

# 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](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

# La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel

Danielle PINARD\*

## Résumé

*On parle de plus en plus de la connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel. À la lumière d'une étude précédente des paramètres traditionnels de la connaissance d'office des faits<sup>1</sup>, l'auteure s'interroge sur l'à-propos de cette notion à l'égard des faits sociaux. L'incertitude inhérente à ces derniers les rend difficilement conciliables avec les exigences de caractère incontestable qui sont au cœur de la connaissance d'office. Les justifications apportées en faveur de leur assouplissement apparaissent insatisfaisantes, plus près du désespoir que de la raison. Le rattachement de ces questions au monde du droit, s'il libère des*

## Abstract

*Judicial notice of social facts in constitutional law apparently gains in popularity. In a previous issue of this journal, the author dealt with the traditional notion of judicial notice<sup>1</sup>. Because of the uncertain and controversial nature of social facts, they hardly fit within the rationale for judicial notice of facts. Qualifying them as questions of law rules out any limit to their judicial notice, but raises important theoretical problems, the vagueness of the distinction between fact and law notwithstanding. It is the author's claim that since these theoretical problems don't prevent judges from using social facts that have not been proven, be it by imagining or re-*

---

\* 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. 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.

<sup>1</sup> Danielle PINARD, « La notion traditionnelle de connaissance d'office des faits », (1997) 31 *R.J.T.* 87.

*contraintes, semble artificiel. La connaissance d'office des faits sociaux, si elle se justifie difficilement au plan conceptuel, signifie peut-être tout simplement l'utilisation judiciaire de faits sociaux non prouvés. La véritable question devient donc celle des exigences de l'équité, que les faits sociaux aient été connus par simple imagination judiciaire ou suite à des recherches menées de façon autonome par les juges.*

*searching them, the only true issue is then one of due process.*

## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	319
<b>I. Les faits sociaux en contexte constitutionnel : objets de preuve ou matière à raisonnement juridique?</b> .....	315
A. Les faits sociaux : un objet de preuve matière à connaissance d'office élargie.....	315
1. La position.....	315
2. Les justifications .....	315
3. Les limites reliées à la présomption de constitutionnalité .....	315
a. La notion de présomption de constitutionnalité .....	315
b. La connaissance d'office des faits compatibles avec la validité constitutionnelle.....	315
c. La connaissance d'office des faits incompatibles avec la validité constitutionnelle.....	315
B. Les faits sociaux : une matière juridique susceptible de faire l'objet d'une connaissance d'office au même titre qu'une question de droit .....	315
1. La position.....	315
2. Ses limites .....	315
a. La négation de l'existence d'une réalité factuelle indépendante du droit .....	315
b. L'ignorance de certains faits sociaux directement en litige.....	315

<b>II. La connaissance d'office des faits sociaux et le respect de l'équité</b> .....	315
A. Les exigences de l'équité .....	315
B. La recherche autonome de la cour .....	315
<b>Conclusion</b> .....	395

Qu'en est-il donc de la connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel<sup>2</sup>?

La question s'est toujours posée<sup>3</sup>. Surtout depuis que les tribunaux ont reconnu l'impact social de leurs décisions.

Elle est toutefois aujourd'hui plus que jamais fondamentale. La jurisprudence relative à la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>4</sup>, et particulièrement celle portant sur l'article premier, a considérablement amplifié l'importance de cette question de la connaissance d'office de faits sociaux<sup>5</sup>.

La juge Claire L'Heureux-Dubé a écrit, en 1994, que la Cour suprême du Canada exerçait *de facto* une connaissance d'office élargie des faits sociaux, particulièrement mais pas uniquement en contexte constitutionnel<sup>6</sup>, et que la question n'était dorénavant plus de savoir s'il existait une telle chose que la connaissance d'office de données sociales, mais bien plutôt celle des modalités d'opération d'une telle connaissance d'office<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> J'ai déjà et plus sommairement abordé cette question 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, 177 et suiv.

<sup>3</sup> Voir, pour un exemple de connaissance d'office de faits sociaux antérieur à 1982, dans un contexte de droit criminel où était invoquée la *Déclaration canadienne des droits* : *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, où le juge Laskin écrit à la page 903 : « [J]e suis d'avis que les tribunaux peuvent reconnaître judiciairement [it is within the scope of judicial notice to recognize] que le Parlement a agi dans un domaine d'une grande importance sociale, soit le coût, en vies humaines et en argent, des accidents de la route dus à la conduite d'un véhicule par une personne en état d'ébriété, lorsqu'il a adopté l'art. 223 et les dispositions connexes du *Code criminel*. »

<sup>4</sup> Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.-U.) 1982, c. 11 (ci-après citée : « Charte »).

<sup>5</sup> Barry L. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts*, Toronto et Vancouver, Butterworths, 1988, p. 290.

<sup>6</sup> Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Re-Examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context », (1994) 26 *Ott. L. Rev.* 551, 561 : « The Supreme Court has often taken judicial notice of reliable social science research and socio-economic data in order to assist its contextual section one analysis of a rights violation. »

<sup>7</sup> *Id.*, 563 : « Canadian courts are now acknowledging the *need* to incorporate social context into judicial consideration [...]. The debate in Canada, as in the United States, has shifted from *whether* judicial notice has a role to play in establishing the social context of legislation to *how*, and in what contexts. »

On se souviendra en effet qu'après avoir formulé le test des limites raisonnables apportées aux droits et libertés constitutionnellement protégés dans un langage de faits à prouver<sup>8</sup>, la Cour suprême a préservé une marge de manoeuvre judiciaire en affirmant « qu'il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi »<sup>9</sup>. La question de l'importance de la connaissance d'office de faits sociaux dans le contexte constitutionnel de l'évaluation des limites apportées aux droits et libertés était posée, celle de son à-propos décidée.

J'ai écrit récemment<sup>10</sup> que les faits sociaux sont ces faits à caractère social, économique, politique ou scientifique, au-delà de l'expérience immédiate des parties au litige et d'une nature infiniment variée. J'ai notamment donné comme exemples les effets de la pornographie sur le comportement humain, le rapport entre la consommation d'alcool et les accidents de la route, l'existence d'une corrélation entre la publicité d'un produit et sa consommation<sup>11</sup> ou encore l'effet des dépenses des candidats sur le comportement électoral de la population.

Dans le contexte du contrôle judiciaire de constitutionnalité, il s'agit des faits qui explicitent la loi contestée, qui apportent des informations sur le contexte de son adoption, l'objectif poursuivi, ses effets escomptés ou réels. Il peut aussi s'agir de faits qui nous éclairent sur certaines qualités de cette loi, comme l'existence d'autres options ou encore la rationalité de la solution législative. Ces faits relèvent autant sinon plus de l'évaluation et du raisonnement que de la simple observation. Ils donnent rarement lieu à des certitudes, les allégations à leur égard ne sont la plupart du temps ni vraies ni fausses<sup>12</sup>. Or, en vertu des règles établies,

---

<sup>8</sup> *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 138.

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> Danielle PINARD, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac », (1994) 39 *R.D. McGill* 401, 409 et suiv.

<sup>11</sup> *R.J.R. MacDonald Inc. c. P.G. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199, 287, où le juge La Forest a écrit que : « [L']existence ou l'inexistence d'un lien causal entre la publicité et l'usage du tabac est un exemple paradigmatique d'un fait [...] social. »

<sup>12</sup> Sur le caractère hautement incertain des faits sociaux, voir notamment Gail S. PERRY et Gary B. MELTON, « Precedential Value of Judicial Notice of Social Facts : *Parham* as an Example », (1983) 22 *J. Fam. L.* 633, 636 et 637 :

l'ultime impossibilité que les allégations à l'égard des faits sociaux soient vraies ou fausses constitue, en soi et en principe, un obstacle incontournable à leur connaissance d'office. En effet, toutes les justifications de cette exception aux règles traditionnelles de preuve tournent autour de la probabilité de l'existence du fait connu d'office, si grande qu'elle s'approche de la certitude et qu'il ne s'agit alors plus d'un simple cas de présomption ou de répartition de fardeaux de preuve.

Les faits sociaux ne seront à peu près jamais notoires au point d'en devenir incontestables, ni susceptibles de vérification immédiate par le recours à des sources non contestées<sup>13</sup>. Et même lorsqu'ils sont notoires, on ne doit pas oublier qu'en matière de faits sociaux, la notoriété peut être le signe d'un préjugé allègrement partagé tout autant, sinon plus, que du caractère réellement incontestable de l'objet en cause (par exemple, les caractéristiques « connues » de certaines races, l'influence « certaine » de comportements particuliers, le « non » qui veut dire « oui », etc.)<sup>14</sup>.

Dès lors, les faits sociaux semblent de prime abord réfractaires aux catégories définitionnelles de la connaissance d'office des faits.

---

« Social facts may be "found" through judicial assumption, commonsense inference, or individual subconscious values; through empirical research or the tales of old wives (or husbands). But whether the process of their identification is subjective assumption or empirical proof, these facts about societal conditions and operations enter the system to guide judicial decisions on social issues. »

<sup>13</sup> *Id.*, 640 : « Certainly social facts may arise to the level of common knowledge, or at least draw a consensus. More often, though, they are debatable or even highly controversial, in part because of the inexact and fluctuating nature of their subject — society. »

<sup>14</sup> Sur les dangers, en matière de faits sociaux, de tenir pour avéré ce qui est généralement admis (ou ce qui n'est généralement pas controversé), voir Brian G. MORGAN, « Proof of Facts in Charter Litigation », dans Robert J. SHARPE (dir.), *Charter Litigation*, Toronto et Vancouver, Butterworths, 1987, pp. 172 et 173 : « [I]t is important to realize that it is a danger in dealing with social facts to assume that what is undisputed is necessarily or probably true. One of the most useful roles of social science can be the demonstration that the "self-evident" may really be fiction. » Il cite J.G. KOHN, « Social Psychological Data, Legislative Fact and Constitutional Law », (1960) 29 *Geo. Wash. L. Rev.* 136, 156.



Et pourtant, la connaissance d'office, en contexte constitutionnel, est apparemment susceptible d'inclure des phénomènes aussi variés, hétéroclites et discutables que les suivants :

- les effets potentiellement catastrophiques de la fomentation de la haine<sup>15</sup>;
- l'existence d'un rapport entre le fait d'entretenir des liens étroits avec une prostituée et le fait de vivre des fruits de la prostitution<sup>16</sup>;
- les dangers de la conduite en état d'ébriété<sup>17</sup>;
- l'existence et le fonctionnement de services d'avocats de garde dans une province<sup>18</sup>;
- la sensibilisation des citoyens à l'importance d'assurer la protection de l'environnement<sup>19</sup>;

---

<sup>15</sup> *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 758 (j. Dickson) : « Cet objectif du Parlement [éliminer la fomentation de la haine] est appuyé non seulement par les travaux de nombreux groupes d'étude, mais aussi par notre connaissance historique collective des effets potentiellement catastrophiques de la fomentation de la haine. »

<sup>16</sup> *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10, 36 (j. Cory) : « Ce n'est pas une déduction déraisonnable de la part du législateur, car on ne peut nier qu'il y a souvent un rapport entre le fait d'entretenir des liens étroits avec un prostitué et celui de vivre des produits de la prostitution. »

<sup>17</sup> *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, 882 (j. Lamer) : « Cependant, je crois que nous pouvons prendre connaissance d'office des dangers et des malheurs qui résultent de la conduite en état d'ébriété. »

<sup>18</sup> *R. c. Cobham*, [1994] 3 R.C.S. 360, 372 (j. Lamer) : « Bien qu'il soit maintenant bien établi qu'il incombe toujours au requérant de prouver la violation d'un droit garanti par la Charte, cela ne signifie pas qu'il doive prouver formellement chacun des faits qui fonde sa prétention, y compris un fait sur lequel les parties s'entendent et qui est (ou devrait être) de notoriété publique parmi les membres du barreau et de la magistrature. À mon avis, l'existence de services d'avocats de garde n'était pas en l'espèce une question au sujet de laquelle l'appelant devait produire une preuve indépendante. Les services d'avocats de garde et d'aide juridique font partie intégrante de l'exercice du droit criminel dans notre pays et, pour cette raison, les tribunaux sont habilités à prendre connaissance d'office des caractéristiques générales de ces services, telles leur existence et la façon générale d'y recourir. »

<sup>19</sup> *Ontario c. C.P.*, [1995] 2 R.C.S. 1031, 1075 (j. Gonthier) : « Il est clair qu'au cours des deux dernières décennies, les citoyens se sont fortement sensibilisés à l'importance d'assurer la protection de l'environnement et au fait que des conséquences pénales peuvent découler d'une conduite qui nuit à l'environnement. »

- le fait que la production forcée de dossiers thérapeutiques risque de dissuader les victimes d'agression sexuelle de porter plainte ou encore de suivre des thérapies<sup>20</sup>;
- le fait qu'en ce même domaine, la consultation et la thérapie peuvent amener les victimes à dénoncer leur agresseur et que dès lors le fait que la divulgation en cour des dossiers thérapeutiques risque de dissuader les victimes de suivre des thérapies entraîne aussi comme conséquence une augmentation du nombre des infractions non signalées<sup>21</sup>;
- la différence de perception entre les hommes et les femmes à propos du consentement aux rapports sexuels<sup>22</sup>;
- la part disproportionnée assumée par les femmes quant aux coûts sociaux de la garde des enfants<sup>23</sup>.

On peut justifier une telle liberté judiciaire à l'égard de ces faits par leur rattachement au monde du droit ou encore on peut plaider en faveur d'un assouplissement des règles de la connaissance d'office des faits à leur égard. Cette dernière position sem-

---

<sup>20</sup> *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 504 et 505 (j. L'Heureux-Dubé) : « La production forcée de dossiers thérapeutiques constitue une atteinte grave à la vie privée des plaignantes, atteinte qui risque de dissuader les victimes d'agression sexuelle de déposer des plaintes, ou encore, si elles portent plainte, de les dissuader de suivre des thérapies. »

<sup>21</sup> *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, 571 (j. L'Heureux-Dubé) : « Étant donné que la consultation et la thérapie suite à une agression sexuelle peuvent conduire les victimes à signaler le crime aux autorités, tout ce qui dissuade les victimes de se faire traiter augmentera le nombre des infractions non signalées. »

<sup>22</sup> *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, 864 et 865 (j. L'Heureux-Dubé) : « Peu de gens contesteraient qu'il existe un écart manifeste, sur le plan de la communication, entre la façon dont la plupart des femmes *interprètent* le consentement et celle dont la plupart des hommes le *perçoivent*. » Il s'agissait ici d'une affaire de droit criminel en dehors de toute contestation constitutionnelle.

<sup>23</sup> *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 763 (j. Iacobucci) : « À partir de ces renseignements — et même par la connaissance d'office de cette question — il n'y a pas de doute que les femmes assument une part disproportionnée des coûts *sociaux* de la garde des enfants. » Voir enfin *Chan c. Direction de la Maison Tanguay*, [1996] R.J.Q. 335 (C.S.), où le juge Béliveau écrit, à la page 372 : « La Cour considère donc qu'elle a connaissance judiciaire du fait que Macao est une enclave portugaise en territoire chinois *et* que cette enclave doit redevenir sous la puissance de la République populaire de Chine en 1999. »

ble emporter l'adhésion (parfois implicite) de la doctrine. On se rappellera d'ailleurs que c'est par une connaissance d'office élargie que l'on a justifié la recevabilité devant un tribunal des dossiers de faits sociaux du type de celui présenté par Louis Brandeis<sup>24</sup>.

La première partie de ce texte sera consacrée à l'étude de la position souhaitant un élargissement de la connaissance d'office factuelle à l'égard des faits sociaux et à celle privilégiant plutôt le traitement de ces derniers comme questions de droit. Seront abordées dans la deuxième partie des préoccupations de l'ordre de l'équité que soulèvent au même titre ces deux positions.

Mais tout d'abord, quelques remarques brèves pour rappeler les sources du droit applicable à la connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel.

Quel que soit le contexte de discussion judiciaire d'une question constitutionnelle, il semble bien que la connaissance d'office des faits sociaux relève de la tradition juridique de common law et que les tribunaux conservent dès lors le pouvoir de définir les règles applicables.

La cause pourra porter exclusivement sur la question constitutionnelle, comme dans les cas de renvois gouvernementaux ou encore de jugements déclaratoires. On doit remarquer que ce type de procédure a initialement été conçu en vue d'assurer des réponses à des questions de droit et que les modalités de réception d'une preuve factuelle n'y ont été judiciairement développées que de façon ponctuelle<sup>25</sup>.

Plus souvent, la question constitutionnelle sera soulevée accessoirement, à l'occasion d'une cause civile, pénale ou adminis-

---

<sup>24</sup> Voir Danielle PINARD, « La preuve des faits sociaux et les *Brandeis Briefs* : quelques réserves », (1997) *R.D.U.S.* à paraître à la *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*.

<sup>25</sup> Voir, par exemple le *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373 (ci-après cité : « Renvoi anti-inflation »), dans lequel la Cour a émis des ordonnances autorisant les parties à lui présenter de l'information factuelle. À propos des requêtes ou actions pour jugements déclaratoires, voir *Imperial Tobacco Ltd. c. Canada (P.G.)*, [1991] R.J.Q. 2260 (C.S.), [1993] R.J.Q. 375 (C.A.) et précité, note 11, où une importante preuve factuelle a, semble-t-il, été reçue comme s'il s'agissait d'un procès ordinaire.

trative; on parlera alors d'une exception d'inconstitutionnalité. Dans ce dernier cas, on peut se demander si le litige constitutionnel est assujéti aux règles procédurales de l'instance principale, ou s'il ne devient pas plutôt une instance dans l'instance, assujéti à ses propres règles *sui generis*. On peut lire un appui implicite à cette seconde thèse dans une opinion récente de la Cour suprême du Canada. Dans *Laba*<sup>26</sup>, la Cour a majoritairement décidé de la possibilité d'un droit d'appel en contexte criminel en se fondant sur cette idée de l'instance dans l'instance, refusant de lier le sort de la question constitutionnelle à celui de la question, qui lui est totalement étrangère, de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé. Ainsi, dans une cause dans laquelle la Cour d'appel avait cassé l'arrêt des procédures mais aussi limité la portée d'un prononcé d'inconstitutionnalité, la Cour a reconnu que l'article 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* octroyait à la Couronne un droit d'appel sur la question constitutionnelle. Il s'agissait d'un droit que, par ailleurs, le *Code criminel* ne lui reconnaissait pas<sup>27</sup>.

Même si l'on devait considérer le litige constitutionnel comme un accessoire assujéti aux règles de preuve et de procédure de la cause principale, l'impact sur la question de la connaissance d'office serait minime.

En effet, comme on l'a vu dans une étude antérieure<sup>28</sup>, les deux seuls corpus de droit substantif existants, et éventuellement applicables aux questions de preuve en droit constitutionnel canadien, soit le droit civil québécois et la common law, posent des

---

<sup>26</sup> *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965.

<sup>27</sup> *Id.*, 977 et 978, où le juge Lamer écrira, pour la majorité : « Mon analyse sera fondée sur la prémisse suivante : lorsque la constitutionnalité d'une règle de droit est contestée dans le cadre de procédures criminelles, il y a en fait deux types de procédures : celles qui visent à déterminer la culpabilité et celles qui visent à déterminer la constitutionnalité. Elles se déroulent normalement ensemble, mais il peut arriver qu'elles se déroulent séparément. Ces deux types de procédure sont habituellement, quoique pas nécessairement toujours, régis par les mêmes règles et pratiques. Même si je confinerai mes remarques à la question de la compétence, je dois reconnaître que mon analyse aura des conséquences sur d'autres questions (*l'admissibilité de la preuve*, la qualité d'intervenant, etc.). Je remets cependant l'analyse de ces conséquences à une autre occasion où ces autres questions seront vraiment soulevées. » (nos italiques) Le juge en chef Lamer reprendra cette thèse dans l'opinion majoritaire qu'il écrit dans *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, 390.

<sup>28</sup> D. PINARD, *loc. cit.*, note 1.

règles relativement semblables en matière de connaissance d'office, le premier empruntant considérablement au second.

Il semble donc que l'on puisse affirmer que les règles de common law relatives aux questions de connaissance d'office s'appliqueront à tout litige constitutionnel se déroulant au Québec<sup>29</sup>, directement, ou bien comme droit supplétif aux règles laconiques maintenant prévues au *Code civil du Québec*<sup>30</sup>.

## **I. Les faits sociaux en contexte constitutionnel : objets de preuve ou matière à raisonnement juridique?**

Deux positions semblent se dessiner dans la discussion de la connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel. On retrouve tout d'abord un plaidoyer en faveur d'un assouplissement à leur égard des exigences traditionnelles de la connaissance d'office des faits. Plus curieusement, une seconde approche en justifie une connaissance d'office débridée par leur rattachement au monde du droit, auquel ils participent intimement. Les deux sections de cette partie abordent respectivement ces positions, leurs justifications et leurs limites.

### **A. Les faits sociaux : un objet de preuve matière à connaissance d'office élargie**

Puisque la notion traditionnelle de connaissance d'office est construite sur le fondement du caractère prétendument incontestable de certains faits, des justifications doivent appuyer son application à des faits sociaux incertains et discutables. De plus, l'aspect factuel de la présomption de constitutionnalité façonnera inévitablement les contours de la connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel.

---

<sup>29</sup> Par ailleurs, puisque la connaissance d'office se rattache à la question théorique plus large du raisonnement judiciaire, on s'autorisera certaines incursions dans la doctrine française.

<sup>30</sup> Le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, contient maintenant certaines dispositions relatives à la connaissance d'office (art. 2806 à 2810). Il prévoit notamment que le tribunal doit prendre connaissance d'office de tout fait dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable (art. 2808) et que nul n'est tenu de prouver ce dont le tribunal est tenu de prendre connaissance d'office (art. 2806).

## 1. La position

Plusieurs proposent, dans le cadre du contentieux constitutionnel, une plus grande liberté judiciaire pour la connaissance d'office de faits sociaux que l'on peut difficilement dire incontestables<sup>31</sup>. D'emblée, ces faits pourraient être connus d'office, quoique ni notoires ni incontestables.

Il semble d'ailleurs que la connaissance d'office ait historiquement été considérée comme le premier et seul mode adéquat d'accès aux faits, dans un contexte où le raisonnement judiciaire était cependant marqué au coin du formalisme et où les faits jouaient rarement un rôle central<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Voir, par exemple B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 5, p. 288 et suiv., et p. 292; Joseph E. MAGNET, « The Presumption of Constitutionality », (1980) 18 *Osgoode Hall L.J.* 87, 133 et 134; Claude FABIEN, « L'utilisation par le juge de ses connaissances personnelles dans le procès civil », (1987) 66 *R. du B. can.* 433, 459; B.G. MORGAN, *loc. cit.*, note 14, 172; D. PINARD, *loc. cit.*, note 2, 177; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Rapport sur la preuve*, Ottawa, Information Canada, 1975, Code de la preuve; Kenneth C. DAVIS, « Judicial Notice », (1955) 55 *Col. L. Rev.* 945, 948. Ce dernier auteur présume aussi une connaissance d'office « of historical facts that help explain the nature of our constitutional and legal systems [...] [which are not facts] so universally known that [they] cannot reasonably be the subject of dispute ». Cette connaissance d'office des faits sociaux est parfois tout simplement tenue pour acquise : « Judicial notice is often the official route of entry for social facts into the realm of legal fact-finding. » (G.S. PERRY et G.B. MELTON, *loc. cit.*, note 12, 637)

<sup>32</sup> Le contentieux constitutionnel au Canada a en effet longtemps fait preuve d'un extrême formalisme. Voir notamment, sur cette question, D. PINARD, *loc. cit.*, note 10, 403 et suiv. Par exemple, dans le *Renvoi relatif à la validité des règlements sur les baux en temps de guerre*, [1950] R.C.S. 124, le juge en chef Rinfret écrit, à la page 126 (traduction François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, pp. 182 et 183) : « à cause de leur caractère, les avis sont censés être rendus au vu de ce que contient l'ordonnance de renvoi et la Cour n'est pas censée considérer des preuves extérieures. Il est clair que la Cour peut prendre en considération tout fait qui est de connaissance commune ou publique, ou dont elle pourrait normalement prendre connaissance judiciaire. Autrement, et sauf certains cas très exceptionnels qu'il serait à peu près impossible d'énumérer et dont le présent renvoi ne fait pas partie, la Cour doit cependant s'en tenir aux déclarations de fait contenues dans l'ordonnance de renvoi. » Voir aussi en droit américain, Edmund M. MORGAN, « Judicial Notice », (1944) 60 *Harv. L. Rev.* 269, 291 : « At one time it was thought that only judicially noticed matter could be used as the factual basis for decision of such a question. » Il semble que la connaissance d'office soit le principal mode de traitement des faits dans les litiges constitutionnels australiens. Patrick H. LANE, *A Manual of Australian Constitutional Law*, 4<sup>e</sup> éd., Sydney, The Law Book Company, 1987, p. 93 : « In acquiring the connecting facts, the High Court "ordinarily" or "normally" »

Cette proposition d'assouplissement de la connaissance d'office factuelle à l'égard des faits sociaux en contexte constitutionnel trouve son appui théorique principal dans les travaux de K.C. Davis. Ce dernier défend depuis longtemps et avec véhémence une connaissance d'office élargie des « faits législatifs », non assujettie à des critères de notoriété ou de caractère incontestable<sup>33</sup>. Cet auteur qualifie de faits législatifs les faits utiles à l'élaboration et à l'interprétation du droit, qu'il oppose aux « faits adjudicatifs », relatifs, ceux-là, aux parties au litige<sup>34</sup>. Pour Davis, il y a en fait deux mondes de connaissance d'office,

---

confines itself to facts which can be judicially noticed. » Voir aussi *Stenhouse v. Coleman*, (1944) 69 C.L.R. 457, 469 (Cour suprême de l'Australie), cité dans Susan KENNY, « Constitutional Fact Ascertainment », (1990) 1 *Public L. Rev.* [Australie] 134, 154 : « If the form of the power makes the existence of some special or particular state of fact a condition of its exercise, then, no doubt, the existence of that state of fact may be proved or disproved by evidence like any other matter of fact. But ordinarily the court does not go beyond matters of which it may take judicial notice. This means that for its facts the court must depend upon matters of general public knowledge. It may be that in this respect the field open to the court is wider than has been commonly supposed. »

<sup>33</sup> Kenneth Culp DAVIS, *Administrative Law Treatise*, vol. 3, 2<sup>e</sup> éd., San Diego, K.C. Davis Pub. Co., 1980. Il écrit, à la page 185 : « Should disputable legislative facts be noticed? The clear answer is : Of course. » Puis, aux pages 146 et 147 : « Restrictions on the use of legislative facts are almost non-existent but when they exist they are loose and liberal. Restrictions on use of adjudicative facts, by contrast, are everpresent and are strict. »

<sup>34</sup> Davis définit ainsi les « faits adjudicatifs » : « When a court or an agency finds facts concerning the immediate parties—who did what, where, when, how, and with what motive or intent—the court or agency is performing an adjudicative function, and the facts so determined are conveniently called adjudicative facts. » (K.C. DAVIS, *loc. cit.*, note 31, 952) Il les oppose aux « faits législatifs » ainsi décrits : « When a court or an agency develops law or policy, it is acting legislatively; the courts have created the common law through judicial legislation, and the facts which inform the tribunal's legislative judgment are called legislative facts. [...] Legislative facts are those which help the tribunal to determine the content of law and policy and to exercise its judgment or discretion in determining what course of action to take. » (*id.*) Pour Davis, et ce depuis longtemps, ces deux types de faits ne doivent pas être assujettis aux mêmes règles de preuve. Il avait écrit, dès 1942 : « The rules of evidence for finding facts which form the basis for creation of law and determination of policy should differ from the rules for finding facts which concern only the parties to a particular case. » (Kenneth C. DAVIS, « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », (1941-42) 55 *Harv. L. Rev.* 364, 402) La Cour suprême du Canada a utilisé cette distinction entre les « legislative » et les « adjudicative facts » de Davis dans *Danson c. P.G. Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 1086, affirmant laconiquement que les premiers étaient régis par des conditions de recevabilité « moins sévères » (p. 1099).

celui des faits adjudicatifs et celui des faits législatifs, chacun régi par ses propres règles et principes<sup>35</sup>. Ironiquement, Davis s'autorise en particulier de l'observation de la pratique judiciaire en contexte constitutionnel pour confirmer l'existence d'une connaissance d'office élargie en matière de faits législatifs<sup>36</sup>.

Au-delà de la terminologie employée et du contenu précis de la distinction évoquée, c'est en fait la reconnaissance même de l'existence d'un type particulier de faits utilisés par les juges dans l'exercice de leur fonction normative qui fonde cette défense d'une connaissance d'office élargie<sup>37</sup>. Oliver Holmes, alors qu'il était juge à la Cour suprême des États-Unis, a expressément lié la nature des contraintes applicables à l'établissement des faits pertinents au type de fonction alors exercée par un organisme ou un

---

<sup>35</sup> Cet auteur écrira, sous la rubrique « The two worlds of judicial notice » : « One world of judicial notice has to do with a judge's thinking about questions of law and policy. The other world of judicial notice has to do with finding the facts about a particular party. The two worlds are almost totally different, having hardly anything in common with each other. » (K.C. DAVIS, *op. cit.*, note 33, p. 146) Selon cet auteur, une infime partie de l'ensemble des faits connus d'office concerne les parties au litige : « Because every page of a typical judicial opinion assumes hundreds of facts that have not been proved, including the meaning of common words, details about the nature of our federal and state governments, and such facts as that automobiles do not run on rails and do not fly, about 999 judicially noticed facts out of a thousand involve facts that are not about the parties. » (*id.*, p. 136) Voir, dans le même sens, sur cette idée d'un concept différent de connaissance d'office en matière de faits sociaux : « [T]he distorted doctrine [connaissance d'office] no longer seems to be a single-headed beast. Instead, there is one face of the doctrine which allows "judicial notice of social facts", a breed which can avoid altogether the old notoriety requirements. [...] Although this absence of restraint may be alarming, the application of traditional notoriety requirements would completely stifle the use of most social facts, contrary to the express policy preference to promote the integration of society with legal rule-making. » (G.S. PERRY et G.B. MELTON, *loc. cit.*, note 12, 641)

<sup>36</sup> K.C. DAVIS, *loc. cit.*, note 34, 403 : « The distinction between legislative and adjudicative facts apparently has been clearly recognized only in constitutional cases, in which a category of "constitutional facts" has emerged. Often referred to as "social and economic data", constitutional facts are those which assist a court in forming a judgment on a question of constitutional law. »

<sup>37</sup> G.S. PERRY et G.B. MELTON, *loc. cit.*, note 12, 641 : « The original notoriety restraints, built into judicial notice as a credibility check substitute for evidentiary tests, only serve the court's fact-finding function. It is the court's policy — pronouncing or interpretative process which is served by the relatively unrestrained use of social facts. The separate court functions — fact-finding and policy making — call for two distinct varieties of judicial notice. »



tribunal<sup>38</sup>. Ainsi, un tribunal qui élabore une règle de droit n'a pas en principe à respecter les règles de preuve qui seraient applicables à l'élaboration d'une décision qui tranche un litige. C'est la nature de l'acte posé qui détermine le mode d'accès aux faits<sup>39</sup>. Pour le juge Holmes, dès lors, la détermination de la constitutionnalité d'une loi pouvait se réaliser à la lumière d'une fort généreuse connaissance d'office de faits sociaux<sup>40</sup>.

On s'est d'ailleurs déjà demandé si l'hésitation traditionnelle des tribunaux à se reconnaître un rôle d'élaboration du droit n'expliquait pas en partie la relative pauvreté conceptuelle à propos du traitement de ces faits particuliers<sup>41</sup>.

De la même façon, la juge Claire L'Heureux-Dubé affirme qu'une reconnaissance de la fonction normative qui échoit inexorablement aux tribunaux amènera nécessairement une connaissance d'office élargie des faits essentiels à l'exercice de cette fonction<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> *Quong Wing v. Kirkendall*, 223 U.S. 59 (1912), affaire dans laquelle il a écrit l'opinion de la Cour.

<sup>39</sup> Il a renvoyé à un arrêt antérieur (*Prentis v. Atlantic Coast Line Co.*, 211 U.S. 210 (1908)) dans lequel il avait écrit : « [à propos de "matters of fact which are merely premises to a rule of law"] The nature of the final act determines the nature of the previous inquiry. As the judge is bound to declare the law, he must know or discover the facts that establish the law. So, when the final act is legislative, the decision which induces it cannot be judicial, in the practical sense, although the questions considered might be the same that would arise in the trial of a case. »

<sup>40</sup> *Quong Wing v. Kirkendall*, précité, note 38 : « But even if, when called to our attention, the facts should be taken notice of judicially, whether, because they are only the premise for a general proposition of law [...] or for any other reason, still there are many things that courts would notice if brought before them that beforehand they do not know. »

<sup>41</sup> HART and McNAUGHTON, *Evidence and Inference in the Law*, 1958, pp. 48, 63-65, cité dans Stanley SCHIFF, *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1988, p. 682 : « At the root of the superficially strange neglect of problems of how legislative facts are to be determined by a court is the traditional reluctance of the courts to admit that they are making law at all. Yet make law they do, although it is interstitial, elaborative law, made or supposed to be made under the discipline of an effort to show or be able to show a reasoned connection between the newly made law and established doctrines of law which underlie and justify it. In the making of this law the courts have constant need of knowledge to inform and guide their judgment. »

<sup>42</sup> C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 6, 558 : « The way in which the role of the court is perceived can, in turn, very much affect the way in which the doctrine of judicial notice is conceptualized. The more courts acknowledge their active contribution to lawmaking, the greater becomes both their duty

La Commission de réforme du droit du Canada prévoyait dès 1973, dans un document préliminaire, la possibilité d'un domaine illimité de connaissance d'office en matière constitutionnelle : « Le juge peut prendre judiciairement connaissance de faits scientifiques, économiques et sociaux lorsqu'il statue sur le droit ou sur la constitutionnalité d'une loi »<sup>43</sup>.

Le *Code de la preuve* de la Commission de réforme du droit proposé quelques années plus tard énonçait à cet égard une règle extrêmement souple, prévoyant une liberté judiciaire absolue dans le traitement des faits pertinents pour l'interprétation ou la détermination de la constitutionnalité des lois :

*On peut prendre connaissance d'office de tout fait dans la détermination de la loi [sic] ou de la validité constitutionnelle d'un statut. (Judicial notice may be taken of any fact in determining the law or the constitutional validity of a statute).*<sup>44</sup>

## 2. Les justifications

Les justifications de cet assouplissement des conditions traditionnelles d'application de la connaissance d'office des faits sont diverses et quelque peu incertaines.

On référera parfois laconiquement à la nature particulière et différente de ces faits<sup>45</sup>.

On justifie aussi une conception élargie du domaine de la connaissance d'office des faits sociaux par la difficulté, voire

---

and their need to lay bare the policy assumptions upon which their decisions are based. »

<sup>43</sup> 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. 4, art. 2(3).

<sup>44</sup> COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 31, p. 49, art. 83(3). Dans les commentaires annexes, on utilisera, dans le document de la Commission, à propos de cet article, le vocable « fait législatif ».

<sup>45</sup> B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 5, p. 288 et suiv. Il écrit, à la page 292 : « Because of the nature and importance of constitutional facts, it is suggested that judicial notice might be taken of facts which, even if not utterly undisputable, might be regarded as presumptively correct unless the other party, through an assured fair process, takes the opportunity to demonstrate that those facts are incorrect, partial, or misused. »

l'impossibilité de prouver ces derniers dans le respect des règles consacrées<sup>46</sup>.

On invoque l'importance des coûts associés à la présentation formelle des faits sociaux, dans les cas où une telle présentation est possible, notamment au moyen de témoignages d'experts, afin d'en justifier la connaissance d'office<sup>47</sup>. À cet égard, un rôle judiciaire plus actif permettrait de rétablir une forme de justice, assurant l'accès à une information factuelle nécessaire mais dont la présentation formelle par les parties au litige impliquerait pour elles un coût considérable et parfois dissuasif<sup>48</sup>.

On a relié une conception élargie du domaine de la connaissance d'office à un important rôle judiciaire de participation à l'évolution des idées<sup>49</sup>. La connaissance d'office deviendrait le

---

<sup>46</sup> Davis écrira : « Above all, judges and administrative officers should make their policy choices on the basis of all relevant facts, even though the kind of facts that usually influence policy choices are often too elusive to be captured and penned up within a formal record. » (K.C. DAVIS, *loc. cit.*, note 31, 949, voir aussi les pages 952 et 953). La Commission de réforme du droit explique : « Les tribunaux prennent judiciairement connaissance de ces faits non pas parce qu'il est inutile de les établir selon les règles strictes de la preuve, étant donné qu'ils sont incontestables, mais plutôt parce qu'à cause de la nature de ces faits, les règles strictes de la preuve ne constituent pas un moyen approprié de les établir. » (COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 43, pp. 10 et 11, cité aussi dans André BINETTE, « La mise en oeuvre judiciaire de l'article 1 de la Charte canadienne et le droit de la preuve », (1986) 27 *C. de D.* 939, 958).

<sup>47</sup> Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3<sup>e</sup> éd., Scarborough, Carswell, 1992, p. 859, à propos de la Charte seulement : « For these reasons [le fait que la présentation factuelle a généralement lieu en première instance et les coûts importants associés à une preuve d'experts], in my opinion, it would be desirable for Charter review to become less dependent on evidence, even if the courts have to strain somewhat to make "obvious" or "self-evident" findings. » Il ajoute, à la page 1294 : « As a practical matter, the Brandeis brief can expose the court to a broad canvass of the state of social-science knowledge without the parties incurring the costs associated with a trial involving a lengthy parade of expert witnesses. »

<sup>48</sup> C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 6, 573 : « It may be financially irresponsible to require expert testimony on questions of social authority or social framework where the issue can be dealt with just as efficiently by written brief. Many parties simply would not be able to participate meaningfully in such a process. Judicial notice is an important vehicle by which to ensure that the family law system remains both accessible and worthwhile to the people who need it most. »

<sup>49</sup> J.E. MAGNET, *loc. cit.*, note 31, 133 et 134 : « It is crucial that the court robustly conceive its power to notice facts judicially; it ought not to limit itself to facts so obvious as not to be the subject of dispute among reasonable men. [...] The courts play an important dispute-settling and educative role in

véhicule par lequel les juges peuvent avoir accès à une réalité sociale essentielle à l'intelligence du droit et à la justice des décisions<sup>50</sup>.

L'indéniable existence d'une telle utilisation judiciaire des faits sociaux, en dehors de toute preuve, joue aussi, en quelque sorte, le rôle d'un argument réaliste. Davis, par exemple, justifie tout à la fois sa distinction conceptuelle des faits adjudicatifs et des faits législatifs et la grande liberté judiciaire dans le traitement des seconds par une observation de la pratique : il ne s'agit, selon lui, que d'un compte rendu de la réalité quotidienne des tribunaux<sup>51</sup>. Aussi bien reconnaître théoriquement ce qui se pratique concrètement. Toute décision constitutionnelle éclairée nécessitera inévitablement la considération de faits qui n'auront pas nécessairement été légalement prouvés et qui ne satisfont pas aux exigences des règles de la connaissance d'office. Le prix à payer ainsi, en termes d'atteinte aux règles traditionnelles de preuve, est jugé préférable à celui d'une décision ignorant des données pourtant fondamentales. Il s'agit en fait tout simplement des avantages de la connaissance sur l'ignorance! Davis reconnaît en ces termes l'existence de cette pratique de connaissance judiciaire élargie des faits sociaux :

*The idea that facts can be found and that law and policy can be either found or created in complex cases without using any extra-record facts except those that are either indisputable or contained in sources of in-*

---

forming reasoned opinions. In so doing they aid emancipation of the mind from superstition, and the steady growth of enlightenment in the legal order. If the courts were to notice only those facts and opinions on which all agree they would abandon that high duty. » Voir, dans le même sens, sur le rôle de la connaissance d'office dans l'évolution de la common law, E.M. MORGAN, *loc. cit.*, note 32, 289 : « If the common law is to grow through adaptation to changing conditions by means of judicial decision, the device by which knowledge of the changed conditions becomes part of the court's working equipment is judicial notice. » Voir enfin E.F. ROBERTS, « Preliminary Notes Toward A Study of Judicial Notice », (1967) 52 *Cornell L.Q.* 210, 213.

<sup>50</sup> Voir, généralement, C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 6, 551. Elle s'y porte à la défense d'une connaissance d'office élargie de la réalité sociale en contexte de droit de la famille.

<sup>51</sup> K.C. DAVIS, *op. cit.*, note 33, pp. 141 et 142 : « The distinction between adjudicative and legislative facts rests upon what *is*, not merely on someone's ideas about what *should be*. Judicial practice over the centuries supports the need for some such distinction : *Courts do not use extrarecord facts about parties unless the facts seem indisputable, but they freely use extrarecord facts, whether disputable or indisputable, for purposes of developing law or policy.* »

*disputable accuracy seems contrary to the necessary behavior of all judges and officers who are engaged in adjudication.*<sup>52</sup>

Davis met d'ailleurs en lumière le fait qu'il n'y a peut-être que deux types de décisions constitutionnelles : celles où l'on a explicitement recours à la connaissance d'office de faits sociaux et celles où on les considère sans mot dire :

*A most vital observation is that the difference between appearing to stay within the record and frankly acknowledging resort to extra-record sources for legislative facts is usually only a difference in the degree of articulation of the grounds for decision. If all judgment has a factual basis only a part of which comes from the record, the judge or administrative officer who fully explains the process of arriving at his decision will appear to go beyond the record, but the judge or officer who announces only conclusions will appear to stay within the record.*<sup>53</sup>

On peut retrouver une analyse comparable du côté de la doctrine française, notamment chez Chevallier qui a lui aussi souligné l'importante distinction entre les cas où l'utilisation d'informations personnelles est divulguée et ceux où elle ne l'est pas<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> K.C. DAVIS, *loc. cit.*, note 31, 949. Il ajoute, à la page 950 : « The oversimplified thinking that seeks to limit judicial notice to what is indisputable is also faulty in failing to recognize the reality that some of the most useful facts in adjudication are inseparably mixed with judgment. » Et enfin, à la page 959 : « Commentators have long recognized a general category of so-called "constitutional facts", with respect to which courts may go beyond the record. The judicial practice of going beyond the record for legislative facts is most pronounced in constitutional cases, but it is by no means limited to such cases. »

<sup>53</sup> *Id.*, 953. Il ajoute, à la page 955 : « How much the Supreme Court goes beyond the record for legislative facts to guide the making of law and policy cannot be accurately ascertained from the opinions just because resort to the practice undoubtedly exceeds specific formal acknowledgments of the practice. But the acknowledgments are numerous enough to show that the practice is a commonplace. »

<sup>54</sup> Jean CHEVALLIER, « Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles », [1962] *Rev. trim. dr. div.* 5, 6, 7, 8 et 15 : « 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? [...] 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. [...] On ne peut saisir le processus suivant lequel s'est formée la conviction du juge que par ce qu'il veut bien en révéler lui-même. Voilà pourquoi sans doute

Enfin, l'inévitable incidence de la décision constitutionnelle au-delà des parties immédiates au litige — c'est-à-dire le maintien de la loi ou un éventuel prononcé d'invalidité constitutionnelle — incite à étendre la latitude judiciaire à l'égard de la connaissance des faits pertinents. Il serait injuste que les intérêts de tiers soient mis en péril par l'ignorance ou l'incompétence des parties directement impliquées dans le litige. Les juges doivent dès lors pouvoir combler les lacunes d'un dossier factuel incomplet<sup>55</sup>.

Dans un litige qui ne met en cause que les droits et obligations de deux parties, on peut miser sur l'efficacité du système de preuve contradictoire et de répartition des fardeaux de preuve. La partie qui allègue un droit devra en prouver l'existence et perdra sa cause si elle ne réussit pas à le faire. Le juge n'aura en principe pas à intervenir pour combler les lacunes de la preuve. Le contexte constitutionnel se distingue en ce que l'enjeu de la décision judiciaire dépasse les intérêts des parties au litige. La simple règle de la répartition des fardeaux de preuve ne suffit plus. Les juges ne doivent être d'aucune façon les otages des parties, et ont en quelque sorte une responsabilité dans la mise à jour de toute l'information factuelle pertinente<sup>56</sup>.

Le juge La Forest rappelle d'ailleurs en ces termes la responsabilité des juges à l'égard des faits en contexte constitutionnel :

---

la doctrine a négligé ce problème. [...] Sa sentence échappe à la censure alors même que le juge se serait expressément référé à son expérience antérieure pourvu que ses formules ne révèlent pas des investigations irrégulièrement poursuivies à l'occasion du litige. »

<sup>55</sup> COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 43, p. 4, art. 2(3) et pp. 9 et 11. Voir aussi B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 5, p. 292 : « The case then to be made for a more generous use of judicial notice in constitutional cases is that *such cases normally transcend the interests of the immediate parties before the court* and frequently involve questions of economic or social fact which either cannot readily be proven by conventional techniques of direct evidence or are sufficiently obvious that they should not have to be proven. » (nos italiques)

<sup>56</sup> J.E. MAGNET, *loc. cit.*, note 31, 133 : « [C]onstitutional issues that arise in private litigation oppose governmental interests and purport to define the limits of governmental power. Thus, if a wide ruling emerges, the court must be sufficiently sophisticated to consider all relevant points of constitutional fact and policy. An informed and intelligent constitutional review jurisdiction would be truncated if the court were limited to factual presentations of the parties. »

*[J]e n'accepte pas qu'en traitant de faits socio-économiques généraux comme ceux qui sont en cause en l'espèce, la Cour soit nécessairement obligée de s'en remettre uniquement à ceux présentés par les avocats. L'avertissement, dans l'arrêt Oakes et dans d'autres arrêts, de produire des éléments de preuve dans les affaires qui relèvent de la Charte, n'enlève pas aux tribunaux le pouvoir qu'ils ont, lorsqu'ils le jugent opportun, de prendre connaissance d'office de certains faits socio-économiques généraux et de prendre les mesures nécessaires pour s'informer à leur sujet.<sup>57</sup>*

Il énoncera de plus une préoccupation relative à la nécessaire uniformité des décisions constitutionnelles :

*Il n'est pas souhaitable qu'une loi soit jugée constitutionnelle aujourd'hui et inconstitutionnelle demain simplement à partir des éléments de preuve particuliers qui se trouvent à avoir été soumis par les avocats relativement à des faits socio-économiques généraux.<sup>58</sup>*

On a enfin avancé la raison selon laquelle le traitement des faits sociaux était souvent le fait des tribunaux d'appel mal organisés pour recevoir de la preuve au sens strict du terme<sup>59</sup>.

Si ces raisons illustrent fort bien les difficultés de preuve que soulèvent les faits sociaux pertinents en contexte constitutionnel, il n'est cependant pas certain qu'elles soient susceptibles de convaincre en soi de la nécessité d'assouplissement des exigences de la connaissance d'office. À moins que l'on n'accepte de faire jouer à cette dernière un rôle de mécanisme résiduaire : ce qui relève du factuel et ne peut être prouvé par les règles ordinaires de

---

<sup>57</sup> *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 802 (j. La Forest).

<sup>58</sup> *Id.*, 803. Ce propos a été repris dans *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, 488.

<sup>59</sup> COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 43, p. 11. Dans *M. (K.) c. M. (H.)*, [1995] 3 R.C.S. 3, le juge Sopinka a autorisé le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes à intervenir dans une cause mettant en jeu l'applicabilité d'une loi ontarienne sur les prescriptions à une action en dommages-intérêts fondée sur une histoire d'inceste. Le FEAJ souhaitait apparemment « produire de la documentation composée d'études et de rapports d'experts » (p. 4). Le juge Sopinka, en faisant référence à la possibilité qu'il s'agisse « de documentation dont [la] Cour pouvait prendre connaissance d'office » (pp. 4 et 5), accrédite cette idée que l'organisation d'un tribunal d'appel peut être un facteur de justification d'une connaissance d'office élargie en contexte constitutionnel.

preuve devrait pouvoir se faufiler jusqu'aux juges à travers les exigences floues de la connaissance d'office<sup>60</sup>?

Cette conception résiduaire est, semble-t-il, l'approche réaliste de Davis, qui finira par définir la connaissance d'office comme étant toute utilisation judiciaire de faits non prouvés<sup>61</sup>. On comprendra qu'une telle conception fait perdre toute substance à la notion<sup>62</sup>.

Certains propos de l'opinion majoritaire de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi anti-inflation*<sup>63</sup> laissent entrevoir une telle conception d'un rôle résiduaire que l'on fait jouer à la connaissance d'office. On peut en effet comprendre ce renvoi comme une illustration de la connaissance d'office de faits sociaux compatibles avec la validité constitutionnelle de la loi. On se souviendra qu'était contestée dans cette affaire la constitutionnalité d'une loi fédérale de contrôle des prix et des salaires. Au soutien de cette contestation, on a présenté certaines études de sciences économiques qui tentaient de démontrer à la fois la gravité de la situation d'inflation existante et l'inefficacité des mesures fédérales envisagées. Se posait dès lors l'importante question de l'admissibilité en preuve de ce type d'information, parfois nommée *extrinsic evidence*, par opposition à un mode d'analyse traditionnellement limité à une étude sémantique des textes constitutionnels et législatifs pertinents. Une majorité des juges de la Cour a accepté de tenir compte de ces documents. Dans ce contexte constitutionnel où étaient en cause des faits sociaux, ils

---

<sup>60</sup> Allan R. FLANZ, « Judicial Notice », (1980) 18 *Alta. L. Rev.* 471, 477 : « The real issue would appear to be whether, for the sake of expedience, a judge should be able to recognize a presumption of fact where the matter is likely to be true, subject to rebuttal by evidence of the other party. That this is an important issue which should be addressed is not in dispute. But it is unclear why this issue should be addressed as a matter of judicial notice, when it appears to be one of the law of presumptions. Perhaps, it is the lack of flexibility in this latter area of law that has prompted the search for a solution under the rubric of judicial notice. »

<sup>61</sup> K.C. DAVIS, *loc. cit.*, note 31, 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. »

<sup>62</sup> G.S. PERRY et G.B. MELTON, *loc. cit.*, note 12, 642 : « Since rules do not shore up the parameters of judicial notice [of social facts], the doctrine is easily turned into whatever creative judicial mind would have it be, with no consequences other than obscuring the real nature and use of judicial notice. »

<sup>63</sup> *Renvoi : Loi anti-inflation*, précité, note 25.



ont cependant affirmé que les éléments d'information apportés ne devaient les convaincre que du fondement rationnel de la loi et non pas aller jusqu'à leur démontrer l'existence réelle des faits allégués comme dans une cause ordinaire<sup>64</sup>.

Le mode de réception judiciaire de ces informations est cependant demeuré incertain. Tout comme leur statut : prouvées, tenues pour avérées ou encore tout simplement considérées comme éléments d'un éclairage factuel plus large utile à l'interprétation du droit applicable? Voici à cet égard le propos laconique du juge Laskin, dont on doit éventuellement tenter de tirer des conclusions :

*Pour établir la pertinence des éléments de preuve extrinsèques et, dans l'affirmative, le poids qu'il faut y attacher, il faut examiner l'étendue du pouvoir législatif en vertu duquel la Loi anti-inflation a été décrétée. À mon avis, c'est uniquement dans ce contexte qu'on peut, soit en invoquant la théorie de la connaissance d'office soit en adaptant au droit constitutionnel les règles exposées dans l'arrêt **Heydon**, demander à la Cour de prendre en considération des éléments de preuve extrinsèques pour statuer sur la validité d'une loi contestée.*<sup>65</sup>

Le juge Laskin évoque ici deux possibles justifications théoriques de la considération judiciaire de données de sciences économiques qui ne sont pas présentées dans le respect des règles traditionnelles de preuve, soit la théorie de la connaissance d'office ou encore les règles de l'arrêt *Heydon* adaptées au droit constitutionnel.

---

<sup>64</sup> *Id.*, 422 et 423 : « Lorsque, comme en l'espèce, des circonstances exceptionnelles sont à la base du pouvoir législatif en litige, on peut demander à la Cour d'examiner des éléments de preuve extrinsèque des circonstances alléguées, soit à l'appui soit à l'encontre de la validité de la législation contestée. En examinant ces éléments de preuve et en appréciant leur poids, la Cour ne se demande pas s'ils démontrent l'existence des circonstances exceptionnelles comme on prouve un fait dans une cause ordinaire. Elle est appelée à se prononcer sur une question de politique sociale et économique, c'est-à-dire sur le jugement exercé par le gouvernement et le Parlement. Il est possible que les circonstances exceptionnelles soient d'une telle notoriété que la Cour puisse en prendre connaissance d'office sans recourir à des éléments de preuve extrinsèque. Lorsque la situation n'est pas aussi claire, les éléments de preuve extrinsèque ne sont requis que pour convaincre la Cour que la loi contestée a un fondement rationnel dans le pouvoir législatif invoqué à l'appui de sa validité. »

<sup>65</sup> *Id.*, 388 (nos caractères gras).

L'arrêt *Heydon* auquel on réfère ici est apparemment<sup>66</sup> celui rendu en 1584 par la Cour de l'Échiquier<sup>67</sup>, dans lequel on retrace la source de la célèbre *mischief rule* en interprétation des lois : ces dernières doivent être interprétées de manière à permettre la réalisation de la solution que le législateur souhaitait apporter et non pas à perpétuer le mal auquel il voulait justement apporter une solution<sup>68</sup>. Une telle approche interprétative implique inévitablement la considération judiciaire de faits dont la présentation n'aura pas nécessairement respecté les règles de preuve. Les juges doivent en effet connaître la situation problématique à laquelle le législateur souhaitait apporter une solution. La question en litige n'est cependant pas la vérité ou la fausseté d'allégations relatives à ces faits, mais plutôt l'interprétation adéquate de la loi, à la lumière des faits pertinents. On facilite donc la présentation de ces faits qui ne sont que des données du contexte et à propos desquels on ne retrouvera pas de prononcé judiciaire direct et définitif. L'adaptation au droit constitutionnel irait comme suit : c'est l'interprétation de la loi contestée et des dispositions constitutionnelles pertinentes, ainsi que leur compatibilité, qui sont ici en litige; on facilite la présentation de faits qui ne sont pertinents qu'aux fins de cette détermination. Si cette approche semble à première vue logique, on voit bien qu'elle ne nous éclaire nullement sur le comment de cette réception de faits, parallèle à la voie habituelle des règles de preuve.

La théorie de la connaissance d'office est la deuxième justification qu'apporte le *Renvoi anti-inflation* à cette considération de données de sciences économiques aux fins de déterminer la constitutionnalité de la loi. Cependant, le juge Laskin ne nuance ni

---

<sup>66</sup> Le *Renvoi anti-inflation* ne donne à cet égard aucune référence.

<sup>67</sup> L'affaire *Heydon*, (1584) 3 Co. Rep. 7a, 7b; 76 E.R. 637, 638, cité dans Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 355.

<sup>68</sup> *Id.*, 638 : « [F]or the sure and true [...] interpretation of all statutes in general [...] four things are to be discerned and considered : [...] 1st What was the common law before the making of the Act. [...] 2nd What was the mischief and defect for which the common law did not provide. 3rd What remedy the Parliament hath resolved and appointed to cure the disease of the commonwealth. And 4th The true reason of the remedy; and then the office of all the Judges is always to make sure [...] construction as shall suppress the mischief, and advance the remedy, and to suppress subtle inventions and evasions for continuance of the mischief, and *pro privato commodo*, and to add force and life to the cure and remedy, according to the true intent of makers of the Act, *pro bono publico*. »

n'explique son affirmation. Or, on peut difficilement admettre que l'on se situe ici, dans la discussion de l'ampleur d'une situation de crise économique et des moyens législatifs susceptibles de la pallier, sur un terrain de faits notoires au point d'être incontestables. Reste à se demander si le juge Laskin ne faisait pas plutôt ici référence à cette étape préalable à la prise effective de connaissance d'office, étape au cours de laquelle la cueillette de données s'effectue apparemment dans la plus grande liberté<sup>69</sup>. Le problème est que l'on ne retrouve pas ultérieurement dans le renvoi l'ultime décision de prendre ou non une telle connaissance d'office. On affirmera plutôt que ces faits n'ont pas à être prouvés comme dans une cause ordinaire et que suffira une croyance législative rationnelle en leur existence.

La portée exacte du *Renvoi anti-inflation* quant à la théorie de la connaissance d'office de faits sociaux en contexte constitutionnel est on ne peut plus incertaine. On semble avoir tout simplement prononcé les mots magiques, « Sésame ouvre-toi », s'être débarrassé des contraintes des règles traditionnelles de preuve en prononçant les mots « connaissance d'office »<sup>70</sup>.

Dans l'ensemble, les justifications apportées au soutien de cet assouplissement des exigences traditionnelles de la connaissance d'office à l'égard des faits sociaux en contexte constitutionnel apparaissent assez peu convaincantes. On semble plus près d'une logique du désespoir que de la raison.

On traitera dans une section distincte un argument par nature différent, qui invoque le rattachement des questions de faits sociaux au monde du droit pour justifier une plus grande latitude judiciaire à leur égard.

On ne peut cependant clore ici la présente discussion sans aborder une notion certes floue mais qui influe inexorablement sur le jeu de la connaissance d'office factuelle en contexte constitutionnel : la présomption de constitutionnalité.

---

<sup>69</sup> D. PINARD, *loc. cit.*, note 1, 115.

<sup>70</sup> J'ai déjà écrit ailleurs que la distinction du fait et du droit jouait un rôle similaire (D. PINARD, *loc. cit.*, note 2, 161).

### 3. Les limites reliées à la présomption de constitutionnalité

#### a. La notion de présomption de constitutionnalité

S'il existe donc une telle chose que cette connaissance d'office élargie des faits sociaux en contexte constitutionnel, elle est peut-être en partie modelée par le jeu de la présomption de constitutionnalité.

L'idée d'une présomption de constitutionnalité est bien connue, principalement à cause de son imprécision et des nombreuses questions qu'elle suscite en droit canadien<sup>71</sup>. Existe-t-elle encore depuis 1982? A-t-elle seulement déjà existé? Quelles sont ses différentes facettes? Qu'en est-il particulièrement de son aspect factuel, s'il en est un? Il semble que plusieurs conceptions coexistent.

Selon Peter Hogg, par exemple, trois aspects principaux caractérisent cette idée de présomption de constitutionnalité<sup>72</sup>. Tout d'abord, en cas d'ambiguïté quant à la possible qualification d'une loi à des fins constitutionnelles, on devrait préférer celle apte à justifier une conclusion de validité. Deuxièmement, quand une loi est susceptible d'une interprétation large qui provoque des cas d'application constitutionnellement douteux et d'une interprétation plus étroite qui les évite, on doit préférer la seconde. Enfin, quand des conclusions factuelles sont nécessaires à l'établissement de la validité constitutionnelle d'une loi, un fondement rationnel à l'action législative sera généralement suffisant.

On s'intéresse ici à ce seul aspect de cette dite présomption, soit celui relatif à l'existence des faits nécessaires à asseoir un jugement de constitutionnalité.

Acceptons d'emblée que l'appellation même de « présomption » est trompeuse. En effet, la notion de présomption factuelle réfère en principe à cette étape de raisonnement logique quant aux faits qui permet d'inférer l'existence du fait A à partir de la preuve du

<sup>71</sup> Voir notamment Danielle PINARD, « Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés* », (1990) 35 *R.D. McGill* 305.

<sup>72</sup> Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1996, p. 343.

fait B. Or, ladite présomption de constitutionnalité joue d'entrée de jeu, en l'absence même de toute preuve. Il serait donc plus exact de référer à une forme d'imposition du fardeau de preuve à la partie qui allègue l'inconstitutionnalité<sup>73</sup>.

Cette imposition serait d'ailleurs justifiée par les rapports institutionnels entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs politiques de l'État bien plus que par une réelle et concrète vraisemblance de constitutionnalité. Le pouvoir législatif étant constitutionnellement investi du pouvoir d'adopter les lois, il apparaît relever de l'ordre normal des choses que ces dernières affrontent à tout le moins les premiers instants de la contestation de leur constitutionnalité parées d'une apparence de validité.

Une attitude de déférence judiciaire à l'égard des choix législatifs, ainsi qu'une croyance en une meilleure capacité législative de recherche et d'évaluation des faits pertinents<sup>74</sup> ont traditionnellement fondé en partie cette présomption.

Ainsi, au début de toute contestation, et en l'absence de toute preuve, les tribunaux présumeront l'existence des faits sociaux compatibles avec la validité constitutionnelle de la loi contestée<sup>75</sup>.

Cette présomption imposerait à la partie qui invoque l'inconstitutionnalité de la loi le fardeau de prouver les faits qui démontrent cette inconstitutionnalité ou encore l'inexistence de

---

<sup>73</sup> Voir, par exemple, Rupert CROSS et Colin TAPPER, *Cross on Evidence*, 7<sup>e</sup> éd., London, Butterworths, 1990, p. 126 : « The structure of all true presumption requires first the proof of a basic fact or facts. » Puis, à la page 124 : « In some cases however, there is no basic fact at all, and the presumption does no more than express the incidence of the relevant burden. » Il donne comme exemple la présomption d'innocence ou encore de santé mentale.

<sup>74</sup> Sur cette meilleure capacité institutionnelle des législatures pour la recherche et l'évaluation des faits, voir notamment Christopher P. MANFREDI, *Preuve extrinsèque, sciences sociales et jugements constitutionnels aux États-Unis : Répercussions pour les litiges portant sur l'application de la Charte canadienne des droits et libertés*, Document de travail, Ministère de la Justice du Canada, avril 1992, Document WD1992-1f, p. 16 et suiv. Du côté de la jurisprudence, voir par exemple *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, 1101 (j. McIntyre, dissident).

<sup>75</sup> Sur cette question, voir Joseph Eliot MAGNET, « Jurisdictional Fact, Constitutional Fact and the Presumption of Constitutionality », (1980) 21 *Man. L.J.* 21, 26 et suiv. Il écrira notamment à la page 27 : « Any attacker of legislation must prove such constitutional facts as will demonstrate the constitutional defect alleged. If the attacker does not establish necessary constitutional facts, the presumption of constitutionality governs. All facts will be presumed in favour of constitutional validity. »

ceux aptes à confirmer la constitutionnalité de la loi. Ainsi, à défaut de toute preuve, la juge serait autorisée à présumer l'existence de faits compatibles (et l'absence de faits incompatibles) avec la constitutionnalité de la loi dans son ensemble ou de l'une de ses applications, selon l'objet en litige. Il s'agit en quelque sorte d'une position judiciaire de départ, d'un préjugé initial favorable à la constitutionnalité. La présomption porterait tant sur le contexte factuel devant exister (au jour de l'adoption de la loi et par la suite) afin d'asseoir la validité constitutionnelle de la loi<sup>76</sup> que sur celui de ses applications concrètes<sup>77</sup>.

Un avantage de cette présomption consiste en ce qu'elle contraint la partie qui conteste la constitutionnalité de la loi à la présentation d'une preuve de faits, permettant ainsi un débat concret plutôt qu'une spéculation hypothétique et abstraite<sup>78</sup>.

Il s'agit d'une présomption réfragable, le type de fardeau de preuve nécessaire afin de la renverser sera prévu par l'ordre de droit positif et pourra varier<sup>79</sup>.

Il semble que les tribunaux canadiens aient accepté vers la fin des années 70 l'existence d'une telle présomption de constitutionnalité relative aux faits<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> J.E. MAGNET, *loc. cit.*, note 31, 127.

<sup>77</sup> B.L. STRAYER *op. cit.*, note 5, p. 293 : « The factual presumption has to do with effect of the law : it allows the court to assume, if it has no evidence to the contrary, that the relevant facts are such as to allow the effect of the law to be within the permitted scope of the Legislature. »

<sup>78</sup> Henry Wolf BIKLÉ, « Judicial Determination of Questions of Fact Affecting the Constitutional Validity of Legislative Action », (1924-25) 38 *Harv. L. Rev.* 6, 21 : « [T]he rule that legislation comes to the Court with the presumption in favor of its constitutional validity. [...] [T]he litigant who challenges [should] satisfy the Court of the correctness of his position in point of fact. [...] in such a way as to furnish a foundation of record for the Court's determination [...]. » Voir dans le même sens, J.E. MAGNET, *loc. cit.*, note 31, 127 et 128.

<sup>79</sup> Sur cette question, voir Neil FINKELSTEIN, *Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1986, p. 295 et suiv. Il écrira, à la page 297 : « Judicial notice, as a basis for introduction of social and economic arguments and statistics, raises a more difficult problem when addressed to the invalidation of a statute, but the problem is more one of the weight of the data than of its admissibility [...]. It must be such as to meet and overcome the so-called presumption of constitutionality which is no more than a canon of construction [...]. »

<sup>80</sup> Voir J.E. MAGNET, *loc. cit.*, note 31, pour les arrêts cités aux pages 124 et 125.

On doit cependant apporter ici certaines précisions.

Une limite de caractère raisonnable encadre cette présomption factuelle. Elle ne porte que sur des faits qui peuvent être raisonnablement présumés<sup>81</sup>.

On a prétendu que la présomption de constitutionnalité ne jouait pas dans le cadre d'un litige constitutionnel fondé sur une allégation de violation de droits ou libertés. L'affirmation semble abusive. Au stade initial, le préjugé jouera ici aussi en faveur d'un jugement de constitutionnalité. En l'absence de toute preuve on ne présumera pas l'existence d'une violation de droits et libertés constitutionnels<sup>82</sup>. La particularité de ce contentieux constitutionnel est plutôt la suivante, et elle est tributaire, non pas d'un ordre naturel des choses, mais bien plutôt du type de fardeaux de preuve qu'a imposés la Cour suprême : après que la partie qui conteste la constitutionnalité de la loi aura démontré *prima facie* l'existence d'une violation de droits et libertés, et cela en vertu d'un fardeau relativement léger, ce sera à la partie qui souhaite justifier cette violation d'en démontrer le caractère raisonnable par prépondérance des preuves. La présomption n'est donc pas tout simplement inapplicable. C'est en fait sa mise en oeuvre qui est modulée par d'autres considérations relatives aux fardeaux de preuve. Le point de départ est encore une présomption que la Constitution a été respectée; une fois que la violation des droits est *prima facie* démontrée, cependant, le tribunal ne peut en principe plus présumer qu'il s'agit d'une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>83</sup>. En principe, il exigera ici qu'on lui présente une preuve convaincante.

Finalement, un jugement de constitutionnalité fondé sur une telle présomption d'existence de certains faits perdra son bien-fondé le jour où l'on sera en mesure de prouver l'inexistence de ces mêmes faits. On ne pourra alors pas opposer la valeur de précédent du jugement à une contestation ultérieure.

---

<sup>81</sup> *Id.*, 127. Voir, dans le même sens, Henry P. MONAHAN, « Constitutional Fact Review », (1985) 85 *Col. L. Rev.* 229, qui écrit à la page 252, note 126.

<sup>82</sup> Voir *infra*, la discussion de l'affaire *MacKay*.

<sup>83</sup> B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 5, p. 293; D. PINARD, *loc. cit.*, note 2, 173 et 174.

Qu'en est-il donc des rapports entre le jeu de la présomption de constitutionnalité et le mécanisme de la connaissance d'office?

**b. La connaissance d'office des faits compatibles avec la validité constitutionnelle**

D'une façon générale, on comprend que la présomption de constitutionnalité pourrait au minimum faciliter la justification de la connaissance d'office de faits compatibles avec la validité constitutionnelle de la loi. À cet égard, l'aspect factuel de la présomption et la connaissance d'office de faits sociaux compatibles avec la validité constitutionnelle de la loi vont dans la même direction. À la rigueur, on pourrait même se demander s'il n'y a pas tout simplement ici identité de processus. On a en effet vu que certains s'opposent à la recevabilité de toute preuve à l'encontre d'un fait connu d'office au motif que l'acceptation d'une telle preuve aurait pour effet de porter atteinte à la spécificité conceptuelle de la connaissance d'office, la confondant avec le mécanisme des présomptions ou encore avec celui de la répartition des fardeaux de preuve. Or, l'on sait qu'une telle preuve contraire est *de facto* reçue, même si le moment précis du processus au cours duquel a lieu cette réception est incertain. On sait de plus que les faits sociaux connus d'office en contexte constitutionnel ne répondent souvent pas aux exigences traditionnelles de caractère notoire et incontestable. Dans ce contexte précis, connaissance d'office des faits sociaux compatibles avec la validité constitutionnelle de la loi et aspect factuel de la présomption de constitutionnalité se ressemblent étrangement.

Une petite note historique s'impose ici. On rattache généralement, en droit constitutionnel américain, les origines d'un mouvement d'ouverture des tribunaux face à la composante factuelle de toute décision constitutionnelle à l'affaire *Muller v. Oregon*<sup>84</sup>. L'avocat Louis Brandeis y avait présenté, à l'appui de la validité d'une loi dont la constitutionnalité était contestée, certains documents visant à démontrer le caractère rationnel de la solution législative retenue<sup>85</sup>. Le concept du « *Brandeis Brief* » a par la

<sup>84</sup> *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908).

<sup>85</sup> Voir, pour des passages de ce dossier présenté par Louis Brandeis, John MONAHAN et Laurens WALKER, *Social Science in Law : Cases and Material*, 3<sup>e</sup> éd., Westbury, The Foundation Press, 1994, pp. 5-7.



suite été développé pour référer à la présentation d'études de sciences sociales tout simplement annexées aux mémoires en appel<sup>86</sup>. Dans *Muller v. Oregon*, la Cour suprême des États-Unis a accepté de considérer les données qui lui étaient ainsi présentées. Elle a aussi laconiquement référé à la connaissance d'office, affirmant : « We take judicial cognizance of all matters of general knowledge. »<sup>87</sup>

L'association a dès lors été vite faite entre la connaissance d'office et la technique des *Brandeis Briefs*. Est plus immédiatement pertinent pour notre propos, cependant, le fait que la présentation factuelle de Brandeis allait dans le sens de la présomption de constitutionnalité. Le dossier de faits sociaux a initialement été présenté au soutien de la validité constitutionnelle de la loi contestée et dans le seul but de démontrer l'existence d'un fondement rationnel à l'action législative. On a écrit qu'il s'agissait peut-être tout simplement de fournir un contexte factuel au jeu de la présomption de constitutionnalité<sup>88</sup>. Historiquement, donc, la connaissance d'office de faits sociaux en contexte constitutionnel a été rattachée à la présomption de constitutionnalité.

On présente parfois la décision de la Cour suprême du Canada dans *Construction Montcalm*<sup>89</sup> comme un exemple de connaissance d'office de faits compatibles avec la constitutionnalité de la loi. Cet aspect particulier de la décision semble en réalité un peu plus nuancé. On se souviendra qu'était contestée dans cette affaire l'applicabilité constitutionnelle de lois provinciales relatives aux salaires à une entreprise effectuant alors des travaux de construction de pistes d'atterrissage sur une terre fédérale destinée à recevoir un aéroport. Le juge Beetz a énoncé qu'en l'absence de toute preuve sur le sujet, il devait *présumer* que Construction Montcalm était une entreprise de construction ordinaire, réalisant une multitude de travaux non spécifiquement rattachés au domaine de l'aéronautique. Elle demeurait donc assujettie aux normes générales des lois provinciales du travail. La

---

<sup>86</sup> Voir D. PINARD, *loc. cit.*, note 24.

<sup>87</sup> *Muller v. Oregon*, précité, note 84.

<sup>88</sup> Kenneth L. KARST, « Legislative Facts in Constitutional Litigation », [1960] *S. Ct. Rev.* 75, 100.

<sup>89</sup> *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754.

Cour pouvait dès lors prendre connaissance d'office des conditions généralement applicables dans l'industrie de la construction, dans la mesure de leur notoriété. Se rejoignaient ici en parfaite harmonie la présomption de constitutionnalité et la présomption de normalité ou de cours normal des choses. Dans un monde où les entreprises de construction sont généralement polyvalentes, une entreprise spécialisée devra alléguer et prouver sa particularité<sup>90</sup>.

La connaissance d'office, dans la mesure où elle a joué un quelconque rôle dans le *Renvoi anti-inflation*, a peut-être été facilitée par le jeu de la présomption de constitutionnalité. Les faits que la Cour a vraisemblablement accepté de considérer militaient, a-t-elle évalué, en faveur de la validité constitutionnelle de la loi contestée. Quoique la présomption de constitutionnalité n'ait nulle part été mentionnée dans le renvoi, la position de départ qu'elle autorise a pu faciliter l'approche de la Cour à l'égard des faits dans cette affaire. À défaut de présentation d'une quelconque preuve, la Cour aurait pu présumer l'existence des faits compatibles avec la validité constitutionnelle de la loi. *A fortiori* a-t-elle pu se saisir de faits qui lui étaient présentés, quoique de façon fort peu orthodoxe, et qui appuyaient selon elle la validité constitutionnelle de la loi contestée.

Dans *Ontario c. C.P.*<sup>91</sup>, une affaire de Charte dans laquelle était alléguée l'imprécision inconstitutionnelle d'une infraction prévue par une loi de protection de l'environnement, l'apparente connaissance d'office de la sensibilisation croissante des citoyens à l'importance d'assurer la protection de l'environnement a permis de lire dans l'interdiction l'existence d'un avertissement raisonnable et d'en préserver ainsi la validité constitutionnelle<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> *Id.*, 775 : « Le dossier dit peu de choses des activités ou des affaires de Montcalm. [...] Nous ne connaissons pas la nature des travaux de construction généralement effectués par Montcalm. [...] Dans ces circonstances, nous devons présumer que les affaires de Montcalm sont celles d'une entreprise de construction ordinaire, soumise aux conditions de travail qui prévalent généralement dans l'industrie de la construction, et dont nous pouvons prendre connaissance dans la mesure où ces faits sont connus [and of which we are entitled to take cognizance in so far as they are common knowledge]. S'il en était autrement, il incombait à Montcalm de l'alléguer et d'en faire la preuve. »

<sup>91</sup> *Ontario c. C.P.*, précité, note 19.

<sup>92</sup> *Id.*, 1075.

On a évoqué plus haut le caractère vraisemblablement inapproprié de la présomption de constitutionnalité au stade de l'analyse des justifications aux limites apportées aux droits et libertés faite en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il demeure cependant que le jeu croisé de la connaissance d'office et de la présomption de constitutionnalité s'y est aussi manifesté. On se souviendra que la Cour suprême a péremptoirement imposé en ces termes un fardeau de preuve à la partie souhaitant justifier une limite ainsi apportée :

*Lorsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction.*<sup>93</sup>

Or, la Cour a aussi, et du même souffle, accepté que « certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier [pouvaient être] manifestes ou évidents en soi »<sup>94</sup>.

Les tribunaux peuvent donc connaître d'office des faits susceptibles de justifier des limites apportées aux droits et libertés et ainsi préserver la validité constitutionnelle d'une règle de droit<sup>95</sup>.

Dans ce contexte, la Cour suprême a connu d'office l'importance de l'éducation dans notre société<sup>96</sup>, la valeur sociale d'une journée de congé commune<sup>97</sup>, le caractère essentiel de certains services publics<sup>98</sup> et les dangers reliés à l'alcool au volant<sup>99</sup>.

Elle connaît aussi les effets potentiellement catastrophiques de la fomentation de la haine<sup>100</sup> et le rapport fréquent entre le fait

---

<sup>93</sup> R. c. *Oakes*, précité, note 8, 138 (nos caractères gras).

<sup>94</sup> *Id.*, 138.

<sup>95</sup> Voir C. FABIEN, *loc. cit.*, note 31, 459; B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 5, p. 288 et suiv.; D. PINARD, *loc. cit.*, note 2, 177-179. *P.G. Canada c. Alex Couture inc.*, [1991] R.J.Q. 2534 (C.A.), 2566.

<sup>96</sup> R. c. *Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, 299 et 300.

<sup>97</sup> R. c. *Edwards Books and Art Ltd.*, précité, note 57, 770.

<sup>98</sup> *Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313, 376.

<sup>99</sup> R. c. *Penno*, précité, note 17, 881 et 882.

<sup>100</sup> R. c. *Keegstra*, précité, note 15, 758; passage précité à cette même note.

d'entretenir des liens étroits avec une prostituée et celui de vivre des fruits de la prostitution<sup>101</sup>.

Ici encore, à cause de l'importance des décisions judiciaires rendues en matière constitutionnelle, notamment à cause de leur impact sur des tiers, il serait déplorable qu'une lacune dans la preuve puisse forcer un prononcé judiciaire d'inconstitutionnalité<sup>102</sup>.

Le mécanisme de la connaissance d'office a toujours fourni aux juges, face aux parties au litige en principe responsables d'apporter de la preuve, une marge d'autonomie à l'égard des faits. L'utilité, voire la nécessité de cette marge de manoeuvre est ici considérable.

### **c. La connaissance d'office des faits incompatibles avec la validité constitutionnelle**

Corrélativement, on peut se demander si la présomption de constitutionnalité ne limite pas le champ d'application de la connaissance d'office ou encore n'en resserre pas les critères à l'égard de certains faits. En effet, il semblerait à première vue inacceptable qu'une juge, en l'absence de toute preuve, conclue à l'inconstitutionnalité d'une loi au nom de faits non prouvés dont elle a cependant pris connaissance d'office. En l'absence de preuve, on l'a vu, on présupera généralement l'existence des faits compatibles avec la constitutionnalité de la loi.

L'affaire *Quong Wing v. Kirkendall*<sup>103</sup> constitue un exemple dramatique d'un juge qui renonce, apparemment à regret, à prendre connaissance d'office de faits susceptibles de miner la validité constitutionnelle de la loi en cause. Il s'agissait d'une taxe imposée à certaines entreprises de blanchissage, que le juge Holmes savait principalement exercées par des personnes d'origine

<sup>101</sup> *R. c. Downey*, précité, note 16, 36; passage précité à cette même note.

<sup>102</sup> P.W. HOGG, *op. cit.*, note 47, p. 858 : « [I]n several cases the Supreme Court has been prepared to make justificatory findings of a factual nature without evidence, or with very little evidence, relying on the "obvious" or "self-evident" character of the findings. These cases have been criticized, but the Supreme Court of Canada has to make do with the factual record developed at trial, and it would be unfortunate if a law was struck down because of a deficiency in the evidence which could be supplied by a common-sense finding. »

<sup>103</sup> *Quong Wing v. Kirkendall*, précité, note 38.

chinoise<sup>104</sup>. L'argument d'un impact discriminatoire de la loi était à la portée de main, a été soulevé par le juge mais rejeté par les parties<sup>105</sup>. La loi a donc continué à jouir d'une présomption de constitutionnalité, quoique quelque peu ternie.

Plus près de nous et plus récemment, la Cour suprême a refusé de prendre connaissance d'office d'un rapport entre l'obligation de témoigner imposée à un journaliste et le tarissement de ses sources d'informations dans un contexte où était invoquée la liberté de presse<sup>106</sup>.

De la même façon, le refus de la Cour suprême du Canada de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi en l'absence de toute preuve factuelle constitue en fait un refus implicite de prendre connaissance d'office de faits incompatibles avec la validité constitutionnelle de la loi. On se souviendra en effet que dans l'affaire *MacKay*<sup>107</sup>, la Cour a refusé, en l'absence d'une quelconque preuve factuelle de violation de droits, de se prononcer sur un argument d'inconstitutionnalité d'une loi sur le financement électoral<sup>108</sup>.

Il faudra dès lors que les faits incompatibles avec la constitutionnalité soient absolument et évidemment incontestables pour

---

<sup>104</sup> *Id.* : « 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 had observed a case. »

<sup>105</sup> *Id.* : « But this ground of objection was not urged, and rather was disclaimed when it was mentioned from the bench at the argument. »

<sup>106</sup> *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572, 1581 (j. Sopinka, pour la Cour).

<sup>107</sup> *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357.

<sup>108</sup> Voir, dans le même sens, *Danson c. P.G. Ontario*, précité, note 34, où la Cour a aussi dû se prononcer sur l'existence d'une violation de droits constitutionnels. Voir aussi *Hill c. Église de scientologie*, [1995] 2 R.C.S. 1130, où la Cour, en *obiter*, a réitéré la nécessité de faire la preuve d'une violation de droits constitutionnels. Le juge Cory écrit, pour la majorité, à la page 1163 : « Même s'il y avait eu action gouvernementale suffisante pour entraîner l'application de l'art. 32, les appelants n'ont pas fourni un fondement de preuve qui permettait de résoudre leur contestation constitutionnelle. En effet, notre Cour a déclaré à de nombreuses reprises qu'elle ne se prononcerait pas sur des allégations de violation de la Charte en l'absence d'une preuve suffisante. » Voir enfin, pour son intérêt historique, *Northern Telecom c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115, 139 et 140.

que leur connaissance d'office puisse légitimement renverser l'aspect factuel de la présomption de constitutionnalité<sup>109</sup>.

Cette connaissance ne serait cependant justifiée que dans la mesure où elle serait nécessaire, eu égard, par exemple, au caractère évident de l'inconstitutionnalité, à l'incompétence des parties ou encore à l'existence d'une collusion entre elles<sup>110</sup>.

## **B. Les faits sociaux : une matière juridique susceptible de faire l'objet d'une connaissance d'office au même titre qu'une question de droit**

Une approche plus osée justifie une connaissance d'office importante des faits sociaux en contexte constitutionnel par leur rattachement au monde du droit. Malgré l'incertitude inhérente à la distinction du fait et du droit, cette approche n'est pas sans soulever de sérieux problèmes conceptuels.

### **1. La position**

Le caractère essentiellement incertain des faits sociaux, leur importance croissante pour la décision constitutionnelle et la portée de cette dernière, qui transcende les seuls intérêts des parties au litige, font cependant douter de l'à-propos même du procédé de la connaissance d'office factuelle à leur égard.

Il se peut en effet qu'un souci de cohérence conceptuelle contraigne à admettre que les faits sociaux pertinents en contexte constitutionnel ne peuvent tout simplement pas relever du domaine de la connaissance d'office des faits. Peut-on encore prétendre « assouplir » une notion lorsque l'on est tout simplement en train de la dénaturer? Le caractère dit incontestable de

<sup>109</sup> Voir, par exemple, l'affaire de la taxation des banques, dans laquelle la Cour suprême du Canada, confirmée en cela par le Conseil privé, a pris connaissance de l'impact prohibitif d'une taxe provinciale imposée aux banques, de façon à en prononcer l'inconstitutionnalité : *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, 128 et 129 (J. Duff) et *A.G. for Alberta v. A.G. for Canada*, [1939] A.C. 117, 130. Finalement, dans un contexte où des actes policiers, et non pas une loi, étaient en cause, la connaissance d'office de l'existence de services d'avocats de garde, non mentionnés au prévenu, a facilité un constat de violation du droit à l'assistance d'une avocate (*R. c. Cobham*, précité, note 18, 372, passage précité à cette même note).

<sup>110</sup> B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 5, p. 293. Voir aussi, dans le même sens, J.E. MAGNET, *loc. cit.*, note 31, 139 et 140.

certaines faits est en effet au coeur même de la notion de connaissance d'office; il lui donne sa raison d'être; c'est de lui que procèdent toutes ses justifications. Si, en désespoir de cause, on tente de forcer cette notion afin de l'adapter aux contours flous des faits sociaux, c'est en réalité parce que la précision des autres règles de preuve empêche de les soumettre à de telles contorsions. On profite en quelque sorte de l'imprécision de la notion de connaissance d'office, qui a toujours opéré dans une relative pénombre. On lui fait jouer un rôle de fourre-tout qu'elle ne peut peut-être pas jouer : ce qui ne peut être présenté en vertu des moyens traditionnels de preuve se fauflerait par là<sup>111</sup>.

Ce problème n'est pas passé inaperçu en doctrine. Ainsi, même Davis, dans sa défense d'une connaissance d'office des faits sociaux, ne peut s'empêcher de la comparer entre les lignes à la « vraie » connaissance d'office :

*The exceedingly practical difference between legislative and adjudicative facts is that, apart from facts properly noticed, the tribunal's findings of adjudicative facts must be supported by evidence, but findings or assumptions of legislative facts need not, frequently are not, and sometimes cannot be supported by evidence.*<sup>112</sup>

Il est de même remarquable que Strayer prône la possible connaissance d'office de faits sociaux qu'il qualifie lui-même de « *presumptively correct* », acceptant qu'ils ne sont pas « *utterly undisputable* »<sup>113</sup>. Ne décrit-il pas ici les conditions d'application des règles du jeu des présomptions de fait, ou encore de la répar-

---

<sup>111</sup> G.S. PERRY et G.B. MELTON, *loc. cit.*, note 12, 643 : « Thus, it seems social facts, disputable or undisputable, can enter judicial consideration through evidentiary law via Brandeis brief or expert testimony, through express judicial notice of social evidence not in the record, or through discretionary judicial assumption, whether or not sanctioned by any stretch of judicial notice. The latter, least supportable if not least credible, is subject to virtually none of the limits traditionally associated with judicial notice, if indeed it can even be considered judicial notice and not judicial caprice. » Ces auteurs avaient eux-mêmes utilisé une notion plutôt floue du concept de connaissance d'office : « Judicial notice is a broad doctrine which can be made to cover many types of information — indisputable truth, common knowledge, readily verifiable facts, social science authority, social facts assumptions — through a variety of mechanisms — brief of counsel, independent judicial research, judicial experience, judicial imagination — both on and off the record, explicit or implicit in opinions. » (p. 634, note 7)

<sup>112</sup> K.C. DAVIS, *loc. cit.*, note 31, 952 et 953 (nos caractères gras).

<sup>113</sup> B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 5, p. 292.

tition des fardeaux de preuve, plutôt que celles de la connaissance d'office telle qu'on la connaît traditionnellement?

Un concept peut-il de la sorte changer de signification selon les contextes de son utilisation?

Devant ces incohérences conceptuelles créées par le traitement des faits sociaux comme « faits connus d'office », il peut donc devenir tentant de s'affranchir de toute contrainte en les qualifiant plutôt de « questions de droit ».

Il n'est donc pas surprenant que certains adoptent une attitude en apparence plus radicale et semblent considérer que les faits sociaux en contexte constitutionnel relèvent du domaine du raisonnement et de l'analyse des juges au même titre que les questions de droit<sup>114</sup>. La libre connaissance d'office du droit s'y étendrait en quelque sorte.

Avant même de s'interroger sur un aménagement des règles traditionnelles de preuve rendu nécessaire par la nature particulière des faits sociaux, une question préliminaire s'imposerait donc : ces faits sont-ils techniquement objet de preuve ou ne sont-ils pas plutôt simple matière à raisonnement, tout comme le sont les règles de droit et les précédents? Rôle ici le fantôme de la distinction du fait et du droit, que l'on a discutée ailleurs<sup>115</sup>. Acceptons que cette distinction, dont l'utilité réside principalement dans l'imprécision<sup>116</sup>, est fonctionnelle plutôt que descriptive, qu'elle range des éléments du côté du droit ou du côté des faits selon certaines finalités telles l'octroi d'un droit d'appel ou encore l'attribution de l'objet au juge ou au jury. On considère généralement que les faits sont l'objet des règles de preuve, alors que le

<sup>114</sup> Le caractère quelque peu fictif de l'exercice ne passe cependant pas toujours inaperçu. Voir, par exemple G.S. PERRY et G.B. MELTON, *loc cit.*, note 12, 639 : « Judges were admonished to open their eyes to social realities as recognized by nascent social sciences. Implicit in assigning this new task to judicial notice was the legal fiction that this incoming social science information would be considered indisputable as a matter of law. »

<sup>115</sup> D. PINARD, *loc. cit.*, note 2, 144 et suiv.

<sup>116</sup> N'a-t-on pas écrit avec à-propos que serait un ennemi public quiconque arriverait à définir cette distinction du fait et du droit avec une relative précision? H.P. MONAGHAN, *loc. cit.*, note 81, 233 (L. GREEN, *Judge and Jury* (1930) : « No two terms of legal science have rendered better service than "law" and "fact" . [...] They readily accommodate themselves to any meaning we desire to give them [...] What judge has not found refuge in them? The man who could succeed in defining them would be a public enemy. »



droit est matière à interprétation, à argumentation et à raisonnement.

Or les faits sociaux, de par leurs caractéristiques, semblent chevaucher la distinction. Comme le droit, ils sont souvent généraux et extérieurs à l'expérience immédiate des parties. Ils transcendent l'espèce. Comme les faits, ils ne résultent pas de l'exercice de la fonction normative de l'État, ils « existent » dans la réalité du monde extérieur et ne peuvent être considérés comme relevant de l'expertise traditionnelle des juges<sup>117</sup>.

Ces caractéristiques expliquent peut-être en partie une certaine attitude ambivalente des juges à l'égard des faits sociaux. Alors que ceux-ci sont parfois considérés comme relevant strictement des règles de preuve, ils sont d'autres fois traités et interprétés comme du droit<sup>118</sup>.

Qui plus est, il se peut que de par leur rôle certains faits sociaux pertinents en contexte constitutionnel se rattachent plus au monde du droit qu'à celui des faits. Il s'agit de faits qui ne servent souvent qu'à mieux comprendre le droit, à éclairer l'interprétation

---

<sup>117</sup> John MONAHAN et Laurens WALKER, « Social Authority : Obtaining, Evaluating and Establishing Social Science in Law », (1986) 134 *U. Pa. L. Rev.* 477, dans J. MONAHAN et L. WALKER, *op. cit.*, note 85, pp. 301-311, à la page 302 : « The principal similarity between social science research and fact is that both are *positive* — both concern the way the world *is*, with no necessary implications for the way the world *ought* to be. [...] Law, in contrast, is *normative*. [...] The principal similarity between social science research and law is that both are *general* — both produce principles applicable beyond particular instances. Facts, in contrast, are specific to particular instances. [...] Because of this generality, the conclusions of empirical research are sometimes metaphorically described as scientific laws. » Voir aussi C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 6, 555 et 556.

<sup>118</sup> À cet égard, se pose notamment l'intéressante question de la valeur de précédent d'une conclusion judiciaire à l'égard d'un fait social. On se souviendra que dans la célèbre affaire *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), la Cour suprême des États-Unis a prononcé l'inconstitutionnalité des écoles séparées, à cause du caractère néfaste de ce système pour le développement des enfants noirs. L'effet des écoles séparées, ainsi décidé par la Cour, devenait-il une question de droit ? Il semble qu'à certains égards on doive répondre par l'affirmative, puisque l'on a rejeté une contestation ultérieure de cette conclusion, menée avec preuve à l'appui, au motif que la question de droit avait été définitivement décidée. Voir, sur cette question, G.S. PERRY et G.B. MELTON, *loc. cit.*, note 12, 667, qui écrivent notamment : « When a legal conclusion seems to rest on empirical assumptions (e.g., the psychological harm of school segregation), then those assumptions may become de facto conclusions of law which are not disputable, regardless of the social reality. »

des lois et des dispositions constitutionnelles en cause. On comprend que le contentieux constitutionnel soulève principalement des questions de droit : l'interprétation d'une loi, l'interprétation de la Constitution et la détermination de leur compatibilité. On y retrouve aussi des faits pertinents. On peut considérer que ces faits ne sont pas directement en litige et ne jouent qu'un rôle accessoire : la seule question en litige est la question de droit, c'est-à-dire la constitutionnalité de la loi contestée, et les faits pertinents ne constituent que l'éclairage, le contexte du débat<sup>119</sup>. Il ne s'agit alors pas pour les juges de déterminer, en soi et directement, l'existence d'un état de fait extérieur et auquel le droit attache des conséquences. Ces faits ne font pas l'objet de prononcés judiciaires en tant que tels (c'est-à-dire la cour n'aura rien décidé à leur égard, n'aura pas déterminé leur existence) et les tribunaux jouissent à leur égard d'une liberté absolue. Ces faits étant reliés à la fonction d'élaboration, d'interprétation et d'adaptation du droit, leur traitement s'apparenterait à la connaissance d'office du droit et serait étranger au monde de la « preuve » en tant que telle<sup>120</sup>. Aucune limite reliée à un quelconque caractère incontes-

<sup>119</sup> Sur le recours aux faits pour l'interprétation des lois, voir : P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 67, p. 392 et suiv.; Ruth SULLIVAN, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Butterworths, 1994. Cette dernière écrira, à la page 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. » Puis, à la page 419 : « Knowledge of historical circumstance can have considerable explanatory value in understanding the meaning of legislation. » Voir généralement, sur l'utilisation des faits pour l'interprétation de la constitution, David L. FAIGMAN, « Normative Constitutional Fact-Finding : Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation », (1991) 139 *U. Pa. L. Rev.* 541.

<sup>120</sup> J. CHEVALLIER, *loc. cit.*, note 54, 13 et 14 : « La loi ne tolère pas que par des démarches obscures et entreprises hors la présence des parties, le juge réunisse des renseignements qui échapperaient à tout contrôle comme à toute discussion. [...] Si, pour l'interprétation de ce texte, il était nécessaire de faire état de la technique de cette opération, il était loisible au juge de le faire sans s'expliquer sur l'origine de la connaissance qu'il en pouvait avoir. L'existence et la portée de la règle de droit ne sont pas matière de preuve. Il est du rôle du juge de dire le droit sous réserve des voies de recours auxquelles est exposée sa sentence lorsqu'elle repose sur une mauvaise interprétation de la règle de droit. Mais le juge ne saurait se couvrir dans cette interprétation de l'autorité de praticiens qu'il aurait interrogés. Ce serait révéler des investigations irrégulièrement poursuivies hors la présence des parties et une expertise dont les formes n'auraient pas été respectées, ni les résultats soumis à la discussion des parties. » H.W. BIKLÉ, *loc. cit.*, note 78, 12 : « [I]t [the S.C.] has dealt with the question [underlying questions of fact

table ou à une notoriété certaine ne s'appliquerait alors et tous les faits pertinents pourraient donc être étudiés et utilisés par les juges<sup>121</sup>. Le contrôle exercé par les juges sur les questions de droit s'étendrait logiquement à ces considérations factuelles justement nécessaires à l'intelligence du droit<sup>122</sup>. Cette liberté serait *a fortiori* applicable en contexte de détermination de la constitutionnalité d'une loi.

La Commission de réforme du droit écrivait en 1973 que « [l]e pouvoir de prendre connaissance d'office de ces faits [législatifs] [était] inhérent à l'obligation qu'a le tribunal de prendre judiciairement connaissance du droit »<sup>123</sup>.

---

which condition the validity of certain statutes] just as it deals with the usual questions of law, as a matter dependent upon reasoning and precedent, and not upon facts disclosed upon the record. » A. BINETTE, *loc. cit.*, note 46, 960 : « Bien que, parfois, la Cour suprême ait justifié l'inapplicabilité des règles formelles de la preuve par la technique de la connaissance judiciaire, la tendance la plus récente aux États-Unis est de considérer que la réception des faits législatifs est une question de droit pure, qui peut soulever des problèmes d'équité procédurale, mais qui ne se prête pas à la connaissance judiciaire proprement dite. »

<sup>121</sup> On doit éviter l'association automatique et facile entre le traitement des faits sociaux comme questions de droit et la notion de « faits législatifs » élaborée par Davis. S'il est vrai que cet auteur justifie en partie un assouplissement des exigences de la connaissance d'office à l'égard des faits législatifs par leur rôle quant à l'interprétation du droit, jamais il ne les rattacherait directement au monde du droit en tant que tels. Davis ne va pas jusqu'à caractériser ces faits législatifs comme des questions de droit et préfère plutôt souhaiter à leur égard une connaissance d'office factuelle élargie. Davis écrira, par exemple : « Facts are facts; facts are not authority; calling facts "authority" is unnatural. » (Kenneth Culp DAVIS, *Administrative Law of the Eighties : 1989 Supplement to Administrative Law Treatise*, San Diego, K.C. Davis Pub. Co., 1989, p. 365) Il a cependant reconnu l'importante utilisation judiciaire de faits non prouvés dans le traitement des questions de droit dans K.C. DAVIS, *op. cit.*, note 33, p. 141.

<sup>122</sup> A.R. FLANZ, *loc. cit.*, note 60, 481 : « [F]indings of legislative fact relate to determinations of law. There is no question that judges are free to take judicial notice of what the law is independently of the submissions of counsel. The whole area of legislative fact is inextricably intertwined with the process of judicial notice of law, and is really part of that process. » P.B. CARTER, « Do Courts Decide According to the Evidence? », (1988) 22 *U.B.C. L. Rev.* 351, 359 : « As legislative fact-finding forms a constituent part of the process of law-making, the finding of such a fact can naturally merge into the formulation of a rule of law. »

<sup>123</sup> COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 43, p.10 : « Toutefois, à l'occasion, les tribunaux sont appelés à formuler une nouvelle règle de droit, à interpréter une loi vague, ou à adapter une vieille loi aux changements de conditions. L'établissement de pareille règle de droit dépend de toute évidence d'une connaissance des conditions existantes. [...] En

Le Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve renchérisait en 1983 en insistant sur l'importance d'une grande liberté judiciaire dans le traitement des faits nécessaires à l'interprétation du droit et en refusant expressément d'encadrer leur connaissance d'office par une quelconque réglementation<sup>124</sup>.

On peut se demander si on ne retrouve pas dans des propos de juges de la Cour suprême du Canada certains jalons de reconnaissance de cette position voulant que la connaissance d'office du droit porte aussi sur les faits nécessaires à son interprétation. Deux exemples viennent à l'esprit.

Tout d'abord, on se rappellera que dans l'affaire *Ford c. P.G. Québec*<sup>125</sup>, le gouvernement du Québec a déposé plusieurs documents, notamment des statistiques, des études de sociolinguistique et de planification linguistique en vue de démontrer le caractère raisonnable d'une prétendue limite à la liberté d'expression. Ces documents avaient été présentés pour la première fois devant la Cour d'appel, qui ne s'était pas prononcé sur

---

appréciant la situation, le tribunal peut se fonder sur ce qu'il sait personnellement des conditions sociales et économiques pertinentes ou sur des éléments précis tirés de livres, traités, ouvrages d'histoire législative, journaux et ainsi de suite, éléments qu'il trouve lui-même ou qui lui sont fournis. Le tribunal exerce alors en quelque sorte un pouvoir législatif. Ces faits ont donc été appelés faits législatifs. Le pouvoir de prendre connaissance de ces faits est inhérent à l'obligation qu'a le tribunal de prendre judiciairement connaissance du droit [...]. »

<sup>124</sup> 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 la Commission canadienne de l'uniformisation des lois, 1983, p. 53 : « Connaissance d'office des faits d'interprétation : La possibilité d'étudier et d'évaluer les faits découlant de l'interprétation judiciaire est essentielle au fonctionnement de la justice. Sans elle, le juge ne peut pas dire le droit. Il faut donc lui donner l'entière liberté dans le choix de ses sources interprétatives et ne pas le limiter à la preuve et aux observations des parties. » Voir aussi, à la page 54 : « Le groupe de travail estime unanimement que l'expression "fait découlant de l'interprétation judiciaire" [*legislative facts*] est vague et obscure. Elle ne désigne pas tant les faits qui doivent être prouvés que l'approche intellectuelle du juge face à une affaire. On peut considérer les faits d'interprétation comme des faits sociaux composant l'ensemble des connaissances du juge et qui lui permettent de rendre une décision. Ils font partie du raisonnement juridique plutôt que de la preuve. Le groupe de travail ne fait aucune recommandation en ce qui a trait à la connaissance d'office des faits d'interprétation. »

<sup>125</sup> *Ford c. P.G. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

leur recevabilité. La Cour suprême du Canada les a acceptés, estimant que les parties n'avaient pas été prises au dépourvu et avaient eu l'occasion de s'exprimer sur leur valeur<sup>126</sup>. Curieusement, cependant, la Cour a comparé ces documents à « des traités et des articles », peut-être en vue de banaliser leur réception en marge des règles traditionnelles de preuve. La Cour écrira :

*Il s'agit en fait de documents du même genre que ceux dont la Cour a demandé la production et qu'elle a examinés dans d'autres affaires concernant l'application de l'article premier de la Charte, sans qu'ils aient été soumis à l'épreuve des débats contradictoires. Il s'agit de documents qui sont examinés de la même manière que le sont des traités et des articles dans d'autres contextes judiciaires.*<sup>127</sup>

Plus récemment, dans une cause de droit de la famille où, doit-on cependant préciser, aucune question constitutionnelle n'était soulevée, trois juges de la Cour suprême du Canada semblent avoir accepté cette intégration des faits sociaux au monde du droit, assurant dès lors à leur égard une considérable autonomie judiciaire. Était en cause dans l'affaire *Willick c. Willick*<sup>128</sup> l'interprétation de la *Loi sur le divorce*, notamment en ce qu'elle autorise la modification d'une ordonnance alimentaire suite à un changement important dans la situation financière du débiteur. À l'unanimité, la Cour, dans une formation de sept juges, a confirmé le jugement de première instance qui avait interprété cette loi comme autorisant, dans les circonstances de l'espèce, une telle modification de l'ordonnance alimentaire. Quatre juges, sous la plume du juge Sopinka, écrivent en être arrivés à leur conclusion en appliquant, de façon habituelle, les principes acceptés d'interprétation des lois. La juge L'Heureux-Dubé, appuyée par les juges Gonthier et McLachlin, a rédigé une opinion distincte dans laquelle elle appuie ses conclusions sur la considération d'études relatives aux incidences économiques des divorces, des pensions alimentaires et du coût réel assumé par le conjoint qui a la garde des enfants. S'est posée dans cette affaire la question du pouvoir des juges de connaître d'office de tels faits de société, de procéder à cette fin à des recherches autonomes et d'utiliser dans leurs jugements des données à propos desquelles

---

<sup>126</sup> *Id.*, 776 et 777.

<sup>127</sup> *Id.*, 777.

<sup>128</sup> *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670.

les parties au litige n'ont pas eu l'occasion de se prononcer. Le juge Sopinka, au nom de la majorité, a soulevé la question sans y répondre<sup>129</sup>. La juge L'Heureux-Dubé a quant à elle pris connaissance d'office de tels faits sociaux découverts suite à des recherches autonomes, et s'en est expliquée. Pour elle, une interprétation des lois éclairée exige la prise en compte des réalités sociales concrètes et réelles que vise à régler le législateur. S'appuyant en partie sur les travaux de Monahan et Walker<sup>130</sup>, elle liera intrinsèquement les données sociales pertinentes au monde du droit qu'elles expliquent :

*Lorsqu'elles sont pertinentes dans la création d'une règle de droit, les données et les recherches sociales revêtent un caractère général qui va bien au-delà du contexte précis dans lequel celles-ci ont été utilisées. Elles deviennent une partie constitutive de la règle de droit qu'elles contribuent à étayer. De fait, elles représentent une partie des sources dont cette règle de droit tire son autorité. À ce titre, la théorie selon laquelle les sciences sociales ont valeur d'autorité en droit est intrinsèque à la notion même de science du droit.*<sup>131</sup>

Monahan et Walker suggèrent en effet une telle approche dans leur discussion de l'utilisation d'études de sciences sociales par les juges. Pour ces auteurs, lorsque les juges élaborent ou interprètent le droit (comme dans des causes constitutionnelles), ils devraient traiter les études de sciences sociales comme des « autorités » (*social authority*), des sources d'information utiles et librement accessibles. Leur traitement ne serait pas assujéti aux règles de preuve<sup>132</sup>. Les parties pourraient joindre des études

<sup>129</sup> *Id.*, 679 : « Vu le champ restreint de la présente affaire, il n'est pas nécessaire à mon avis d'examiner les larges questions de principe que ma collègue mentionne. Cette approche nous obligerait à résoudre la question épineuse de l'utilisation d'éléments extrinsèques tels des études, des opinions et des rapports et la question de savoir s'il y a lieu d'en prendre connaissance d'office et dans quelle mesure les avocats doivent être avisés. Nous serions aussi obligés de déterminer dans quelle mesure notre façon d'aborder ces questions est différente dans un cas comme l'espèce et dans une affaire constitutionnelle où la latitude est plus grande. »

<sup>130</sup> Voir principalement J. MONAHAN et L. WALKER, *op. cit.*, note 85.

<sup>131</sup> *Willick c. Willick*, précité, note 128, 701.

<sup>132</sup> J. MONAHAN et L. WALKER, *loc. cit.*, note 117, 302 : « We propose *social authority* as such a concept. We argue that courts should treat social science research *relevant to creating a rule of law* (nos italiques) as a source of authority rather than as a source of facts. More specifically we propose that courts treat social science research as they would legal precedent under the common law. » Ils ajoutent, à la page 303 : « Treating empirical research as a

empiriques à leurs mémoires présentés à la Cour et les juges pourraient même procéder à des recherches autonomes<sup>133</sup>.

La juge L'Heureux-Dubé entérine aussi le concept d'autorité sociale, avec toute la latitude de recherche judiciaire autonome qu'il autorise. Elle écrira :

*Sont à leur tour intrinsèques à la science du droit le pouvoir et, dans une certaine mesure, la responsabilité du tribunal d'acquérir la connaissance des sources qui l'aideront à apprécier le bien-fondé des arguments juridiques qui lui sont présentés et à en tirer, en dernier ressort, ses conclusions de droit. Le rôle bien établi des tribunaux comme juges de l'intérêt public les amène parfois à puiser dans les données des sciences sociales lors même que les parties n'ont pas présenté de preuve pertinente sur des questions pertinentes de politique générale [...].*<sup>134</sup>

Les données sociales ainsi obtenues seront, selon la juge L'Heureux-Dubé, connues d'office. Nulle part dans son opinion ne retrouve-t-on une quelconque discussion des exigences traditionnelles de la connaissance d'office des faits, ou encore de la nature particulière des faits sociaux, qui les rend difficilement notoires ou incontestables<sup>135</sup>. Il semble que ces faits font plutôt partie d'une vision large du domaine de la connaissance d'office du droit, qui y intègre des faits nécessaires à une compréhension intelligente et éclairée des règles de droit.

---

source of authority rather than as a type of fact can provide the principled direction now lacking on the issue of whether judges should locate research independently. »

<sup>133</sup> *Id.*, 303 : « From a theory that posits social science as a source of authority in the law flow to corollary propositions regarding how a court should obtain empirical research : the parties should present empirical research to the court in briefs rather than by testimony; and the court may locate social science studies through its own research. »

<sup>134</sup> *Willick c. Willick*, précité, note 128, 701.

<sup>135</sup> La juge L'Heureux-Dubé écrira également, à la page 704, que les faits dont elle prend en l'instance connaissance d'office sont incontestables : « En l'espèce, toutefois, j'estime que cette mise en garde [éventuelles exigences de l'équité] ne saurait me priver de noter deux faits de nature générale, à mon avis tout à fait incontestables — le fort taux de pauvreté chez les enfants de familles monoparentales et l'omission des tribunaux de tenir compte des coûts cachés dans le calcul des aliments destinés aux enfants. »

## 2. Ses limites

Cette assimilation des questions de faits sociaux au monde du droit ouvre toute grande la porte à une liberté judiciaire considérable. On peut s'en inquiéter, d'une part parce qu'elle nie à toutes fins utiles l'existence d'une réalité factuelle indépendante de l'activité normative des juges, et d'autre part parce qu'elle ignore le fait que certains faits sociaux sont parfois directement en litige, au coeur de la question constitutionnelle, et jouent dès lors un rôle crucial dans la décision constitutionnelle, beaucoup plus central et controversé que celui de simple éclairage utile à la compréhension de la règle de droit.

### a. La négation de l'existence d'une réalité factuelle indépendante du droit

Le traitement des faits sociaux comme questions de droit heurte le sens commun, même pour celui qui est averti du caractère artificiel et strictement fonctionnel de la distinction du fait et du droit. De plus, par cette occultation d'une différence intrinsèque entre le monde normatif du droit et celui d'une réalité factuelle qui lui est extérieure, les juges risquent de s'approprier un terrain qui n'est pas le leur et ainsi mettre en péril la légitimité de leurs jugements. Faigman a brillamment analysé les stratégies déployées par la Cour suprême des États-Unis dans sa lutte pour conserver le dernier mot quant aux questions de faits sociaux pertinents en contexte constitutionnel. Dans un important article, il critique ce qui est selon lui une liberté abusive que s'est ainsi donnée la Cour. Selon cet auteur, la Cour traite ces faits comme éléments d'autorité à des fins d'interprétation constitutionnelle au même titre que le texte, les précédents judiciaires ou encore les valeurs sociales contemporaines. Ce faisant, la Cour s'autorise de la liberté qui est sienne à propos des questions de droit pour « interpréter » les faits comme elle interprète le droit, au lieu, plus humblement, de les « découvrir »<sup>136</sup>. Faigman illustre l'exercice de

---

<sup>136</sup> D.L. FAIGMAN, *loc. cit.*, note 119, 544 et 545 : « Indeed, throughout its history, and to this day, the Supreme Court, in practice, equates fact-finding with the traditional sources of authority. The Court fails to distinguish between normative principles and empirical propositions, analyzing empirical research as it might arguments about the text or precedent. The Court "interprets" facts, it does not "find" them. » Il ajoute, aux pages 549 et 550 : « The principal reason for the Court's inconsistent use of science is that it



cette liberté : selon les besoins de la position normative qu'elle souhaite imposer dans une cause, la Cour invente des faits, utilise<sup>137</sup> avec plus ou moins de rigueur des études de sciences sociales, les dénonce comme inadéquates, en déplore l'inexistence, les ignore purement et simplement ou encore modifie la règle de droit afin d'en atténuer la pertinence<sup>138</sup>. Pour Faigman, ce qui caractérise cette attitude de la Cour, c'est son intégration des faits au monde des normes, son refus de les considérer comme appartenant à une réalité autonome et extérieure au droit. Or, rappelle cet auteur, cette liberté judiciaire à l'égard des faits ne sera légitime que dans la mesure où elle respectera les données objectives générées par des études de sciences sociales à l'égard de certains de ces faits.

L'existence d'études scientifiques peut semer le doute sur la validité de certaines conclusions « factuelles » élaborées *proprio motu* par les tribunaux<sup>139</sup>. On comprend que plus on retrouve de telles études portant sur des questions particulières, plus étroite sera la marge de manoeuvre judiciaire dans leur détermination<sup>140</sup>. L'existence d'une réalité sociale extérieure et indépen-

---

continues to approach factual questions as a matter of normative legal judgment rather than as a separate inquiry aimed at information gathering. [...] Normative constitutional fact-finding, a phrase seemingly a contradiction in terms, has been an inveterate component of the constitutional tradition. »

<sup>137</sup> *Id.*, 565 : « Occasionally, the Court fashions its constitutional decisions in accordance with the contemporary consensus of scientific opinion. » Il en donne comme exemples les affaires *Brown v. Board of Education*, précitée, note 118, et *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>138</sup> *Id.*, 600 : « Lockart [*Lockart v. McCree*, 476 U.S. 162 (1986)] and McCleskey [*McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279 (1987)] illustrate how the Court can manipulate the law in order to change the impact of empirical research. In both cases, the Court shifted the precedent's system-wide perspective, which encouraged scientific research, to a particularized perspective that rendered the research conducted irrelevant. »

<sup>139</sup> K.C. Davis s'inquiète aussi de cette absence de légitimité démocratique et scientifique des décisions judiciaires qui élaborent des normes (K.C. DAVIS, *op. cit.*, note 121, p. 358) : « *The time will come, though perhaps not soon, when the fundamental unsoundness of making important policy by methods that are both undemocratic and unscientific will be more generally understood.* Yes, judicial decisions that are both undemocratic and unscientific are very common, even though many decisions are based on understanding of democratic preferences and many take advantages of whatever scientific understanding is readily available. »

<sup>140</sup> D.L. FAIGMAN, *loc. cit.*, note 119, 545 : « In the past, this course [normative constitutional fact-finding] served the Court well, for the Justices could surmise constitutional facts on their own at least as well as anybody else

dante de l'activité judiciaire limitera donc inévitablement le libre traitement de certains faits sociaux comme s'il s'agissait de questions de droit. L'incertitude inhérente aux études scientifiques, particulièrement en matière de sciences humaines et sociales, doit certes mettre en garde contre une croyance naïve en l'objectivité scientifique; elle ne nie cependant pas l'indépendance d'une certaine réalité quant à l'emprise de prononcés judiciaires.

### **b. L'ignorance de certains faits sociaux directement en litige**

De plus, il se peut que le rôle central et controversé, « en litige », de certains faits sociaux pertinents en contexte constitutionnel fasse en sorte qu'il devienne abusif de les qualifier de questions de droit. En effet, cette liberté des juges de connaître d'office des faits sociaux controversés, expliquée par leur rattachement au monde du droit, ne se justifie cependant que dans la mesure où il s'agit réellement de « faits législatifs » au sens initial et « davisien » du terme.

Il est vrai que la considération d'éléments de contexte utiles à l'interprétation des lois a progressivement été admise en droit canadien<sup>141</sup>. La *mischief rule*, soit le principe selon lequel on doit privilégier l'interprétation susceptible de donner effet à la solution législative plutôt qu'à perpétuer le mal identifié par le législateur, se prête particulièrement bien à une telle utilisation d'informations contextuelles<sup>142</sup>. C'est sous le vocable de « preuve extrinsèque » que l'on y fait parfois référence, par opposition à la

---

could. Increasingly, however, scientists are challenging the Court with empirical data far richer and more accurate than the suppositions that thoughtful reflection can provide. Science modifies and strengthens the role of fact-finding in constitutional interpretation and actually constitutes a hallmark of constitutional theory, guiding and restraining the Court's constitutional discretion. » Il ajoute, à la page 549 : « Science restrains the Court by making it accountable for the normative judgments underlying its constitutionally based factual suppositions ». Voir, pour une analyse critique de présupposés factuels utilisés par la Cour suprême des États-Unis, et qui étaient contredits par des résultats d'études de sciences sociales, G.S. PERRY et G.B. MELTON, *loc. cit.*, note 12.

<sup>141</sup> Voir généralement, sur l'histoire de cette utilisation progressive de « preuve extrinsèque » à des fins d'interprétation W.H. CHARLES, « Extrinsic Evidence and Statutory Interpretation : Judicial Discretion in Context », (1982-83) 7 *Dalhousie L.J.* 7.

<sup>142</sup> Voir, pour un exemple récent, *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864.

règle traditionnelle qui voulait que le sens ne puisse être recherché qu'à l'intérieur des « quatre coins » de la loi<sup>143</sup>. Une fois posé le principe de l'admissibilité d'une preuve extrinsèque à des fins d'interprétation<sup>144</sup>, restent cependant à déterminer les modalités de sa présentation au tribunal. Une incertitude semble prévaloir quant à cette question. Pierre-André Côté écrira que se posent ici « certains problèmes de preuve », que le juge pourra prendre connaissance d'office des faits de commune renommée, consulter des documents ou encore demander aux parties de faire une preuve pertinente<sup>145</sup>. Ruth Sullivan semble quant à elle considérer que le mécanisme de connaissance d'office, implicite ou explicite, constitue la principale source d'information judiciaire quant aux questions de contexte social utiles à l'interprétation des lois<sup>146</sup>. Elle en critique cependant la portée, qui va bien souvent au-delà des paramètres classiques de l'incontestable<sup>147</sup>.

On doit retenir ici que même dans un cas relativement simple, où les faits de la cause sont évidemment assujettis aux règles de preuve et où les faits sociaux ont pour unique utilité de constituer

---

<sup>143</sup> Cette notion de « preuve extrinsèque » est susceptible de couvrir un vaste champ d'application, allant de l'historique du texte législatif aux travaux préparatoires en passant par la preuve d'expert ou l'utilisation d'études de sciences sociales portant sur le contexte d'élaboration ou d'application de la norme. On se rappellera que notre objet d'intérêt est ici inclus mais plus circonscrit, soit la question des faits sociaux, des faits de la réalité sociale qui sont ou bien préexistants à la norme ou bien modifiés par cette dernière.

<sup>144</sup> On retrouvera parfois, en doctrine comme en jurisprudence, l'affirmation suivant laquelle cette preuve extrinsèque *ne peut pas* être utilisée à des fins *d'interprétation* de la loi, au sens étroit du terme, c'est-à-dire afin de découvrir l'intention du législateur telle qu'énoncée dans le texte adopté. Cette preuve est cependant incontestablement admissible afin d'évaluer le *mischief* auquel le législateur souhaitait apporter une solution, ou encore afin de déterminer la validité constitutionnelle de la loi, ce qui peut, selon moi, relever de l'interprétation dans le sens le plus large de l'expression.

<sup>145</sup> P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 67, p. 393.

<sup>146</sup> R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 119, pp. 422 et 423 : « Although the importance of external context 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 material. »

<sup>147</sup> *Id.*, p. 424 : « The concerns about judicial notice would be less pressing if notice in fact were taken only of generally accepted facts. In practice, however, judges may notice and rely on whatever passes through their consciousness and strikes them as worthy of credence. Many of the assumptions and opinions relied on in statutory interpretation are far from being universally shared or accepted as indubitable truths. »

un éclairage pour l'interprétation d'une loi, les modalités de leur réception sont incertaines et la pertinence du recours à la connaissance d'office, discutable. Le problème est encore plus complexe en contexte constitutionnel.

On a évoqué, plus haut dans ce texte, la tradition formaliste et conceptuelle du contentieux constitutionnel du Canada, où les questions ont souvent été soumises aux tribunaux en vertu de la procédure de renvoi et où ces derniers ont généralement limité leur champ d'investigation factuelle aux faits affirmés dans les procédures déposées à la Cour et à ceux, incontestables et notoires, relevant de la notion traditionnelle de connaissance d'office<sup>148</sup>.

L'utilisation d'éléments extérieurs aux textes est cependant aujourd'hui acceptée dans le cadre du contentieux constitutionnel fondé sur le partage des compétences. L'affaire de principe est bien sûr ici le *Renvoi anti-inflation*, dans lequel la Cour suprême a confirmé qu'un tribunal pouvait utiliser des éléments de preuve extrinsèque afin de déterminer la validité constitutionnelle d'une loi<sup>149</sup>. Ces propos ont été repris dans le *Renvoi de 1979 sur la location résidentielle*<sup>150</sup> et dans *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*<sup>151</sup>. On en retrouve une formulation récente dans *R. c. Morgentaler*<sup>152</sup> :

*Pour déterminer l'historique, le contexte et l'objet du texte législatif attaqué, la cour a le droit de se reporter aux types de preuve extrinsèque qui sont pertinents et qui ne sont pas douteux en soi [...].*<sup>153</sup>

Ici encore, cependant, si l'admissibilité d'une preuve dite extrinsèque paraît acquise, les règles de preuve applicables sem-

<sup>148</sup> *Supra*, p. 326.

<sup>149</sup> *Renvoi : Loi anti-inflation*, précité, note 25, 388. La Cour a précisé qu'elle refusait d'énoncer une règle générale à cet égard, et que les décisions judiciaires sur cette question devaient être prises de façon ponctuelle (p. 389).

<sup>150</sup> *Renvoi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, 723.

<sup>151</sup> *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, 318.

<sup>152</sup> *R. c. Morgentaler*, précité, note 58.

<sup>153</sup> *Id.*, 483. Voir aussi *R.J.R.-MacDonald Inc. c. P.G. Canada*, précité, note 11, 242 (j. La Forest, représentant la position majoritaire sur cette question) : « En passant, je tiens à mentionner le principe bien établi selon lequel un tribunal a le droit, dans le cadre d'une analyse de caractère véritable, de se reporter à une preuve extrinsèque, comme les textes législatifs connexes, les débats parlementaires et la preuve du "mal" que le texte vise à corriger [...]. »

blent on ne peut plus incertaines. On l'a vu, est évoqué dans le *Renvoi anti-inflation* le recours à la connaissance d'office ou encore à la *mischief rule* appliquée au droit constitutionnel. Les arrêts postérieurs semblent avoir posé une règle *sui generis* d'ouverture à toute preuve extrinsèque pertinente présentée en contexte constitutionnel, dans la mesure où elle n'est pas en soi douteuse ou encore contraire à l'ordre public.

Dans la jurisprudence relative à la *Charte canadienne des droits et libertés*, ultérieurement développée, la Cour suprême a d'emblée placé le débat constitutionnel sur un terrain factuel. Elle a insisté sur l'importance de lui présenter des faits, pour établir tant la violation des droits que les justifications invoquées pour ce faire. Elle a utilisé un langage de fardeau de preuve et à l'occasion a refusé de juger à partir d'un strict fondement conceptuel et abstrait. Par exemple, à propos de l'étude des limites apportées aux droits et libertés protégés par la Charte canadienne, la juge McLachlin a récemment écrit : « Bref, l'évaluation en vertu de l'article premier est un exercice fondé sur les faits de la loi en cause et sur la preuve de sa justification, et non sur des abstractions. »<sup>154</sup>

On peut lire dans ce type de propos le signe d'une jurisprudence constitutionnelle nouvelle, dans laquelle il ne s'agit plus simplement d'aller chercher des éléments d'interprétation à l'extérieur du texte de loi (ladite « preuve extrinsèque »), mais qui fait la part de faits « en litige » en contexte constitutionnel, dont l'existence est contestée, qui sont au coeur du débat, en soi, et extérieurs à la stricte question d'interprétation des textes normatifs en cause.

On peut en effet se demander si certains faits sociaux ne jouent pas en contexte constitutionnel un rôle beaucoup plus central et autonome que celui de simple éclairage à une compréhension correcte du droit. Se peut-il que le contentieux constitutionnel ait évolué de telle sorte que des faits sociaux soient aujourd'hui directement « en litige », au même titre que le traditionnel « qui-a-fait-quoi », soient devenus des faits « adjudicatifs », « en cause », « à prouver » et en dehors de la sphère du droit?

---

<sup>154</sup> *Id.*, 331.

Historiquement, le formalisme avec lequel les tribunaux canadiens ont abordé le contentieux constitutionnel leur a permis de garder un plein contrôle sur le processus. Tout y était question de droit, matière à raisonnement et à conceptualisation. Le réalisme juridique a par la suite pénétré ce secteur de droit comme tous les autres. Contraints à asseoir explicitement leurs jugements sur une compréhension de la réalité sociale touchée, les juges ont accepté d'entendre les représentations des parties sur cette dernière. Ils ont cependant conservé un contrôle institutionnel certain en n'élaborant que des décisions ponctuelles sur l'admissibilité d'informations extrinsèques et en continuant de considérer qu'il s'agissait toujours de questions de droit sur lesquelles ils avaient le dernier mot. L'avènement de la Charte canadienne, avec la multiplicité de choix politiques auxquels elle donne lieu, a amené les tribunaux à solliciter l'apport d'informations pertinentes par les parties, à placer plus expressément le débat sur un terrain de « preuve ». La responsabilité des choix peut être relativement partagée, des contestations gagnées ou perdues selon que l'on a réussi ou non à renverser le fardeau de preuve. Les tribunaux conservent cependant une autonomie certaine puisque, malgré une distribution de fardeaux de preuve, il arrive des cas où les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier seraient évidents ou manifestes en soi... Malgré tout, l'évolution du contentieux constitutionnel a fait reconnaître l'existence d'un monde factuel relativement autonome et pouvant exercer une contrainte certaine sur les décisions judiciaires en la matière.

L'existence d'une urgence ou d'un problème de dimension nationale ne constitue-t-elle qu'un élément contextuel ou n'est-elle pas plutôt *la* question en litige dans le contentieux constitutionnel relatif au pouvoir général du Parlement fédéral? L'applicabilité de certaines lois provinciales n'est-elle pas directement déterminée par l'analyse du fonctionnement concret et matériel de certaines entreprises? Lorsque l'allégation d'inconstitutionnalité se fonde sur un effet concret et factuel de la loi sur une personne particulière ou encore sur son effet systémique, ces faits sont-ils « adjudicatifs » ou « législatifs »? Éléments d'information pertinents pour l'appréciation correcte du droit — la question de droit étant ici celle de la constitutionnalité de la loi — ou encore « faits de la cause », « en litige », « à prouver »? Qu'en est-il des éléments factuels apportés afin de démontrer ou de contester le caractère

raisonnable d'une limite apportée aux droits et libertés? La Cour suprême a formellement référé à leur égard à des faits à prouver en vertu de la prépondérance des probabilités, ce qui laisse supposer une qualification de « faits adjudicatifs », mais les a par ailleurs traités avec une liberté qui ne peut à la rigueur se justifier que dans le cas de faits législatifs.

Il nous semble que ce rattachement des faits sociaux pertinents en contexte constitutionnel au monde du droit, afin d'en justifier une connaissance d'office, doit être nuancé. Certes, ces faits ne serviront parfois qu'à mieux interpréter les normes, comme dans les cas d'application de la *mischief rule*, et ce rôle accessoire à la détermination d'une question de droit pourra justifier à leur égard une application souple du mécanisme de la connaissance d'office.

Il arrivera par contre que ces faits sociaux soient directement et en soi objets de litige, en dehors même de toute question d'interprétation des normes en tant que telles. On ne pourra pas, dans ces cas, s'appuyer sur la distinction entre le fait et le droit pour en justifier une connaissance d'office élargie.

L'exercice de classification n'est cependant pas simple, et, comme c'est souvent le cas, on est la plupart du temps dans la zone grise.

La difficulté d'élaborer une claire typologie des faits adjudicatifs (à prouver) et des faits législatifs (objets de raisonnement au même titre que les questions de droit) est illustrée dans l'important ouvrage de Monahan et Walker<sup>155</sup>. Ces auteurs tentent de distinguer l'utilisation des sciences sociales à des fins de création et d'interprétation du droit de celle visant à établir des faits en litige dans une cause. Pour eux, une grande liberté d'action des juges marquerait la première alors que les règles de preuve encadreraient la seconde. Selon leur approche, l'utilisation des sciences sociales afin de déterminer le seuil de tolérance de la société, dans un procès pour obscénité, vise à établir ou à nier les faits pertinents de la cause et est assujettie aux règles de la preuve<sup>156</sup>. À l'opposé, l'utilisation des sciences sociales afin de

---

<sup>155</sup> J. MONAHAN et L. WALKER, *op. cit.*, note 85.

<sup>156</sup> *Id.*, p. 115 et suiv., dans le chapitre 3 intitulé *Social Science Used to Determine Facts*.

discuter des effets sociaux de l'obscénité, dans un contexte d'allégation de violation de la liberté d'expression constitutionnellement protégée, viserait plutôt la détermination du droit, mettrait en jeu leur concept d'« autorité sociale », libérerait les juges des contraintes du droit de la preuve et leur permettrait de procéder à des recherches autonomes<sup>157</sup>!

Leur distinction, appliquée au contexte particulier des questions juridiques reliées à l'obscénité, apparaît peu convaincante. On ne voit pas pourquoi la question des effets de la pornographie, dans le contexte constitutionnel, est une question moins controversée et cruciale, moins extérieure au monde du droit, que celle des standards de la communauté dans le procès pour obscénité. Les deux questions sont générales et au-delà de l'expérience immédiate des parties. Les deux questions sont controversées et au coeur de la décision judiciaire. S'il est vrai que le procès pour obscénité met directement en jeu la responsabilité pénale de l'accusé et que le procès constitutionnel porte plutôt sur la validité de la loi, l'intérêt et l'enjeu pour les parties au litige sont de même importance dans les deux cas. On le sait, la réponse à la question constitutionnelle déterminera souvent la responsabilité individuelle des parties au litige. C'est d'ailleurs généralement à cette fin qu'on la pose.

On doit accepter que des faits jouent parfois un rôle central en contexte constitutionnel et qu'on ne peut à la légère les rattacher d'emblée au monde du droit et à une connaissance d'office libre et débridée.

Il se peut cependant aussi que l'on doive éviter à leur égard le type de conclusion de fait définitive que l'on retrouve à l'égard des faits traditionnellement établis devant les tribunaux. Une cour de justice n'est peut-être pas le forum adéquat pour une décision finale et péremptoire en matière de faits sociaux.

La piste ouverte dans le *Renvoi anti-inflation* est utile. La Cour n'y a pas traité la question factuelle de la situation d'inflation prévalant alors au Canada comme une question de droit qu'elle déciderait de façon autonome et en dehors de la participation des parties. Elle ne l'a cependant pas considérée non plus comme un

---

<sup>157</sup> *Id.*, p. 185 et suiv., dans le chapitre 4 intitulé *Social Science Used to Make Law*, qui contient aussi la section sur leur concept de « social authority ».



fait qu'elle aurait à déclarer prouvé ou non, vrai ou faux. Elle a plutôt modulé un test en vertu duquel il s'agissait bel et bien d'un objet de preuve, mais d'un objet différent. On devait la convaincre du caractère rationnel de la conclusion législative quant à l'existence de certains faits sociaux (c'est-à-dire la gravité de l'inflation et l'à-propos de la solution législative) et non pas de l'existence même de ces faits<sup>158</sup>. On est ici sur un terrain factuel : des faits devront être prouvés ou encore connus d'office, selon la version étroite ou élargie du procédé. Que l'objet de preuve soit la rationalité de la croyance législative en leur existence, à la lumière de l'information disponible, et non pas leur existence même autorise cependant une plus grande souplesse dans leur traitement. On n'a pas à démontrer la véracité ou la fausseté d'allégations à leur égard. Ils ne donnent pas lieu à des déclarations judiciaires péremptoires, ne sont ni plus ni moins vrais après le jugement. Avec un tel objet de preuve, le degré de souplesse approprié se situe quelque part entre la rigueur des règles de preuve et la folle liberté des questions de droit.

Certains faits sociaux pertinents en contexte constitutionnel semblent donc se rapprocher plus des « faits adjudicatifs » que des « faits législatifs » de Davis. Il serait abusif de rattacher d'emblée au monde de la connaissance d'office illimitée du droit l'ensemble des faits sociaux pertinents en contexte constitutionnel.

## **II. La connaissance d'office des faits sociaux et le respect de l'équité**

Les justifications théoriques d'une connaissance d'office élargie des faits sociaux en contexte constitutionnel n'emportent pas nécessairement l'adhésion. La réalité est cependant incontournable : les juges utilisent dans leurs jugements des conclusions relatives à des faits de société qui ne leur ont pas été présentés conformément aux règles de preuve. Le respect des exigences de l'équité, notamment par l'occasion donnée aux parties au litige de faire des représentations, s'avère dès lors essentiel. Les cas de recherches autonomes auxquelles procèdent parfois les juges en

---

<sup>158</sup> Voir, sur le développement progressif d'un tel objet de preuve en contexte de Charte : D. PINARD, *loc. cit.*, note 10, 414 et suiv.

matière de faits sociaux n'ont pas créé cette nécessité. Ils ne font que l'exacerber.

### A. Les exigences de l'équité

Des faits sociaux, par nature contestables, sont donc connus d'office en contexte constitutionnel<sup>159</sup>. Ni une connaissance d'office factuelle élargie ni un éventuel traitement des faits sociaux comme questions de droit ne limitent cependant les exigences fondamentales de l'équité<sup>160</sup>. Au contraire. L'un et l'autre impliquent l'acceptation de faits qui n'ont pas subi l'épreuve du débat contradictoire<sup>161</sup>. Sont peut-être plus nécessaires que jamais le droit d'être informé de l'éventuelle connaissance d'office d'un certain fait social et le droit de faire des représentations à cet égard.

On sait que règne une controverse à propos de la possibilité de contredire un fait qui relève du domaine de la connaissance d'office et qui est donc supposément incontestable. On comprend que ce débat prenne une tournure particulière en matière de faits sociaux, leur caractère incertain exacerbant justement les possibilités de différends relatifs à leur existence<sup>162</sup>.

<sup>159</sup> Voir C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 6, 563, sur l'existence d'une telle pratique et la préoccupation d'équité ainsi soulevée.

<sup>160</sup> Les exigences de l'équité à propos de la connaissance d'office font depuis longtemps l'objet de commentaires doctrinaux. Voir, par exemple K.C. DAVIS, *loc. cit.*, note 31, 984 : « The ultimate problem of judicial notice is the highly practical one of accomplishing two purposes that are often difficult to reconcile with each other — facilitating a tribunal's access to the facts, and assuring that parties are given an appropriate opportunity to apply their testing processes to the facts that influence either the findings or the decision. »

<sup>161</sup> On pourrait d'ailleurs, de façon ironique, se demander si on n'est pas ici tout simplement sur le terrain de la simple imagination judiciaire plutôt que sur celui d'une quelconque règle de preuve. G.S. PERRY et G.B. MELTON, *loc. cit.*, note 12, 642 : « In short, generation of social facts needed to support an opinion can be accomplished by judicial imagination as well as by express judicial notice of legislative facts. Neither requires specific criteria to be met, nor does one appear different from the other on the face of an opinion. »

<sup>162</sup> R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 119, p. 15 : « To date the courts have not formally dealt with the question of challenges to judicially noticed facts in the context of statutory interpretation. In other contexts, the response has been divided. Although the predominant Canadian view is that evidence is not admissible to challenge judicially noticed facts, the relevant authorities are concerned with adjudicative facts. It is arguable that different considerations apply to legislative facts. »

Les allégations relatives à des faits de société sont en effet souvent marquées au coin de l'approximation, dans les meilleurs des cas, et du préjugé, dans les pires. Peut-on affirmer péremptoirement que le trafic des stupéfiants est une activité commerciale et lucrative organisée à un point tel qu'elle incite le contrevenant à persévérer même après son arrestation, de telle sorte que des règles exigeantes en matière de liberté sous caution seraient justifiées<sup>163</sup>? Ne doit-on pas plutôt nuancer et distinguer la situation

---

<sup>163</sup> C'est le fondement factuel de l'opinion du juge en chef Lamer dans *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665. Il écrira notamment, à la page 695 : « La majorité des infractions ne sont pas commises systématiquement. Par contre, le trafic des stupéfiants est une activité systématique, pratiquée d'ordinaire dans un cadre commercial très sophistiqué. Il s'agit souvent une [sic] entreprise et d'un mode de vie. C'est une activité très lucrative, ce qui pousse fortement le contrevenant à poursuivre son activité criminelle même après son arrestation et sa mise en liberté sous caution. Vu ces circonstances, le processus normal d'arrestation et de mise en liberté sous caution ne sera normalement pas efficace pour mettre un terme à l'activité criminelle. » Il déplorera une absence de preuve relative aux dangers de fuite des personnes accusées d'infractions relatives aux stupéfiants, à tout le moins au Canada. Il citera ensuite des études américaines et australiennes étayant la thèse d'un danger réel. Il écrira, à la page 696 : « Il semble que l'on ne dispose au Canada d'aucune preuve relative au risque que les prévenus inculpés d'infractions concernant les stupéfiants s'esquivalent. Toutefois, aux États-Unis et en Australie des preuves montrent qu'il y a un danger particulier que les prévenus inculpés d'infractions concernant les stupéfiants s'esquivalent après avoir été mis en liberté sous caution. » Il ajoutera, à la page 697 : « Bien entendu, ces sources ne fournissent pas de preuve directe de la situation au Canada et aucun procureur général n'a présenté de preuve devant notre Cour ni devant les tribunaux d'instance inférieure. Toutefois, étant donné les ramifications internationales du commerce de la drogue et le fait que les États-Unis et l'Australie sont deux sociétés qui ressemblent beaucoup à la nôtre, la preuve puisée dans ces sociétés fournit un fondement raisonnable pour conclure que les infractions graves concernant les stupéfiants posent des difficultés particulières pour le processus de mise en liberté sous caution. » À la lumière de la relative absence de preuve appuyant les propositions du juge Lamer, il peut sembler curieux de retrouver l'affirmation suivante, dans une affaire postérieure, *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, 738 : « Dans l'arrêt *Pearson*, il a été montré que les trafiquants de drogue ont tendance à poursuivre leur activité criminelle même après leur arrestation; c'est une des raisons qui m'a autorisé à conclure qu'une juste cause sous-tendait l'obligation, qui est faite aux personnes inculpées de certaines infractions concernant les stupéfiants, de faire valoir que leur mise en liberté sous caution serait justifiée. » (nos italiques) Peut-être faut-il préférer la version anglaise de ce passage, qui se lit comme suit : « In *Pearson*, the reality that persons engaged in drug trafficking tend to continue their criminal behaviour even after an arrest was one basis for concluding that there is just cause to require persons charged with certain narcotics offences to justify bail. » (nos italiques) On touche ici à la délicate question de la valeur de précédent d'une conclusion judiciaire relative à l'existence d'un fait social. Si

du petit vendeur du coin de la rue, qui agit au bas de l'échelle et n'est pas intégré personnellement à cette structure organisée<sup>164</sup>? Existe-t-il vraiment un syndrôme de l'enfant victime d'abus, faisant notamment en sorte qu'il ne dénonce pas son agresseur, ou encore ne le fasse qu'après un long délai<sup>165</sup>? N'est-on pas tout

---

la règle du précédent ne joue en principe qu'à l'égard des questions de droit, il se peut que la généralité inhérente aux faits sociaux, surtout quand ils sont acceptés par un tribunal supérieur, leur confère une certaine force persuasive. Voir, par exemple G.S. PERRY et G.B. MELTON, *loc. cit.*, note 12, 644 et 645 : « It seems probable that social facts found in judicial opinions, especially in Supreme Court opinions, have an aura of authenticity that leads to greater judicial acceptance and makes them more presentable in opinions. Indeed, where a particular fact construction seems basic to a higher court's line of arguments, lower courts may find it difficult to follow the principle of *stare decisis* without recognizing the same social "reality" found by the higher court. Hence, the "facts" imagined by appellate courts may take on a continuing reality of their own. » Ces auteurs référeront à la page 646, à la « possibility of social facts becoming legal truth by judicial repetition ». Dans le cas particulier étudié par ces auteurs, cependant, soit une décision de la Cour suprême des États-Unis dans laquelle avaient été posées plusieurs affirmations factuelles non vérifiées, les tribunaux inférieurs ne se sont apparemment pas sentis liés par ces dernières. Perry et Melton écrivent à ce sujet, à la page 664 : « The assumptions have been qualified, ignored, used in other contexts, cited as contrary authority or noted as *dicta*. The courts have seemed at ease in using the same social facts to support a different conclusion, or in distorting the social facts to suit particular situations. »

<sup>164</sup> C'est la position de la juge McLachlin, dissidente dans l'affaire *Pearson*, précitée, note 163. Voici l'essentiel de son propos, à la page 705 : « Ces distinctions [les remarques du juge Lamer] ne s'appliquent qu'à une seule catégorie de personnes visées [...] — le trafiquant commercial organisé. [...] Une grande partie du trafic n'a rien à voir avec la notion de profit ou d'argent. [...] Les montants engagés peuvent être minimes; il n'est pas nécessaire qu'il y ait échange d'argent. Bref, il est possible que le trafiquant "à la petite semaine" ne soit pas motivé par l'argent ou le profit ni qu'il agisse dans un "cadre commercial très sophistiqué". L'argument présenté par mon collègue ne s'applique pas à un trafiquant de ce genre. » Puis, à la page 706 : « Ce ne sont pas tous les accusés privés de liberté sous caution [...] qui s'inscrivent dans la catégorie des barons de la drogue prospères; ils ne disposent pas tous d'organisations internationales prêtes à les aider à quitter le pays. Le consommateur occasionnel qui donne une cigarette de marijuana à un ami en est un exemple évident. Mais même dans le monde de la drogue à l'échelle commerciale, il est loin d'être évident que ceux qui sont accusés de trafic sont plus susceptibles de s'esquiver que ceux qui sont accusés d'autres infractions. Les personnes accusées de trafic occupent souvent un rang inférieur dans la hiérarchie de l'organisation et permettent rarement de remonter jusqu'aux dirigeants. »

<sup>165</sup> Gilles Renaud l'affirme en ces termes : « The purpose of this brief comment is to marshal evidence in support of the proposition that Canadian courts have not erred in extending the parameters of the doctrine of judicial notice to embrace largely unchallenged scientific literature, including the significant body of writing detailing the "child sexual abuse accomodation syndrome. »

simplement ici en présence d'une conception largement répandue, parce que conforme à l'orthodoxie politique du jour, mais qu'on ne peut nullement tenir pour avérée<sup>166</sup>?

Y a-t-il vraiment un rapport entre le fait d'entretenir des liens étroits avec une prostituée et celui de vivre des fruits de la prostitution<sup>167</sup>? Qu'en est-il alors de leur conjoint, de leur famille, de leurs amis et de leurs colocataires<sup>168</sup>?

Cette incertitude inhérente aux faits sociaux, alliée à leur éventuelle complexité technique<sup>169</sup> et à l'impact de la décision constitutionnelle au-delà des parties immédiates au litige, milite en faveur d'un respect scrupuleux des exigences de l'équité. Ces éléments factuels qui seront tenus pour acquis par les juges doivent, à tout le moins, être présentés aux parties pour fins de discussion<sup>170</sup>.

(Gilles RENAUD, « Judicial Notice of Delayed Reporting of Sexual Abuse : A Reply to Mr. Rauf », (1993) 20 C.R. (4th) 383, 383) Voir aussi, du même auteur : Gilles RENAUD, « Suffer the Little Children : Judicial Notice of the Harmful Sequelae of Sexual Assault », (1993) 35 *Crim. L.Q.* 388. Et, dans le même sens *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 440 et suiv. pour l'opinion majoritaire de la juge L'Heureux-Dubé.

<sup>166</sup> C'est l'analyse de M. NAEEM RAUF, « Questioning the New Orthodoxy of the Proper Approach to Child Witnesses », (1993) 17 C.R. (4th) 305, qui écrit, à la page 311 [re : psychological studies in children's memory] : « [J]ust as yesterday's "scientific" findings have been discredited by today's "research", that same "research" may in turn be discredited by tomorrow's advances. » Il écrit aussi, à la page 312 : « The "knowledge" that victims of abuse do not disclose it or, if they do, do so only after a long passage of time is *not* so generally known and accepted that it cannot be reasonably questioned. That may be the received or politically correct opinion at this time, but it is certainly not so notorious that it can be accepted without proof. »

<sup>167</sup> *R. c. Downey*, précité, note 16, 36 (j. Cory, pour la majorité).

<sup>168</sup> *Id.*, 45 (j. McLachlin, dissidente) : « On ne peut pas dire qu'une personne vivant ou se trouvant habituellement en compagnie d'un prostitué vit vraisemblablement en parasite des produits de la prostitution. Cette déduction est possible, et est raisonnable dans certains cas, mais pas dans tous les cas ni même dans la plupart. Le conjoint, l'amoureux, les amis, les enfants, les parents, les colocataires, les partenaires d'entreprise, les pourvoyeurs de biens et de services, toutes ces personnes peuvent vivre ou se trouver habituellement en compagnie d'un prostitué. »

<sup>169</sup> Voir *infra*, la discussion de l'affaire *Askov*.

<sup>170</sup> P.B. CARTER, *loc. cit.*, note 122, 362 : « The limits which can appropriately be placed upon judicial enquiry in the context of legislative fact-finding are not easily articulated, but the crucial (and perhaps only important) constraint must be that, just as the parties and their counsel must not be deprived of the opportunity to make informed submissions on points of law, so too, they

Une certaine doctrine reconnaît la corrélation entre une connaissance d'office élargie des faits sociaux en contexte constitutionnel et la nécessité d'une forme de contrôle du mécanisme par les parties au litige. Strayer, particulièrement, insiste sur l'importance de lier absolument cet assouplissement des exigences de la connaissance d'office à l'octroi de garanties procédurales équitables<sup>171</sup>.

À cause de leur nature particulière, puisque ces faits seront rarement incontestables, il semble donc que l'équité exigera *a fortiori* dans leur cas que soit donnée à toutes les parties une quelconque possibilité de les prouver comme de les réfuter ou, à tout le moins, de contester la décision même d'en prendre connaissance d'office.

Ou bien ils seront connus d'office à la demande des parties et après débat contradictoire, le cas échéant, quant à leur appartenance au domaine de la connaissance d'office, ou bien encore le juge qui décide *proprio motu* de les connaître devra éventuellement donner aux parties un préavis et l'occasion de s'exprimer sur la question.

L'équité exigera que soit donné un tel avis préalable, sinon toujours, à tout le moins dans certaines circonstances.

La Commission de réforme du droit du Canada reconnaissait en 1973 une obligation de transparence dans l'utilisation du procédé de la connaissance d'office en contexte constitutionnel,

---

must be allowed reasonable access to whatever factual information is liable to be used by the court in determining the law. »

<sup>171</sup> B.L. STRAYER *op. cit.*, note 5, p. 292. Il écrira : « [T]he courts might, in the exercise of their discretion concerning the use of judicial notice, combine a requirement of notice and a right of reply with a more extended use of this technique of fact-gathering in constitutional cases. » Magnet va dans le même sens : « It is crucial, however, that procedural safeguards accompany expansion of judicial notice. Most importantly, the litigants and attorneys-general affected ought to be given due notice and a fair opportunity to contradict any facts intended to be made the subject of official notice. » (J.E. MAGNET, *loc. cit.*, note 31, 134) Voir aussi D. PINARD, *loc. cit.*, note 2, 180 et suiv. et B.G. MORGAN, *loc. cit.*, note 14, 172. En droit américain, voir Kenneth Culp DAVIS, « Facts in Lawmaking », (1980) 80 *Col. L. Rev.* 931, 940 : « (3) When extrarecord facts are crucial in its lawmaking, it should address the question whether procedural fairness requires that parties be given a pre-decision chance to challenge the facts it uses. »

ainsi qu'un certain droit de faire des représentations accordé aux parties<sup>172</sup>.

Cette préoccupation relative au droit pour les parties au litige de connaître et de pouvoir réagir à l'ensemble du dossier factuel qui sera utilisé pour la détermination de leurs droits est importante. Avant d'aller à l'extrême que semble être la recherche judiciaire autonome, il pourrait être souhaitable que les juges signalent aux parties la lacune identifiée dans la preuve et leur donnent la possibilité d'y remédier dans le respect des exigences du système contradictoire<sup>173</sup>.

Considérant l'importante quantité de faits non prouvés et pourtant essentiels à la décision judiciaire, Davis a cependant critiqué et qualifié d'absurde une approche exigeant un tel préavis dans *tous* les cas de connaissance d'office<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *op. cit.*, note 43, 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] [...] a) s'il a été demandé au juge de prendre judiciairement connaissance, ou si le juge se propose de prendre judiciairement connaissance ou prend judiciairement connaissance de ce fait [...], il doit, sur demande, donner à chaque partie l'occasion de formuler des prétentions au sujet du fait [...] en cause et au sujet de la question de savoir s'il convient d'en prendre judiciairement connaissance; et 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. » Le *Code de la preuve* proposé quelques années plus tard par la même Commission ne prévoyait plus qu'une règle extrêmement souple à l'égard de la connaissance d'office en contexte constitutionnel : « On peut prendre connaissance d'office de tout fait dans la détermination de la loi [sic] ou de la validité constitutionnelle d'un statut. » (*Judicial notice may be taken of any fact in determining the law or the constitutional validity of a statute*) (COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *op. cit.*, note 31, p. 49) Ce *Code de la preuve* proposé par la Commission de réforme du droit du Canada, alors qu'il prévoyait la nécessité d'aviser les parties avant de prendre connaissance d'office de certains faits, était maintenant curieusement silencieux sur cette question dans le cadre précis des faits sociaux en contexte constitutionnel.

<sup>173</sup> Le *Code de procédure civile du Québec*, L.R.Q., c. C-25, le permet en ces termes, à son article 292 : « En tout temps avant jugement, le juge qui préside le tribunal peut signaler aux parties quelque lacune dans la preuve ou dans la procédure, et leur permettre de la combler, aux conditions qu'il détermine. »

<sup>174</sup> K.C. DAVIS, *loc. cit.*, note 31, 975.

De façon concrète et réaliste, Davis a plutôt suggéré que le contenu précis des exigences de l'équité pourrait varier selon la nature des faits, notamment selon qu'ils sont plus ou moins cruciaux ou controversés, 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 faits<sup>175</sup>.

La connaissance d'office de faits sociaux importants ne saurait en principe avoir lieu dans l'ombre, au cours du délibéré, par exemple. Les parties au litige risqueraient alors facilement d'être prises par surprise par des affirmations factuelles apparaissant pour la première fois dans l'opinion judiciaire terminée et rédigée, et à propos desquelles elles auraient eu des arguments et des points de vue à apporter, si il leur avait été donnée l'occasion préalable de le faire<sup>176</sup>.

On a déjà avancé que la très grande liberté des juges présente dans la décision de prendre connaissance d'office de certains faits pouvait être encadrée de deux façons : par les parties au litige autorisées à faire valoir leur point de vue sur la question et par une forme de contrôle en appel<sup>177</sup>. Or, cette dernière forme de contrôle, *ex post facto*, est souvent rendue illusoire du fait de l'absence de visibilité du mécanisme de la connaissance d'office. Il est en effet difficile, à la lecture d'un jugement, de déterminer si les faits qui semblent le sous-tendre ont ou n'ont pas fait l'objet

---

<sup>175</sup> *Id.*, 977.

<sup>176</sup> La surprise pour les parties risque d'être encore plus grande dans les cas où le juge a préalablement consulté certaines sources avant de connaître d'office certains faits et discute ouvertement ces sources dans le jugement. Les parties en découvrent l'existence alors qu'il est trop tard pour y réagir utilement. E.M. MORGAN, *loc. cit.*, note 32, 293 : « 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. »

<sup>177</sup> On a d'ailleurs souligné l'ironie de devoir qualifier la question de « fait » pour permettre un contrôle par les parties au litige et de « droit » pour assurer une forme de contrôle en appel. Voir à ce sujet D. PINARD, *loc. cit.*, note 2, 179 et 180. Claude Fabien a écrit que ne lui apparaissait pas nécessaire une réglementation précise de la connaissance d'office de ce qu'il appelle les « faits pré-normatifs », et que la disponibilité d'un contrôle en appel et la possibilité de présentation de preuve par les parties constituaient à leur égard un minimum suffisant de contrôle (C. FABIEN, *loc. cit.*, note 31, 459 et 460).



d'une preuve légale<sup>178</sup>. Cette difficulté de contrôle en appel augmente d'autant l'importance d'un droit de regard des parties à l'instance.

Les considérations d'équité sont ici doublées d'une préoccupation relative à la légitimité des conclusions judiciaires à l'égard des faits sociaux en contexte constitutionnel. On a vu plus haut qu'une contradiction entre une conclusion judiciaire sur un fait social et l'état des connaissances scientifiques sur la question pourra miner sérieusement la crédibilité de la première<sup>179</sup>. En l'absence même de toute donnée scientifique pertinente, une telle conclusion judiciaire non testée en vertu des règles du débat contradictoire risque de souffrir du même manque de légitimité. En effet, on peut croire que les juges ne jouissent pas en ce domaine d'une expertise particulière. Qu'elles soient ou non artificiellement qualifiées de questions de droit, ce sont plutôt des questions de société à propos desquelles tout individu peut considérer avoir une opinion légitime<sup>180</sup>. Une décision judiciaire

---

<sup>178</sup> E.M. MORGAN, *loc. cit.*, note 32, 292 : « There is danger of misuse and abuse of judicial notice. [...] These inaccuracies may not appear in the record so as to be subject to correction on review. »

<sup>179</sup> *Supra*, p. 364.

<sup>180</sup> H.W. BIKLE, *loc. cit.*, note 78, 6 : « Now, while the training and experience of the judge justify the assumption that he is specially qualified to decide the usual question of law, an assumption which may well include the ordinary question of conflict or harmony between the text of a challenged statute and the text of the constitution, there is no similar basis for the assumption that he is specially qualified — unless the relevant information is properly developed in the case before him — to determine these underlying questions of fact with reference to which, in the cases here considered, the validity of legislation must be determined. Moreover, these underlying questions of fact, which condition the constitutionality of the legislation, are at times questions on which the layman feels justified in forming his own opinion and in declining to yield it to that of the judge, at least when the judge bases his determination, not on evidence produced in the case before him, but on his general information [...] [I]t is believed that a substantial part of the criticism which has been levelled against the exercise by the judiciary of the power to hold legislation unconstitutional is due to the fact that decisions have been made which turn on the resolution of these underlying questions of fact [...] » Il écrit aussi, à la page 14 : [re : quand la Cour prend implicitement connaissance d'office de faits sociaux en contexte constitutionnel] « In addition, the underlying evidential facts are not brought to the Court's attention for the purpose of judicial notice with the completeness and formality which is desirable, if the Court's opinion is to find an adequate foundation in the record and to command on this account the approval of the community, — a consummation devoutly to be wished. » Faigman écrira, dans le même sens : « Yet, the Court's casual interweaving of fact and law

rendue à leur égard en l'absence de représentations des parties risque de ne pas susciter l'adhésion.

Ce que l'on considère être l'expertise traditionnelle des juges porte sur le droit et ne s'étend généralement pas à l'établissement des faits sociaux pertinents quant à l'évaluation de la constitutionnalité d'une loi. Dès lors, la simple affirmation péremptoire de tels faits dans une opinion judiciaire, sans rattachement aucun à la preuve présentée par les parties risque de provoquer le scepticisme plutôt que l'adhésion.

L'affaire *Lyons*<sup>181</sup> illustre en quelque sorte ce propos. Y était contestée la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* prévoyant la détention indéterminée de délinquants considérés dangereux pour autrui (les « délinquants dangereux »). Le Code exige notamment, préalablement à l'imposition de cette sanction, le témoignage de deux psychiatres. On a invoqué, afin de contester ce critère de dangerosité, l'insuffisance des études et évaluations connues quant à la prédiction de la dangerosité future d'un individu. Le juge La Forest, qui a écrit le jugement de la majorité, a répondu à cet argument en invoquant notamment l'efficacité des dispositions en cause, qui serait mise en péril par l'exigence de la certitude en ce domaine<sup>182</sup>. Il a précisé de plus qu'il revenait au juge de déterminer la vraisemblance de la dangerosité future du prévenu et que si la preuve psychiatrique n'était pas à cet égard infaillible, elle était certes pertinente<sup>183</sup>.

---

could continue only so long as its "best guesses" about constitutional facts were as good as, or at least not too far from, everyone else's. » (D.L. FAIGMAN, *loc. cit.*, note 119, 546)

<sup>181</sup> *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.

<sup>182</sup> *Id.*, 364 : « Holmes nous a toutefois rappelé que le droit tire sa vitalité non pas de la logique mais de l'expérience. L'application du droit criminel se fait dans un monde où des considérations pratiques l'emportent sur la logique abstraite et, du point de vue pratique, tout ce qu'on peut établir concernant l'avenir est une probabilité que certains événements se produiront. Douter de cela revient en réalité à douter de la validité des objectifs législatifs visés à la partie XXI, car exiger qu'il y ait certitude dans de tels cas aurait pour conséquence de rendre inefficace le processus tout entier. »

<sup>183</sup> *Id.*, 366. Il semble d'ailleurs admis qu'à propos des faits futurs, en droit, le jugement peut à l'occasion remplacer la preuve : « When proving a future fact is impossible, the law, for want of a feasible alternative, has long allowed use of judgment instead of evidence, although the judgment may need to be based on relevant and available facts. » (K.C. DAVIS, *op. cit.*, note 33, p. 168)

De plus, à l'argument selon lequel, de par sa durée indéterminée, la détention constituait une peine cruelle et inusitée, le juge La Forest a répondu en faisant référence aux dispositions relatives à la libération conditionnelle, qui pourraient théoriquement permettre au prévenu d'être libéré trois ans seulement après que la détention ait été imposée<sup>184</sup>.

On comprend la réaction critique de Manning, pour qui la Cour fait ici usage d'une « connaissance constitutionnelle » qui va bien au-delà des faits incontestables et notoires pour justifier la validité constitutionnelle de la loi<sup>185</sup>.

Quant à la question du caractère non fiable de la preuve psychiatrique relativement au critère de dangerosité, Manning critique ce qu'il considère la façon abusive dont la Cour fait implicitement prévaloir une vague notion d'intérêt public<sup>186</sup>. Quant aux balises fournies par le mécanisme de libération conditionnelle, Manning concilie difficilement les propos du juge La Forest, qui maintient que « ce processus est le gage d'une incarcération qui ne durera dans chaque cas que le temps dicté par les circonstances »<sup>187</sup> et les données selon lesquelles parmi les seuls six délinquants dangereux ayant obtenu une libération conditionnelle de jour entre 1980 et 1986, un avait purgé une peine de plus de 20 ans, 3 une peine de 15 à 20 ans et 2 une peine de 10 à 15 ans<sup>188</sup>.

---

<sup>184</sup> *R. c. Lyons*, précité, note 181, 340.

<sup>185</sup> Morris MANNING, « *Lyons* : A One-Stage Approach to the Charter and Undue "Constitutional Notice" », (1988) 61 C.R. (3d) 72, 72, à propos de « constitutional notice » : « This process cannot be referred to under the traditional rubric of judicial notice, because the facts upon which the court relies are not sufficiently notorious in the community at large. Specifically, the court draws on its own subjective experience and chooses not to apply the evidence led or the conclusions reached in the sociological studies and law review articles referred to by counsel. »

<sup>186</sup> *Id.*, 79 : « In other words, it is of little consequence that we have an imperfect system under which dangerousness is really a matter of speculation; as a practical matter it is desirable to permit the incarceration of these people for an indefinite period of time. The court, it seems, rejects the evidence before it and finds a way to support a legislative objective based on "practical considerations". Again, in the context of constitutional analysis, this is a disheartening approach. »

<sup>187</sup> *R. c. Lyons*, précité, note 181, 341.

<sup>188</sup> *Id.*, 340; M. MANNING, *loc. cit.*, note 185, 78.

Il est vrai que l'on ne peut que ressentir un certain malaise à l'idée d'une réglementation de droit criminel qui semble reposer sur des présupposés factuels non vérifiés, en l'occurrence la possible prévisibilité de la dangerosité future et la réelle efficacité du système de libération conditionnelle. Manning critique la Cour pour avoir pris connaissance d'office (« *constitutional notice* ») de faits contraires à ceux existant réellement et en partie présentés en preuve. Le problème est peut-être ici tout aussi réel mais plus nuancé, soit le fait pour la Cour de n'être pas intéressée par la réalité et de considérer en quelque sorte que seule sera recevable l'information nouvelle qui peut s'harmoniser avec les présupposés factuels sur lesquels reposent les règles législatives<sup>189</sup>.

Des modalités existent, permettant de donner aux parties au litige l'occasion de faire des représentations sur des faits sociaux importants qui sous-tendent la décision constitutionnelle. On l'a vu, le tribunal peut souligner aux parties l'existence d'une lacune dans la preuve et leur permettre de la combler<sup>190</sup>. Devant un problème complexe, le tribunal peut s'adjoindre les services d'un expert dont les conclusions seront soumises aux parties<sup>191</sup>. Si la possibilité ou l'utilité de prendre connaissance d'office de certains faits sociaux ne se manifeste qu'au cours du délibéré, la réouver-

---

<sup>189</sup> Pour l'étude d'une question comparable, en droit américain, voir D.L. FAIGMAN, *loc. cit.*, notes 119, 581 et suiv. Faigman analyse une décision dans laquelle la Cour suprême des États-Unis a, à toutes fins utiles, ignoré une preuve scientifique colossale tendant à démontrer l'impossibilité de prévoir un comportement futur dangereux : *Barefoot v. Estelle*, 463 U.S. 880 (1983). Il s'agissait de déterminer la constitutionnalité d'une loi exigeant notamment la preuve du caractère dangereux d'un individu préalablement à l'imposition de la peine de mort. La Cour avait précédemment rendu un arrêt dans lequel elle avait rejeté cet argument de l'invalidité d'un critère de dangerosité en matière de peine de mort. Selon Faigman, il s'agit ici d'un exemple flagrant de cette stratégie judiciaire qui consiste à confondre le monde des faits constitutionnels et celui des normes [« normative fact-finding »]; la Cour n'est prête à recevoir de nouvelles informations factuelles que dans la mesure où ces dernières s'intègrent dans la mosaïque des précédents jurisprudentiels.

<sup>190</sup> *Supra*, note 173.

<sup>191</sup> *Code de procédure civile*, précité, note 173, art. 414 : « Après contestation liée, le tribunal peut, même de sa propre initiative, s'il est d'avis que les fins de la justice peuvent être ainsi mieux servies : 1. Ordonner une expertise par une personne qualifiée, qu'il désigne, pour l'examen, la constatation et l'appréciation de faits relatifs au litige [...]. » Voir aussi, sur cette question de la possibilité pour la cour d'engager un expert autonome, B.G. MORGAN, *loc. cit.*, note 14, 179, et K.C. DAVIS, *loc. cit.*, note 171, 937 et 938.

ture d'enquête pour complément d'information sera toujours possible<sup>192</sup>.

Les moyens d'assurer le respect des exigences de l'équité n'auront comme limites que celles inhérentes à l'imagination judiciaire.

En contexte de renvois gouvernementaux, par exemple, les juges ont certes les moyens de donner aux parties l'occasion de s'exprimer sur les questions factuelles pertinentes.

Dans la mesure où on peut le concevoir comme un exemple de connaissance d'office de faits sociaux en contexte constitutionnel, le *Renvoi anti-inflation* illustre fort bien que cette pratique judiciaire peut se réaliser dans le respect des droits des parties à être entendues. Il semble que ce soit le Conseil du travail du Canada qui ait d'abord souhaité la présentation d'informations de nature économique dans cette affaire<sup>193</sup>. Plusieurs rencontres ont eu lieu réunissant les parties et le juge en chef, au terme desquelles ce dernier a émis des ordonnances les autorisant à présenter des informations et à réagir à celles amenées par les autres, dans le respect des règles de l'équité<sup>194</sup>.

Concrètement, cette incontournable sujétion du traitement judiciaire des faits sociaux en contexte constitutionnel aux exigences de l'équité, et éventuellement à la réception de « preuve » contraire, estompe les contours de la distinction du fait et du droit. Qu'il s'agisse d'une connaissance d'office élargie ou d'une analyse de droit à laquelle procède le tribunal, le processus et le résultat sont similaires.

---

<sup>192</sup> *Supra*, note 173.

<sup>193</sup> Peter W. HOGG, « Proof of Facts in Constitutional Cases », (1976) 26 *U. of T.L.J.* 386, 399.

<sup>194</sup> *Id.*, 399 et 400. À propos des ordonnances rendues par la Cour relativement à la présentation de preuve extrinsèque, Russell écrira : « These rulings gave an opportunity to all the parties to submit whatever empirical argumentation they wished and met one of the traditional complaints against this type of material by giving the parties an opportunity to prepare written replies to their adversaries' submissions. » (Peter RUSSELL, « The Anti-Inflation Case : The Anatomy of a Constitutional Decision », dans Frederick L. MORTON, *Law, Politics and the Judicial Process in Canada*, Calgary, University of Calgary Press, 1992, p. 359, à la page 370) Voir aussi, pour un respect des exigences de l'équité, *Ford c. P.G. Québec*, précité, note 125.

J'en veux ici pour preuve la marge de manoeuvre considérable que se donnent les juges dans l'un et l'autre cas pour procéder à des recherches indépendantes à propos des faits sociaux en contexte constitutionnel.

## B. La recherche autonome de la cour

La question du pouvoir des juges de procéder *proprio motu* à des recherches autonomes hante toute discussion du mode d'accès aux faits sociaux en contexte constitutionnel<sup>195</sup>. C'est plus que jamais le cas depuis que certains juges siégeant au sommet de la hiérarchie judiciaire au Canada ont expressément référé à l'existence de telles recherches autonomes.

Dans l'affaire *Sioui*, le juge en chef Lamer, pour la Cour, a utilisé des informations relatives à une certaine réalité historique et obtenues suite à ses propres recherches afin de déterminer l'existence d'un traité autochtone. Il l'a reconnu en ces termes :

*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.*<sup>196</sup>

<sup>195</sup> Les fondements théoriques de cette autonomie d'action judiciaire sont à tout le moins incertains. Tout d'abord, il peut s'agir tout simplement de l'expression d'une liberté judiciaire autoproclamée à l'égard des faits sociaux en contexte constitutionnel, qui s'autoriserait en partie d'une jurisprudence prônant l'admissibilité de tout élément de preuve qui n'est pas douteux en soi et qui ne pêche pas contre l'ordre public (voir, par exemple *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, note 150, 723, et *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, précité, note 151, 318), lui faisant cependant faire un pas en avant, du fait du caractère *proprio motu* de la recherche. Il peut ensuite tout simplement s'agir d'une conséquence de la considération de ces questions de faits sociaux comme questions de droit. Il se peut enfin que cette recherche autonome des juges se situe, plus traditionnellement, à l'étape préalable à la décision de prendre connaissance d'office d'un fait et au cours de laquelle la consultation de toute source est permise afin justement de déterminer le caractère réellement incontestable de l'objet dont on souhaite prendre connaissance d'office. C'est l'approche rigoureusement observée par le juge Lambert dans *R. v. Bartleman*, (1985) 12 D.L.R. (4th) 73, 77 (C.A. C.-B.), qui écrira : « [...] I have gone outside the evidence led at trial. In doing so, I have regarded myself as taking judicial notice of indisputable, relevant historical facts by reference to a readily obtainable and authoritative source, in accordance with the ordinary principles of judicial notice. »

<sup>196</sup> *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1050. Ces propos ont récemment été confirmés par la Cour dans *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, 1029.

Dans l'arrêt *Willick*, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et La Forest ont explicitement utilisé des études obtenues de façon autonome afin d'interpréter la *Loi sur le divorce* à la lumière des réalités sociales qu'elle régit<sup>197</sup>.

Dans cette foulée, la Cour d'appel de l'Ontario a récemment décidé une affaire de « récusation motivée » à la lumière d'une importante documentation obtenue *proprio motu* et par ses propres moyens. Dans *R. c. Parks*<sup>198</sup>, cette Cour a en effet confirmé le droit de l'accusé en cette affaire de récuser les jurés à son procès en considérant des études empiriques et sociologiques nullement mises en preuve et ayant démontré l'existence d'un préjugé racial systémique à l'égard des noirs et son possible impact sur l'impartialité des jurés. Il s'agissait ici d'une accusation de meurtre, l'accusé était noir et la victime blanche.

Cette approche est loin d'être sans précédent dans l'histoire constitutionnelle nord-américaine. Dès 1924, le juge Louis Brandeis, de la Cour suprême des États-Unis, insistait sur la nécessité de rendre des jugements constitutionnels éclairés quant à la réalité sociale sur laquelle ils portent. Si nécessaire, les juges peuvent et doivent s'informer eux-mêmes, écrivait-il<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup> *Willick c. Willick*, précité, note 128, 701.

<sup>198</sup> *R. c. Parks*, (1994) 84 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Ont.), permission d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée : [1994] 1 R.C.S. X. Il est intéressant de noter que dans une affaire subséquente, *R. c. Alli*, (1996) 110 C.C.C. (3d) 283 (C.A. Ont.), cette même cour, sous la plume du même juge (Doherty), a refusé d'étendre l'approche mise de l'avant dans *Parks* à des questions de préjugés impliquant d'autres races et à des questions d'orientation sexuelle, et a même mis en garde contre un activisme judiciaire excessif. Le juge Doherty écrit : « In *Parks*, this Court went outside the trial record beyond the material submitted by the parties to find sociological and empirical support for its conclusions. That form of appellate activism, while appropriate in some cases, should be used sparingly [...] Appellate analysis of untested social science data should not be regarded as the accepted means by which the scope of challenges for cause based on generic prejudice will be settled. » (p. 285)

<sup>199</sup> Le juge Louis Brandeis écrira, dans une opinion dissidente à laquelle souscrit le juge Holmes : « Much evidence referred to by me is not in the record. Nor could it have been included. It is the history of the experience gained under similar legislation and the results of scientific experiments made since the entry of the judgment below. Of such events in our history, whether occurring before or after the enactment of the statute or of the entry of the judgment, the court should acquire knowledge and must, in my opinion, take judicial notice, whenever required to perform the delicate judicial task here involved. » (*Jay Burns Baking Co. v. Bryan*, 264 U.S. 504, 533 (1924)) Voir généralement, sur cette question, K.C. DAVIS, *op. cit.*, note 33, p. 139 et suiv.

Les limites que démontrent les règles traditionnelles de preuve à l'égard de ces faits, de même que le malaise ressenti à l'idée de contourner ces problèmes de preuve en traitant artificiellement ces faits comme des questions de droit (il y a tout de même des limites à l'efficacité des fictions en droit!), incitent à s'interroger sur l'à-propos d'une telle recherche autonome effectuée à leur égard par les juges. Les juges ont-elles ce pouvoir, et si oui, à quelles conditions? La connaissance d'office élargie des faits sociaux en contexte constitutionnel et le traitement judiciaire de ces derniers comme s'il s'agissait de questions de droit se rejoignent ici et soulèvent les mêmes questions<sup>200</sup>. Dans l'un et l'autre cas, on doit examiner l'autonomie d'action des juges et les exigences corrélatives de l'équité.

La question est d'importance dans un système de preuve contradictoire qui se fonde en principe sur l'idée que la passivité des juges en matière de preuve est en quelque sorte garante de l'impartialité et de l'objectivité du processus et où toute intervention des juges à cet égard semble à première vue suspecte<sup>201</sup>.

Un minimum de réalisme contraint cependant à admettre que le processus d'obtention de preuve par le seul débat contradictoire n'est pas exempt de limites. On reconnaît en effet de plus en

---

<sup>200</sup> Voir, par exemple, pour une formulation de la problématique dans le contexte de la connaissance d'office des faits, P.B. CARTER, *loc. cit.*, note 122, 362 : « Of course, the length to which a judge should prudently go in pushing his own private research into complex areas in which he is not professionally qualified, even for the purposes of taking judicial notice of a legislative fact, must be kept within reasonable limits. »

<sup>201</sup> J. CHEVALLIER, *loc. cit.*, note 54, 7 : « Cette conception rigoureusement individualiste du droit judiciaire privé envisage le procès comme un combat abandonné à l'initiative des parties et auquel le juge assiste sans pouvoir le diriger; elle réserve aux plaideurs et à eux seuls le soin de rechercher et de réunir les moyens d'information pour les soumettre au juge privé, quant à lui, de toute initiative en matière de preuve. » Voir, pour l'expression d'une telle préoccupation dans le contexte de l'analyse du caractère raisonnable des limites apportées aux droits et libertés faite dans le cadre de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Williams H. CHARLES, Thomas A. CROMWELL et Keith B. JOBSON, *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Butterworths, 1989, p. 122 : « A further alternative [c'est-à-dire pas de preuve factuelle apportée en vertu de l'article 1] is for the court to engage in its own legislative fact research. Even if this were practically feasible with the assistance of law clerks, the legal consequences of having courts make s. 1 decisions based upon its own fact gathering and evaluation needs [sic] to be examined in the light of its affect [sic] upon the adversarial process. »



plus la nécessaire intervention active des juges dans la quête de la vérité, ne serait-ce qu'afin de pallier « la mauvaise foi et la maladresse des parties »<sup>202</sup>. Il se peut aussi que certains contextes exacerbent les limites du débat contradictoire. Pour la juge Claire L'Heureux-Dubé, par exemple, une intervention judiciaire plus active est justifiée en contexte familial, là où les coûts d'un procès où les parties assument la responsabilité d'un débat sur des données de sciences sociales ont inévitablement pour effet d'handicaper la partie la plus économiquement défavorisée<sup>203</sup>.

Plus encore, le jugement constitutionnel va bien souvent au-delà du règlement du litige immédiatement en cause. Il a fréquemment pour effet d'élaborer des règles qui seront d'application générale. On l'a vu, les juges ne doivent pas être ici les otages des parties et ainsi risquer d'être contraintes à rendre des jugements aussi importants et porteurs de conséquences aussi fondamentales sur le fondement d'une preuve manquante, incomplète ou encore truffée d'erreurs. Il serait inacceptable de laisser entre les mains de plaideurs inexpérimentés, ignorants ou sans imagination le sort d'une importante question constitutionnelle. Les juges doivent s'assurer que le dossier factuel nécessaire

<sup>202</sup> Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX (dir.), *Traité de droit civil — Introduction générale*, tome 1, 2<sup>e</sup> édition, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 477 : « Mais les idées sur le procès et le rôle du juge ont évolué. Le "combat judiciaire" que se livrent les parties devant un magistrat seulement chargé de désigner le vainqueur a fait place à la recherche de la Justice dont le juge est responsable : mise en oeuvre de la fonction juridictionnelle de l'État, le litige n'est plus exclusivement la chose des parties. Or la justice ne peut être bien rendue si la mauvaise foi ou la maladresse des parties ne permet pas de découvrir la réalité. Dès lors, si le principe de neutralité entendu au sens moral subsiste, la passivité du juge dans la recherche des preuves est condamnée. Les plaideurs ne sont plus seuls à tenter de faire apparaître la vérité. Le rôle plus actif du magistrat en matière probatoire constitue une pièce essentielle de l'orientation actuelle du procès civil. » On a remarqué en doctrine les limites d'un système de preuve contradictoire. Voir, par exemple John D. JACKSON, « Questions of Fact and Questions of Law », dans William TWINING (dir.), *Facts in Law*, coll. « Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale », Wiesbaden, Franz Steiner Verlag GMBH, 1983, p. 85, à la page 95 : « The adversary procedures in common law jurisdictions have been blamed for the fact that much evidence is never brought to court, and that the evidence that is adduced is presented by partisan witnesses who have clearly put their own interpretation on past events. » E.M. MORGAN, *loc. cit.*, note 32, 271 : « Most, if not all, of it [faits] will be offered by the parties. Much relevant data may be withheld by them through ignorance, negligence, or design, and much more may be excluded by their insistence upon the application of recognized rules of evidence and procedure. »

<sup>203</sup> C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 6, 568 et 569.

à l'élaboration d'une réponse éclairée soit adéquatement développé. Un rôle judiciaire plus important à l'égard des faits en contexte constitutionnel est peut-être ainsi rendu nécessaire dans un système qui autorise à toutes fins utiles la mise en cause de la constitutionnalité des lois dans tout litige.

On comprend donc l'argument selon lequel l'incertitude relative aux faits sociaux, l'importance des conclusions judiciaires qui seront bien souvent élaborées à partir de ces derniers et surtout leur impact au-delà des parties immédiates au litige<sup>204</sup> justifient l'existence d'un tel pouvoir de recherche autonome des juges<sup>205</sup>.

On se rappellera de quelle façon les auteurs américains Monahan et Walker ont développé le concept de « *social authority* » par lequel ils ont assimilé les études de sciences sociales aux questions de droit dont elles visent à faciliter la solution, de façon à justifier un considérable pouvoir judiciaire de recherche autonome<sup>206</sup>.

Une information factuelle suffisante et éclairée doit asseoir un jugement constitutionnel, qui pourra alors seulement présenter la

---

<sup>204</sup> Ce même impact qui dépasse les intérêts des parties immédiates au litige pourra cependant inciter la cour à ne pas rendre de décision constitutionnelle dans les cas où une preuve insuffisante lui aura été présentée. Voir, par exemple *Northern Telecom c. Travailleurs en communication du Canada*, précité, note 108, 139 et 140 (j. Dickson, pour la Cour) : « Je suis donc enclin à penser qu'en l'absence de preuve des faits essentiels, cette Cour serait malavisée de tenter de résoudre la question d'ordre constitutionnel sous-entendue dans la question sur laquelle l'autorisation d'appel a été accordée. Il ne faut pas oublier qu'un litige constitutionnel ne s'arrête pas aux intérêts privés des deux parties devant la Cour. Par définition, les intérêts des deux paliers de gouvernement sont également concernés. » Voir, dans le même sens, *MacKay, c. Manitoba*, précité, note 107.

<sup>205</sup> NOTES, « Social and Economic Facts-Appraisal of Suggested Techniques for Presenting Them to the Courts », (1947-48) 61 *Harv. L. Rev.* 692, 700; B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 5, p. 288 : « Courts should, of course, take care not to accept "admissions" of constitutional facts where these may be to the advantage of both parties and inconsistent with reality and the public interest. » K.C. DAVIS, *op. cit.*, note 171, 940 : « The Court should recognize its affirmative responsibility to assure that reasonably available legislative facts that may affect its lawmaking are adequately developed. [...] [W]hen the Court is making law that affects the many, and especially when it holds legislation unconstitutional, nothing less than adequate factual development can be acceptable. »

<sup>206</sup> J. MONAHAN et L. WALKER, *op. cit.*, note 85 et C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 6, 556 et 557.

légitimité nécessaire afin de susciter l'adhésion des auditoires concernés.

De plus, les tribunaux nous l'ont rappelé à l'occasion, les jugements en matière constitutionnelle doivent démontrer une certaine continuité et une certaine uniformité et ne pas varier selon la qualité de la preuve présentée dans une instance particulière<sup>207</sup>.

Souhaitée<sup>208</sup>, tout simplement acceptée<sup>209</sup> ou encore dénoncée<sup>210</sup>, l'existence d'une telle recherche indépendante des

---

<sup>207</sup> *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, note 57, 803, passage cité, à l'appui de la connaissance judiciaire et de la recherche autonome, repris dans *R. c. Morgentaler*, précité, note 58; *Northern Telecom c. Travailleurs en communication du Canada*, précité, note 108, 140 : « Il ne faut jamais oublier que la constitution doit être appliquée de façon continue et régulière et ne doit pas dépendre des aléas du système de procès contradictoires. »

<sup>208</sup> Les auteurs Monahan et Walker considèrent que cette possibilité de recherche autonome milite en faveur de la qualification des études de sciences sociales comme questions de droit. Ils écrivent : « [T]reating empirical research as a source of authority rather than as a type of fact can provide the principled direction now lacking on the issue of whether judges should locate research independently. The analogy is plain : as courts are free to find legal precedents that the parties have not presented, they should also have the power to locate social science research through independent investigation. » (J. MONAHAN et L. WALKER, *op. cit.*, note 85, p. 303)

<sup>209</sup> Voir K.C. DAVIS, *op. cit.*, note 33, p. 148 : « Judges freely go anywhere for the facts they use for lawmaking, and in doing so they typically have little or no regard for the parties' interest in knowing and responding to the extrarecord facts that may importantly affect a decision. Appellate judges have almost never addressed themselves to the procedural problems of using extrarecord facts in lawmaking. » K.L. KARST, *loc. cit.*, note 88; J.E. MAGNET, *loc. cit.*, note 31, 144, 138, 131; P.B. CARTER, *loc. cit.*, note 122, 360, 362; S. SCHIFF, *op. cit.*, note 41, p. 682 : « Another accepted way of providing the court with knowledge about relevant legislative facts is by quotation and citation in briefs and argument of counsel of publications in the field, (Hart and Naughton) *or by independent research in such publications on the part of the judge or his law clerk.* » (nos italiques) Marilyn T. MacCRIMMON, « Developments in the Law of Evidence : The 1987-1988 Term », (1989) 11 *Supreme Court L. Rev.* 275, 333 : « Judges may also conduct their own investigation rather than decide on the basis of erroneous assumptions. » R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 119, p. 425 : « Other methods of establishing external context [autre la connaissance d'office] : The facts or norms comprising external context may be proved through the testimony of expert witnesses or through a variety of extrinsic materials. These materials may be included in briefs submitted by counsel or offered as part of the legislative history of an enactment. *Or they may be privately researched by the judge.* » (nos italiques)

<sup>210</sup> Un exemple particulier de recherche autonome et non vérifiée faite par des juges semble incontestablement condamnable, soit celui qui aurait pour effet de porter atteinte au droit d'un accusé à une défense pleine et entière. La juge

juges à l'égard des faits sociaux semble cependant indéniable. On a vu plus haut que la seule distinction réaliste, à propos de l'utilisation par les juges de leurs connaissances personnelles, est peut-être celle qui range d'un côté les cas d'explicitation du phénomène et, de l'autre, ceux de son occultation<sup>211</sup>. De la même façon, on peut se demander si les instances dans lesquelles les juges dévoilent les sources de leurs recherches ne constituent pas tout simplement la pointe de l'iceberg.

Ainsi, à défaut d'avoir devant elle un dossier factuel satisfaisant, une cour pourrait donc obtenir par ses propres moyens — on pense par exemple au travail des clerks juridiques — les données relatives aux faits sociaux pertinents.

On a parfois reproché aux juges de présenter abusivement comme de la connaissance d'office ce qui était en réalité les résultats de leurs recherches effectuées de façon autonome<sup>212</sup>.

---

Tourigny, de la Cour d'appel du Québec, a jugé avec raison que constituait une erreur de droit le fait, pour la juge du procès, d'utiliser des ouvrages scientifiques non discutés par les parties afin de qualifier des expertises qui avaient été présentées en défense. Elle écrira : « La connaissance judiciaire ne semble pas pouvoir s'étendre dans le cadre d'un procès criminel à une expertise ou un type d'expertises existantes qui n'aurait pas été mis en preuve par une des parties. [...] Il me paraît donc, à cet égard, que le fait pour un juge de citer, de son propre chef, et sans même aucune suggestion de la part des parties, un ouvrage scientifique ou un rapport qui expose des opinions d'experts, est une erreur de droit [...] » (*Désaulniers c. La Reine*, J.E. 94-1339 (C.A.), pp. 10 et 13 du texte intégral). Voir aussi, dans le même sens, *Legrand (In Re) c. La Reine*, [1982] C.S. 767. On a aussi reproché à un juge de première instance d'avoir procédé à ses propres recherches sur des faits historiques relatifs aux autochtones, alors que le résultat en avait été l'acquittement des prévenus : *R. c. Haines*, (1980) 52 C.C.C. (2d) 558 (Cty. Ct. C.-B.). On y retrouve le passage suivant : « In reaching his conclusion as to aboriginal rights the learned Judge relied on his own private researches [...]. However extensive the doctrine of judicial notice may be, in my opinion, it was error in law for the judge to consider these publications[...]. [I]t is clearly contrary to the rules of natural justice for a Judge to rely on information obtained after the hearing was completed without disclosing it to the parties and giving them an opportunity to meet it » (p. 563).

<sup>211</sup> *Supra*, pp. 334 et 335.

<sup>212</sup> NOTES, *loc. cit.*, note 205, 697, à propos, cependant, de faits sociaux en dehors du contexte constitutionnel : « Under the guise of judicial notice, some courts have conducted independent researches on their own in order to learn social facts not so notorious and indisputable as to be capable of true judicial notice. They have not usually obtained the information from the primary sources, but rather have had resort to libraries, experts, government agencies, or even employees of an agency which is a party to the case. »

On les a dénoncées pour avoir prétendu n'avoir fait alors que se rafraîchir la mémoire avant de prendre connaissance d'office de certains faits<sup>213</sup>.

Une préoccupation réelle est bien sûr ici qu'un tel mécanisme de recherche dissimulée, dont seuls les résultats sont présentés de façon finale et péremptoire, risque de se réaliser au mépris des exigences de l'équité<sup>214</sup>.

Si la cour procède à sa propre recherche, elle devrait certes le faire de manière équitable<sup>215</sup>. Selon l'importance et le degré de caractère controversé ou crucial des faits sociaux ainsi trouvés *proprio motu*, la cour devrait fournir aux parties une possibilité raisonnable de connaître les résultats de ses recherches et d'y réagir, bien sûr, avant le prononcé du jugement<sup>216</sup>.

De la même façon qu'ils ont justifié un certain pouvoir de recherche autonome des juges, l'incertitude relative aux faits sociaux et l'impact de la décision constitutionnelle au-delà des parties immédiates exigent que celles-ci au moins (à défaut d'une participation d'intérêts extérieurs au litige mais touchés par la

---

<sup>213</sup> G.D. NOKES, « The Limits of Judicial Notice », (1958) 74 *L.Q. Rev.* 59, 66 : « Judicial notice of non-statutory elements in the law is generally founded on the judge's knowledge and memory, refreshed when necessary by reference to records, law reports and books of authority. » Patrick H. LANE, *The Australian Federal System*, 2<sup>e</sup> éd., The Sydney Law Book Company, 1979, p. 1097 : « The Court may on its own motion acquire and present constitutional facts, a method presumably justified by the self-delusion that the Court is merely refreshing its memory of facts which it might judicially notice [...]. »

<sup>214</sup> NOTES, *loc. cit.*, note 205, 697 et 698 : « The greatest objection to such practice [recherche autonome déguisée en connaissance d'office et consultation de sources en violation des règles de preuve] is the disregard of the parties to the litigation, who are given no opportunity to be heard. If social data affect their interests, they should be permitted to supplement or rebut the information acquired by the judge. » P. H. LANE, *op. cit.*, note 213, p. 1097 : « When such facts, so found by the Court itself [recherche autonome déguisée en connaissance d'office], are disputable and yet form the basis of judgment the practice is a doubtful one. For these facts are not presented until judgment is actually handed down. »

<sup>215</sup> P.B. CARTER, *loc. cit.*, note 122, 362.

<sup>216</sup> NOTES, *loc. cit.*, note 205, 698 : « [T]he judge might file a tentative opinion, stating his own conclusion as to the legislative facts, but susceptible to change on proof by one of the parties that his conclusion was wrong. »

décision<sup>217</sup>) aient l'occasion de discuter les faits législatifs principaux qui fonderont le jugement<sup>218</sup>.

Ces considérations d'équité ne sont cependant pas propres à cette question précise des recherches autonomes réalisées par les juges à l'insu des parties au litige. En effet, si les juges semblent de plus en plus asseoir leurs jugements constitutionnels sur des conclusions relatives à des faits sociaux<sup>219</sup>, les exigences de l'équité ainsi soulevées constituent cependant l'objet central de préoccupation. Qu'elles le fassent en s'appuyant sur leurs connaissances générales, leurs préférences et leurs préjugés ou encore suite à des recherches autonomes, ultérieurement divulguées ou non, n'apparaît relever que de l'ordre des modalités. Claire L'Heureux-Dubé dénonce en ces termes la critique de la recherche faite par les juges, qui ferme cependant les yeux face aux présupposés factuels affirmés mais non vérifiés :

*If we do not find it objectionable for judges to make « plausible assumptions » in order to resolve issues of policy that underlie a particular legal rule or normative framework then why is it more objectionable when the judge actually takes the initiative to verify whether those assumptions are, indeed, well-founded?*<sup>220</sup>

<sup>217</sup> On pense ici à la question des interventions, y compris à celles demandées par la cour.

<sup>218</sup> K.L. KARST, *loc. cit.*, note 88, 109 : « Furthermore, our forced reliance on the litigants to help represent broad social interests demands that the parties be given a chance to contest such assertions of legislative fact. This opportunity to challenge should be given whenever the determination of an issue of legislative fact affects the ultimate decision, even though the legislative fact be a "background fact", and even though it may be necessary to reopen the trial for this purpose. » Voir aussi K.C. DAVIS, *loc. cit.*, note 171, 935 et 940.

<sup>219</sup> C'est ce qu'on leur demande de faire depuis le début du siècle : « The main problem to which sociological jurists are addressing themselves today is to enable and to compel law-making, and also interpretation and application of legal rules, to take more account, and more intelligent account, of the social facts upon which law must proceed and to which it is to be applied. » (Roscoe POUND, « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence », (1912) 25 *Harv. L. Rev.* 489, cité dans J. MONAHAN et L. WALKER, *op. cit.*, note 85, p. 12). C'est ce qu'ils font apparemment de plus en plus : « Clearly, the judiciary's long recognized policy-finding function sometimes demands its attention to social facts, even when the disputing parties do not themselves present evidence on a relevant issue of public policy. Neither the rules of judicial notice, nor the doctrine itself for that matter, technically is needed to clear the way for the consideration of social facts. » (G.S. PERRY et G.B. MELTON, *loc. cit.*, note 12, 642)

<sup>220</sup> C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 6, 571. Voir dans le même sens, *Read v. Bishop of Lincoln*, [1892] A.C. 644 (C.P.), 645 : « Nor does it make the

Selon les circonstances, on l'a vu à la section précédente, les exigences de l'équité pourront contraindre à entendre les réactions des parties. Le non-respect de cette obligation judiciaire fondamentale ne peut que miner la crédibilité de la décision rendue malgré tout. Que cette dernière fasse expressément mention des sources qui la fondent ne fait qu'explicitement le problème, on pourrait même dire ironiquement qu'il en facilite la critique, mais il n'en altère pas la nature. L'écueil propre à la mention des résultats de recherches autonomes non soumis aux parties, dans le texte du jugement, n'est peut-être que cette trompeuse apparence de caractère scientifique qu'elle confère à ce dernier.

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

Or, l'impression produite est trompeuse. D'une part, la responsabilité de l'acte de juger incombe à la juge et ne peut être déléguée. L'état des connaissances dans un secteur d'activités donné fournira un éclairage précieux, mais ne peut se substituer à l'acte de juger, de choisir.

De plus, cette apparence de caractère scientifique est aussi trompeuse en ce que la qualité et l'à-propos des données utilisées *proprio motu* par les juges pourront être discutables. Les juges s'éloignent de leur champ d'expertise lorsqu'elles abordent le monde des études scientifiques<sup>221</sup>. Les moyens de tester la validité et la fiabilité d'études échapperont souvent au profane en la

---

objection better that instead of pronouncing ex cathedra what in his opinion was the history of such and such a practice the archbishop has disclosed in his judgment the sources from which he derived his views. »

<sup>221</sup> La doctrine propose certains critères d'évaluation du sérieux des études utilisées. Voir, par exemple J. MONAHAN et L. WALKER, *loc. cit.*, note 110, 499, cité dans C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 6, 557 : « Courts should place confidence in a piece of scientific research to the extent that the research (1) has survived the critical review of the scientific community; (2) has employed valid research methods; (3) is generalizable to the case at issue; and (4) is supported by a body of other research. » À la lecture de ces critères, on est cependant porté à croire qu'une réelle expertise en sciences sociales constitue aussi un prérequis à leur mise en oeuvre éclairée!

matière<sup>222</sup>. Les juges ne pourraient à cet égard que profiter du débat contradictoire du prétoire.

L'affaire *Askov*<sup>223</sup> illustre on ne peut mieux les dangers d'une recherche judiciaire effectuée de façon autonome et non soumise au test de ce débat contradictoire.

On se souvient que la Cour suprême a abordé dans cette affaire la question du droit des accusés d'être jugés dans un délai raisonnable. Dans un louable souci de réalisme, la Cour s'est montrée intéressée au fonctionnement concret de l'administration de la justice criminelle au Canada, particulièrement aux délais existant en réalité. En fait, ces considérations factuelles ont été au coeur de la décision<sup>224</sup>.

Les parties au litige devant la Cour suprême ont mis en preuve certaines données relatives aux délais institutionnels dans la tenue des procès criminels. À cet égard, des études réalisées par le politologue Carl Baar ont été présentées à la Cour. Cette dernière, on le sait maintenant, a rendu dans *Askov* un jugement qui a créé de nombreux remous, notamment à cause de ce qui a été compris comme une certaine rigidité dans le calcul des délais constitutionnellement permis. La Cour a écrit qu'« une période d'attente de six à huit mois entre l'envoi à procès et le procès lui-même, pouvait être à la limite supérieure du raisonnable »<sup>225</sup>. Elle

---

<sup>222</sup> Sur la difficulté d'évaluer correctement la preuve de sciences sociales et même d'utiliser à cet égard les concepts adéquats, voir Neil VIDMAR, « How Many Words for a Camel? A Perspective on Judicial Evaluation of Social Science Evidence », dans Marilyn T. MacCRIMMON et Monique OUELLETTE (dir.), *La recevabilité et l'appréciation de la preuve dans un monde complexe*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice et Éditions Thémis, 1993, p. 267. Voir aussi David L. FAIGMAN, « Mapping the Labyrinth of Scientific Evidence », (1995) 46 *Hastings L.J.* 555, qui souligne le type d'expertise minimale qui seule permettrait aux juges d'évaluer correctement la validité et la fiabilité d'études scientifiques utiles à la résolution d'une cause dont ils sont saisis. Le propos de Faigman se limite ici aux cas dans lesquels lesdites études scientifiques sont présentées par les parties au litige; sa préoccupation relative à la compétence des juges s'applique donc *a fortiori* au contexte des recherches autonomes effectuées par les juges.

<sup>223</sup> R. c. *Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199.

<sup>224</sup> Carl BAAR, « Social Facts, Court Delays and the Charter », dans F.L. MORTON, *op. cit.*, note 194, p. 290, à la page 291 : « What made the *Askov* controversy both frustrating and ironic was that the Supreme Court had in fact made social science data — “social facts” in Donald Horowitz's terms — more central to its judgment than in any previous constitutional cases. »

<sup>225</sup> R. c. *Askov*, précité, note 223, 1240.



a ajouté que l'arrêt des procédures constituait la réparation appropriée, en cas de violation de ce droit d'être jugé dans un délai raisonnable<sup>226</sup>. Il semble que dans les 13 mois suivant le prononcé du jugement, plus de 50 000 accusations criminelles aient été abandonnées dans la seule province de l'Ontario<sup>227</sup>.

Carl Baar prétend aujourd'hui que cette décision judiciaire présente de nombreux problèmes. À la lumière des conséquences maintenant connues de cette affaire, la plus grave allégation de Baar est celle selon laquelle la Cour aurait obtenu certaines données pertinentes suite à ses propres recherches menées de façon autonome après l'audition. Ici, les parties n'ont eu aucune occasion de faire des représentations et la Cour a apparemment commis certaines erreurs importantes dans le traitement de ces données obtenues de façon indépendante<sup>228</sup>.

Nous partageons la position de Baar pour qui le problème principal d'*Askov* n'est pas tant les limites à l'expertise technique et scientifique des juges mais plutôt le fait qu'ils n'aient pas utilisé le mécanisme de vérification et de validation de données que peut constituer le débat contradictoire<sup>229</sup>. Les données obtenues au cours du délibéré auraient dû être présentées aux parties pour représentations écrites ou aux fins d'une seconde audience.

Le fait que les juges procèdent à des recherches autonomes est peut-être devenu aujourd'hui une réalité incontournable. La

---

<sup>226</sup> *Id.*

<sup>227</sup> Carl BAAR, « Criminal Court Delay and the Charter : The Use and Misuse of Social Facts in Judicial Policy Making », (1993) 72 *R. du B. can.* 305, 314.

<sup>228</sup> C. BAAR, *loc. cit.*, note 224, 295 et 296 : « In fact, the Supreme Court of Canada had obtained the Montreal data on its own initiative after oral argument, without the knowledge of either party to the appeal. [...] Thus the "social facts" most important to the Supreme Court's reasoning were not subject to examination and assessment through the adversary process. [...] The possibility that the Supreme Court of Canada did not fully understand a dense set of tables and explanatory notes should not be seen as a criticism of a lack of statistical knowledge on the part of any individual justice. [...] Where the difficulties arose in *Askov* was in the process by which the Court obtained and applied empirical data. » Il écrira aussi : « The court enunciated a time standard or guideline based on quantitative data collected on its own initiative after oral argument and never submitted to either party for examination. *Askov* therefore established principles of law founded on an incomplete understanding of the material before it, a result that led to the unprecedented dismissal of tens of thousands of pending criminal charges. » (C. BAAR, *loc. cit.*, note 227, 306)

<sup>229</sup> C. BAAR, *loc. cit.*, note 227, 316 et 317.

question délicate, et pourtant fondamentale, est désormais celle des exigences de l'équité, du droit des parties de s'exprimer sur des données qui seront essentielles à la décision rendue. À défaut de telles représentations et vu l'absence d'expertise scientifique des juges, qu'on ne peut par ailleurs leur reprocher, les décisions judiciaires qui s'appuient sur des faits sociaux non testés manqueront de légitimité<sup>230</sup>.

\*

\*   \*   \*

Des conclusions relatives à des faits de société jouent un rôle considérable dans le contentieux constitutionnel. On serait porté à croire que c'est de plus en plus le cas. Mais ce n'est peut-être que de plus en plus apparent. Il se peut que les questions constitutionnelles soient aujourd'hui formulées de façon plus contextuelle et empirique, mais une quelconque conception du monde, de ses interactions et des phénomènes de société a toujours fondé toute décision judiciaire, expressément ou implicitement, à partir d'éléments apportés par les parties au litige ou issus de l'expérience des juges<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> Morton ne mâche pas ses mots quand il s'exprime sur les leçons à tirer de *Askov* et de *Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771. F.L. MORTON, *op. cit.*, note 194, p. 281 : « At a minimum, the public embarrassment of *Askov* and *Morin* should stimulate both the justices and their clerks to circulate draft opinions more widely and proof read more critically. Perhaps it will also induce more caution in judges who are inclined to use social facts to craft new policies. »

<sup>231</sup> L'affaire *R.D.S. c. La Reine*, Cour d'appel de Nouvelle-Écosse, 25 octobre 1995, permission d'appel à la Cour suprême du Canada accordée ([1996] 2 R.C.S. ix), illustre à merveille cette problématique. Il s'agit d'une cause fondée sur la loi fédérale sur les jeunes contrevenants. La juge du procès, après avoir entendu les témoignages contradictoires du policier et de l'accusé, un jeune afro-canadien de 16 ans, a acquitté ce dernier non sans avoir fait certains commentaires selon lesquels il arrivait que les policiers induisent la Cour en erreur et réagissent avec excès dans les incidents impliquant des membres de minorités ethniques. La majorité de la Cour d'appel a décidé que la juge de première instance avait injustement évalué la crédibilité des parties à la lumière d'informations qui n'avaient pas été mises en preuve. Le juge Freeman a fondé une opinion dissidente sur l'idée que l'évaluation de la crédibilité était à la fois un art et une science mettant en jeu la sagesse et l'expérience de celui qui y procède, que ce dernier a un devoir de tenir compte de la problématique sociale pertinente et qu'il est vrai qu'il est de commune renommée que certains policiers induisent les tribunaux en erreur et réagissent avec excès dans des incidents impliquant des membres de minorités ethniques.

Là est la question fondamentale. Ce n'est pas celle du choix entre l'ignorance et la connaissance. Parce que les juges savent déjà. Ce que leur ont appris leurs milieux familial, académique et professionnel. C'est là le minimum qui entre en jeu dans leurs jugements. C'est là le début, le fondement premier : ensuite seulement viennent et s'y intègrent le droit et les faits de la cause.

Le traitement des faits a depuis toujours constitué un lieu de pouvoir judiciaire important. Le caractère explicite de ce que disent les juges à propos du droit fait en sorte d'en permettre une observation directe et des contrôles divers<sup>232</sup>. À l'opposé, le traitement des faits a lieu dans l'ombre, on n'a en général accès qu'à des conclusions factuelles qui donnent l'apparence de « découvertes » indiscutables. « C'est un fait que », « Il a été prouvé que », peut-on lire dans les jugements. Plus particulièrement, le monde de la connaissance d'office constitue une mystérieuse voie d'accès judiciaire aux faits. À propos des faits sociaux en contexte constitutionnel, surtout, la liberté d'action des juges semble à toutes fins utiles absolue.

Parallèlement, le contrôle judiciaire fondé sur la Charte semble ne se réaliser réellement et concrètement qu'au niveau de l'analyse des limites raisonnables faite en vertu de l'article premier. Et cette évaluation judiciaire favorise nettement une approche factuelle et pragmatique.

En imposant en principe un fardeau de preuve des faits justificatifs d'une violation de droits, mais en affirmant du même souffle que ces faits peuvent être manifestes, la Cour conserve un plein pouvoir sur l'ensemble de la question. Selon les circonstances, pour expliquer une conclusion, elle pourra invoquer les règles du fardeau de preuve ou encore entreprendre une recherche factuelle autonome justifiée par le principe de la connaissance d'office.

Sans tenter une étude approfondie de la notion de « fait », on doit accepter, minimalement, la distinction entre les faits empiriques et les faits évaluatifs ou interprétatifs. Les premiers peuvent être observés dans la réalité, les seconds impliquent essentiellement l'existence d'une évaluation, d'un jugement de valeurs.

---

<sup>232</sup> On pense par exemple au contrôle des tribunaux supérieurs par l'appel et à celui, plus extérieur, de la doctrine universitaire ou encore des médias.

Le droit reconnaît et utilise les deux types de faits. Les juges ont incontestablement le pouvoir de déterminer les faits évaluatifs<sup>233</sup>. Elles décideront si un comportement est raisonnable, si une loi est rationnelle ou encore si du matériel érotique va à l'encontre de la norme sociale de tolérance<sup>234</sup>.

Cette compétence institutionnelle ne s'étend cependant pas aux faits empiriques. La distinction est fondamentale. C'est l'aspect empirique qui soulève des difficultés. Parce qu'on sort ici du monde du droit pour aller dans un monde complètement étranger dans lequel la concordance des affirmations avec une réalité concrète et extérieure est maintenant le test de validité.

Au minimum, afin d'assurer une justice crédible, il faudra entendre ce que les parties au litige ont à dire sur la question.

---

<sup>233</sup> Ronald Dworkin a écrit sur ces « faits interprétatifs » à propos desquels les juges n'ont pas besoin de preuve. Il cite Cahn : « We don't need evidence for the proposition that segregation is an insult to the Black community — we *know* it. » E. CAHN, « Jurisprudence (Annual Survey of American Law) », (1955) 30 *N.Y.U.L.R.* 150, 157-158. Dworkin ajoute : « There is a fact of the matter, namely that segregation is an insult, but we need no evidence for that fact — we just know it. It's an interpretative fact ». Ronald DWORKIN, « Social Sciences and Constitutional Rights — The Consequences of Uncertainty », (1977) 6 *J.L. & Ed.* 3, 5. Voir aussi, dans le même sens mais pour une formulation plus abstraite, K.C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, 2<sup>e</sup> éd., 1980, vol. 3, par. 15.10, p. 179 : « When statements of fact are almost all judgment or policy, such as a statement that specified action is in the public interest, supporting evidence may be unnecessary. »

<sup>234</sup> Par exemple, dans *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, le juge Sopinka, écrivant pour la majorité, a affirmé qu'une conclusion judiciaire relative à la compatibilité de matériel érotique avec la norme sociale de tolérance pouvait être élaborée en l'absence de tout élément de preuve (par. 109).