

Le domaine de la connaissance d'office des faits

Danielle Pinard*

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	353
Partie I- La part toute relative des faits traditionnellement connus d'office comme élément de la décision judiciaire	354
1- Les faits de la cause	355
2- Le droit applicable	361
3- Le contexte	363
Partie II- Un plus grand rôle pour la connaissance d'office? . .	365
1- Une plus grande visibilité des faits sociaux dans le prétoire	366
2- La recherche d'un moyen d'insertion	369
3- Les limites de la connaissance d'office.	379
Conclusion	382

* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal. Je remercie Stéphanie Pham-Dang, étudiante en 2^e année à la Faculté de droit de l'Université de Montréal à l'automne 2003, pour son travail de repérage de la jurisprudence et pour l'édition de ce texte. Merci aussi à mon collègue Alain Roy, pour ses précieux commentaires.

INTRODUCTION

On a déjà associé la connaissance d'office des faits au champ du désespoir judiciaire¹. L'image est éloquente: on se tourne vers la connaissance d'office lorsque cela va très mal, en désespoir de cause. Il se peut que les contours flous de la notion expliquent, en partie du moins, le rôle de refuge qu'on lui assigne: pourront peut-être se faufiler à travers eux les faits de société que l'on souhaite présenter au tribunal et qui répondent difficilement aux exigences plus précises des autres règles de preuve.

On abordera, dans la première partie de ce texte, la notion traditionnelle de connaissance d'office. On la situera dans le contexte de l'ensemble des composantes du raisonnement judiciaire, de façon à faire ressortir le rôle limité, voire anodin, qu'elle a habituellement joué.

La seconde partie du texte mettra en lumière la pertinence croissante des faits de société devant les tribunaux, et les demandes corrélatives pour un élargissement du champ de la connaissance d'office. On y soulignera les limites inhérentes à la notion, notamment à la lumière des exigences de l'équité, exigences variables selon les divers rôles que sont appelés à jouer les faits².

-
1. Roberts discute des questions de connaissance d'office, de présomptions et de fardeaux de preuve sous la rubrique: *The Province of Despair* (!): E.F. ROBERTS, «Preliminary Notes Toward a Study of Judicial Notice», (1967) 52 *Cornell L.Q.* 210, 211.
 2. Cette réflexion s'inscrit dans le cadre d'une analyse amorcée il y a longtemps. Elle la nourrit notamment de nouveautés jurisprudentielles. On ne devra cependant pas se surprendre d'y retrouver des idées, voire à l'occasion certaines phrases, de textes publiés antérieurement sur la question, dont: Danielle PINARD, «La notion traditionnelle de connaissance d'office en droit de la preuve», (1997) 31 *R.J.T.* 87-148, et Danielle PINARD, «La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel», (1997) 31 *R.J.T.* 315-397.

Partie I- La part toute relative des faits traditionnellement connus d'office comme élément de la décision judiciaire

Un bref retour sur les fondements du raisonnement judiciaire permet de préciser la place toute relative qu'y tiennent, dans la perspective classique, les faits connus d'office.

La décision judiciaire comprend des questions de droit et des questions de fait³. Si le contenu de chacune de ces catégories est hautement incertain, et si la distinction relève plus de l'ordre fonctionnel que de celui de la description empirique, il demeure que l'affirmation de principe de l'existence même des deux catégories est généralement acceptée.

Les questions de droit sont celles qui, par nature, portent sur les règles sanctionnées par l'État. Elles concernent, par exemple, tout ce qui touche l'interprétation des lois et des dispositions constitutionnelles pertinentes⁴.

Toutes les autres questions sont des questions de fait. Ainsi conçu, le champ factuel est d'une ampleur considérable. Il couvre certes les faits de la cause, le «qui a fait quoi». Mais il va aussi des connaissances générales sur le fonctionnement normal de la société, des choses et des personnes, aux connaissances spécialisées relevant des experts, des sciences précises et pointues. C'est dans ce champ factuel aux contours incertains que l'on retrouve notamment le fruit d'observations empiriques, les données dites de sens commun, les expériences du quotidien, les inférences logiques, le raisonnement par déduction, les mythes et stéréotypes, et les jugements de valeur. C'est à propos de ces questions qu'on se demande ce que savent les juges, et qu'on doit déterminer ce sur quoi il est nécessaire de les instruire⁵.

3. 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.

4. On laisse de côté les questions qui, plus ou moins arbitrairement, sont expressément qualifiées de questions de droit par le législateur, notamment aux fins de déterminer un droit d'appel. Voir, par exemple, le paragraphe 3 de l'article 72 du *Code criminel*, L.R.C., c. C-46, ci-après C.cr., qui prévoit, dans le contexte des infractions de prise de possession et de détention par la force, que: «Les questions de savoir si une personne est en possession effective et paisible ou est en possession effective sans apparence de droit, constituent des questions de droit».

5. À propos de la signification d'un délai de dénonciation, dans le cas de l'agression sexuelle d'une enfant, on peut, par exemple, se demander ce qui relève de la connaissance d'office, du sens commun, ou encore de la preuve d'expert. Voir, sur cette question, dans le cadre d'un procès par jury, *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275. L'avocat de la défense invoquait un argument de «bon sens» voulant que le délai

J'aborderai, dans les prochains paragraphes, les éléments constitutifs de la décision judiciaire, soit les faits de la cause, le droit applicable et les considérations de contexte. J'y préciserai que la notion traditionnelle de connaissance d'office des faits était limitée aux faits incontestables et notoires utiles à l'établissement des faits de la cause. Elle ignorait de plus un champ factuel important, soit celui des faits qui aident à interpréter le droit, et celui des faits de contexte, essentiels, ceux-là, tant à la compréhension du droit qu'à celle des faits de la cause.

1. *Les faits de la cause*

Les faits de la cause sont les faits à prouver, ceux dont l'existence dans une espèce donne lieu à l'application de la règle de droit⁶. Ce sont les faits en litige, ceux que Davis a nommés les «adjudicative facts»⁷.

Les règles de preuve régissent l'établissement de ces faits, que ce soit par un écrit, par un témoignage, ou encore par tout autre moyen autorisé par le droit.

mette en doute la crédibilité des allégations de la victime. Les juges dissidents auraient autorisé la production d'une preuve d'expert visant à «contrer cet argument en fournissant un témoignage selon lequel l'argument [allait] à l'encontre du consensus actuel de la communauté scientifique» (par. 38). La majorité de la Cour a estimé que cette preuve d'expert n'était pas nécessaire puisque le fait que le moment de la révélation n'indique rien constitue «un énoncé de principe évident» (par. 59), une «proposition simple et irréfutable» (par. 66), une proposition indéniable (*ibid.*). Qui plus est, personne dans cette affaire n'a apparemment soulevé ou discuté l'application en l'espèce de la connaissance d'office!

6. Sur cette analyse structurale de la règle de droit, qui applique des conséquences juridiques à un présumé factuel, voir Jacques HÉRON, *Principes de droit transitoire*, coll. «Philosophie et théorie générale du droit», Paris, Dalloz, 1996, qui écrit, à la p. 14: «Dans la règle, il existe une relation permanente d'imputation entre ses deux éléments qui sont la présupposition et l'effet juridique [...]. La règle de droit s'énonce ainsi: si tel fait envisagé abstraitement se réalise, il en résulte telle conséquence de droit.» Pierre-André Côté réfère quant à lui aux «faits auxquels la loi attache des conséquences juridiques», Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 160.
7. Kenneth Culp DAVIS, «An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process», (1942) 55 *Harvard L. Rev.* 364. Il écrit, aux pages 402 et 403: «When an agency finds facts concerning immediate parties – what the parties did, what the circumstances were, what the background conditions were – the agency is performing an adjudicative function and the facts may conveniently be called adjudicative facts.» On reviendra plus loin à cette typologie développée par Davis, qui oppose ces «adjudicative facts» aux «legislative facts». Voir le texte accompagnant les notes 35, 90 et 96.

Dans ce contexte d'établissement des faits en litige, le *Code civil du Québec* autorise en ces termes la connaissance d'office de certains faits:

Nul n'est tenu de prouver ce dont le tribunal est tenu de prendre connaissance d'office.⁸

Le tribunal doit prendre connaissance d'office de tout fait dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable.⁹

La notion de connaissance d'office du Code civil, fidèle en cela à ses sources en droit de la common law¹⁰, est fondée sur deux critères: la notoriété et le caractère «raisonnablement incontestable»¹¹.

L'application stricte de ces critères mène à des décisions simples, à la rigueur anodines. On peut ainsi, sans trop de risques, prendre connaissance d'office:

- des données de Statistique Canada sur les dépenses moyennes des ménages¹²,

8. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, ci-après Code civil, art. 2806.

9. *Ibid.*, art. 2808.

10. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1757: «Cet article introduit au Code civil une règle généralement reconnue par le droit antérieur et qui tire son origine de la common law, comme toutes les autres règles relatives à la connaissance judiciaire.»

11. La Cour suprême du Canada retient généralement la définition doctrinale suivante de la connaissance d'office, dans la tradition juridique de common law canadienne: «Facts which are (a) so notorious as not to be the subject of dispute among reasonable persons, or (b) capable of immediate and accurate demonstration by resorting to readily accessible sources of indisputable accuracy, may be noticed by the court without proof of them by any party», de John SOPINKA, Sidney N. LEDERMAN et Alan W. BRYANT, *The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1999, p. 1055. Voir, pour des exemples récents de reconnaissance judiciaire de cette définition: *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 54; *Law c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 77, et *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 48, où la juge en chef McLachlin, pour une Cour unanime, précède une citation des propos de Sopinka et Lederman de la remarque suivante: «le seuil d'acceptation de la connaissance d'office est strict». Pour une approche doctrinale qui préconise une conception beaucoup plus large de la connaissance d'office, voir Susan G. DRUMMOND, «Judicial Notice: The Very Texture of Legal Reasoning», (2000) 15 *R.C.D.S.* 1.

12. Voir par exemple, sur cette question, *Droit de la famille – 3228*, [1999] R.J.Q. 1356 (C.A.); *Droit de la famille – 3278*, B.E. 99BE-449 (C.S.); *G.L. c. R.H.*, [2002] R.D.F. 1029 (C.S.), par. 174 et 175.

- de l'existence d'une résolution d'une assemblée législative¹³,
- du fait que les jours suivant Noël et le jour de l'An sont généralement des jours de congé¹⁴,
- du taux courant de conversion du dollar canadien¹⁵,
- «du fait que le coût d'entretien des enfants s'accroît à mesure qu'ils grandissent»¹⁶,
- «du fait que le public demeure préoccupé par le trafic de drogue et, d'une manière générale, de la difficulté de lutter efficacement contre le crime organisé au moyen des méthodes policières traditionnelles»¹⁷,
- d'une pratique en matière de contrat de courtage immobilier¹⁸, ou encore
- du fait que le métier d'opérateur de machinerie lourde est généralement bien payé¹⁹.

Un aspect de la notion traditionnelle de connaissance d'office mérite ici une attention particulière. Il a fait l'objet d'illustrations jurisprudentielles récentes et explique en partie une certaine confusion qui entoure parfois la notion.

La confusion entre la connaissance d'office et la réception de preuve, ou

De l'importance de distinguer les étapes de la prise de connaissance d'office

La compréhension de la notion de connaissance d'office est facilitée par la distinction des étapes de sa réalisation. En effet, si on ne peut en principe connaître d'office que les faits notoires et incontestés

13. *Bertrand c. Bégin*, [1996] R.J.Q. 2393 (C.S.).

14. *3390152 Canada Inc. c. 3056309 Canada Inc.*, [2001] R.D.I. 82 (C.S.).

15. *S.G. c. R.S.*, [2000] R.L. 183 (C.S.).

16. *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, par. 18, la juge L'Heureux-Dubé pour la Cour.

17. *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 44, le juge Binnie pour la Cour.

18. *Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*, [1999] R.J.Q. 3068 (C.Q.); *Picard c. Richer*, J.E. 2000-810 (C.S.).

19. *Droit de la famille – 2694*, [1997] R.D.F. 508 (C.S.).

bles, il peut arriver que l'on doive «rafraîchir» la mémoire de la juge par la présentation informelle de certaines informations factuelles. Ainsi, bien qu'il soit incontestable et notoire que, en 2002, la journée de Noël ait été célébrée un mercredi, la consultation d'un calendrier peut s'avérer nécessaire à la connaissance d'office de ce fait. D'ailleurs, la doctrine de common law est à cet égard explicite, qui réfère à la possibilité de connaissance d'office de faits dont on peut rapidement et précisément démontrer l'existence par le recours à des sources facilement accessibles et d'une exactitude incontestable²⁰.

Il pourra donc y avoir, préalablement à la décision judiciaire de prendre connaissance d'office, une étape au cours de laquelle de l'information factuelle est considérée. Cette information peut être présentée par les parties, mais il semble admis à cet égard que les juges peuvent aussi procéder à leurs propres recherches. Cette partie de l'enquête n'est pas assujettie aux règles de preuve²¹. Il ne s'agit pas de s'enquérir d'un fait «à prouver», mais plutôt de l'à-propos de le connaître d'office. Ce climat de liberté dans le prétoire, qui ne devrait régir que cette étape bien précise, est peut-être en partie responsable de l'impression de l'absence totale de contrainte en matière de connaissance d'office, notamment pour l'établissement des faits sociaux pertinents en contexte constitutionnel²².

Quoi qu'il en soit, des décisions judiciaires récentes illustrent le fonctionnement de cette étape préalable à la décision de prendre connaissance d'office d'un certain fait.

Il s'agissait dans l'arrêt *Find*²³ – une affaire de droit criminel mettant en cause le droit de l'accusé à la récusation motivée des can-

20. Il s'agit de la deuxième catégorie mentionnée par Sopinka et Lederman, soit celle des faits «capable of immediate and accurate demonstration by resorting to readily accessible sources of indisputable accuracy», J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 11, p. 1055.

21. Voir D. PINARD, *loc. cit.*, note 2, p. 114 et s. Il est donc surprenant de retrouver en jurisprudence le propos suivant, qui réfère à de la «preuve» requise au soutien de la connaissance d'office d'un fait: «Dans ce contexte, aucun élément de preuve ne justifie le recours à la connaissance d'office du fait que les syndicats québécois exercent une coercition idéologique sur leurs membres [*no evidence to support judicial notice*]», *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, par. 231, opinion du juge LeBel, à laquelle souscrivent les juges Gonthier et Arbour.

22. On pense notamment à l'utilisation par certains juges de données historiques et sociales qu'ils écrivent avoir découvertes à la suite de leurs propres recherches. Voir l'opinion du juge Lamer dans *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 et celle de la juge L'Heureux-Dubé dans *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670.

23. *R. c. Find*, précité, note 11.

didats jurés – de débattre de l'existence dans la collectivité d'un préjugé largement répandu contre les personnes accusées d'agressions sexuelles sur des enfants. On retrouve, dans le jugement unanime de la Cour, certaines références à des renseignements, des études et des documents invoqués à l'appui de l'existence d'un tel préjugé. Or, il semble bien qu'il ne s'agissait pas de «preuve» en tant que telle, mais plutôt d'informations à l'appui d'une conclusion de connaissance d'office de ce fait. La juge McLachlin écrit en effet:

L'appelant n'a pas fourni de preuve d'expert ni d'autre type de preuve sur l'effet probable ou l'ampleur du préjugé qui découlerait de la nature des infractions qui lui sont reprochées. Il demande plutôt à la Cour d'admettre d'office l'existence d'un préjugé largement répandu que feraient naître les allégations d'agression sexuelle contre des enfants.²⁴

Et elle conclura en refusant de prendre connaissance d'office du préjugé allégué, estimant que les informations apportées ne permettaient pas de le qualifier de notoire et incontestable. Elle écrit:

L'ensemble du dossier présenté par l'appelant ne justifie pas d'admettre d'office l'existence, au sein de la société canadienne, d'un préjugé largement répandu défavorable aux accusés dans les procès à cet égard [accusations se rapportant à des abus sexuels contre des enfants].²⁵

L'affaire *Find* illustre à la fois l'importance de bien identifier l'étape de l'analyse à laquelle on procède, et les conséquences, parfois curieuses, qui s'ensuivent. Si monsieur Find avait apporté de la «preuve» au soutien de l'existence du préjugé allégué, il n'aurait eu qu'à en démontrer l'existence. Il n'a pas apporté de preuve, s'est appuyé sur une éventuelle connaissance d'office, au soutien de laquelle il a présenté certaines informations factuelles. La barre était alors plus haut: la conclusion qu'il lui aurait fallu susciter était celle du caractère notoire et incontestable de l'existence de ce préjugé. S'appuyant sur la connaissance d'office, il était libéré des contraintes du droit de la preuve pour présenter des informations factuelles à l'appui de la conclusion qu'il recherchait, mais l'objet de sa démonstration devenait nettement plus exigeant. Il a échoué.

La Cour supérieure du Québec a aussi, récemment, confirmé l'existence de cette étape d'information préalable à la connaissance

24. *Ibid.*, par. 52.

25. *Ibid.*, par. 88.

d'office, non assujettie aux exigences des règles de preuve. On se souviendra de la poursuite en dommages-intérêts pour diffamation intentée en 1993 par Jacques Parizeau et Lucien Bouchard contre l'auteur d'un document ayant associé la stratégie du Parti québécois à celle du régime d'Hitler. Accueillant une requête pour production de pièces après le certificat d'état de cause, la Cour a précisé que les documents produits, notamment une biographie d'Hitler et une copie de l'ouvrage *Mein Kampf*, ne l'étaient pas comme éléments de preuve, mais «qu'ils avaient pour but d'aider le juge dans l'exercice de sa connaissance d'office quant à certains événements historiques, et uniquement cela»²⁶. La Cour a ajouté que ces documents n'avaient donc «pas à être produits comme pièces à l'avance dans un débat judiciaire»²⁷, qu'il n'était «pas question ici d'«admissibilité» puisqu'il ne s'agi[ssait] pas de «preuves» à proprement parler mais d'un moyen de référer à ce qui est déjà en preuve par la connaissance d'office» et que leur production n'était d'ailleurs assujettie à aucun délai²⁸.

La Cour supérieure reprenait ici à son compte l'approche de la Cour fédérale dans *Bande Montana c. Canada*²⁹, affaire dans laquelle le juge Strayer a accepté la production de documents, en l'espèce des traités, aux fins d'appuyer la connaissance d'office de certains faits historiques relatifs à des peuples autochtones. Le juge Strayer a précisé dans cette affaire qu'il ne s'agissait donc pas de questions de «preuve» ou d'«admissibilité», mais de simples informations invoquées à l'appui d'une conclusion de connaissance d'office³⁰.

La connaissance d'office et la réception de preuve sont en principe des modes différents d'intégration légitime de faits dans la réflexion judiciaire. On ne doit pas les confondre, malgré une possible illusion de ressemblance créée par une éventuelle recherche d'information préalable à la connaissance d'office.

26. *Parizeau c. Lafferty, Harwood & Partners Ltd.*, [2000] R.J.Q. 81 (C.S.), p. 83. Le jugement au fond est publié à *Parizeau c. Lafferty, Harwood & Partners Ltd.*, [2000] R.R.A. 417 (C.S.), (action en dommages accueillie). La Cour d'appel a accueilli en partie un appel incident dans *Lafferty c. Parizeau et Bouchard*, [2003] R.D.Q. 11 (C.A.).

27. *Ibid.*, p. 85.

28. *Ibid.*, p. 86.

29. *Bande indienne Montana c. Canada*, [1994] 1 C.F. 425.

30. Il écrit: «It appears to me that if the use of such documents is justified as assisting judicial notice, then strictly speaking such use does not involve «admissibility» because judicial notice is used in lieu of proof. Further, as judges can in taking judicial notice rely on their own researches or their own knowledge, it would not seem appropriate to treat the judge's own knowledge or researches as «admissible» evidence, in part because it would never form part of the official record of the trial as would normal evidence»: *ibid.*

De plus, on doit bien comprendre la portée restreinte du climat de liberté qui prévaut à cette étape préalable: elle ne régit que la décision de prendre ou non connaissance d'office d'un fait, et non pas la «preuve» de ce fait.

* * *

On a traditionnellement discuté de la notion de connaissance d'office dans le cadre de cet espace très limité du champ factuel, soit les faits incontestables et notoires utiles à l'établissement des faits de la cause.

Or, une considération des autres composantes de la décision judiciaire révèle l'existence d'un autre monde factuel, important mais diffus et généralement innommé.

2. Le droit applicable

Comme les questions de fait, les questions de droit constituent une composante essentielle de la décision judiciaire.

L'orthodoxie juridique veut que le droit soit d'emblée connu d'office des juges³¹. Le fait se prouve, le droit se plaide, dit-on.

Le positivisme juridique nous a amené à penser le droit de façon formelle, à le concevoir de façon désincarnée, comme un objet abstrait d'interprétation. Or, qu'elle soit nommée ou non, implicite ou explicite, une certaine réalité factuelle est inévitablement inhérente au monde du droit.

Si l'on accepte, à la rigueur, la pertinence de cette réalité factuelle, on s'est cependant peu intéressé aux modes de sa présentation devant un tribunal.

– L'interprétation téléologique

La méthode qui invite l'interprète des lois à tenir compte de l'objet de la disposition législative est tout à fait conforme à l'orthodoxie juridique. Dans son aspect le plus réaliste, elle se préoccupe de la réalité sociale existant au moment de l'adoption de la loi, sur

31. Le Code civil prévoit que: «Le tribunal doit prendre connaissance d'office du droit en vigueur au Québec»: art. 2807.

laquelle intervient cette dernière. On pense notamment à la règle de la situation à réformer, la *Mischief Rule*³², qui veut que l'interprète connaisse la situation problématique à laquelle la loi vise à apporter une solution. Une certaine considération de faits de société peut donc être nécessaire à la détermination de questions de droit. Si «le législateur est censé connaître le contexte social et historique dans lequel il manifeste son intention»³³, les interprètes des lois, particulièrement les juges, doivent aussi être sensibilisés aux réalités sociales dans lesquelles ces lois sont appliquées³⁴.

À cet égard, K.C. Davis a développé il y a longtemps la notion de «legislative facts», ces faits qu'il oppose aux faits de l'espèce, et dont la connaissance fonde les décisions juridiques, notamment les choix législatifs³⁵.

– *A priori* factuels de la règle de droit

Si toute règle de droit est inévitablement fondée sur l'évaluation d'une réalité sociale à laquelle a procédé le législateur, cette évaluation législative acquiert parfois une forme de statut sacré.

Ainsi, il se peut qu'une règle de droit soit à ce point fondée sur une conclusion factuelle à laquelle en est venu le législateur que toute discussion de cette conclusion devient irrecevable. Questions de droit et questions de fait sont ainsi intrinsèquement liées. L'adoption de la règle de droit emporte avec elle l'adoption définitive d'un point de vue sur la question de fait qui la sous-tend.

L'opinion majoritaire de la Cour suprême dans *D.D.*³⁶ semble fondée sur une telle prémisse. En effet, la Cour y a déclaré irrecevable une preuve d'expert qui n'aurait fait, selon elle, que réitérer les *a priori* factuels ayant amené le législateur à l'abrogation de la règle de la plainte spontanée. Il s'agissait, dans cette affaire, de la signification du temps mis par une enfant avant de dénoncer une agression sexuelle dont elle aurait fait l'objet. En réaction à un argument de

32. Voir Pierre-André CÔTÉ, *op. cit.*, note 6, p. 476 et s.

33. *Willick c. Willick*, précité, note 22, par. 41 (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin).

34. *Ibid.*

35. K.C. DAVIS, *loc. cit.*, note 7. Il écrit, aux pages 402-403: «When an agency wrestles with a question of law or policy, it is acting legislatively, just as judges have created the common law through judicial legislation, and the facts which inform its legislative judgment may conveniently be denominated legislative facts.»

36. *R. c. D.D.*, précité, note 5.

«bon sens» soulevé par la défense³⁷, et selon lequel le délai de dénonciation était un indice du fait que l'histoire était fabriquée, la poursuite a souhaité présenter une preuve d'expert visant à démontrer qu'un tel argument allait à l'encontre du consensus actuel de la communauté scientifique³⁸. Déclarant cette preuve irrecevable parce que non nécessaire, la majorité de la Cour a jugé que l'opinion de l'expert ne faisait que refléter «l'état actuel du droit canadien», et que le contenu de cette opinion aurait tout simplement pu faire l'objet de directives du juge au jury³⁹.

Cette affaire illustre le rapport intime entre les règles de droit et les questions de fait, et alimente un sain scepticisme à l'égard de la possibilité de traiter les premières en vase clos.

La détermination de toute question de droit met inévitablement en œuvre un ensemble de connaissances factuelles, un contexte factuel de raisonnement.

3. *Le contexte*

Il est un élément de la décision judiciaire dont on n'a traditionnellement peu ou pas parlé. Il s'agit du contexte, soit ces informations générales qui éclairent, consciemment ou non, de façon implicite ou explicite, tout raisonnement, sur le droit comme sur les faits.

Ces données de contexte relèvent du champ factuel. Leur contenu, comme leurs sources, est incertain.

J'ai abordé, il y a quelques années, cet inexorable contexte factuel de raisonnement judiciaire, «cet ensemble diffus de connaissances factuelles qui sert à évaluer, apprécier et comprendre la signification d'un fait isolé»⁴⁰, cette «quantité considérable d'informations qui sont le fruit tant de l'apprentissage individuel [d'un être humain] que de celui, collectif et historique, de la communauté à laquelle il appartient»⁴¹. La doctrine anglo-américaine utilise parfois à cet égard l'expression *common-sense generalizations*⁴².

37. *Ibid.*, par. 8 de l'opinion dissidente, relatant les propos du juge du procès.

38. *Ibid.*, par. 38.

39. *Ibid.*, par. 64.

40. D. PINARD, *loc. cit.*, note 2, p. 132.

41. *Ibid.* p. 135.

42. Voir, par exemple, R.M. EGGLESTON, «Generalization and Experts», dans William TWINING (dir.), *Facts in law*, coll. Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag GMBH, 1983, p. 1.

Ces données de contexte, ces connaissances générales sur le fonctionnement du monde, agissent certes dans le raisonnement sur le droit. Une «méthode contextuelle» est d'ailleurs officiellement prônée par la Cour suprême du Canada⁴³, qui insiste sur la nécessité d'une interprétation et d'une application du droit incarnées dans la réalité sociale.

Si l'établissement des faits relève sans conteste du monde traditionnel de la preuve, leur évaluation, leur appréciation se fera, tout comme l'interprétation du droit, à la lumière de ces connaissances de contexte⁴⁴. On évaluera la signification d'un délai de dénonciation d'une agression sexuelle, ou encore la crédibilité de témoins, à la lumière de ces enseignements d'une vie d'être humain.

Ainsi, dans *S. (R.D.)*⁴⁵, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin ont souligné l'importance de la considération du contexte dans l'art de juger⁴⁶, notamment pour l'interprétation et l'application des lois⁴⁷. «Il n'est pas inusité, écrivent-elles, que le juge examine le contexte factuel, social et psychologique dans lequel naît le litige. De fait, l'examen délibéré du contexte est maintenant reconnu comme une mesure favorisant l'impartialité du juge»⁴⁸.

Au-delà des questions de droit, et des faits de l'espèce, des connaissances générales font donc traditionnellement partie des ingrédients de la décision judiciaire.

On s'est cependant relativement peu intéressé aux modes d'établissement de ces faits devant les tribunaux.

* * *

43. Sur l'avènement de cette méthode, et sur certaines questions qu'elle suscite, voir Danielle PINARD, «La «méthode contextuelle»», (2002) 81 *R. du B. can.* 323.

44. Sur la distinction entre établissement et évaluation des faits, voir D. PINARD, *loc. cit.*, note 2, p. 133 et s.

45. *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484.

46. *Ibid.*, par. 38 et s. Elles soulignent aussi, en ces termes, l'importance de rendre justice à la lumière du contexte: «En se montrant attentive à la dynamique raciale de l'affaire, elle [la juge de première instance] s'est tout simplement efforcée de rendre justice à la lumière du contexte, ce qui était, à notre avis, tout à fait légitime et de nature à favoriser la résolution juste et équitable de l'affaire.» (par. 59).

47. *Ibid.*, par. 43.

48. *Ibid.*, par. 42.

La notion traditionnelle de connaissance d'office des faits, limitée aux faits incontestables et notoires utiles à l'établissement des faits de la cause, ne couvre donc qu'une infime partie du champ factuel de la décision judiciaire. Son domaine est celui des évidences, voire des banalités.

Mais la pertinence nouvelle, ou peut-être, plus simplement, la visibilité nouvelle de faits sociaux, amène à redéfinir la connaissance d'office, et pose à la notion des questions fort intéressantes.

Partie II- Un plus grand rôle pour la connaissance d'office?

Si la connaissance d'office fait aujourd'hui couler plus d'encre, c'est à propos de nouveaux rôles qu'on souhaite lui faire jouer, bien plus qu'à propos de ce qu'elle a sagement fait dans sa version orthodoxe.

La Cour suprême du Canada a évoqué la possibilité de prendre connaissance d'office de faits nécessaires à l'établissement du bien-fondé d'une allégation de discrimination⁴⁹. En matière de détermination de sentence, la Cour a enjoint aux juges de première instance de «prendre connaissance d'office des facteurs systémiques ou historiques qui ont contribué aux difficultés auxquelles font face les Autochtones, tant au sein du système de justice pénale que dans la société en général»⁵⁰. Certains juges de cette Cour ont référé à la possibilité de prendre connaissance d'office du seuil général de tolérance dans la

49. *Law c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, précité, note 11, par. 77 et s.

50. *R. c. Wells*, [2000] 1 R.C.S. 207, par. 53. La Cour ajoute: «En outre, le juge est obligé de s'enquérir des circonstances particulières dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones» (*ibid.*). Cette décision confirme l'approche préconisée dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, où on écrit: «Dans tous les cas [d'application de l'article 718.2 e) du Code criminel], il faudra prendre connaissance d'office des facteurs systémiques ou historiques et de la conception de la peine pertinents dans le cas des délinquants autochtones» (par. 83). Dans un récent commentaire, William Vancise et Patrick Healy soulignent que ces remarques des juges ne peuvent nullement être limitées au contexte des prévenus autochtones, puisqu'elles se fondent sur la disposition du Code criminel qui oblige le juge qui impose une peine à tenir compte notamment, de «l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones» (je souligne, art. 718.2e) C.cr.). William J. VANCISE et Patrick HEALY, «Judicial Notice in Sentencing», (2002) 65 *Sask. L.R.* 97, 99.

société en matière de pornographie⁵¹, ou encore du racisme dans une société donnée⁵².

Si la notion ne recouvre encore que les faits notoires et incontestables, ce que l'on prétend⁵³, un mystère plane.

On s'éloigne en effet considérablement de l'incontestable, des tables de Statistiques Canada ou des jours fériés de fin d'année.

Il se peut que l'on assiste à un phénomène qui va comme suit. Certains facteurs ont rendu des faits de société plus directement visibles devant les tribunaux. Puisque ces faits peuvent difficilement être appréhendés en vertu des autres règles de preuve, plus précises, on se tourne vers cette notion souple qu'est la connaissance d'office. Mais il devient alors difficile d'établir des balises. Et on observe peut-être, finalement, après avoir misé à outrance sur l'élasticité de la notion de connaissance d'office, à un retour du balancier.

1. *Une plus grande visibilité des faits sociaux dans le prétoire*

Une analyse exhaustive des divers facteurs qui peuvent expliquer une visibilité plus grande des faits de société devant les tribu-

-
51. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, 525, opinion du juge Gonthier, à laquelle souscrit la juge L'Heureux-Dubé.
52. *R. c. S. (R.D.)*, précité, note 45, par. 47, opinion des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin; *R. c. Williams*, précité, note 11, par. 54, la juge McLachlin pour une cour unanime, et *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, par. 38, le juge Bastarache pour une cour unanime.
53. Le juge Iacobucci, qui écrit pour une Cour unanime dans l'affaire *Law*, précitée, note 11, fait la mise en garde suivante: «En faisant ces observations relativement à l'utilisation de la connaissance d'office dans le cadre de l'analyse relative à l'égalité aux fins de la Charte, je ne voudrais pas que l'on interprète mes propos comme voulant étendre le nombre de faits dont il convient de prendre connaissance d'office. Il y a lieu de faire preuve d'une certaine prudence lorsqu'il s'agit de prendre connaissance d'office d'un fait. Tout particulièrement, bien qu'il convienne manifestement, pour les fins du par. 15(1), de prendre connaissance d'office de certaines formes de désavantages et de préjugés, entre autres, la connaissance d'office ne doit pas être utilisée, par inadvertance ou autrement, pour inventer des stéréotypes ou d'autres phénomènes sociaux qui peuvent ne pas exister ou qui n'existent pas en fait dans la réalité» (par. 79). Voir aussi l'opinion du juge Binnie dans *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Procureur général de l'Alberta*, [2000] 1 R.C.S. 44, qui siège comme juge seul à l'occasion d'une requête en production de nouveaux éléments de preuve, et qui réitère un test strict de notoriété et d'absence de controverse pour la connaissance d'office de faits législatifs (par. 5).

naux dépasse certes l'objet du présent texte. Qu'il suffise ici d'en rappeler certains, qui tournent tous autour des conséquences de la constitutionnalisation des droits et libertés au Canada.

- Constitutionnalisation des droits et libertés et vision empirique de l'action du droit

La constitutionnalisation des droits et libertés, en 1982, a eu des impacts directs et indirects que la société canadienne mettra longtemps à évaluer. Il est possible qu'une sensibilité plus grande du droit aux réalités sociales extérieures soit du nombre. En effet, et on pense particulièrement, mais non uniquement, aux questions de discrimination, la mise en œuvre de la *Charte canadienne des droits et libertés* devant les tribunaux a rendu plus visible et plus pertinent l'impact du droit sur le champ social. Le test des limites raisonnables élaboré par la Cour suprême du Canada a amené, bien au-delà de son strict champ d'application, à concevoir l'activité législative comme un moyen orienté vers la résolution d'un problème social, moyen dont la rationalité et l'efficacité seraient matière à preuve.

- Constitutionnalisation des droits et libertés et éthique judiciaire: là où les préoccupations éthiques rencontrent les règles de preuve

La constitutionnalisation des droits et libertés a aussi suscité une réflexion sociale sur la nécessité d'une sensibilisation de la magistrature aux diverses réalités vécues par des groupes minoritaires de la société canadienne. On a modernisé la notion d'impartialité: il ne s'agit plus d'une justice aveugle, mais bien d'une justice clairvoyante. On admet que la partialité peut être le fait de l'ignorance. La connaissance des réalités sociales vécues par divers groupes de la collectivité est essentielle à l'administration d'une justice impartiale et égalitaire. Le Conseil canadien de la magistrature l'a bien compris, qui prévoit, dans ses *Principes de déontologie judiciaire*⁵⁴, sous la rubrique *Égalité*: «Les juges s'efforcent d'être conscients des particularités découlant, en outre, du sexe, de la race, des croyances religieuses, des caractéristiques ethniques, de la culture, de l'orientation sexuelle ou d'une déficience, et ils s'efforcent de comprendre ces particularités.»

54. CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, 1998.

– Constitutionnalisation des droits et libertés et approche judiciaire empirique

La détermination de la validité constitutionnelle d'une règle de droit, eu égard à la *Charte canadienne des droits et libertés*, est en principe une question de droit. Il s'agit en fait d'interpréter deux règles de droit, celle dont la constitutionnalité est contestée et celle qui protège un droit ou une liberté, de déterminer s'il y a ou non un conflit entre elles, et, le cas échéant, d'appliquer la règle de la suprématie des règles constitutionnelles⁵⁵. Or, la Cour suprême du Canada a abordé de façon empirique le contentieux constitutionnel fondé sur les droits et libertés. Elle a décidé d'approcher les questions soulevées dans ce contexte sous un angle factuel, élaborant des fardeaux de preuve tant pour la démonstration de la violation des droits et libertés que pour l'établissement du caractère raisonnable d'une atteinte, le cas échéant. C'est un choix⁵⁶.

La Cour a de plus développé une méthode d'analyse qu'elle a qualifiée de «contextuelle». Quoique le contenu exact de cette dernière soit difficile à préciser, elle préconise une approche des questions constitutionnelles qui, dans sa version minimale, va au-delà des concepts, des idées et des interprétations, pour s'intéresser à la réalité concrète du fonctionnement de certains secteurs d'activités dans la société.

55. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11), art. 52(1): «La Constitution est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit».

56. On pourrait en fait se demander si se pose vraiment la question d'un choix entre une approche abstraite et conceptuelle des questions de droit, et une autre, plus factuelle et empirique. En effet, des *a priori* factuels ne fondent-ils pas toujours inévitablement toute décision dite de droit? On pense, par exemple, à l'affaire *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, précitée, note 21, dans laquelle le juge LeBel, à l'opinion duquel souscrivent les juges Gonthier et Arbour, démontre éloquemment en quoi l'affirmation voulant que l'exigence d'appartenance à un syndicat équivaut à l'imposition d'une conformité idéologique (et donc à une violation du droit de non-association) ne peut que se fonder sur une conclusion factuelle relative à une supposée tendance idéologique des syndicats, tendance imposée à leurs membres. En l'absence de preuve, le juge LeBel estime qu'il s'agit d'une affirmation trop controversée pour pouvoir faire l'objet de connaissance d'office. Voir les paragraphes 225 à 232. Il ajoute d'ailleurs, en ces termes, qu'on est plutôt en présence ici d'un stéréotype: «Au contraire, de telles opinions démontrent l'existence de stéréotypes dépeignant le mouvement syndical comme autoritaire et non démocratique, et évoquent l'image de travailleurs marchant au pas, privés de la liberté de choix, sous l'œil vigilant des chefs syndicaux et de leurs escouades de fiers-à-bras» (par. 227). D'autres juges de la Cour estimaient dans cette affaire que la simple adhésion forcée au syndicat, en soi, et peu importe qu'il y ait ou non imposition de vues ou de valeurs, relevait de la conformité idéologique. Voir l'opinion du juge Bastarache, à laquelle souscrivent les juges McLachlin, Major et Binnie, au paragraphe 3.

Cette vision fonctionnelle de l'action étatique sujette à contrôle judiciaire, cette nécessité pour les juges de se sensibiliser à des réalités sociales diverses, et cette approche empirique développée par la Cour ont concouru à donner une visibilité importante aux faits de société devant les tribunaux, et ce, bien au-delà du strict contexte des affaires constitutionnelles.

2. La recherche d'un moyen d'insertion

Cette visibilité plus grande de faits sociaux dans les débats judiciaires a aussi eu pour effet de mettre en lumière ces éléments factuels plus traditionnels mais généralement ignorés du droit de la preuve, et dont on a discuté plus haut, soit les faits nécessaires à l'interprétation du droit et les diverses considérations de contexte.

Dans l'ensemble, on parle ici de faits de société, de faits généraux, qui ne sont pas de la même nature que les faits ordinaires d'une cause-type, que le «qui a fait quoi quand comment et pourquoi».

On parle, par exemple, de la situation de désavantage vécue par un groupe dans la société, des conséquences économiques du divorce, des effets de la pornographie sur le comportement humain, des implications de l'appartenance obligatoire à un syndicat ou encore de l'impact réel du refus d'accorder le droit de vote à certains détenus.

Ce sont des faits que les règles de preuve appréhendent difficilement. Les parties s'interrogent sur les modes de leur présentation au tribunal. Et les juges sur les sources légitimes d'information auxquelles elles peuvent puiser afin d'en justifier la reconnaissance et l'utilisation⁵⁷.

On peut prétendre que ces faits de société peuvent être tout simplement affirmés, comme éléments de contexte et non comme faits appelant une «preuve» en tant que telle⁵⁸.

57. Les quelques paragraphes suivants sont librement tirés de D. PINARD, *loc. cit.*, note 43, p. 331 et s.

58. Voir le jugement du juge Binnie dans *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Procureur général de l'Alberta*, précité, note 53, qui reconnaît en ces termes, *a contrario*, l'éventuelle recevabilité d'affirmations non prouvées, à des fins d'argumentation: «Il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un cas où l'avocat reprend, dans sa plaidoirie, un commentaire publié touchant les sciences sociales, auquel cas les «faits» mentionnés seraient tout simplement assimilés à des affirmations non prouvées.» (par. 11).

Ils peuvent être argumentés, discutés et raisonnés. On évoque parfois, en jurisprudence, la possibilité d'alimenter, de compléter une démonstration factuelle à l'aide du «raisonnement logique» ou du «raisonnement par déduction». Il s'agit en fait d'affirmations factuelles que l'on élabore par la réflexion, le raisonnement⁵⁹. Certains juges ont expressément fait référence au rôle de la raison et de la logique⁶⁰, des déductions⁶¹ et des conclusions raisonnables⁶² dans le raisonnement portant sur les faits. À défaut de preuve scientifique de

-
59. Voir, pour des exemples d'utilisation de tels raisonnements logiques: l'opinion de la juge McLachlin dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, où l'on retrouve les passages suivants: «L'argument selon lequel les poursuites criminelles contre ce type d'expression réduiront le racisme et favoriseront le multiculturalisme suppose que certains auditeurs sont assez crédules pour ajouter foi aux propos en question s'ils en prennent connaissance. Mais si l'hypothèse est valable, il est peut-être tout aussi probable que ces auditeurs croiront qu'il y a du vrai dans l'expression raciste puisque le gouvernement essaie de la supprimer. [...] Plus la formulation de l'interdiction est imprécise, plus le danger est grand que des citoyens bien-pensants ne limitent l'étendue de leur expression afin de ne pas courir le risque de contrevenir à la loi. [...] Les scientifiques pourraient hésiter à entreprendre des recherches tendant à établir l'existence de différences entre des groupes ethniques ou raciaux et à publier les résultats de telles recherches.» (p. 853, 859 et 860); l'opinion du juge Dickson dans *R. c. Keegstra, ibid.*, p. 769: «La désapprobation gouvernementale de la propagande haineuse n'entraîne pas invariablement la valorisation de l'idéologie supprimée»; celle du juge Bastarache dans *Thomson Newspapers Co. c. Procureur général du Canada*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 112: «Notre Cour doit présumer que l'électeur canadien est un être rationnel [...]»; celle des juges McLachlin et Iacobucci dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 41: «De plus, pour déterminer si la mesure en cause dans le présent pourvoi est inconstitutionnelle sur le plan de son incidence générale, il faut en évaluer les effets dans des circonstances hypothétiques raisonnables. [...] De même, compte tenu de la nature du cadre législatif, où l'accusé et le tribunal ignorent le contenu des dossiers demandés, un bon nombre d'arguments portent nécessairement sur des «circonstances imaginables».»
60. Voir l'opinion du juge Iacobucci dans *RJR-MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 184: «Le lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens. L'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens. Elle n'est en aucune façon déterminante.»
61. Voir l'opinion de la juge McLachlin dans *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 78: «Pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression, le gouvernement doit établir, au moyen d'une preuve complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction, que la disposition satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et précisé dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877.» (je souligne).
62. Voir *R. c. Find*, précité, note 11, par. 47, la juge en chef McLachlin pour la Cour: «[L]'existence de ce lien [entre des attitudes largement répandues et la conduite de jurés] peut soit être établie par des éléments de preuve, soit être admise d'office ou simplement découler d'une conclusion raisonnable sur la manière dont un préjugé pourrait influencer le processus décisionnel [...]»

l'existence d'un préjudice, les juges se sont parfois satisfaits de la démonstration d'une «appréhension raisonnée de préjudice»⁶³.

Dans l'affaire *Gosselin*⁶⁴, portant sur les droits à l'égalité des jeunes assistés sociaux du Québec, la Cour suprême du Canada a traité des questions de faits sociaux pertinents en s'inspirant de diverses sources. On y appuie des affirmations factuelles sur ce qu'on dit être des règles générales⁶⁵, sur «notre conception de la société»⁶⁶, sur un ancrage dans la réalité⁶⁷, sur une perception législative⁶⁸, ou encore sur la logique⁶⁹. Le quotidien [*every day experience*]⁷⁰ et l'évidence⁷¹ sont apparemment aussi sources d'information.

63. Voir, pour un exposé récent, l'opinion de la juge en chef McLachlin dans *R. c. Sharpe*, précité, note 61, par. 85, à propos du lien rationnel: «Il se pose dès lors une question cruciale en l'espèce: à quelle norme de preuve le ministère public doit-il satisfaire pour démontrer l'existence d'un préjudice – une preuve scientifique fondée sur des éléments de preuve concrets ou une appréhension raisonnée de préjudice? Le juge du procès a insisté sur la présentation d'une preuve scientifique fondée sur des éléments de preuve concrets. En toute déférence, il s'agit là d'une norme trop exigeante. Dans l'arrêt *Butler*, précité, note 51, où elle examinait les dispositions du *Code criminel* relatives à l'obscénité, notre Cour a rejeté la nécessité d'éléments de preuve concrets et a conclu qu'une «appréhension raisonnée du préjudice» suffisait (p. 504). Une norme semblable doit être appliquée en l'espèce.» Voir aussi, dans cette affaire, l'opinion des juges dissidents, cependant d'accord avec la majorité sur cette question (par. 198).

64. *Gosselin c. Procureur général du Québec*, [2002] 4 R.C.S. 429.

65. «En règle générale, mais aussi selon la preuve et notre conception de la société, il ne semble pas vraiment que, en tant que groupe, les jeunes adultes soient particulièrement vulnérables ou sous-estimés. Il n'y a aucune raison de penser que les personnes âgées de 18 à 30 ans au Québec sont ou étaient particulièrement vulnérables aux préjugés négatifs. Aucune preuve en ce sens n'a été présentée, et je suis incapable de prendre connaissance d'office d'une telle proposition contraire au sens commun. De fait, la conclusion inverse semble plus plausible, tout particulièrement du fait que l'élément de participation aux programmes d'aide sociale reposait sur la perception de la meilleure employabilité à long terme des personnes de moins de 30 ans par rapport à leurs aînés.» (*ibid.*, par. 33).

66. *Ibid.*

67. «[O]n ne saurait affirmer [...] que les mesures prises par le législateur n'étaient pas suffisamment ancrées dans la réalité et le sens commun pour être considérées comme relevant de l'exercice légitime de son pouvoir discrétionnaire d'établir un régime complexe d'aide sociale et de l'ajuster dans ses moindres détails. La logique et le sens commun appuient la décision du législateur de structurer ses programmes d'aide sociale de façon à inciter les jeunes adultes – qui ont un plus grand potentiel d'intégration à long terme dans la population active que leurs aînés – à participer à des programmes spécialement conçus pour leur permettre d'acquérir formation et expérience.» (*ibid.*, par. 44).

68. *Ibid.*, par. 33.

69. *Ibid.*, par. 44.

70. *Ibid.*, par. 56.

71. *Ibid.*, par. 51: «De toute évidence [*clearly*], l'«aide reçue» n'équivaut pas nécessairement au «revenu total».

Ces faits généraux pourront à l'occasion relever de ce que l'on nomme commodément le «sens commun»⁷². Dans *RJR-Macdonald*⁷³, par exemple, les juges La Forest, McLachlin et Iacobucci ont tous expressément recouru à des arguments de sens commun⁷⁴, notam-

-
72. Sur le danger d'arbitraire inhérent aux arguments de sens commun, voir Danielle PINARD, *Le recours à des arguments de sens commun dans le raisonnement judiciaire en contexte constitutionnel*, t. 2, «Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada 1985-1997», Winnipeg, Canadian Legal History Project of the Supreme Court of Canada Historical Society, 2000, p. 381-398. On y retrouve la citation suivante, fort éloquente: «Common sense is frequently wrong. [...] Our every day experience of the world comes in crude, unrepresentative chunks, with causal relations hopelessly obscured, and with prejudice, superstition, and self-interest inextricably intertwined in perception», BITTERMAN, «The Evaluation of Psychological Propositions», dans A. Leo LEVIN et Robert J. LEVY, «Persuading the Jury with Facts not in Evidence: The Fiction-Science Spectrum», (1956) 105 *U. Pa. L. Rev.* 139, 141. Les rapports entre le domaine de la connaissance d'office et le monde du sens commun mériteraient une étude plus approfondie. Qu'il suffise de mentionner ici que le recours à la connaissance d'office semble facilité par sa concordance avec le sens commun («Tenir compte de l'augmentation des coûts avec l'âge des enfants est une application légitime de la connaissance d'office et relève du sens commun»: *Willick c. Willick*, précité, note 22, p. 742, la juge L'Heureux-Dubé, avec l'appui des juges Gonthier et McLachlin), alors qu'on refusera de prendre connaissance d'office d'une proposition estimée être contraire au sens commun («Aucune preuve en ce sens n'a été présentée, et je suis incapable de prendre connaissance d'office d'une telle proposition [que les jeunes adultes du Québec constituent un groupe vulnérable] contraire au sens commun»: *Gosselin c. Procureur général du Québec*, précité, note 64, par. 33, la juge McLachlin, pour la majorité).
73. *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 60.
74. Le juge La Forest, *ibid.* par. 84: «Je commence par ce que je considère être une observation relevant du plus gros bon sens. Il est tout simplement difficile de croire que les compagnies de tabac canadiennes dépenseraient plus de 75 000 000 \$ chaque année pour la publicité si elles ne savaient pas qu'il en résultera une augmentation de l'usage de leurs produits»; la juge MacLachlin, au par. 137: «[L]a prépondérance des probabilités s'établit par application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique: voir l'arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311»; le juge Iacobucci, au par. 184: «Le lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens. L'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens. Elle n'est en aucune façon déterminante.» Voir aussi l'opinion de la juge en chef McLachlin dans *R. c. Sharpe*, précité, note 61, par. 78: «Pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression, le gouvernement doit établir, au moyen d'une preuve complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction, que la disposition satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et précisé dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877», et celle du juge Bastarache dans *Thomson Newspapers Co. c. Procureur général du Canada*, précité, note 59, par. 116: «Même si les tribunaux ne doivent pas invoquer le sens commun pour masquer des suppositions sans fondement ou controversées, ils peuvent toutefois l'utiliser à juste titre dans leur raisonnement lorsque la possibilité de

ment afin d'établir l'existence d'un lien rationnel entre la publicité des produits du tabac et l'existence d'un problème de santé publique relié au tabagisme. Dans l'affaire *Gosselin*⁷⁵, les juges majoritaires estiment que considérer les jeunes comme vulnérables est contraire au sens commun⁷⁶. Ils affirment que le sens commun appuyait le mécanisme d'incitation prévu au régime⁷⁷.

Récemment, dans l'arrêt *Find*⁷⁸, la Cour, tout en reconnaissant le rôle utile du sens commun⁷⁹, a cependant rappelé le danger des mythes et stéréotypes parfois présentés sous le couvert de données relevant de ce même sens commun⁸⁰.

– La connaissance d'office des faits sociaux

La connaissance d'office compte parmi les notions les plus floues du droit de la preuve. Il ne faut donc pas se surprendre du fait que l'on

préjudice relève des connaissances et expériences quotidiennes des Canadiens ou lorsqu'il y a chevauchement de constatations des faits et de jugements de valeur.» *Gosselin c. Procureur général du Québec*, précité, note 64.

75. *Gosselin c. Procureur général du Québec*, précité, note 64.

76. *Ibid.*, par. 33.

77. *Ibid.*, par. 44 et 56.

78. *R. c. Find*, précité, note 11.

79. *Ibid.*, par. 46, la juge en chef McLachlin pour la Cour: «Une partie peut réfuter la présomption d'impartialité d'un juré en présentant une preuve à cet effet, en demandant au juge de prendre connaissance d'office de certains faits ou en recourant à ces deux moyens. En outre, le juge peut faire certaines déductions à partir d'événements survenant dans le cours des procédures et en tirer des conclusions conformes au sens commun sur la façon dont certains préjugés, s'ils sont prouvés, pourraient influencer sur le processus décisionnel.»

80. *Ibid.*, par. 59: «Il ne s'agit toutefois que d'une hypothèse [celle de David Paciocco citée par le juge Moldaver de la Cour d'appel de l'Ontario, et selon laquelle: «[o]n ne peut s'empêcher de penser que ces profondes cicatrices auraient pour effet d'empêcher certaines personnes victimisées de juger impartialement des accusations reprochant des infractions d'ordre sexuel» (*id.*, par. 58)] qui est formulée sans être étayée de preuves ou de résultats de recherches. Les tribunaux doivent faire montre de prudence dans l'examen d'hypothèses – générales et non vérifiées – fondées sur le «sens commun» et se rapportant au comportement des victimes d'abus sexuels: voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 (la juge L'Heureux-Dubé, dissidente en partie); *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, 870 à 872 (la juge Wilson). Il ne s'agit certes pas d'hypothèses dont le bien-fondé ne peut être raisonnablement contesté ou qui sont documentées avec une exactitude incontestable, de telle sorte que la Cour pourrait en prendre connaissance d'office»; voir aussi le par. 103: «Ces mythes et stéréotypes à l'égard des plaignants – tant adultes qu'enfants – sont particulièrement odieux parce qu'ils font partie du «sens commun» social qui constitue la trame de notre existence quotidienne. Leur omniprésence ainsi que la subtilité de leur influence font naître le risque que, tant dans l'esprit des juges que dans celui des jurés, les victimes d'abus sexuels soient blâmées ou injustement discréditées.»

ait tenté d'utiliser cette voie pour justifier la considération judiciaire des faits de société.

Dans l'affaire *Law*⁸¹, par exemple, la Cour suprême a affirmé qu'un juge pouvait «souvent» s'appuyer sur la connaissance d'office pour conclure à une violation des droits à l'égalité⁸².

La Cour avait aussi, plus de dix ans auparavant, évoqué la possibilité de prendre connaissance d'office des faits constitutifs d'une analyse du caractère raisonnable de limites apportées aux droits et libertés⁸³.

En droit criminel, on a fait référence à la connaissance d'office de phénomènes de racisme⁸⁴, ou encore des conditions de vie des autochtones⁸⁵.

La difficulté est à la fois simple, et majeure: les faits du type dont on parle, les faits sociaux, ne remplissent que rarement, sinon jamais, les conditions d'application de la connaissance d'office, soit la notoriété et le caractère incontestable.

Les justifications à l'appui d'un assouplissement de ces exigences sont cependant nombreuses⁸⁶. Elles relèvent du monde des principes et de celui des constructions théoriques.

Au niveau des principes, tout d'abord, on réfère à un argument d'équité fondé sur le coût des expertises, et à l'éventuel impact de la décision judiciaire au-delà des parties au litige.

81. *Law c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, précité, note 11.

82. *Ibid.*, par. 77: «Un tribunal peut souvent, dans les cas opportuns, s'appuyer uniquement sur la connaissance d'office et sur le raisonnement logique pour trancher la question de savoir si les dispositions contestées violent le par. 15(1)» Il ajoute: «Il arrivera souvent qu'un tribunal puisse, à bon droit, prendre connaissance d'office d'une partie ou de la totalité des faits nécessaires pour établir le bien-fondé d'une allégation de discrimination, et qu'il doive s'en remettre au raisonnement logique découlant de ces faits pour parvenir à la conclusion de droit qu'il y a eu atteinte aux droits garantis par le par. 15(1)» (*ibid.*).

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

84. Voir la note 51.

85. Voir la note 50.

86. Au plan des symboles, on a occasionnellement invoqué l'autorité apparemment magique des Brandeis Briefs du droit américain. Voir D. PINARD, «La preuve des faits sociaux et les Brandeis Briefs: quelques réserves», (1996) 26 *R.D.U.S.* 497.

En effet, on invoque parfois 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. À cet égard, un rôle judiciaire plus actif permettrait de rétablir une forme d'équité, 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. La Cour suprême a récemment mis en garde, en ces termes, contre les éventuels abus du recours à la preuve d'expert:

Enfin, la preuve d'expert exige un temps considérable et est onéreuse. Les litiges modernes ont causé une prolifération d'opinions d'expert de valeur douteuse. On n'insistera jamais assez sur l'importance des coûts pour les parties et le fardeau qui pèse lourdement sur les ressources judiciaires. Lorsqu'on laisse le champ libre à l'admission de la preuve d'expert, le procès a tendance à dégénérer en «un simple concours d'experts, dont le juge des faits se ferait l'arbitre en décidant quel expert accepter». ⁸⁷

On tente aussi de justifier une connaissance d'office élargie des faits sociaux par le fait que certaines conclusions à portée générale de la décision judiciaire, comme l'énoncé d'un principe d'admissibilité d'un élément de preuve, l'interprétation d'une loi ou encore un prononcé d'inconstitutionnalité, auront un impact qui va bien au-delà des seuls intérêts des parties au litige, et que les juges ne doivent pas être, à cet égard, limités aux seules informations factuelles qui leur sont présentées par ces dernières. Cela est d'autant plus vrai qu'une conclusion judiciaire portant sur un fait de société pourrait bien jouir d'une certaine valeur de précédent⁸⁸. Dans un litige qui ne met en

87. *R. c. D.D.*, précité, note 5, opinion majoritaire sous la plume du juge Major, par. 56.

88. Voir *R. c. Williams*, précité, note 11, où l'on retrouve la confirmation de la valeur de précédent d'une conclusion de faits sociaux fondée sur de la preuve, dans la mesure où cette conclusion de fait relèvera dorénavant du domaine de la connaissance d'office. On y lit, au paragraphe 54: «En outre, dès qu'un tribunal conclut, d'après les faits soumis en preuve, qu'il existe des préjugés raciaux largement répandus dans la collectivité, comme c'est le cas en l'espèce, les juges dans les instances ultérieures pourront prendre connaissance d'office de ce fait.». À l'appui de ces propos, la Cour cite le passage suivant de l'ouvrage de Sopinka et Lederman: «The fact that a certain fact or matter has been noted by a judge of the same court in a previous matter has precedential value and it is, therefore, useful for counsel and the court to examine the caselaw when attempting to determine whether any particular fact can be noted», J. SOPINKA, S. LEDERMAN et A. BRYANT, *op. cit.*, note 11, p. 1056. On remarque que la Cour et Sopinka et Lederman ne parlent pas de la même chose: alors que la Cour affirme qu'un fait de société prouvé accède au domaine de la

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 prouver l'existence des faits pertinents, 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. Cependant, lorsque certaines conclusions de la décision judiciaire dépassent les intérêts des parties au litige, la simple règle de répartition des fardeaux de preuve ne suffit plus. Les juges ne doivent d'aucune façon être les otages des parties, et ont en quelque sorte une responsabilité dans la mise à jour de toute l'information factuelle pertinente⁸⁹.

À un niveau plus théorique, des constructions doctrinales issues du droit américain sont invoquées au soutien d'une connaissance d'office élargie des faits sociaux. Il se peut que, de par leur rôle, certains faits sociaux pertinents 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 du droit. On pense par exemple à la règle de la situation à réformer, la *Mischief Rule*, qui veut que l'interprète des lois tienne compte de la situation factuelle problématique à laquelle le législateur souhaitait apporter une solution. 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 utilisés pour régler des questions de droit ne font pas l'objet de prononcés judiciaires en tant que tels (c'est-à-dire que le tribunal n'aura rien décidé à leur égard, n'aura pas déterminé leur existence), et les tribunaux jouiraient 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'apparen-

connaissance d'office, Sopinka et Lederman réfèrent plutôt à la valeur de précédent d'une conclusion de fait initialement fondée sur la connaissance d'office. Sur cette intéressante question de la valeur de précédent de conclusions de fait, voir Danielle PINARD, «Les principes de preuve en matière de contrôle de constitutionnalité vus sous l'angle d'une gestion de risques», partie deux, sections I H, II E et III D, à paraître dans un livre publié par la Commission du droit du Canada, University of British Columbia Press et Les Presses de l'Université Laval.

89. À cet égard, le propos suivant du juge La Forest, dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 802, est devenu un classique: «[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.»

terait à la connaissance d'office de ce dernier et serait étranger au monde de la «preuve» en tant que telle. À propos de ces faits, on doit à l'administrativiste américain K.C. Davis le vocable «faits législatifs», qu'il oppose aux traditionnels et mieux connus «faits adjudicatifs», relatifs, ceux-là, au «qui a fait quoi quand comment et pourquoi». Pour Davis, la connaissance d'office des premiers serait pratiquement illimitée⁹⁰. La Cour suprême du Canada a utilisé ce vocable à quelques reprises, soulignant laconiquement que les conditions de recevabilité des faits législatifs seraient «moins sévères»⁹¹.

On doit aussi à des auteurs américains, cette fois à John Monahan et Laurens Walker, une autre justification théorique d'une connaissance d'office élargie de certains faits de société⁹². Ils utilisent d'abord l'expression «social authority», qu'on pourrait traduire par «les sciences sociales ayant valeur d'autorité en droit» ou encore «le recours aux sciences sociales comme autorités», pour référer aux études de sciences sociales utiles à l'élaboration, à la compréhension et à l'interprétation de la règle de droit⁹³. Dans ce contexte, les juges devraient, selon ces auteurs, traiter les études de sciences sociales comme des autorités, au même titre que la jurisprudence et la doctrine, et non pas comme des questions factuelles dont la recevabilité est assujettie aux règles de preuve. Ils rangent par exemple dans cette catégorie les études servant à démontrer l'impact discrimina-

90. Voir, notamment, K.C. DAVIS, *loc. cit.*, note 7; K.C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, 2^e éd., vol. 3, San Diego, K.C. Davis Pub. Co., 1980.

91. Voir, pour un exemple récent, le rappel fait par le juge Binnie dans *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Procureur général de l'Alberta*, précité, note 53, au par. 4: «Il est fait mention, dans la décision antérieure du 18 novembre 1999, de la distinction entre un fait législatif et un fait en litige. Un fait en litige touche les parties directement intéressées et indique qui a fait quoi, où, quand, comment, pourquoi et dans quelle intention. Un fait législatif se rapporte traditionnellement à la validité ou à l'objet du texte législatif sur le fondement duquel un redressement est demandé. Des documents énonçant de tels faits ont été déposés pour la première fois devant les tribunaux aux États-Unis dans le cadre d'une affaire constitutionnelle au moyen de ce qui a été appelé le mémoire de Brandeis. Comme le juge Sopinka l'a fait remarquer dans *Danson c. Procureur général de l'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 1086, 1099: «Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères [...]».

92. John MONAHAN et Laurens WALKER, *Social Science in Law, Cases and Materials*, 5^e éd., New York, Foundation Press, 2002.

93. On pourrait prendre pour exemple les circonstances de l'affaire *Willick c. Willick*, précitée, note 22, dans laquelle des études de sciences sociales ont été utilisées par certains juges afin de bien situer la *Loi concernant le divorce et les mesures accessoires*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e suppl.), dans un contexte social approprié.

toire d'une loi ou encore les effets de la pornographie sur le comportement humain.

Ces auteurs ont aussi développé la notion de «social framework», que l'on pourrait traduire par contexte social, pour rendre compte de l'utilisation d'études de sciences sociales afin de donner un éclairage plus global à un comportement ou à un fait propre à une cause particulière. On pense, par exemple, à des études relatives à ce que l'on a appelé le syndrome de la femme battue, déposées afin d'expliquer, dans une cause précise, le comportement d'une femme victime de violence systémique⁹⁴, ou encore aux données sur les dépenses des familles compilées par Statistiques Canada, et qui servent de «toile de fond» pour les décisions en matière de pensions alimentaires⁹⁵.

Selon Monahan et Walker, les études de sciences sociales, qu'elles servent d'autorité à propos d'une question de droit ou encore à établir un contexte social utile à l'interprétation des faits d'une cause, ne seraient pas assujetties aux règles d'admissibilité prévues par le droit de la preuve. Elles pourraient être tout simplement déposées par les parties, ou encore découvertes par les juges, à la suite des recherches effectuées de façon autonome par ces dernières.

* * *

Les justifications de principe sont convaincantes, peut-être plus quant à la nécessité d'une plus grande latitude pour les juges et les parties à propos de l'établissement et de l'évaluation de certains faits, qu'à l'égard de l'opportunité de recourir spécifiquement à la notion de connaissance d'office de ces faits.

Les justifications théoriques méritent une analyse critique qui dépasse certes l'objet du présent texte. Qu'il suffise ici de rappeler que Monahan et Walker abordent la problématique du point de vue des sciences sociales, qui cherchent désespérément les voies d'accès vers

94. Il pourrait aussi s'agir de la présentation d'une preuve d'expert pour expliquer le consensus de la communauté scientifique quant à la signification d'un délai dans la dénonciation d'agressions sexuelles subies par une enfant. Voir *R. c. D.D.*, précité, note 5.

95. Voir, par exemple, *Droit de la famille – 3278*, précité, note 12, où l'on écrit, citant *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, 874, que ces données, dont on prend d'ailleurs connaissance d'office, «présentent à tout le moins la toile de fond de la réalité sociale dans laquelle les décisions d'octroyer des pensions alimentaires sont prises».

le droit, et que leur qualification d'études de sciences sociales comme questions de droit est on ne peut plus artificielle. Quant aux «*adjudicative facts*» et aux «*legislative facts*» de Davis, la distinction a été galvaudée et, malheureusement, trop abstraite de son contexte d'énonciation⁹⁶.

3. *Les limites de la connaissance d'office*

Un réalisme minimal nous force à admettre que le champ factuel pertinent pour le monde du droit s'étend bien au-delà des faits immédiats de la cause, relatifs aux parties au litige, du «qui a fait quoi». Différents éléments factuels y jouent des rôles distincts, et les modalités de leur présentation au tribunal doivent tenir compte de ces distinctions.

On peut en effet, et à la rigueur, s'accommoder du caractère flou et subjectif des sources de l'information utilisée dans une opinion judiciaire dans la mesure où il ne s'agit que d'établir un décor général, un tableau d'ensemble à la lumière duquel sera reçue la preuve des faits en litige.

Il en va autrement lorsqu'il s'agit de faits contestés, de faits en litige, qui sont au cœur de la cause.

Davis propose en ces termes une forme de typologie de ces faits que le monde du droit utilise:

Such facts [legislative facts i.e. facts used in the lawmaking] may be lined up on at least six scales:

- (1) from narrow and specific to broad and general facts,
- (2) from central or critical facts to background or peripheral facts,
- (3) from readily accepted assumptions or facts to controversial assumptions or facts,
- (4) from factual propositions that are almost entirely factual to somewhat factual propositions that are mixed with judgment, policy, or political preference.

96. Il est en effet important de se rappeler que Davis a développé cette distinction dans un contexte de droit administratif, à propos d'organismes hybrides, qui tranchent des litiges et qui élaborent des règles d'application générale, K.C. DAVIS, *loc. cit.*, note 7.

(5) from provable facts to facts that can be neither proved nor disproved and therefore must be found through legislating the facts, presuming them, imposing the burden on one party, or making an informed or uninformed guess, and

(6) from facts about immediate parties or facts that are known only or mainly by them to facts having no relation to immediate parties.⁹⁷

Selon cet auteur, les rôles respectifs des parties et des juges, et les exigences de l'équité varieront selon les caractéristiques des faits pertinents. La formulation d'une règle unique, rigide et absolue est à cet égard impossible.

Davis affirme ainsi que plus les faits sont précis, centraux, controversés et connus des parties au litige, par exemple, plus grand devra être le rôle de ces dernières dans leur établissement devant le tribunal⁹⁸.

À cet égard, une distinction fondamentale doit certainement être celle qui départage les faits en litige et les simples éléments de contexte. Les faits pertinents se répartissent vraisemblablement sur un continuum qui relie ces deux pôles.

La conception traditionnelle a distingué ainsi les éléments du raisonnement judiciaire: les faits de la cause, relatifs aux parties et qui sont donc à prouver, le droit à interpréter, et un vague contexte ambiant, dont on tolère l'imprécision des sources vu son rôle marginal.

C'est dans cet environnement initial que prend son sens la distinction de Davis entre les «*adjudicative facts*» et les «*legislative facts*». Les premiers, relatifs aux parties au litige, doivent être présentés dans le respect des règles de la preuve, alors que la connaissance d'office des seconds est à toutes fins utiles illimitée, puisqu'ils ne servent que de contexte à l'élaboration et à l'interprétation de règles de droit.

Or, ces faits généraux que Davis nomme «*legislative facts*» ont acquis une visibilité et une importance considérables, et certains ont maintenant un rôle fort différent, et beaucoup plus central dans des causes présentées aux tribunaux. Ils peuvent maintenant être por-

97. K.C. DAVIS, «*Facts in Lawmaking*», (1980) 80 *Columbia L.R.* 931, 932.

98. *Ibid.*, p. 932 et 933.

teurs de conséquences importantes. On doit se garder de réagir à l'égard de ces faits généraux avec le réflexe de souplesse que leur associe Davis dans la typologie qu'il a développée car ces faits du droit pourront être les faits de la cause, les faits en litige⁹⁹. On pense, par exemple, aux faits constitutifs d'une violation de droits et libertés, ou encore aux faits invoqués à l'appui de la justification d'une atteinte. Notamment parce que la Cour a abordé ces questions constitutionnelles de façon factuelle, et non pas comme de pures questions de droit, des faits législatifs sont maintenant les faits en litige.

Des faits de société, comme les dommages causés par un discours haineux, l'histoire de désavantages vécus par un groupe d'individus ou encore l'efficacité d'une solution législative à l'égard d'un problème social, deviennent ainsi les faits de la cause, les «faits en litige». Il ne s'agit plus de simples éléments de contexte, d'éclairages factuels généraux. Ces faits doivent être prouvés par la partie à qui incombe le fardeau de preuve. On ne peut dès lors prôner à leur égard une connaissance d'office sans limite qu'au prix d'une sérieuse atteinte à l'équité. C'est un truisme que d'avancer que les juges ne devraient pas prendre connaissance d'office des faits de la cause¹⁰⁰.

La Cour supérieure du Québec l'a bien compris, en refusant, par exemple, de prendre connaissance d'office de la situation linguistique au Québec, alors que cette question de «fait législatif» était d'une importance telle qu'elle déterminait en réalité l'issue du litige¹⁰¹.

99. Le vocabulaire français utilisé par la Cour suprême du Canada dans la traduction des concepts développés par Davis, soit les «adjudicative» et les «legislative facts», est peut-être à cet égard source de confusion. En effet, la Cour traduit systématiquement les premiers comme «faits en litige», et les seconds comme «faits législatifs». Voir, par exemple, *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Procureur général de l'Alberta*, précité, note 53, par. 4. Or, la possibilité d'être «en litige» n'est pas le monopole des premiers. Les faits législatifs aussi peuvent être «en litige».

100. Voir, dans le même sens, Vancise et Healy, qui écrivent: «Facts that are the subject of judicial notice are typically facts that are remote from the issues in dispute between the parties. They usually define an undisputed state of affairs within which disputed events have occurred. The underlying axiom for any statement of judicial notice must be that the scope of application of this doctrine diminishes the more a fact is material and in dispute. Conversely, the scope for application of the doctrine expands if a fact in issue is not in dispute and the fact is not unique to the events in question before the court», W. VANCISE et P. HEALY, *loc. cit.*, note 50, p. 100.

101. *Procureur général du Québec c. Les Entreprises W.F.H. Ltée*, [2000] R.J.Q. 1222 (C.S.). Le juge Bellavance écrit, à la p. 1233: «On entre ici en même temps, peut-être, dans le domaine de la connaissance judiciaire que chaque partie m'a demandé, en cours de plaidoirie, d'appliquer en sa faveur pour suppléer à leur preuve, absente pour la procureure générale et très limitée pour

Tout comme le juge Binnie, de la Cour suprême du Canada, qui a refusé de se laisser séduire par une argumentation fondée sur la souplesse dont ont fait preuve les tribunaux dans le traitement des «faits législatifs», alors qu'il s'agissait en l'espèce de «saisir le tribunal d'un élément de preuve controversé, au détriment de la partie adverse, sans permettre convenablement à cette dernière d'en contester la véracité»¹⁰².

CONCLUSION

La notion traditionnelle de connaissance d'office a honorablement rempli son mandat: éviter l'insulte à l'intelligence, tout comme les pertes de temps et d'argent, qu'aurait autrement représentées la preuve des choses notoires et incontestables.

On lui demande maintenant beaucoup plus. Les termes flous qui définissent la notion lui confèrent certes une grande capacité d'adaptation. Les justifications apportées au soutien d'un plus grand rôle qu'on souhaite lui faire jouer sont jusqu'à un certain point convaincantes.

Mais il y a des limites. La connaissance d'office ne peut assumer à elle seule le fardeau du changement paradigmatique peut-être requis dans le traitement judiciaire des questions factuelles utiles au monde du droit¹⁰³.

l'accusée. Pour la procureure générale, ma connaissance d'office devrait m'amener à conclure que la situation n'a pas changé tandis que l'accusée me demande de conclure à partir de cette même connaissance d'office, que la situation a changé et que le français se porte bien.» La Cour supérieure entendait un appel de *Procureur général du Québec c. Les Entreprises W.F.H. Ltée*, [1999] R.J.Q. 2794 (C.Q.). La Cour d'appel du Québec a rejeté un appel formé devant elle dans *Les Entreprises W.F.H. Ltée c. Procureur général du Québec*, [2001] R.J.Q. 2557 (C.A.), sans discuter de la question de la connaissance d'office. Le 12 décembre 2002, la Cour suprême du Canada a rejeté une requête pour permission d'appeler de cet arrêt.

102. *Public School Board's Association of Alberta c. Procureur général de l'Alberta*, précité, note 53, par. 5. Le juge Binnie y écrit: «Un fait législatif est habituellement admis au moyen de la connaissance d'office, qui exige que les «faits» soient à ce point notoires ou exempts de controverse qu'il ne soit pas nécessaire d'en faire la preuve. Un fait législatif peut également être présenté par un témoin. Cependant, on ne peut, sous le couvert d'un «fait législatif», saisir le tribunal d'un élément de preuve controversé, au détriment de la partie adverse, sans permettre convenablement à cette dernière d'en contester la véracité.»

103. Voir, dans le même sens, dans le contexte spécifique de l'imposition de sentences, W. VANCISE et P. HEALY, *loc. cit.*, note 50, qui écrivent, à la p. 103: «Increasingly, judicial notice is invoked as a means to overcome the con-

Si l'on souhaite une élaboration, une interprétation et une application de règles de droit qui soient mieux ancrées dans le réel, si l'on veut mieux comprendre le fonctionnement de la société, son impact sur le droit et l'impact de celui-ci sur elle, on doit revoir plus que les contours de la connaissance d'office.

Paradoxalement, la célébration d'une méthode contextuelle a mis en lumière l'inadéquation des moyens du droit pour le traitement explicite de ces faits de contexte.

Plutôt que d'élaborer des artifices conceptuels gauchement improvisés, comme de qualifier de droit une question de faits sociaux controversée afin de pouvoir en prendre librement connaissance, il semble qu'une reconsidération de l'utilité de la connaissance d'office requière d'abord et avant tout un retour aux principes fondamentaux.

Comme la nature de notre système contradictoire¹⁰⁴. Les exigences de l'équité. Et la conformité au réel.

Si, même dans sa version la plus orthodoxe, l'application de la connaissance d'office exige un respect des exigences de l'équité¹⁰⁵, *a fortiori* ces exigences doivent-elles être respectées lorsque l'on élargit le domaine de la connaissance d'office.

Il faut revenir aux principes essentiels, et non pas modifier artificiellement la définition des anciens concepts.

Les juges ont toujours reçu, reçoivent et recevront toujours toute preuve factuelle et tout argument de droit à la lumière d'une

straints imposed by rules of admissibility. If this is so, it is our view that a more forthright approach is to reconsider the admissibility of evidence, rather than distorting judicial notice in sentencing decisions.» Voir, pour une exploration d'une autre voie d'intégration des faits sociaux devant les tribunaux: Monique ROUSSEAU, «L'admissibilité en preuve des faits législatifs, constitutionnels et socio-économiques: une exception à la règle interdisant le ouï-dire», dans *Développements récents en droit administratif et constitutionnel*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 43 à 56.

104. Voir, pour un rappel récent de l'importance et des exigences de notre régime de preuve contradictoire, *Technologie Labtronix Inc. c. Technologie Micro Contrôle*, [1998] R.J.Q. 2312 (C.A.).

105. Voir, sur cette question, D. PINARD, *loc. cit.*, note 2, p. 128 et s.

certaine perception de la réalité sociale acquise au cours d'une vie¹⁰⁶. Dans une affaire d'aide sociale, par exemple, tous et toutes ont, *a priori*, une certaine conception de la réalité vécue par les assistés sociaux, des responsabilités individuelles et étatiques, et de l'efficacité de mesures dites d'incitation au retour au travail.

Le choix n'est donc pas entre une connaissance ou une absence de connaissance des faits sociaux pertinents. On doit plutôt pondérer d'autres options: une connaissance obscure, diffuse, ou des faits nommés. Une connaissance intuitive, en partie enrichie par certaines connaissances scientifiques imparfaites ou encore trompée par des données discutables parées de l'aura de la science.

Les juges doivent juger. Elles ne peuvent refuser de le faire sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi¹⁰⁷. Elles ne peuvent non plus refuser de juger à cause de difficultés inhérentes au monde des faits. On a maintes fois souligné cette différence entre les juges et les scientifiques: ces derniers refusent de se prononcer sur certaines questions jusqu'à ce que l'état des connaissances soit suffisamment avancé, option qui n'est pas disponible pour les juges¹⁰⁸.

106. Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin écrivent à cet égard, dans *R. c. S. (R.D.)*, précité, note 45, par. 29: «Ce test [le test d'impartialité développé par la jurisprudence] suppose donc qu'il est inévitable et légitime que l'expérience personnelle de chaque juge soit mise à profit et se reflète dans ses jugements, à condition que cette expérience soit pertinente, qu'elle ne soit pas fondée sur des stéréotypes inappropriés, et qu'elle n'entrave pas la résolution juste et équitable de l'affaire à la lumière des faits mis en preuve.» Elles citent à cet égard Cardozo qui écrivait, en 1921: «There is in each of us a stream of tendency, whether you choose to call it philosophy or not, which gives coherence and direction to thought and action. Judges cannot escape that current any more than other mortals. All their lives, forces which they do not recognize and cannot name, have been tugging at them – inherited instincts, traditional beliefs, acquired convictions; and the resultant is an outlook on life, a conception of social needs.... In this mental background every problem finds its setting. We may try to see things as objectively as we please. Nonetheless, we can never see them with any eyes except our own. [...] Deep below consciousness are other forces, the likes and the dislikes, the predilections and the prejudices, the complex of instincts and emotions and habits and convictions, which make the [person], whether he [or she] be litigant or judge.» (Benjamin N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921, p. 12, 13, 167).

107. *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 41.2.

108. «Law answers some questions on the basis of science, answers some questions in spite of science, and answers many questions that science cannot answer»: K.C. DAVIS, *Administrative Law of the Eighties*, 1989, Supplement to Administrative Law Treatise, K.C. Davis Pub. Co., San Diego, 1989, p. 371. Voir, dans le même sens, David L. FAIGMAN, «Mapping the Labyrinth of Scientific Evidence», (1995) 46 *Hastings L.J.* 555, qui écrit, à la p. 566: «The law

Face à la réalité de cette obligation de juger, ne reste alors qu'à départager les rôles et les responsabilités respectifs des juges et des parties. Qui fait quoi, qui va à la bibliothèque, qui instruit qui.

Il est vrai que, ultimement, la répartition des fardeaux de preuve détermine qui doit assumer le coût de l'incertitude, ou de l'ignorance.

Mais il me semble que ça ne devrait pas être le cas à n'importe quel prix. Les exigences fondamentales de l'équité devraient justifier une certaine souplesse dans l'administration des règles de preuve, notamment en ce qui concerne la connaissance d'office.

Il est difficile de déceler, dans la jurisprudence récente, une tendance précise quant au mode approprié de traitement des faits sociaux par les tribunaux. Si l'on osait en identifier une, ou le début de commencement de l'ombre d'une, elle irait dans le sens d'une très grande prudence, d'un retour aux règles strictes¹⁰⁹, à la rigueur d'un retour à une approche plus conceptuelle et abstraite¹¹⁰. Dans laquelle

works under extraordinary time pressure and is limited by the ignorance of the age. The law desires truth but realistically settles for justice and fairness.»

109. Voir, par exemple, cette insistance sur les exigences traditionnelles de la connaissance d'office dans *R. c. Find*, précité, note 11, et *Alberta Public School Boards Assn. of Alberta c. Procureur général de l'Alberta*, précité, note 53. De plus, le refus de la majorité de la Cour de recourir à la connaissance d'office à propos de l'impact, sur la dignité de la personne, de prestations d'aide sociale de 170 \$ par mois, mérite certes discussion: *Gosselin c. Procureur général du Québec*, précité, note 64, la juge McLachlin pour la majorité.

110. La Cour a ainsi réussi à rendre jugement dans une affaire de droits autochtones sans discuter des questions de preuve, alors que la Cour d'appel de l'Ontario y avait consacré de longs développements fort éclairants: *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, en appel de (2001) 196 D.L.R. (4th) 221 (C.A. Ont.). Elle a aussi rendu un jugement purement conceptuel et abstrait en matière de droit électoral (*Sauvé c. Directeur général des élections du Canada*, [2002] 3 R.C.S. 519), après avoir, plus de 10 ans plus tôt, refusé de rendre jugement en semblable matière, dans un «vide factuel» (*Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, 361 et 362: «Les décisions relatives à la Charte ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliserait la Charte et produirait inévitablement des opinions mal motivées. La présentation des faits n'est pas, comme l'a dit l'intimé, une simple formalité; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la Charte. Un intimé ne peut pas, en consentant simplement à ce que l'on se passe de contexte factuel, attendre ni exiger d'un tribunal qu'il examine une question comme celle-ci dans un vide factuel. Les décisions relatives à la Charte ne peuvent pas être fondées sur des hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes»).

les faits sociaux ne jouent aucun rôle. Ou dans laquelle, plutôt, les faits sociaux ne jouent plus aucun rôle *explicite*.

Il ne faudrait pas que les difficultés qu'éprouvent les juges dans le traitement explicite des faits de société les amènent à en taire l'existence. Il est en quelque sorte trop tard. On en sait maintenant l'importance et le rôle. On ne peut plus revenir en arrière, à une perception des règles de droit désincarnées de la réalité sociale qui les produit.

Peut-être devra-t-on tout simplement accepter que la meilleure information disponible doit éclairer les décisions judiciaires, qu'une plus grande latitude de présentation doit être offerte aux parties et qu'une plus grande marge de manœuvre doit aussi être accordée aux juges, dans le respect des exigences variables de l'équité.

ATELIER 9

Atelier – Capsules

ANIMATEUR

M^e Maurice Cloutier
Direction des services juridiques
Commission de la santé et de la sécurité du travail

CONFÉRENCIERS

1- Les développements récents en matière de partage des compétences législatives aux termes de la Loi constitutionnelle de 1867

M^e Alain Gingras
Direction du droit autochtone et constitutionnel
Ministère de la Justice

2- Observations sur certaines propositions d'amendement à la Loi sur le droit d'auteur

M^e Sylvain Gadoury
DAJ-Culture, Communications et Éducation
Ministère de la Justice

3- Propriété intellectuelle dans un contexte public d'activités scientifiques et technologiques

M^e Patrick Gingras
DAJ-Dév. économique et régional, Rel. internationales et
Aff. intergouvernementales canadiennes, ministère de la Justice

4- La responsabilité civile de l'Administration et l'obligation de faire respecter la loi

M^e Alain Tanguay
Direction du contentieux de Québec
Ministère de la Justice

RESPONSABLES DE L'ATELIER

M^e Nicole Bois
Direction du contentieux de Montréal
Ministère de la Justice

M^e Josée De Bellefeuille
DAJ-Culture, Communications et Éducation
Ministère de la Justice

M^e Jean Deaudelin
Direction du droit administratif
Ministère de la Justice

