l'à-propos quant aux faits sociaux pertinents en contexte constitutionnel. Le détour a été plus long que prévu, la notion s'est avérée complexe et incertaine, et son analyse fascinante pour celle qui y procédait.

Le présent texte rend compte de ce détour qui a finalement acquis une existence autonome. Il porte essentiellement sur la notion de connaissance d'office des faits et tente d'en présenter une description analytique et critique. Ce n'est ni un texte de droit civil ni un texte de droit pénal. Il analyse une notion que l'on dit être de common law. Il porte peut-être sur la preuve¹, ou en-

¹ L'incertitude inhérente à cette notion de connaissance d'office, on le verra, est telle que toute affirmation s'y rapportant doit faire l'objet de la plus grande prudence. Ainsi, selon certains, le postulat même selon lequel la question de la connaissance d'office se rattache au droit de la preuve semble discutable. Pour eux, en effet, la connaissance d'office relève peut-être du raisonnement ou encore du désespoir judiciaire, mais certes pas du monde de la preuve. Thayer a dénoncé dès 1890 le rattachement de la connaissance d'office au droit de la preuve : James B. THAYER, « Judicial Notice and the Law of Evidence », (1890) 3 *Harvard Law Review* 285. À la page 287, il écrit : « Whereabout in the law does the doctrine of judicial notice belong? It does not belong peculiarly to the law of evidence. It does, indeed, find in the region of evidence a frequent and conspicuous application; but the habit of regarding this topic as a mere title in the law of evidence tends to obscure the true conception of both subjects. That habit is quite modern. [...] The subject of judicial notice, then, belongs where the general topic of legal or judicial reasoning belongs, — to that part of the law which defines among other things, the nature and limitations of the judicial function. » Il ajoute, à la page 302 : « [I]n considering the law of evidence, the question of what the judicial tribunal may or must take knowledge of without evidence or argument, is on the same footing as the question of what one needs or does not need to prove in order to sustain any particular action. That is, indeed, something very necessary for one to know who would apply the law of evidence; but he must learn it elsewhere. » Voir aussi E.F. ROBERTS, « Preliminary Notes Toward a Study of Judicial Notice », (1967) 52 *Cornell Law Quarterly* 210, 236 : « Absurd as it sounds, judicial notice is not a distinct doctrine like the hearsay rule or best evidence; rather, judicial notice is the art of thinking as practiced within the legal system. Indeed, the fundamental error lies in teaching judicial notice as an aspect of Evidence. » Cet auteur rassemble la connaissance d'office, les présomptions et les fardeaux de preuve sous la rubrique « The Province of Despair » (p. 211).

core sur le raisonnement judiciaire. L'analyse propre au contexte constitutionnel ne viendra que plus tard, dans un prochain article.

Une première partie du présent texte sera consacrée à la présentation de la notion de connaissance d'office. Après quelques remarques relatives au caractère souvent implicite du recours à la connaissance d'office et au rattachement de la notion à la tradition juridique de common law, on abordera les aspects suivants, soit la définition et le domaine de la connaissance d'office, son caractère obligatoire ou facultatif, ses justifications et enfin quelques questions procédurales.

Seront discutées dans la seconde partie deux difficultés fondamentales, soit la question de la possibilité de réfutation d'un fait connu d'office et celle des liens entre l'inévitable contexte factuel de raisonnement et le domaine de la connaissance d'office. À propos de la possibilité de réfutation, on présentera les données du débat, et on défendra successivement l'importance de distinguer conceptuellement les étapes du processus et celle de permettre un quelconque droit à la réfutation. À propos du contexte factuel de raisonnement, on favorisera une position qui l'exclut du monde de la connaissance d'office sans toutefois nier certaines exigences d'équité.

I. La notion de connaissance d'office des faits

A. Remarques générales

Les premières remarques portent sur la difficulté méthodologique que pose le recours souvent implicite à la notion de connaissance d'office. On élaborera ensuite sur le rattachement de cette notion à la tradition juridique de common law.

1. Le recours implicite à la connaissance d'office

Le traitement des faits en contexte judiciaire constitue généralement une zone d'activités libres au sein de laquelle les juges jouissent d'une marge de manoeuvre considérable. Le domaine de la connaissance d'office en représente le paroxysme. Son application est parfois tout simplement invisible. La connaissance d'office pourra avoir lieu sans laisser aucune trace. En ef-

fet, si les juges peuvent quelquefois nommer leur utilisation de cette technique, elles y auront le plus souvent implicitement recours, si bien que des faits apparaissent çà et là dans les opinions judiciaires sans qu'il soit possible de savoir d'où ils proviennent. A moins d'avoir été directement impliqué dans un dossier, à titre de partie au litige ou d'intervenant, on ne sait que rarement si les éléments factuels auxquels on réfère dans un jugement ont été formellement et légalement prouvés.

Il n'existe en effet à ce jour aucune obligation générale pour les juges de divulguer la source des fondements factuels de leurs jugements. Le recours au domaine de la connaissance d'office semble encore moins dévoilé que toute autre source. Ainsi, la compréhension du phénomène est-elle strictement limitée par ce que les juges laissent transparaître, volontairement ou non²...

2. L'identification de la tradition juridique de référence

On abordera dans le présent texte la notion de connaissance d'office des faits³ connue de la tradition juridique de common law. On y revient inévitablement, que l'on se trouve dans un contexte de droit fédéral ou provincial, public ou privé. Le droit statutaire public, fédéral ou québécois, ne contient rien de vrai-

² Sur ce critère arbitraire qui fait en sorte qu'on ne pourra étudier les sources de l'information factuelle fondant un jugement que si le juge les laisse transparaître, volontairement ou non, voir Jean CHEVALLIER, « Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles », *Rev. trim. dr. civ.* 1962.5. Il écrira notamment, à la page 6 : « Ce que l'on peut saisir, ce n'est pas le fait par le juge d'avoir utilisé ses connaissances ou d'avoir laissé des informations extérieures au dossier incliner son opinion, c'est seulement d'avoir fait état dans la motivation de sa sentence de ces renseignements? » Puis, à la page 7 : « Il s'ensuit que la censure n'atteint l'investigation personnelle du juge ou l'utilisation de ses connaissances que si l'insuffisance ou la maladresse de la motivation de sa sentence les révèlent. » Pour cet auteur, cette difficulté d'identification explique peut-être en partie la relative carence de la doctrine sur cette question de l'utilisation de leurs connaissances personnelles par les juges (p. 8).

³ On se limitera ici à la connaissance d'office des tribunaux judiciaires, par opposition à celle, dite plus spécialisée, des tribunaux administratifs. Sur cette dernière question, voir notamment l'étude de France HOULE, « The Use of Official Notice in a Refugee Determination Process », (1993) 34 *C. de D.* 549. On doit souligner que les importants travaux de l'administrativiste Kenneth Culp Davis seront ici utilisés, dans la mesure, cependant, où ils sont utiles quant à cette question de la connaissance d'office des tribunaux judiciaires.

ment utile sur la question⁴. L'ancien *Code civil du Bas Canada* ne contenait aucune disposition expressément relative aux problèmes de preuve reliés à la connaissance d'office. Il semble que l'on ait traditionnellement accepté que la common law constituait le droit supplétif en la matière⁵.

On retrouve certes et pour la première fois la codification de certaines règles relatives à la connaissance d'office dans le *Code civil du Québec* de 1994⁶. Ces dispositions ne sont cependant que

⁴ La *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* (annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)), et la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, sont aujourd'hui considérées comme sources importantes de droit de la preuve. Dans les secteurs de droit fédéral, on retrouve notamment la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, et le *Code criminel*, L.R.C. (1985) c. C-46. Au Québec, les règles de droit de la preuve se retrouvent en partie dans le *Code de procédure pénale*, L.R.Q., c. C-25.1, dans le *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25 et dans le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (aussi cité : « C.c.Q. »). Ce dernier contient des règles relatives à la connaissance d'office des faits. On en discutera plus loin dans ce texte.

⁵ Claude FABIEN, « L'utilisation par le juge de ses connaissances personnelles, dans le procès civil », (1987) 66 *R. du B. can.* 433, 436 : « La principale de ces questions, la connaissance d'office, n'y [en droit civil québécois] fait l'objet d'aucune disposition législative expresse et, fort curieusement, le droit supplétif doit être recherché dans la common law en vigueur dans les neuf autres provinces du Canada. »

⁶ Le nouveau *Code civil du Québec*, précité, note 4, consacre maintenant certaines dispositions aux questions de connaissance d'office, au chapitre deuxième du Livre septième portant sur la preuve (art. 2806 à 2810). On y prévoit notamment que nul n'est tenu de prouver ce dont le tribunal est tenu de prendre connaissance d'office (art. 2806) et que le tribunal doit prendre connaissance d'office de tout fait dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable (art. 2808). Ces dispositions ne sont nullement présentées comme énonçant du droit nouveau. Le ministre de la Justice écrit qu'il s'agit « [d'] intégrer les règles relatives à la connaissance d'office qui sont généralement reconnues par la doctrine et la jurisprudence » : *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1753. Il ajoute à la page 1755 : « Les tribunaux appliquent sensiblement et généralement des règles semblables, bien qu'elles ne soient pas codifiées [...]. » Voir, dans le même sens, Léo DUCHARME, « Le nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le Code civil du Québec », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 443, qui écrit à la page 449, que l'article 2808 n'est en réalité que la confirmation d'une règle jurisprudentielle établie. On retrouve aussi au *Code civil du Québec* cette curieuse disposition, qui veut que « le tribunal [puisse], en toute matière, prendre connaissance des faits litigieux, en présence des parties ou lorsque celles-ci ont été dûment appelées » (art. 2810). Il semble qu'il s'agisse en fait ici de la question de la preuve parfois dite matérielle ou « réelle ». Royer a écrit que l'article 2810 avait « d'abord

fort laconiques, et la common law, d'où la notion tire ses origines historiques⁷, continue à jouer le rôle de premier plan à titre de droit supplétif en la matière⁸.

Ce rattachement à la tradition de common law pourrait en être un choisi par un législateur souverain, ou encore, à défaut d'un tel choix, tributaire de la qualification des questions de connaissance d'office comme étant de droit public, notamment parce que relatives à l'activité et aux connaissances d'une des branches du pouvoir de l'État⁹. Le résultat est le même.

On étudiera donc cette notion de connaissance d'office issue de la tradition juridique de la common law, et ce particulièrement en ce qu'elle autorise l'établissement de certains faits¹⁰. Dans la

pour but d'étendre le domaine de la vérification personnelle des faits par le tribunal » : Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, pp. 121 et 122. Cette interprétation est confirmée par la dernière partie du texte de cet article qui donne au juge le pouvoir de « procéder aux constatations qu'il estime nécessaires, et [de] se transporter, au besoin, sur les lieux » (art. 2810 *in fine*). Nous partageons l'opinion émise par Thayer en 1890, selon laquelle l'assimilation de ce type de vérification matérielle au monde de la connaissance d'office est porteuse de confusion (J.B. THAYER, *loc. cit.*, note 1, 288 et 289) : « (c) There is sometimes confusion between judicial notice and inspection, or the dealing by a court with what Bentham calls "real evidence", — a thing submitted directly to the senses of the tribunal; [...] Stephen's illustration of "proving that it is raining by telling the judge to look out of the window", is another instance of the use of real evidence. »

⁷ Plus exactement, la notion de connaissance d'office trouverait en fait ses origines dans le droit civil et dans le droit canon. Voir J.B. THAYER, *loc. cit.*, note 1, 286 : « The maxim that manifesta (or notoria) non indigent probatione may be traced far back in the civil and the canon law; indeed, it is probably coeval with legal procedure itself. » Voir aussi Gail S. PERRY et Gary B. MELTON, « Precedential Value of Judicial Notice of Social Facts : Parham as an Example », (1983-84) 22 *Journal of Family Law* 633, 637.

⁸ À propos du principe général de la connaissance d'office, codifié à l'article 2808, les commentaires officiels rappellent les origines de common law des règles relatives à la connaissance d'office. Voir les *Commentaires du ministre de la Justice*, *op. cit.*, note 6, p. 1757 : « Cet article introduit au Code civil une règle généralement reconnue par le droit antérieur et qui tire son origine de la common law, **comme les autres règles relatives à la connaissance judiciaire.** » (je souligne)

⁹ Voir J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 6, p. 50, qui écrit, à propos de la connaissance d'office du droit interne : « La connaissance judiciaire relève du droit public. Aussi, en l'absence de règle législative expresse il faut appliquer les principes généraux du droit anglais, même dans les matières qui sont de la compétence de l'Assemblée nationale du Québec. »

¹⁰ À des fins de précision, le présent texte distinguera la question de l'**établissement** des faits de celle de l'**appréciation** des faits. On traitera d'abord

mesure où la notion se rattache autant au monde du raisonnement judiciaire qu'à celui du droit de la preuve¹¹, on s'autorisera à consulter la doctrine tant française qu'anglo-saxonne.

B. Aspects généraux de la notion de connaissance d'office

1. Essai de définition

Même dans les cas où elle est explicitement utilisée, la connaissance d'office demeure malgré tout une notion difficile à cerner et à décrire.

Si l'on se limite aux faits¹², le domaine de la connaissance d'office est celui, relativement étroit, de ceux qui seront tenus pour connus des juges et n'auront donc pas à leur être présentés dans le respect des règles de preuve¹³. Le *Code civil du Québec* prévoit par exemple que « [n]ul n'est tenu de prouver ce dont le tribunal est tenu de prendre connaissance d'office »¹⁴.

On référera parfois au concept *normatif* de la connaissance d'office, dans le sens où il ne s'agit pas tant de ce que les juges savent réellement (leurs connaissances personnelles) que d'un domaine particulier de connaissances qu'elles devraient avoir,

et principalement la notion de connaissance d'office en ce qu'elle permet de soustraire l'*établissement* de certains faits au jeu des règles traditionnelles de preuve; une partie distincte du texte sera consacrée à la question des connaissances générales nécessaires à l'*appréciation* des faits présentés au tribunal.

¹¹ Voir *supra*, note 1.

¹² Par opposition à la connaissance d'office du droit, dont on ne traite pas dans le présent texte.

¹³ Rupert CROSS et Colin TAPPER, *Cross on Evidence*, 7^e éd., London, Butterworths, 1990, p. 63 : « When a court takes judicial notice of a fact [...] it declares that it will find that the fact exists [...] although the existence of the fact has not been established by evidence. » John Henry WIGMORE, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. IX, Boston, Little, Brown and Company, 1981, n° 2565, p. 694 : « In the orthodox sense above noted it [judicial notice] signifies that there are certain facta probanda [...] or propositions in a party's case, as to which he will not be required to offer evidence. »

¹⁴ C.c.Q., précité, note 4, art. 2806.

mais dont leur connaissance réelle dépendra parfois d'une recherche ponctuelle¹⁵. Ces faits connus d'office seront tenus pour acquis et n'auront donc pas à être formellement prouvés par les parties, c'est-à-dire que leur détermination ne relève en principe pas des règles ordinaires de la preuve¹⁶.

2. Le domaine de la connaissance d'office

Selon la théorie classique, dont on retrouve la formulation dans les travaux de Sopinka, Lederman et Bryant¹⁷, pourront être connus d'office les faits d'une notoriété telle qu'elle les rend raisonnablement incontestables, ou encore ceux qui sont susceptibles de vérification immédiate par le recours à des sources facilement accessibles et indiscutablement fiables¹⁸.

¹⁵ Voir, par exemple, C. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, 438 : « La connaissance d'office ne correspond pas à un état de fait de la connaissance personnelle du juge. Il s'agit d'un concept normatif qui crée une obligation pour le juge d'acquiescer la connaissance de certains faits par ses propres moyens, sans égard au fait qu'il la possède déjà ou non. » Voir *infra*, la discussion de la possible consultation de sources préalable à la connaissance d'office.

¹⁶ Allan R. FLANZ, « Judicial Notice », (1980) 18 *Alberta Law Review* 471 : « The doctrine of judicial notice is an exception to the fundamental rule that matters relevant to an action must be established by formal proof. [...] In essence then, judicial notice refers to the acceptance of a matter of fact or law by the court, without the necessity of formal proof in the form of evidence adduced by one of the parties. » COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Documents préliminaires de la section de recherche sur le droit de la preuve*, vol. 6-8, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1973, p. 3 : « Article 1(1). L'expression "prendre judiciairement connaissance" signifie l'utilisation par le juge ou par le jury d'un fait ou d'une question qui n'est pas établi selon les règles juridiques régissant la présentation et l'admission de la preuve. » GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE, *La preuve au Canada, Rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*, Cowansville, Éditions Yvon Blais et Commission canadienne de l'uniformisation des lois, 1983, p. 49 : « La connaissance d'office permet au tribunal d'admettre d'office, c'est-à-dire sans avoir besoin d'une preuve formelle, un élément de fait ou de droit pertinent au litige dont il est saisi. [...] L'application de la connaissance d'office exige la distinction entre les éléments qui peuvent être tenus pour vrais sans la nécessité d'une preuve formelle et ceux qui doivent être prouvés. »

¹⁷ John SOPINKA, Sydney N. LEDERMAN et Alan W. BRYANT, *The Law of Evidence in Canada*, Toronto, Butterworths, 1992.

¹⁸ *Id.*, p. 976 : « Facts which are (a) so notorious as not to be the subject of dispute among reasonable persons, or (b) capable of immediate and accurate demonstration by resorting to readily accessible sources of indisputable accuracy, may be noticed by the court without proof of them by any party. » Voir, dans le même sens, la proposition de formulation du GROUPE DE

La première catégorie allie des critères de notoriété et de caractère raisonnablement incontestable. Dans un document de travail publié en 1973, la Commission de réforme du droit du Canada ajoutait à la formulation une idée de « généralité » des faits ainsi connus¹⁹, ainsi qu'une qualification de la notoriété, c'est-à-dire celle que l'on retrouve « parmi les personnes d'une intelligence et d'une expérience moyennes »²⁰. Le Groupe de tra-

TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE, *op. cit.*, note 16, p. 53 : « Au cours d'une instance, le tribunal peut admettre d'office des faits a) dont la notoriété et l'acceptation sont telles dans la région où a eu lieu l'événement qu'ils ne sauraient raisonnablement être contestés, ou b) dont il est possible d'établir facilement l'exactitude en recourant à des sources dont la fiabilité ne saurait raisonnablement être remise en question ».

¹⁹ Pour une critique de l'utilité d'un tel critère de généralité pour départager les connaissances personnelles qu'un juge peut légitimement utiliser de celles qu'elle devrait plutôt exclure, voir Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX (dir.), *Traité de droit civil — Introduction générale*, t. I, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1982, p. 500 : « Toute la question est donc de trouver un critère permettant de séparer la recherche des preuves en violation du principe contradictoire, et l'utilisation légitime par le juge de ses connaissances extra-juridiques. Il a été proposé, à cet égard, de restreindre la prohibition aux informations relatives aux événements contingents propres au litige, auxquels les parties ont été mêlées, le juge étant, au contraire, libre de tenir compte de ses connaissances de faits que l'on peut qualifier de « généraux », parce qu'ils sont notoires ou que leur connaissance est accessible à tous. Ainsi, un juge ne pourrait utiliser des informations non discutées contradictoirement sur le plus ou moins bon état d'entretien d'une maison, mais il pourrait se fonder sur sa connaissance d'une loi scientifique ou de l'importance de la dépréciation monétaire [...] Cette distinction a été critiquée, car le caractère de plus ou moins grande généralité des faits échappe à toute mesure. » Voir aussi J. CHEVALLIER, *loc. cit.*, note 2, 10 et suiv., et notamment le passage suivant, à la page 10 : « Il n'y a pas à proprement parler les faits de la cause et les faits généraux. Il y a d'une part les faits mis en cause par les parties quelque soit le rapport plus ou moins éloigné qu'ils présentent avec le fait auquel la loi attache la conséquence de droit qui fait la matière du litige. Il y a d'autre part les faits retenus par le juge et qu'il ne peut retenir s'ils sont contestés que s'ils ont été régulièrement prouvés. Les faits ne se distinguent pas d'après leur caractère de plus ou moins grande généralité lequel échappe à toute mesure, mais d'après le rôle qu'ils jouent dans les argumentations respectives des parties et du juge. »

²⁰ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 16, p. 3 : « Article 2(1). Le juge ou le jury doit prendre judiciairement connaissance de tous les faits généraux d'une connaissance si commune, parmi les personnes d'une intelligence et d'une expérience moyennes, qu'ils ne peuvent pas raisonnablement être l'objet d'une contestation. » Voici le commentaire portant sur cette disposition, aux pages 8 et 9 : « [Il s'agit] des faits et des propositions d'une connaissance généralisée, que chacun utilise habituellement dans ses raisonnements, et qui sont rarement établis à l'audition par la preuve produite selon la procédure judiciaire normale. Cette

vail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve rattache aussi ces notions de notoriété et de caractère incontestable au « fonds habituel des connaissances communes au juge et au jury »²¹, à la perception de personnes raisonnables²².

La seconde catégorie comprend des faits qui doivent eux aussi être raisonnablement incontestables, mais qui ne sont pas notoires et dont la connaissance réelle pourra dépendre de la consultation de sources fiables. Les juges ne seraient pas limités par les règles du droit de la preuve dans le choix et l'utilisation de ces sources²³. On y retrouve des dictionnaires, des ouvrages de référence, des encyclopédies, des almanachs et des certificats officiels²⁴. Selon la Commission de réforme du droit du Canada,

connaissance généralisée comprendrait le sens ordinaire des mots, les comportements humains typiques et les relations causales entre des événements bien connus. Le paragraphe codifie simplement le droit actuel. »

21 GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE, *op. cit.*, note 16, p. 52 : « Pour être admis d'office, un fait en litige doit satisfaire à deux critères. Tout d'abord, il doit être de commune renommée. [...] Un fait est de commune renommée s'il appartient au fonds habituel des connaissances communes au juge et au jury [...] »

22 *Id.* : « Le deuxième critère est celui de l'incontestabilité. Est incontestable un fait qui est généralement tenu pour vrai par des personnes raisonnables ou dont la véracité est vérifiable par la consultation des sources facilement disponibles et entièrement fiables. » Le groupe de travail traite ici ensemble les faits incontestables et notoires et ceux qui requièrent vérification. Comme Sopinka et Lederman, nous préférons discuter séparément cette dernière question des faits connus après vérifications.

23 A.R. FLANZ, *loc. cit.*, note 16, 478 : « Professor Morgan extends the doctrine of judicial notice to matters "capable of immediate accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy". The obvious question to be answered is : what sources are to be considered of sufficient authority to justify judicial notice. This becomes a matter to be decided by the judge. Sources may be submitted to him by either party in support of or against such a determination. The judge, in addition, is free to consult any sources on his own. At this point, the issue is whether the matter is one capable of being judicially noticed. [I]f the judge rules that the matter is not beyond dispute according to the sources investigated or that the sources are not of indisputable accuracy, the matters will be resolved according to the ordinary rules of evidence. »

24 J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 17, p. 979 : « These may include texts, dictionaries, almanacs and other reference works, previous case reports, certificates from various officials and statements from witnesses in the case. » COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 16, p. 9 : « il faudrait peut-être se reporter à des pièces telles que des traités, des cartes, des almanachs ou des encyclopédies, pour établir que ces faits sont incontestables. » GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE, *op. cit.*, note 16, p. 52 : « Pour apprécier l'incontestabilité d'un fait, le juge peut faire

pourraient par exemple relever de cette catégorie « des faits scientifiques, historiques, géographiques et chronologiques »²⁵. La Commission note dans son étude que cette vérification de sources est rarement discutée en tant que telle dans la jurisprudence, et que, « [l]orsqu'il en est fait mention, c'est habituellement sous le prétexte que le juge cherche à rafraîchir sa mémoire sur une question de connaissance commune »²⁶. On remarque ici la confusion entre le fait incontestable et notoire, et celui qui est aussi incontestable mais dont l'existence, non notoire, est facilement vérifiable par la consultation de certaines sources objectives.

Il semble que cette deuxième catégorie de faits à vérifier soit en réalité un ajout à la doctrine classique de la connaissance d'office, dicté par l'acceptation réaliste du fait que les connaissances réelles des juges (ou de quiconque) ne peuvent aujourd'hui couvrir exhaustivement l'ensemble des informations factuelles par ailleurs incontestables dans une société²⁷. Alors, humblement, on accepte le nécessaire recours à des sources documentaires extérieures, sans remettre en question le caractère incontestable des informations factuelles ainsi révélées²⁸.

appel à des sources de son choix ou exiger que les parties lui citent des sources satisfaisantes, notamment des témoignages d'experts. »

²⁵ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 16, p. 9.

²⁶ *Id.*

²⁷ On a déjà dénoncé le fondement archaïque de la notion de connaissance d'office : « But this very fiction of judicial notice is based on a medieval conception of learning. The learned man of the middle ages was supposed to be skilled, and probably was skilled, in all of the Seven Sciences. The entire amount of the world's information could have been compressed in a very few volumes, and, as a matter of fact, there were many men who, with apparent success, made all knowledge their particular province. This conception of a learned man is, of course, entirely abandoned today. Consequently, the doctrine of judicial notice does not quite fit the need of modern life. » Nathan ISAACS, « The Law and the Facts », (1922) 22 *Columbia Law Review* 1, 6 et 7, cité dans 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, 152, note 75.

²⁸ P.B. CARTER, « Do Courts Decide According to the Evidence? », (1988) 22 *U.B.C. Law Review* 351, 355 : « The doctrine of classic judicial notice has been enlarged so as to apply to facts which, although not notorious, are capable of demonstration by resort to sources of virtually indisputable accuracy readily accessible to persons in the situation of members of the court. »

Le nouveau *Code civil du Québec* prévoit depuis 1994 que « [l]e tribunal doit prendre connaissance d'office de tout fait dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable »²⁹. Selon un commentateur québécois, cette exigence de notoriété exclurait notamment du domaine de la connaissance d'office des faits scientifiques ou artistiques, considérés comme spécialisés³⁰.

On remarquera en effet que le texte du Code civil ne réfère qu'à la première des deux catégories de la notion de connaissance d'office prévues par la common law, soit celle des faits notoires. Or, les commentaires du ministre de la Justice, on l'a vu, rattachent directement le droit québécois de la connaissance d'office à la tradition de common law. Il se peut donc fort bien que la différence soit plus apparente que réelle. En effet, si l'on adopte un concept normatif de connaissance d'office, en fera partie autant ce qui est réellement connu des juges que ce qu'une consultation de sources accessibles et fiables leur apprendra inévitablement. Dans les deux cas, le critère fondamental semble être celui du caractère incontestable du fait ainsi connu³¹.

²⁹ C.c.Q., précité, note 4, art. 2808. Voir les commentaires de L. DUCHARME, *loc. cit.*, note 6, 451 : « Pour qu'un fait devienne de connaissance judiciaire, il faut qu'il soit notoire, c'est-à-dire que sa connaissance soit très répandue. » Il ajoute à la page 452 : « La notoriété [...] ne suffit pas à faire entrer un fait dans le domaine de la connaissance judiciaire, il faut de plus que le fait apparaisse comme raisonnablement incontestable. Le fait doit donc s'imposer avec un tel degré de certitude que toute preuve contraire paraisse futile. »

³⁰ *Id.*, 451 : « Les faits de connaissance spécialisée, qui relèvent d'une science ou d'un art ne peuvent, en principe, en faire partie. » Voir, sur le même ton : « [L]a connaissance d'office prévue aux articles 2806 à 2809 C.c.Q. ne constitue pas la réception de la science infuse lors de l'assermentation », tel qu'exprimé par le juge Pierre Tessier, cité dans le *Journal du Barreau*, 1^{er} mai 1994, p. 17. Voir cependant certains des commentaires du ministre de la Justice, *op. cit.*, note 6, p. 1757, à propos de cet article 2808 : « Le domaine des faits notoires est très étendu; il va de la langue et des faits qui relèvent de l'expérience quotidienne jusqu'aux faits qui relèvent de l'histoire, de la géographie, de l'économie, etc. »

³¹ Voir, pour une explication cependant donnée dans un contexte de common law, *R. c. Potts*, (1982) 36 O.R. (2d) 195, 203 et 204, cité dans J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 17, p. 985 : « Where judicial notice of some matter is taken by a trial court, the trier of facts, (whether judge alone or jury) may or may not share the knowledge that is said to be common knowledge in the community or in a particular class of the community. If it happens that the court does share a personal knowledge of that which is commonly known in the community, well and good. If not, however, the matter may still be judicially noticed, but the court is put on its inquiry as to whether the matter is or is not one which may properly be made part of the case before it without formal proof thereof. »

Les lois de la nature, la géographie, la tenue d'une élection générale, ou encore les divisions du temps sont parmi les illustrations classiques de faits de connaissance d'office que l'on retrouve en doctrine³².

Du côté de la jurisprudence, les exemples sont hétéroclites et évidemment teintés des valeurs sociales de leur époque³³.

Des juges anglais ont jadis accepté d'office que la grossesse chez l'humain durait plus de 15 jours³⁴, que l'avancement des connaissances comptait parmi les objectifs de l'Université d'Oxford³⁵ et qu'un chat pouvait être un animal domestique³⁶.

³² Voir Jacques FORTIN, *Preuve pénale*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, n° 472, p. 374. Il donne en exemple « les lois de la nature, le cours ordinaire des choses, les divisions du temps, naturelles (les saisons) ou conventionnelles (par exemple, les quantités), les divisions géographiques ou territoriales, les faits historiques, et généralement les faits tombant sous le sens commun : une cadillac est une automobile, le scotch est de l'alcool, les stupéfiants sont nocifs, etc. »; J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 6, p. 74 : « Un juge peut prendre connaissance d'office de certains faits publics et notoires reliés au fonctionnement de l'État ou à la géographie ainsi que des faits communément acceptés par tous. Les faits relatifs au fonctionnement de l'État sont les événements importants dans la vie d'un pays ou d'une province, tels une élection générale, un changement de gouvernement, l'identité ou le décès d'un ministre, l'état de guerre. Les faits géographiques ont trait à l'existence et aux frontières des pays, provinces, municipalités ou autres divisions administratives ou judiciaires. » Puis, à la page 75 : « Ce [les faits de connaissance courante] sont ceux qui sont acceptés de tous ou reconnus comme certains par les gens qui résident dans le district où siège le tribunal. Ainsi, le juge a une connaissance judiciaire des lois de la nature, du cours ordinaire des choses, des divisions naturelles ou artificielles du temps et du sens ordinaire des mots. Un plaideur n'est pas tenu de prouver la loi de la pesanteur, l'heure normale ou avancée, le fait qu'il neige l'hiver ou qu'une rue fait partie de la municipalité où siège le tribunal. »

³³ Royer donne notamment les exemples jurisprudentiels suivants : les juges savent que la perte d'un index droit est plus dommageable pour un droitier (*Richard c. Gauthier*, [1964] C.S. 307, 310); ils connaissent la hausse des prix pendant une période de dix ans (*Southern Canada Power Co. c. Conserverie de Napierville Ltée*, [1967] B.R. 907, 916), l'incidence financière du divorce chez les femmes (*Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813), le rendement de placements à long terme (*Daoust c. Bérubé*, [1978] C.S. 618, 625) et l'existence d'une récession économique (*Montréal (Communauté urbaine de) c. Propriétés Guenter Kaussen*, [1987] R.J.Q. 2641 (C.P.)). Voir J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 6, pp. 76 et 77.

³⁴ *R. v. Luffe*, (1807) 8 East 193, cité dans R. CROSS et C. TAPPER, *op. cit.*, note 13, p. 63.

³⁵ *Re Oxford Poor Rate Case*, (1857) 8 E & B 184, cité dans *id.*, p. 64.

³⁶ *Nye v. Niblett*, [1918] 1 K.B. 23, cité dans *id.*

Les effets de certains produits ont depuis longtemps fait l'objet de prononcés judiciaires. À la fin du siècle dernier, on a connu d'office le caractère intoxicant du gin³⁷ et du whisky³⁸. Paradoxalement, on a aussi connu le fait que la bière n'était pas plus dommageable que la limonade et la crème glacée³⁹, de même que le caractère anodin de la fabrication et de la consommation de tabac⁴⁰. Au début des années 1980, la Cour supérieure s'est dite ignorante des effets néfastes et de la nature d'une drogue comme la cocaïne, et a renversé une décision du Tribunal de la jeunesse qui s'était informé de la question en faisant ses propres recherches⁴¹. Finalement, et ironiquement, il semble que les effets nocifs de la M.I.U.F. pour l'être humain doivent être prouvés⁴², alors que la dépréciation d'un immeuble due au même produit peut être connue d'office⁴³.

³⁷ *Com. v. Peckham*, 2 Gray, 514, cité dans J.B. THAYER, loc. cit., note 1, 301 : « [à propos du *jury knowledge*] No jury can be supposed to be so ignorant as not to know what gin is. Proof, therefore, that the defendant sold gin is proof that he sold intoxicating liquor. »

³⁸ *Carmon v. The State*, 18 Ind. 450, cité dans *id.*, 306.

³⁹ *Beebe v. The State*, 6 Ind. 501, 519 (1855), cité dans *id.*, 301 : « The Court knows as matter of general knowledge, and is capable of judicially asserting the fact that the use of beer, etc., as a beverage is not necessarily hurtful, any more than the use of lemonade or ice cream. »

⁴⁰ *Jacob's Case*, 98, N.Y. 98, 113 (1885), cité dans *id.*, 306 et 307 : « We must take judicial notice of the nature and qualities of tobacco. It has been in general use among civilized men for more than two centuries. It is used in some form by a majority of the men in this State, by the good and bad, learned and unlearned, the rich and the poor. [...] We [...] are not able to learn that tobacco is even injurious to the health of those who deal in it or are engaged in its production or manufacture. »

⁴¹ *In Re Legrand c. La Reine*, [1982] C.S. 767. Le juge Boilard écrit, à la page 770 : « [A] l'heure actuelle, les effets ou les conséquences d'une utilisation habituelle de cocaïne sont loin de faire l'unanimité que ce soit chez les scientifiques, que ce soit chez les membres des professions médicales ou paramédicales ou que ce soit chez les juges. » On doit remarquer qu'on était ici dans une cause de nature pénale et que les effets de la cocaïne constituaient en l'espèce un élément fondamental pour établir la culpabilité de l'accusé. Au-delà du caractère controversé ou non des effets de la cocaïne, des considérations reliées au fardeau de preuve et à la présomption d'innocence ont certes joué ici un rôle important. Voir, pour des considérations semblables, l'affaire *Desaulniers c. La Reine*, J.E. 94-1339 (C.A.), où la Cour d'appel a estimé que le juge de première instance avait commis une erreur de droit en prenant connaissance d'office de certaines études découvertes suite à ses propres recherches et ayant eu pour effet de colorer la défense présentée par l'accusé.

⁴² *Renovest Plus Inc. c. Jost*, [1989] R.J.Q. 2226, 2230 (C.S.) : « Le tribunal

La connaissance judiciaire sera parfois tout à fait limitée à un lieu ou à une époque historique précise, comme lorsque des juges affirment péremptoirement la présence quasi exclusive de travailleurs chinois dans les commerces américains de blanchissage au début du siècle⁴⁴, l'emplacement précis du port de Montréal⁴⁵, l'état de marasme du marché immobilier dans la région de Montréal au début des années 1990⁴⁶, ou encore l'existence de mines de fer dans la région de Havre St-Pierre⁴⁷.

De façon plus universelle, un juge américain sait en 1889 qu'une pile de bois peut être un lieu de jeu tentant pour les enfants⁴⁸, tout comme un juge canadien sait en 1976 qu'un certain type de clôture dans une école les attirera inévitablement⁴⁹.

estime qu'il appartient aux défendeurs d'établir non seulement la présence d'un produit dangereux [MIUF], mais la relation causale entre le produit et les affections dont ils se plaignent. »

⁴³ *Cormier c. Brunet*, [1995] R.D.I. 442, 443 (C.Q.) : « Il est établi que la mousse, appelée MIUF, est néfaste pour la santé, pendant une période donnée et qu'avec les années elle perd son caractère isolant (pièces R-1 et R-2). C'est un fait connu qu'une maison qui a été isolée de la sorte est fortement dépréciée, à moins que l'on ne prouve l'enlèvement de la MIUF et sa nouvelle isolation. » Cette affaire a été rendue en vertu du nouvel article 2808 C.c.Q.

⁴⁴ *Quong Wing v. Kirkendall*, 223 U.S. 59 (1912), où le juge Holmes écrit pour la Cour : « It is a matter of common observation that hand laundry work is a widespread occupation of Chinamen in this country, while on the other hand it is so rare to see men of our race engaged in it that many of us would be unable to say that they ever have observed a case. » Le juge réfléchissait ici à la possibilité qu'une taxe spécialement imposée sur ce type de commerce soit en fait fondée sur des motifs discriminatoires.

⁴⁵ *R. c. Mallios*, (1979) 42 C.C.C. (2d) 441 (C.S. Québec). Le juge Greenberg y écrit, à la page 445 : « The consultation of any standard and recognized atlas or map of Canada will immediately reveal that the Montreal harbour is located south of the sixtieth parallel of north latitude, and the trial Judge was correct in taking judicial notice of that fact, as well as of the fact that the Montreal harbour is located in Canadian waters. »

⁴⁶ *Droit de la famille—1840*, [1993] R.D.F. 500 (C.S.).

⁴⁷ *Tribunal du travail c. Compagnie de la Baie d'Hudson*, [1978] R.P. 193 (C.A.).

⁴⁸ *Spengler v. Williams*, 6 So. 613 (Miss. 1889), cité dans J.B. THAYER, *loc. cit.*, note 1, 307.

⁴⁹ *Gauthier-Fafard c. Commission scolaire catholique de Granby*, [1976] C.S. 985.

Les juges ne connaissent ni les tables de calcul des distances d'arrêts de voiture⁵⁰, ni l'existence ou la non-existence d'une grille de protection sur des hache-viande⁵¹. Sont cependant connus le caractère antidérapant des bottes de caoutchouc portées en hiver⁵², la grandeur moyenne de l'être humain⁵³, ce qu'est un mouton de montagne⁵⁴ et l'absence de confidentialité inhérente à un message envoyé par carte postale⁵⁵.

Les juges connaissent le sens ordinaire des mots, et la Cour d'appel ne renversera pas la décision d'un juge de première instance qui a prononcé une déclaration de culpabilité quant à une accusation d'avoir proféré des menaces en l'absence même de preuve faite devant lui de la définition du terme « slugger », les paroles incriminées étant « si vous rentrez je vais vous slugger dans la tête »⁵⁶.

⁵⁰ *Vaillancourt c. Perreault*, [1966] B.R. 111 (résumé) : « les calculs de Meredith [Civil Laws on Automobile Accidents (1940), p. 35] sont basés sur des expériences dont la Cour ignore les conditions, qui n'ont aucune force probante et ce ne sont sûrement pas des faits dont elle peut prendre une connaissance judiciaire. »

⁵¹ *Gagné c. St-Régis Co. (Canada) Ltd.*, [1973] R.C.S. 814, 817.

⁵² *Larkin c. Goyette*, [1963] B.R. 544, 546 : « Her counsel argues that there was no evidence before the trial judge from which he could find that she would have been less likely to fall if wearing rubber footwear, but in our country this is so generally accepted as a fact that the courts are, in my opinion, entitled to take judicial notice of it. »

⁵³ *Hunter v. N.Y., O. and W. Ry. Co.*, 23 N.E. 9 (Dec. 1889), cité dans J.B. THAYER, *loc. cit.*, note 1, 299, où le juge a accepté sans preuve que la grandeur moyenne d'un homme était de moins de six pieds, que la longueur moyenne du tronc humain était de moins de trois pieds et que la variation de grandeur entre les individus jouait principalement dans la différence de longueur des jambes.

⁵⁴ *R. c. Quinn*, (1976) 27 C.C.C. (2d) 543 (C.S. Alta.). Dans une des rares opinions judiciaires qui élaborent sur la notion de connaissance d'office, le juge MacDonald écrira, à la page 546 : « The meaning of the words "mountain sheep" as used in Canada may be determined by reference to dictionaries, which are "readily accessible sources of indisputable accuracy". »

⁵⁵ *Robinson v. Jones*, 4 L.R. 1r. 391 (1879), cité dans J.B. THAYER, *loc. cit.*, note 1, 307.

⁵⁶ *Bélanger c. La Reine*, (1992) 43 Q.A.C. 208. La Cour d'appel a décidé que le juge de première instance avait à bon droit pris connaissance d'office du sens ordinaire du mot « slugger ». La question du sens ordinaire des mots utilisés dans un texte de loi est plus délicate. Jacques Fortin a écrit qu'il s'agissait d'une question de droit à propos de laquelle le juge avait le pouvoir de procéder à des recherches autonomes (J. FORTIN, *op. cit.*, note 32, n° 455, p. 365). Ruth Sullivan estime qu'il s'agit d'un fait de connaissance judiciaire :

De façon plus technique, peuvent être connus d'office certains problèmes reliés aux requêtes pour verdict imposé d'acquiescement⁵⁷, ou encore l'existence d'ententes fédérales-provinciales en matière de pêche⁵⁸.

La Cour d'appel du Québec a récemment confirmé la décision d'un juge de première instance qui avait pris connaissance judiciaire « que les détenus en milieu carcéral bénéficient des soins médicaux que nécessite leur état et qu'il existe des ententes de service avec divers établissements spécialisés à cette fin »⁵⁹.

Finalement, trois affaires récentes de la Cour suprême du Canada méritent d'être signalées. La Cour a connu d'office la part disproportionnée des coûts sociaux de la garde des enfants assumée par les femmes séparées ou divorcées⁶⁰. La juge L'Heureux-Dubé a considéré comme évident le fait qu'un grand nombre de Canadiens ne vivaient pas au sein de familles traditionnelles⁶¹ et le juge La Forest a estimé notoire la politique démographique chinoise adoptée en 1979⁶².

Ruth SULLIVAN, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1994. Elle écrit, aux pages 10 et 11 : « The ordinary meaning of the words used in legislation is normally established through judicial notice. [...] Because the ordinary meaning of the words used in legislation is a fact that any competent speaker of the language either knows or knows how to look up, it is normally judicially noticed. » Voir, dans le même sens, *R. v. Quinn*, précité, note 54. Pierre-André Côté évoque quant à lui les « très délicates questions de preuve que soulève la détermination du sens des mots » : Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 244, note 22. On pourrait se demander si le sens ordinaire des mots ne fait pas tout simplement partie de cet ensemble diffus de connaissances utilisées pour tout raisonnement sur les faits ou sur le droit (voir *infra*, section B de la partie II).

⁵⁷ *R. c. Rowbotham*, [1994] 2 R.C.S. 463, 465 (le juge Lamer, pour la Cour) : « Même si c'est la première fois qu'une telle affaire se présente devant notre Cour, je me suis personnellement rendu compte, à titre de juge d'un tribunal de première instance, que le problème existait et, par la suite, j'en ai pris connaissance d'office. »

⁵⁸ *Bande indienne Saugeen c. Canada*, [1992] 3 C.F. 576, 592 (1^{re} instance).

⁵⁹ *Lortie c. La Reine*, J.E. 90-630 (C.A.). Plusieurs diraient que l'on semble ici loin de l'incontestable.

⁶⁰ *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 763.

⁶¹ *Canada (P.G.) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, 627.

⁶² *Chan c. Canada (M.E.I.)*, [1995] 4 R.C.S. 593, 622 : « Il est possible d'affirmer qu'une question aussi médiatisée que la politique démographique chinoise et à laquelle on a, depuis son adoption en 1979, consacré une attention considérable tant dans les médias populaires que dans les milieux s'intéressant aux droits de la personne et au droit de l'immigration relève de

On le voit bien, le domaine de la connaissance d'office semble être concrètement composé d'éléments divers et hétéroclites, plus ou moins contestables, et certes déterminés par le contexte social de leurs prononcés judiciaires.

3. Un devoir ou un pouvoir discrétionnaire ?

On peut se demander si les juges ont le devoir, ou tout simplement un pouvoir discrétionnaire de connaître d'office certains faits.

D'aucuns avancent que, selon les cas, il pourrait s'agir de l'un ou de l'autre⁶³.

Ainsi, dans certains travaux qu'elle a consacrés à la question, la Commission de réforme du droit du Canada a nettement fait ressortir la distinction, prévoyant tantôt un devoir et tantôt un pouvoir de prendre connaissance d'office de certains faits⁶⁴.

Un important article de doctrine américain considère aussi comme établie l'existence de pouvoirs et de devoirs distincts en matière de connaissance d'office, sans pour autant préciser le critère de distinction⁶⁵.

la catégorie des "faits notoires" dont fait état le Guide du HCNUR [Haut Commissariat des N.U. pour les réfugiés]. »

⁶³ Voir, pour une illustration de connaissance d'office tantôt obligatoire et tantôt discrétionnaire, le texte du American Law Institute Code Rules cité dans J.H. WIGMORE, *op. cit.*, note 13, n° 2565, p. 694, à la note 2. Voir aussi *R. c. Quinn*, précité, note 54, où l'on évoque l'existence de pouvoirs et de devoirs de prendre connaissance d'office sans pour autant élaborer un critère clair de distinction. La Cour conclut en l'espèce à l'existence d'une obligation, dans un cas où une partie avait sollicité une telle prise de connaissance d'office, avec sources documentaires à l'appui.

⁶⁴ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 16, p. 3, qui prévoit par exemple une obligation pour le juge de prendre connaissance d'office des faits incontestables et notoires, mais un simple pouvoir de le faire dans le cas de faits eux aussi incontestables, mais dont l'établissement nécessite une vérification dans certaines sources fiables. Ce dernier pouvoir se transforme en devoir si une partie demande au juge de prendre connaissance d'office. Cette recommandation est reprise dans le Code de la preuve que l'on retrouve dans COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Rapport sur la preuve*, Ottawa, Information Canada, 1975, pp. 117-121.

⁶⁵ Edmund M. MORGAN, « Judicial Notice », (1944) 57 *Harvard Law Review* 269, 274. Il réfère à « the generally accepted rule that there are some matters of which the court must take judicial notice and some of which it may, but need not, take such notice [...] ».

Il semble que l'opinion majoritaire appuie cependant l'idée d'une obligation de prendre connaissance d'office d'un fait, lorsque les conditions d'application de la doctrine sont présentes.

C'est apparemment la position du législateur québécois qui prévoit, au nouveau *Code civil du Québec*, que « [l]e tribunal **doit** prendre connaissance d'office de tout fait dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable »⁶⁶.

C'est aussi la position d'une certaine doctrine⁶⁷ et d'une certaine jurisprudence⁶⁸.

D'autres, et non les moindres en matière de preuve, soit Cross, Sopinka, Lederman et Bryant, posent péremptoirement que c'est en réalité un pouvoir discrétionnaire qui fonde la décision judiciaire d'accepter ou non de connaître d'office un certain fait⁶⁹. Le Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation

⁶⁶ C.c.Q., précité, note 4, art. 2808 (je souligne). Voir, dans le même sens, le commentaire de L. DUCHARME, *loc. cit.*, note 6, 453 : « Aussi, dès qu'il s'agit d'un fait de connaissance judiciaire, faut-il reconnaître au tribunal, non seulement le droit, mais également l'obligation de parfaire, par lui-même, ses propres connaissances à son sujet et de recourir à cette fin aux sources appropriées. » Voir aussi J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 6, p. 79 : « L'article 2808 du *Code civil du Québec* impose au tribunal l'obligation de prendre connaissance d'office d'un fait notoire et raisonnablement incontestable. Cet article codifie une règle jurisprudentielle qui considère la connaissance judiciaire comme un devoir. »

⁶⁷ D'après C. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, 461 : « Dans l'état actuel du droit, la connaissance d'office est considérée comme un devoir. » Carter réfère aussi à un « devoir », plutôt qu'à un pouvoir, de prendre connaissance d'office, et ce lorsque les conditions sont réunies : P.B. CARTER, *loc. cit.*, note 28, 355.

⁶⁸ Voir par exemple, en contexte constitutionnel : *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, 128 et 129 (j. Duff) : « In our opinion, it requires no demonstration to show that such a rate of taxation must be prohibitive in fact and must be known to the Alberta legislature to be prohibitive. It is our **duty**, as judges, to take judicial notice of facts which are known to intelligent persons generally; and any suggestion that the profits of banking as carried on in Canada could be such as to enable banks to pay taxes to the provinces of such magnitude, having regard to the other burdens, such as municipal rates, which are levied upon them in Canada, as well as the taxes paid in foreign countries, would be incontinently rejected by anybody possessing the most rudimentary acquaintance with affairs. » *A.G. for Alberta c. A.G. for Canada*, [1939] A.C. 117, 130 : « For that purpose [légitime étude des effets d'une loi] the Court **must take into account** any public general knowledge of which the Court would take judicial notice, and may in a proper case require to be informed by evidence as to what the effect of the legislation will be. » (je souligne)

⁶⁹ R. CROSS et C. TAPPER, *op. cit.*, note 13, p. 63. J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 17, p. 988, qui écrivent : « [T]he

des règles de preuve proposait en 1983 de confirmer ce caractère généralement facultatif de la connaissance d'office, et rejetait à cet égard certaines distinctions jugées artificielles⁷⁰.

On adoptera ici une approche réaliste de la question. Il se peut que les justifications de cet accroc à la règle de l'obligation de prouver que constitue la connaissance d'office soient telles que l'on doive conclure à une obligation de prendre connaissance d'office⁷¹. En effet, il semble à première vue absurde d'accepter l'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'admettre ou de ne pas admettre l'incontestablement vrai. Une considérable marge d'appréciation discrétionnaire existe cependant, pour l'identification des cas qui donnent effectivement lieu à l'application de ce jeu de la connaissance d'office. Il n'est donc pas surprenant que certains voient dans la décision de connaître d'office elle-même les apparences d'une décision discrétionnaire.

4. Les justifications de la notion

Les justifications de cette exception à l'obligation de prouver qu'est la connaissance d'office sont de plusieurs ordres⁷². On a parlé à cet égard de l'histoire d'une longue controverse⁷³.

Tout d'abord, au niveau pratique, on veut éviter les pertes de temps et d'argent qu'entraînerait la preuve formelle de ce qui est supposé être, par définition, incontestable⁷⁴.

fact that a judge has a wide discretion in determining whether to take judicial notice of any fact capable of being noticed will limit the circumstances where the conclusiveness of the fact will prejudice a party or an accused. »

⁷⁰ GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE, *op. cit.*, note 16, pp. 49-66.

⁷¹ Voir *infra*, la section suivante portant sur les justifications de la notion.

⁷² Sur cette question, voir, généralement, C. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, 441 et suiv.; J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 17, p. 976 et suiv.; P.B. CARTER, *loc. cit.*, note 28, 355.

⁷³ A.R. FLANZ, *loc. cit.*, note 16, 471 : « With regard to matters of fact, there has existed among leading scholars in the United States a long-standing controversy as to the underlying rationale for the taking of judicial notice. »

⁷⁴ J.B. THAYER, *loc. cit.*, note 1, 303 et 304 : « Practical convenience and good sense demand an increase rather than a lessening of the number of instances in which courts shorten trials, by making *prima facie* assumptions of matters not likely, on the one hand, to be successfully denied, and, on the other, admitting readily of verification one way or the other if they be denied. » R. CROSS et C. TAPPER, *op. cit.*, note 13, p. 71; GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE,

Un tribunal ne pourrait jouer efficacement son rôle s'il ne pouvait tenir pour acquis d'innombrables présupposés factuels n'ayant pas formellement fait l'objet de preuve. Il suffit pour s'en convaincre de penser à la définition du sens ordinaire des mots, qui ne fait évidemment pas l'objet d'un fardeau de preuve et que l'on rattache parfois au monde de la connaissance d'office⁷⁵.

Un souci d'uniformité justifie aussi le mécanisme de la connaissance d'office. Des faits semblables doivent mener à des conclusions semblables. Une même compréhension générale du monde doit fonder les décisions judiciaires rendues à une époque précise et dans une société donnée, au-delà des limites de la preuve présentée dans une cause particulière⁷⁶. La question de fait que l'on dit relever du domaine de la connaissance d'office est en réalité celle qui ne peut recevoir qu'une seule bonne réponse⁷⁷.

La considération de cette nécessaire uniformité dans l'application du droit se rattache à une préoccupation plus globale, relative à la légitimité des décisions judiciaires. Une diversité de conclusions factuelles à propos de questions généralement considérées comme incontestables risquerait de porter atteinte à cette légitimité, de la même façon que le feraient la contestation et la discussion même de ces questions⁷⁸.

Au niveau symbolique, on veut éviter la déconsidération de la justice que provoquerait la preuve ou la contestation de ce qui est incontestable, ou, pire encore, l'impensable conclusion judiciaire

op. cit., note 16, pp. 49-66; J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 6, p. 74 : « Il importe d'épargner le temps de la cour en dispensant les parties de l'obligation de prouver un fait notoire et incontestable. »

⁷⁵ Voir *supra*, note 56, sur la connaissance d'office du sens ordinaire des mots.

⁷⁶ E.M. MORGAN, *loc. cit.*, note 65, 273 : « In any system designed to adjust relations between members of a society, the applicable law ought not to be allowed to vary with the diligence and skill of counsel, and a decision contrary to what is accepted as indisputable fact in that society cannot be justified. » R. CROSS et C. TAPPER, *op. cit.*, note 13, p. 71 : « Secondly, the doctrine tends to produce uniformity of decision on matters of fact where a diversity of findings might sometimes be distinctly embarrassing. »

⁷⁷ E.F. ROBERTS, *loc. cit.*, note 1, 218 : « Out of this conundrum was born the doctrine of judicial notice which, rooted again in the preservation of the seemly, ordains that the judge shall decide questions of fact which are common knowledge in the community or to which one right answer is available from sources of indisputable accuracy. »

⁷⁸ GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE, *op. cit.*, note 16, pp. 49-66.

contraire à ce qui est notoire au point d'être raisonnablement incontestable⁷⁹.

Enfin, au niveau fonctionnel, le concept de connaissance d'office permet de nommer et d'encadrer un processus qui a inévitablement cours dans le raisonnement judiciaire ; malgré l'attachement théorique à l'idée que les juges n'interviennent qu'en fonction des faits qui leur sont formellement prouvés en l'instance, il est bien compris que d'autres informations seront inévitablement prises en compte. La théorie de la connaissance d'office formalise et légitimise en partie cette réalité.

5. Quelques questions procédurales

Les considérations procédurales relatives à la connaissance d'office apparaissent assez souples.

En principe, la connaissance d'office jouera en première instance, lieu privilégié d'établissement des faits. Il se peut que l'utilisation erronée de cette connaissance constitue une erreur de droit susceptible de correction en appel⁸⁰.

⁷⁹ J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 6, p. 74 : « L'image de la justice serait ternie si un plaideur perdait sa cause en raison de son omission d'établir un fait admis de tous. » *R. c. Quinn*, précité, note 54, 549 : « I think it more correct to say that if the notoriety of the fact is in doubt, the fact is not of which judicial notice should be taken. However, if there is no doubt, then in the ordinary case it would make a mockery of the trial if the Judge declined to take judicial notice of the existence of the fact. »

⁸⁰ C. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, 461. Voir *infra*, sur la possibilité de contester la décision quant au caractère incontestable et le fait incontestable lui-même : Kenneth Culp DAVIS, « Judicial Notice », (1955) 55 *Columbia Law Review* 945; GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE, *op. cit.*, note 16; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 16, p. 18 : « [L]a décision du juge de prendre ou de ne pas prendre judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question peut toujours être contestée, comme toute autre décision [...] » J. FORTIN, *op. cit.*, note 32, n° 482, p. 381 : « [L]e juge qui considère comme notoire un fait qui ne l'est pas, fait une erreur de droit. » J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 6, p. 79 : « Par ailleurs, la question de savoir si un fait est suffisamment notoire et incontestable pour être admis d'office est une question de droit qui peut être infirmée par les tribunaux d'appel. » On pourrait être tenté de croire que ce contrôle en appel n'existe que dans la mesure où la connaissance d'office procède d'un devoir plutôt que d'un pouvoir : voir à ce sujet COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 16, p. 12. Voir cependant l'affaire *R. c. Quinn*, précité, note 54, 546, où le juge MacDonald affirme que même en procédant en vertu de l'hypothèse selon laquelle l'exercice de la connaissance d'office relèverait d'un pouvoir

De la même façon, un fait pourrait à l'occasion être connu d'office pour la première fois en appel⁸¹.

Ignorant la traditionnelle distinction du fait et du droit, Cross avance l'idée selon laquelle la décision judiciaire de prendre connaissance d'office d'un fait a valeur de précédent⁸².

La Commission de réforme du droit du Canada préconisait d'ailleurs en ces termes, en 1975, la plus grande latitude quant au forum approprié pour la connaissance d'office : « on peut prendre connaissance d'office d'un fait à toute étape de l'instance. »⁸³

discrétionnaire, le refus d'exercer cette discrétion constituerait une erreur de droit. On comprend enfin que l'efficacité de ce contrôle en appel est essentiellement tributaire de l'explicitation du recours au mécanisme de la connaissance d'office.

⁸¹ C. FABIEN, *loc. cit.*, note 5; J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 17, p. 988 : « [A] Court of appeal is reluctant to take judicial notice of a fact for the first time and to draw inferences therefrom. Subject to this qualification, however, Canadian courts have taken judicial notice of facts for the first time in the appeal courts, and have reversed the findings at trial as a result of facts so noticed. » GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE, *op. cit.*, note 16, p. 63 : « Le tribunal d'appel peut admettre d'office pour la première fois un élément qui n'a pas été soulevé devant un tribunal inférieur ou réformer la décision de ce tribunal en matière de connaissance d'office [...]. Le groupe de travail estime unanimement que le tribunal doit pouvoir prendre connaissance d'office à toute étape de la procédure. Aucune disposition expresse n'est cependant nécessaire. Il existe bien sûr des cas où le tribunal d'appel, après avoir constaté que le juge de première instance a commis une erreur de fait en admettant d'office un élément indispensable au jugement de la cause, doit lui renvoyer le dossier pour un nouveau procès en l'absence de preuve contraire sur laquelle fonder un autre jugement ou verdict. Mais cette situation peut parfois être évitée si l'on permet de recevoir de nouvelles preuves en appel. » A. R. FLANZ, *loc. cit.*, note 16, 481 : « An appellate court is free to take judicial notice of a matter for the first time and is not restricted by the prior proceedings. » J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 6, p. 122 : « Même la Cour d'appel pourra et devra, dans certaines circonstances, prendre connaissance d'office des faits qui n'auront pas été prouvés en première instance. »

⁸² R. CROSS et C. TAPPER, *op. cit.*, note 13, p. 69.

⁸³ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 64, p. 121; GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE, *op. cit.*, note 16, pp. 62 et 63 : « Le juge peut admettre d'office un fait, avec ou sans enquête, soit de son propre chef, soit à la demande d'une partie. En situation idéale, le juge, avant d'admettre un élément de preuve d'office, aura approfondi tous les aspects de la question. S'il est prudent, il aura entendu les arguments ou la preuve, surtout si l'élément à admettre d'office n'est pas de commune renommée. Néanmoins, l'enquête est superflue dans le cas d'un fait si notoire qu'il ne

Il ne semble pas y avoir de procédure consacrée pour l'exercice de la connaissance d'office. Elle pourra avoir lieu à la demande d'une ou des parties, demande présentée oralement au cours des plaidoiries ou encore dans les procédures écrites.

Les juges peuvent aussi procéder *proprio motu*, et parfois même au cours du délibéré⁸⁴.

Tout cela, bien sûr, sous réserve des exigences de l'équité, variables selon les circonstances.

II. Difficultés soulevées par la notion de connaissance d'office des faits

A. La possibilité de réfutation du fait connu d'office

L'effet de la connaissance d'office semble être aussi objet de controverse⁸⁵.

La question de principe qui se pose est de savoir jusqu'à quel point, le cas échéant, un fait qui relève du domaine de la connaissance d'office est exclu du champ d'application des autres règles de preuve, de telle sorte qu'il devient impossible pour les parties à un litige de tenter tant de le prouver (on comprend le réflexe de prudence de la partie qui assume le fardeau de la preuve de ce fait et qui souhaite mettre toutes les chances de son côté) que de le réfuter (c'est en réalité *la* question principale : peut-on tenter de contredire un fait connu d'office ?) par les modes réguliers de preuve. De plus, il faudra peut-être distinguer à cet égard la ques-

peut en être douté. [...] Le groupe de travail estime unanimement qu'il n'est pas nécessaire d'adopter une disposition concernant la procédure à suivre pour déterminer s'il faut ou non admettre d'office. Il est cependant souhaitable que le juge permette aux avocats de se faire entendre sur la décision d'admettre d'office. »

⁸⁴ Sur toute cette question du cadre procédural, voir C. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, 468 et suiv.

⁸⁵ Voir par exemple G.D. NOKES, « The Limits of Judicial Notice », (1958) 74 *Law Quarterly Review* 59, 70; C. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, 461 et suiv.; J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 17, p. 986 et suiv.; GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE, *op. cit.*, note 16, p. 50, qui réfère à l'existence de cette controverse : « La connaissance d'office a sans doute un fondement mixte. Toutefois, les conséquences très différentes des deux thèses sur lesquelles elle s'appuie ont longtemps divisé la doctrine. »

tion des droits des parties de celle des pouvoirs des juges. Ainsi, dans l'éventualité où les premières seraient autorisées à présenter de la preuve, on devra se demander jusqu'à quel point la liberté des juges à l'égard du domaine des faits connus d'office les affranchit malgré tout des contraintes de cette preuve⁸⁶.

Le caractère contradictoire des réponses apportées à ces questions, tant par la doctrine que par la jurisprudence, démontre peut-être ici une certaine confusion conceptuelle. En effet, dans la controverse relative à la possibilité de présenter une preuve contraire relativement à un fait de connaissance d'office, il est difficile de déterminer dans les propos, favorables ou opposés, s'ils réfèrent à l'étape au cours de laquelle le juge décide du bien-fondé de prendre connaissance d'office d'un certain fait, ou encore aux conséquences de la décision d'en prendre connaissance. Nous aborderons dans les pages suivantes l'importance de bien distinguer conceptuellement les étapes, les arguments favorables et défavorables à la recevabilité d'une preuve contraire et enfin la question déterminante des exigences de l'équité.

1. La distinction des étapes du processus

Il importe en effet de distinguer deux temps du processus analytique en oeuvre dans la détermination des questions de connaissance d'office. Cette distinction est essentielle en ce que la discussion qui pourrait avoir lieu à chacune de ces étapes, si elle a vraisemblablement le même objet, sera pourtant conceptuellement distincte et assujettie à des règles différentes. La confusion de ces deux étapes semble être la cause de beaucoup d'incertitudes.

Il y a tout d'abord l'étape préliminaire, au cours de laquelle sera prise la décision judiciaire de connaître ou de ne pas connaître d'office un certain fait. Deux conclusions sont ici possibles. Si la juge considère qu'un fait ne relève pas du domaine de la connaissance d'office, les règles ordinaires du droit de la preuve en régiront par la suite l'établissement. Si, au contraire, la juge accepte de prendre connaissance d'office d'un certain fait, il faudra ensuite s'interroger sur le sort de ce fait connu d'office quant aux autres règles de preuve. Cette seconde étape est donc

⁸⁶ C. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, 467 et 468.

celle des effets de la connaissance d'office vue sous l'angle d'une conclusion.

L'absence de différenciation de ces deux étapes constitue une source de confusion importante quant à la question qui nous occupe ici⁸⁷. En effet, l'étude judiciaire préalable à la décision de prendre connaissance d'office d'un fait se déroule apparemment dans la plus grande liberté, alors que la discussion d'un fait connu d'office, si elle est possible, devra quant à elle respecter les exigences traditionnelles développées par le droit de la preuve.

Il semble admis que l'étape de réflexion antérieure et nécessaire à la décision de recourir ou non à la connaissance d'office se déroule dans la plus grande liberté, à l'abri des contraintes des autres règles de preuve, et que toute l'information fiable et disponible peut alors être considérée par le tribunal. En effet, si l'appartenance de certains faits au domaine de la connaissance d'office est parfois indiscutable, la détermination du caractère incontestable de certains autres nécessitera souvent une étude plus approfondie⁸⁸. Autant les parties au litige que les juges pourront donc s'informer le plus librement du monde, et les règles de preuve, y compris celles relatives à l'admissibilité, ne

⁸⁷ Pour une discussion de cette possible confusion, voir notamment, G.D. NOKES, *loc. cit.*, note 85, 63 : « [T]he phrase "judicial notice" does not include evidence; for in many cases no material on which to found notice is adduced by either party and when such material is produced the rules relating to the admission of evidence are not observed. [...] But although judicial notice is not evidence, it is sometimes founded on material which closely resembles evidence, and in other cases the same material may be treated either as a foundation for judicial notice or as evidence. » Voir aussi P.B. CARTER, *loc. cit.*, note 28, 355 : « This judicial learning process [re : les faits pour la connaissance desquels une étude préalable s'avère nécessaire] does not necessarily involve the taking of legal evidence, let alone making a finding on the basis of such evidence. The judge may conduct the "enquiry" in any appropriate way : by conducting private research or by being informed in open court by a procedure which may superficially resemble that of proof. [...] However, the process is essentially different from proof, in that resort to it is not essential, it is not subjected to the rules of evidence and there is no right to rebut the "evidence" tendered. » Voir enfin GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE, *op. cit.*, note 16, p. 63 : « Il se produit parfois une confusion entre la connaissance d'office et la réception de la preuve, particulièrement lorsque le tribunal s'appuie sur le témoignage sous serment d'un expert pour apprécier la notoriété et l'incontestabilité d'un fait. »

⁸⁸ On se souviendra que font aussi partie du domaine de la connaissance d'office les faits incontestables qui requièrent cependant une vérification dans des sources indiscutablement fiables et facilement accessibles.

s'appliquent apparemment pas à ce processus de détermination préalable.

Plusieurs ont noté cette liberté dans la quête d'informations jugées nécessaires à une conclusion éclairée de prendre ou non connaissance d'office d'un certain fait⁸⁹. Les juges comme les par-

⁸⁹ J.B. THAYER, *loc. cit.*, note 1, 309 : « [A] court may refer to whatever source of information it pleases, — the statement that it may consult an almanac or a general history being only an unnecessary and misleading specification of a particular sort of document that may be examined. » E.M. MORGAN, *loc. cit.*, note 65, 286 : « If the matter is subject to judicial notice, the court may, by universally declared authority, seek information from any and all sources which it deems reliable. » Aux pages 286 et 287 : « There is no artificial limit upon the sources of information which he may furnish the judge [pour la convaincre qu'il s'agit bien d'un cas de connaissance judiciaire], and none upon those which the judge may consult of his own motion. The opponent likewise is not restricted by rules of evidence in offering, or inducing the judge to consult, reliable repositories of relevant data. » Et, à la page 287 : « If there be a dispute as to whether a matter is a subject of dispute, the question to be answered is whether the matter lies within the field of evidence or within the field of judicial notice; and the material which may be presented or consulted in a search for the answer is in no respect limited by the rules of evidence. » A.R. FLANZ, *loc. cit.*, note 16, 478 : « Professor Morgan extends the doctrine of judicial notice to matters "capable of immediate accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy". The obvious question to be answered is : what sources are to be considered of sufficient authority to justify judicial notice. This becomes a matter to be decided by the judge. Sources may be submitted to him by either party in support of or against such a determination. The judge, in addition, is free to consult any sources on his own. At this point, the issue is whether the matter is one capable of being judicially noticed. [I]f the judge rules that the matter is not beyond dispute according to the sources investigated or that the sources are not of indisputable accuracy, the matters will be resolved according to the ordinary rules of evidence. » GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE, *op. cit.*, note 16, p. 63 : « Le but d'une enquête sur la question de savoir s'il faut ou non admettre d'office un élément est de déterminer si celui-ci satisfait aux critères de la connaissance d'office. Cette enquête précède la décision en droit. Les règles ordinaires de preuve ne s'appliquent pas. » Puis, à la page 64 : « Le groupe de travail estime unanimement que le législateur ne devrait pas limiter les sources que le juge peut consulter afin de décider s'il doit prendre connaissance d'office. » COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 16, p. 6 : « Article 4 (3). En examinant la question de savoir s'il convient de prendre judiciairement connaissance d'un fait en vertu du paragraphe (2) de l'article 2 [fait incontestable de commune renommée locale ou encore avec nécessaire vérification] et en examinant toute question devant être judiciairement connue, le juge peut consulter toute source de renseignement, y compris l'opinion d'experts en la matière, qu'elle soit fournie par une partie ou qu'il la découvre par suite de ses propres recherches. Il peut demander aux parties de présenter des prétentions par écrit ou des arguments oraux, ou de contre-interroger les personnes qui expriment leur opinion. Les règles d'exclusion de la preuve, sous réserve de la revendication

ties seraient à cette fin affranchies des contraintes des règles de preuve. Les premières pourraient procéder à des recherches autonomes. Les secondes pourraient par exemple présenter des informations en contravention des règles relatives au oui-dire, ou encore aux nécessaires interrogatoires ou contre-interrogatoires de l'auteur d'une étude déposée.

Dans un rapport sur la preuve publié en 1975, la Commission de réforme du droit du Canada confirmait en ces termes l'existence de cette considérable marge de manoeuvre des juges dans leur réflexion antérieure à toute décision de prendre connaissance d'office de certains faits :

*Lorsqu'il doit décider, soit de l'opportunité de prendre connaissance d'office, soit des faits qui doivent faire l'objet de cette connaissance, le juge peut puiser à toutes les sources susceptibles de lui procurer des renseignements pertinents même si elles ne lui ont pas été fournies par l'une des parties.*⁹⁰

On a même été jusqu'à référer non seulement à un pouvoir, mais bien à une obligation judiciaire de s'informer en toute liberté préalablement à la connaissance d'office d'un fait particulier⁹¹.

Il se peut qu'une qualification erronée de la nature exacte de l'analyse alors entreprise ait pu laisser croire que l'on procédait à l'admission d'une preuve légale visant à appuyer ou à contredire un fait déjà connu d'office. Cross a exprimé en ces termes à quel point l'étape préalable au cours de laquelle le juge s'informe afin

valable d'une immunité, n'ont pas à être appliquées à pareille prétention, ou à pareil argument ou contre-interrogatoire. » R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 56, p. 11 : « Counsel may offer argument and refer the court to textbooks or to other authorities, both to refresh judicial memory and to demonstrate that particular facts are indeed suitable for judicial notice. Counsel may even introduce sworn testimony. In addition, judges may carry out their own private research. However, none of this is subject to the usual rules of evidence, including the rules governing hearsay. » G.D. NOKES, *loc. cit.*, note 85, 69 : « Such information is not evidence as that term is generally understood. Oral statements are not given on oath and are not subject to cross-examination; written statements are not formally proved or necessarily admitted by the opposite party; while both forms of statement may include hearsay not falling within any recognized exception, and are otherwise outside the rules restricting the admissibility of evidence. Nevertheless, there is some lack of clarity as to the true nature of this information. »

⁹⁰ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 64, art. 85(2).

⁹¹ L. DUCHARME, *loc. cit.*, note 6, 453.

de décider s'il prendra ou non connaissance d'office d'un fait peut ressembler à de la réception de preuve en tant que telle, et ce notamment lorsque des témoignages assermentés sont entendus à cette fin.

*[W]hen the judge makes inquiries before deciding to take judicial notice. If learned treatises are consulted, it is not easy to say whether evidence is being received under an exception to the rule against hearsay or whether the judge is equipping himself to take judicial notice. [...] The approximation of taking judicial notice to the reception of evidence is even more marked when sworn testimony is heard before judicial notice is taken.*⁹²

Or, il s'agit d'une réelle confusion, puisque c'est justement l'à-propos de cette décision de prendre connaissance d'office qui est alors à l'étude⁹³. Dans ce contexte précis, si elle peut à l'occasion respecter les règles de preuve, la présentation d'informations par les parties n'est cependant pas limitée à leur cadre. Les juges ne sont pas non plus liées par ce qui leur a été présenté par les parties et peuvent, semble-t-il, consulter de façon indépendante toute source jugée fiable et pertinente.

Dans la discussion de l'effet de la connaissance d'office d'un fait (vue ici sous l'angle de la conclusion à laquelle on est arrivé et non du processus de recherche et de réflexion la précédant) sur la possibilité d'appuyer ou de réfuter ensuite l'existence de ce dernier par la présentation d'une preuve légale, et sur les contraintes alors imposées aux juges, il est dès lors difficile de départager ce qui relève véritablement de cette question de ce qui concerne

⁹² R. CROSS et C. TAPPER, *op. cit.*, note 13, p. 68. Repris par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Zundel*, (1987) 31 C.C.C. (3d) 97, 150 et 151.

⁹³ Voir, par exemple l'affaire *R. c. Quinn*, précité, note 54, dans laquelle le juge MacDonald a élaboré sur les dangers d'une telle confusion. Il écrit, à la page 547 : « When Latham, C.J., said that evidence was not admissible to expound the meaning of ordinary words, he must not be taken to preclude the admission of testimony which itself is to be regarded not as evidence in the usual sense but rather as a "readily accessible source of indisputable accuracy" . [...] In the present case, if such testimony had been led by the Crown, it would not have been evidence in the usual sense, upon which a finding of fact might be made as to the meaning of the words "mountain sheep"; rather, it would have been information upon which the Provincial Court Judge might have taken judicial notice of the meaning of those words. Likewise, he was at liberty to refer to dictionaries. »

plutôt la discussion préalable à la prise de connaissance d'office⁹⁴.

Une fois considérées ces nécessaires distinctions préalables, il demeure que la question de la possibilité de présenter de la preuve relativement à un fait connu d'office est intimement liée à celle des justifications de cette connaissance. En effet, l'analyse des secondes détermine en grande partie la réponse à la première.

On comprendra que les justifications reliées à la légitimité des décisions judiciaires et au caractère impensable de la contestation de l'incontestable militent en principe contre la réception de toute preuve, contraire ou favorable⁹⁵, une fois que l'on a pris connaissance d'office d'un certain fait. À l'opposé, si de simples considérations d'efficacité, notamment reliées à des questions de temps et d'argent, justifient la connaissance d'office, aucune raison de principe n'interdit alors la réception ultérieure de preuve⁹⁶.

⁹⁴ Voir par exemple C. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, 468 : « L'effet essentiel de la connaissance d'office consiste donc à libérer le juge des contraintes de la preuve pour tenir compte dans son appréciation des connaissances acquises par ses propres moyens. » On parle ici de l'étude préalable, ou de la conclusion?

⁹⁵ Si la question théorique et abstraite est celle de la possibilité de présenter de la preuve à l'égard d'un fait connu d'office, et ce quel que soit l'objet de cette preuve, le vrai problème porte en réalité sur le droit de *contredire* ce fait. Notre propos se limitera donc désormais à ce dernier volet de la question.

⁹⁶ Dès 1944, Morgan a ainsi exprimé le dilemme de l'interrelation des justifications et des effets de la connaissance d'office : « If taking judicial notice of a matter means that it is indisputable, it must follow that no evidence to the contrary is admissible. If evidence to the contrary of what is judicially noticed is admissible, it must follow that the basis of judicial notice is not the prohibition against presenting moot issues and against maintaining a claim or defense on a false issue; its basis must be only convenience in trial, and the applicable considerations must be almost identical with those governing the allocation of the burden of proof. » Voir E.M. MORGAN, *loc. cit.*, note 65, 279. Le rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve y réfèrera en des termes fort semblables, près de 40 ans plus tard : « La connaissance d'office a sans doute un fondement mixte. Toutefois, les conséquences très différentes des deux thèses sur lesquelles elle s'appuie ont longtemps divisé la doctrine. Si elle vise à gagner du temps, il est possible de réfuter l'élément admis d'office. Elle produit alors le même effet qu'une preuve *prima facie*. Par contre, si elle vise à préserver la crédibilité de la magistrature et du système judiciaire, l'élément admis d'office est irréfutable parce que, par définition, il est considéré comme "incontestable par des personnes raisonnables". » Voir GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE, *op. cit.*, note 16, p. 50.

2. La position minoritaire favorable à la recevabilité d'une preuve contraire

Certains auteurs se sont montrés favorables à la réception de preuve à l'égard de faits connus d'office. Au plan des principes, une préoccupation d'équité constitue selon nous l'aspect le plus convaincant de cette position : une partie au litige ne devrait pas être empêchée de faire valoir *tous* ses arguments. On comprend qu'il y a quelque chose de choquant à refuser le droit de contredire un fait, à interdire en fait légalement de parler de quelque chose. « Et pourtant, elle tourne ... », serait-on tenté de penser. On sent ici un air de censure et de répression. Dans le contexte d'une omniprésente *Charte canadienne des droits et libertés*, on songe à la liberté d'expression, aux principes de justice fondamentale, au droit à un procès équitable et à une défense pleine et entière⁹⁷.

Le développement rapide des connaissances donne lieu à un sain scepticisme face à ce que l'on tente de présenter comme incontestable. Une prudence élémentaire jouera donc en faveur de la recevabilité d'une preuve contraire⁹⁸.

Il semble qu'historiquement, des classiques du droit de la preuve en système anglo-américain, soit Wigmore et Thayer, aient été favorables à la réception d'une telle preuve contraire⁹⁹.

Thayer a par exemple décrit la connaissance d'office en des termes qui rappellent la notion de présomption, ou encore celle de preuve *prima facie* :

Taking judicial notice does not import that the matter is indisputable. It is not necessarily anything more than a prima facie recognition, leaving the matter still open to controversy. [...] In very many cases then,

⁹⁷ Je ne fais qu'évoquer ici, sans le traiter, ce thème général d'une constitutionnalisation des exigences de l'équité.

⁹⁸ R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 56, p.14 : « One way of minimizing the danger of judicial notice is to let in sworn testimony or other evidence for the purpose of establishing the ordinary meaning of words or *challenging judicially noticed facts*. Such evidence might be introduced through expert testimony or in the form of a Brandeis brief. » (je souligne)

⁹⁹ E.M. MORGAN, *loc. cit.*, note 65, 279.

*the taking judicial notice of a fact is merely, then, presuming it, assuming it until there shall be reason to think otherwise.*¹⁰⁰

Wigmore a apparemment partagé une telle approche : la connaissance d'office d'un certain fait aurait comme seul effet de relever de son fardeau la partie qui aurait autrement eu l'obligation de le prouver :

*That a matter is judicially noticed means merely that it is taken as true without the offering of evidence by the party who should ordinarily have done so. But the opponent is not prevented from disputing the matter by evidence, if he believes it disputable.*¹⁰¹

Plus récemment, et plus près de nous, Fabien a soutenu que « [l]a dispense de prouver [inhérente, selon lui, à la connaissance d'office] n'est pas une défense de prouver »¹⁰².

On pourrait interpréter l'article 2806 du nouveau *Code civil du Québec* comme un appui à cette position voulant que la connaissance d'office agisse en fait simplement comme une dispense de preuve. Cette disposition prévoit en effet que : « Nul n'est tenu de prouver ce dont le tribunal est tenu de prendre connaissance d'office ».

Par cette formulation de l'effet de la connaissance d'office, on se préoccupe de l'incidence quant aux fardeaux de preuve plutôt que du sort du fait connu d'office. Royer rappelle d'ailleurs que le texte de l'article 2808 du *Code civil du Québec* « parle d'un fait

¹⁰⁰ J.B. THAYER, *loc. cit.*, note 1, 309 et 310. Voir aussi James B. THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, 1898, pp. 308 et 309, cité dans E.M. MORGAN, *loc. cit.*, note 65, 280.

¹⁰¹ John Henry WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2^e éd., Boston, Little, Brown, 1923, n° 2567, cité dans Joseph Eliot MAGNET, « The Presumption of Constitutionality », (1980) 18 *Osgoode Hall Law Journal* 87, 134, et dans E.M. MORGAN, *loc. cit.*, note 65, 279 et 280, et qui écrit à la page 285, sur la théorie de Wigmore : « In his opinion there is no matter of fact that is not subject to dispute. All judicially noticed propositions of fact are only *prima facie* true. »

¹⁰² C. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, 467. Voir aussi, dans le même sens, D. PINARD, *loc. cit.*, note 27, 180, favorable au droit de réfuter un fait qui peut relever du domaine de la connaissance d'office.

dont la notoriété rend l'existence *raisonnablement* et non absolument incontestable », ce qui, selon lui, favorise la thèse de la recevabilité d'une preuve contraire¹⁰³.

Pour Fabien, s'il demeure possible de présenter de la preuve à l'égard d'un fait connu d'office, la détermination de l'existence de ce fait demeure cependant l'apanage d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire : les juges entendront la preuve, mais ne seront pas limités par cette dernière lorsqu'il s'agit véritablement d'un fait qui relève du domaine de la connaissance d'office¹⁰⁴.

Selon cet auteur, cette preuve constituera un élément de contexte pertinent, mais la règle demeurera que les faits de connaissance d'office sont l'affaire des juges, et ne sont pas assujettis au caractère contraignant des règles de preuve consacrées. Une des raisons d'être de la connaissance d'office étant d'éviter la preuve de l'évidence, il s'avérera de plus nécessaire que la juge conserve le pouvoir discrétionnaire de mettre un terme à un débat jugé superflu.

À l'appui de sa défense de la recevabilité d'une preuve contraire, Claude Fabien intègre l'argument d'équité à celui de l'économie générale du droit civil québécois : seul le législateur

¹⁰³ J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 6, p. 79 (je souligne). Royer considère aussi que l'utilisation de l'expression « raisonnablement incontestable » que l'on retrouve à l'article 2808 démontre, de la part du législateur québécois, une volonté d'élargir le domaine de la connaissance d'office. Il écrit aussi à la page 74 : « Sous l'influence d'une conception plus sociale du procès, la doctrine et la jurisprudence modernes, ainsi que les réformateurs du droit, favorisent un accroissement du domaine de la connaissance judiciaire. Le législateur québécois a suivi ce courant réformateur en obligeant le tribunal à prendre connaissance d'office de tout fait dont la notoriété en rend l'existence raisonnablement incontestable. » De façon moins enthousiaste, on peut cependant ne voir là qu'une acceptation réaliste du caractère essentiellement relatif de toute qualification d'un fait comme étant incontestable. En effet on retrouve cette qualification de l'incontestable judiciairement déclaré, dans la jurisprudence de common law bien antérieure au *Code civil du Québec* de 1994. Voir par exemple, pour un propos devenu classique, *R. c. Mallios*, précité, note 45, 445, où le juge décrit ainsi les faits de connaissance d'office : « [T]hat is, facts which cannot *reasonably* be the subject of a controversy. » (je souligne) Voir aussi, pour une affaire récente qui fait référence à l'article 2808 qui n'était cependant pas encore en vigueur et dont on a dit qu'il n'était que la codification du droit existant, *Droit de la famille—1840*, précité, note 46, 503, où le juge Melançon a écrit : « La connaissance judiciaire dans le droit civil actuel permet de ne pas exiger la preuve de certains faits *raisonnablement* connus. » (je souligne)

¹⁰⁴ C. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, 467 et 468.

aurait le pouvoir de créer des présomptions irréfragables interdisant toute preuve contraire¹⁰⁵. La connaissance d'office, création principalement jurisprudentielle, ne saurait donc opérer de la sorte.

L'argument semble toujours valide sous le régime du nouveau *Code civil du Québec*, dont l'article 2847 prévoit que seules les présomptions prévues par la loi, et qui concernent des faits « réputés », sont absolues et irréfragables.

3. La position majoritaire opposée à la recevabilité d'une preuve contraire

La position majoritaire semble opposée à la recevabilité de toute preuve à l'égard d'un fait connu d'office¹⁰⁶.

¹⁰⁵ *Id.*, 462 : « [L]a connaissance d'office peut être contredite comme tout autre mode de conviction. En vertu de l'article 1239 du Code civil, seule une disposition expresse de la loi peut créer une présomption légale absolue interdisant la preuve contraire. [...] Ce sont des cas exceptionnels où le législateur fait prévaloir l'ordre public sur la recherche de la vérité. L'effet de la présomption absolue est si radical qu'il ne peut qu'être l'oeuvre du législateur. Une présomption absolue ne pourrait pas être créée par voie jurisprudentielle. »

¹⁰⁶ Voir par exemple, pour une telle reconnaissance d'une position majoritaire sur la question, *R. c. Zundel*, précité, note 92, 150 : « The generally accepted modern view, however, is that where the court takes judicial notice of a matter, the judicial notice is final [...]. » GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE, *op. cit.*, note 16, p. 50 : « La doctrine semble maintenant admettre l'irréfutabilité de l'élément introduit par la connaissance d'office qui est une notion distincte de la présomption, laquelle ne se rencontre que dans le cas d'une preuve formelle. » Et à la page 51 : « Le groupe de travail convient unanimement que l'élément admis d'office doit être considéré comme prouvé de façon irréfutable. La décision de prendre connaissance d'office est bien sûr susceptible d'appel. L'irréfutabilité s'applique seulement à l'élément admis d'office et non aux déductions qui en découlent. » Voir notamment, comme exemples de cette opinion majoritaire : A.R. FLANZ, *loc. cit.*, note 16, 483; G.D. NOKES, *loc. cit.*, note 85, 72 et 73 : « On principle there would seem to be no doubt that judicial notice is final. The doctrine grew out of the assumption of knowledge of both law and fact, and on that assumption there can be no dispute as to the matter noticed. » P.B. CARTER, *loc. cit.*, note 28, 354 : « A judge can thus find that a fact exists, without requiring evidence in proof, and without allowing it in attempted disproof. » L. DUCHARME, *loc. cit.*, note 6, 453 et 454; Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 4^e éd., coll. « Bleue », Montréal, Éditions Wilson et Lafleur, 1993, p. 35; E.M. MORGAN, *loc. cit.*, note 65, 287 : « If he [le juge] is convinced that the matter is within the field of judicial notice and of the tenor of the matter to be noticed, he removes it from the field of dispute. » R. CROSS et C. TAPPER, *op. cit.*, note 13, p. 69 : « If the processes of taking judicial notice and receiving evidence of a fact are

Ce refus de permettre la présentation de toute preuve relative à un fait connu d'office se fonde sur ce qui est considéré comme la raison d'être même de la connaissance d'office. On comprend en effet que si l'on justifie la connaissance d'office par le fait que serait vue comme une insulte à l'intelligence l'exigence de la preuve de ce qui est incontestable, on ne peut guère accepter d'entendre par la suite une preuve contraire. La justification fondamentale de l'existence de cette notion militerait donc contre la recevabilité d'une telle preuve contraire¹⁰⁷.

Non seulement serait-il futile de présenter une preuve visant à contredire l'incontestable, mais l'exercice serait aussi inutile dans la mesure où les arguments pertinents auront vraisemblablement été présentés au cours de l'étape exploratoire préalable à la décision de prendre connaissance d'office. Plus encore, la liberté du débat préalable à la décision de prendre connaissance d'office est telle qu'elle aura permis la considération d'une panoplie

essentially different, no evidence should be admissible in rebuttal of a fact which is judicially noticed. It appears that this is the case in spite of occasional remarks suggesting that taking judicial notice is merely the equivalent of *prima facie* proof of a fact. » COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 16, p. 6 : « Article 4 (5). Lorsque le juge prend judiciairement connaissance d'un fait ou d'une autre question et que les parties ont eu l'occasion de fournir des renseignements à ce sujet, le fait ou la question est réputé, d'une façon concluante, être véridique aux fins de l'espèce et aucune preuve contradictoire n'est par la suite admissible. »

¹⁰⁷ P.B. CARTER, *loc. cit.*, note 28, 354 : « Any matter which is of such common knowledge that it would be an insult to the intelligence to require its demonstration, or to countenance its contradiction, is dealt with in this way [...]. » Il ajoute, à la page 356 : « Also, it would obviously involve substantial negation of much of the rationale underlying the doctrine of judicial notice if a fact, once noticed, were to be treated as still open to challenge by adducing contradictory evidence. » L. DUCHARME, *loc. cit.*, note 6, 452 : « Le fait [pour être connu d'office] doit donc s'imposer avec un tel degré de certitude que toute preuve contraire paraisse futile. » Il ajoute aux pages 453 et 454 : « Il répugne qu'un fait, par nature incontestable, puisse être contesté. Aussi, est-ce une erreur, selon nous, de concevoir la connaissance d'office comme une simple dispense de preuve et d'en déduire, sur la base qu'une dispense n'est pas une prohibition, qu'un plaideur a toujours le droit de prouver un fait connu d'office ou de chercher à le contester. Doit donc être tenu pour avéré et comme non susceptible de preuve contraire, tout fait dont le tribunal est tenu de prendre connaissance d'office. » COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 16, p. 18 : « De plus, si une preuve contraire était admissible, on se trouverait à contrarier l'objectif de la règle de la connaissance judiciaire, soit, éviter que les parties demandent au tribunal de se prononcer sur des questions incontestables. »

d'éléments plus large encore que celle qui répondrait aux exigences plus formelles des règles de preuve¹⁰⁸.

Une autre raison, de l'ordre de la rigueur et de la distinction conceptuelle celle-là, milite aussi à l'encontre de la recevabilité de preuve contraire. En effet, accepter une telle preuve à l'égard d'un fait connu d'office équivaut à confondre la connaissance d'office avec le mécanisme des présomptions, ou encore avec les règles relatives à la répartition du fardeau de preuve. Or, la connaissance d'office s'en distingue en ce qu'elle se fonde sur le caractère incontestable du fait, et non simplement sur la plus ou moins grande difficulté de sa preuve ou encore sur l'à-propos d'une attitude de départ particulière quant à sa vraisemblance. Morgan est à cet égard fort éloquent :

That there is a priori a high degree of probability of the truth of a particular proposition may be a good reason for putting upon the party asserting its untruth the burden of producing credible evidence, or of persuading the trier, of its untruth, but it cannot justify a tribunal in taking judicial notice of its truth. To warrant such judicial notice the

¹⁰⁸ J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 17, pp. 987 et 988 : « While there appears to be formidable authority against the view that a judicially noticed fact is conclusive, it is submitted that no practical purpose is served by allowing evidence to be led to contradict a judicially noticed fact. If the process is carried out correctly, the judge will already have had the benefit of all available information on the subject and it is unlikely that putting it in the form of evidence will have any greater impact on his or her decision. Furthermore, the fact that a judge has a wide discretion in determining whether to take judicial notice of any fact capable of being noticed will limit the circumstances where the conclusiveness of the fact will prejudice a party or an accused. » COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 16, p. 6 : « Article 4 (5). Lorsque le juge prend judiciairement connaissance d'un fait ou d'une autre question et que les parties ont eu l'occasion de fournir des renseignements à ce sujet, le fait ou la question est réputé, d'une façon concluante, être véridique aux fins de l'espèce et aucune preuve contradictoire n'est par la suite admissible. » À la page 18 : « [É]tant donné que la décision du juge de prendre ou de ne pas prendre judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question peut toujours être contestée, comme toute autre décision, et que de nouveaux renseignements peuvent être fournis, l'admission d'une preuve en bonne et due forme visant à contredire un fait judiciairement connu ne servirait à rien et pourrait uniquement prolonger le procès; la règle n'aurait donc plus aucun avantage. Si le juge est convaincu de l'existence d'un fait par suite des renseignements qui lui ont été fournis sans formalités, et si les renseignements fournis sans formalités par la partie adverse ne peuvent pas le convaincre de changer d'idée, il est difficile de voir comment les renseignements fournis en suivant les règles strictes de la preuve pourraient avoir cet effet. »

*probability must be so great as to make the truth of the proposition notoriously indisputable among reasonable men. Rules and considerations affecting presumptions and burden of proof may have some elements in common with judicial notice ; but these elements do not make judicial notice a mere presumption or limit its field of operation.*¹⁰⁹

Les cas où la présentation d'une preuve contraire apparaîtrait souhaitable ou nécessaire seraient donc ceux où le principe même de la connaissance d'office, par nature, n'aurait tout simplement pas dû être appliqué¹¹⁰.

Morgan rappelle de plus à quel point la sujétion des faits relevant du domaine de la connaissance d'office aux règles ordinaires de preuve ouvrirait une boîte de Pandore. Il se demande par exemple si l'on ne devrait pas alors assurer le respect des règles ordinaires de preuve et ce même au stade de l'étude préalable à la décision de prendre ou non connaissance d'office d'un certain fait. Il s'interroge aussi sur l'obligation de divulgation de ses sources qui pourrait incomber au tribunal, et sur la nature exacte du fardeau de preuve requis pour contrer l'exercice de la connaissance d'office¹¹¹.

¹⁰⁹ E.M. MORGAN, *loc. cit.*, note 65, 274. Voir, dans le même sens, GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE, *op. cit.*, note 16, p. 50 : « La doctrine semble maintenant admettre l'irréfutabilité de l'élément introduit par la connaissance d'office qui est une notion distincte de la présomption, laquelle ne se rencontre que dans le cas d'une preuve formelle. » A.R. FLANZ, *loc. cit.*, note 16, 477 : « The strongest point of criticism to be found in the Wigmore approach is that it tends to merge the doctrine of judicial notice with that of presumptions. » G.D. NOKES, *loc. cit.*, note 85, 73 : « Any analogy with presumptions appears untenable. So-called conclusive presumptions are rules of substantive law. True or rebuttable presumptions are usually based on evidence and involve an inferred conclusion, but judicial notice presupposes neither evidence nor inference. »

¹¹⁰ G.D. NOKES, *loc. cit.*, note 85, 73 : « [I]n the great majority of cases there is no room for doubt that judicial notice is final. However, there may occur circumstances in which judicial notice presents the appearance of operating as the equivalent of a rebuttable presumption, when its effect provides an apparent or actual parallel to prima facie evidence. Yet these circumstances occur only when judicial notice is inapplicable or partial or premature. »

¹¹¹ E.M. MORGAN, *loc. cit.*, note 65, 286 : « If the matter is subject to judicial notice, the court may, by universally declared authority, seek information from any and all sources which it deems reliable. Must these sources be disclosed to counsel and the authors of the material relied on be produced for cross-examination? Is the court to be subject to cross-examination as to the extent of its search for relevant data and the validity of its deductions? How

Quant à l'argument voulant que le principe de l'*équité* exige que soit donnée aux parties l'occasion de s'exprimer sur l'existence des faits qui seront pertinents à leur cause, on y répond que cette occasion leur aura déjà été donnée au cours de l'étape préalable à la conclusion judiciaire de prendre connaissance d'office¹¹². Les exigences de l'*équité* sont donc respectées, en ce que la juge n'exercera justement son pouvoir de prendre connaissance d'office d'un fait que lorsque les représentations des parties ne l'auront pas convaincue qu'un tel traitement serait inéquitable¹¹³.

Le refus d'entendre toute preuve visant à contredire un fait connu d'office ne sera donc logique, cohérent et même conforme aux exigences de l'*équité* que dans la mesure où les parties auront préalablement eu la possibilité de discuter et éventuellement de contester non pas le fait connu mais bien la décision judiciaire d'en prendre connaissance d'office. Il faut ici s'entendre sur la distinction. Comme Davis l'explique fort bien, c'est une chose de contester un fait judiciairement déclaré incontestable, c'en est une autre de contester cette décision judiciaire. La première serait illogique, la seconde est non seulement possible, mais sera parfois requise par l'*équité*¹¹⁴.

much evidence is required to make the contrary of the judicially noticed matter an open question for the trier of fact? How much will entirely nullify the *prima facie* effect of judicial notice? [...] Does the party disputing judicially noticed matter have only the burden of producing evidence, or the burden of persuasion also, or something less or something more? If rebuttable judicial notice is not just another name for a presumption, how does it differ from a presumption? If it is a presumption, is it a species of presumption which requires special treatment? »

¹¹² On peut remarquer que la Commission de réforme du droit du Canada limitait expressément le caractère final de la connaissance d'office d'un fait aux cas dans lesquels les parties avaient eu l'occasion de faire des représentations sur la question : *supra*, note 16, art. 4(5).

¹¹³ Voir, par exemple : A.R. FLANZ, *loc. cit.*, note 16, 483 : « Judicial notice of such facts [adjudicative facts] should be conclusive. An opportunity should be given to the other party to question the propriety of taking judicial notice. »

¹¹⁴ K.C. DAVIS, *loc. cit.*, note 80, pp. 978 et 979 : « Two questions must be distinguished — whether the fact to be noticed is indisputable or debatable, and whether indisputability or debatability is itself indisputable or debatable. Although a fact already held to be indisputable logically ought not to be the subject matter of evidence and argument, the ruling that the fact is indisputable should be subject to reexamination to the same extent that any other ruling may be reexamined after it has been announced. [...] [R]equests for reconsideration of rulings on judicial or official notice must be entertained and the judge or officer must have a discretionary power, as now, to allow or

4. Les exigences de l'équité

Se pose dès lors la question de la nécessité d'aviser les parties préalablement à toute prise de connaissance d'office. Il semble en effet accepté que ce mécanisme puisse s'exercer implicitement ou explicitement¹¹⁵. La connaissance d'office implicite, par définition, peut poser des problèmes d'équité, en ce qu'elle se déroule dans l'ombre, souvent au cours du délibéré, et peut dès lors prendre les parties par surprise¹¹⁶.

Le degré de visibilité de l'étape préalable à la décision de prendre connaissance d'office se situera en effet sur un continuum allant de la discussion expresse du prétoire au sombre silence du délibéré. Théoriquement, la connaissance d'office peut avoir lieu à tout moment, et ce jusqu'à ce que le jugement final soit rendu. De plus, et même lorsque la connaissance d'office a lieu à un moment où il serait encore possible pour les parties au litige d'y réagir efficacement, elle pourra avoir lieu implicitement.

La possibilité théorique d'avancer en toute liberté des arguments favorables ou opposés à l'éventuelle connaissance d'office d'un certain fait n'a de sens que dans la mesure où les parties sont avisées de cette possibilité, et ce à un moment où il leur est encore possible de réagir utilement.

Dans son document de 1973, la Commission de réforme du droit du Canada, sans cependant aller jusqu'à proposer une obli-

to deny opportunity to support the request with argument or with evidence. » Voir aussi, pour une position favorable à un droit d'appel d'une décision de prendre connaissance d'office d'un fait, GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES RÈGLES DE PREUVE, *op. cit.*, note 16, p. 51 : « Le groupe de travail convient unanimement que l'élément admis d'office doit être considéré comme prouvé de façon irréfutable. La décision de prendre connaissance d'office est bien sûr susceptible d'appel. »

¹¹⁵ C. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, 469.

¹¹⁶ *R. c. Quinn*, précité, note 54, 550 : « [I] note that there is a difference between the taking of judicial notice on the basis of information not referred to by counsel at the trial, and doing so on the basis of sources referred to by counsel. Where the former is the case, the trial Judge should proceed with the utmost of caution, where the fact which he is tempted to notice is one vital to the resolution of the case. Where, however, counsel has invited the taking of judicial notice, and sources have been referred to by counsel, then the trial Judge, even in a criminal case, should feel at liberty to take judicial notice of a fact on the basis of the sources referred to and other readily accessible sources of indisputable accuracy which his own research leads him to. »

gation générale de divulgation de tous les cas de connaissance d'office, avait toutefois prévu que devait faire partie du dossier de procédure, et éventuellement donner lieu à des représentations des parties au litige, toute source de renseignement consultée de façon autonome par la juge¹¹⁷.

Considérant l'effarante quantité d'informations qui seront inévitablement connues d'office aux fins d'une décision judiciaire, plusieurs d'entre elles fort banales, on a cependant contesté la nécessité d'un préavis systématique¹¹⁸. Davis a critiqué et qualifié d'absurde une approche exigeant un tel préavis dans tous les cas de connaissance d'office¹¹⁹.

De façon concrète et réaliste, Davis a plutôt suggéré que le contenu précis des exigences de l'équité puisse varier selon la nature des faits, notamment selon qu'ils sont plus ou moins cruciaux ou incontestables, et que dès lors seul un pouvoir discrétionnaire devrait fonder la décision d'aviser préalablement ou non les parties de l'intention de prendre connaissance d'office de certains faits¹²⁰.

¹¹⁷ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 16, pp. 5 et 6 : « Article 4 (2). En ce qui concerne tout fait dont il est fait mention aux paragraphes (2) et (3) de l'article 2 [faits de notoriété relative, faits qui nécessitent consultation de sources, faits sociaux pour l'interprétation de la loi ou la détermination de sa constitutionnalité] [...] b) si le juge se fonde sur quelque source de renseignement, y compris l'opinion d'experts en la matière, qui n'est pas reçue à l'audience, ce renseignement et la source de celui-ci doivent faire partie du dossier des procédures, et le juge doit, sur demande, donner à chaque partie l'occasion de formuler des prétentions au sujet de l'exactitude de ce renseignement. »

¹¹⁸ Voir, par exemple C. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, 469 et 470; L. DUCHARME, *op. cit.*, note 106, p. 35 : « [I] nous apparaît impensable qu'un juge puisse être tenu d'informer les parties avant de prendre connaissance d'un fait. »

¹¹⁹ K.C. DAVIS, *loc. cit.*, note 80, 975 : « the basic idea that parties must be notified before judicial notice can be taken is utterly impractical and could not conceivably be carried into practice. [...] When a judge or an officer starts to write findings of fact and conclusions of law, every paragraph necessarily contains facts that have not been proved with evidence. [...] Every simple case involves the assumption of hundreds of facts that have not been proved. In this light, the idea that the judge or officer must give notice to the parties before he can base his decision on any extra-record facts is an absurdity. »

¹²⁰ *Id.*, 977 : « The principal variables are (a) whether the facts are close to the center of the controversy between the parties or whether they are background facts at or near the periphery, (b) whether they are adjudicative or legislative facts, and (c) the degree of certainty or doubt — whether the facts are certainly indisputable, probably indisputable, probably debatable or certainly debatable. When the variables are so complex, the only practical solution is to

La connaissance d'office de faits importants et dont le caractère incontestable prête à discussion ne saurait en principe avoir lieu dans l'ombre, par exemple au cours du délibéré. Les parties au litige risqueraient alors d'être facilement prises par surprise par des affirmations factuelles apparaissant pour la première fois dans l'opinion judiciaire rédigée et terminée, et à propos desquelles elles auraient eu des arguments et des points de vue à apporter, si leur avait été donnée l'occasion préalable de le faire.

*In reading data garnered from text books and encyclopedias, and statistics taken from specified sources, set out in an opinion of a court of last resort, one often has a feeling that they might have been contradicted or modified or explained by diligent counsel aware that the court intended to use them.*¹²¹

À tout le moins, lorsque la juge hésite quant au caractère incontestable d'un fait qu'elle s'apprête à connaître d'office, et que ce fait est important pour la résolution du litige, elle devrait fournir aux parties l'occasion de lui faire des représentations sur la question. Un doute persistant quant au caractère incontestable du fait devrait inciter à laisser jouer à son égard les règles ordinaires de preuve¹²².

Autrement dit, lorsqu'une partie peut démontrer que la connaissance d'office d'un certain fait lui causerait préjudice en ce sens qu'elle l'empêcherait de présenter une preuve contraire pertinente, elle a peut-être ainsi démontré que le fait ne présente justement pas le caractère incontestable requis, et devrait donc

give the tribunal discretionary power. » Voir aussi, dans le même sens, Kenneth Culp DAVIS, « Facts in Law Making », (1980) 80 *Columbia Law Review* 931, 932, et A.R. FLANZ, *loc. cit.*, note 16, 483 : « It would appear to introduce unnecessary delay to always require that notification be given to the other party in advance of judicial notice being taken upon request of a party; however, this should be a matter of judicial discretion decided by the circumstances of the particular case. »

¹²¹ E.M. MORGAN, *loc. cit.*, note 65, 293.

¹²² *Id.*, 287 : « If the judge believes it doubtful whether the matter falls within the domain of judicial notice, or if the sources available are inadequate, he leaves the subject within the domain of evidence, and all the ordinary rules applicable to the process of resolving an ordinary issue of fact are enforced. »

être sagement laissé à l'arbitrage des règles de la preuve contradictoire¹²³.

On le voit, les justifications apportées à un refus d'entendre la preuve relativement à un fait connu d'office ne valent que dans la mesure où ce fait est ***incontestablement incontestable***. Dès que l'on s'approche des zones grises, qui occupent la plus grande superficie du champ factuel, on s'entend, elles ne valent plus.

S'il est bien sûr futile de contester l'incontestable, le problème en demeure un de définition. On sait la part jouée par l'ignorance et les préjugés dans ce qui a été considéré comme incontestable à certaines époques historiques. La mise au rancart aujourd'hui de ce qui était incontestable hier, grâce à l'évolution erratique mais constante des connaissances, met en lumière l'importance de donner aux parties l'occasion de réagir et de répondre à l'égard de faits qui risquent d'être tenus pour validement présentés au tribunal en l'absence de toute preuve formelle. Le moment et les modalités de cette occasion ne sont peut-être que des questions secondaires.

Une incidence du choix de ces modalités apparaît cependant importante : si les parties peuvent réagir avant la prise de connaissance d'office, il semble que la liberté d'action soit totale, la leur comme celle des juges, et que les contraintes du droit de la preuve ne s'appliquent alors tout simplement pas. Les parties pourront présenter toute l'information pertinente et fiable qu'elles souhaitent, sans égard aux règles d'admissibilité de la preuve, et les juges peuvent s'instruire librement de la question, en présence des parties ou non. Se posera inévitablement ici la question des exigences de l'équité. En effet, même si l'on accepte que les règles du droit de la preuve ne s'appliquent pas à cette étape préliminaire, il demeure que le principe de l'équité, que ce soit à titre de principe général de droit ou encore de précepte constitutionnel, devra y prévaloir. Les modalités concrètes d'application de ce principe pourront varier selon la nature et l'importance des faits que l'on songe à connaître d'office.

¹²³ J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 17, p. 988 : « [T]he fact that a judge has a wide discretion in determining whether to take judicial notice of any fact capable of being noticed will limit the circumstances where the conclusiveness of the fact will prejudice a party or an accused. »

Si l'on accepte plutôt qu'un fait à propos duquel la conclusion de prendre connaissance d'office a déjà été rendue demeure objet de discussion par les parties, cette discussion sera cette fois assujettie aux règles du droit de la preuve.

On revient donc inévitablement à la question fondamentale : la découverte de la vérité et le respect des droits des parties seront-ils mieux servis par la liberté d'investigation préalable à une conclusion de connaissance d'office ou encore par l'ordre relatif des règles de preuve applicables lors d'une discussion de l'objet, postérieure à une telle connaissance¹²⁴ ?

B. Une question distincte : le contexte factuel de raisonnement

La théorie orthodoxe veut que l'ensemble des faits pertinents en contexte judiciaire se compose d'une part de ceux qui sont prouvés par les parties et d'autre part de ceux, relativement incontestables ceux-là, relevant du domaine de la connaissance d'office que l'on vient de décrire. Le monde des faits, par opposition au monde du droit, serait exhaustivement réparti entre ces deux catégories.

Or, on sait intuitivement que le raisonnement judiciaire, comme tout raisonnement, repose aussi sur un autre type de fondement factuel, celui-là plus obscur, et qui sera inévitablement présent dans une évaluation de l'existence de certains faits particuliers. Le contexte judiciaire ne fait pas ici exception. Il s'agit de cet ensemble diffus de connaissances factuelles qui sert à évaluer, apprécier et comprendre la signification d'un fait isolé.

On doit s'interroger sur les liens, s'il en est, entre ce contexte factuel de raisonnement et le monde de la connaissance d'office tel qu'on vient de le décrire. Ma prétention sera ici qu'il s'agit de réalités distinctes, et que l'assimilation du premier au second ne peut qu'entretenir une confusion inutile.

¹²⁴ C'est, semble-t-il, la question fondamentale du droit de la preuve, à laquelle on nous permettra de ne pas répondre ici.

1. La distinction entre l'établissement et l'appréciation des faits

Dans un important article de doctrine française, Chevallier s'interroge sur la question de l'utilisation par les juges de leurs connaissances personnelles¹²⁵. Dans la recherche d'une distinction des cas où cette utilisation est légitime et permise de ceux où elle ne le serait pas, il retient apparemment un critère fonctionnel. En effet, selon cet auteur, la question n'est pas celle de la nature de ces connaissances, par exemple de leur degré de généralité, mais bien plutôt celle du rôle qu'elles joueront dans le processus de décision judiciaire¹²⁶. Ainsi, pour Chevallier, le juge ne peut utiliser ses connaissances personnelles pour *l'établissement* des faits, qui doit demeurer le lieu de la responsabilité et du contrôle des parties au litige ; le juge peut cependant utiliser ses connaissances personnelles pour *l'évaluation*, pour l'appréciation de ces faits. Chevallier écrit :

*Lorsque la Cour suprême autorise le juge à apprécier, au besoin à la lumière de ses informations et de son expérience, les éléments du procès, mais lui interdit d'y introduire des éléments nouveaux, elle se rapporte à une analyse exacte de l'office du juge. Celui-ci doit en effet vérifier la matérialité des faits avant de les apprécier. Ces deux démarches sont bien différentes car si l'appréciation est libre, la constatation de la matérialité des faits est commandée par les règles de la preuve, le juge ne peut retenir que les faits établis par les modes de preuve autorisés par la loi et administrés suivant les formes requises.*¹²⁷

Cette utilisation par le juge de ses connaissances personnelles aux fins de l'évaluation des faits établis est d'ailleurs tout à la fois inévitable et souhaitable. L'appréciation de circonstances factuel-

¹²⁵ J. CHEVALLIER, *loc. cit.*, note 2.

¹²⁶ *Id.*, 10.

¹²⁷ *Id.*, 16. Voir, pour une présentation de ce critère de distinction, J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *op. cit.*, note 19, p. 500 : « Mieux vaut faire porter l'analyse sur le rôle que jouent les connaissances personnelles du juge dans l'élaboration de sa décision. Pour aboutir à une solution, le tribunal doit non seulement constater les faits, mais aussi les apprécier, c'est-à-dire se prononcer "sur l'aptitude des faits établis à entraîner la conséquence de droit en litige". Or, si l'existence des faits ne doit être démontrée que selon des modes de preuve ayant pu être discutés par les parties, dans l'appréciation de ces faits le juge peut tirer parti de son expérience et de ses connaissances personnelles. Une telle analyse correspond aux expressions employées par la Cour de cassation. »

les met toujours en jeu l'intégralité de l'expérience de la personne qui y procède, qu'elle soit juge ou non. Cela est d'ailleurs très bien ainsi : une évaluation factuelle bien informée est toujours à privilégier¹²⁸.

Cette perspective est intéressante, en ce qu'elle pose le problème différemment, non plus en fonction de la nature des faits connus, mais bien plutôt en fonction de l'utilisation que l'on compte faire de certaines connaissances acquises hors du champ du débat contradictoire¹²⁹.

On a vu que, dans la tradition anglo-saxonne, la connaissance d'office joue certainement au niveau de l'établissement des faits : elle ajoute les faits connus d'office aux faits présentés dans le respect des autres règles de preuve. Ainsi, les faits connus d'office et les faits prouvés constitueront la matière première du raisonnement judiciaire. Vient théoriquement ensuite l'appréciation de cet ensemble factuel.

2. L'importance du contexte factuel de raisonnement

La thèse de Chevallier est ici utile, en ce qu'elle reconnaît une importante liberté judiciaire à cette étape de l'appréciation des faits. Qu'on veuille le reconnaître ou non, toute détermination factuelle faite par un être humain se distingue de celle à laquelle procéderait un martien de passage sur Terre en ce qu'elle intègre

¹²⁸ J. CHEVALLIER, *loc. cit.*, note 2, 5 : « On ne saurait exiger du juge que, dans l'exercice de sa fonction, il fasse abstraction de ses connaissances et de son expérience. Peut-on même le souhaiter? Il n'est pas évident que l'ignorance encyclopédique du juge soit gage de bonne justice. »

¹²⁹ Voir, pour une telle distinction, dans un contexte de droit administratif, Kenneth Culp DAVIS, « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », (1942) 55 *Harvard Law Review* 364, 416 et 417 : « For an agency to learn facts from sources outside a record is one thing. For an agency to bring to bear upon facts in a record the generalized knowledge or understanding we call expertness is something else. [...] The impossibility of drawing a precise line makes the difference no less real. » Un article de doctrine américaine intéressant se fonde sur l'existence de cette distinction entre l'établissement des faits et le raisonnement, et porte sur l'utilisation de faits non mis en preuve dans l'argumentation sur les faits : A. Leo LEVIN et Robert J. LEVY, « Persuading the Jury with Facts not in Evidence : The Fiction-Science Spectrum », (1956) 105 *University of Pennsylvania Law Review* 139. Ces auteurs écrivent, à la page 140 : « Proof and persuasion are two basic components of the process we know as the trial of an issue of fact. The former is accomplished by adducing evidence; the latter by arguing the effect which should be accorded that which has already been introduced. »

une quantité considérable d'informations qui sont le fruit tant de l'apprentissage individuel de cet être humain que de celui, collectif et historique, de la communauté à laquelle il appartient. Cette multitude d'informations n'est généralement pas nommée, mais elle est essentielle en ce qu'elle permet de comprendre la signification d'un événement isolé par son intégration dans un contexte global.

Il s'agit en fait d'une culture commune, partagée, généralement innommée mais essentielle à l'intelligence de tout événement¹³⁰. C'est ce qui permet de donner un sens à toute nouvelle donnée. Bennett et Feldman ont éloquemment illustré l'importance de l'intégration de toute information nouvelle dans un contexte social d'interprétation¹³¹.

On doit d'ailleurs remarquer que cet ensemble diffus de connaissances sert tout autant au raisonnement sur le droit qu'au raisonnement sur les faits. L'interprétation des lois, par exemple, postule l'existence de langages et de normes culturelles partagés dans la société, notamment par les législateurs et les

¹³⁰ Voir par exemple, dans un contexte d'études ethnologiques : Harold GARFINKEL, *Studies in Ethnomethodology*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1967, p. 76 : « Sociologically speaking, "common culture" refers to the socially sanctioned grounds of inference and action that people use in their everyday affairs and which they assume that others use in the same way. Socially-sanctioned-facts-of-life-in-society-that-any-bona-fide-member-of-the-society-knows depict such matters as the conduct of family life, market organization, distributions of honor, competence, responsibility, goodwill, income, motives among members, frequency, causes of, and remedies for trouble, and the presence of good and evil purposes behind the apparent workings of things [...]. »

¹³¹ W. LANCE BENNETT et Martha S. FELDMAN, *Reconstructing Reality in the Courtroom; Justice and Judgment in American Culture*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1981, p. ix : « [...] how stories of the sort people tell in everyday life help to organize the information presented in criminal trials so that it can be evaluated by jurors. » À la page 7 : « Stories are everyday communication devices that create interpretive contexts for social action. In isolation from social context, behaviors or actions are ambiguous. » À la page 8 : « [S]tories solve the problems of information load in trials by making it possible for individuals continuously to organize and reorganize large amounts of constantly changing information. New pieces of evidence can be fit within the structural categories in an incident. Evidence gains coherence through categorical connections to story elements such as the time frames, the characters, the motives, the settings, and the means. » Et, à la page 10 : « Whether the concern is with how jurors apply legal statutes, or how they process large bodies of information, stories provide the most obvious link between everyday analytical and communicational skills and the requirements of formal adjudication procedures. »

juges. Le raisonnement judiciaire, on le souhaite tout autant qu'on le reconnaît, utilise implicitement le contenu informatif de cette culture partagée¹³².

L'importance de ce contexte de connaissances générales pour la décision judiciaire est fondamentale¹³³. On a même déjà avancé, de façon quelque peu ironique, qu'il s'agissait peut-être à cet égard de l'élément le plus influent, et ce malgré le fait que la décision ultime ne semble explicitement reposer que sur le droit applicable et les faits de la cause. Roberts s'exprime ainsi :

When new disputes are fed into the machine as grist for the dispute-settling function, three factors weigh upon the judges in a descending order of importance. Most important are the cultural, social, economic, and intellectual assumptions of the judges at the particular time ; in short, their ideas about the society and its current needs control their reactions to a considerable degree. As judges are lawyers, the facts of the particular dispute are next in importance. Third is the body of legal doctrine stored in their own and counsel's memory, which is important because, the dispute being new, almost any result can be reached by carefully selecting the existing rule from which to draw an analogy.

*At the output end of the machine, however, when the decision is announced, this priority is totally reversed.*¹³⁴

La doctrine anglo-américaine utilise parfois l'expression « *common-sense generalizations* » pour référer à cet ensemble dif-

¹³² Sullivan exprime cette réalité en ces termes (R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 56, p. 417) : « The meaning of legislation must be gathered from reading the words of the legislation in context, and this includes the external context. [...] The external context is the setting in which legislation is enacted and operates, its social and political background. It is comprised of two categories : public knowledge and cultural understanding. [...] the store of cultural understanding that the legislature is assumed to share with its audience. This category includes the assumptions and norms relied on by courts in understanding the meaning of language, in drawing inferences about legislative purpose and, generally, in deciding what is logical or plausible or "simple common sense". »

¹³³ Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Re-Examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context », (1994) 26 *Ottawa Law Review* 551, 559 : « These fundamental facts [those very basic facts that the average factfinder possesses regarding the world in which we live, and that must be used in the drawing of inferences, the judging of witness' credibility, or the evaluation of evidence] comprise a prism of personal experience and understandings through which judges and jurors, as factfinders, both perceive and interpret that which is put before them. »

¹³⁴ E.F. ROBERTS, *loc. cit.*, note 1, 212; il parle, à la page 213, de « transvaluation of values ».

fus de connaissances relatives, notamment, au cours normal des événements dans une société donnée¹³⁵.

Le traitement des faits, en contexte judiciaire, repose en large partie sur de telles « généralisations de sens commun ». Il s'agit en fait des connaissances générales sur le cours normal des choses, sur le comportement habituel des individus. Ces données n'auraient pas à être prouvées, et seraient connues des juges comme de toute personne. Ce sont des connaissances générales propres à l'expérience humaine normale. Dans le contexte judiciaire, elles permettent de comprendre et d'apprécier la preuve qui est présentée par les parties.

3. L'assimilation au monde de la connaissance d'office

Certains semblent considérer que ces connaissances générales, tout comme la maîtrise de la pensée rationnelle, font partie du domaine de la connaissance d'office¹³⁶.

¹³⁵ Voir notamment Jonathan COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 274 et 275, cité dans R.M. EGGLESTON, « Generalisations and Experts », dans William TWINING (dir.), *Facts in Law*, coll « Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale », Wiesbaden, Franz Steiner Verlag GMBH, 1983, p. 1 : « The main commonplace generalizations are for the most part too essential a part of our culture for there to be any serious disagreement about them. They are learned from shared experiences, or taught by proverb, myth, legend, history, literature, drama, parental advice, and the mass media. »

¹³⁶ J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 17, p. 976, cités dans C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 133, 559 : « Furthermore, the tacit judicial notice that surely occurs in every hearing is indispensable to the normal reasoning process. » E.F. ROBERTS, *loc. cit.*, note 1, 236 : « Absurd as it sounds, judicial notice is not a distinct doctrine like the hearsay rule or best evidence; rather, judicial notice is the art of thinking as practiced within the legal system. Indeed, the fundamental error lies in teaching judicial notice as an aspect of Evidence. [...] It is judicial notice, then, which stands for the judge's thinking about how he shall build social channels and settle disputes with the droll and in themselves impotent statements called "Rules of Law". » Teaching "judicial notice" tends to crystallize the thinking process into rules. » Et aux pages 237 et 238 : « judicial notice only disguises the broader problem of judicial thinking [...]. » G.D. NOKES, *loc. cit.*, note 85, 60 : « Indeed, reasoning in general presupposes the possession of common knowledge; and decisions on the relevance of proffered evidence, or on many legal topics unconnected with evidence, such as negligence in road traffic, involve possession by the tribunal of that acquaintance with notorious facts which forms one of the foundations of judicial notice. » À la page 66 : « Judicial notice of matters of fact is founded upon that fund of knowledge and experience which is common to both judges and jurors, and is not confined to the Bench. [...] [A]nd there is no ascertainable limit to the matters which are

Dès 1890, Thayer écrivait que la connaissance d'office relevait en réalité du monde du raisonnement judiciaire et était à tort rattachée au droit de la preuve¹³⁷. Il incluait dans la connaissance d'office le sens ordinaire des mots, les méthodes normales de pensée et de raisonnement, les habitudes courantes, les données accumulées par une expérience humaine habituelle¹³⁸.

thus silently noticed by both judge and jury. » Colin MANCHESTER, « Judicial Notice and Personal Knowledge », (1979) 42 *Modern Law Review* 22 : « The concept of judicial notice is, then, that the judge can make use of his general knowledge where some fact has to be established and take notice of the existence of that fact without requiring it to be formally proved. » E.M. MORGAN, *loc. cit.*, note 65, 272 : « [T]he Court [...] must take judicial notice of what everyone knows and uses in the ordinary process of reasoning about everyday affairs. » Et aux pages 287 et 288 : « It goes without saying that a court cannot ever function intelligently without using both the fund of pertinent information common to all intelligent men and the ordinary processes of rational thought. » L. DUCHARME, *loc. cit.*, note 6, 452 et 453 : « La connaissance d'office porte essentiellement sur les faits qui font partie du fonds commun des connaissances dans la communauté. C'est ce corps de connaissances qui permet au tribunal de comprendre la preuve et de l'apprécier. [...] [L]a connaissance d'office représente les connaissances acquises dont un tribunal a besoin pour exercer sa fonction de réception et d'appréciation de la preuve [...]. » L. DUCHARME, *op. cit.*, note 106, p. 32; R. CROSS et C. TAPPER, *op. cit.*, note 13, pp. 72 et 73 : « The tacit applications of the doctrine of judicial notice are more numerous and more important than the express ones. A great deal is taken for granted [73] when any question of relevance is considered or assumed. » R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 56, p. 14 : « how conclusions about what makes sense in the immediate context determine the content of ordinary meaning. In reaching these conclusions, judges rely on their own knowledge of syntax and semantics and a wide range of information about the world in which they live. Their assumptions about what is coherent, appropriate and worthwhile enter the interpretive process without comment, even without awareness perhaps, because the reasoning is too obvious for comment. This points to the danger of judicial notice. What is indisputable fact to one person may be nonsense or distortion to another. »

¹³⁷ J.B. THAYER, *loc. cit.*, note 1, 287 : « The careful student will notice that a very great proportion of the cases involving judicial notice raise no question at all in the law of evidence; they relate to pleading, to the construction of the record or of other writings, the legal definition of words, the interpretation of conduct, the process of reasoning, the regulation of the order of trials. In short, the cases relate to the exercise of the function of judicature in all its scope and at every step. » Il ajoute aux pages 287 et 288 : « In conducting a process of judicial reasoning, as of other reasoning, not a step can be taken without assuming something which has not been proved. »

¹³⁸ *Id.*, 304 : « Such things [all that is necessarily or justly to be imputed to them by way of general outfit for the proper discharge of the judicial function] are the ordinary usages and practice of their courts; the general principles and rules of the law of their jurisdictions; the ordinary meaning, construction, and use of the vernacular language; the ordinary rules and methods of

De même, plus près de nous et plus récemment, la Commission de réforme du droit du Canada, dans un document préliminaire sur le droit de la preuve publié en 1973, définissait le champ de la connaissance d'office comme l'ensemble des « faits généraux d'une connaissance si commune, parmi les personnes d'une intelligence et d'une expérience moyennes, qu'ils ne peuvent pas raisonnablement être l'objet d'une contestation »¹³⁹. Le commentaire explicatif en donnait notamment comme exemples les comportements humains typiques et les relations causales entre certains événements¹⁴⁰.

4. L'exclusion du monde de la connaissance d'office

Il se peut qu'il s'agisse tout simplement ici de faire jouer un rôle de justification résiduaire à la notion de connaissance d'office. Le raisonnement irait comme suit : le droit et les faits sont les seuls ingrédients de la décision judiciaire ; les faits sont ou bien prouvés, ou bien objets de connaissance d'office ; les connaissances générales et la maîtrise de la pensée rationnelle ne sont ni du droit, ni objets de preuve ; ils font donc partie du domaine de la connaissance d'office. Davis a déjà évoqué, dans un autre contexte cependant, la possibilité que le caractère flou du concept de la connaissance d'office amène à lui faire jouer un tel rôle résiduaire¹⁴¹.

Or, en agissant de la sorte, on se voit dans l'obligation d'assimiler sous le même terme deux réalités totalement différentes. On retrouverait, d'une part, ces faits identifiés et incontestés

human thinking and reasoning; the ordinary data of human experience and judicial experience in the particular region; the ordinary habits of men. » Ces expressions sont reprises par la doctrine contemporaine. Voir par exemple, J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 6, p. 75, qui réfère à la connaissance d'office du « cours ordinaire des choses ».

¹³⁹ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 16, p. 3. Voir, dans le même sens, R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 56, p. 422 : « Although the importance of external context [external facts, social facts and cultural norms] in interpretation is well established, getting the appropriate material before the courts in a fair and systematic way is a problem. Traditionally, the courts have relied on judicial notice, both formal and informal, to introduce these materials. »

¹⁴⁰ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 16, p. 8.

¹⁴¹ K.C. DAVIS, *loc. cit.*, note 80, 966 : « And, although the meaning is not entirely clear as a matter of usage, the term "judicial notice" probably ought to signify any use by a court of extra-record facts. »

bles auxquels s'appliquent les considérations élaborées dans les pages précédentes, relatives, notamment, à la question des avis préalables et du droit de présenter une preuve contraire. S'y ajouteraient d'autre part cet ensemble diffus de connaissances propres à l'expérience humaine normale, une réalité à toutes fins utiles impossible à nommer, à identifier, et dès lors à encadrer¹⁴².

Il nous semble inacceptable de faire jouer un tel rôle au mécanisme de la connaissance d'office que l'on vient d'étudier qui, quoiqu'encadrée de contours flous, présente quand même un minimum de rigueur conceptuelle.

Le principal problème est en effet que l'on risque ici de s'éloigner considérablement de l'incontestable, généralement considéré comme le cœur et la justification de la connaissance d'office.

On peut certes s'interroger, par exemple, sur le caractère incontestable, objectif et scientifique de certains éléments composant ce « sens commun »¹⁴³. Il ne s'agit pas de nier ici l'incontournable rôle joué par le sens commun quant à la compréhension et à l'évaluation de toute information nouvelle. Le sens commun constitue la plupart du temps notre meilleur guide¹⁴⁴. C'est là un outil premier et fondamental, quoique net-

¹⁴² Certains tentent de réconcilier cette cohabitation douteuse en alléguant que le monde de la connaissance d'office comporte un volet liberté et un volet contrainte : voir J.H. WIGMORE, *op. cit.*, note 13.

¹⁴³ R.M. EGGLESTON, « Generalisations and Experts », dans W. TWINING (dir.), *op. cit.*, note 135, p. 22, à la page 24 : « When we reflect on the sources listed by Mr. Cohen for the derivation of the generalizations of the common juror, [« The main common place generalisations themselves are for the most part too essential a part of our culture for there to be any serious disagreement about them. They are learned from shared experience or taught by proverb, myth, legend, history, literature, drama, parental advice, and the mass media » : Jonathan COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977, p. 275.] it seems unjust to deny a party the benefit of the researches of modern science, even in such areas as psychology and psychiatry. »

¹⁴⁴ A.L. LEVIN et R.J. LEVY, *loc. cit.*, note 129, 142 : « This is no argument for *not* using common sense. We operate judicial institutions with the best we have and under the inescapable necessity of making concessions to the shortness of life. » Voici aussi dans le même sens, ce propos de la juge L'Heureux-Dubé au sujet de la question particulière de la pertinence dans *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 626 : « Dans la majorité des cas, on s'entendra généralement sur ce qui est pertinent, et la détermination de la pertinence ne posera pas de problème. Toutefois, il existe certains domaines où l'expérience, le bon sens et la logique sont alimentés par des stéréotypes et des mythes [...]. »

tement perfectible. On sait cependant depuis longtemps les dangers d'arbitraire qu'il comporte. On a par exemple écrit, il y a de cela 40 ans :

*[C]ommon sense is frequently wrong [...] Our every day experience of the world comes in crude, unrepresentative chunks, with causal relations hopelessly obscured, and with prejudice, superstition, and self-interest inextricably intertwined in perception.*¹⁴⁵

Combien de prétendues évidences, affirmées avec des « on sait bien que », « il est bien connu que », « il est évident que », se sont par la suite révélées exagérées, sinon tout simplement erronées¹⁴⁶. Ce « sens commun » est d'ailleurs composé autant, sinon plus, de jugements de valeurs et d'opinions que d'informations strictement factuelles. Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'incontestable est denrée rare dans le monde des valeurs¹⁴⁷.

Ainsi, il est peut-être abusif de considérer que l'ensemble des connaissances mises en oeuvre afin d'évaluer la pertinence d'un élément de preuve quant à un fait en litige, par exemple, relève du domaine de la connaissance d'office. Les juges comme les profanes utilisent le produit de leur expérience pour évaluer et apprécier toute information nouvelle qu'on leur présente. Ni cette expérience, ni ses produits ne seront notoires ou incontestables. Plus encore, ils seront rarement isolés, nommés, identifiés. En effet, cet ensemble diffus de connaissances générales est loin de présenter la précision habituellement caractéristique des faits

¹⁴⁵ BITTERMAN, « The Evaluation of Psychological Propositions », dans L. LEVIN, *Evidence and the Behavioural Sciences* A-16 (mimeo 1956), cité dans A.L. LEVIN et R.J. LEVY, *loc. cit.*, note 129, 141.

¹⁴⁶ Les propos récemment tenus par un juge de la Cour supérieure du Québec, au cours d'un prononcé de sentence, et pour lesquels le comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature a recommandé sa révocation constituent un exemple extrême. En voici certains passages : « lorsque la femme s'élève dans l'échelle des valeurs de vertu, elle s'élève plus haut que l'homme [mais] lorsqu'elle décide de s'abaisser, elle le fait hélas jusqu'à un niveau de bassesse que l'homme le plus vil ne saurait lui-même atteindre. [...] [M]ême les nazis n'ont pas éliminé des millions de Juifs dans la douleur, ni dans le sang. Ils ont péri sans souffrances, dans des chambres à gaz » : Paul CAUCHON, « Le juge Bienvenue est inapte à remplir utilement ses fonctions », *Le Devoir*, 5 juillet 1996.

¹⁴⁷ Henry P. MONAHAN, « Constitutional Fact Review », (1985) 85 *Columbia Law Review* 229, 233, note 25, réfère au danger de l'erreur épistémologique qui consiste à prendre les jugements de valeurs pour des faits.

connus d'office. Il opère souvent de façon implicite, voire inconsciente¹⁴⁸.

S'il est vrai que son application concrète n'est pas toujours facile à réaliser, il n'en demeure pas moins qu'on peut conceptualiser une distinction fondamentale dans le champ factuel entre, d'une part, la matière première constituée des faits prouvés et des faits incontestables connus d'office et, d'autre part, cet ensemble diffus de connaissances générales mis en oeuvre pour l'intelligence des premiers¹⁴⁹. Ce dernier est flou, évanescent et en principe réfractaire à toute forme de classification ou de réglementation.

De plus, traiter ces connaissances communes comme des éléments de la connaissance d'office risquerait de soulever la question des nécessaires avis préalables, ce que leur caractère rend à toutes fins utiles impensable.

Il n'est donc pas surprenant que d'autres auteurs aient exclu ce champ de connaissances générales du domaine de la connaissance d'office *stricto sensu*¹⁵⁰. Je suis du nombre.

¹⁴⁸ Voir cependant *R.D.S. c. Her Majesty the Queen*, C.A. Nouvelle-Écosse, 25 octobre 1995, une affaire portée en appel devant la Cour suprême du Canada, et dans laquelle un juge d'un tribunal de la jeunesse a évalué la crédibilité d'un accusé et d'un policier à la lumière des remarques suivantes : « I'm not saying that the constable has misled the court, although police officers have been known to do that in the past. And I'm not saying that the officer overreacted but certainly police officers do overreact, particularly when they're dealing with non-white groups. That, to me, indicates a state of mind right there that is questionable. I believe that probably the situation in this particular case is the case of a young police officer who overreacted. And I do accept the evidence of Mr. S. that he was told to shut up or he would be under arrest. That seems to be in keeping with the prevalent attitude of the day. At any rate, based upon my comments and based upon all of the evidence before the Court I have no other choice but to acquit. » La Cour d'appel, à la majorité, a jugé que ces propos donnaient lieu à une crainte raisonnable de partialité. Une opinion dissidente est fondée sur l'idée qu'il était tout à fait approprié d'évaluer la preuve à la lumière de considérations générales portant sur les situations de tensions raciales dans la province.

¹⁴⁹ R. CROSS et C. TAPPER, *op. cit.*, note 13, p. 489 : « The treatment of evidence of opinion by English law is based on the assumption that it is possible to draw a sharp distinction between inferences and the facts on which they are based. »

¹⁵⁰ Voir, par exemple R.M. EGGLESTON, *loc. cit.*, note 143. Il réfèrera, aux pages 22 et 23, à la « distinction between matters of which the court will take judicial notice in the strict sense and matters which the court may take into account in evaluating the evidence ». Il ajoute, à la page 24 : « It is also apparent that these generalizations cannot be formulated in advance in the

5. Les exigences de l'équité

Cette banale reconnaissance de l'inévitable utilisation d'un ensemble de connaissances pour l'évaluation de toute information nouvelle et son exclusion de la connaissance d'office *stricto sensu* dont les paramètres sont discutés dans les pages précédentes ne doivent cependant pas équivaloir à un abandon total de la question au libre arbitre des juges. Cette activité d'appréciation, des questions de droit comme des questions de fait, d'ailleurs, est en effet fort perméable au jeu des mythes et des préjugés. Si, comme je le prétends, on est ici en marge de la question de la connaissance d'office, de telle sorte que le droit de répondre qui s'y rattache ne peut être techniquement invoqué, il n'en demeure pas moins que l'équité la plus élémentaire doit quand même être ici respectée.

Curieusement, en effet, ce caractère évanescent et incertain du contexte factuel d'appréciation, s'il semble en empêcher le rattachement au monde de la connaissance d'office, exigera cependant une possibilité de discussion par les parties au litige.

Un exemple illustrera mon propos, soit celui des questions de pertinence. Cet ensemble de connaissances sert inévitablement, et généralement de façon implicite, à l'évaluation de la *pertinence*

way that a fact of which the court will take judicial notice can be spelt out. » Voir aussi P.B. CARTER, *loc. cit.*, note 28, 363 : « When assessing any evidence given in court, the trier of fact must obviously draw upon a vast mass of previously acquired factual information, knowledge and experience. The use of the terminology of judicial notice to describe this may be confusing. This is not a question of judicial notice, but of the tribunal relying on its own experience as to the ordinary course of human affairs. [...] The truth is that this type of accumulated knowledge forms the yardstick by reference to which the significance of evidence is consciously or subconsciously measured. The nature of this yardstick will vary from person to person as their experiences and reactions to those experiences have differed. In some cases the accumulated background knowledge may be in part highly specialized. » Voir enfin C. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, qui écrit, à la page 456 : « On semble parfois confondre connaissance d'office et présomption de faits. Lorsque le juge tire une conclusion logique de certains faits prouvés, il ne prend pas connaissance d'office de sa conclusion. Il apprécie les éléments de présomption de faits. Les notions sont voisines dans la mesure où l'on considère que le juge en faisant cette opération intellectuelle, puise dans ses connaissances personnelles, comme les principes élémentaires de la logique. Mais la ressemblance s'arrête là. La présomption de faits est un procédé de preuve qui se fonde sur des faits prouvés, alors que la connaissance d'office est un substitut à la preuve fondé sur des faits extérieurs au procès. »

de certains éléments mis en preuve. On sait que la preuve d'un fait ne sera acceptée comme pertinente que dans la mesure où l'on considère que ce dernier tend à rendre vraisemblable l'existence d'un autre fait qui, lui, est en litige¹⁵¹. L'évaluation de cette connexité logique nécessitera l'implicite mise en oeuvre de toute une conception du monde et des interactions qui y prévalent. Ici, bien souvent, ces éléments pourtant déterminants n'apparaîtront même pas dans l'opinion judiciaire. Seule la conclusion y sera exprimée, soit la détermination de la pertinence de ce que l'on tentait de mettre en preuve¹⁵².

Cross écrira, à propos de la partie implicite de tout jugement de pertinence :

*A great deal is taken for granted when any question of relevance is considered or assumed. For example, evidence is constantly given that persons accused of burglary were found in possession of jemmies or skeleton keys, that powder puffs and pots of vaseline were found on the premises of those charged with homosexuality, and that the accused became confused when charged ; these facts are relevant only provided there is a common practice to use such things in the commission of the crime, or provided that guilty people tend more than innocent ones to become confused when charged, but no one ever thinks of calling evidence on such a subject.*¹⁵³

Or, on reconnaît de plus en plus que la pertinence constitue un critère dont la mise en oeuvre pourra s'avérer extrêmement subjective, et que son appréciation rigoureuse pourra requérir

¹⁵¹ J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 6, p. 346, qui réfère à *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, 731 : « Pour qu'un fait soit pertinent à un autre, il faut qu'il existe entre les deux un lien ou une connexité qui permette d'inférer l'existence de l'un à raison de l'existence de l'autre. Un fait n'est pas pertinent à un autre s'il n'a pas par rapport à celui-ci une valeur probante véritable (CROSS, *On Evidence*, 4^e éd., à la page 16). » J. STEPHEN, *A Digest of the Law of Evidence*, 12^e éd., London, McMillan and Co., 1948, p. 4 : « "Relevant" means that any two facts to which it is applied are so related to each other that according to the *common course of events* one either taken by itself or in connection with other facts proves or renders probable the past, present, or future existence or non-existence of the other [...] » (je souligne), cité dans Dennis R. KLINCK, « Evidence as Rhetoric : A Semiotic Perspective », (1994) 26 *Ottawa Law Review* 125, 133, à la note 37.

¹⁵² Claude Fabien a rappelé de quelle façon l'opération intellectuelle nécessaire au traitement des présomptions de fait requiert aussi l'utilisation des connaissances générales du juge. C. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, 456.

¹⁵³ R. CROSS et C. TAPPER, *op. cit.*, note 13, pp. 73. et 74. Il s'agit cependant, pour ces auteurs, de cas d'application tacite de la connaissance d'office.

une connaissance d'ensemble de la problématique discutée. L'évaluation de la pertinence donne largement prise au jeu des préjugés¹⁵⁴.

La juge Claire L'Heureux-Dubé, de la Cour suprême du Canada, reconnaît avec beaucoup de véhémence la perméabilité de certains de ces jugements de pertinence aux idées préconçues, aux mythes et stéréotypes. Dans une affaire mettant en cause la présomption d'innocence dans un contexte d'agression sexuelle, elle a dénoncé la prétendue pertinence des antécédents psychiatriques des victimes d'agression sexuelle en s'attaquant de façon plus générale à l'objectivité du critère de pertinence. Elle s'exprime ainsi :

*On a traditionnellement défini la pertinence comme [TRADUCTION] « tout ce qui est en accord avec le bon sens » [P.K. McWilliams, Canadian Criminal Evidence (3^e éd., 1988), p. 11-32] ou ce qui constitue la [TRADUCTION] « preuve logique » de la question en litige, selon la définition que notre Cour a adoptée dans l'arrêt Morris c. La Reine, [1983] 2 R.C.S. 190. Bien que la question de la pertinence apparaisse, à première vue, relativement simple à trancher, ce n'est pas le cas, ainsi que je l'ai expliqué dans l'arrêt Seaboyer, [...] pp. 679 et 680 : « Quel que soit le test, qu'il soit fondé sur l'expérience, le bon sens ou la logique, c'est là une décision particulièrement perméable aux préjugés. Quelle que soit la définition utilisée, la décision que prendra le juge quant à la pertinence sera fondée sur son expérience, son bon sens ou sa logique, ou sur les trois à la fois ».*¹⁵⁵

¹⁵⁴ Pour une analyse critique de la notion de pertinence en droit de la preuve, voir notamment Marylyn MacCRIMMON, « The Social Construction of Reality and the Rules of Evidence », dans « A Forum on Lavallée v. R. : Women and Self-Defense », (1991) 25 *U.B.C. Law Review* 36, 39 : « Feminist legal scholars reject the assertion that the concept of relevance is simply a matter of logic, unaffected by the substantive law or the perspective of the particular judge. »

¹⁵⁵ *R. c. Osolin*, précité, note 144, 626. La juge L'Heureux-Dubé, dissidente dans cet arrêt où six opinions ont été exprimées, écrit aussi à la page 625 : « C'est dans ce contexte que doivent être examinées les contestations quant à la crédibilité des victimes d'agression sexuelle pour des motifs d'ordre psychiatrique. Il n'y a absolument aucune preuve que les fausses allégations soient plus fréquentes en matière d'agression sexuelle que pour tout autre type d'infraction; de fait, vu les données faisant état des nombreux obstacles au signalement, le contraire semble plus vraisemblable. Les mythes selon lesquels l'appréciation de la crédibilité des plaignantes doit être scrutée de façon exceptionnelle n'en continuent pas moins de jouer un rôle dans la poursuite des agressions sexuelles. Comme preuve de leur persistance, il suffit de souligner que, hormis les cas d'agression sexuelle, il est rare que soit invoquée la pertinence des antécédents psychiatriques d'un témoin quant à la question à trancher. »

Lorsque, dans la détermination d'une question de pertinence, des connaissances plus objectives permettent de reconsidérer des inférences essentiellement fondées sur ledit « sens commun », on devrait en permettre la présentation au juge des faits¹⁵⁶. La difficulté consiste ici en ce que cette présentation de données scientifiques visant à empêcher ou à corriger des inférences factuelles qui seraient autrement élaborées risque de heurter la règle de preuve interdisant le témoignage d'expert à propos de certaines inférences factuelles qui doivent en principe être laissées à l'appréciation du juge des faits¹⁵⁷. Le critère semble être le suivant : l'expertise ne serait admissible que dans les cas où l'inférence factuelle à élaborer nécessiterait une connaissance spécialisée extérieure aux connaissances générales des juges des faits sur la normalité et le cours ordinaire des choses¹⁵⁸. Or, la

¹⁵⁶ Voir A.L. LEVIN et R.J. LEVY, *loc. cit.*, note 129, 142, à propos cependant d'un contexte de procès par jury : « The point is, however, that today the proper evaluation of evidence can often be aided by techniques more refined and more compelling than utilization of "jury knowledge" without more. »

¹⁵⁷ La juge L'Heureux-Dubé contourne d'une certaine façon cette difficulté en prenant connaissance d'office d'études qui lui permettent, affirme-t-elle, de rendre des jugements plus en harmonie avec la réalité sociale. Voir entre autres C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 133, et l'arrêt *Seaboyer*. La juge Claire L'Heureux-Dubé aborde cependant ici la question d'un angle différent et s'en est ultérieurement expliquée dans un article de doctrine (*loc. cit.*, note 133). Comme bien d'autres, on l'a vu, elle semble partager l'opinion selon laquelle les connaissances générales essentielles à la compréhension et à l'évaluation des faits mis en preuve font partie du domaine de la connaissance d'office. L'originalité de sa pensée consiste cependant en ce qu'elle estime que, au-delà des connaissances générales acquises des juges, devraient aussi relever de la connaissance d'office ces études de sciences sociales susceptibles de contrer les mythes et préjugés qui s'y glissent inévitablement.

¹⁵⁸ Voir par exemple, M. MacCRIMMON, *loc. cit.*, note 154, 37. Voir aussi J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 6, p. 169 : « Lorsque les faits sont simples et que le juge est aussi capable que l'expert de les comprendre et de déduire les conclusions qui en découlent, l'expertise n'est pas admissible. » Voir enfin, pour une formulation jurisprudentielle classique, *R. c. Turner*, [1975] Q.B. 834, 841 : « An expert's opinion is admissible to furnish the court with scientific information which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury. If on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of an expert is unnecessary. In such a case if it is given dressed up in scientific jargon it may make judgment more difficult. The fact that an expert witness has impressive scientific qualifications does not by that fact alone make his opinion on matters of human nature and behaviour within the limits of normality any more helpful than that of the jurors themselves; but, there is a danger that they may think it does. » R. CROSS et C. TAPPER, *op. cit.*, note 13, p. 489 :

difficulté propre aux inférences factuelles teintées de préjugés consiste justement en ce qu'elles ont toutes les apparences de la normalité, du « sens commun ». La recevabilité de la preuve d'expert dépendra donc alors d'une condition préalable et déterminante soit l'acceptation, par la juge des faits, que la réalité d'un phénomène est occultée par les perceptions superficielles de sens commun¹⁵⁹.

*

* *

La présente étude avait un objet limité, soit la présentation de diverses facettes de la notion traditionnelle de connaissance d'office des faits. J'espère avoir réussi à démontrer à quel point, au-delà des apparences, il s'agit d'une question aux contours incertains, à propos de laquelle les controverses sont nombreuses. L'évolution des connaissances et le sens aigu de relativité à laquelle elle donne lieu, mènent à l'humble conclusion que l'incontestablement incontestable n'occupe qu'une infime partie du champ factuel. Quant à la zone grise périphérique, on doit s'en remettre à la sagesse judiciaire, autant sinon plus pour l'équité à préserver que pour la décision ultime à prendre. Dans la décision judiciaire, le champ factuel est aujourd'hui plus que jamais le lieu de pouvoir des juges. On peut en effet se demander si ne se dessine pas un mouvement favorable à une autonomie judiciaire

« The drawing of inferences is said to be the function of the judge or jury, while it is the business of a witness to state facts. But the law recognizes that, so far as matters calling for special knowledge or skill are concerned, judges and jurors are not necessarily properly equipped to draw the right inferences from facts stated by witnesses. A witness is therefore allowed to state his opinion with regard to such matters provided he is an expert in them. »

¹⁵⁹ L'affaire *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, illustre on ne peut mieux cette utilisation de données de sciences sociales afin de contrer ce que le juge des faits aurait vraisemblablement inféré de la preuve faite devant lui. La Cour a accepté le témoignage d'un expert sur le syndrome de la femme battue, jetant ainsi un éclairage différent sur les faits prouvés. La Cour écrit, aux pages 870 et 871 : « Il est depuis longtemps reconnu que le témoignage psychiatrique ou psychologique constitue également une preuve d'expert parce qu'on s'est rendu compte que, dans certaines circonstances, la personne moyenne peut ne pas avoir une connaissance ou une expérience suffisante du comportement humain pour pouvoir tirer des faits qui lui ont été présentés une conclusion appropriée. »

croissante quant à la recherche et à la découverte d'un type de faits de société à l'égard desquels les règles de preuve s'avèrent peut-être inadéquates. Des juges du plus haut tribunal du pays ont récemment écrit (aveux judiciaires ?) avoir procédé à cet égard à des recherches autonomes pendant le délibéré et avoir utilisé dans leurs jugements des données historiques et sociales n'ayant pas subi l'épreuve du débat contradictoire¹⁶⁰. Ils ont fondé leur pouvoir d'ainsi procéder sur la notion de connaissance d'office. J'aborderai dans un prochain texte cette question de la connaissance d'office des faits sociaux, vue sous l'angle particulier du droit constitutionnel d'où elle semble principalement alimentée.

¹⁶⁰ *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1050, où le juge Lamer, pour la Cour, écrit à propos de données utiles à l'interprétation d'un traité conclu avec des peuples autochtones : « Je considère que tous les documents auxquels je ferai référence, que mon attention y ait été attirée par l'intervenante ou à la suite de mes recherches personnelles, sont des documents de nature historique sur lesquels je suis autorisé à me fonder en vertu de la notion de connaissance judiciaire. » Voir aussi *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, décision dans laquelle la juge L'Heureux-Dubé a procédé à des recherches autonomes relatives, notamment, aux conséquences économiques du divorce et a pris connaissance judiciaire de ces découvertes afin d'interpréter la *Loi sur le divorce*.