

Les faits alternatifs du droit constitutionnel

Danielle Pinard

3^{ième} conférence annuelle Chevrette-Marx en droit constitutionnel

14 septembre 2017

Table des matières

Introduction.....	4
I. Une ouverture aux faits sociaux en contexte constitutionnel	5
Un formalisme initial.....	5
Le <i>Renvoi Anti-inflation</i>	6
La <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	6
Les faits pertinents en contexte constitutionnel : les faits législatifs ou sociaux	7
La distinction.....	7
Des exemples	8
Leur nature	8
Leur rôle variable	9
Les limites institutionnelles du forum judiciaire.....	9
Le principe – la preuve privilégiée : la preuve d’expert.....	9
II. Une modulation des règles de preuve : certaine, mais chaotique et temporaire ?.....	11
Une ouverture	11
Fondement rationnel.....	11
Connaissance d’office	12
Valeur de précédent.....	13
Sens commun	13
Logique et raison.....	14
Forum de présentation.....	14
Un resserrement des exigences.....	15
Connaissance d’office	15
Mode de preuve et forum de présentation.....	16
Une imprévisibilité constante	16
III. L’ultime malaise : la remise en question des postulats factuels du droit	17
Conclusion	24
Annexe	25

Monsieur Herbert Marx, Monsieur Michel Chevrette, chers amis,

C'est pour moi un honneur de participer à cette troisième Conférence annuelle Chevrette-Marx en droit constitutionnel. Merci Herbert Marx, pour votre grande générosité dans la mise sur pied de cette activité. C'est aussi avec beaucoup d'émotion que je prends aujourd'hui la parole devant vous. François Chevrette a été mon professeur, mon doyen, mon mentor et mon ami. François était un homme généreux. Vraiment généreux. Il a aidé et inspiré ses collègues et ses étudiants. Tout ce temps passé dans l'ombre, à lire nos textes et à nous aider à les améliorer ne lui a donné ni médaille, ni statue. Rien d'ostentatoire chez François Chevrette, mais combien de vies intellectuelles enrichies, de temps consacré aux autres, qui a fait briller les autres. Un vrai, un grand professeur. Merci François, pour tout, où que tu sois dorénavant.

Introduction

Vous avez été conviés à une présentation sur les faits alternatifs en droit constitutionnel. Vous reconnaissez l'expression. Elle trouve semble-t-il sa source dans les propos de Kellyan Conway, conseillère de l'actuel président américain, qui a qualifié de faits alternatifs des chiffres à tout le moins discutables à propos du taux de participation citoyenne lors de l'assermentation de ce dernier¹. L'impact considérable de cette déclaration ne prenait tout son sens qu'à la lumière de l'étrange rapport à la vérité déjà démontré par le même président.

Dans la foulée, on a parlé d'une révolte subjective contre les faits². De plus, le dictionnaire britannique Oxford a choisi le mot "post-truth" (post-vérité) comme mot de l'année 2016³. La définition peut approximativement se traduire comme ceci : adjectif qui fait référence à des circonstances dans lesquelles les faits objectifs ont moins d'influence pour modeler l'opinion publique que les appels à l'émotion et à l'opinion personnelle.

Katharine Viner, rédactrice en chef du journal *The Guardian*, avait quant à elle déjà écrit à l'été 2016 un important article sur la question de la vérité et de la post-vérité⁴. Elle y note que, de plus en plus, est considéré comme un fait ce que l'on ressent comme vrai⁵.

Qu'en est-il du monde du droit ? Entendons-nous, les faits existent ou n'existent pas dans le monde réel⁶. Ce sont nos affirmations à propos des faits qui seront vraies ou fausses, ou bien

¹ Entrevue donnée à l'émission *Meet the Press*, NBC News, 22 janvier 2017.

² Cécile DAUMAS, « Post-vérité : le réel en porte-à-faux », *Libération*, 24 janvier 2017, en ligne.

³ La définition va comme suit : « Relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief », *Oxford Dictionaries*, Oxford University Press, "post-truth", en ligne ; de son côté, le dictionnaire Collins a choisi l'expression « fake news » comme mot de l'année 2017. Sa définition : "false, often sensational, information disseminated under the guise of news reporting", *Collins English Dictionary*, Harper Collins Publishers, "fake news", en ligne.

⁴ Katharine VINER, « How technology disrupted the truth », *The Guardian* (en ligne), 12 juillet 2016.

⁵ « Increasingly, what counts as a fact is merely a view that someone feels to be true », *Id.*

⁶ On mettra ici de côté la question plus fine de la construction sociale des faits et le fait que, dans une société, on doit s'entendre sur les processus scientifiques devant mener à la conclusion d'existence d'un fait. On sait que doit exister un consensus social sur ce que l'on considère un fait ou à tout le moins sur les grandes lignes de la façon d'en démontrer l'existence.

approximatives. Or, le droit se fonde sur des faits, traite de faits. Est-ce qu'on peut conclure qu'un fait qui, de toute évidence, fonde une action législative ou judiciaire existe dans le monde réel ? Peut-on conclure qu'un fait affirmé dans une loi ou dans un jugement existe à coup sûr ? Mon hypothèse est que l'on vise la vérité, mais que l'on règle pour des approximations, et cela même en dehors du contentieux constitutionnel. Le modèle contradictoire et les règles de preuve, notamment en ce qui concerne l'attribution des fardeaux, font en sorte qu'on dit de la vérité en droit qu'elle est contradictoire et relative, qu'elle naît d'un débat. On ne cherche pas à susciter chez la juge une certitude absolue, on cherche à la convaincre par prépondérance des probabilités. Le jugement est l'exemple paradigmatique de la décision prise dans un contexte de relative incertitude.

Je me suis particulièrement interrogée sur l'étrange rapport du droit constitutionnel à la réalité factuelle et me suis demandé si on n'avait pas aussi, en droit constitutionnel, des faits alternatifs, une réalité factuelle parallèle à celle existant dans le monde réel.

On observera dans la présente conférence la valse-hésitation de la Cour suprême du Canada dans son approche des faits en contexte constitutionnel⁷. On constatera qu'à une approche initiale plutôt formaliste et abstraite a succédé une ouverture certaine mais chaotique à la réception de faits sociaux. Et on verra qu'après des indices subséquents de resserrement manifeste des exigences de preuve, la Cour fait dorénavant face à un nouveau défi, soit la remise en question des postulats factuels du droit.

I. Une ouverture aux faits sociaux en contexte constitutionnel

Un formalisme initial

Fidèle en cela à la tradition britannique, le contentieux constitutionnel canadien a initialement été essentiellement formaliste et abstrait, consistant en l'interprétation de la loi contestée et des dispositions constitutionnelles pertinentes. Une éventuelle identification de conflit menait à une conclusion de primauté de la constitution et de caractère nul et inopérant de la loi fautive⁸. Une certaine compréhension des phénomènes sociaux a certes guidé de tout temps la réflexion et

⁷ Cette conférence fait le point sur une réflexion qui s'est échelonnée sur nombre d'années et a donné lieu à de nombreuses publications mentionnées en annexe. On limitera ici les notes au strict minimum.

⁸ Danielle PINARD, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac », (1994) 39 *McGill L.J.* 401.

l'analyse judiciaires, mais elle a traditionnellement joué dans l'ombre, à l'abri à la fois des exigences du débat contradictoire et des regards critiques.

Le *Renvoi Anti-inflation*

On a parlé du *Renvoi anti-inflation* de 1976⁹ comme étant un moment significatif dans l'ouverture des tribunaux à la preuve de faits de société et à la réception d'études de science sociale. Il est vrai que des études de sciences économiques y ont été présentées à la Cour suprême, notamment afin d'expliquer la gravité de la situation économique de l'époque et de vérifier si le parlement fédéral pouvait invoquer sa compétence issue du paragraphe introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une lecture attentive du renvoi démontre toutefois que la preuve y a été plus ou moins utilisée selon les juges et que ces derniers étaient d'ailleurs très partagés sur cette question¹⁰.

La *Charte canadienne des droits et libertés*

Il semble que l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* ait donné l'impulsion à un mouvement d'ouverture de la Cour suprême du Canada à un traitement explicite des faits de société dans le contentieux constitutionnel. Le texte de la Charte canadienne n'appelait pas, en tant que tel, un traitement empirique. La Charte utilise, comme tout document de ce type, un vocabulaire très abstrait, très conceptuel. C'est la Cour suprême du Canada qui a décidé d'aborder de manière empirique les questions constitutionnelles invoquées en vertu de la Charte. C'est un choix qu'elle a fait. C'était peut-être une manière pour la Cour d'approprier ce rôle considérable qui lui échoyait d'interpréter et d'appliquer cette nouvelle protection constitutionnelle des droits et libertés qui avait comme corollaire la limitation des souverainetés parlementaires au Canada. L'expression d'une quête de légitimité factuelle, à défaut d'en avoir une démocratique.

À propos de la violation des droits et libertés, la Cour a exhorté les parties à apporter de la preuve pour établir un fondement factuel dans les affaires de Charte. Elle a justifié cet appel en soulignant l'importance et les répercussions possibles des décisions judiciaires fondées sur la Charte. Elle a fait

⁹ *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

¹⁰ D. PINARD, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités ? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac », préc., note 8.

référence aux « aspects scientifiques, sociaux, économiques et politiques »¹¹ des faits pertinents en contexte constitutionnel. Elle a mis en garde à la fois contre les opinions mal motivées et contre les « hypothèses non étayées [...] formulées par des avocats enthousiastes »¹².

De la même façon, la Cour a insisté sur la nécessité d'une preuve afin d'établir le caractère raisonnable de limites imposées aux droits. Elle a écrit que cette preuve était généralement nécessaire, devait être forte et persuasive et devait convaincre la cour selon un degré très élevé de probabilité¹³.

Les faits pertinents en contexte constitutionnel : les faits législatifs ou sociaux

La distinction

Or, les faits pertinents en matière constitutionnelle sont bien souvent des faits distinctifs, que l'on appelle parfois des faits sociaux ou des faits législatifs¹⁴. Il s'agit de faits généraux, de faits de société par nature fort différents des faits propres aux parties à un litige¹⁵.

La distinction entre les faits adjudicatifs et ces faits législatifs (ou sociaux) trouve son origine dans les travaux de l'administrativiste américain K.C. Davis qui écrivait que ces deux types de faits peuvent être pertinents devant les tribunaux¹⁶. Il y a selon lui les faits adjudicatifs, le "qui a fait quoi", "comment" et "pourquoi". Ce sont des faits propres aux parties, les faits qui sont connus de celles-ci et à propos desquels les règles de preuve ont été développées. Les faits législatifs ou faits sociaux sont plus généraux et concernent par exemple le contexte d'adoption ou encore les effets globaux d'une loi. Il s'agit de phénomènes de société appelant, selon Davis, un régime de preuve complètement différent et beaucoup plus souple.

¹¹ *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, 364.

¹² *Id.*

¹³ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par. 68.

¹⁴ Les deux expressions sont utilisées dans doctrine et dans la jurisprudence, parfois comme synonymes et parfois selon des acceptions finement distinctes. Elles seront ici indistinctement utilisées.

¹⁵ Danielle PINARD, « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel », (1997) 31 *R.J.T.* 315.

¹⁶ Kenneth C. DAVIS, « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », (1941-42) 55 *Harv.L.Rev.* 364.

Cette distinction a fait son chemin dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême du Canada. La récente affaire *Carter*¹⁷ l'illustre on ne peut mieux. Dans le contexte de l'aide médicale à mourir, la Cour a pu y prononcer l'inconstitutionnalité partielle de certaines dispositions du Code criminel qu'elle avait pourtant validées plus de vingt ans plus tôt dans une affaire mettant en jeu des faits adjudicatifs identiques. Il s'agissait dans les deux cas de personnes atteintes de maladies dégénératives et la Cour a expressément reconnu que ces faits relatifs aux parties dans les deux causes étaient très semblables. Parmi les motifs l'autorisant à revoir ses conclusions antérieures, la Cour a référé aux différences considérables caractérisant le dossier des faits législatifs et sociaux reçu en l'espèce, concernant notamment les perceptions sociales, éthiques et médicales de l'aide à mourir¹⁸. Non seulement la typologie de Davis est-elle ici retenue par la Cour, mais elle est à certains égards déterminante aux fins de l'analyse mise en œuvre. Et l'affaire illustre on ne peut mieux le rôle fondamental que jouent les faits législatifs en matière constitutionnelle.

Des exemples

La contestation constitutionnelle de lois soulève régulièrement des questions de faits sociaux. Il peut s'agir par exemple des effets de la pornographie sur le comportement, de la corrélation entre la publicité relative aux produits du tabac et les habitudes de consommation, des effets des dépenses effectuées lors des campagnes électorales sur le comportement de la population, des impacts de la criminalisation de l'aide au suicide sur des personnes atteintes de maladies dégénératives ou encore des conséquences de la criminalisation de la tenue de maison de débauche sur la sécurité des prostituées.

Leur nature

Ce sont des faits de société généraux, des faits qui sont à l'extérieur de l'expérience immédiate des parties, des faits à caractère social, économique, politique et scientifique. Ces faits expliquent les causes et conséquences de certains phénomènes et ils se prêtent plus à des approximations qu'à des affirmations catégoriques. Ils relèvent des études de sciences sociales et non de l'observation

¹⁷ *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5.

¹⁸ « Ce qui a changé, c'est la preuve sociale qui a démontré aux juges que la société a changé[sic] », la juge en chef McLachlin, Hélène Buzetti, « Beverley McLachlin : Le renvoi sur la sécession du Québec a été son plus grand défi », *Le Devoir*, 16 décembre 2017, en ligne.

individuelle. Ce sont des faits à propos desquels toutes et tous ont des opinions, mais peu ont des connaissances.

Leur rôle variable

Ces faits joueront des rôles variables dans le contentieux constitutionnel, se retrouvant sur un continuum allant du coeur du litige à la périphérie contextuelle. Ils pourront démontrer les effets discriminatoires d'une loi contestée ou encore le mal auquel souhaitait s'adresser le législateur au moment de son adoption. Ils permettront d'établir la violation d'un droit ou encore le caractère raisonnable d'une limite lui étant apportée.

Les limites institutionnelles du forum judiciaire

Le prétoire n'est peut-être pas le meilleur forum pour l'établissement de ces faits législatifs. Le débat contradictoire et les règles de preuve n'ont pas été élaborés à la lumière de ce type de faits de société, ils sont plutôt conçus en fonction de faits à l'égard desquels les parties au litige ont une connaissance personnelle. Or nul ne peut prétendre à une telle connaissance expérientielle d'un fait de société.

Le principe – la preuve privilégiée : la preuve d'expert

La Cour a demandé que les faits sociaux pertinents dans une contestation constitutionnelle soient en principe établis par une preuve d'expert. On sait que cette preuve n'est recevable dans le prétoire que si elle est nécessaire, si elle porte sur des connaissances particulières qui dépassent celles du juge des faits¹⁹. Et que cette preuve d'expert constitue une exception au principe de l'irrecevabilité du témoignage d'opinion²⁰. La Cour a demandé un tel type preuve d'expert dès son appel initial à l'établissement d'un fondement factuel dans les contestations fondées sur la *Charte* et elle a réitéré cette exigence tout récemment avec, cette fois, une insistance particulière²¹.

¹⁹ Ce critère d'admissibilité a été repris par la Cour en 2017 dans l'affaire *Bingley* : « la preuve d'expert sera nécessaire lorsqu'elle permet d'apporter des renseignements qui dépassent l'expérience et les connaissances du juge des faits », *R. c. Bingley*, 2017 CSC 12, par. 15.

²⁰ *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 50.

²¹ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, par. 54.

Or on peut s'interroger sur la disponibilité, l'objectivité et les coûts des études de sciences sociales portant sur les faits sociaux pertinents dans le monde du contentieux constitutionnel.

Le type de preuve requis est-il réellement disponible ? Le droit entretient une certaine naïveté à l'égard des sciences sociales. On semble tenir pour acquis que ces dernières ont déjà la réponse aux questions que se pose le droit à propos de phénomènes de société. Or, bien souvent, les sciences sociales ne se sont pas posé ces questions, ou encore les recherches sont en processus de développement, les conclusions ne sont que provisoires et ne peuvent répondre à ces questions qui nous intéressent. Que nous dit l'observation du visage d'un témoin aux fins de l'évaluation de sa crédibilité ? Est-ce que les conjoints de fait au Québec ont « choisi » de se mettre en marge des obligations juridiques du mariage ? K.C. Davis a exprimé la question en termes éloquentes : « Law answers some questions on the basis of science, answers some questions in spite of science and answers many questions that science cannot answer »²². Les décisions judiciaires en matière constitutionnelle doivent bien souvent être rendues dans un contexte de relative incertitude.

Les experts sollicités par le monde du droit sont-ils objectifs ? Le *Code de procédure civile du Québec* prévoit que l'expert doit accomplir sa mission avec « objectivité, impartialité et rigueur »²³ et c'est certainement ce que l'on souhaite. Au-delà du laboratoire et des modèles statistiques, les connaissances scientifiques sont cependant élaborées dans des conditions sociales de production dont la prise en considération devrait à elle seule mitiger toute attente d'objectivité absolue. En contexte constitutionnel plus encore, face à des expertises financées par les parties à un litige ou encore face à une bataille d'experts, on peut parfois s'interroger légitimement sur l'objectivité réelle des experts qui témoignent devant les tribunaux.

La preuve d'expert est aussi très coûteuse. On s'est d'ailleurs déjà demandé s'il était équitable d'imposer à une partie à un litige le coût de l'instruction d'un juge sur un phénomène de société. Et quoiqu'il en soit, l'expertise impose aussi un lourd fardeau sur le temps et les ressources judiciaires.

²² Kenneth C. DAVIS, *Administrative Law of the Eighties, Supplement to Administrative Law Treatise*, San Diego, K.C. Davis Pub. Co., 1989, p. 371.

²³ L.Q. 2014, c. 1, art. 22.

On a parfois invoqué l'importance de ces coûts afin de justifier la connaissance d'office des faits sociaux. À cet égard, un rôle judiciaire plus actif permettrait de rétablir une forme d'équité, assurant l'accès à une information factuelle nécessaire, mais dont la présentation formelle par les parties au litige impliquerait pour elles un coût considérable et parfois dissuasif. Or un paradoxe naît ici de ce que le témoignage d'expert n'est en principe recevable que s'il met en lumière des renseignements étrangers à l'expérience et à la connaissance du juge, alors que la connaissance d'office est quant à elle en principe limitée aux faits incontestables et notoires.

On n'en est toutefois pas à une incertitude près en matière de preuve de faits de société.

II. Une modulation des règles de preuve : certaine, mais chaotique et temporaire?

Une ouverture

Les caractéristiques propres aux faits sociaux ainsi que leur rôle variable ont cependant fait en sorte que leur réception et leur traitement par les tribunaux ont requis à l'occasion certains assouplissements des règles de preuve et de procédure. Divers expédients ont été développés en vue de compléter le champ factuel dont l'établissement a été dit nécessaire à une conclusion sur la question constitutionnelle.

Fondement rationnel

Une forme particulière d'atténuation des exigences porte sur l'objet de preuve. En effet, plutôt que d'exiger la preuve d'un fait social, la Cour s'est parfois dite satisfaite de la preuve d'un fondement rationnel (ou raisonnable) à la croyance législative en l'existence de ce fait²⁴. On l'a fait en matière de partage des compétences à propos de la gravité d'une situation d'inflation²⁵. On le fait à l'occasion dans le contexte de l'évaluation du caractère raisonnable de limites apportées aux droits et libertés²⁶. Ainsi, la Cour s'est dite satisfaite de la preuve du caractère raisonnable et logique de la

²⁴ Danielle PINARD, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités ? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac », (1994) 39 *McGill L.J.* 401, p. 417.

²⁵ *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

²⁶ Pour un exemple jurisprudentiel récent : « le gouvernement doit établir qu'il était raisonnable de conclure à l'existence d'un lien causal entre le moyen choisi et l'objectif poursuivi », *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, par. 144.

conclusion législative quant à l'existence d'un lien entre la publicité d'un produit et sa consommation²⁷. Elle a aussi jugé suffisante la démonstration d'une crainte raisonnée de préjudice causé aux enfants par la possession de pornographie juvénile²⁸. La Cour a accepté le fondement rationnel de la décision législative d'assujettir tous les consommateurs à l'interdiction de possession de *cannabis sativa*²⁹. Elle a aussi repris cet objet de preuve simplifié lorsqu'elle a établi qu'une commission de la rémunération des juges devait « se pencher sur le caractère raisonnable du fondement factuel de la thèse du gouvernement »³⁰.

Connaissance d'office

On le sait, les cours de justice peuvent prendre connaissance d'office des faits notoires et incontestables³¹. On a cependant eu l'impression, pendant un moment, que la Cour permettait une connaissance élargie des faits sociaux en contexte constitutionnel. La juge Claire L'Heureux-Dubé a écrit, en 1994, que la Cour suprême du Canada exerçait de facto une connaissance d'office élargie des faits sociaux, particulièrement mais pas uniquement en contexte constitutionnel³², et que la question n'était dorénavant plus de savoir s'il existait une telle chose que la connaissance d'office de données sociales, mais bien plutôt celle des modalités d'opération d'une telle connaissance d'office³³. On sait que la Cour a par exemple évoqué d'emblée la possibilité de prendre connaissance d'office des faits constitutifs d'une analyse du caractère raisonnable de limites apportées aux droits et libertés³⁴. Elle a aussi affirmé qu'un juge pouvait « souvent » s'appuyer sur la connaissance d'office pour conclure à une violation des droits à l'égalité³⁵. On a ainsi notamment

²⁷ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

²⁸ *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, par. 85.

²⁹ *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, par. 40.

³⁰ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 183 ; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)* ; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)* ; *Bodner c. Alberta* ; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)* ; *Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, par. 33.

³¹ Pour le Québec : *Code civil du Québec*, art. 2808 : Le tribunal doit prendre connaissance d'office de tout fait dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable.

³² « The Supreme Court has often taken judicial notice of reliable social science research and socio-economic data in order to assist its contextual section one analysis of a rights violation », Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Re-Examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context », (1994) 26 *Ott. L. Rev.* 551, 561.

³³ « Canadian courts are now acknowledging the need to incorporate social context into judicial consideration [...]. The debate in Canada, as in the United States, has shifted from whether judicial notice has a role to play in establishing the social context of legislation to how, and in what contexts. », *Id.*, 563.

³⁴ *R. c. Oakes*, préc., note 13.

³⁵ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 77.

pris connaissance d'office des effets potentiellement catastrophiques de la fomentation de la haine³⁶, de la part disproportionnée assumée par les femmes quant aux coûts sociaux de la garde des enfants³⁷, de l'absence de choix de leur mode de vie conjugal pour certains conjoints de fait au Québec³⁸ ou encore de facteurs systémiques ayant contribué aux difficultés vécues par les peuples autochtones³⁹.

Valeur de précédent

Le principe de l'autorité du précédent est bien connu de la tradition de *common law*. Il prévoit qu'une cour de justice est généralement liée par les décisions d'une cour qui lui est supérieure dans la hiérarchie judiciaire. Sans que ce ne soit expressément nommé, il est convenu que cette valeur de précédent s'applique à la conclusion de droit rendue. Or, la Cour semble parfois accepter qu'une conclusion sur une question de fait social élaborée dans une cause particulière puisse par la suite jouir d'une valeur de précédent, de telle sorte que ce fait n'a alors plus à être démontré par la suite. Ainsi, la Cour s'est appuyée sur sa propre jurisprudence pour affirmer que la pornographie peut causer un préjugé comportemental⁴⁰, qu'il y a un lien entre le plafonnement des dépenses électorales et la confiance du public⁴¹, ou encore qu'il existe des préjugés raciaux largement répandus dans la société⁴². De même, elle a récemment affirmé de façon péremptoire « l'existence d'une culture de complaisance à l'égard des délais dans le système de justice criminelle »⁴³ en se fondant sur un arrêt récent rendu par une Cour pourtant divisée sur cette question particulière⁴⁴.

Sens commun

La Cour a expressément invoqué le sens commun comme composante du raisonnement à l'égard des faits en contexte constitutionnel. On peut s'en étonner : si le sens commun est un élément

³⁶ *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 758 (j. Dickson).

³⁷ *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 763 (j. Iacobucci).

³⁸ *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5, par. 422 (j. McLachlin).

³⁹ *R. c. Wells* [2000] 1 R.C.S. 207, par. 53.

⁴⁰ *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, par. 161.

⁴¹ *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 83.

⁴² *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 84.

⁴³ *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, par. 1.

⁴⁴ *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27.

incontournable de toute réflexion sur les faits, on a rarement senti le besoin de mentionner son influence⁴⁵. À propos du droit d'être jugé dans un délai raisonnable, la Cour a estimé que l'évaluation du caractère exceptionnel de certaines circonstances devait se faire à la lumière du « bon sens et de l'expérience »⁴⁶. Elle a aussi affirmé que le sens commun pouvait compléter la preuve d'une justification d'atteinte à un droit. Certains de ses juges ont par exemple estimé que le « gros bon sens » permettait d'établir un lien rationnel entre l'interdiction de publicité relative aux produits du tabac et la réduction de leur consommation⁴⁷. Une décision récente de la Cour illustre cependant fort bien le caractère relatif de cette notion de sens commun. Dans une discussion de la protection contre les traitements cruels et inusités, la Cour a conclu à la majorité que certaines peines minimales obligatoires constituaient une peine cruelle et inusitée, et ce à la lumière d'hypothèses raisonnables que la Cour a dites fondées sur « l'expérience judiciaire et le bon sens »⁴⁸. Les juges dissidents dans cette même affaire ont estimé que « l'expérience judiciaire et le bon sens » en confirmaient au contraire le caractère non raisonnable⁴⁹.

Logique et raison

De façon tout aussi étonnante, la Cour a de même formellement reconnu le rôle de la logique et de la raison comme éléments constitutifs du raisonnement judiciaire sur les faits⁵⁰. Elle a ainsi pu récemment affirmer que le lien rationnel entre un objectif visé et un moyen législatif mis en œuvre pouvait être établi par la raison et la logique⁵¹.

Forum de présentation

⁴⁵ Danielle PINARD, « Le “sens commun” dans le raisonnement judiciaire en contexte constitutionnel », dans DeLloyd J. GUTH, Rebecca JOHNSON, John P. MCEVOY et al. (dir.), *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997*, Winnipeg, Supreme Court of Canada Historical Society, Canadian Legal History Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, p. 381.

⁴⁶ *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, par. 71 et 174.

⁴⁷ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 84.

⁴⁸ *R. c. Nur*, préc., note 46, par. 62.

⁴⁹ *Id.*, par. 125.

⁵⁰ Danielle PINARD, « La promesse brisée de *Oakes* », dans Luc B. TREMBLAY et Grégoire C.N. WEBBER (dir.), *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 131.

⁵¹ *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, par. 99 ; Voir, dans le même sens : *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, par. 144.

Une certaine souplesse s'est aussi manifestée à l'égard du forum d'établissement des faits sociaux pertinents en contexte constitutionnel. On sait la règle générale qui veut que la preuve soit présentée en première instance, lieu d'élaboration des conclusions de fait, et que les appels éventuels soient en principe traités sur le fondement de ces dernières. Or, on a été pendant un temps sous l'impression que la nature particulière des faits sociaux autorisait à leur égard un rôle plus actif de la part des cours d'appel, et ce autant pour leur établissement que pour leur évaluation. On a ainsi autorisé à l'occasion la présentation en appel de preuve documentaire de données de sciences sociales – les fameux Brandeis Briefs⁵². Et on a parfois accepté de revoir en appel les conclusions de faits sociaux en remettant en question l'expertise des juges de première instance en la matière⁵³.

Un resserrement des exigences

Connaissance d'office

Le juge Binnie est vraisemblablement un protagoniste principal de ce qui semble être un mouvement de resserrement des exigences de la connaissance d'office à l'égard des faits sociaux. Exprimer on ne peut mieux ses réserves, il a écrit, en introduction à un article de doctrine sur la question : «I have been asked to suggest various ways in which you can get the judge to do the work of proving your case for you by taking judicial notice of facts ... »⁵⁴. Ses opinions judiciaires en la matière sont à l'avenant. Il a affirmé que le simple recours au vocable de « fait législatif » n'autorisait en rien le contournement des exigences de l'équité inhérentes à la présentation d'un fait controversé⁵⁵. Il a précisé que les limites de la connaissance d'office d'un fait devaient varier selon le rôle joué par ce dernier dans une cause: plus on se rapproche du cœur du litige, plus les exigences devaient être sévères⁵⁶. Des propos judiciaires récents semblent aussi aller dans le sens d'un retour aux exigences traditionnelles et strictes de la connaissance d'office. On a par exemple refusé de prendre connaissance de l'ignorance des conjoints québécois quant aux conséquences juridiques de

⁵² Danielle PINARD, « La preuve des faits sociaux et les Brandeis Briefs : quelques réserves », (1996) 26 *R.D.U.S.* 497.

⁵³ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

⁵⁴ Ian BINNIE, « Judicial Notice: How Much is Too Much? », dans *The Law Society of Upper Canada, Special Lectures 2003: The Law of Evidence*, Toronto, Irwin Law, 2004, p. 543.

⁵⁵ *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Attorney General)*, 2000 CSC 2, par. 5.

⁵⁶ *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, par. 60.

leur mode de vie conjugal⁵⁷, ou encore du lien entre l'âge et le niveau de scolarité des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw⁵⁸.

Mode de preuve et forum de présentation

À l'égard de ces faits législatifs ou sociaux, la Cour a confirmé en 2013 sa nette préférence pour une preuve relevant des sciences sociales présentée en première instance par des témoins experts⁵⁹. Elle a de plus insisté sur le fait que le juge de première instance se doit de constituer l'intégralité du dossier factuel sur la base duquel la cause chemine par la suite, et qu'il lui incombe donc de formuler des conclusions sur tous les faits, y compris les faits sociaux ou législatifs. La Cour a précisé que l'évolution de la jurisprudence en la matière (présument apparemment ici une expertise accrue des juges de première instance) faisait en sorte que les cours d'appel devaient faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de faits sociaux élaborées en première instance à la lumière de cette preuve d'expert relevant des sciences sociales. La règle d'un contrôle en appel limité à l'erreur manifeste et dominante est donc d'application générale et couvre aussi les conclusions relatives à des faits législatifs ou sociaux⁶⁰.

Une imprévisibilité constante

Mais quoiqu'il en soit, que l'on facilite la réception judiciaire des faits sociaux ou législatifs en contexte constitutionnel ou encore qu'on leur applique strictement les règles de preuve habituelles, on se retrouve toujours dans un univers relativement nébuleux.

L'appel à l'établissement de faits dans les affaires constitutionnelles était déjà assorti de nuances. En effet, l'interprétation judiciaire initiale des limites raisonnables pouvant être apportées aux droits et libertés, si elle posait comme principe un fardeau de preuve, ouvrait déjà la porte à ce que certains faits justificatifs puissent parfois être « manifestes ou évidents en soi »⁶¹. De même, la nécessité énoncée de fournir des études de sciences sociales en appui à une allégation de violation

⁵⁷ *P.G. Québec c. A.*, 2013 CSC 5, par. 273 (j. LeBel).

⁵⁸ *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, par 31.

⁵⁹ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 21, par. 53.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *R. c. Oakes*, préc., note 13, par. 68.

de droits à l'égalité était aussitôt tempérée par la possibilité qu'un tribunal assoie exclusivement sa conclusion sur la connaissance d'office et le raisonnement logique⁶².

Un exemple récent, quoiqu'anecdotique, me semble confirmer l'incertitude inhérente au traitement des faits sociaux en contexte constitutionnel. Dans une affaire de droit électoral où la Cour a accepté le caractère raisonnable d'une atteinte à la liberté d'expression en l'absence de preuve de sciences sociales appuyant cette conclusion, elle a laconiquement affirmé qu'en matière de justification, « [l]a logique et la raison ne suffisent pas toujours, mais elles suffisent parfois »⁶³.

III. L'ultime malaise : la remise en question des postulats factuels du droit ⁶⁴

Mais il y a peut-être plus. Au-delà des difficultés de preuve inhérentes aux faits sociaux. Certains de ces faits sont peut-être différents en ce qu'ils constituent des postulats essentiels du droit. Des fictions nécessaires. Dont la remise en question devant les tribunaux suscite un malaise, un inconfort certain. Deux décisions de la Cour suprême du Canada, rendues à un mois d'intervalle, l'illustrent on ne peut mieux.

Dans l'affaire *R. c. N.S.*⁶⁵, madame N.S. souhaite porter le niqab lors de son témoignage dans une instance criminelle. Il s'agit pour elle de l'exercice d'une croyance religieuse sincère. Les accusés

⁶² *Law c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, préc., note 35, par. 78.

⁶³ *B.C. Freedom of Information and Privacy Association c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2017 CSC 6, par. 58 (j. McLachlin pour la Cour).

⁶⁴ Cette partie emprunte l'essence de la réflexion développée dans : Danielle PINARD, « Au-delà de la distinction du fait et du droit en matière constitutionnelle : les postulats nécessaires », (2014) 48 *R.J.T.* 1.

invoquent leur droit à un procès équitable qui comprend la possibilité d'évaluer la crédibilité et de contre-interroger les témoins et implique, selon eux, la nécessité de témoignages à visage découvert. Cette affaire met en lumière un postulat implicite et omniprésent qui fonde informellement le droit de la preuve – l'existence d'un lien entre la possibilité de voir le visage d'un témoin et la tenue d'un procès équitable – sans toutefois y être en soi exprimé par une reconnaissance législative explicite. Ce lien existe-t-il réellement ? À la Cour suprême, une formation de sept juges entend la cause et trois opinions sont exprimées, ce qui démontre déjà un certain embarras face à la question soulevée. On y souligne l'absence de preuve d'expert et, de façon plus générale, la pauvreté de la preuve au dossier. La juge en chef McLachlin, avec l'appui des juges Deschamps, Fish et Cromwell, élabore un cadre d'analyse qui devrait selon elle dorénavant présider à toute décision judiciaire ponctuelle statuant sur une demande de retrait d'un niqab porté lors d'un procès criminel. Le retrait du niqab pourra être ordonné si cela est nécessaire pour écarter un risque sérieux que le procès soit inéquitable, et si les effets bénéfiques du retrait du niqab sont plus importants que ses effets préjudiciables. Dans ce qu'elle décrit comme ce contexte de rareté de preuve, la juge McLachlin conclut néanmoins à l'existence d'un « lien étroit entre la possibilité de voir le visage du témoin et la tenue d'un procès équitable »⁶⁶. Elle justifie essentiellement cette conclusion de fait en la déclarant être une supposition de *common law* qui fonde les dispositions du *Code criminel*, les règles de *common law* elles-mêmes et le point de vue judiciaire dominant sur la question⁶⁷. Cette supposition est selon elle historique, constante et profondément enracinée dans notre système de droit criminel⁶⁸. Si elle n'est pas concluante, cette supposition « ne peut être écartée à la légère » en l'absence de preuve contraire, écrit-elle⁶⁹. Les juges LeBel et Rothstein, dans une opinion signée par le premier, préconisent quant à eux une interdiction claire du port du niqab, et ce à toutes les étapes d'un procès criminel. Permettre d'observer le visage d'un témoin lors de son contre-interrogatoire, écrivent-ils, représente un élément important dans l'exercice, par l'accusé, de son droit de se défendre contre des accusations criminelles, et [que] l'appelante [madame N.S.] n'a pas démontré

⁶⁵ *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72 (ci-après « *N.S.* »). La décision a été rendue en date du 20 décembre 2012.

⁶⁶ *Id.*, par. 27.

⁶⁷ *N.S.*, préc., note 65, par. 21 et 48. La juge McLachlin utilise le terme « assumption » dans la version originale anglaise de son opinion. On retrouve le terme « présomption » dans sa traduction française. C'est fort regrettable, puisque le second réfère à un concept connu du monde de la preuve et a de toute évidence été volontairement évité par la juge McLachlin.

⁶⁸ La juge McLachlin réfère à un « lien ancien et persistant établi en droit entre le fait de voir le visage du témoin et l'équité du procès » (*id.*, par. 31). On ne peut s'empêcher de noter ici encore l'inquiétant problème de traduction que manifeste cette formulation. En réalité, la version originale anglaise se lit comme suit : « the ancient and persistent connection the law has postulated between seeing a witness's face and trial fairness ». Le lien *postulé* en anglais devient *établi* en français.

⁶⁹ *Id.*, par. 21 (voir aussi les paragraphes 22 et 27).

l'inexactitude de ce point de vue⁷⁰. La juge Abella estime enfin que le port du niqab devrait au contraire être en principe autorisé à toutes les étapes de ce procès. Elle affirme que l'observation du visage d'un témoin facilite certes l'évaluation de son comportement⁷¹. Il ne fait aucun doute non plus, selon elle, que l'on s'attend, et ce depuis longtemps, à voir le visage d'une personne qui témoigne⁷². Voir le visage d'un témoin constitue selon elle un idéal⁷³. Mais une attente n'est pas une règle⁷⁴; et une pratique ancienne n'est pas une exigence de *common law*, écrit-elle⁷⁵.

Dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. A.*⁷⁶, madame A. a de son côté contesté ce que certains considèrent comme la prémisse du droit civil québécois, soit le fait que le statut conjugal relève nécessairement d'un choix réel. Les conjoints de fait au Québec ont-ils *choisi* de se placer en marge du régime juridique du mariage? Madame conteste la constitutionnalité de certaines dispositions législatives adoptées par le législateur québécois relativement aux conséquences juridiques des divers arrangements conjugaux. Elle s'en prend notamment à la validité du postulat factuel qui semble fonder ces dispositions, soit le choix de ne pas se marier exercé par les conjoints de fait. Une formation de neuf juges entend la cause, et on retrouve des propos sur le postulat factuel controversé dans trois opinions. Pour la juge McLachlin, que certains conjoints de fait n'aient pas réellement choisi de ne pas se marier est un fait manifeste⁷⁷. Selon la juge Abella, c'est un fait déjà établi par la jurisprudence qui a reconnu le statut matrimonial comme un motif analogue de discrimination interdite en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷⁸. Le juge LeBel de son côté prend acte du postulat d'existence de choix à partir duquel le législateur québécois est intervenu, estime qu'une preuve contraire ne l'a pas réfuté, refuse de l'infirmier lui-même par la connaissance d'office et le relie enfin à des valeurs constitutionnelles de dignité et de liberté⁷⁹.

⁷⁰ *Id.*, par. 64.

⁷¹ *Id.*, par. 91.

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*, par. 82, 91, 107.

⁷⁴ *Id.*, par. 92.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5 (ci-après « *A.* »). La décision a été rendue le 25 janvier 2013.

⁷⁷ *Id.*, par. 422.

⁷⁸ *Id.*, par. 317.

⁷⁹ *Id.* par. 267.

Le lien entre l'observation du visage d'un témoin et l'équité du procès, le choix exercé par les conjoints de faits au Québec : s'agit-il de simples faits ? Alors que l'on maintient la prétention d'une recherche et d'une découverte de type factuel, le malaise exprimé par la diversité même des opinions qui en traitent nous amène à en douter. Ne s'agirait-il pas plutôt de postulats nécessaires dans le monde du droit ?

On connaît déjà l'existence d'une certaine liberté dans le traitement judiciaire des faits généraux, des faits de société en contexte constitutionnel. Mais il y a ici peut-être plus. Si le débat judiciaire laisse généralement une place certaine à une discussion de faits dont la correspondance au réel doit être démontrée, le monde du droit a aussi besoin de postulats à partir desquels se construire ou encore se justifier. Il s'agit plus d'hypothèses nécessaires que de faits empiriquement vérifiables. Une certaine représentation du monde est en effet indispensable à la construction d'un système de règles qui soit logique et cohérent. Ce qui distingue les faits généraux qui nous intéressent ici, c'est en effet qu'une croyance à leur égard fonde l'existence même de certaines règles de droit. Si le droit à l'équité du procès comprend le droit de l'accusé de voir le visage des témoins, c'est que cette observation est nécessaire ou utile à une évaluation de leur crédibilité et à un contre-interrogatoire efficace. Ou c'est du moins ce que l'on croit. Ou ce à quoi il faut croire. Si on n'attribue certains droits et obligations qu'aux personnes qui sont mariées, c'est que les conjoints de fait ont choisi de ne pas se marier et ainsi de se placer en marge d'un certain régime juridique. Ou c'est du moins ce que l'on croit. Ou ce à quoi il faut croire.

L'ambivalence dans le traitement judiciaire de ces faits-postulats nécessaires s'explique peut-être en partie par cette caractéristique. Il ne s'agit pas de faits ordinaires. Leur remise en question est en fait celle de la rationalité et de la cohérence interne d'une règle ou d'un système de règles et de pratiques juridiques. On est on ne peut plus loin du qui-a-fait-quoi, de ces faits relatifs aux parties au litige et dont on doit vérifier la réalité. Les juges sont fort conscients de l'ampleur du défi que leur pose la contestation de certains postulats fondamentaux du droit lors de litiges qui, au départ, ne concernent que deux individus.

Considérant les caractéristiques de ces postulats nécessaires, on comprend mieux la lourdeur du fardeau qui est imposé à celles qui souhaitent les remettre en question. Cette lourdeur est telle que l'imposition d'un fardeau de preuve ne peut être que de pure forme. Le fardeau est impossible à

relever. En effet, le postulat fondateur d'une règle de droit n'est bien souvent qu'une opinion normative sur un fait, une hypothèse factuelle raisonnable ou même un pur jugement de valeur sur ce qui devrait être. Affirmer qu'un débat factuel sur un tel postulat est possible, imposer à la partie qui le conteste un fardeau de preuve et entrouvrir la porte à la possibilité d'une contestation fructueuse parce qu'empiriquement mieux informée, a, encore une fois, quelque chose d'irréel. Le débat véritable, s'il est possible, ne peut qu'en être un de valeurs ou de principe.

Non seulement le postulat nécessaire n'est-il bien souvent pas essentiellement factuel, il se peut même qu'il n'ait pas été réellement vérifié empiriquement, voire même considéré au moment de l'élaboration de la norme, et ne soit en réalité qu'une justification fictive *ex post facto* invoquée au moment de sa contestation. La norme peut en effet avoir été élaborée en vue de produire un résultat, mais sans porter en elle une évaluation empirique ou un quelconque jugement sur un état de fait. Le fait-postulat peut être fictivement développé par la suite. Vraisemblablement dans la foulée de la présomption de constitutionnalité, les tribunaux accepteront alors parfois de présumer l'existence des faits-postulats nécessaires à une règle de droit.

La réforme du droit de la famille au Québec au début des années 1980 n'a vraisemblablement pas été fondée sur une étude empirique, systématique et scientifique d'un choix réellement exercé par les conjoints de fait de se placer en marge des obligations juridiques du mariage. La règle qui veut que l'on doive témoigner à visage découvert n'a certainement pas été élaborée suite à une étude de sciences sociales sur l'importance de voir le visage d'un témoin pour évaluer sa crédibilité. Ces postulats factuels sont parfois élaborés de manière hypothétique et dans certains cas *ex post facto*, après l'élaboration de la règle de droit. La position dans laquelle est placée la partie qui souhaite les remettre en question est intenable. Elle doit faire la preuve, apporter des faits, pour démontrer l'inexactitude d'un fondement factuel qui, dans la meilleure des hypothèses, n'a été que théoriquement élaboré, et ce, bien après la formation initiale de la règle.

Cet attachement du droit à des postulats nécessaires s'est déjà manifesté ailleurs. D'autres suppositions factuelles fondent certaines règles de droit et leur remise en question n'est généralement pas bien reçue par les cours de justice. L'indépendance et l'impartialité de

l'institution du jury, ou encore l'intelligence de l'électeur canadien, par exemple, constituent de tels postulats nécessaires en droit constitutionnel canadien⁸⁰.

Jean Rivero a publié en 1974 un article sur les fictions et les présomptions en droit public français dans lequel il exprime éloquemment la nécessaire distance que le droit entretient parfois avec la réalité empirique⁸¹. Il écrira par exemple que la fiction est un refus délibéré de la réalité, une affirmation dont le juriste sait qu'elle ne correspond pas à la réalité, l'affirmation volontaire de ce que l'on sait être faux⁸². Sur un ton semblable, il réfèrera aux présomptions qui, selon lui, ne refusent pas la réalité mais s'en désintéressent, qui donnent une version officielle de la réalité qui servira de base à la règle de droit⁸³. Selon cet auteur, ces fictions et présomptions sont parfois nécessaires en ce qu'elles constituent les piliers de l'édifice juridique tout entier⁸⁴. Et ce serait selon lui une erreur relevant d'une confusion des genres que de se méprendre sur leur nature et de les considérer comme des propositions factuelles contestables et sujettes à débat à la lumière de preuves empiriques⁸⁵.

Quoiqu'ils aient été exprimés dans un autre contexte juridique et à une autre époque, les propos de Rivero sont fort éclairants, voire visionnaires. Qu'on les qualifie de fictions, de présomptions ou encore de constructions factuelles *sui generis*, les postulats du droit canadien sont aujourd'hui appelés à être de plus en plus remis en question à l'occasion de contestations judiciaires. Parce que le monde du droit ne pourra ignorer le développement des connaissances qui contredisent ou nuancent ses présupposés factuels qu'au prix de sa légitimité, parce qu'on compte au nombre des conséquences de la constitutionnalisation de la *Charte* une dévalorisation du caractère majoritaire de ces postulats, et enfin parce que la Cour a elle-même ouvert la voie à leur remise en question en insistant sur l'importance de l'établissement d'un fondement factuel lors de contestations constitutionnelles.

⁸⁰ Voir la discussion dans : D. PINARD, « Au-delà de la distinction du fait et du droit en matière constitutionnelle : les postulats nécessaires », préc., note 64.

⁸¹ Jean RIVERO, « Fictions et présomptions en droit public français », dans Ch. PERELMAN et FORIERS, P. (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Établissements Bruylant, 1974, p. 101.

⁸² *Id.*, p. 102.

⁸³ *Id.*, p. 103.

⁸⁴ *Id.*, p. 111.

⁸⁵ *Id.*, p. 105.

Les connaissances en sciences sociales continueront de se développer, quoi qu'en pense le droit. Dans la mesure où les connaissances scientifiques remettront en question les présupposés factuels de certains postulats du droit, ce dernier ne pourra s'y rattacher qu'au prix de sa légitimité. Ce que le droit dit à propos des faits ne peut être autoréférentiel que dans la mesure où une certaine correspondance au réel est maintenue. Il deviendra difficile de ne pas savoir ce que tout le monde sait. Plus les conclusions des juges s'éloigneront de celles des scientifiques, plus il y aura péril en la demeure. Ces remises en question factuelles démasqueront peut-être les jugements de valeur du droit.

Le jour où l'on ne pourra plus affirmer que l'observation du visage d'un témoin a dans les faits un impact sur l'équité du procès, on ne pourra justifier les règles dites fondées sur cette prémisse que par une autre raison, qui relève peut-être des valeurs. De la même façon, le jour où l'on devra accepter que les conjoints de fait n'ont pas réellement choisi de s'exclure de certains régimes juridiques, on devra justifier autrement le fait qu'ils ne peuvent s'en prévaloir.

Les postulats du droit sont à la croisée du factuel et du normatif.

Les juges décideront parfois de s'en tenir à ce terrain des faits. On sait que l'utilisation des fardeaux de preuve, par exemple, est souvent pour eux un moyen commode de rendre une décision en contexte d'incertitude factuelle en attribuant la responsabilité à la diligence ou à la compétence des parties. Aborder une question constitutionnelle en vertu d'un angle strictement factuel et motiver une décision par le simple recours aux fardeaux de preuve leur permet de se distancer d'une décision qui semble s'être prise d'elle-même.

Ou on peut décider d'aborder les postulats sous un angle normatif, de valeurs. La question devient alors : est-ce inadéquat, inopportun, répréhensible, quelles sont les conséquences néfastes d'élaborer le droit matrimonial sous l'angle du principe de l'autonomie de la volonté ou encore de construire le droit de la preuve sur la nécessaire observation du visage d'un témoin ? Parce qu'il ne s'agit pas, à la base, de choix fondés sur une évaluation factuelle. Discuter en termes de valeur, plutôt que de s'interroger sur la correspondance exacte de ces présupposés à la réalité factuelle. Des enjeux

fondamentaux sont au cœur des questions soulevées dans les affaires *N.S.* et *A.* Ils touchent notamment le multiculturalisme et la neutralité des institutions publiques dans la première, l'autonomie de la volonté, les rapports de pouvoir et la dépendance économique dans les relations conjugales, le paternalisme d'État et la souveraineté des provinces dans la seconde. Lorsque le juge LeBel écrit dans *A.* qu' « [u]ne interdiction claire de porter le niqab respecterait le principe de la publicité du procès et préserverait l'intégrité de celui-ci en tant qu'acte de communication »⁸⁶, ou encore lorsqu'on lit dans l'opinion de la juge Abella dans la même affaire que « [l]a création d'un environnement judiciaire où l'on gêne davantage les victimes en leur demandant de choisir entre leurs droits religieux et le droit d'obtenir justice ternit l'image d'équité que se fait le public non seulement du procès, mais du système de justice lui-même »⁸⁷, on a l'impression d'être enfin au cœur du débat, au cœur de la question à trancher.

Il se peut que les affaires *N.S.* et *A.* mettent essentiellement en jeu des choix normatifs et que le débat factuel ne soit à toutes fins utiles que secondaire. Le port du niqab par un témoin dans une instance criminelle soulève un débat de valeurs bien plus que la seule question empirique, controversée et insoluble de l'utilité de l'observation du visage d'un témoin pour l'évaluation de la crédibilité et l'efficacité du contre-interrogatoire. L'autonomie de choix manifestée par un mode de vie conjugale est bien plus un fondement axiologique du droit matrimonial québécois qu'une question statistique appelée à être éventuellement documentée.

Accepter de discuter de choix normatifs est aujourd'hui une décision courageuse et risquée, particulièrement de la part d'un juge. Le scepticisme et le relativisme ambiants s'accommodent mal d'une hiérarchisation expresse de valeurs. Qui est un acte d'autorité assumée. Il sera toujours tentant pour les juges de se réfugier derrière de supposés constats dictés par la preuve. De prétendre ne pas avoir décidé. Mais l'exercice n'est pas toujours convaincant.

Conclusion

La question n'est donc pas réellement celle de la post-vérité.

⁸⁶ *A.*, préc., note 76, par. 78.

⁸⁷ *Id.*, par. 95.

Il s'agit plutôt du rapport que le monde du droit, et en particulier du droit constitutionnel, entretient avec les faits. Est-ce que le champ factuel du monde du droit est celui des faits qui existent réellement, ou n'a-t-il pas traditionnellement été en partie composé de postulats nécessaires, de fictions ou de présomptions irréfragables?

Et dans ce dernier cas, cet attachement du droit à ces « faits alternatifs » peut-il survivre au contentieux constitutionnel qui appelle les faits, aux droits à l'égalité qui invitent à la déconstruction des conclusions factuelles majoritaires et à cet intérêt renouvelé pour la vérité auquel a paradoxalement donné lieu la valse des faits alternatifs de nos voisins du Sud?

À une époque où les mensonges, ou à tout le moins les manipulations de la vérité font couler autant d'encre, le droit ne peut plus se fonder impunément sur un traitement approximatif de la vérité. Si on a besoin de présupposés factuels sur lesquels construire un édifice normatif logique et cohérent, peut-être est-il temps de l'affirmer et d'en discuter les implications en plein jour.

Annexe

PINARD, D., « Au-delà de la distinction du fait et du droit en matière constitutionnelle : les postulats nécessaires », (2014) 48 *R.J.T.* 1

PINARD, D., « Charter and Context : the Facts for Which We Need Evidence, and The Mysterious Other Ones », (2001) 14 *S.C.L.R.* (2d) 163

PINARD, D., « De l'absence d'esbroufe dans le traitement des faits sociaux en contexte constitutionnel : la retenue méconnue du juge Antonio Lamer », (2009) 46 *S.C.L.R.* (2d) 401

PINARD, D., « Institutional Boundaries and Judicial Review – Some Thoughts on How the Court is Going About Its Business: Desperately Seeking Coherence », (2004) 25 S.C.L.R. (2d) 213

PINARD, D., « La connaissance d’office des faits sociaux en contexte constitutionnel », (1997) 31 R.J.T. 315

PINARD, D., « La “méthode contextuelle” », (2002) 81 R. du B. Can. 323

PINARD, D., « La notion traditionnelle de connaissance d’office des faits », (1997) 31 R.J.T. 87

PINARD, D., « La preuve des faits sociaux et les Brandeis Briefs : quelques réserves », (1996) 26 R.D.U.S. 497

PINARD, D., « La promesse brisée de *Oakes* », dans Luc B. TREMBLAY et Grégoire C.N. WEBBER (dir.), *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l’arrêt R. c. Oakes*, Montréal, Éditions Thémis, 2009

PINARD, D., « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l’occasion de l’affaire du tabac » (1994) 39 *McGill L.J.* 401

PINARD, D., « Le domaine de la connaissance d’office des faits » dans *Actes de la XVIe Conférence des juristes de l’État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 351

PINARD, D., « Le droit et le fait dans l’application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés* », (1989) 30 *C. de D.* 137

PINARD, D., « Le “sens commun” dans le raisonnement judiciaire en contexte constitutionnel » dans DeLloyd J. GUTH, Rebecca JOHNSON, John P. MCEVOY et al. (dir.), Gérard V. La Forest

at the Supreme Court of Canada, 1985-1997, Winnipeg, Supreme Court of Canada Historical Society, Canadian Legal History Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, p. 381

PINARD, D., « Les énoncés de fait du législateur et le contrôle judiciaire de constitutionnalité au Canada : de l'utilisation des préambules et autres dispositions non normatives des lois », (2009) 24 *N.J.C.L.* 27

PINARD, D., « Les principes de preuve en matière de contrôle de constitutionnalité vus sous l'angle d'une gestion de risques », dans COMMISSION DU DROIT DU CANADA (dir.), *Le droit et le risque*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006