

Les Cahiers de droit



La mise en oeuvre judiciaire de l'article 1 de la Charte canadienne et le droit de la preuve

André Binette

Volume 27, Number 4, 1986

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042776ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042776ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Binette, A. (1986). La mise en oeuvre judiciaire de l'article 1 de la Charte canadienne et le droit de la preuve. *Les Cahiers de droit*, 27(4), 939-964. <https://doi.org/10.7202/042776ar>

Article abstract

The object of this paper is to show that rules of evidence are often unworkable in s. 1 Canadian Charter cases. A survey reveals that courts tend to use these rules selectively when a party attempts to demonstrably justify a reasonable limit to a guaranteed right or freedom. A parallel is made with the Supreme Court of Canada's flexibility in admitting extrinsic material in constitutional references. American law is useful in that it establishes the key distinction between adjudicative facts and legislative facts. Rules of evidence apply only to the former category. Legislative facts correspond to facts needed for a s. 1 demonstration. It should be recognized in Canada that rules of evidence are inapplicable to such facts because of the specific purpose and importance of judicial reasoning in Charter cases.

La mise en œuvre judiciaire de l'article 1 de la Charte canadienne et le droit de la preuve

André BINETTE *

The object of this paper is to show that rules of evidence are often unworkable in s. 1 Canadian Charter cases. A survey reveals that courts tend to use these rules selectively when a party attempts to demonstrably justify a reasonable limit to a guaranteed right or freedom. A parallel is made with the Supreme Court of Canada's flexibility in admitting extrinsic material in constitutional references. American law is useful in that it establishes the key distinction between adjudicative facts and legislative facts. Rules of evidence apply only to the former category. Legislative facts correspond to facts needed for a s. 1 demonstration. It should be recognized in Canada that rules of evidence are inapplicable to such facts because of the specific purpose and importance of judicial reasoning in Charter cases.

	<i>Pages</i>
1. Jurisprudence sélective de différents cours d'appel canadienne sur la mise en œuvre de l'article 1 de la Charte canadienne	944
1.1. Cour d'appel de l'Ontario.....	944
1.2. Cour d'appel du Manitoba.....	946
1.3. Cour d'appel de la Colombie-Britannique	947
1.4. Cour d'appel de la Saskatchewan	948
1.5. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta	948
1.6. L'arrêt <i>Oakes</i> de la Cour suprême du Canada	949
2. L'analogie avec les litiges constitutionnels sur le partage des compétences législatives	951

* Avocat. L'auteur était de 1982 à 1985 à la direction du droit constitutionnel du ministère de la Justice du Québec. Il remercie M^e Réal Forest pour les suggestions et commentaires qui ont facilité la réflexion sur la matière qui fait l'objet de cet article.

	<i>Pages</i>
3. L'analogie avec le droit constitutionnel américain et la distinction entre les « faits législatifs » et les « faits adjudicatifs »	956
4. La position des tribunaux australiens	961
Conclusion	962

Dans une affaire récente, *Quebec Association of Protestant School Boards c. Procureur général du Québec*, on soutenait devant la Cour supérieure que le chapitre VIII de la *Charte de la langue française* était inconstitutionnel parce qu'incompatible avec l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹. Le procureur général prétendait que le chapitre VIII constituait une limite raisonnable aux droits garantis par l'article 23, limite autorisée par la clause limitative de l'article 1 de la *Charte canadienne*.

Afin de démontrer le caractère raisonnable de cette limite, des témoins-experts furent entendus et contre-interrogés. Il s'agissait d'un historien, d'un sociologue, d'un mathématicien (auteur de travaux en démographie) et d'un démographe. Ces experts apportaient avec eux des études qu'ils avaient préparées pour l'occasion, qui furent produites. Les procureurs des requérants présentèrent à leur tour un témoin-expert, un démographe, et produisirent leurs propres études.

Dans une autre affaire, en Cour fédérale cette fois, *Alliance de la fonction publique du Canada c. R.*², Madame la juge Reid entendit des économistes dans un débat sur le caractère raisonnable d'une limite alléguée à la liberté d'association, protégée par l'article 2 de la *Charte canadienne*. Il fallait décider dans cette cause si des barèmes législatifs de salaires pour les fonctionnaires fédéraux violaient la liberté d'association, parce qu'on ne pouvait, lors des négociations en vue du renouvellement des conventions collectives, dépasser les niveaux de traitement fixés par la loi. Le procureur général du Canada estimait que ces limites à la liberté d'association étaient raisonnables au sens de l'article 1, eu égard aux circonstances économiques que les témoins-experts étaient chargés d'expliquer, ou de nier, devant la Cour.

1. [1982] C.S. 673, conf. par (1983) C.A. 77 et (1984) 2 R.C.S. 66; L.R.Q. 1977, c. C-11; *Loi sur le Canada*, S.R.-U. 1982, c. 11, Annexe B, Partie I.

2. [1984] 2 C.F. 562, conf. par [1984] 2 C.F. 889. L'autorisation de pourvoi fut accordée par la Cour suprême le 1^{er} octobre 1984, 57 N.R. 161.

Dans un troisième litige, qui est lui aussi toujours devant les tribunaux, *Irwin Toy c. Procureur général du Québec*³, les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*⁴, qui interdisent la publicité destinée aux enfants au Québec, sont contestés pour le motif qu'ils violeraient la liberté d'expression des entreprises commerciales désireuses de faire une telle publicité. Abstraction faite du débat sur l'existence d'une dimension commerciale de la liberté d'expression, on a soutenu au nom du procureur général que l'article 2 de la Charte canadienne, qui garantit la liberté d'expression, n'est pas enfreint par les dispositions en cause, parce qu'il existe une foule d'études scientifiques de spécialistes en psychologie de l'enfance, ou en marketing destiné aux enfants, qui feraient voir les effets négatifs de la publicité sur la santé et le comportement des enfants. Ces études ont été présentées afin de démontrer le caractère raisonnable, au sens de l'article 1 de la Charte canadienne, de la limite alléguée à la liberté d'expression.

Cette fois, aucun expert ne fut entendu et les études ne furent pas produites, mais simplement citées dans les mémoires des parties et reproduites dans des annexes à ces mémoires. Les parties n'eurent pas l'occasion d'interroger les auteurs de ces études, ni de contester sérieusement l'admissibilité de celles-ci. L'argumentation relative à la Charte canadienne apparut pour la première fois au niveau de la Cour d'appel, sur requête, car la Charte n'entra en vigueur qu'après le jugement de première instance.

Enfin, dans une quatrième affaire, elle-même pendante, *Valerie Ford c. Procureur général du Québec*⁵, on soutient que l'article 58 de la *Charte de la langue française*, qui impose le français comme langue unique de l'affichage au Québec, est contraire lui aussi aux garanties de la liberté d'expression de l'article 2 de la Charte canadienne et de l'article 3 de la *Charte québécoise des droits de la personne*^{5a}. En première instance, le procureur général du Québec ne se prévalut pas de la possibilité de démontrer que l'article 58 était conforme aux chartes des droits par l'entremise des clauses limitatives des articles 9.1 de la Charte québécoise et 1 de la Charte canadienne. Il choisit cependant de le faire au niveau de la Cour d'appel, de la même manière que dans l'affaire *Irwin Toy*, c'est-à-dire sans témoin, sans qu'on puisse interroger les auteurs des études citées, et sans produire formellement ces études.

3. [1982] C.S. 96. Le 18 septembre 1986, la Cour d'appel a rendu jugement dans cette affaire, en s'appuyant notamment sur son interprétation des études présentées par les parties. Elle ne dégagea cependant aucune règle relative à la production et à l'admissibilité d'une telle documentation qui pourrait guider le plaideur qui se trouverait dans une situation analogue à l'avenir.

4. L.R.Q., c. P-40.1.

5. [1985] C.S. 147.

5a. L.R.Q. 1977, c. C-12.

Ces quatre affaires soulèvent des questions importantes pour la mise en œuvre des clauses limitatives des chartes des droits canadienne et québécoise. S'il était évident dès le départ que la mise en œuvre de ces clauses ferait appel aux connaissances d'autres disciplines, les moyens par lesquels ces connaissances pourraient être portées à l'attention judiciaire restaient à déterminer.

Une première approche qui fut retenue fut l'approche orthodoxe, que l'on retrouve dans *Quebec Association of Protestant School Boards*, et dans *Alliance de la fonction publique du Canada c. R.*, cités plus haut. Il s'agit, comme dans toute procédure contentieuse, de présenter des témoins-experts, de permettre qu'on les contre-interroge, et de produire des documents après avoir établi au préalable leur admissibilité.

Une seconde approche se dégage des deux autres exemples qui viennent d'être évoqués. Elle consiste à considérer que la démonstration exigée ne vise pas à établir la certitude d'un fait, mais seulement le caractère raisonnable d'une proposition à l'origine de la disposition législative que l'on soutient être contraire à une charte des droits. La décision politique et législative (qu'il est raisonnable d'interdire la publicité destinée aux enfants, de limiter les hausses de salaire des fonctionnaires, d'imposer le français dans l'affichage ou d'envoyer les enfants québécois à l'école française) étant fondée sur une certaine conception de la société, il convient d'examiner le caractère raisonnable de celle-ci, puisque c'est à ce critère que renvoient les clauses limitatives des chartes des droits elles-mêmes. Cette conception de la société est souvent liée à des connaissances objectives émanant de disciplines variées. Dans ces cas, il faut consulter, analyser et porter à la connaissance judiciaire la littérature spécialisée la plus récente et la plus pertinente, si elle existe. La connaissance scientifique étant le plus souvent d'une nature exploratoire et évolutive, principalement dans les sciences sociales, elle se prête mal à l'établissement d'une preuve certaine et définitive, telle qu'exigée jusqu'ici par les tribunaux.

Comment établir en effet de façon certaine que la situation économique justifie la fixation de niveaux maxima de salaires? Comment établir de façon certaine, définitive et irréfutable que certaines formes de publicité nuisent aux enfants, ou que la situation du français au Québec est si précaire que cette langue doit être la seule dans laquelle l'affichage est autorisé?

C'est poser là un défi épistémologique insurmontable. La démonstration du caractère raisonnable d'une limite législative ne peut donc reposer sur l'établissement d'une certitude, mais seulement sur la construction d'une vraisemblance ou sur l'apparence de raisonnable (« reasonableness »), qui se dégage d'un consensus chez un groupe de personnes crédibles et respectées.

La notion du raisonnable étant par définition mouvante et sociale, il va de soi que deux ou plusieurs solutions peuvent coexister et s'affronter, l'unanimité n'existant pas plus chez les experts que chez les profanes devant les choix les plus difficiles...

En fin de compte, la seconde approche, moins orthodoxe, de démonstration du caractère raisonnable d'une limite législative à un droit constitutionnel paraît tenir davantage compte que la première de la fluidité et de l'incertitude des connaissances humaines, et principalement en l'occurrence des connaissances sociales.

C'est dire que le droit de la preuve, créé pour la résolution définitive de questions de fait circonscrites et particularisées, se prête peut-être mal ou pas du tout au traitement judiciaire des grands débats sociaux, qui, avec l'adoption des chartes des droits, font irruption dans la jurisprudence.

Ces considérations ont une importance capitale pour le praticien. En effet, dans une affaire qui tourne en partie autour de la mise en œuvre de l'article 1 de la Charte canadienne, comment démontrer le caractère raisonnable d'une proposition? Comment contrer cette démonstration? Quelles méthodes de présentation des renseignements sont-elles jugées appropriées par les tribunaux? Peut-on se prévaloir d'une pareille argumentation pour la première fois en appel?

Autant de questions sans réponses claires et définitives jusqu'ici. Dans les quatre affaires citées plus haut, la première n'a traité de ces questions qu'en première instance, alors que les trois autres n'ont pas encore donné lieu à un jugement final qui en tiendrait compte.

Quant à la Cour suprême du Canada, si elle a considérablement clarifié dans l'affaire *Oakes*⁶ la nature du test de l'article 1 de la Charte canadienne, elle n'a toutefois pas élaboré des règles précises qui cerneraient les moyens de le satisfaire.

Il faut, pour tenter de dégager des règles utiles en la matière, quatre ans après l'entrée en vigueur de la Charte canadienne, examiner certains jugements des tribunaux supérieurs canadiens, principalement les cours d'appel provinciales, qui ont dû procéder sans plus attendre, de façon pragmatique et souvent implicitement, à des choix importants. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada, dans des renvois constitutionnels antérieurs à l'adoption de la Charte canadienne, peut également s'avérer éclairante.

Pour un traitement plus systématique de la question, le droit étranger présente un grand intérêt, surtout le droit américain où la mise en œuvre

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

d'une charte des droits constitutionnelle retient l'attention des tribunaux depuis deux cents ans. Nous consulterons ces sources dans les prochaines pages.

1. Jurisprudence sélective de différentes cours d'appel canadienne sur la mise en œuvre de l'article 1 de la Charte canadienne

1.1. Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel de l'Ontario s'est prononcée sur le mode de présentation des faits qui serviront à évaluer le caractère raisonnable d'une limite à une liberté garantie par la Charte canadienne. Dans cette affaire, *R. v. Bryant*⁷, la Couronne invoqua la clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne pour justifier une disposition contestée du *Code criminel*. Les trois juges qui composaient le banc furent unanimes pour rejeter cette argumentation. Chacun d'eux rédigea des motifs distincts et, ce qui est intéressant pour les fins de cette étude, chacun d'eux insista sur la nécessité d'une souplesse judiciaire dans la réception des faits pertinents.

Monsieur le juge Blair écrivit au sujet de l'article 1 :

Courts must be flexible in their approach to Charter cases, particularly in the admission of evidence of relevant facts in order to ensure that the competing interests involved are fully considered.⁸

Monsieur le juge Arnup alla un peu plus loin. Il indiqua qu'à son avis la Couronne pouvait choisir plusieurs moyens de satisfaire aux exigences de l'article 1 :

I do not think the Crown has to call evidence in every case in which it is attempting to justify an infringement of a Charter right. There may be situations where it can do so by force of logic, by reference to legislation elsewhere, or by material of which the Court can take cognizance.⁹

Quant à M. le juge Houlden, il fit une rapide synthèse des moyens de recourir à l'article 1, d'après la jurisprudence :

The burden of justification under s. 1 of the Charter has been met in a variety of ways. The following are some of the more common ones: an examination of the *rationale* and purpose of the legislation; comparable legislation in other free and democratic societies, including judicial interpretation of such legislation; international conventions and agreements on the same or similar subject-matter; judicial decisions of other Canadian courts on the same legislation; the calling of oral evidence, and the argument of counsel.¹⁰

7. (1984) 15 D.L.R. (4th) 66.

8. *Id.*, p. 74.

9. *Id.*, p. 86.

10. *Id.*, p. 88.

Encore une fois, on souligne ici la diversité des approches possibles, dans l'évaluation du caractère raisonnable d'une limite à un droit garanti.

Le constat de souplesse et de diversité dressé par la Cour d'appel de l'Ontario est conforme à la pratique. La jurisprudence se ménage les coudées franches et ne se prive d'aucun moyen de recevoir l'information qui est pertinente aux fins de l'analyse qu'entraîne l'article 1.

À l'inverse, il ne sera pas nécessaire, dans certains cas, de présenter cette information lorsque l'argumentation juridique est suffisante ou lorsque la justification de la mesure contestée apparaît évidente au tribunal. Dans l'un et l'autre cas, il est clair que les tribunaux ne se conforment pas au droit de la preuve lorsqu'ils appliquent l'article 1.

Dans *R. v. Oakes*¹¹, la Cour d'appel de l'Ontario a unanimement déclaré l'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants*¹², contraire à la garantie de la présomption d'innocence de l'article 11 d) de la Charte canadienne.

Pour l'évaluation de la disposition contestée à la lumière de l'article 1, M. le juge Martin, qui a rédigé les motifs de la décision, semble prêt à reconnaître trois sources d'information : le droit comparé, la connaissance judiciaire et les « données empiriques ». Ces dernières, en particulier, peuvent suppléer aux carences de la connaissance judiciaire. À cette fin, le savant juge est disposé à examiner toute information dont le Parlement fédéral a disposé lors de l'adoption de la mesure contestée :

Where empirical data might validate an inference that would not appear to be warranted by common experience, I would be prepared to examine any information made available to Parliament in enacting the reverse onus legislation and which might tend to establish a rational connection between the proved fact and the presumed fact. No such material was put before us in the case.¹³

La Cour d'appel de l'Ontario apparaît disposée à se muer en quasi-commission parlementaire, au besoin, dans le cadre de l'application de l'article 1 de la Charte canadienne et à revoir les études, les relevés statistiques, les opinions d'experts qui ont pu être appréciés par le législateur lorsqu'il a édicté une disposition qui constitue une atteinte à un droit garanti.

Lorsque ces études ou données existent, ce qui n'est pas toujours le cas, elles ne font pas toujours foi de leur contenu, au sens des règles usuelles de preuve. Le législateur n'a pas nécessairement tenu compte de ces règles lors de l'analyse des études pertinentes, mais si les tribunaux veulent réviser la

11. (1983) 145 D.L.R. (3d) 123, conf. par la Cour suprême, *supra*, note 6.

12. S.R.C. 1970, c. N-1.

13. *Supra*, note 11, p. 147.

décision législative eu égard à l'article 1, il est logique de croire qu'ils ne voudront *a priori* exclure aucune des sources de renseignements mises à la disposition du législateur.

Dans *R. v. Bray*¹⁴, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé, à l'unanimité, que le renversement du fardeau de la preuve qui est opéré par l'article 457.7(2)(f) du *Code criminel*, relatif à la détention avant procès, ne portait pas atteinte à l'article 11 e) de la Charte canadienne. M. le juge Martin, au nom de la Cour, estimait que même s'il y avait eu conflit avec l'article 11 e), la disposition contestée aurait constitué une limite raisonnable au droit garanti, en l'occurrence le droit à la libération sous caution :

The reverse onus provision in s. 457.7(2)(f) is a reasonable limitation even if, *prima facie*, it conflicts with s. 11 (e); and we think that it does not.^{14a}

Cette proposition est remarquable en ce qu'elle ne repose sur aucune preuve, au sens traditionnel du terme, offerte par l'une ou l'autre des parties. Le procureur de la Couronne a présenté des documents pour justifier la détention de l'appelant dans son cas particulier (à la page 310) mais le jugement ne fait nulle mention d'une « preuve » quelconque au sens strict tendant à justifier l'existence de l'article 457.7(2)(f) lui-même. La Cour renvoie plutôt à la jurisprudence et à la doctrine (aux pages 309-310) pour justifier la mesure contestée au moyen de l'article 1 : les autorités ont suffi là où la preuve n'était pas nécessaire.

Aucune preuve ne fut non plus requise par la Cour d'appel de l'Ontario pour appliquer l'article 1 dans *R. v. Carson*¹⁵ et *Re Smith; Global Communications Ltd. v. California*¹⁶.

1.2. Cour d'appel du Manitoba

Dans *R. v. Godfrey*¹⁷, la Cour d'appel du Manitoba a décidé que le fardeau placé sur un accusé par l'article 16(4) du *Code criminel* de démontrer son état d'aliénation mentale, si telle est sa défense, n'est pas contraire à la présomption d'innocence garantie par l'article 11 d) de la Charte canadienne. M. le juge Philp, pour la majorité, estimait que l'article 16(4) constituait une limite raisonnable à la présomption d'innocence :

[...] the onus upon the accused to prove or to establish the defence of insanity has always been part of Canadian criminal law. In my view, that onus is a

14. (1983) 144 D.L.R. (3d) 305.

14^a. *Id.*, p. 309.

15. (1983) 4 C.C.C. (3d) 476.

16. (1984) 38 C.R. (3d) 209.

17. (1984) 39 C.R. (3d) 97.

« reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society » [Charter, s. 1].¹⁸

Aucune preuve ne lui a paru nécessaire pour trancher le litige en soutenant la validité de la disposition contestée au moyen de l'article 1 de la Charte canadienne.

Dans *Re Law Society of Manitoba and Savino*¹⁹, la Cour d'appel du Manitoba a décidé, à la majorité, que les règlements du Barreau de la province qui limitaient la publicité des avocats, portaient atteinte à la liberté d'expression, mais constituaient des limites raisonnables à cette liberté. Les deux juges de la majorité, dans des motifs distincts, ont tranché la question de manière succincte (aux pages 294 et 299) sans renvoyer à une preuve quelconque²⁰.

1.3. Cour d'appel de la Colombie-Britannique

Dans *Re PPG Industries Canada Ltd. and Attorney-General of Canada*²¹, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé à la majorité qu'une disposition de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*^{21a}, qui prévoit qu'une entreprise accusée d'une infraction à cette loi n'aura pas droit à un procès avec jury, n'était pas contraire à la Charte canadienne. Pour l'un des deux juges constituant la majorité, il allait de soi, sans qu'il ne soit nécessaire qu'une preuve soit soumise, que ladite disposition constituait une limite raisonnable à la garantie de l'article 11 f) de la Charte canadienne²².

Dans *R. v. Red Hot Video Ltd.*²³, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que l'article 159 du *Code criminel*, qui prohibe notamment la distribution de films obscènes portait atteinte *prima facie* à la liberté d'expression énoncée à l'article 2(b) de la Charte. Elle a toutefois décidé qu'il édictait une limite raisonnable et justifiable à la liberté d'expression. M. le juge en chef Nemetz, à l'opinion duquel souscrit le juge Hinkson, et M. le juge Anderson, ont écrit des motifs distincts, mais l'un et l'autre en arrivent à la même conclusion. Pour justifier sa conclusion, M. le juge en

18. *Id.*, p. 112.

19. (1984) 1 D.L.R. (4th) 285. L'autorisation de pourvoi fut accordée par la Cour suprême, (1984) 52 N.R. 309.

20. Voir aussi *Grier v. Alberta Optometric Association et al.*, [1985] 5 W.W.R. 436.

21. (1983) 146 D.L.R. (3d) 261. Cette affaire a été portée devant la Cour suprême, (1983) 49 N.R. 79.

21a. S.R.C. 1970, c. C-23.

22. *Supra*, note 21, p. 270.

23. (1985) 18 C.C.C. (3d) 1. L'autorisation de pourvoi fut rejetée par la Cour suprême, (1985) 45 C.R. (3d) 288.

chef Nemetz ne s'appuie sur aucune preuve au sens formel du terme : il prend judiciairement connaissance de faits sociaux qui lui font conclure que l'exploitation sexuelle indue des enfants et des femmes faite par certaines publications peut conduire à en faire des victimes d'actes criminels²⁴.

M. le juge Anderson en arrive à la même conclusion par un raisonnement plus élaboré, mais qui repose tout autant que celui du juge en chef Nemetz sur la connaissance judiciaire de faits sociaux²⁵. La question de la raisonnable et de la justification de la limite est abordée comme une question de jugement, et non comme une question de fait devant être tranchée strictement sur la base de la preuve au sens classique du terme.

1.4. Cour d'appel de Saskatchewan

Dans *R. v. Talbourdet*²⁶, la Cour d'appel de Saskatchewan a décidé, à l'unanimité, que l'article 234.1 du *Code criminel* porte atteinte au droit à l'assistance d'un avocat, garanti par l'article 10 de la Charte canadienne, mais qu'il constitue néanmoins une limite raisonnable à ce droit, au sens de l'article 1 de celle-ci.

M. le juge Cameron, au nom de la Cour, a exposé abondamment les motifs pour lesquels il considère raisonnable la limite contestée, sans s'appuyer sur une preuve au sens traditionnel du terme²⁷. Même des considérations factuelles — « often a person's blood-alcohol level will exceed the legal limit without that fact being obvious »²⁸ — ne semblent pas étayées par une preuve qui serait au dossier.

1.5. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta

Dans un jugement qu'il faut signaler même s'il n'émane pas d'une cour d'appel, *R. v. T.R.*²⁹, M. le juge Mcdonald, de la Court of Queen's Bench de l'Alberta, a décidé que l'article 12(3) de la *Loi sur les jeunes délinquants*³⁰, qui interdit de divulguer le nom d'un mineur contre qui une accusation est portée, constitue une limite raisonnable à la liberté d'expression garantie par l'article 2 de la Charte canadienne. Pour en arriver à cette décision, le savant juge écrit on ne peut plus clairement qu'il n'est pas nécessaire qu'une partie

24. *Id.*, p. 8.

25. *Id.*, p. 22-23.

26. (1984) 39 C.R. (3d) 210.

27. *Id.*, p. 221-222.

28. *Id.*, p. 221.

29. (1984) 7 D.L.R. (4th) 205.

30. S.R.C. 1970, c. J-3.

présente une preuve au sens traditionnel du terme pour invoquer avec succès l'article 1 de la Charte canadienne :

This is one of those cases in which, without any evidence or very much in the way of information as to what is done in other free and democratic societies, the court can conclude as a matter of reasoning that such a limit is « reasonable » in the sense that it is in furtherance of a reasonable State object (already referred to) and that it is demonstrably justified [...] I find that the reasonableness and demonstrable justifiability of the limit placed by s. 12(3) upon the freedom of the press, are, [...] « immediately apparent ». ³¹

Non seulement aucune preuve au sens formel n'a été présentée pour démontrer le caractère raisonnable de la règle de droit contestée, mais il est clair également que le savant juge était disposé à entreprendre lui-même des recherches approfondies sur la question. Il ne se sentait visiblement pas lié ou limité par les renseignements qui lui étaient apportés par les parties. Au contraire, il considérait utile d'aller au-delà du dossier pour tenir compte d'éléments additionnels dont les parties n'auraient peut-être pris connaissance qu'au moment du jugement ³². Voilà une façon de procéder visiblement peu conforme au droit de la preuve ³³.

1.6. L'arrêt *Oakes* de la Cour suprême du Canada

Le 28 février 1986, la Cour suprême du Canada rendait jugement dans l'affaire *Oakes* ³⁴. L'affaire portait sur la constitutionnalité de l'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* ³⁵, qu'on soutenait être incompatible avec la présomption d'innocence enchâssée dans l'article 11 d) de la Charte canadienne. La Cour décida que l'article 8 contrevenait à la Charte et qu'il était par conséquent inopérant.

Dans ses motifs, M. le juge en chef Dickson, au nom d'un banc unanime de sept juges, se demanda si l'article 8 pouvait être justifié par la clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne.

Pour la première fois, la Cour suprême explique la nature et l'étendue du fardeau dont doit s'acquitter une partie qui entend invoquer l'article 1. La Cour scinde le test de l'article 1 en deux composantes : la première porte sur la démonstration d'un objectif social légitime, la seconde sur la proportionnalité des moyens choisis pour atteindre cet objectif ³⁶. Ce critère de la

31. *Supra*, note 29, p. 212-213 et 214.

32. *Id.*, p. 213.

33. Voir également *Re Decter and United States of America*, (1983) 5 C.C.C. (3d) 364, p. 364 et 373 (Cour suprême de Nouvelle-Écosse), conf. par 5 C.C.C. (3d) 380 (Cour d'appel).

34. *Supra*, note 6.

35. S.R.C. 1970, c. N-1.

36. *Supra*, note 6, p. 138-139.

proportionnalité des moyens se subdivise lui-même en trois éléments : les mesures ne doivent pas être arbitraires ou irrationnelles, elles doivent porter atteinte le moins possible à la liberté en question, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures et l'objectif social visé³⁷.

Cette analyse est d'une haute importance pour la mise en œuvre future de l'article 1. Elle n'aide cependant pas beaucoup le praticien dans la recherche des moyens concrets qui lui serviront à faire la démonstration attendue.

Heureusement, le juge en chef Dickson jette également un peu de lumière, incomplète mais utile, sur cet aspect de la question.

Il nous apprend que la démonstration du caractère raisonnable d'une limite à un droit constitutionnel doit être « forte et persuasive » (*cogent and persuasive*)³⁸. Dans certains cas, poursuit le savant juge, il ne sera pas nécessaire de faire une démonstration, car le caractère raisonnable d'une limite contestée sera manifeste³⁹.

Ailleurs, le juge en chef Dickson écrit que la norme de preuve aux fins de l'article 1 est celle qui s'applique en matière civile, c'est-à-dire la preuve selon la prépondérance des probabilités⁴⁰. La preuve hors de tout doute raisonnable imposerait un fardeau trop lourd, parce que le concept de « caractère raisonnable », entre autres, se prêterait mal à l'application d'une telle norme.

Si ces remarques sont assurément bien fondées, elles ne vont pas assez loin, car M. le juge en chef continue à parler de preuve (*evidence*) pour mettre en œuvre l'article 1. C'est dire que, même s'il ne s'agit que de faire apparaître la prépondérance des probabilités, il faut procéder dans le respect des règles techniques du droit de la preuve : normalement, un document considéré pertinent dans la détermination d'un fait doit être produit formellement, il fait foi de son contenu, il doit être possible de contre-interroger son auteur, etc.

Aussi, dans un débat sur les effets de la publicité sur les enfants, il faudrait discuter devant la Cour des antécédents de chacun des chercheurs cités, afin que le tribunal s'assure de leur qualité d'experts. Il faudrait débattre du mérite de la méthodologie employée dans chacune des expériences, parfois complexes, qui fondent les opinions de ces chercheurs. Il

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

38. *Id.*, p. 138.

39. *Ibid.*

40. *Id.*, p. 137.

faudrait faire venir ces chercheurs devant le tribunal afin qu'ils puissent être contre-interrogés.

Ce n'est pas toujours comment les tribunaux opèrent, lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre l'article 1. On a vu que leur pragmatisme les conduit à tenter de recueillir le plus grand nombre de renseignements et à apprécier globalement leur valeur persuasive. Le droit de la preuve n'est pas suivi, peut-être parce qu'il n'est pas conçu pour des litiges d'une telle nature.

La Cour suprême du Canada n'a pas encore pris acte de cette inapplication du droit de la preuve aux litiges où l'article 1 de la Charte canadienne est invoqué. Elle a cependant clairement assoupli les règles de présentation de la « preuve ». Nous verrons qu'en fait il ne s'agit pas pour la Charte canadienne de preuve à proprement parler, pas plus que dans les litiges constitutionnels relatifs au partage des compétences législatives. Après avoir analysé brièvement ce qu'il en est, nous verrons en quoi cette jurisprudence éclaire notre propos.

2. L'analogie avec les litiges constitutionnels sur le partage des compétences législatives

En 1976, la Cour suprême du Canada a considérablement assoupli son attitude quant à l'admissibilité d'éléments de « preuve » extrinsèques en matière constitutionnelle. Dans deux jugements rendus depuis, le plus haut tribunal canadien a confirmé cet assouplissement.

En 1976, il s'agissait du *Renvoi sur la Loi anti-inflation*⁴¹. Dans ce renvoi, la validité de la *Loi anti-inflation*⁴² fut contestée. Cette loi contrôlait largement les prix et les salaires afin de combattre l'inflation. Pour défendre la validité de la loi, le procureur général du Canada avait invoqué les pouvoirs fédéraux attribués au Parlement fédéral par le paragraphe introductif de l'article 91 L.C. 1867. Pour réussir, il lui fallait établir qu'il existait un tel état d'urgence nationale au moment où la loi fut édictée que le partage normal des compétences législatives pouvait temporairement être modifié pour faire face à la situation. Certains intervenants niaient l'existence de l'état d'urgence.

Pour résoudre ce débat, certains documents furent soumis à la Cour : le procureur général du Canada a mis au dossier un livre blanc du gouvernement fédéral, un numéro d'un bulletin mensuel de Statistique Canada, ainsi que le texte d'un discours du gouverneur de la Banque du Canada ; le Congrès du travail du Canada a joint à son mémoire, en appendice, une étude d'un

41. [1976] 2 R.C.S. 373.

42. S.C. 1974-75-76, c. 75.

économiste universitaire ainsi que des messages appuyant cette étude et provenant d'autres économistes; de son côté, le procureur général de l'Ontario a produit sa propre étude, qui mettait en doute le bien-fondé de celle du Congrès du travail⁴³.

Voici en quels termes le juge en chef Laskin, au nom de quatre membres de la Cour, a situé la fonction de ces documents dans le renvoi :⁴⁴

Tous les éléments de preuve extrinsèques ont été reçus sous réserve du droit de la Cour de décider de leur pertinence et de leur poids. Ils visent non pas l'interprétation de la *Loi anti-inflation* mais sa qualification sur le plan constitutionnel; en d'autres termes, quel est son objet, est-elle fondée sur des motifs qui justifient de sa validité en regard du pouvoir législatif auquel elle est attribuée? Les documents présentés par le procureur général du Canada décrivent les conditions sociales et économiques existant au moment où la Loi a été adoptée et les maux auxquels elle prétend porter remède. Les documents présentés par le Congrès du travail du Canada ont aussi trait aux conditions existant lors de l'adoption de la Loi, mais, selon lui, ces documents établissent que les maux qui ont amené le Parlement du Canada à adopter cette loi n'en constituent pas un fondement valide sur le plan constitutionnel, d'autant plus qu'elle n'aura probablement pas les effets escomptés, dit-il. Ceux qui contestent la validité de la Loi ont soutenu qu'il ressort non seulement des éléments de preuve extrinsèques mais des dispositions mêmes de la Loi que loin de s'intéresser à un domaine de compétence fédérale, elle empiète sur un domaine de compétence législative provinciale.

Le savant juge en chef s'est ensuite demandé quels étaient la pertinence et le poids de la preuve extrinsèque qu'il venait de décrire. Il procède à une analyse de la jurisprudence applicable⁴⁵, au cours de laquelle il cite le Conseil privé, dans *Attorney-General of Alberta v. Attorney-General of Canada*⁴⁶. Le Conseil privé y signale que dans une affaire constitutionnelle difficile, le tribunal doit examiner l'effet de la loi en cause et, à cette fin, tenir compte de tout renseignement public d'ordre général dont il peut prendre connaissance d'office, et il peut, quand les circonstances s'y prêtent, exiger d'être renseigné par des témoignages (« evidence » dans la version anglaise) sur l'effet qu'aura la loi⁴⁷.

Un peu plus loin, le juge en chef Laskin estime que le droit d'avoir recours à la preuve extrinsèque ainsi que le genre d'éléments de preuve susceptibles d'être reçus dépendent des questions constitutionnelles au sujet desquelles on veut les présenter⁴⁸.

43. *Supra*, note 41, p. 386-387.

44. *Id.*, p. 387-388.

45. *Id.*, p. 388 à 391.

46. [1938] R.C.S. 100.

47. *Supra*, note 41, p. 388.

48. *Id.*, p. 389.

Finalement, le juge en chef décide qu'il peut tenir compte de la preuve extrinsèque :

En l'espèce, on conteste de même une loi fédérale au motif qu'elle constitue, prétend-on, une réglementation inconstitutionnelle, et je suis d'avis que la Cour peut tenir compte d'éléments de preuve extrinsèques des circonstances qui ont entouré l'adoption de la Loi pour déterminer si elle repose sur un fondement solide. Dans le présent cas, la contestation ne porte pas sur le sens de la Loi et son objet ne me semble pas non plus poser de difficulté. Comme on le verra par la suite, les arguments de ceux qui défendent comme de ceux qui attaquent la *Loi anti-inflation* portent surtout sur la question de savoir si les conditions sociales et économiques qui auraient amené le Parlement à l'adopter étaient telles qu'il se trouvait habilité à prendre cette mesure en vertu de son pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada. Les éléments de preuve extrinsèques présentés en l'espèce portaient sur cette question, la Cour peut donc en tenir compte.⁴⁹

M. le juge Ritchie, au nom des trois autres membres de la majorité dans le renvoi, ne s'interroge pas comme le juge en chef sur l'admissibilité de la preuve extrinsèque mais il procède à l'appréciation de cette preuve⁵⁰ avant de conclure à la validité de la loi, comme si l'admissibilité était acquise.

Trois ans plus tard, dans un autre renvoi, le *Renvoi relatif à la Loi ontarienne de 1979 sur la location résidentielle*⁵¹, M. le juge Dickson (tel qu'il était alors), au nom d'un banc unanime, a repris la position énoncée dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*. Le renvoi portait sur la compatibilité de la loi ontarienne avec l'article 96 L.C. 1867. Afin d'établir le but et l'effet de la loi, le procureur général de l'Ontario a soumis à la Cour trois rapports de la Commission de réforme du droit de la province ainsi qu'un livre vert d'un ministère provincial. M. le juge Dickson s'est demandé si ces documents étaient admissibles.

Tout en répondant par l'affirmative, il a refusé de fixer une règle rigide sur la recevabilité de documents extrinsèques dans un renvoi constitutionnel, car, dit-il, insistant sur la souplesse, « une telle règle pourrait bien avoir pour effet d'exclure des éléments de preuve logiquement pertinents et d'une grande valeur probante »⁵².

Il résume son attitude en ces termes :

En général, quand il s'agit d'établir le caractère constitutionnel d'une loi, nous ne devons pas nous priver de l'aide que peuvent nous apporter les rapports d'une commission royale d'enquête ou d'une commission de réforme du droit qui sont à la base de la loi à l'étude. Bien sûr, l'importance qu'il faut attribuer à

49. *Id.*, p. 391.

50. *Id.*, p. 439.

51. [1981] 1 R.C.S. 714.

52. *Id.*, p. 722.

ces rapports est une question tout à fait différente. Ils peuvent être très importants, peu importants ou inutiles, mais, à mon avis, il faudrait au moins les admettre de façon générale pour nous aider à établir les conditions sociales et économiques dans lesquelles la loi a été adoptée.

[...]

La situation que la loi vise à corriger, les circonstances dans lesquelles elle a été adoptée et le cadre institutionnel dans lequel elle doit être appliquée sont tous logiquement pertinents.

[...]

Les documents qui sont pertinents aux questions soumises à la cour, qui ne sont pas douteux en soi et qui ne pèchent pas contre l'ordre public devraient être recevables, à la condition que ces documents extrinsèques ne servent pas à l'interprétation des lois.⁵³

Reste à savoir si cet assouplissement d'une attitude jusque-là plus restrictive se limitait aux seuls renvois constitutionnels. Un avis émis l'an dernier par la Cour suprême dans le cadre d'un autre renvoi, *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*⁵⁴, semble indiquer que tel n'est pas le cas. M. le juge McIntyre, au nom de la Cour unanime, reprend les propos des juges Laskin et Dickson dans les renvois précédents, mais sans les restreindre aux renvois :

Il est donc loisible à la Cour, dans un cas qui s'y prête, de recevoir et d'examiner des éléments de preuve extrinsèques concernant l'application et l'effet de la législation.

[...]

Je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'en l'espèce les éléments de preuve extrinsèques sont recevables pour montrer le contexte dans lequel la législation a été adoptée. Je suis également d'accord que ces éléments de preuve ne sont pas recevables pour aider à interpréter la Loi. Je suis toutefois d'avis que dans les affaires constitutionnelles, notamment lorsqu'il y a allégation de législation déguisée, on peut tenir compte d'éléments de preuve extrinsèques pour vérifier non seulement l'application et l'effet de la loi contestée, mais aussi son objet véritable.⁵⁵

Aucune raison ne semble imposer une lecture qui restreindrait ces commentaires aux renvois constitutionnels. Quoi qu'il en soit, l'analogie avec les exigences pratiques de la vérification du caractère raisonnable d'une loi, au sens de l'article 1 de la Charte canadienne, est évidente. Dans l'un et l'autre cas, les tribunaux voudront s'assurer qu'ils ont accès au plus large éventail de renseignements pertinents.

53. *Id.*, p. 723.

54. [1984] 1 R.C.S. 297.

55. *Id.*, p. 318.

En l'espèce, il était allégué qu'une loi terre-neuvienne avait pour objet véritable et déguisé l'extinction de droits extra-provinciaux. Un bon nombre de documents avaient été présentés pour établir cette intention législative. M. le juge McIntyre les admit tous, à l'exception des déclarations de personnalités politiques⁵⁶. Il s'appuya ensuite sur cette preuve extrinsèque pour déclarer la loi inconstitutionnelle⁵⁷.

Dans un jugement récent de la *High Court of Justice* de l'Ontario, la problématique de l'admission de la preuve extrinsèque dans les renvois constitutionnels a été jugée si proche du régime applicable sous la Charte canadienne que le tribunal s'est appuyé sur le *Renvoi de 1979 sur la Loi ontarienne de location résidentielle* pour admettre des documents et des témoignages relatifs à une argumentation fondée sur l'article 7 de la Charte canadienne⁵⁸.

On peut constater que la Cour suprême, dans les renvois qui viennent d'être évoqués, juge admissibles de nombreux éléments de preuve extrinsèques, sans se demander si les règles du droit de la preuve (quant à l'authenticité des documents, quant au oui-dire, par exemple) sont respectées. Ces règles sont ou bien considérablement assouplies dans ces cas, ou encore carrément inapplicables. Bien sûr, le juge en chef Laskin, dans le *Renvoi sur la loi anti-inflation*⁵⁹, a réservé le droit de la Cour de décider de la pertinence et du poids des documents qu'elle accepte de considérer. Cependant, au stade de l'admissibilité des documents, la Cour suprême dans ces renvois, comme la jurisprudence sur la Charte canadienne qui a été examinée plus tôt, préfère normalement ne pas se priver des renseignements qui lui sont proposés. L'attitude judiciaire canadienne évolue vers une ouverture croissante et large à l'égard de ce qu'on continue d'appeler la « preuve extrinsèque ».

En fait, il ne s'agit pas de preuve, pas plus dans les litiges sur le partage des compétences que dans ceux relatifs à la Charte canadienne. Il s'agit plutôt de ce que le droit constitutionnel américain nomme « legislative facts », qui sont dissociés du droit de la preuve, parce qu'ils servent à expliquer la mesure législative contestée, sans qu'il soit nécessaire (c'est même souvent impossible) de prouver leur exactitude.

56. *Id.*, p. 319.

57. *Id.*, p. 332 à 335.

58. *R. v. Morgentaler*, (1985) 12 D.L.R. (4th) 502, p. 511-512.

59. *Supra*, note 41, p. 387.

3. L'analogie avec le droit constitutionnel américain et la distinction entre les « faits législatifs » et les « faits adjudicatifs »

Dans un article paru en 1976, le professeur Peter Hogg a rattaché notre propos au droit constitutionnel américain⁶⁰. En commentant l'avis de la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, qui venait de paraître, il a signalé l'affinité entre cette affaire et la théorie américaine des « legislative facts », élaborée aux fins de la mise en œuvre judiciaire du *Bill of Rights*, une charte des droits constitutionnelle tout comme la *Charte canadienne des droits et libertés* :

The *Anti-Inflation Reference* was a textbook example of a case in which « legislative facts » were relevant.⁶¹

Un peu plus tôt, le professeur Hogg avait précisé ce qu'il fallait entendre par l'expression « legislative facts », qu'il oppose au concept d'« adjudicative facts » :

Some of the facts which are relevant in constitutional cases are similar to, and susceptible of the same kind of proof as, facts which are relevant in other kinds of litigation. For example, the question whether a particular undertaking is local or interprovincial does not present problems of proof which are different from those which would be encountered in a contract case or a criminal prosecution. But there are other facts which are relevant in constitutional cases and which are of a different order entirely. For example, the question whether inflation in 1975 was a national emergency opens up an enquiry into the general economic and social condition of the country — a much broader enquiry than is typically required in a non-constitutional case. The US literature draws a distinction between « adjudicative » and « legislative » facts, terminology originally coined by Professor Kenneth Culp Davis, the author of the major US treatise on administrative law. *Adjudicative facts are facts about the immediate parties to the litigation — « who did what, where, when, and how, and with what motive or intent » ; legislative facts are facts of a more general character concerning the social or economic milieu which gave rise to the litigation.* In most litigation only adjudicative facts are relevant, and no attempt is made to adduce evidence of legislative facts. Accordingly, the rules of evidence are nearly all addressed solely to the finding of adjudicative facts. *In Canada there has been very little discussion of the question whether the peculiar characteristics of legislative facts might call for modifications in the traditional modes of proof.*⁶²

Comme l'indique cet extrait, c'est le professeur américain K.C. Davis qui a créé la terminologie utilisée pour distinguer les « legislative » et les « adjudicative facts ». Pour préciser davantage le sens de cette distinction, voyons comment il la concevait lui-même :

60. P. HOGG, « Proof of Facts in Constitutional Cases », (1976) 26 *Univ. of Toronto L.J.* 386.

61. *Id.*, p. 399.

62. *Id.*, p. 394-395. C'est nous qui soulignons.

When a court or any agency finds facts concerning the immediate parties — who did what, where, how, and with what motive or intent — the court or agency is performing an adjudicative function, and the facts so determined are conveniently called adjudicative facts. When a court or an agency develops law or policy, it is acting legislatively; the courts have created the common law through judicial legislation, and the facts which inform the tribunal's legislative judgment are called legislative facts. Stated in other terms, the adjudicative facts are those to which the law is applied in the process of adjudication. They are the facts that normally go to the jury in a jury case. They relate to the parties, their activities, their properties, their businesses. Legislative facts are those which help the tribunal to determine the content of law and policy and to exercise its judgment or discretion in determining what course of action to take. Legislative facts are ordinarily general and do not concern the immediate parties. In the great mass of cases decided by courts and by agencies, the legislative element is either absent, unimportant, or interstitial, because in most cases the applicable law and policy have been previously established. But whenever a tribunal is engaged in the creation of law or of policy, it may need to resort to legislative facts, whether or not those facts have been developed on the records.⁶³

La célèbre distinction du professeur Davis fut reformulée récemment par le *Law Society of Upper Canada*, dans un ouvrage destiné à la formation professionnelle :

To begin with, one should not lose sight of a valuable distinction drawn by Professor Kenneth Culp Davis between « adjudicative » and « legislative facts ». The facts which pertain to the individual litigants alone in a given case are referred to as adjudicative facts and, as in any other litigation, they must be strictly proven. For example, in the case of a person who has been charged under a municipal by-law prohibiting the holding of a parade without first obtaining a municipal permit, where the accused claims his freedoms of expression, peaceful assembly and association have been infringed, the facts that a parade had been held, that no permit had first been obtained and that a charge had been properly laid under the terms of the by-law would all have to be proven in the ordinary way before the constitutional issues could be reached. Once the particular circumstances have been properly laid before the court, the constitutional validity of the impugned by-law would then be considered, and in performing this task the court exercises a legislative function whereby its decision will affect not only the particular parties before it, but the public in general. « Legislative facts » — the social context of the legislation, the effects of the enactment, and policy considerations — then come into play. Because of this, evidence of a broader nature than that germane in ordinary « one-on-one » litigation becomes relevant.⁶⁴

63. K.C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1958, vol. 2, par. 15.03, p. 353. C'est nous qui soulignons.

64. J.G. RICHARD et G.J. SMITH, « Applying the Charter », dans *The Law Society of Upper Canada Bar Admission Course Materials, Charter of Rights and Administrative Law 1983-84*, Carswell, 1983, chap. 8, p. 140.

Les « legislative facts » ou faits législatifs, ont donc trait au « social or economic milieu » qui a conduit à l'adoption d'une loi ; ils aident le tribunal à déterminer « the content of law and policy », ou encore ils permettent de considérer « the social context of the legislation, the effects of the enactment, and policy considerations ».

Avant même que le professeur Hogg ne fasse paraître l'article précité, portant sur la preuve des faits en matière constitutionnelle, la Commission de réforme du droit du Canada avait reconnu la distinction esquissée par le professeur Davis et avait proposé de la codifier dans le projet de code de la preuve qu'elle soumettait en décembre 1975.

L'article 83(3) du projet de code de la preuve disposait comme suit : « On peut prendre connaissance d'office de tout fait dans la détermination de la loi ou de la validité constitutionnelle d'un statut »⁶⁵.

Le projet de la commission aménageait un régime distinct pour la connaissance judiciaire de ces faits constitutionnels : contrairement à ce qui était proposé pour les faits adjudicatifs, il n'exigeait pas qu'ils soient si notoires qu'ils ne sauraient raisonnablement être contestés^{65a}.

Dans un texte préliminaire, la section de la recherche de la Commission avait justifié cette proposition de la manière suivante :

Par conséquent, l'article proposé ne prescrit pas que ces questions ne doivent pas raisonnablement être l'objet d'une contestation pour qu'il en soit possible au juge d'en prendre connaissance. Les tribunaux prennent judiciairement connaissance de ces faits non pas parce qu'il est inutile de les établir selon les règles strictes de la preuve, étant donné qu'ils sont incontestables, mais plutôt parce qu'à cause de la nature de ces faits, les règles strictes de la preuve ne constituent pas un moyen approprié de les établir.⁶⁶

Car, comme l'a indiqué le professeur Davis, l'intérêt pratique de la distinction entre les faits législatifs et les faits adjudicatifs est précisément que les faits législatifs *n'ont pas besoin*, fréquemment *ne sont pas*, et quelques fois *ne peuvent pas*, être l'objet d'une preuve formelle. L'état actuel du développement des sciences sociales ne permet en effet qu'occasionnellement de décider des questions de politique juridique en s'appuyant sur des recherches scientifiques bien établies : La plupart du temps, il faut procéder sur la base de conjectures et d'estimations qui ne sont que partiellement fondées sur des enquêtes factuelles :

65. Commission de réforme du droit du Canada, Rapport sur la preuve, Ottawa, 1975, p. 49 et 119.

65^a. Comparer l'alinéa (3) avec les alinéas (1) et (2) de l'article 83 proposé.

66. Commission de réforme du droit du Canada, Documents préliminaires de la section de recherche sur le droit de la preuve, *Connaissance judiciaire*, Ottawa, 1973, p. 10.

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

The formulation of law and policy, both in the judicial process and in the administrative process, obviously gains strength to extent that information replaces guesswork or ignorance or hunch or intuition or general impressions. Questions of law and policy often yield to comprehensive factual study, as the magnificent leadership of Mr. Justice Brandeis in that direction so eloquently testifies. *But the present stage of development of social science unfortunately brings us no more than barely to the threshold of ability to solve our basic problems of law and policy through the use of a full-bodied factual technique. The result is an uneven mixture of a priori conjectures and partially informed guesses with occasional factual investigations of varying depth.*⁶⁷

Les règles habituelles du droit de la preuve sur la connaissance judiciaire ne peuvent être appliquées à de tels faits. Comme l'écrivent les auteurs de l'un des principaux traités sur le droit de la preuve aux États-Unis, les faits législatifs n'entrent pas facilement dans le cadre des règles formelles de preuve et le régime procédural de connaissance judiciaire de ces faits est particulier :

Legislative facts, of course, have not fitted easily into any effort to propound a formalized set of rules applicable to judicial notice. These facts, after all, tend to be less than indisputable ones and hence beyond the pale of judicial notice.⁶⁸

Mais quelle que soit la justification théorique ou doctrinale que l'on donne à la pratique des tribunaux américains, tous s'accordent à reconnaître que ceux-ci prennent connaissance d'office dans les litiges constitutionnels de faits législatifs et ce très clairement et de plus en plus depuis le début du siècle. Comme l'écrit le professeur Davis :

Commentators have long recognized a general category of so-called « *constitutional facts* » with respect to which courts may go beyond the record.⁶⁹

La Cour suprême des États-Unis n'avait pas en effet attendu la doctrine pour se prévaloir des « legislative facts » avant la lettre dans sa jurisprudence constitutionnelle. Dès 1908, dans *Muller v. Oregon*⁷⁰, elle tint compte de nombreuses études provenant des sciences sociales pour déclarer constitutionnelle une loi de l'État de l'Oregon qui limitait à dix par jour les heures de

67. *Supra*, note 63, p. 353-354. C'est nous qui soulignons.

68. E.W. CLEARY et autres (éditeurs), *McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, St-Paul, Minn., West Publishing Co., 3^e éd., 1984, p. 935.

69. *Supra*, note 63, p. 363.

70. 208 U.S. 412.

travail des femmes dans les usines. Un tel ensemble d'analyses à caractère socio-économique, dans un mémoire juridique, prit depuis ce temps le nom de « Brandeis brief » en hommage au procureur qui inventa la formule dans l'affaire *Muller*, Louis Brandeis, qui accéda plus tard à la Cour suprême.

Par la suite, la Cour suprême continua à tenir compte des faits législatifs dans des affaires de droit constitutionnel⁷¹.

Dans *Chastleton Corp. v. Sinclair*⁷², le juge Holmes, au nom de la majorité, déclare même que :

[...] the Court may ascertain as it sees fit any fact that is merely a ground for laying down a rule of law...⁷³

Bien que, parfois, la Cour suprême ait justifié l'inapplicabilité des règles formelles de la preuve par la technique de la connaissance judiciaire, la tendance la plus récente aux États-Unis est de considérer que la réception des faits législatifs est une question de droit pure, qui peut soulever des problèmes d'équité procédurale, mais qui ne se prête pas à la connaissance judiciaire proprement dite⁷⁴.

À noter que les règles relatives à la connaissance judiciaire des tribunaux fédéraux américains prévoient explicitement qu'elles ne s'appliquent pas à la connaissance judiciaire des « legislative facts », pour la raison que ces derniers ne sont souvent pas assez notoires ou incontestables pour se prêter à la connaissance judiciaire mais qu'ils n'ont pas à être soumis aux restrictions imposées par les règles de preuve⁷⁵.

On a ainsi voulu laisser la plus grande latitude possible aux tribunaux lors de l'admission des faits législatifs. Non seulement est-il clair que ceux-ci n'ont pas à faire l'objet d'une preuve stricte, mais encore ils n'ont pas à satisfaire les critères traditionnels de la connaissance judiciaire. C'est reconnaître la nature « sui generis » de cette forme d'information judiciaire, comme tend à le faire la jurisprudence constitutionnelle canadienne.

71. Voir par exemple, *Jay Burns Baking Company v. Bryan*, (1924) U.S. 504 (dissidence du juge Brandeis); *Brown v. Board of Education*, 74 Sup. Ct. 686, note 4, p. 698; *Roe v. Wade*, 93 Sup. Ct. 705, p. 715 à 726; *Paris Adult Theatre v. Slaton*, 93A Sup. Ct. 2628, p. 2635-2636; *Carey v. Population Services International*, 97A Sup. Ct. 2010, p. 2022.

72. (1924) 44 Sup. Ct. 405.

73. *Id.*, p. 406.

74. *Supra*, note 68, p. 936 à 938.

75. D.W. LOUISELL et C.B. MUELLER, *Federal Evidence*, Rochester, N.Y., The Lawyers Co-operative Publishing Co., 1977, par. 56, p. 384-385.

4. La position des tribunaux australiens

L'attitude d'ouverture et de souplesse manifestée par les tribunaux américains au sujet de la recevabilité des éléments extrinsèques tendant à établir les faits législatifs qui servent à déterminer la validité constitutionnelle des lois est également celle qu'adoptent les tribunaux australiens.

La *High Court* d'Australie, qui est le tribunal de dernière instance de ce pays, dans un arrêt récent portant précisément sur une question de droits de la personne⁷⁶, a énoncé en termes très clairs sa position, qui s'appuie sur une jurisprudence antérieure bien établie :

There is a distinction between a judicial finding of a fact in issue between parties upon which a law operates to establish or deny a right or liability and a judicial determination of the validity or scope of a law when its validity or scope turns on a matter of fact. *When a court, in ascertaining the validity or scope of a law, considers matters of fact, it is not bound to reach its decision in the same way as it does when it tries an issue of fact between the parties. The validity and scope of a law cannot be made to depend on the course of private litigation. The legislative will is not surrendered into the hands of the litigants. [...]* In *Breen v. Sneddon* (1961) 106 C.L.R. 406 at 411, Dixon C.J. said, pointing to the distinction between constitutional facts and facts in issue between the parties :

« It is the distinction between, on the one hand, ordinary questions of fact which arise between the parties because one asserts and the other denies that events have occurred bringing one of them within some criterion of liability or excuse set up by the law and, on the other hand, matters of fact upon which under our peculiar federal system the constitutional validity of some general law may depend. *Matters of the latter description cannot and do not form issues between parties to be tried like the former questions. They simply involve information which the Court should have in order to judge properly of the validity of this or that statute or of this or that application by the Executive Government of State or Commonwealth of some power or authority it asserts.* »

Earlier, in *Commonwealth Freighters Pty Ltd. v. Sneddon* (1959) 102 C.L.R. 280, his Honour had observed (at 292) that « if a criterion of constitutional validity consists in matter of fact, the fact must be ascertained by the court as best it can, when the court is called upon to pronounce upon validity ». The Court may, of course, invite and receive assistance from the parties to ascertain the statutory facts, but it is free also to inform itself from other sources. Perhaps those sources should be public or authoritative, and perhaps the parties should be at liberty to supplement or controvert any factual material on which the Court may propose to rely, but these matters of procedure can await consideration on another day. The Court must ascertain the statutory facts « as best it can » and it is difficult and undesirable to impose an a priori restraint on the performance of that duty.⁷⁷

76. *Gerhardy v. Brown*, (1985) 59 *Australian Law Journal Reports* 311.

77. *Id.*, p. 343 à 345. C'est nous qui soulignons.

Si le juge Brennan n'emploie pas l'étiquette « legislative facts » pour désigner les faits constitutionnels qu'il distingue des faits soumis aux règles ordinaires de preuve, il apparaît clairement que la distinction qu'il opère correspond à celle qui est faite par les auteurs américains.

Il apparaît clairement également qu'il est disposé à consulter un vaste éventail de sources auxquelles les parties elles-mêmes n'ont pas eu accès, étant donné l'ampleur des enjeux des litiges de nature constitutionnelle. Des questions d'équité procédurale peuvent être soulevées, mais celles-ci ne doivent pas entraver la Cour dans sa recherche de tous les renseignements pertinents⁷⁸.

Conclusion

Pour apprécier le contenu des lois en fonction des garanties de la Charte canadienne, les tribunaux sont appelés à se prononcer sur la question de savoir si une règle de droit contestée restreint un droit énoncé dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il s'agit d'une question de droit, mais qui peut exiger pour sa résolution que la Cour soit informée des circonstances de fait qui ont fondé le jugement porté sur l'opportunité d'adopter la règle contestée, qu'elle soit de nature législative, réglementaire ou même jurisprudentielle.

Pour s'acquitter de la fonction délicate qui leur est confiée par la Constitution, les tribunaux devront s'assurer qu'ils disposent des informations nécessaires pour prendre les décisions requises. Au stade de développement de la jurisprudence où nous en sommes, de difficiles questions se posent au sujet du mode de présentation de ces informations, de leur nature, de leur admissibilité, de leur quantité, de leur qualité, de leur pertinence et de leur poids dans l'évaluation des mesures contestées. Il faudra sans doute un certain temps avant que des réponses claires et stables soient entrevues et mises en pratique par l'ensemble de la communauté juridique.

Jusqu'ici, la jurisprudence a eu tendance à procéder intuitivement, sans articuler ses positions. Il est néanmoins évident que, même si elle a conservé l'habitude de parler de « preuve » dans le cadre d'une démonstration du caractère raisonnable d'une limite légale à un droit constitutionnel, elle n'insiste pas sur l'application des règles du droit de la preuve lors de cette démonstration.

78. Voir également P. BRAZIL, « The Ascertainment of Facts in Australian Constitutional Cases », (1970) 4 *Federal Law Review* 65.

Deux hypothèses sont ici présentes : celle où le tribunal n'exige aucune « preuve », mais conclut néanmoins au caractère raisonnable d'une limite, en se fondant sur la connaissance judiciaire des faits pertinents, ou celle où le tribunal requiert une démonstration sans pour autant demander qu'elle soit conforme au droit de la preuve.

Il devient de plus en plus manifeste, avec les années, que le droit de la preuve est considéré implicitement inadapté et inapplicable à la démonstration de la constitutionnalité d'une règle de droit eu égard à la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'emploi du mot « preuve » dans ce contexte paraît être une source de confusion importante.

Déjà une tendance analogue s'était fait jour, au niveau de la Cour suprême, dans des renvois constitutionnels relatifs au partage des compétences législatives, sans que l'on sache très bien pourquoi ni comment un statut distinct pour les faits constitutionnels devait être élaboré.

C'est au professeur Hogg que revient le mérite d'avoir jeté le premier un éclairage théorique sur la question, en la rattachant à la fameuse distinction américaine entre « legislative facts » et « adjudicative facts ». Cette distinction, qui avait déjà sa place dans une réflexion sur l'admissibilité de la « preuve » extrinsèque dans les litiges relevant du partage des compétences, devient indispensable dans la mise en œuvre de la clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne.

Elle fait voir qu'avec l'article 1 nous sommes en présence d'un type de faits nouveau, qui repose sur la vraisemblance et la crédibilité plutôt que sur la certitude, et qui s'attache à une évaluation nécessairement provisoire, plutôt que définitive, de la réalité sociale. Car ce qui était raisonnable hier (en matière de droit linguistique, par exemple) pourra devenir déraisonnable demain, et inversement, si l'on reconnaît que les facteurs sociaux qui sous-tendent l'évaluation de la raisonnable constitutionnelle sont eux-mêmes en perpétuelle évolution.

La réflexion américaine, et l'inapplicabilité du droit de la preuve à laquelle elle conduit, a été sanctionnée par la jurisprudence australienne, qui se situe dans un contexte constitutionnel comparable au nôtre. Il est plus que temps d'en faire autant au Canada, afin de faire avancer d'un grand pas le défrichage souvent ardu des nombreuses questions inédites qui entourent la mise en œuvre de la Charte canadienne.

Les propos qui précèdent vaudront également pour la clause limitative de l'article 9.1 de la Charte québécoise des droits de la personne⁷⁹. Quoique

79. *Supra*, note 5a.

l'article 9.1 soit d'une facture différente de celle de l'article 1, les différences d'interprétation seront probablement peu nombreuses.

Le sort que connaîtra la loi 62 (voir *Alliance des professeurs de Montréal c. Le procureur général du Québec*⁸⁰) pourrait être déterminant à cet égard, car si cette loi, qui ajoutait des clauses dérogoires à la Charte canadienne et à chacune des lois québécoises, était jugée inconstitutionnelle en dernière instance, l'article 9.1 pourrait n'être invoqué que peu fréquemment ou, s'il était invoqué, serait souvent superfétatoire par rapport à l'article 1 au point d'en devenir un sosie sur le plan de l'interprétation.

D'ailleurs, même si les tribunaux devaient voir des différences entre les règles matérielles que font naître ces clauses limitatives (les règles qui décrivent le test applicable), il est peu probable qu'il en soit de même des règles formelles régissant la manière de s'acquitter des démonstrations exigées et de porter à la connaissance judiciaire tous les renseignements qui sont pertinents pour l'évaluation de la légalité constitutionnelle (ou quasi-constitutionnelle dans le cas de la Charte québécoise) d'une atteinte à un droit garanti.

80. [1985] C.A. 376. Le litige a été porté devant la Cour suprême.