

Les Cahiers de droit



Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés*

Danielle Pinard

Volume 30, numéro 1, 1989

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042939ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042939ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Résumé de l'article

Dans un premier temps, l'auteure discute ici du rôle des standards en droit, ces notions à contenu indéterminé délibérément utilisées dans la formulation de règles de droit. Elle s'interroge ensuite sur la nature et l'objet de la distinction du fait et du droit, généralement, puis dans l'application des standards. Ces considérations théoriques fondent enfin une analyse du standard constitutionnel énoncé dans la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Citer cet article

Pinard, D. (1989). Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés*. *Les Cahiers de droit*, 30(1), 137–187. <https://doi.org/10.7202/042939ar>

Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés*

Danielle PINARD *

Dans un premier temps, l'auteure discute ici du rôle des standards en droit, ces notions à contenu indéterminé délibérément utilisées dans la formulation de règles de droit. Elle s'interroge ensuite sur la nature et l'objet de la distinction du fait et du droit, généralement, puis dans l'application des standards. Ces considérations théoriques fondent enfin une analyse du standard constitutionnel énoncé dans la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés.

In the first place, the author discusses the part played by standards in law, that set of vague notions deliberately used in the drafting of rules of law. She then examines the nature and purpose of the distinction between fact and law, first from a general viewpoint, then as regards standards. On the basis of such theoretical foundations, she finally analyses the constitutional standard provided in the restrictive clause of section one of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal. Ce texte a été écrit pour une communication présentée dans le cadre du premier congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, tenu à Aix-en-Provence du 5 au 7 septembre 1988. L'auteure remercie Pierrette Mulazzi, chercheure au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal, et Pierre Trudel, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, de leurs commentaires portant sur une version antérieure de ce texte.

	<i>Pages</i>
Introduction	138
1. La notion de standard	139
1.1. Du bon usage des notions floues	139
1.2. La technique du standard	142
1.3. Le standard comme objet d'interprétation	142
1.4. L'objectivité dans l'interprétation du standard	143
1.5. La fonction rhétorique du standard	143
2. La distinction du fait et du droit	144
2.1. L'identification de la zone problématique	144
2.2. Les incidences de la distinction	149
2.2.1. La question du fardeau de preuve	149
2.2.1.1. Le droit comme objet d'argumentation	150
2.2.1.2. Le fait brut comme objet de preuve	151
2.2.1.3. Le fait inféré comme objet de raisonnement	152
2.2.2. La répartition des fonctions entre juge et jury	155
2.2.3. La détermination du droit d'appel	156
2.2.4. L'autorité du précédent	158
2.2.5. La disponibilité du contrôle judiciaire	159
2.2.6. Les incidences générales	160
2.3. Les standards, le fait et le droit	161
3. Une illustration : le standard de la clause limitative de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> — son article premier	164
3.1. Le contexte d'adoption	164
3.2. Le standard de l'article premier	166
3.3. Les éléments constitutifs d'un raisonnement sous l'article premier	166
3.3.1. L'interprétation du standard	166
3.3.2. Les faits pertinents	169
3.3.2.1. Les faits adjudicatifs	170
3.3.2.2. Les faits législatifs	172
3.3.2.2.1. Généralités	172
3.3.2.2.2. Assouplissement nécessaire des règles de preuve et de procédure	174
3.3.2.2.3. Connaissance d'office des faits législatifs	177
3.4. La conclusion en vertu de l'article premier	183
Conclusion	187

Introduction

La présente étude a pour objet les standards, le fait et le droit. Les standards sont des notions à contenu variable, fondées sur un principe général de normalité, délibérément utilisées pour la formulation de règles de droit. Ces dernières présentent alors des caractères de souplesse et d'adaptabilité à des circonstances changeantes, mais aussi d'imprévisibilité et de vulnérabilité

aux rapports de pouvoir. La délimitation des contours de ces standards peut être un enjeu de taille. Il existe un bon usage des notions floues, en droit.

La recherche de la distinction du fait et du droit, en matière de standards, amène à s'interroger sur la nature même de cette distinction. Elle ne semble pas répondre à des impératifs essentiels pré-existants, mais bien plutôt remplir une fonction précise, soit d'assurer à certaines questions un statut particulier dans l'ordre juridique. Ce que l'on dit être du droit est formulé généralement et prétend à l'universalité, tandis que ce que l'on dit être du fait se confine aux limites du particulier, de l'unique. La qualification d'un objet comme question de fait ou question de droit entraîne au surplus certaines conséquences plus immédiates, en ce qui concerne, par exemple, la répartition des fonctions entre juge et jury, la détermination du droit d'appel, l'autorité du précédent ou encore la disponibilité du contrôle judiciaire. Le caractère indéterminé du standard, et la souplesse de traitement qu'il requiert ne font que mettre en évidence l'arbitraire de la distinction du fait et du droit.

La clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés*, contenue à son article premier, illustre on ne peut mieux certains éléments de la problématique du fait et du droit en matière de standards. Son adoption même a été tributaire de son caractère flou. L'interprétation judiciaire qui en a été donnée en a précisé le rôle rhétorique, tout en brouillant la distinction du fait et du droit, en matière de preuve et de connaissance d'office, par exemple. C'est finalement son appartenance au domaine du droit public, et la nature particulière de la décision rendue en vertu de cet article premier qui devront ultimement déterminer tant la position de la question dans l'ordre juridique que les modalités particulières de son traitement procédural. La traduction en termes de fait et de droit ne fera que légitimer les choix ainsi posés.

1. La notion de standard

1.1. Du bon usage des notions floues

Le standard, en droit, est d'abord une notion floue, à contenu variable¹. Dans une tradition juridique rationaliste, le recours délibéré à ces notions aux contours incertains peut paraître paradoxal². Elles ont donné lieu, pourtant, à de nombreuses réflexions.

1. Voir, généralement, *Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1984.

2. Ch. PERELMAN dénonce le présupposé faux suivant lequel « ... la langue naturelle n'a qu'un seul usage, celui d'être un instrument de communication parfait, ne donnant lieu à aucune ambigüité, à aucune controverse », pour proposer une forme de bon usage des notions

En effet, au-delà du contenu, des enjeux importants sous-tendent le choix de la forme, du véhicule de l'expression de la norme juridique. De la règle précise à la notion floue, le choix se pose. Tout d'abord, et de façon tout à fait empirique, l'emploi de la notion floue pallie l'impossibilité de prévoir toutes les situations, tous les détails, toutes les circonstances, leurs évolutions et modifications éventuelles³. Le législateur édicte une norme dans une formule générale, susceptible d'application efficace au genre visé, quelles qu'en soient les manifestations particulières.

Tenant compte de la variété infinie des circonstances, du fait qu'il n'est pas capable de tout prévoir et de tout régler avec précision, admettant que des règles rigides s'appliquent malaisément à des situations changeantes, le législateur peut délibérément introduire dans le texte de la loi des notions à contenu variable, flou, indéterminé, telles que l'équité, le raisonnable, l'ordre public, la faute grave, en laissant au juge le soin de les préciser dans chaque cas d'espèce.⁴

Inéluctablement, le recours aux notions floues a pour effet d'accroître le pouvoir de l'interprète. En effet, l'utilisation de la technique de la norme floue exprime en fait la reconnaissance, par l'autorité qui l'édicte, de l'existence de nombreux critères pertinents et souvent conflictuels⁵. L'interprète devra les identifier, leur attribuer une importance relative, puis les pondérer. Elle sera ensuite investie de l'autorité de décider, dans chaque cas concret, de l'application ou non de la norme générale⁶. D'où un important débat relatif à la compétence institutionnelle de l'interprète : dans un système démocratique, est-il opportun de confier à des personnes non-élues la délicate tâche de définir les notions floues afin d'en décider les applications concrètes⁷? L'établissement des faits et leur assujettissement à des règles précises, fonctions dites plus neutres, ne seraient-elles pas plutôt les seules fonctions légitimes des juges? Certes, la manipulation de notions floues donne ouvertement lieu à des jugements de valeurs et de priorités. Mais ces derniers sont-ils vraiment exclus de l'évaluation des faits⁸?

confuses. Ch. PERELMAN, « L'usage et l'abus des notions confuses », *Études de logique juridique*, publiées par Ch. PERELMAN, volume 7, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1978, 3, p. 5.

3. Voir Ch. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », *Les notions à contenu variable en droit*, *supra*, note 1, 363, p. 365 ; S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1980, p. 223 ; Neil MAC CORMICK, « On Reasonableness », *Les notions à contenu variable en droit*, *supra*, note 1, 131, à la p. 133.
4. Ch. PERELMAN, *supra*, note 3, p. 365.
5. N. MAC CORMICK, *supra*, note 3, p. 136.
6. Ch. PERELMAN, *supra*, note 2, p. 8.
7. Voir, pour un exposé de l'argument : Dunkan KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », (1976) 89 *Harvard L.R.* 1685, p. 1708, 1709, 1752.
8. Cf. *infra*, note 39.

Le choix de la forme d'énonciation de la règle juridique doit aussi se faire à la lumière d'importants impératifs juridiques de sécurité, de prévisibilité et d'uniformité⁹. L'application de la norme floue est imprévisible : on doit se satisfaire d'une définition *ex post facto*, quand l'interprète dira, par exemple, si un acte commis était ou non interdit par la norme floue¹⁰. La règle précise, si elle satisfait mieux à ces impératifs, n'en présente pas moins des désavantages sérieux. D'une part, sa rigidité en empêche l'adaptation à toute évolution contextuelle, ou encore à des préoccupations d'ordre local¹¹. L'idée de la notion confuse en droit se rattache justement à cette exigence posée au droit de ne pas :

[...] brimer la vie, le fait, l'inéluctable et perpétuel mouvement des choses.¹²

D'autre part, la précision de la règle pêche par sur/sous extension¹³, eu égard à l'objectif poursuivi : par exemple, une règle fixant arbitrairement à 18 ans l'âge de la majorité vise en fait à exiger une certaine maturité jugée nécessaire à l'accomplissement de certains actes. Or l'application de la règle des 18 ans fera en sorte que l'on mettra à l'écart certaines personnes matures de moins de 18 ans, alors que l'on sanctionnera l'imaturité d'autres ayant plus de 18 ans¹⁴. À l'opposé, l'application directe de la norme floue, comme celle de maturité, opère la mise en œuvre intégrale des objectifs législatifs poursuivis. La norme floue tend vers un résultat, alors que la règle précise se satisfait de son application immédiate.

À cet arbitraire mécanique de la règle précise, on oppose cependant l'arbitraire préjugé de la norme floue¹⁵. La souplesse de ses contours serait vulnérable à l'emprise d'une multitude de facteurs, dont on peut parfois douter de la pertinence.

La notion floue joue un rôle en droit. Son utilisation permet d'atteindre des objectifs importants, mais présente aussi des inconvénients sérieux¹⁶.

9. Ch. PERELMAN, *supra*, note 3, p. 373-374.

10. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford,arendon Press, 1961, p. 129, cité dans N. MAC CORMICK, *supra*, note 3, p. 134.

11. Ch. PERELMAN, *supra*, note 3, p. 373-374.

12. S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », *Les notions à contenu variable en droit*, *supra*, note 1, 39, à la p. 41.

13. On pourrait aussi parler d'« inadéquation » : voir Ejan MACKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, Revue trimestrielle, 53, mars 1979, 33, p. 38.

14. D. KENNEDY, *supra*, note 7, p. 1688.

15. D. KENNEDY, *supra*, note 7, p. 1695.

16. On doit remarquer que l'on n'a considéré ici que les incidences du choix de la forme en tant que telle. Il y aurait cependant lieu, aussi, de s'interroger sur les interrelations entre le contenu privilégié et le choix de son moyen d'expression : voir D. KENNEDY, *supra*, note 7, où l'auteur relie conception altruiste du droit et utilisation de standards, conception individualiste du droit et utilisation de règles précises.

L'usage des notions floues en droit n'est pas un accident. L'imprécision y a sa place. Encore faut-il en faire un bon usage¹⁷.

1.2. La technique du standard

Dans un ouvrage remarquable¹⁸, Stéphane Rials a étudié une notion floue particulière : le standard. Il s'agit, selon Rials :

[d'] une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci [...] Le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité [...].¹⁹

Ce qui fait d'une simple notion floue, un standard, c'est donc cette idée de normalité, qui en constitue l'unité conceptuelle²⁰. Ces standards sont des instruments de mesure en termes de normalité, soit descriptive, au sens de ce qui existe, soit dogmatique, au sens de :

[...] produit des mentalités, dotée d'une certaine transcendance, d'une certaine extériorité par rapport à la pratique effective.²¹

Le standard sera d'origine constitutionnelle, législative, réglementaire ou jurisprudentielle.

1.3. Le standard objet d'interprétation

L'application d'une règle de droit formulée à l'aide d'un standard donne tout simplement lieu à interprétation, et ne crée par de pouvoir discrétionnaire²². La règle de droit formulée à l'aide d'un standard est en effet une règle de droit comme les autres, même si le caractère vague de la norme ainsi créée

[...] opère en fait sinon en droit un transfert du pouvoir créateur de droit de l'autorité qui l'édicte à l'autorité qui l'applique [...].²³

Le standard ne réfère pas, chez celle qui l'interprète, à une capacité de vouloir autonome ; il renvoie à la capacité d'exprimer la volonté de l'autorité

17. Voir, au même effet, mais du point de vue de l'analyse économique du droit : E. МАСКААУ, *supra*, note 13.

18. S. RIALS, *supra*, note 3.

19. *Id.*, p. 120.

20. S. RIALS, *supra*, note 12, p. 43.

21. S. RIALS, *supra*, note 3, p. 27 ; voir aussi *id.*, p. 75 ; S. RIALS *supra*, note 12, p. 44.

22. S. RIALS, *supra*, note 3, p. 221 s. Selon RIALS, il y a pouvoir discrétionnaire « par commission d'un texte dès lors qu'en mettant en œuvre ce texte on ne peut en aucune manière être réputé l'interpréter, le réaliser, mais qu'on doit être dit réaliser sa propre volonté », S. RIALS, *id.*, p. 274.

23. *Id.*, p. 120.

qui a édicté la norme²⁴. À l'opposé, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, l'autorité délégataire réalise sa volonté propre, et elle ne cherche pas à interpréter celle d'une instance qui lui serait supérieure. Ce n'est pas l'indétermination *a priori*, mais l'indéterminabilité de la règle qui est source de pouvoir discrétionnaire²⁵.

1.4. L'objectivité dans l'interprétation du standard

Le caractère vague des standards soulève des questions d'objectivité et de subjectivité dans leur interprétation et leur application. Est-ce que n'importe quelle conclusion peut s'autoriser du standard, eu égard au caractère subjectif de l'interprétation et de l'application d'une telle notion vague ? L'objectivité n'a-t-elle aucune place dans ce processus ? Certains suggèrent qu'il y aurait des paramètres permettant d'assurer une part d'objectivité dans l'interprétation, paramètres servant à mesurer la justesse des interprétations²⁶. Ce système d'évaluation des interprétations ne serait cependant opérant qu'au sein d'une communauté interprétative reconnaissant la valeur contraignante de ces paramètres²⁷. L'objectivité des standards, par exemple, serait donc confinée aux limites de la reconnaissance de leur interprétation par une communauté interprétative.

1.5. La fonction rhétorique du standard

Les standards remplissent une fonction rhétorique importante^{27.1}. Ils sont souvent issus de lieux communs, et constituent ainsi des facteurs d'adhésion à certaines thèses controversées. La normalité, comme la vertu, favorise le consensus autour de son principe, même si les cas particuliers d'application sont généralement sources de controverse.

[...] la mise en œuvre du standard pourra entraîner des discussions : mais une fois l'affaire tranchée, la solution apportée pourra se parer du prestige propre à l'évidence même s'il n'y a évidence qu'en trompe-l'œil.²⁸

24. S. RIALS, *supra*, note 12, p. 48.

25. S. RIALS, *supra*, note 3, p. 273.

26. O.M. FISS, « Objectivity and Interpretation », (1982) 34 *Stanford L. Rev.* 739, p. 744.

27. *Id.* ; voir P. BREST « Interpretation and Interest », (1982) 34 *Stanford L. Rev.* 765, p. 770-771, pour une critique de cette notion d'objectivité relative, tributaire de sa reconnaissance par un groupe social particulier, à prédominance blanche, mâle et financièrement à l'aise.

27.1 Voir généralement M.E. GOLD, « The Mask of Objectivity: Politics and Rhetoric in the Supreme Court of Canada », (1985) 7 *Supreme Court L. R.* 455 ; M.E. GOLD, « The Rhetoric of Constitutional Argumentation », (1985) 35 *U. of T. L.J.* 154 ; M. E. GOLD, « La rhétorique des droits constitutionnels », (1988) 22 *R.J.T.* 1.

28. S. RIALS, *supra*, note 3, p. 58.

La règle de droit sera donc plus acceptable socialement lorsque formulée à l'aide d'un standard. Elle fait alors référence à l'expérience commune, au « common sense about common things », dira Roscoe Pound²⁹. Paradoxalement, ou peut-être pas, on peut aussi soutenir que le recours aux standards, tout en suscitant l'adhésion par un appel à des notions presque instinctivement senties, participe aussi à l'opération de mystification du droit. En effet, sous le couvert de la toute simple application d'un standard de sens commun, des opérations intellectuelles ont lieu à l'abri de toute observation de l'extérieur, par des profanes. Le caractère vague des standards permet et requiert des étapes de raisonnement qui n'ont pas à être nommées³⁰. D'une certaine façon, un système de règles précises garantit peut-être l'autonomie des justiciables, par opposition au jeu nébuleux des standards, qui permet aux juges et aux juristes d'affirmer leur pouvoir et leur prestige³¹, tout en persuadant l'auditoire du bien-fondé de toute l'entreprise³².

2. La distinction du fait et du droit

2.1. L'identification de la zone problématique

La simplicité d'une distinction nette entre le fait et le droit est au cœur du syllogisme judiciaire. D'abord, il y a une règle de droit, prémisse majeure. Puis, un ensemble de faits propres à une espèce particulière, prémisse mineure. De l'application de la première à la seconde découle nécessairement la conclusion dictée par le droit. Et voilà.

De prime abord, la distinction apparaît familière, évidente. Bien sûr, il y a le monde du droit, et celui des faits. Totalement indépendants.

Or, il se trouve que le fait et le droit sont des notions fuyantes³³, qui ont acquis, dans le débat relatif à leur distinction, une signification légale hautement artificielle³⁴ et fort éloignée de leur sens commun³⁵.

29. R. POUND, *An Introduction to the philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1922, p. 118, cité S. RIALS, *supra*, note 3, p. 24.

30. « I imagine, however that the very sophistication of our rules perpetuates the tradition of the « mysterious science of the law » by making constitutional law inaccessible to laypersons. This in itself confirms and reinforces the power relationship, while insulating the community's interpretations from external scrutiny », P. BREST, *supra*, note 27, p. 772.

31. D. KENNEDY, *supra*, note 7, p. 1707.

32. Il est possible qu'ultimement, la pertinence de la formule utilisée pour l'énoncé de la norme prenne toute sa signification réelle qu'à l'intérieur de rapports sociaux concrets : suivant les périodes historiques, certains groupes souhaiteront des normes plus ou moins précises, selon que seront ainsi servis leurs intérêts.

33. S. RIALS, *supra*, note 12, p. 40.

34. N. ISAACS, « The Law and the Facts », (1922) 22 *Columbia L.R.* 1, p. 11.

35. M. OCKELTON, « Comments on John JACKSON'S "Questions of Fact and Questions of Law" », William TWINING (ed.), *Facts in Law*, Association for Legal and Social Philosophy,

Si bien que l'on peut se demander si l'apparente limpidité de la distinction n'occulte pas certains phénomènes. Par exemple, ce que Rivero appelle la compénétration du fait et du droit³⁶ : d'une part le rôle des faits dans l'élaboration de la règle de droit et la détermination de son champ d'application³⁷, et, d'autre part, le rôle du droit dans la sélection et la description des faits pertinents³⁸. Il se peut aussi que la distinction laisse supposer que toute l'opération normative de l'activité juridique se réalisera du côté du droit, dissimulant l'existence des jugements de valeurs inhérents à l'évaluation des faits, et qui ne sont réglementés par aucune règle de droit³⁹. Plus cyniquement, on peut aussi se demander si l'apparente netteté de la distinction ne dissimule pas le fait qu'en ce domaine, les tribunaux décident en réalité tout simplement selon leur bon vouloir⁴⁰.

Dès que l'on dépasse l'impression d'évidence qui se dégage d'une première lecture de la distinction pour fouiller un tant soit peu ses contours, l'inéluctable conclusion se dessine : le droit sur la question est dans un état chaotique⁴¹.

La difficulté, voire l'arbitraire de la distinction du fait et du droit se matérialise avec acuité à un moment particulier du raisonnement juridique, qu'il nous faut identifier. En fait, nous nous concentrerons ici au point de rencontre entre le fait et le droit, présument, pour les fins de cette étude, qu'il existe, au sein du processus de prise de décision judiciaire, des lieux à nettes dominantes factuelle et juridique. Nous pouvons classer dans la première catégorie tout ce qui concerne les faits bruts légalement soumis au tribunal, ainsi que les faits secondaires déduits des premiers par un processus de raisonnement quelconque⁴² ; on parle ici de l'établissement et de l'appréciation

A.R.S.P., Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale, Franz Steiner Verlag GMBH, Wiesbaden, 1983, p. 101. Voir aussi l'excellent article de J. WROBLEWSKI, « Facts in Law », *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale*, Vol. 1973, LIX, 161, où l'auteur fait une analyse fouillée des différentes catégories de faits utilisées par le droit.

36. J. RIVERO, « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français », *Le fait et le droit*, Études de logique juridique, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1961, 130, p. 131.

37. *Id.* ; C. MORRIS, « Law and Fact », (1942) 55 *Harvard L.R.* 1303, p. 1304.

38. C. MORRIS, *supra*, note 37, p. 1304 ; Ch. PERELMAN, « La distinction du fait et du droit, le point de vue du logicien » *Dialectica*, Vol. 15, n° 3/4, 1961, 601, p. 603.

39. J.D. JACKSON, « Questions of Fact and Questions of Law », *Facts in law, supra*, note 35, p. 99.

40. « Indeed, we rather suspect that this seemingly rigid dichotomy of law and fact is only a bit of legalistic mummery designed to conceal from the uninitiated the fact that the courts decide these questions about as they wish », R.A. BROWN, « Fact and Law in Judicial Review », (1943) 56 *Harvard L.R.* 899, p. 900.

41. G. WILLIAMS, « Law and Fact », (1976) *Crim. L.R.* 472 et 532, p. 482.

42. Voir *infra*, texte sous les rubriques 2.2.1.2. et 2.2.1.3.

des faits. Bien sûr, des règles de droit substantif auront décidé des faits devant être prouvés, et des règles de procédure et de preuve présideront à leur mise en œuvre devant le tribunal⁴³. Mais à l'intérieur de ces contraintes juridiques formelles, les questions de fait devront être réglées sans référence à des règles juridiques⁴⁴, dépendront en fait plutôt des réalités du monde extérieur⁴⁵. Ainsi, dans une cause de meurtre, on devra décider la question factuelle du qui-a-fait-quoi-comment-et-pourquoi, tant à partir des éléments directement mis en preuve — par exemple, un couteau ensanglanté, des empreintes digitales, des témoignages relatifs à une histoire d'amour et de jalousie — qu'à partir de conclusions factuelles de raisonnement — par exemple, par l'utilisation de notions de bon sens relatives à la causalité⁴⁶, de règles de probabilités ou portant sur l'incidence des mobiles sur les actions humaines.

Dans la seconde catégorie, on retrouvera les éléments essentiellement juridiques. On aura une règle de droit prescrite par un texte législatif, par exemple. Cette règle sera interprétée par l'autorité légitime, pour la première fois ou selon une suite de précédents contraignants. Des définitions des termes employés par la règle seront consacrées. Ainsi, dans notre cause de meurtre, on aura une règle législative compliquée relative à l'homicide involontaire coupable, règle ayant été judiciairement définie. Cette seconde catégorie est celle du droit.

La clarté de la distinction du fait et du droit s'estompe pour laisser place au doute là où, justement, le fait rencontre le droit⁴⁷, là où l'on se pose une question, dont la formulation même est hasardeuse en ce que, comme c'est souvent le cas, elle risque de dicter la réponse apportée. Probablement, donc, en fonction de la réponse désirée, on se demandera si la définition de la règle est assez large pour englober les faits particuliers de l'espèce (ce que certains qualifieraient de question de droit), ou encore on se demandera s'il est possible de qualifier ces mêmes faits de telle sorte qu'ils puissent être subsumés par la règle (ce qui serait peut-être alors une question de fait). Ce faisant, s'interroge-t-on sur une question de fait ou sur une question de

43. Si bien que l'on peut se demander si même il existe des faits « bruts » antérieurement à leur « assumption » par le droit. Voir H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, L.G.D.J., Paris, 1979, p. 239.

44. R.A. BROWN, *supra*, note 40, p. 901.

45. W.A. WILSON, « A note on Fact and Law », (1963) 26 *Modern L.R.* 609, p. 619.

46. On doit cependant remarquer que certains pourraient curieusement concevoir même la causalité comme une question de droit et non de fait. Voir *infra*, texte accompagnant la note 106.

47. « Comme on le sait, la distinction du fait et du droit se brouille quand il s'agit de mettre les faits en rapport avec le droit, quand il faut les qualifier, positivement ou négativement, pour pouvoir conclure que tel texte légal leur est ou n'est pas applicable », Ch. PERELMAN, *supra*, note 38, p. 602.

droit⁴⁸ ? Est-on en train de qualifier, d'appliquer ou d'interpréter ? Alors que c'est justement ici que la classification s'avérerait utile et pertinente, c'est ici qu'elle s'écroule, sous le poids de ses propres incertitudes.

D'un point de vue strictement logique, il n'y a aucune différence entre la qualification de faits comme exemples de la situation prévue par la règle de droit, et la définition de la règle de droit comme couvrant le type de faits particuliers de l'espèce⁴⁹. Prenons une règle de droit qui s'énonce comme suit : si *p* alors *q*, par exemple, si un meurtre est commis (*p*), son auteur doit en être puni (*q*). Que l'on interprète « *p* », la commission d'un meurtre, comme comprenant les actes *a*, *b* et *c*, ou encore que l'on qualifie des actes *a*, *b* et *c* comme susceptibles d'être compris par « *p* », on procède au même raisonnement, seule sa formulation diffère. S'il existe des raisons de considérer différemment ces deux types de questions, ou plutôt de qualifier la question en vertu d'une seule de ses possibles manifestations, elles doivent relever d'un ordre légal artificiel, différent⁵⁰.

L'ambiguïté essentielle de ce type de questions, qui met en jeu la rencontre du fait et du droit, est telle qu'il s'avère impossible de concevoir un modèle théorique qui permettrait de les classer selon qu'elles relèvent naturellement du fait ou du droit. Toute conception matérielle d'une telle distinction semble inadéquate. On a, par exemple, tenté d'établir une distinction entre les termes utilisés par une règle de droit, selon qu'ils seraient porteurs d'un sens juridique particulier, ou d'un sens ordinaire, commun, courant, l'interprétation des premiers relevant du droit, et l'application des seconds, du fait⁵¹. Cette entreprise est vouée à l'échec. D'une part, on doit remarquer qu'on oppose ici définition à application, qu'on se place à deux étapes théoriquement successives et distinctes du raisonnement, et qu'on se retrouve

48. Les auteurs s'entendent à tout le moins sur l'identification de cette zone problématique : A. BAYARD, « La distinction du fait et du droit, le point de vue de l'avocat », *Le fait et le droit*, *supra*, note 36, p. 89, 101 ; N. MAC CORMICK, *supra*, note 3, p. 93 ; S. RIALS, *supra*, note 3, p. 267-268 ; Ch. PERELMAN, *supra*, note 38, p. 602 ; J.D. JACKSON, *supra*, note 39, p. 91. On s'interroge ici sur la nature du phénomène général de qualification et non sur certaines de ses manifestations périphériques, comme la fiction juridique, qualification inexacte juridiquement décidée : voir R. DEKKERS, « Le fait et le droit, problèmes qu'ils posent », *Dialectica*, Vol. 15, n° 3/4, 1961, 339, p. 341.

49. J.D. JACKSON, *supra*, note 39, p. 91.

50. N. MAC CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 94-95.

51. Voir pour une discussion générale de l'argument : S. RIALS, *supra*, note 3, p. 271-272 ; G. BOLAND, « La notion d'urgence dans la jurisprudence du Conseil d'État de Belgique », *Le fait et le droit*, *supra*, note 36, p. 187 ; J.D. JACKSON, *supra*, note 39, p. 92 ; M. OCKELTON, *supra*, note 35, p. 103 ; G. WILLIAMS, *supra*, note 41, p. 476.

ultimement avec le même problème de départ, une fois le « mot légal » défini : la question de son application à des faits particuliers en est-elle une de droit ou de fait ? D'autre part, la distinction est tronquée, en ce qu'elle renvoie à des notions — terme de droit à sens juridique vs terme de droit ayant conservé son sens ordinaire — elles-mêmes aussi incertaines que celles de fait et de droit, et dont la classification ne repose, ultimement, que sur des considérations d'opportunité et de politique judiciaire⁵². La seule différence concrète entre ces deux types de termes réside probablement en ce que le tribunal bénéficie d'une plus grande marge de manœuvre dans l'application de termes de droit dont on a préservé le sens commun⁵³. Mais cette distinction ne nous aide pas à préciser le contenu de celle, qui nous intéresse, relative au fait et au droit.

Une autre voie s'avère peut-être plus fructueuse, fondée, celle-là, sur des critères formels plutôt que matériels, permettant de qualifier de fait ou de droit une question relative à la rencontre des faits et du droit. D'un côté, on retrouve certaines qualifications législatives péremptoires, où la législature dira que ceci ou cela constitue une question de fait ou de droit, un point c'est tout⁵⁴. D'autre part, les tribunaux peuvent formuler certaines conclusions de telle sorte qu'elles se qualifieront presque d'elles-mêmes comme étant des questions de fait ou de droit. On pense ici à l'opposition entre le général et le particulier, l'abstrait et le concret, l'universel et l'individuel. Les premiers sont le propre du droit, les seconds renvoient au factuel⁵⁵. Une qualification générale, aspirant à l'universel, apte à régler des cas à venir, serait plutôt de la nature d'une question de droit. Une qualification spécifique, immédiatement efficace mais ne pouvant prétendre à aucune pertinence s'étendant au-delà de sa propre individualité, s'apparenterait plutôt à une question de fait⁵⁶. Dire que monsieur X qui se prend pour dieu est aliéné mental au sens de la loi serait alors conclure en fait ; dire que, généralement, celui qui se prend pour dieu est aliéné mental au sens de la loi serait conclure en droit. La nuance apparaît bien mince⁵⁷. Peut-être une certaine forme est-elle en effet essentielle à ce qu'une conclusion quelconque puisse jouer adéquatement le rôle d'une

52. J.D. JACKSON, *supra*, note 39, p. 92.

53. *Id.*

54. Voir, par exemple, l'article 73(3) du *Code criminel canadien* (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), ou encore son article 24(2) (la question de savoir si une conduite constitue une tentative est une question de droit). On doit remarquer que ces qualifications ont pour objet précis de permettre un droit d'appel. Voir *infra*.

55. A. BAYARD, *supra*, note 48, p. 97.

56. *Id.*, p. 101.

57. Il existerait en réalité de bonnes raisons d'éviter de considérer en soi comme questions de droit de simples conclusions de fait dont les motifs sont énoncés sous une forme potentiellement universalisable. Voir N. MACCORMICK, *supra*, note 50, p. 96.

question de droit, mais cette forme ne saurait, à elle-seule, être suffisante. L'explication de la distinction du fait et du droit apparaît peut-être plus clairement à l'étude des incidences de cette distinction.

2.2. Les incidences de la distinction

En effet, s'il semble acquis que la distinction entre le fait et le droit ne repose sur aucune différence de nature — on parlera même d'un tracé qui repousse toute forme de systématisation théorique⁵⁸, ou encore d'une série d'accidents historiques⁵⁹ — on doit cependant s'interroger sur certains caractères fonctionnels de la distinction. Selon que l'on qualifiera une question de droit ou de fait, des conséquences importantes s'ensuivront. Point n'est besoin d'être cynique pour admettre l'existence en droit d'une logique des conséquences, d'un logique dialectique qui fait que le choix sera en grande partie fondé sur la considération de ses conséquences.

As a matter of history, courts have been dealing with particular questions as if they were at once matters of fact, law, discretion, or any one of them that best suited the need of the moment.⁶⁰

La qualification d'une question comme relevant du droit ou du fait entraîne des conséquences précises. Il semble que ce soit de ce côté qu'il faille rechercher l'explication des diverses qualifications⁶¹.

2.2.1. La question du fardeau de preuve

La qualification d'une question comme relevant du fait ou du droit déterminera tout d'abord les modalités de sa présentation au tribunal. On doit distinguer selon qu'il s'agit d'un objet qualifié de droit, de fait brut ou de fait inféré. En principe, une question de droit est connue d'office par le tribunal, et doit tout simplement être plaidée⁶². Le fait brut, qui constitue la matière première du raisonnement du tribunal, doit en principe être prouvé, à moins qu'il ne fasse aussi partie de ce qu'on appelle le domaine de la

58. J. RIVERO, *supra*, note 36, p. 147.

59. N. ISAACS, *supra*, note 34, p. 11.

60. *Id.*, p. 8.

61. Voir, pour une telle approche : N. MACCORMICK, *supra*, note 3, p. 145 ; R. POUND, *Jurisprudence*, Vol. 5, West Publishing, p. 547-548 ; Ch. PERELMAN, *supra*, note 38, p. 609 ; J. RIVERO, *supra*, note 36, p. 147 ; G. BOLAND, *supra*, note 51, p. 188 ; A. BAYART, *supra*, note 48, p. 99 ; J.D. JACKSON, *supra*, note 39, p. 92 ; M. OCKELTON, *supra*, note 35, p. 101 ; N. ISAACS, *supra*, note 34, p. 8, 9, 11, 12 ; R.A. BROWN, *supra*, note 40, p. 900.

62. C. MORRIS, *supra*, note 37, p. 1304.

connaissance d'office. Le fait inféré est celui qui est nécessaire à la mise en œuvre de la règle de droit. En principe, il n'est pas directement prouvé, et fait plutôt l'objet d'argumentation et de raisonnement. Il est inféré du fait brut, sur la base de généralisations.

2.2.1.1. Le droit comme objet d'argumentation

En principe, les questions de droit n'ont pas à être prouvées⁶³, et font plutôt l'objet d'interprétation et d'argumentation.

[...] en principe, l'interprétation ne devrait pas pouvoir être conçue autrement que comme question de droit puisque son résultat est réputé, fiction nécessaire ne rien ajouter au texte interprété, n'avoir pour effet que de le faire être lui-même.⁶⁴

Il semble qu'il n'y ait point lieu de faire une distinction, à l'intérieur des mots utilisés dans un texte juridique, entre ceux ayant conservé leur sens commun et ceux ayant acquis une signification juridique spécifique, la signification des premiers relevant du fait, et celle des seconds, du droit⁶⁵. Un point de vue formaliste semble ici préférable : un terme utilisé dans un texte de loi devient un terme légal, et la définition de son contenu sémantique devient dès lors l'apanage de l'activité judiciaire d'interprétation⁶⁶. Et toute cette activité relève du droit, et non du fait.

L'interprétation des textes juridiques met en œuvre certains standards de pure administration du droit, comme celui, par exemple, du législateur raisonnable, qui fera chercher à donner effet à la logique que l'on peut présumer avoir inspiré le législateur⁶⁷. Apparaît ici en relief l'évidente fonction rhétorique des standards. Le raisonnement juridique n'aboutit en principe pas à des conclusions contraignantes, et nécessite dès lors l'opération de certains procédés visant à persuader, à favoriser l'adhésion de l'auditoire pertinent. Les standards, notions vagues fondées sur des idées de sens commun, participent de cette fonction⁶⁸. Ainsi, une interprétation donnée à un terme de loi sera d'autant plus acceptable qu'elle se rattachera à cette idée de législateur raisonnable.

63. C. FABIEN, « L'utilisation par le juge de ses connaissances personnelles, dans le procès civil », (1987) 66 *R. du B. Can.* 433, p. 443 s. On se limitera ici à la question de la connaissance d'office du droit interne.

64. S. RIALS, *supra*, note 3, p. 189.

65. Voir *supra*, note 51.

66. S. RIALS, *supra*, note 3, p. 272; G. BOLAND, *supra*, note 51, p. 187; J.D. JACKSON, *supra*, note 39, p. 92.

67. Voir, notamment : P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Les éditions Yvon Blais, Cowansville, 1982, p. 256 s.; S. RIALS, *supra*, note 3, p. 174.

68. S. RIALS, *supra*, note 3, p. 57.

2.2.1.2. Le fait brut comme objet de preuve

Tout processus de prise de décision se réalise dans un contexte factuel déterminé. L'élaboration de toute règle de droit, par exemple, présuppose, en principe⁶⁹, la considération de l'environnement factuel que l'on souhaite modifier ou aménager au moyen de la règle nouvelle.

Au point de départ de toute activité d'édiction d'une norme juridique il y a une situation de fait. Mis en présence d'un ensemble de données concrètes, celui qui est investi du pouvoir normatif porte sur elles un jugement, et décide qu'il y a lieu de leur substituer un état de choses différent. La règle qu'il formule, c'est le résultat de cette réflexion sur le fait tel qu'il est, de cet effort pour projeter dans l'avenir le fait tel qu'on voudrait qu'il fût.⁷⁰

D'où l'importance du contexte factuel d'élaboration de la norme⁷¹.

Ce fondement factuel des prises de décision présente, en contexte judiciaire, des caractéristiques particulières. En effet, si le droit est connu des juges et fait l'objet d'argumentation et non de preuve, il en va autrement des faits premiers ou bruts⁷². Dans les systèmes juridiques où l'on a adopté la procédure contradictoire, on considère qu'il revient aux parties d'informer le tribunal des faits pertinents à l'espèce. Le fardeau de la preuve d'un fait est généralement imposé à la partie qui l'allègue. Cette relative passivité du tribunal serait, d'une certaine façon, garante de son impartialité⁷³. En

69. Voir *infra*, texte sous la rubrique 3.3.2.2.2.

70. J. RIVERO, *supra*, note 36, p. 130.

71. « Hardly anything about law can be more fundamental than the facts that lawmakers use, the ways that lawmakers get their facts, and the procedures that lawmakers use for allowing affected persons to submit facts to lawmakers and to challenge facts that lawmakers are using ». K. CULP DAVIS, *Administrative Law Treatise*, 2^e éd., vol. 2, San Diego, West Publishing, 1980, p. 160.

72. Par opposition aux faits secondaires ou inférés, qui font l'objet d'un raisonnement plutôt que d'une preuve directe. Voir *infra*, texte sous la rubrique 2.2.1.3. Nous devons cependant admettre que cette notion même de faits bruts pré-existants à tout traitement est tout à fait discutable. Toute description implique au minimum la sélection de certains aspects jugés pertinents et leur catégorisation. « ... in order to state the "facts" of a given situation a pleader must first select from the infinite number of aspects of the "given" — the "crude, raw events" — those which he deems to be of importance, that is to say, "relevant" to the purpose in hand, which is to inform the court and the other party of the grounds upon which he claims the court ought to intervene in his behalf. Having made his selection he must relate the selected "data" *i.e.*, interpret them, by putting them into categories, *i.e.* under certain verbal symbols. As he is a lawyer, it will not be surprising if before he is through he uses verbal symbols which have for lawyers acquired a technical significance », W. WHEELER COOK, « "Facts" and "Statements of Fact" », (1937) 4 *U. of Chicago L.R.* 233, p. 241. Pour nos fins immédiates, on peut cependant, sans trop de mal, mettre de côté cette intéressante discussion.

73. C. FABIEN, *supra*, note 63, p. 436-437.

principe, donc, les faits bruts doivent être prouvés, en conformité avec les règles de preuve propres à chaque système juridique.

Cette image du tribunal qui ne sait que les faits qu'on lui a dûment prouvés est cependant trompeuse. Le tribunal sait en réalité bien d'autres choses, connaît les codes de la société dans laquelle il opère et possède toutes les connaissances essentielles à son fonctionnement efficace. Inévitablement, toute forme de pensée et de réflexion met en œuvre l'utilisation de connaissances antérieurement acquises, qu'il s'agisse de processus mentaux en tant que tels, de connaissances d'un ordre général ou encore particulier.

In all adjudication by courts and agencies, judicial notice and official notice are ever-present, for no judge or administrator can possibly think about any question of fact, law, policy or discretion without using extra record facts.⁷⁴

On réfère généralement par le vocable de « connaissance d'office » à cet ensemble de connaissances pertinentes que les parties n'auront généralement pas à prouver, qui seront connues par le tribunal ou considérées comme telles⁷⁵ et qui participeront à l'élaboration du jugement.

2.2.1.3. Le fait inféré comme objet de raisonnement⁷⁶

Le raisonnement judiciaire à propos des faits est peu connu, n'a traditionnellement pas intéressé la doctrine⁷⁷, et s'effectue en fonction de règles la

74. K.C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 133.

75. N. ISACCS, *supra*, note 34, p. 6-7. Cet auteur dénonce l'anachronisme du fondement théorique du concept de connaissance judiciaire. Il dira par exemple : « But this very fiction of judicial notice is based on a medieval conception of learning. The learned man of the middle ages was supposed to be skilled and probably was skilled, in all of the Seven Sciences. The entire amount of the world's information could have been compressed in a very few volumes, and, as a matter of fact, there were many men who, with apparent success, made all knowledge their particular province. This conception of a learned man is, of course, entirely abandoned today. Consequently, the doctrine of judicial notice does not quite fit the needs of modern life ».

76. Nous référons ici à un mode de raisonnement « libre », plutôt qu'à celui, dirigé ou contraint, créé par les présomptions légales. Ces dernières suggéreront ou dicteront l'inférence de faits inconnus à partir de faits prouvés, et elles seront parfois irréfragables. Elles sont considérées comme relevant du domaine de la preuve.

77. « The problem might be stated as follows : At least since the time of Jerome FRANK it has been widely acknowledged that an imbalance exists between the amount of attention devoted to disputed questions of law in upper courts and the amount devoted to disputed questions of fact in trials at first instance, in other tribunals, and in legal processes generally. Frank might be interpreted as suggesting that the amount of intellectual energy devoted to a subject varies inversely with its practical importance », W. TWINING, « Taking Facts Seriously », (1984) 34 *J. Leg. Ed.* 22, p. 24.

plupart du temps innommées⁷⁸. Pourtant, à partir des faits bruts mis en preuve ou connus d'office, le tribunal doit inférer l'existence des faits ultimes nécessaires à l'application de la règle de droit. En effet, rarement ces derniers sont-ils directement mis en preuve — presque par définition, ils sont le produit d'un raisonnement.

Le caractère normatif de ce traitement des faits a fait l'objet de certaines réflexions. On a souligné que, au-delà des apparences, la distinction entre les questions de droit et de fait ne garantit pas que toutes les considérations normatives seront régies par des règles de droit⁷⁹. En effet, les inférences des faits connus aux faits à prouver procèdent sur la base de généralisations de sens commun, d'une expérience générale quant au cours ordinaire des événements⁸⁰. Ces généralisations forment la prémisse majeure d'un syllogisme dont le modèle type serait le suivant : l'événement A est généralement causalement relié à l'événement B (la généralisation de sens commun) ; l'événement A a été prouvé, dès lors l'événement B s'est probablement réalisé⁸¹. On s'entend pour souligner l'important rôle joué par l'expérience commune et les généralisations de sens commun relatives au cours normal des événements dans la détermination des faits en contexte judiciaire. Ces concepts réfèrent en fait à ce qu'on dit être l'accumulation de connaissances générées par l'expérience humaine quotidienne. Ces généralisations feraient partie intégrante de notre culture, et seraient, d'une certaine façon, à l'abri de toute contestation sérieuse. Elles concernent notamment les actions, réactions, attitudes et intentions humaines. À propos de leur origine, on a dit :

The main common place generalisations themselves are for the most part too essential a part of our culture for there to be any serious disagreement about them. They are learned from shared experience or taught by proverb, myth, legend, history, literature, drama, parental advice, and the mass media.⁸²

On comprend aisément que la nature incertaine de ces sources en ait amené certains à souhaiter l'admissibilité de la preuve d'expert lorsque les résultats de la recherche scientifique permettent de mettre en doute la justesse de quelques-unes de ces généralisations⁸³. Cependant, rares sont ces cas où le

78. D. PINARD, « Les probabilités mathématiques classiques et le traitement des faits en contexte judiciaire : un débat », (1988) *R.R.J.* 243, p. 244.

79. J.D. JACKSON, *supra*, note 39, p. 99.

80. L.J. COHEN, *The Provable and the Probable*, Oxford, 1977, 274-275 ; R.M. EGGLESTON, « Generalizations and Experts », *Facts in Law*, *supra*, note 35, p. 22.

81. W. TWINING, *Theories of Evidence: Benthan and Wigmore*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1985, 1443. Ce type de raisonnement est en réalité celui propre aux présomptions de faits, qui permettent d'inférer l'existence de faits à partir de celle, prouvée, de certains autres.

82. L.J. COHEN, *supra*, note 80, p. 275.

83. R.M. EGGLESTON, *supra*, note 80, p. 26.

raisonnement pourra se fonder sur des généralisations scientifiques valablement testées⁸⁴. D'où le recours constant, sélectif et inévitable à ce sens commun, que l'on sait être l'arbitraire culturel du groupe dominant, donc marqué au coin du préjugé⁸⁵.

À la lumière de ce contexte, le minimum d'objectivité satisfaisant que l'on peut exiger, dans ce raisonnement à propos des faits en contexte judiciaire, consiste en l'explicitation de toutes les inférences factuelles présentes⁸⁶. Parce que les juges ont l'obligation de juger, et que le scepticisme à outrance payalyse⁸⁷.

Ce raisonnement à propos des faits demeure dans le domaine du factuel. Son caractère normatif, on l'a vu, est manifeste. Mais il n'en fait pas pour autant, en soi, une question de droit. Si on peut concevoir que certains standards de pure administration du droit s'y rapportent, comme le postulat voulant qu'un tribunal puisse concevoir un certain nombre de relations normales entre certains faits⁸⁸, les principes de raisonnement à propos des faits n'en sont pas pour autant des questions de droit⁸⁹. Les préceptes juridiques ne fixent que les paramètres du débat, au moyen des règles de preuve et de pertinence.

Ces généralisations de l'expérience commune, sur la base desquelles on élabore des inférences factuelles à partir des faits bruts, s'apparentent conceptuellement aux faits généraux dits de connaissance d'office⁹⁰.

On peut donc résumer comme suit les incidences de la qualification d'un objet comme relevant du fait ou du droit, en ce qui concerne les modalités de présentation au tribunal :

- les questions de droit relèvent du domaine de la connaissance d'office, n'ont pas à être prouvées, font l'objet d'interprétation et d'argumentation ;

84. W. TWINING, *supra*, note 81, p. 143.

85. « In respect of any such generalizations one should not assume too readily that there is in fact a «cognitive consensus» on the matter. The stock of knowledge in any society varies from group to group, from individual to individual and from time to time. Even when there is a widespread consensus, what passes as «conventional knowledge» may be untrue, speculative or otherwise defective ; moreover, « common — sense generalizations » tend not to be « purely factual » — they often contain a strong mixture of evaluation and prejudice, as is illustrated by various kinds of social, national and racial stereotypes », W. TWINING, *supra*, note 81, p. 146.

86. D. PINARD, *supra*, note 78, p. 255.

87. W. TWINING, *supra*, note 81, p. 149.

88. S. RIALS, *supra*, note 3, p. 186.

89. *Contra* : S. RIALS, *supra*, note 3, p. 186-187.

90. Voir *supra*, texte sous la rubrique 2.2.1.2.

- les faits bruts doivent en principe être prouvés, sauf s'ils sont considérés par les juges comme relevant du domaine de la connaissance d'office⁹¹ ;
- les faits secondaires sont le produit d'un raisonnement dont les juges sont maîtres.

On le voit, la qualification d'un objet comme relevant du fait ou du droit déterminera un certain pouvoir des juges, une autonomie relative à l'égard des parties au litige. Et ce sont les juges qui opéreront cette qualification.

2.2.2. La répartition des fonctions entre juge et jury

La discussion de la distinction du fait et du droit se confond très souvent avec celle de la répartition des fonctions entre juge et jury⁹², si bien que l'on a pu remarquer avec ironie le caractère purement arbitraire et fonctionnel de la distinction ainsi conçue :

The type of question we are accustomed to leave to courts we call law-what we are accustomed to leave to juries we call fact-what we prefer to decide ourselves we call discretion.⁹³

Dans les juridictions de common law, les associations automatiques questions de fait/jury et questions de droit/juge semblent faire partie du « folklore juridique »⁹⁴. La réalité est un peu plus complexe. Le jury doit en fait décider des faits adjudicatifs, du qui-a-fait-quoi-comment-et-pourquoi, et, bien informé par le juge quant à la signification de la prescription légale, doit décider de l'application de cette dernière aux faits de l'espèce⁹⁵. Ainsi, le jury ne décide pas de tous les faits. Il ne décide par exemple pas des faits généraux et des faits législatifs⁹⁶.

Dès lors, la qualification d'un objet comme relevant du fait plutôt que du droit n'entraînera pas automatiquement son attribution au jury. De la même façon, on laisse au jury la responsabilité de questions qui pourraient par ailleurs être qualifiées de questions de droit. Pour des raisons de politique judiciaire, la définition de certains mots utilisés dans un texte législatif, par exemple, sera parfois laissée à l'appréciation du jury, qui lui attribuera vraisemblablement son sens commun plutôt qu'un sens légal hautement

91. Voir *infra*, texte accompagnant la note 171.

92. N. ISAACS, *supra*, note 34, p. 4.

93. *Id.*, p. 12.

94. J.D. JACKSON, *supra*, note 39, p. 85.

95. N. MACCORMICK, *supra*, note 3, p. 145 ; R.A. BROWN, *supra*, note 40, p. 904-905 ; G. WILLIAMS, *supra*, note 41, p. 476-477.

96. Voir *infra*, texte sous la rubrique 3.3.2.2.

artificiel⁹⁷. Ainsi, la qualification d'un objet comme relevant du droit ne disqualifiera pas *ipso facto* le jury.

De plus, il a été décidé qu'il revient au juge, en droit, de résoudre la question de savoir s'il existe une preuve quelconque à soumettre au jury. En effet, les tribunaux ont élaboré une subtile distinction entre l'absence totale de preuve et la suffisance de la preuve, la première étant une question de droit à être tranchée par le juge, la seconde une question de fait à être évaluée par le jury⁹⁸. Ici encore, les juges contrôlent la délimitation de leur champ de compétence.

Il est abusif et trompeur de prétendre que l'on attribue au jury les questions de fait et au juge les questions de droit. En réalité, on attribue au jury ce que la politique judiciaire estime opportun et on dit ensuite qu'il s'agit de questions de fait à être tranchées par le jury.

2.2.3. La détermination du droit d'appel

En principe, le droit d'en appeler d'une décision à un tribunal hiérarchiquement supérieur porte sur des questions de droit : on dit généralement le tribunal de fond souverain dans son appréciation des questions de faits⁹⁹.

Le tribunal d'appel, par sa qualification d'une question comme relevant du fait ou du droit, exerce en réalité le pouvoir de délimiter son propre champ de juridiction¹⁰⁰. Il qualifiera de droit ce qui, selon lui, mérite son attention. Et ne devraient mériter l'attention des tribunaux d'appel que les questions

97. « ... the meaning of an ordinary word of the English language is not a question of law. The proper construction of a statute is a question of law » : *Brutus v. Cozens*, [1973] A.C. 854, p. 861. Voir aussi J.D. JACKSON, *supra*, note 39, p. 92-93.

98. Voir, notamment, *R. v. Caouette*, (1973) 9 C.C.C. (2d) 449 (C.S.C.).

99. Voir, par exemple, Ch. PERELMAN, *supra*, note 38, p. 605-606.

100. N. MACCORMICK, *supra*, note 50, p. 95; Ch. PERELMAN, *supra*, note 38, p. 699; J.D. JACKSON, *supra*, note 39, p. 93, 99. On doit remarquer qu'il arrive parfois que la qualification soit effectuée par un texte de loi plutôt que par les juges. Ces qualifications légales semblent cependant tout autant arbitraires, ne répondant à aucun impératif relevant d'une différence de nature entre le fait et le droit. Par exemple, le *Code criminel* canadien prévoit à son article 159(1) l'infraction de corruption des mœurs, comprenant notamment la production d'écrits obscènes. L'article 159(3) prévoit une défense pour la personne accusée qui peut établir que les actes allégués « ont servi le bien public » et « n'ont pas outrepassé ce qui a servi le bien public ». C'est à l'article 159(4) que l'on retrouve la qualification pertinente, qui semble on ne peut plus arbitraire : « Aux fins du présent article, la question de savoir si un acte a servi le bien public et s'il y a une preuve que l'acte allégué a outrepassé ce qui a servi le bien public, est une question de droit, mais celle de savoir si les actes ont ou n'ont pas outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de fait » (!).

qui tendent à l'abstraction, à l'universel¹⁰¹. Le concret, l'individuel, la meilleure solution d'un litige particulier ne devraient pas intéresser, en principe, les tribunaux d'appel. Leur mission consiste à apporter des règles et des solutions générales, modifiant ou précisant le droit pour l'avenir, utiles pour le règlement de litiges futurs.

Les tribunaux d'appel limitent leur propre compétence par la distinction du fait et du droit. Il s'agit ici d'un acte de volonté. Cette compétence n'est pas pré-déterminée par la nature des choses, par une matière naturellement divisée entre le fait et le droit¹⁰². Certains exemples jurisprudentiels l'illustrent fort bien.

Dans un arrêt de principe, la Cour suprême du Canada a, par exemple, décidé qu'en matière criminelle, une conclusion de culpabilité fondée sur les faits d'une espèce particulière constituait une question de droit dont la Couronne pouvait appeler¹⁰³. De même, la Cour a déclaré qu'une décision fondée sur l'article 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, qui prévoit que la Cour d'appel peut rejeter un appel nonobstant l'existence d'une erreur de droit, si « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit », est une décision en droit, même si elle comporte un nouvel examen de la preuve¹⁰⁴. Dans la même lignée, la Cour a jugé qu'une décision quant au caractère déraisonnable d'un verdict ou quant au fait qu'un verdict ne peut s'appuyer sur la preuve porte sur une question de droit¹⁰⁵. Finalement, en

101. « Or la délimitation progressive et laborieuse par la juridiction de cassation de l'étendue de son contrôle a vérifié le caractère de généralité inhérent à la question dite de droit. S'il s'avère qu'il faut au sommet de la hiérarchie judiciaire une juridiction unitaire et qui ne rejuge pas tous les procès sous peine, étant unique, d'être submergée, c'est apparemment parce que certaines questions appellent une solution unique qui s'imposera aux autres juridictions, tandis que d'autres ne l'appellent pas », H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, L.G.D.J., Paris, 1979, p. 238 ; voir aussi A. BAYART, *supra*, note 48, p. 97, 101.

102. Voir généralement, pour une discussion de ce qui constitue une erreur de droit en matière criminelle, M. MORIN, « Le pourvoi à l'encontre d'un acquittement, ou comment métamorphoser le doute raisonnable en erreur de droit », (1988) 48 *R. du B.* 249.

103. *Belyea c. R.*, [1932] R.C.S. 279.

104. *Mahoney c. R.*, [1982] 1 R.C.S. 834.

105. *R. v. Yebe*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 181. Il n'est pas surprenant de découvrir dans le jugement les propos suivants, justifiant la nécessité d'une considération des faits particuliers de l'espèce pour la détermination de cette « question de droit » portant sur le caractère déraisonnable du verdict : « Il est souvent difficile d'établir clairement une distinction entre une question de droit et une question de fait. Bien que le droit puisse être énoncé de manière isolée par rapport aux faits, les principes abstraits de droit qui ne sont pas reliés aux faits sont vagues et flous [...] Par conséquent, la question de savoir si un appel soulève une question de droit ne peut être tranchée qu'après un examen des principes de droit et l'application du droit aux faits par les cours d'instance inférieure ».

matière civile cette fois, la Cour a décidé que la détermination du lien de causalité entre un acte fautif et un dommage constituait une question de droit, pour les fins de la délimitation de la juridiction de l'instance d'appel¹⁰⁶.

2.2.4. L'autorité du précédent

En principe, la doctrine du précédent judiciaire contraignant ne s'applique qu'à des conclusions de droit¹⁰⁷. Les questions de fait n'ont en effet aucune valeur de précédent¹⁰⁸. On peut aussi remarquer que cette doctrine du précédent judiciaire contraignant ne s'applique qu'à certaines conclusions de droit, soit celles constituant la *ratio decidendi* de l'arrêt¹⁰⁹. L'interprète jouit évidemment d'une latitude considérable dans la détermination de ce qui a effectivement constitué la *ratio* d'une affaire particulière.

La multiplication des précédents a pour effet de complexifier et de rigidifier le droit, de substituer l'existence de multitude de petites règles précises à celle d'une seule plus générale. L'enjeu est de taille : s'opposent ici des valeurs de certitude et de prévisibilité à celles de souplesse et d'adaptabilité à des valeurs sociales nouvelles. Ces considérations sous-tendent la qualification d'un objet, pour les fins de sa valeur de précédent, comme question de droit ou de fait¹¹⁰.

Il est aussi un aspect fondamental de l'autorité du précédent qui se retrouve à la croisée des chemins du fait et du droit, soit la question de sa portée. En effet, si seules les questions de droit ont valeur de précédent, cette valeur ne s'impose cependant que dans d'autres contextes mettant en jeu les mêmes faits pertinents (*material facts*)¹¹¹. Malgré l'éventuelle généralité de langage, la règle de droit ne présente en effet l'autorité du précédent que dans un contexte factuel particulier. Lord Halsbury l'exprime ainsi :

Every judgment must be read as applicable to the particular facts proved or assumed to be proved, since the generality of the expressions which may be

106. *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570, où le juge Beetz a écrit, à la page 578 : « Une fois établies les circonstances primaires, la détermination d'un rapport de causalité entre un ou plusieurs faits fautifs et le dommage suppose une sélection, une appréciation et une qualification des faits prouvés. Ces opérations ne relèvent pas uniquement de ce que l'on appelle le juge du fait ». Il semble cependant que la tendance des tribunaux québécois soit toujours de ramener le problème de la causalité à une simple question de fait ; voir J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1985, p. 181.

107. N. MACCORMICK, *supra*, note 39, p. 145.

108. J.D. JACKSON, *supra*, note 39, p. 85 ; R. CROSS, *infra*, note 109, p. 39.

109. G. WILLIAMS, *Learning the Law*, 7^e éd., 1963, London, Stevens and Sons, p. 71 ; R. CROSS, *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford, 1977, p. 38.

110. N. MACCORMICK, *supra*, note 50, p. 96.

111. G. WILLIAMS, *supra*, note 109, p. 71 ; R. CROSS, *supra*, note 109, p. 42.

found there are not intended to be expositions of the whole law but govern and are qualified by the particular facts of the case in which such expressions are to be found.¹¹²

D'où la technique dite du *distinguishing*, par laquelle tant les juges que les parties au litige justifieront la non-application d'un précédent en démontrant le caractère distinct des faits de l'espèce nouvelle. Encore une fois, le traitement des faits présentera une importance fondamentale, en ce qu'il décidera de l'application d'une règle de droit.

2.2.5. La disponibilité du contrôle judiciaire

La distinction du fait et du droit soulève aussi la question de l'ampleur du contrôle judiciaire de l'activité administrative. En principe, l'activité administrative relative aux faits ne sera pas assujettie au contrôle judiciaire. Ce dernier se borne aux questions de droit, et même parfois à certaines d'entre elles seulement¹¹³.

Ici encore, il semble qu'aucune caractérisation naturelle ne préexiste à la qualification comme question de droit ou question de fait. Les décisions de contrôle ou de non-contrôle se fondent non pas sur des motifs théoriques ayant trait à la distinction du fait et du droit, mais bien plutôt sur des motifs politiques ou pratiques, comme, par exemple, l'expertise de l'instance administrative ou encore le caractère technique de la question soulevée¹¹⁴.

Aussi, on conclura plutôt à l'existence de questions de droit dans les cas où il sera jugé opportun de substituer une règle d'application générale à l'exercice, sur une base *ad hoc*, du pouvoir d'interprétation de l'autorité administrative¹¹⁵.

Encore une fois, des choix d'opportunité dicteront la distinction du fait et du droit, pour les fins du contrôle judiciaire de l'activité administrative.

À cet égard, il est intéressant de remarquer, par exemple, que l'erreur de fait déraisonnable a été qualifiée d'erreur de droit(!)¹¹⁶, si bien que l'on a pu suggérer qu'en matière de contrôle judiciaire de la juridiction de l'administration,

112. *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495, p. 506, cité : R. CROSS, *supra*, note 109, p. 43.

113. Cette simplification à outrance des principes de contrôle judiciaire de l'administration, en droit québécois, sera ici suffisante, pour nos fins. Voir, pour plus de détails : Y. OUELLETTE et G. PÉPIN, *Principes de contentieux administratif*, Éditions Yvon Blais, Montréal, 1982.

114. Ch. PERELMAN, *supra*, note 38, p. 607 ; S. RIALS, *supra*, note 3, p. 236.

115. R.A. BROWN, *supra*, note 40, p. 918.

116. Voir la critique du juge Lamer dans *Blanchard c. Control Data Limitée*, [1984] 2 R.C.S. 476, p. 495.

l'importance des concepts de raisonnable et de déraisonnable remettait en question l'opportunité de faire la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait ¹¹⁷.

On a aussi jugé qu'une erreur d'une autorité administrative, portant sur un fait dont sa compétence dépend, un fait juridictionnel, était susceptible de révision à titre de point de droit ¹¹⁸, et ce même si les tribunaux supérieurs doivent, à cet égard, faire preuve de la plus grande retenue.

2.2.6. Les incidences générales

La considération des conséquences de la qualification d'un objet comme relevant du fait ou du droit est plus fructueuse que la recherche d'une quelconque différence de nature entre le fait et le droit. D'une part, des conséquences techniques et procédurales précises pourront résulter de la qualification relative, notamment, au mode de présentation et d'argumentation, à la distribution des tâches entre juge et jury, au droit d'appel, à la valeur de précédent et au contrôle judiciaire.

Mais plus encore, au-delà de ces strictes questions techniques, la qualification favorisera une conception du droit répondant à certains impératifs au détriment de certains autres.

Une question dite de droit gagnera en prévisibilité et en certitude ce qu'elle perdra en souplesse et en faculté d'adaptation ¹¹⁹. Elle sera contraignante pour l'avenir, limitant les paramètres de son champ d'investigation ¹²⁰. L'évolution des valeurs sociales aura sur elle moins d'emprise.

La question dite de fait, à l'opposé, conservera des contours fugaces, pourra aisément s'adapter à des configurations sociales nouvelles, permettra, dans chaque cas, une analyse *ad hoc* non limitée par la lourdeur du poids des précédents.

Dans leurs manifestations extrêmes, la question de fait est fluide, celle de droit rigide. Plus on conclut à l'existence de questions de droit, plus on complexifie la configuration de ce dernier, de telle sorte qu'il risque de crouler sous le poids de ses propres détails ¹²¹. La solution de questions de fait permet

117. *Id.* : «... Ce qui est déraisonnable n'atrophie pas moins la juridiction du fait que la conclusion en est une de fait plutôt que de droit».

118. Le juge Pigeon, pour la majorité, dans *Jacmain c. P.G. Canada*, [1978] 2 R.C.S. 15, p. 40.

119. M. OCKELTON, *supra*, note 35, p. 104.

120. N. ISAACS, *supra*, note 34, p. 3.

121. J.D. JACKSON, *supra*, note 39, p. 93; N. ISAACS, *supra*, note 34, p. 11; N. MAC CORMICK, *supra*, note 50, p. 95-96; voir *supra*, note 57.

la prise en compte de la perception que l'on se fait de l'opinion publique du moment, mais, de ce fait, se laisse difficilement prévoir avec exactitude.

Les juges qualifient, font la part des choses entre le fait et le droit. La distinction ne préexiste pas à leurs décisions. À chaque fois, elles devront décider si la question se prête plus à des évaluations ponctuelles qu'à une généralisation universelle¹²², et devront formuler leur conclusion conséquemment¹²³.

Mais cette qualification n'est pas une fin en soi. Ce n'est qu'un moyen. Parce que ce que l'on veut, c'est conférer à la conclusion un certain statut dans l'ordre juridique, ou encore, plus immédiatement, permettre l'application d'une règle technique particulière (ex : droit d'appel, etc.). Comme si, magiquement, nommer le fait ou le droit ouvrait automatiquement certaines portes. Sésame. Et l'on touche probablement ici la fonction la plus importante de cette distinction du fait et du droit, soit sa fonction rhétorique. Les notions de fait et de droit sont familières à la communauté juridique. Elles font partie du sens commun des juristes. Le recours à ces notions acceptées permet de justifier les conclusions prônées, de les rendre acceptables, malgré leur caractère non objectivement contraignant. Par leur formation, leur entraînement, leur appartenance à cette communauté juridique, les juristes finissent pour ainsi dire par « sentir » que, par exemple, le droit, et non le fait, est susceptible d'appel. Une décision judiciaire arbitraire¹²⁴ de conférer un droit d'appel d'une conclusion particulière sera plus apte à susciter l'adhésion de son auditoire si elle qualifie cette conclusion de question de droit, qualificatif qui fait partie des pré-notions acceptées de cet auditoire. L'efficace de la distinction se joue à ce niveau rhétorique de persuasion et de légitimation des décisions judiciaires. La distinction du fait et du droit produit des conséquences multiples, permet de poursuivre certains objectifs, et, surtout, légitimise le résultat final. L'importance en est fondamentale.

2.3. Les standards, le fait et le droit

Qu'en est-il, maintenant, de la distinction du fait et du droit dans le contexte des standards ? De prime abord, le standard semble curieusement présenter les caractéristiques que l'on a attribuées aux questions de fait, soit, d'une part, la souplesse, la fluidité, la capacité d'adaptation à des circonstances sociales nouvelles, l'allergie à la contrainte, et, d'autre part, l'imprécision,

122. N. ISAACS, *supra*, note 34, p. 12.

123. Voir *supra*, note 16.

124. Dans le sens où elle ne répond pas à la contrainte d'une catégorie naturelle pré-existante. Elle répond très certainement à d'autres impératifs.

l'imprévisibilité et la vulnérabilité face à l'état du rapport de force du moment. On peut relier l'origine historique du standard à ce que Rials qualifie de « terreau de religion de la vie et de sacralisation du fait »¹²⁵.

Encore une fois, s'avère vaine la tentative de qualifier de question de droit ou de question de fait la *nature* de la rencontre du standard et des faits particuliers d'une espèce.

What can be more indefinite... than the expressions *reasonable* time, *reasonable* notice, *reasonable* diligence. The difficulty... arises from vagueness, or indefiniteness of the terms in which the definition or rule is inevitably conceived. And this, I suppose, is what people were driving at when they have agitated the very absurd inquiry whether questions of this kind are questions of law or of fact... The difficulty is in determining not what the law is or what the fact is but whether the given law is applicable to the given fact.¹²⁶

De cette rencontre, on a en effet dit qu'il s'agissait d'une question de droit, d'une question de fait, de quelque chose entre les deux, ou encore d'une question *sui generis*¹²⁷. On a aussi affirmé que c'est à propos de ces notions à contenu indéterminé que se présentent les plus sérieux problèmes reliés à la distinction du fait et du droit¹²⁸. La même traditionnelle question se pose cependant : à la croisée des chemins du fait et du droit, comme lorsque l'on applique un standard législatif de raisonabilité aux faits particuliers d'une espèce, est-ce qu'on élabore une conclusion de fait à partir des éléments mis en preuve, ou est-ce qu'on donne une interprétation légale du vague standard législatif¹²⁹ ? On a déjà répondu à cette question dans l'abstrait¹³⁰, et la même réponse vaut pour les cas d'application des standards : les deux questions réfèrent à un même problème logique, il n'y a entre elles aucune différence de nature, il s'agit tout simplement d'une question de perspective. La particularité qu'ajoute la présence d'un standard législatif, c'est le caractère vague et plutôt indéterminé de la norme. Le pouvoir judiciaire d'interprétation s'en accroît d'autant. C'est tout. La norme juridique, vague ou précise, aura toujours à rencontrer les faits particuliers d'une espèce. Rials dénonce avec raison la confusion entre indétermination de la norme et existence d'un pouvoir discrétionnaire¹³¹. C'est plutôt l'indéterminabilité de la règle qui génère du pouvoir discrétionnaire¹³².

125. S. RIALS, *supra*, note 12, p. 41.

126. AUSTIN, *Jurisprudence*, (4th ed. 1873) 236, cité C. MORRIS, *supra*, note 37, p. 1316.

127. Voir, généralement, pour un exposé sommaire des diverses analyses : W.A. WILSON, *supra*, note 45, p. 620.

128. *Id.*

129. R.A. BROWN, *supra*, note 40, p. 904.

130. Voir *supra*, texte sous la rubrique 2.1.

131. S. RIALS, *supra*, note 3, p. 217 s. ; voir *supra*, note 22.

132. S. RIALS, *id.*, p. 281.

Théoriquement, donc, rien ne semble justifier un traitement particulier des problèmes relatifs à la distinction du fait et du droit en matière de standards.

Il y a, d'une part, du côté du droit, l'interprétation de la règle de droit pertinente formulée à l'aide d'un standard. Le caractère indéterminé de cette norme accroît cependant le pouvoir de l'interprète. Prenons l'exemple du standard de raisonnabilité. Pour des raisons de politique judiciaire, l'interprète pourra décider de ne pas définir explicitement le standard, et viendra alors immédiatement l'étape, dont la qualification nous intéresse ici, de l'application du standard aux faits particuliers de l'espèce, ou, si l'on veut, de la qualification des faits de l'espèce. Mais l'interprète pourra aussi décider de définir le standard de raisonnabilité, de préciser les facteurs et valeurs pertinents à être évalués, eu égard au champ particulier du droit à l'intérieur duquel opère le standard. Il se peut aussi que la législature ait jugé opportun de préciser des facteurs pertinents dans le texte créant la norme. Quoiqu'il en soit, qu'ils soient expressément énoncés dans le texte de loi ou plutôt « découverts » par l'interprète du standard, ces facteurs pertinents constituent indiscutablement des questions de droit, selon la théorie classique¹³³.

On doit cependant s'interroger sur le type de jugement que l'on pose lorsque l'on met en rapport le standard législatif, défini ou non¹³⁴, avec les faits particuliers d'une espèce. Bien sûr, les standards se fondant sur l'idée de normalité, le jugement sera normatif. Cela ne nous dit cependant rien sur son caractère factuel ou juridique¹³⁵. Un jugement de raisonnabilité, par exemple, se fonde sur l'ensemble des circonstances particulières d'une espèce. C'est un jugement *ad hoc*, d'une seule fois, dont on ne peut en principe déduire une solution d'application générale. Il est également susceptible d'être influencé par l'évolution des conditions sociales, ce qui est raisonnable aujourd'hui ne le sera pas nécessairement demain. Il n'est donc pas surprenant qu'on ait pu dire qu'un tel jugement de raisonnabilité en est un de fait¹³⁶, non susceptible d'appel¹³⁷, ou de contrôle judiciaire¹³⁸ (les tribunaux supérieurs manifestant

133. N. MAC CORMICK, *supra*, note 3, p. 133, 137; R.A. BROWN, *supra*, note 40, p. 908.

134. N. MAC CORMICK, *supra*, note 50, p. 96; L.J. COHEN, « Freedom of Proof », *Facts in Law*, *supra*, note 35, 1, p. 12-13; R.A. BROWN, *supra*, note 40, p. 905. On a déjà rejeté une distinction voulant que la nature de la question puisse varier selon que l'on applique un standard dont les termes ont conservé leur sens ordinaire ou encore un standard dont les termes ont été juridiquement définis, voir *supra*, note 50.

135. Voir *supra*, texte relié à la note 39, à propos du caractère normatif de certains jugements dits factuels.

136. N. MAC CORMICK, *supra*, note 50, p. 96; N. MAC CORMICK, *supra*, note 3, p. 143-144.

137. Ch. PERELMAN, *supra*, note 3, p. 373-374.

138. R.A. BROWN, *supra*, note 40, p. 905.

ainsi leur respect de l'expertise particulière des juges de fait ou des tribunaux administratifs), et ne portant pas valeur de précédent¹³⁹ (au nom de la souplesse et de l'adaptabilité nécessaire en matière de raisonnable). En effet, plus on précise un standard en qualifiant ses applications particulières de questions de droit, et plus on risque de le rigidifier, faisant ainsi échec à son caractère premier de souplesse. On a également soutenu qu'un standard de raisonnable n'est pas un objet de preuve : c'est un jugement normatif et il n'y a donc de fardeau de preuve qu'en ce qui concerne les faits sur la base desquels ce jugement sera porté¹⁴⁰. Quant à son attribution éventuelle au jury, Roscoe Pound a sagement proposé un test de pertinence plutôt qu'une règle mécanique :

While in general there is an apportionment of the task of determination according to the distinction between fact and law, where the case calls for application of a standard rather than a rule of law, the law must make the apportionment not upon that distinction but upon a policy determined by experience.¹⁴¹

En fait, s'il ne change pas la nature du problème de la distinction du fait et du droit, le caractère indéterminé des standards démasque cependant la prétendue évidence de la distinction. Par nature, le standard exige de la souplesse, au point même de requérir ici le traitement d'un fait, là celui du droit. Le standard force à aller au cœur des problèmes, l'esthétique fragile de la distinction du fait et du droit ne lui résiste pas.

3. Une illustration : le standard de la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés — son article premier

3.1. Le contexte d'adoption

L'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁴², adoptée le 17 avril 1982, prévoit que :

La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables, et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

139. Voir N. MAC CORMICK, *supra*, note 3, p. 144, à propos du « ... changeability of judgments of reasonableness given changing facts and circumstances ».

140. G. WILLIAMS, *supra*, note 41, p. 472.

141. R. POUND, *supra*, note 61, p. 547-548.

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

Perelman a fait allusion à certaines situations de droit international public, pour lesquelles la confusion des notions d'un texte constitue une condition indispensable à la réalisation de l'accord entre États à visées politiques différentes¹⁴³. D'une certaine façon, on réussit à s'entendre sur un texte sur la base de l'interprétation que l'on se fait de ses notions confuses, et ce n'est qu'une fois l'interprétation contraignante donnée que le vrai compromis s'impose¹⁴⁴. Plus les notions confuses initiales se rapprochent de lieux communs, plus facilement elles susciteront l'adhésion¹⁴⁵.

Il se peut que l'article premier de la Charte ait été adopté suivant un tel processus. Les négociations constitutionnelles ayant précédé l'adoption de la Charte ont été houleuses et l'accord des provinces anglophones¹⁴⁶ n'a été obtenu qu'au prix de certains compromis. Plusieurs enjeux de taille peuvent s'y lire en filigrane, bien au-delà de la question de la protection des droits et libertés, notamment les problématiques du fédéralisme canadien, de l'autonomie des compétences législatives des provinces, du rôle uniformisateur de la Charte à l'égard des politiques provinciales, et, finalement, le principe de la souveraineté parlementaire. En effet, cette *Loi constitutionnelle de 1982* déclare la Constitution du Canada loi suprême du pays, rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit¹⁴⁷. La question des limitations de droits que pourraient légitimement imposer les législatures revêt donc une importance capitale. De prime abord, on comprend aisément que l'article premier ait suscité l'adhésion des acteurs politiques en présence. Son libellé renvoie en effet à des lieux communs, à des valeurs incontestées, personne ne peut se prononcer contre la tarte aux pommes, la vertu, le raisonnable, le libre et le démocratique. Avec une telle garantie, les provinces pouvaient signer l'accord et dormir en paix : leur souveraineté parlementaire serait protégée contre tout accroc. Mais elles se réveillèrent rapidement : l'avenir donna raison à Perelman ! Si le consensus s'établit relativement facilement autour de notions à contenu indéterminé faisant appel à des lieux communs, l'ampleur du compromis ne se manifeste réellement que lors de l'interprétation contraignante de la norme par l'autorité légitime, en l'espèce, la Cour suprême du Canada. Cette dernière ménagea des surprises en développant une interprétation de l'article premier ayant pour effet d'imposer aux législatures un lourd et difficile fardeau de démonstration de la légitimité de leurs lois restrictives de droits et libertés¹⁴⁸.

143. Ch. PERELMAN, *supra*, note 2, p. 4.

144. *Id.*, p. 9.

145. *Id.*

146. On se rappellera que seulement neuf des dix provinces ont consenti à la réforme constitutionnelle de 1982, soit toutes sauf le Québec.

147. Article 52(1), *Loi constitutionnelle de 1982*.

148. Voir *infra*, texte sous la rubrique 3.3.1.

3.2. Le standard de l'article premier

L'article premier de la Charte constitue une règle de droit formulée à l'aide d'un standard. La règle prescrit que les parlements ne pourront imposer que certaines limites aux droits et libertés garantis par la Charte¹⁴⁹. Le standard en est un de raisonnable pondérée : les restrictions doivent être « raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Ce standard constitutionnel est un instrument de mesure des lois¹⁵⁰, et non pas, ici, des comportements et des situations, en termes de normalité¹⁵¹. Ce caractère de droit public, où c'est l'action de l'État, et non des particuliers, qui est évaluée, colorera tout le traitement qui sera fait de ce standard de raisonabilité.

3.3. Les éléments constitutifs d'un raisonnement sous l'article premier

Qu'en est-il de la pertinence de la distinction du fait et du droit, eu égard au standard de raisonabilité de l'article premier de la Charte ? La problématique générale se présente ici encore : on a, d'une part la règle de droit et son interprétation, d'autre part, des faits pertinents, relatifs aux parties immédiates au litige, ou plus généraux. La délicate question est encore celle de la qualification du point de rencontre entre la règle de droit telle qu'interprétée et les faits pertinents établis : conclusion de droit, ou conclusion de fait ?

Nous verrons d'abord les éléments juridiques et factuels pertinents à l'élaboration de cette conclusion ultime, soit l'interprétation du standard et la considération des différentes catégories de faits pertinents.

3.3.1. L'interprétation du standard

Certes, le caractère vague du standard de l'article 1 accorde un important pouvoir à l'interprète chargée de son application. Théoriquement, le tribunal pourrait, par exemple, décider d'appliquer le standard aux faits d'une espèce, tel quel, sans en définir la portée d'aucune façon. Dans sa présentation, le jugement ne comprendrait alors que l'énoncé du standard, la description des faits, et la conclusion ultime de conformité ou de non-conformité. Si ce cheminement est théoriquement possible, il crée cependant des problèmes certains. La difficulté principale concerne l'acceptabilité sociale de la décision.

149. En cas de contravention, la sanction imposée en est une d'ineffectivité, voir *supra*, note 147.

150. L'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, réfère en fait à « toute autre règle de droit », mais nous nous limiterons ici aux lois adoptées par les différentes législatures canadiennes.

151. S. RIALS, *supra*, note 3, p. 61.

En effet, un tel raisonnement procède du tour de magie : on place un standard et des faits dans un chapeau noir, et il en sort un jugement, comme ça, par magie ! Puisqu'il est évident que certains processus analytiques se sont déroulés, le silence à leur égard éveille les soupçons. Rien n'est là pour expliquer et justifier la décision, pour la rendre acceptable. Des matières premières à la conclusion, la barre est trop haute, trop inaccessible. De plus, le procédé engendre l'imprévisibilité, c'est à chaque fois la surprise.

Pour pallier ces difficultés, le tribunal peut choisir d'interpréter et de définir le standard. À ce moment, le caractère essentiellement vague de ce dernier lui laissera aussi une marge de manœuvre considérable. Les paramètres de la signification d'un standard sont en effet fort souples. Fiction nécessaire, l'interprétation du texte est cependant supposée n'y rien ajouter. Elle permettra cependant de mieux appréhender le standard, en expliquant les facteurs et les valeurs dont il est fait. Cette définition du standard devra être telle qu'elle participera de l'acceptabilité sociale du processus comme du résultat, en ayant recours, ici encore, au sens commun et aux lieux communs.

C'est apparemment cette voie de l'interprétation qu'a choisie la Cour suprême du Canada dans son traitement du standard de l'article 1 de la Charte. Dans une décision de principe¹⁵², la Cour a en effet apporté certains éléments d'interprétation du standard de raisonnabilité de l'article premier.

À propos de la référence à la société libre et démocratique qu'on y retrouve, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, y a énoncé ce qui suit :

L'inclusion de ces mots à titre de note finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchaînement de la *Charte* dans la Constitution : la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.¹⁵³

Cette interprétation de la référence à la notion de société libre et démocratique démontre d'une part la souplesse et la flexibilité de cette

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

153. *Id.*, p. 136.

notion, et procède d'autre part, encore une fois, d'un procédé rhétorique certain. On ne pourra en effet qu'être d'accord avec une décision fondée sur ces valeurs et principes. On peut aussi remarquer que, par cet énoncé, la Cour ne limite nullement sa marge de manœuvre et sa latitude quant aux applications effectives du standard, pas plus qu'elle ne nous permet de mieux prévoir la décision à laquelle elle en arrivera. La fonction rhétorique semble en effet être ici la seule : on n'en sait pas vraiment plus quant à la portée du standard, mais on se sent mieux, plus en confiance : on est bien disposé à accepter la suite du jugement.

La Cour a ensuite développé deux critères fondamentaux comme éléments définitionnels du standard sous l'article 1. Tout d'abord, on a précisé que l'objectif poursuivi par la mesure portant atteinte aux droits et libertés devait être important et se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique¹⁵⁴. Ensuite on a élaboré un critère de proportionnalité en trois volets, permettant d'évaluer la légitimité des moyens utilisés dans la poursuite de cet objectif¹⁵⁵. En premier lieu, il doit y avoir un lien rationnel entre l'objectif visé et les moyens utilisés ; ensuite, le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte aux droits ou libertés ; et finalement, il doit y avoir proportionnalité, au sens propre du terme, entre le degré de gravité de l'atteinte aux droits et libertés et l'objectif reconnu comme suffisamment important.

Ici, la définition judiciaire du standard va très loin. Un test très exigeant est développé, théoriquement issu de la simple signification des termes mêmes utilisés par l'autorité constituante, c'est là la fonction de l'interprétation en droit. Or ces termes, « limites raisonnables », « dont la justification puisse se démontrer », n'appelaient pas nécessairement la définition qu'on leur a accordée. L'analyse de la notion de raisonnable aurait en effet facilement pu mener à des exigences beaucoup moins rigoureuses¹⁵⁶, et le libellé même

154. *Id.*, p. 138-139.

155. *Id.*, p. 139-140.

156. « Dans l'ordre concret, on comprend aisément que l'expression "dans des limites qui soient raisonnables" n'est pas de nature à prescrire à l'État une ligne impérative de conduite, non plus qu'à lui interdire d'adopter des mesures restrictives qui paraissent manquer de sagesse. Contrairement au concept de nécessité, celui de raisonnable n'implique pas que les restrictions imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi. Ce qui est exagéré, comme ce qui est insuffisant n'est pas pour autant déraisonnable », A. MOREL, « La clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés : une assurance contre le gouvernement des juges », (1983) 61 *R. du B. C.* 81, 94-95 ; voir aussi, pour une analyse allant dans le même sens : R. LANGLOIS, « Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve », *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, sous la direction de D. TURP et G.A. BEAUDOIN, Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1984, Les éditions Yvon Blais, Cowansville, 1986, 159, p. 167 s.

du standard aurait aisément permis qu'on se contente d'une virtualité de démonstration, plutôt que d'exiger une démonstration directe et effective¹⁵⁷. Mais c'est le propre de l'interprétation et des raisonnements en droit : ils aboutissent rarement à une conclusion contraignante, et c'est d'ailleurs pourquoi des formes particulières s'avèrent nécessaires pour favoriser l'acceptabilité sociale du processus et du résultat¹⁵⁸. Et c'est ici que tout le discours relatif aux valeurs et principes d'une société libre et démocratique prend toute son importance — il remplit une fonction de légitimation de l'interprétation proposée. Cette fonction est d'autant plus nécessaire que l'interprétation donnée pourrait être vue comme faisant violence au libellé de la règle, et ce malgré même le caractère vague du standard utilisé¹⁵⁹.

On peut s'interroger sur le fait que cette définition apportée par la Cour ait pu dénaturer le standard de l'article 1, substituant à une notion floue et flexible une série de sous-standards plus précis et plus contraignants. Cela est possible. Cela est peut-être aussi inévitable. On l'a vu, l'application directe d'un standard à des faits particuliers risque de provoquer des problèmes d'acceptabilité sociale de la décision et de prévisibilité des décisions à venir. Inéluctablement, un processus analytique intermédiaire se déroulera, et la seule question alors est donc celle de la pertinence de son explication. La Cour a choisi d'expliquer ce processus intermédiaire, qu'elle a traduit en des termes lui étant plus familiers. Elle a peut-être ainsi apprivoisé le standard.

L'interprétation donnée par la Cour a été considérée comme une question de droit¹⁶⁰, de la même façon que le standard lui-même. Si l'interprétation est considérée comme n'apportant rien au texte interprété, elle sera « du droit » autant que l'est la règle de droit elle-même.

3.3.2. Les faits pertinents

La Cour a interprété le standard de la clause limitative comme imposant un fardeau de preuve à la partie voulant justifier une restriction apportée à un droit ou à une liberté¹⁶¹. La norme de preuve sera la prépondérance des

157. Voir *infra*, texte sous la rubrique 3.3.2.2.2. à propos d'un simple test de fondement rationnel de l'activité législative.

158. Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Collection Méthodes du droit, 1976, p. 7.

159. Il n'est cependant pas ici de notre propos de discuter des raisons qui ont amené la Cour à interpréter le standard comme elle l'a fait.

160. Son autorité contraignante n'a jamais été discutée et le test est maintenant régulièrement mis en œuvre à tous les niveaux d'adjudication.

161. *R. c. Oakes, supra*, note 152, p. 136-137.

probabilités ¹⁶², selon un degré cependant très élevé de probabilités ¹⁶³. Le juge Dickson a aussi ajouté ce qui suit, à propos de la preuve pertinente :

Lorsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la Cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction [...] La cour devra aussi connaître les autres moyens dont disposait le législateur, au moment de prendre sa décision, pour réaliser l'objectif en question. Je dois cependant ajouter qu'il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi. ¹⁶⁴

Une preuve sera donc généralement requise pour établir les éléments constitutifs de l'analyse en vertu de l'article 1, quoique ces derniers seront parfois manifestes ou évidents en soi. Sont rangés parmi les considérations pertinentes les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction, et les autres moyens dont disposait le législateur, au moment de prendre sa décision, pour réaliser l'objectif en question.

L'argumentation en droit, quant au standard de l'article 1, nécessitera donc l'élaboration préalable d'un contexte factuel. Le standard a en effet été interprété de façon à imposer un fardeau de preuve de faits et à rendre pertinents certains éléments factuels relatifs tant aux parties immédiates qu'au contexte plus général de l'activité législative en cause. Conformément à une doctrine maintenant établie, nous référerons aux premiers comme « faits adjudicatifs » et aux seconds comme « faits législatifs » ou « constitutionnels » ¹⁶⁵.

3.3.2.1. Les faits adjudicatifs

Les faits adjudicatifs sont les faits relatifs aux parties immédiates, le qui-a-fait-quoi-et-quand-et-pourquoi ¹⁶⁶. Prenons comme cause-type le cas d'une

162. *Id.*, p. 137.

163. *Id.*, p. 138.

164. *Id.*, p. 138.

165. La distinction est de K.C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 133 s. Elle semble avoir été adoptée en droit canadien. Voir par exemple : P. HOGG, « Proof of facts in Constitutional Cases », (1976) 26 *U. of T. L.J.* 386, p. 394. Il existe cependant un certain flottement quant à sa meilleure traduction française ; voir, par exemple : C. FABIEN, *supra*, note 63, p. 458-459 ; J. FORTIN, *Preuve pénale*, Les Éditions Thémis, Montréal, 1984, 376. Nous préférons nous en tenir à une traduction littérale des termes qui, si elle fait quelque peu violence à la pureté de la langue, évite néanmoins des ambiguïtés additionnelles dont on ne saurait ici que faire. Par ailleurs, on doit remarquer que la ligne de démarcation entre ces deux catégories de faits sera toujours incertaine et que chaque qualification, dans les cas ambigus, devra être résolue à la lumière des conséquences de la décision ; voir : K.C. DAVIS, *id.*, p. 143.

166. K.C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 147.

personne accusée d'avoir commis une infraction criminelle, et soulevant en défense l'inconstitutionnalité du texte créateur d'infraction, pour cause de violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Charte. Les étapes logiques du déroulement seraient théoriquement les suivantes. Tout d'abord, la poursuite prouve tous les éléments constitutifs de l'infraction. Puis la personne accusée soulève en défense que le texte créateur d'infraction porte atteinte à ses droits ou libertés constitutionnels. Ensuite la poursuite tente d'abord de prouver qu'il n'en est rien, puis, subsidiairement, invoque que la limitation aux droits et libertés, s'il en est une, est conforme au standard de justification prévu à l'article 1 de la Charte. Dans une telle cause-type, les faits adjudicatifs sont ceux que la poursuite doit d'abord établir afin de prouver l'existence de tous les éléments constitutifs de l'infraction, les faits relatifs aux qualités et au comportement de la personne accusée. Sont aussi adjudicatifs les faits que devra invoquer la personne accusée au soutien de l'allégation selon laquelle le texte créateur d'infraction porte atteinte à ses droits et libertés. En principe, on voit qu'ils ne sont pas déterminants, à eux seuls, quant au litige constitutionnel proprement dit¹⁶⁷.

Ces faits adjudicatifs font l'objet du fardeau de preuve, et devront donc être présentés au tribunal en conformité avec les règles générales de preuve¹⁶⁸, relatives, par exemple, à l'admissibilité. Ils devront généralement être connus avec un degré de certitude relativement élevé¹⁶⁹, car ils sont susceptibles de vérification : il s'agit de savoir ce qui s'est passé en fait. Ils ne feront qu'exceptionnellement l'objet de connaissance judiciaire¹⁷⁰. Presque par définition, ces faits sont contestés. Or, une double limite de notoriété et de caractère relativement incontestable préside à l'admission d'office des faits adjudicatifs¹⁷¹, de telle sorte qu'inévitablement, seuls des faits d'ordre général seront susceptibles d'une telle admission¹⁷². L'équité exige d'ailleurs un plus grand contrôle de la part des parties sur la connaissance d'elles-mêmes qui sera générée au cours de la procédure judiciaire que sur la connaissance de faits généraux par rapport auxquels elles n'occupent pas une position privilégiée¹⁷³.

167. On verra cependant que certains faits sont à la fois adjudicatifs et législatifs, cette dernière qualité leur conférant une pertinence certaine quant à la question constitutionnelle. Voir *infra*, texte sous la rubrique 3.3.2.2.1.

168. R. LANGLOIS, *supra*, note 156, p. 176.

169. « L'exigence de vérité s'impose fortement pour le fait "adjudicatif" », F. CHEVRETTE, « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit », (1987) 21 *R.J.T.* 461, p. 483 ; au même effet : K.C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 145.

170. K.C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 154 ; C. FABIEN, *supra*, note 63, p. 456.

171. K.C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 147 ; C. FABIEN, *supra*, note 63, p. 457.

172. C. FABIEN, *supra*, note 63, p. 458, 452-453.

173. K.C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 146.

On doit finalement remarquer que l'importance des faits adjudicatifs, en matière constitutionnelle, a traditionnellement été amoindrie par l'existence de la procédure de renvoi, en vertu de laquelle une question constitutionnelle théorique peut être soumise par un gouvernement à un tribunal d'appel, en l'absence de tout litige concret ¹⁷⁴.

3.3.2.2. Les faits législatifs

3.3.2.2.1. Généralités

Les faits législatifs sont les faits généraux qui servent à informer le tribunal pour les fins de son raisonnement et de son jugement sur le droit et le politique ¹⁷⁵. On qualifiera parfois de faits constitutionnels ceux, parmi ces derniers, relatifs à la validité constitutionnelle d'une loi, qu'il s'agisse d'interpréter le texte constitutionnel lui-même, ou encore la loi dont la validité constitutionnelle est contestée ¹⁷⁶. Cet environnement factuel général présente une importance primordiale dans le cadre d'un litige constitutionnel ¹⁷⁷. Un pouvoir législatif, par exemple, dépendra parfois de l'existence d'un certain état de fait ¹⁷⁸. Ainsi, en droit constitutionnel canadien, certains pouvoirs législatifs de l'État central ne peuvent être exercés que dans des circonstances d'urgence nationale ¹⁷⁹. La validité constitutionnelle d'une loi adoptée en vertu de ces pouvoirs dépendra donc de l'existence de la base factuelle pertinente. De plus, la considération des effets concrets d'une loi aidera parfois à mieux cerner sa véritable nature, permettant ainsi de vérifier l'habilitation constitutionnelle de l'autorité l'ayant édictée ¹⁸⁰.

Traditionnellement, à l'intérieur d'une plus vaste présomption de validité constitutionnelle des lois ¹⁸¹, s'est développée une présomption d'existence

174. Voir P. HOGG, *supra*, note 165, p. 390.

175. K.C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 134-135 ; on peut aussi dire qu'il s'agit de ceux « nécessaires à l'interprétation de la norme ou au contrôle de sa légalité ou de sa constitutionnalité », C. FABIEN, *supra*, note 63, p. 458.

176. Seront donc constitutionnels tant les faits pré-existant à l'adoption de la loi que ceux révélateurs de ses effets concrets. Voir J. MAGNET, « Jurisdictional Fact, Constitutional Fact and the Presumption of Constitutionality », (1980) 11 *Man. L.J.* 21, p. 24.

177. B.L. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts, the Function and Scope of Judicial Review*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1988, p. 281.

178. P. HOGG, *supra*, note 165, p. 386.

179. Article 91, *Loi constitutionnelle de 1867*.

180. P. HOGG, *supra*, note 165, p. 388.

181. En droit constitutionnel canadien, cette présomption ne réfère peut-être qu'à un principe de retenue judiciaire, qui impose un fardeau de preuve à la partie alléguant l'inconstitutionnalité d'une loi. Voir P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1985, p. 324-325.

des faits constitutionnels pertinents¹⁸². Concrètement, en matière de preuve, cela signifie que la partie invoquant l'inconstitutionnalité d'un texte législatif sur la base de certains faits constitutionnels devra prouver l'existence de ces derniers, et qu'à défaut, l'environnement factuel sera présumé compatible avec la validité constitutionnelle du texte législatif. Il existe donc traditionnellement un fardeau de preuve quant à l'existence de faits constitutionnels incompatibles avec la constitutionnalité d'un texte.

L'article premier de la Charte, tel qu'interprété par la Cour suprême du Canada, réfère à plusieurs faits législatifs. Le jugement de valeur relatif à la légitimité d'une limite aux droits et libertés, au sens de cet article, ne peut être posé qu'à la lumière de tels faits, qui sont essentiellement les suivants :

- l'objectif que visent à servir les mesures apportant la restriction aux droits et libertés, et son degré d'importance ;
- la portée et l'importance de l'atteinte aux droits et libertés ;
- le lien de rationalité entre l'objectif visé et l'atteinte aux droits et libertés ;
- l'existence d'autres moyens aptes à permettre la réalisation de l'objectif visé, sans porter atteinte aux droits et libertés, ou encore en y portant moins atteinte.

Il s'agit de faits législatifs ou constitutionnels en ce qu'ils sont de nature générale et réfèrent au contexte social et économique de la loi en cause¹⁸³. Contrairement à la règle générale qui prévaut par ailleurs, ces faits législatifs ne bénéficient d'aucune présomption de constitutionnalité¹⁸⁴. En effet, on a jugé que la logique de l'article premier — qui permet la limitation de certains droits à certaines conditions — tout comme son libellé — imposant, a-t-on

182. Cette présomption de constitutionnalité relative aux faits « ... has to do with the effect of the law : it allows the court to assume, if it has no evidence to the contrary, that the relevant facts are such as to allow the effect of the law to be within the permitted scope of the Legislature », B.L. STRAYER, *supra*, note 177, p. 292-293. Voir aussi, J. MAGNET, *supra*, note 176, p. 26.

183. B.L. STRAYER, *supra*, note 177, p. 274. Certains de ces faits législatifs pourront être aussi judiciaires, comme ceux relatifs à l'atteinte aux droits et libertés.

184. B.L. STRAYER, *supra*, note 177, p. 292-293 ; P. HOGG ; « Section One of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *La limitation des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé*, sous la direction de A. de MESTRAL, S. BIRKS, M. BOTHE, I. COTLER, D. KLINCK, A. MOREL, Les Éditions Yvon Blais, 1986, p. 8. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs décidé que : « le caractère innovateur et évolutif de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'oppose à la notion voulant qu'une disposition législative puisse être présumée conforme à celle-ci », le juge Beetz, dans *P.G. du Manitoba c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, p. 122.

dit, un fardeau de preuve — étaient incompatibles avec une quelconque présomption factuelle de constitutionnalité. Une fois faite la preuve de la victime quant à la violation de ses droits ou libertés, l'État devra donc prouver l'existence des faits législatifs nécessaires à un raisonnement en vertu de l'article premier.

3.3.2.2.2. Assouplissement nécessaire des règles de preuve et de procédure

Certaines raisons ont été avancées, militant en faveur d'un assouplissement des règles traditionnelles de preuve dans leur application aux faits législatifs et constitutionnels.

Tout d'abord, la nature même de ces faits les marginalise, eu égard aux règles traditionnelles de preuve. Les faits législatifs sont incertains et fortement matière à appréciation¹⁸⁵. Ils se prêtent mal à des jugements de vérité et de certitude. Leur connaissance sera par essence évanescence, plus incertaine, et leur analyse confinée à un certain niveau de généralité. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne les faits législatifs auxquels réfère l'article premier.

[...] avec l'article 1 nous sommes en présence d'un type de faits nouveau, qui repose sur la vraisemblance et sur la crédibilité plutôt que sur la certitude, et qui s'attache à une évaluation nécessairement provisoire, plutôt que définitive, de la réalité sociale¹⁸⁶

L'objet particulier de la révision judiciaire qui se réalise en vertu de l'article premier exige aussi un assouplissement des règles de preuve. On s'y interroge en effet notamment, *ex post facto*, sur un fondement factuel ayant pré-existé à tel ou tel choix législatif. Or les choix législatifs sont justement ceux, parmi tous les actes gouvernementaux et étatiques, les moins préoccupés par la base factuelle qu'évaluera après coup le tribunal¹⁸⁷. Il n'existe en effet, en principe, aucune obligation pour les législatures d'asseoir leurs choix politiques sur une base factuelle quelconque¹⁸⁸.

Legislators may legislate, if they choose, with a bull-in-a-china-shop ignorance, without facts, without reasons, and with minds closed to reasoned argument, as long as what they enact is sufficiently reasonable to meet due process requirements. They are the least controlled by law in the use of facts.¹⁸⁹

185. R. LANGLOIS, *supra*, note 156, p. 175-176; F. CHEVRETTE, *supra*, note 169, p. 484; Brian G. MORGAN, « Proof of Facts in Charter Litigation », J. SHARPE (ed.), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1986, 159, p. 172.

186. A. BINETTE, « La mise en œuvre judiciaire de l'article 1 de la Charte canadienne et le droit de la preuve », (1986) 27 C. de D. 939, p. 963.

187. M. MANNING, « Proof of Facts in Constitutional Cases » in *Causes invoquant la Charte 1986-1987*, (Manuscrit p. 34).

188. K.C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 161-162.

189. *Id.*, p. 164.

Les choix législatifs sont en effet rarement posés en fonction de conclusions de fait au sens judiciaire de terme¹⁹⁰. Ce sont des choix politiques visant des objectifs de même ordre et se fondant sur une telle perception des besoins et de la volonté populaires¹⁹¹.

Considérant la nature de ces décisions politiques des législatures, qui font l'objet du contrôle judiciaire réalisé en vertu de l'article premier, on a même suggéré que les tribunaux devraient se satisfaire de la preuve de l'existence d'un fondement rationnel au jugement législatif sur l'existence des faits constitutionnels pertinents, sans aller jusqu'à exiger la démonstration directe de l'existence réelle de ces mêmes faits¹⁹². De toute évidence, il ne semble pas que ce soit là l'approche retenue par la Cour suprême du Canada. Dans l'interprétation qu'elle a donnée du standard, elle exige en fait beaucoup plus qu'une simple vraisemblance de rationalité.

Finalement, on peut aussi justifier un assouplissement des strictes règles de preuve en considérant la nature de la fonction exercée par les tribunaux dans la mise en œuvre de l'article premier. Il est en effet possible de soutenir que les tribunaux exercent alors une fonction législative plutôt que judiciaire, et que l'exercice d'une telle fonction exige une plus grande flexibilité dans l'accès nécessaire aux faits pertinents¹⁹³.

La reconnaissance de la nécessité d'une plus grande souplesse dans la preuve des faits législatifs et constitutionnels doit se traduire par l'acceptation de la mise en preuve de ces faits par divers moyens non orthodoxes¹⁹⁴. On doit permettre, par exemple, leur présentation dans des documents écrits contenant des rapports d'études ou d'enquêtes de spécialistes des sciences sociales, parfois préparés spécialement pour la cause¹⁹⁵. On doit ici assouplir les règles d'exclusion fondées sur le ouï-dire, comme celles relatives au témoignage donné verbalement, sous serment et sujet au contre-interrogatoire. En cela, on peut s'inspirer de l'attitude souple adoptée en la matière en droit américain et en droit australien¹⁹⁶.

190. R. LANGLOIS, *supra*, note 156, p. 176.

191. R. LANGLOIS, *supra*, note 156, p. 176; P. HOGG, *supra*, note 165, p. 396.

192. K.L. KARST, « Legislative Facts in Constitutional Litigation », (1960) *Supreme Court Review* 75, p. 84-85; P. HOGG, *supra*, note 165, p. 396, 397, 404.

193. B.L. STRAYER, *supra*, note 177, p. 274.

194. Voir, généralement P. HOGG, *supra*, note 184, p. 17; R. LANGLOIS, *supra*, note 156, p. 176; M MANNING, *supra*, note 187, p. 9 (manuscrit); F. CHEVRETTE, *supra*, note 169, p. 484; A. BINETTE, *supra*, note 186, p. 963; P. HOGG, *supra*, note 165, 390 et 396; K.L. KARST, *supra*, note 192, p. 103.

195. Aux États-Unis, on réfère à un mémoire juridique contenant de telles informations sous le vocable de « Brandeis brief », du nom du procureur l'ayant présenté pour la première fois à la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Muller v. Oregon*, (1908) 208 U.S. 412.

196. Voir A. BINETTE, *supra*, note 186, p. 959-960.

Dans le contexte du droit constitutionnel canadien, on permet maintenant la preuve de faits législatifs et constitutionnels aux moyens d'éléments divers traditionnellement non-admissibles en preuve, comme, par exemple, le recours à des procès-verbaux de commissions parlementaires ou aux débats parlementaires proprement dits¹⁹⁷. Plus récemment, on semble permettre la preuve des faits de cette dernière catégorie, qui sont directement pertinents à une analyse en vertu de l'article premier, par divers moyens relativement nouveaux, notamment par la production de rapports et données statistiques¹⁹⁸.

L'assouplissement nécessaire des règles de preuve et de procédure pour l'admission des faits législatifs et constitutionnels aura aussi d'autres incidences pratiques. Par exemple, s'il demeure souhaitable de présenter une preuve de faits législatifs en première instance, une telle preuve sera quand même recevable en appel, sous réserve de considérations d'équité¹⁹⁹. De même, les questions de droit d'appel et de valeur de précédent, relativement aux faits législatifs, exigent un traitement marqué au coin de la souplesse, plutôt que déterminé par une rigide distinction du fait et du droit. Ainsi, notamment parce que la traditionnelle expertise des juges de première instance, en matière de faits, ne s'applique pas au champ des faits législatifs, une détermination quant à ces derniers devrait faire l'objet d'un droit d'appel²⁰⁰. De plus, il se pourrait que de telles déterminations, théoriquement factuelles, aient une relative valeur de précédent²⁰¹.

197. Voir pour un aperçu général de la situation avant la Charte, et pour l'acceptation du principe dans ce dernier contexte : *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act*, R.S.B.C., 1979, ch. 288, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 505 s.

198. Dans *R. v. Seo*, (1986) 25 C.C.C. (3rd) 385, par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a admis en preuve 5 rapports soumis par l'appelante, au soutien d'une argumentation en vertu de l'article un. Étaient en cause la procédure d'alcootest et le droit constitutionnel d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, prévu à l'article 10b) de la Charte. Les rapports portaient sur les thèmes suivants : 1- les caractéristiques des conducteurs consommateurs d'alcool ; 2- les questions législatives reliées à l'ivresse au volant ; 3- l'alcool et les accidents mortels au Canada : une analyse statistique de l'ampleur et de la persistance du problème ; 4- l'alcool et les accidents mortels au Canada : les questions reliées aux stratégies et priorités futures ; 5- l'alcool et les accidents au Canada : le tableau des questions reliées aux stratégies et priorités futures. Dans deux décisions récentes, la Cour suprême du Canada a aussi admis en preuve ces mêmes éléments, toujours au soutien d'une argumentation en vertu de l'article premier : *J.B. Thomsen c. R.*, C.S.C., 28 avril 1988, dossier 19516 ; *W.E.J. Hufsky c. R.*, C.S.C., 28 avril 1988, dossier 19028.

199. K.L. KARST, *supra*, note 192, B.G. MORGAN, *supra*, note 185, p. 184-185 ; *R. v. Seo*, (1986) 25 C.C.C. (3rd) 385, p. 394.

200. B.G. MORGAN, *supra*, note 185, p. 186.

201. K.L. KARST, *supra*, note 192, p. 107.

3.3.2.2.3. La connaissance d'office des faits législatifs

La règle de preuve la plus propice à un assouplissement apte à permettre l'admission des faits législatifs et constitutionnels est celle relative à la connaissance d'office²⁰². Le domaine de la connaissance d'office variera en effet considérablement selon qu'on se trouve en présence de faits adjudicatifs ou de faits législatifs. Davis parlera de deux mondes de connaissance d'office, presque entièrement différents, n'ayant que peu à voir l'un avec l'autre²⁰³. À l'opposé des faits adjudicatifs, qui doivent en principe être prouvés, on a pu suggérer que les faits législatifs sont en général l'apanage de la connaissance d'office. Il semble en effet admis que les tribunaux jouissent d'une très grande marge de manœuvre dans leur quête des faits législatifs. Le double critère de notoriété et de caractère relativement indiscutable n'opérerait pas en regard de l'admission d'office de faits législatifs, les restrictions à cet égard étant à peu près inexistantes²⁰⁴.

D'ailleurs, les faits législatifs, en particulier ceux qui sont aussi normatifs, seront rarement incontestables ou notoires. De ces faits, et du bien-fondé de laisser le tribunal maître de leur admission, on dira par exemple :

Ils expriment l'opinion que le juge se fait de la réalité, des facteurs sociaux qui expliquent l'adoption de la loi ou de l'injustice que le législateur voulait apparemment corriger en adoptant la loi. De telles opinions sont tout à fait légitimes chez les juges : elle sont inhérentes à la politique judiciaire. Elles s'alimentent à la formation professionnelle et scientifique du juge, à ses lectures, à sa culture, à ses observations des faits sociaux.²⁰⁵

En matière constitutionnelle, la Cour suprême du Canada a, depuis longtemps, pris connaissance d'office de faits législatifs et constitutionnels. Elle l'a fait à propos de questions portant sur le partage des compétences entre l'autorité fédérale et les provinces, en s'interrogeant sur les objets et les

202. On peut relier l'acceptation du « Brandeis brief », par la Cour suprême des États-Unis, à un assouplissement des règles relatives à la connaissance d'office des faits législatifs : P. HOGG, *supra*, note 165, p. 395. En effet, dans *Muller v. Oregon*, (1908) 208 U.S. 412, le procureur Louis D. Brandeis avait joint à son mémoire des textes de législation étrangère, ainsi que des extraits de rapports de comités d'étude. La Cour a fait référence à ces documents, a considéré que leur contenu faisait foi d'un savoir général largement répandu, et a finalement conclu en avoir connaissance d'office : « ... when a question of fact is debated and debatable, and the extent to which a special constitutional limitation goes is affected by the truth in respect to that fact, a widespread and long-continued belief concerning it is worthy of consideration. We take judicial cognizance of all matters of general knowledge », *supra*, p. 420-421.

203. K.C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 146.

204. K.C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 146 ; C. FABIEN, *supra*, note 63, p. 458-459.

205. C. FABIEN, *supra*, note 63, p. 459-460.

effets des législations contestées²⁰⁶. Depuis l'adoption de la Charte, les tribunaux ont aussi recouru à leur connaissance d'office, pour les fins d'une évaluation en vertu de l'article premier²⁰⁷, à propos, surtout, de l'objectif poursuivi par la loi portant atteinte aux droits et libertés. On a ainsi reconnu d'office l'importance d'éliminer les mauvais conducteurs de la route²⁰⁸, de réprimer le trafic des stupéfiants²⁰⁹, du rôle de l'individu, de l'église et de l'État en matière d'éducation des jeunes²¹⁰, de permettre une journée de congé commune dans une société²¹¹, et enfin le caractère essentiel des agents

-
206. Voir, par exemple : *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, p. 128 (connaissance d'office du caractère prohibitif d'une taxe sur les banques) ; *Switzman c. Elbing*, [1957] R.C.S. 285, p. 299 (connaissance d'office d'un phénomène de diffusion de doctrines dites subversives) ; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804, p. 817-818, et *Curr c. R.*, [1972] R.C.S. 889, p. 903 (connaissance d'office des problèmes causés par les accidents de la route) ; voir aussi, généralement : *In the Matter of a Reference as to the Validity of the Maritime Leasehold Regulations* — *P.C. 2029*, [1950] R.C.S. 124, p. 127 ; *Klippert c. R.*, [1967] R.C.S. 822, p. 831 ; *R. c. Manitoba Egg and Poultry*, [1971] R.C.S. 689, p. 704-705.
207. Voir *supra*, la citation dont la référence se retrouve à la note 164, où le juge en chef Dickson affirme qu'il pourra arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi.
208. « Je ne conteste pas qu'il est tout à fait souhaitable d'éliminer les "mauvais conducteurs" de la route. Je ne conteste pas non plus l'utilité de punir sévèrement les mauvais conducteurs qui prennent le volant malgré l'interdiction de le faire », le juge Lamer, dans le *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act*, *R.S. B.C. 1979 ch. 288*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 521, une affaire où aucun élément de preuve n'avait été soumis, à propos de l'article un.
209. « ... la gravité du trafic des stupéfiants fait qu'il va presque sans dire que sa répression constitue un objectif suffisamment important aux fins de l'article premier », le juge en chef Dickson, dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 141.
210. « Ce serait nier l'histoire que de ne pas reconnaître que pendant de nombreuses années l'individu et l'église ont joué un rôle beaucoup plus important que l'État en matière d'éducation des jeunes. Et lorsque l'État a commencé à assumer un rôle dominant, il a dû faire des compromis pour répondre aux besoins et à la volonté de ceux qui avaient des opinions divergentes [...] Si l'appelant a un intérêt dans l'éducation de ses enfants et la conviction religieuse qu'il doit lui-même l'assurer, il ne faudrait pas oublier que l'État a lui aussi un intérêt dans l'éducation de ses citoyens [...] L'éducation est aujourd'hui une question de première importance pour tous les gouvernements [...] L'intérêt qu'a la province dans l'éducation de la jeunesse est donc impérieux. Il ne devrait pas être nécessaire de démontrer davantage qu'elle peut, en s'occupant de promouvoir cet intérêt, imposer des limites raisonnables à la liberté de ceux qui, comme l'appelant, croient qu'ils devraient eux-mêmes assurer l'éducation de leurs enfants et le faire conformément à leurs convictions religieuses », le juge La Forest, dans *Jones c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 284, p. 296-297, voir aussi p. 299.
211. « À mon sens, il est évident en soi qu'il est souhaitable de permettre aux parents d'avoir régulièrement, avec leurs enfants, eux-mêmes en congé scolaire, des jours de congé dont jouissent également la plupart des autres familles et des autres membres de la collectivité [...] Vouloir protéger les travailleurs, les familles et les collectivités contre une réduction des possibilités d'éprouver la satisfaction que procurent ces activités, et vouloir préserver

de police et des pompiers, dans le cadre d'une législation restreignant le droit de grève et de faire du piquetage²¹².

Dans des circonstances cependant beaucoup plus exceptionnelles, on a pu prendre connaissance d'office de la proportionnalité entre l'objectif poursuivi et les moyens utilisés²¹³. On comprend aisément en quoi ce champ d'investigation se prête mal à la connaissance d'office : sa complexité est telle²¹⁴ qu'il devient utopique d'en imputer la connaissance à une simple cour de justice, au reste compétente. Cette dernière doit en principe être dûment informée des faits législatifs pertinents, on ne peut réalistement supposer qu'elle connaît déjà l'existence de tous les moyens législatifs possibles et leur impact éventuel sur les droits et libertés.

Les seules formes possibles de contrôle de cette latitude judiciaire en matière de connaissance d'office des faits législatifs relèveraient des domaines de l'appel et de la preuve. D'une part, on suggère en effet que toute erreur dans l'admission d'office, la détermination et l'évaluation d'un fait législatif constitue une erreur de droit susceptible d'appel²¹⁵. D'autre part, et ceci fera l'objet d'un prochain développement, on assigne un certain rôle aux parties dans la présentation de preuve relativement à des faits du domaine de la connaissance d'office. Remarquons ici au passage combien il apparaît à première vue paradoxal que, pour permettre un contrôle quelconque de l'activité judiciaire relative à la connaissance d'office, on soit astreint à

l'individu contre l'aliénation de ses liens sociaux les plus intimes, ne sont pas des buts que je considère comme sans importance ou négligeables », le juge en chef Dickson dans *Edwards Books and Art Limited c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 770.

212. « Le caractère essentiel des agents de police et des pompiers est, à mon avis, manifeste et évident en soi, et n'a pas à être démontré au moyen d'une preuve. Il est clair que l'interruption de la protection assurée par les policiers et les pompiers mettrait en péril la vie, la sécurité et la santé des personnes », le juge en chef Dickson, dans *Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 376.

213. « Aucune preuve n'est nécessaire non plus pour démontrer la difficulté d'appliquer un programme provincial d'éducation générale s'il incombe aux autorités en matière d'éducation d'en assurer le respect. Le moyen évident de l'appliquer consiste à exiger de ceux qui demandent d'être exemptés de ce programme général d'adresser une demande à cette fin », le juge La Forest : *Jones c. R.*, *supra*, note 210, p. 299-300 ; *contra* : « Le gouvernement n'a produit aucune preuve qui démontre qu'obliger les parents à demander une accréditation soit le moyen le moins draconien d'assurer que leurs enfants reçoivent un enseignement approprié. Le législateur, par exemple, aurait bien pu conférer aux autorités scolaires le pouvoir de procéder à une inspection de leur propre initiative. Je ne crois donc pas que le gouvernement se soit acquitté de son obligation de preuve en regard de l'article premier », la juge Wilson, dissidente, dans *Jones c. R.*, *supra*, p. 315. Voir aussi *Edwards Books and Art Limited c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 802-803.

214. Voir les 3 volets du test de proportionnalité, *supra*, texte accompagnant la note 155.

215. C. FABIEN, *supra*, note 63, p. 459-460-461.

conclure à la fois à question de droit afin de permettre un contrôle en appel par les instances judiciaires supérieures, et à la fois à question de fait, afin de permettre un contrôle par les parties qui pourront ainsi présenter de la preuve pertinente. Un autre mystère de la distinction du fait et du droit, on n'y échappe pas !

Le rôle des parties

L'activité de connaissance d'office se déroule, par définition, parallèlement au processus de présentation de la preuve par les parties. Les éléments qui font partie de la connaissance d'office sont en fait ceux que les parties n'auront pas à prouver, ceux que les juges connaissent ou sont présumés connaître en soi : il s'agit d'une exception au principe voulant que les juges n'ont de connaissance factuelle que celle qui leur aura été prouvée par les parties. Dès lors, on peut se demander si les parties ont un rôle quelconque à jouer en matière de connaissance d'office.

Il semble tout d'abord qu'un possible malentendu doit être dissipé. Il est faux de prétendre que les faits de connaissance d'office ne sont aucunement susceptibles de preuve, qu'elle tende à les prouver ou à les contredire²¹⁶. En effet, la connaissance d'office ne fait que retirer l'obligation de prouver certains éléments, elle ne les rend pas irréfragablement prouvés et elle n'empêche pas les parties qui le veulent de présenter des éléments de preuve qui seraient pertinents²¹⁷.

216. C. FABIEN, *supra*, note 63, p. 438-462 ; K.C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 190.

217. Une récente décision de la Cour d'appel d'Ontario illustre la complexité des problèmes que peut soulever la question de la connaissance d'office : *R. v. Zundel*, (1987) 31 C.C.C. (3d) 97. Il s'agit d'une affaire dans laquelle Zundel est accusé d'avoir volontairement publié une déclaration ou histoire qu'il savait être fausse et qui était de nature à causer du tort à l'intérêt public que représente la tolérance raciale et sociale, contrairement à l'article 177 du *Code criminel*, R.S.C. 1970, c. C-34. Cette information niait que la mort de 6 millions de juifs ait été causée par une politique allemande d'extermination, au cours de la seconde guerre mondiale, et était à l'effet que ce prétendu mensonge aurait grandement favorisé le peuple juif et l'État d'Israël. Une des questions discutées dans le jugement de la Cour d'appel porte sur la connaissance d'office. La poursuite avait présenté une requête au juge du procès, lui demandant de prendre connaissance d'office de l'existence de l'Holocauste. La Cour d'appel a jugé que le premier juge avait judiciairement exercé sa discrétion en rejetant cette requête, au motif, notamment, selon nous erroné (cf. *supra*, note 216), que la connaissance d'office d'un fait le rend automatiquement irréfragablement prouvé. En l'espèce, cela aurait porté atteinte aux droits de la défense. Mais au-delà de cette question technique, c'est tout l'arbitraire relié à la question de la connaissance d'office qui est mis en lumière. Quelles « données » historiques méritent d'être connues d'office ? Peut-on, et doit-on, entendre de la preuve sur n'importe quoi ? Peut-on permettre à chaque juge de refaire

Le principe serait à l'effet que, d'une façon générale, les parties devraient être admises à présenter de la preuve sur tout élément susceptible d'influencer le jugement final. Elles pourraient par exemple le faire lorsqu'elles soupçonnent qu'un élément risque d'être considéré d'office par le tribunal alors qu'elles l'estiment discutable, ou encore lorsqu'elles veulent s'assurer que le tribunal aura connaissance d'un élément qu'elles jugent relever du domaine de la connaissance judiciaire. Le domaine de preuve des parties n'est pas limité par l'existence de celui de connaissance judiciaire²¹⁸. Ce qui est particulier cependant, quant à ce dernier, c'est que le tribunal pourra considérer la preuve apportée par les parties à la lumière de sa propre connaissance préalable de l'objet contesté.

C'est en fait la nature particulière des faits connus d'office qui déterminera le rôle précis auquel les parties pourront prétendre. Selon que ces faits seront essentiels ou simplement périphériques, généralement acceptés ou sujets à controverse, substantiellement factuels ou plutôt normatifs²¹⁹, les parties pourront prétendre à un rôle plus ou moins actif dans leur établissement. Ce sont les exigences de l'équité qui devraient dicter les paramètres exacts de ce rôle²²⁰. Ainsi, une première catégorie de faits pourra être supposée en silence²²¹ — c'est généralement le cas des faits qui ne sont admis d'office qu'au moment du délibéré²²² — lorsque leur incontestable vérité est telle qu'aucun problème d'équité n'est ainsi créé. Pour des motifs qui relèvent à la fois de la commodité et du bon sens, il semble impensable d'exiger du tribunal un avis préalable aux parties à chaque fois qu'un élément factuel sera admis d'office²²³. Une seconde catégorie sera composée de faits importants dont l'incertitude relative sera telle que la simple prudence exigera leur mention aux parties avant leur admission d'office²²⁴. Finalement, l'équité, sinon des

l'histoire, selon la preuve qui lui est présentée dans une instance particulière? Ou, autrement, consacrer l'histoire officielle et risquer de refaire le procès de Galilée?

218. Sauf, bien sûr, les raisons d'opportunité qui feront qu'un tribunal pourra refuser d'entendre une preuve tendant à prouver ou à contredire l'évidence — voir C. FABIEN, *supra*, note 63, p. 441.

219. Voir la classification proposée par K.C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 163-164.

220. M. MANNING, *supra*, note 187, p. 9, 10, 53 (manuscrit); B.G. MORGAN, *supra*, note 185, p. 172; P. HOGG, *supra*, note 165, p. 399; B.L. STRAYER, *supra*, note 177, p. 291.

221. K.C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 190.

222. « On devine que dans la plupart des cas le juge prend connaissance d'office au cours du délibéré, de sa propre initiative, pour combler une lacune de la preuve et éviter ainsi la réouverture de l'enquête », C. FABIEN, *supra*, note 63, p. 468.

223. C. FABIEN, *supra*, note 63, p. 470; K.C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 195.

224. « The simplest common sense requires that when a judge is uncertain about needed legislative facts, he should let the advocates know what he contemplates and listen to- or read- what they have to say », K.C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 159.

prescriptions constitutionnelles plus directement contraignantes, pourrait exiger que l'admission d'office de certains faits essentiels et controversés soit précédée d'un avis préalable aux parties et d'une audition formelle de leurs représentations sur le sujet²²⁵. Il se pourrait par exemple, en droit constitutionnel canadien, que, sans ces procédures, l'admission d'office de faits législatifs contestés enfreigne le droit à un procès équitable en matière criminelle²²⁶, ou encore l'un quelconque des principes de justice fondamentale²²⁷.

Suivant les circonstances, les faits constitutionnels pertinents à l'élaboration d'un raisonnement sous l'article premier relèveront de l'une ou l'autre catégorie. Mais la question sera toujours très délicate.

Les parties auront donc en principe un rôle à jouer dans l'établissement de tous les faits législatifs et constitutionnels, qu'ils relèvent ou non du domaine de la connaissance d'office.

Et elles devront le remplir avec diligence. Mieux le tribunal sera informé, et plus sage sera son évaluation des faits législatifs. Les juges de la Cour suprême ont d'ailleurs incité les parties à leur apporter plus d'informations quant aux faits pertinents de l'article un²²⁸, de manière à leur permettre de s'inspirer d'autre chose que de leurs propres expériences personnelles dans la détermination de ces faits litigieux²²⁹. Quelle que soit la valeur des informations

225. K. C. DAVIS, *supra*, note 71, p. 159, 190. L'auteur réfère notamment aux exigences de la clause de *due process* de la Constitution américaine.

226. L'article 11d) de la Charte prévoit que « tout inculpé a le droit... d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable ».

227. L'article 7 de la Charte prévoit que « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

228. « ... I urge all counsel in constitutional litigation to offer the court, as evidence, any material they seem useful to the question at hand » — Le juge en chef de la Cour suprême du Canada, Brian Dickson, lors d'une conférence à l'Association du barreau canadien, hiver 1985; « It seems to me that the Court may now have to expand the evidentiary base even further. Indeed, problems of proof under the Charter are going to be among the more interesting and difficult ones... otherwise the judges will be unable, as Judge Cardozo put it, to "transcend the limitations of their own egos" and will tend to rely upon their own personal value systems in interpreting and applying the Charter... » La juge Bertha Wilson, de la Cour suprême du Canada, lors d'une conférence à l'Université de Toronto, novembre 1985. Tous les deux cités dans M. MANNING, *supra*, note 187, exergue, p. 1 et 2 (manuscrit).

229. Cette information leur est d'autant plus nécessaire que le type d'analyse qu'exige l'article 1 ne leur est pas familier. « The highly politicized nature of the section 1 inquiry is exacerbated rather than eliminated by the reference to "reasonable limits" that can be "demonstrably justified in a free and democratic society". In order to give content to this terminology, the courts will have to devise some nominative theory about the nature of freedom and of democracy. The trouble with this is twofold. First, there is no fixed or

disponibles, la décision devra quand même être prise sur la base de celles-ci. Une seule alternative est présente : les faits seront explicitement considérés, ou implicites dans le raisonnement judiciaire²³⁰. Là se situe le choix²³¹.

3.4. La conclusion en vertu de l'article premier

On doit maintenant considérer la nature du jugement porté, une fois interprétée la règle de droit énoncée à l'article 1 de la *Charte* à l'aide d'un standard et présentés les faits adjudicatifs, législatifs et constitutionnels pertinents. Quand le tribunal, dans un cas particulier, décide que les droits et libertés sont restreints par une règle de droit, dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, quelle est la nature de la conclusion ainsi élaborée ?

Encore une fois, on peut concevoir la question sous deux angles. On peut y voir la définition du champ d'application de la règle de droit formulée à l'aide du standard. Ou encore on peut tout simplement considérer qu'il s'agit de la qualification de faits particuliers comme déclenchant ou non l'opération de la norme. La première possibilité permet formellement de conclure à l'existence d'une question de droit, la seconde à une question de fait. Mais l'opération intellectuelle et logique est la même, il n'y a entre les deux aucune différence matérielle, de fond. La distinction formelle n'est qu'arbitraire et rhétorique. Elle permet de justifier une conclusion fondée en fait sur des raisons d'un autre ordre.

Plus déterminantes seront certaines caractéristiques essentielles de la décision rendue en vertu de l'article premier. D'une part, certaines d'entre elles exigent l'implication des tribunaux supérieurs, surtout de la Cour suprême du Canada, et qui ne peut être maintenue qu'au moyen des mécanismes de droits d'appel et de contrôle judiciaire. En effet, une décision rendue en vertu de l'article premier revêt une importance sociale et politique cruciale.

uncontroversial "core meaning" to these concepts; they are "contested concepts", with a rich and sophisticated debate continuing within political theory over their content and application. Second, the judiciary is largely unaware of the nature and subtlety of these theoretical debates. Such "political" questions have always been debated in the academy or the legislature, rather than the court-room», P.J. MONAHAN « A Critic's guide to the Charter », in R.J. SHARPE (ed.), *Charter Litigation, supra*, note 185, p. 398.

230. K.L. KARST, *supra*, note 192, p. 84.

231. Généralement, on voit que les faits législatifs demandent de nouvelles solutions. La traditionnelle distinction du fait et du droit nous éclaire peu à leur sujet, ne concernant en réalité que les faits adjudicatifs.

On l'a vu, le texte de la Constitution prévoit expressément l'imposition d'une sanction d'ineffectivité à toute règle de droit jugée incompatible²³². Les autorités chargées d'interpréter et d'appliquer la Constitution acquièrent de ce fait le pouvoir de déclarer, pour certains litiges particuliers, l'ineffectivité relative de lois démocratiquement adoptées, qu'elles auront jugé porter atteinte aux droits et libertés et ne pas satisfaire au test de l'article 1 : il devient dès lors absolument nécessaire de garantir à ces conclusions une voie d'accès à des tribunaux supérieurs de révision et d'appel, et de permettre ultimement à la Cour suprême du Canada de se prononcer à leur égard. D'ailleurs, pour ce genre de questions dont les considérations légales, sociales et politiques sont intrinsèquement liées, on peut difficilement invoquer une expertise particulière des tribunaux de première instance et que les cours d'appel et de révision devraient respecter. Bien sûr, leur expertise factuelle dans un secteur particulier prévaudra toujours et permettra un jugement plus éclairé de la part des instances d'appel et de révision. Mais cette expertise ne s'étend pas aux jugements de valeurs prescrits par l'article 1. Dès lors, pour les fins de droit d'appel et de contrôle judiciaire, il serait souhaitable que les décisions rendues en vertu de l'article premier soient qualifiées de question de droit²³³.

Par ailleurs, certaines autres caractéristiques de la décision semblent cependant la ranger du côté des faits, encore une fois pour des fins bien déterminées. Une décision qui met en jeu le raisonnable et les valeurs d'une société libre et démocratique en est une unique, *ad hoc*, fondée tant sur les circonstances factuelles précises que sur l'atmosphère propre à l'époque et au lieu de la décision. C'est un événement unique. Et qui doit le demeurer. Il est essentiel d'assurer à la mise en œuvre du standard de l'article premier un caractère de souplesse et une capacité d'adaptation à des conditions sociales nouvelles. On doit aussi éviter d'hypertrophier la règle de droit qu'il contient

232. Article 52(1), *Loi constitutionnelle de 1982*.

233. Voir, pour une conclusion comparable, B.G. MORGAN, *supra*, note 185, p. 186. Nous évitons ici délibérément la question du type particulier d'erreur de droit donnant lieu à contrôle judiciaire. Voir *supra*, note 113. Il a d'ailleurs déjà été décidé que certaines questions relatives à la Charte constituaient des questions de droit susceptibles d'appel : il en est ainsi d'une décision quant à l'existence d'une violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement protégés : *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272 ; de la décision d'accorder ou non une réparation à une personne se prétendant victime de violation de ses droits ou libertés, en application de l'article 24(1) de la Charte : *Mills c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 863 ; et enfin de la question de savoir s'il y a lieu d'écarter des éléments de preuve obtenus dans des conditions portant atteinte aux droits et libertés et dont l'utilisation, eu égard aux circonstances, serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, en vertu, cette fois, de l'article 24(2) de la Charte : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 275. Notons enfin que les décisions relatives aux faits législatifs de l'article 1 relèveront du juge et non du jury, ce dernier ne se préoccupant que des faits adjudicatifs.

en en multipliant les détails. Ses applications particulières ne devraient donc bénéficier que d'une valeur de précédent toute relative. Le mode de raisonnement à propos du standard de l'article 1 favorise d'ailleurs un tel résultat.

En effet, ce mode de raisonnement est tout à fait centré sur les circonstances particulières d'une espèce, de telle sorte qu'il s'avère difficile d'universaliser le résultat obtenu. Dans chaque cas, on devra inévitablement soupeser et pondérer²³⁴ des intérêts divergents.

Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes.²³⁵

En effet, le langage même du standard de l'article premier reconnaît la pertinence d'intérêts contradictoires à pondérer : les intérêts des individus dans le respect de leurs droits et libertés et les intérêts généraux d'une société libre et démocratique poursuivant des fins légitimes²³⁶. Dans chaque cas, une décision concrète et particularisée sera rendue.

C'est aussi, en partie, ce qui inquiète à propos de l'article premier. En effet, les résultats obtenus dans un cas particulier seront arbitraires, imprévisibles. L'imprécision de la norme donne prise au rapport de pouvoir du moment.

On a exprimé la crainte qu'un trop grand usage d'un tel mode de raisonnement n'entraîne un appauvrissement de la conceptualisation ainsi qu'un empirisme à outrance²³⁷. Or, une telle crainte suppose la disponibilité d'un autre mode de pensée en contexte judiciaire. Il est vrai qu'on retrouve en doctrine américaine l'expression d'une tension entre deux modes de raisonnement à propos des droits et libertés, l'un dit courant « absolutiste » et l'autre dit de pondération des intérêts en cause²³⁸. En vertu du premier, les droits et libertés constitutionnellement garantis doivent faire l'objet d'une interprétation, on doit les conceptualiser et cerner leurs contours en découvrant la signification des termes utilisés à la lumière de leur objet, de leur histoire et de leur contexte²³⁹. Une fois leur contenu ainsi défini, les droits sont garantis de

234. On voit ici l'analogie avec le test américain du *weighing and balancing of interests*.

235. *R. c. Oakes*, *supra*, note 152, p. 139.

236. P. HOGG, *supra*, note 184, p. 14.

237. F. CHEVRETTE, *supra*, note 169, p. 489.

238. Voir Notes and Comments, « Civil Disabilities and the First Amendment », (1969) 78 *Yale L.J.* 842, p. 842-852, pour une excellente comparaison des modes de raisonnement. Voir aussi C.E. BAKER, « Limitations on Basic Human Rights — A view from the United States », *La limitation des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé*, *supra*, note 184, p. 77.

239. C.E. BAKER, *supra*, note 238, p. 77. Notes and Comments, *supra*, note 238, p. 848 ; Paul A. BENDER, « Justifications for limiting Constitutionally Guaranteed Rights and Freedoms : Some Remarks about the Proper Role of Section one of the Canadian Charter », (1983) 13 *Man. L.J.* 669, p. 676, cité F. CHEVRETTE, *supra*, note 169, p. 488-489.

façon absolue, et aucune considération ne peut remettre en question leur intégrité. Les tenants de l'approche de la pondération, à l'opposé, procèdent à des analyses ponctuelles, prenant explicitement en considération toutes les variables et circonstances d'une espèce, relatives tant aux intérêts individuels qu'aux intérêts de la société, et ce n'est qu'à la lumière de tous ces éléments que sera prononcé le jugement relatif à l'existence d'une atteinte à un droit ou à une liberté constitutionnellement protégés²⁴⁰. Formellement, la première approche semble moins discrétionnaire, moins flexible aussi, et présenter un plus grand caractère de prévisibilité²⁴¹. La méthode de pondération est beaucoup plus tributaire d'un fondement factuel particulier, son résultat ne peut être exprimé sous la forme d'une règle de droit²⁴². Cette prétendue dichotomie n'est cependant pas à l'abri de toute critique.

En effet, on peut s'interroger sur sa réalité matérielle plutôt que formelle. Au-delà de la formulation, tout raisonnement judiciaire à propos des droits et libertés, par exemple, ne repose-t-il pas inévitablement sur la considération, explicite ou implicite, des différents intérêts en présence²⁴³? N'est-ce pas cette même considération qui dictera les paramètres définitionnels élaborés par les absolutistes? Il se peut dès lors que la distinction n'en soit qu'une de forme, relative à la présentation des conclusions plutôt qu'à leur élaboration. Peut-être une décision présentée comme le résultat d'une norme absolue semblera-t-elle plus « judiciaire » et moins « législative »²⁴⁴. Mais cela n'est que rhétorique. Les exigences de la démocratie vont peut-être plutôt dans le sens de la nécessité de l'expression des considérations ayant inévitablement et réellement motivé le résultat du contrôle judiciaire de l'activité législative²⁴⁵.

L'utilisation, en droit constitutionnel canadien, des données de ce débat propre au droit américain nécessite par ailleurs des aménagements. En effet, la présence de l'article premier est propre à la *Charte* canadienne, et le *Bill of Rights* américain n'en contient aucun équivalent. On a généralement considéré que la présence de cette clause limitative d'application générale faisait en sorte d'imposer une modalité de raisonnement en deux temps à propos des droits et libertés: d'abord voir s'il existe une atteinte quelconque, puis en considérer la légitimité en fonction des paramètres de la clause limitative. Le choix du mode de raisonnement de la première étape ne nous intéresse pas directement ici. C'est cependant à son propos que le débat entre absolutistes

240. C.E. BAKER, *supra*, note 238, p. 177; Notes and Comments, *supra*, note 238, p. 844.

241. Notes and Comments, *supra*, note 238, p. 844.

242. Notes and Comments, *supra*, note 238, p. 843, 852.

243. Notes and Comments, *supra*, note 238, p. 851-852; K.L. KARST, *supra*, note 192, p. 78, 79, 80.

244. Notes and Comments, *supra*, note 238, p. 851-852; K.L. KARST, *supra*, note 192, p. 80.

245. *Id.*

et pondérateurs pourra être d'une quelconque utilité. Parce qu'en regard de la seconde étape, soit celle de l'étude de la légitimité des limites aux droits et libertés, le standard choisi par l'autorité constituante, tout comme l'interprétation qu'en a donnée la Cour suprême du Canada, réfèrent expressément aux différents intérêts à considérer, et la seule approche de pondération s'impose d'elle-même. Il semblerait plutôt préférable de présenter comme suit l'enjeu relatif au lieu de la pondération de certains intérêts, au niveau du traitement des droits substantifs ou à celui de la mise en œuvre du standard de la clause générale de limitation : le premier lieu risque d'être celui du définitif, des définitions, du droit déclaré par les juges, du précédent contraignant, alors que le second sera celui du provisoire, du fait, de la pondération *ad hoc* et celui, surtout du fardeau de la preuve imposé à la partie invoquant la légitimité d'une limitation.

L'application du standard de l'article premier appelle donc une qualification comme question de fait, pour les fins de sa valeur de précédent. On ne pourra en extrapoler une règle générale d'application universelle. Elle ne sera le résultat unique que d'un seul contexte particulier. La difficulté d'imprévisibilité que cela entraîne est en partie compensée par la définition du standard donnée par la Cour suprême du Canada : à défaut de pouvoir prévoir à l'avance la conclusion, on en connaîtra au moins déjà les paramètres.

Conclusion

Les autorités constituantes canadiennes ont formulé la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés* à l'aide d'un standard. Elles ont ainsi investi les tribunaux d'un important pouvoir d'interprétation qui n'est nullement limité par une distinction naturelle et pré-existante entre le fait et le droit. C'est plutôt la nature et l'importance de la décision rendue, tout comme son statut dans l'ordre juridique, qui en dicteront les incidences particulières sur les nécessaires et variables qualifications en termes de fait et de droit. Et cela, les tribunaux le savent déjà.