

Tracer la frontière entre la preuve du contexte législatif et social et la plaidoirie : proposition d'un cadre d'analyse pour l'application de la prohibition de l'expertise sur le droit dans le contentieux constitutionnel

Julien Fournier

Volume 51, numéro hors-série, 2021

Le Parlement et les tribunaux

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1085795ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1085795ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Fournier, J. (2021). Tracer la frontière entre la preuve du contexte législatif et social et la plaidoirie : proposition d'un cadre d'analyse pour l'application de la prohibition de l'expertise sur le droit dans le contentieux constitutionnel. *Revue générale de droit*, 51, 279–315. <https://doi.org/10.7202/1085795ar>

Résumé de l'article

L'expertise est dorénavant le principal moyen de preuve des faits législatifs et sociaux lors du contrôle de constitutionnalité. Non seulement les expertises se multiplient, allongent les procédures, complexifient le contrôle de constitutionnalité et pèsent sur l'accès à celui-ci, mais plusieurs plaideurs succombent à la tentation de plaider le droit, les principes ou les valeurs, par le truchement d'un expert aux connaissances scientifiques impressionnantes. Pour que les jugements de valeur et les plaidoiries soient réservés aux plaideurs, et que la preuve puisse jouer son rôle d'établissement des faits législatifs et sociaux, nécessaires à l'adjudication constitutionnelle, les tribunaux tentent de circonscrire l'expertise. Dans ce contexte, le présent article propose quatre frontières délimitant l'expertise afin que le contrôle de constitutionnalité soit plus accessible. L'expertise doit être admissible quand elle vise à prouver l'effet concret des dispositions contestées ou les faits historiques méconnus lorsqu'ils sont pertinents pour interpréter ou appliquer le droit, mais doit être rejetée lorsqu'elle vise à établir le droit comparé ou à influencer normativement sur l'interprétation ou l'application du droit.

Tracer la frontière entre la preuve du contexte législatif et social et la plaidoirie : proposition d'un cadre d'analyse pour l'application de la prohibition de l'expertise sur le droit dans le contentieux constitutionnel

JULIEN FOURNIER*

RÉSUMÉ

L'expertise est dorénavant le principal moyen de preuve des faits législatifs et sociaux lors du contrôle de constitutionnalité. Non seulement les expertises se multiplient, allongent les procédures, complexifient le contrôle de constitutionnalité et pèsent sur l'accès à celui-ci, mais plusieurs plaideurs succombent à la tentation de plaider le droit, les principes ou les valeurs, par le truchement d'un expert aux connaissances scientifiques impressionnantes. Pour que les jugements de valeur et les plaidoiries soient réservés aux plaideurs, et que la preuve puisse jouer son rôle d'établissement des faits législatifs et sociaux, nécessaires à l'adjudication constitutionnelle, les tribunaux tentent de circonscrire l'expertise. Dans ce contexte, le présent article propose quatre frontières délimitant l'expertise afin que le contrôle de constitutionnalité soit plus accessible. L'expertise doit être admissible quand elle vise à prouver l'effet concret des dispositions contestées ou les faits historiques méconnus lorsqu'ils sont pertinents pour interpréter ou appliquer le droit, mais doit être rejetée lorsqu'elle vise à établir le droit comparé ou à influencer normativement sur l'interprétation ou l'application du droit.

MOTS-CLÉS :

Admissibilité des expertises, expertise en droit, preuve des faits législatifs et sociaux, contrôle de constitutionnalité, preuve en matière constitutionnelle, procédure en matière constitutionnelle, faits et droit, gestion des instances, accès à la justice.

* L'auteur est avocat et doctorant à la Faculté de droit de l'Université Laval. Ses recherches sont financées par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada dans le cadre du Programme de bourses d'études supérieures du Canada Joseph-Armand-Bombardier (BESC D). Il remercie les éditeurs, les évaluateurs anonymes, ainsi que M^{es} Charles Breton-Demeule et Mylina Perron-Simard pour leurs judicieux commentaires.

ABSTRACT

Expert evidence is increasingly used to establish social and legislative facts during constitutional review. Not only is the use of expertise expanding, lengthening proceedings, complicating constitutional review and limiting access to such review, but many litigants are succumbing to the temptation to plead the law, principles or values using an expert with impressive academic knowledge. In order to reserve value judgments and pleadings for litigants and for evidence to play its role in establishing the social and legislative facts required for constitutional adjudication, courts attempt to circumscribe the role of expertise. This article proposes four boundaries on expertise in order to make constitutional review more accessible. Expertise would be admissible to establish the concrete effect of disputed provisions or little-known historical facts when they are relevant for interpreting or applying the law, but it would not be accepted to establish points of comparative law or to normatively influence the interpretation or application of the law.

KEYWORDS:

Expertise, expert witnesses, evidence, social and legislative facts, constitutional review, access to justice.

SOMMAIRE

Introduction	280
I. Pourquoi distinguer les faits et le droit ?	285
II. Le contexte général de la prohibition de l'expertise en droit en matière constitutionnelle	289
III. Le cadre d'analyse proposé	294
A. L'effet concret, les faits de société et le droit	294
B. L'histoire du droit et l'interprétation des règles de droit	297
C. Le droit interne et le droit comparé ou le droit international	301
D. Les faits et l'opportunité	305
Conclusion: l'importance de garder l'expert dans son rôle	310

INTRODUCTION

Depuis la fin des années 90, la Cour suprême du Canada a exprimé, nettement et à plusieurs reprises, sa préférence pour l'expertise comme moyen de preuve des faits législatifs et sociaux nécessaires au contrôle

de constitutionnalité¹. Corollairement, elle a établi que la connaissance d'office des faits législatifs et sociaux, qui peut suppléer à la preuve d'expert, est restreinte aux faits qui sont raisonnablement incontestables dans le contexte dans lequel ils sont invoqués².

L'expertise pour prouver des faits législatifs et sociaux est donc, en principe, nécessaire au sens des critères de l'arrêt *Mohan*³. Le rôle de l'expert et le sujet de son témoignage sont toutefois circonscrits. Certains faits doivent être prouvés par le témoignage de personnes ordinaires qui en ont une connaissance personnelle. D'autres éléments ne dépassent pas la connaissance habituelle des juges, et la preuve d'expert est, à cet égard, irrecevable.

Comme chacun sait, le droit fait partie des éléments qui ne dépassent pas les connaissances habituelles des juges. Cette règle de la prohibition du témoignage sur le droit a été rappelée dans le récent arrêt *Comeau* de la Cour suprême du Canada.

Dans cette affaire sur l'importation d'alcool du Québec au Nouveau-Brunswick, les parties avaient fait témoigner des historiens experts sur l'intention des Pères de la Confédération relativement au libre-échange

1. *R c Malmo-Levine; R c Caine*, 2003 CSC 74 au para 28 (les juges Gonthier et Binnie pour la majorité), [2003] 3 RCS 571 [*Malmo-Levine*]; *R c Spence*, 2005 CSC 71 au para 68 (le juge Binnie pour la Cour), [2005] 3 RCS 458 [*Spence*]; *Canada (PG) c Bedford*, 2013 CSC 72 au para 53 (la juge en chef McLachlin pour la Cour), [2013] 3 RCS 1101 [*Bedford*]; France Houle et Clayton Peterson, *Hors de tout doute raisonnable. La méthodologie et l'adéquation empirique comme fondements de l'épistémologie du droit de la preuve*, Montréal, Thémis, 2018, à la p 88. Voir aussi *MacKay c Manitoba*, [1989] 2 RCS 357, 1989 CanLII 26 (CSC) à la p 361 (le juge Cory pour la Cour) [Mackay]; *Public School Boards' Assn of Alberta c Alberta (PG)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 RCS 44 au para 5 (le juge Binnie siégeant seul); *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Ishaq*, 2015 CAF 151 au para 21 (le juge Stratas siégeant seul), [2016] 1 FCR 686.

2. *Malmo-Levine*, *supra* note 1 au para 28; *Spence*, *supra* note 1 aux para 58 et 65; *Québec (PG) c A*, 2013 CSC 5 au para 239 (le juge LeBel pour les juges Fish, Rothstein et Moldaver, motifs de jugement), [2013] 1 RCS 61; *R c Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 RCS 692 au para 86 (les juges Brown et Martin pour la majorité); Elizabeth F Judge, « Curious Judge: Judicial Notice of Facts, Independent Judicial Research, and the Impact of the Internet » dans Todd L Archibald et Randall Scott Echlin, dir, *Annual Review of Civil Litigation 2012*, Toronto, Carswell, 2012, 325 à la p 339. Voir aussi *Allen v Alberta*, 2015 ABCA 277 au para 23 (le juge Slatter avec l'accord du juge Martin, motifs de jugement); *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, 2011 BCSC 1588 aux para 106–27; *R v Francis*, 2007 NSPC 28 au para 80; Ranjan Agarwal et Faiz Lalani, « Noting the Obvious: A Reflection on the Supreme Court of Canada's Application of Judicial Notice Under Sections 7 and 15 of the Charter » (2016) 35 (2) NJCL 131.

3. *R c Mohan*, [1994] 2 RCS 9, 1994 CanLII 80 (CSC) [*Mohan*]. Ces critères sont : (1) la qualification de l'expert; (2) la pertinence; (3) la nécessité; et (4) l'absence d'une règle d'exclusion. Des seuils minimaux de fiabilité et d'impartialité sont également des critères d'admissibilité sous-jacents. Les articles 2843 du *Code civil du Québec*, ainsi que 22 et 231 et suivants du *Code de procédure civile* du Québec codifient certains de ces critères.

et, donc, à l'interprétation qu'il fallait donner à l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴. Le juge de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick a utilisé cette preuve pour écarter certains arrêts du Comité judiciaire du Conseil privé britannique et de la Cour suprême du Canada, qui lui prescrivaient l'interprétation à donner à cet article 121⁵. En effet, l'un des experts avait témoigné que le constituant de 1867 désirait établir un libre-échange absolu entre les colonies d'Amérique du Nord britannique. Le juge Leblanc a considéré que, comme le Comité judiciaire et la Cour suprême n'avaient pas eu le bénéfice de cette preuve historique, il était autorisé à ne pas suivre leurs arrêts et à conclure que la Constitution empêche les provinces d'établir des monopoles et des systèmes de régulation des prix.

La Cour suprême a infirmé cette décision. Elle a expliqué que l'application des facteurs contextuels d'interprétation, c'est-à-dire des faits historiques, n'est pas un sujet approprié pour une expertise. La Cour affirme que : « [d]éroger à un précédent sur le fondement d'une telle preuve d'opinion revient à céder la principale tâche du juge à un expert »⁶. Néanmoins, la preuve portant sur les faits législatifs et sociaux est recevable et même, dans bien des cas, absolument nécessaire au succès du recours⁷.

Il y a donc, *a priori*, une sorte de paradoxe entre la prohibition de prouver le droit et l'admissibilité de la preuve d'expert sur la volonté des acteurs politiques et sur les autres faits législatifs et sociaux pertinents en matière constitutionnelle. Ce paradoxe soulève plusieurs questions. Comment distinguer la preuve de l'effet d'une disposition et le témoignage sur son interprétation ? Où s'arrête la preuve sur le contexte législatif, dont l'intention du constituant ou du Parlement, et où commence la plaidoirie sur cette intention et l'interprétation qu'il faut donner au texte de loi ? Le droit comparé ou le droit international

4. *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 121.

5. *R c Comeau*, 2016 NBCP 3 aux para 52 et s (le juge LeBlanc) [Comeau NBCP].

6. *R c Comeau*, 2018 CSC 15 au para 40 (*per curiam*), [2018] 1 RCS 342 [Comeau RCS]. Voir aussi Jean-Claude Royer, *La preuve civile*, 5^e éd par Catherine Piché, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2016 au para 535 ; *Raymond Chabot Grant Thornton c Directeur général des élections du Québec*, 2018 QCCS 5697 [Raymond Chabot].

7. *MacKay*, *supra* note 1 à la p 361. Voir aussi *Danson c Ontario (PG)*, [1990] 2 RCS 1086 à la p 1099 (le juge Sopinka pour la Cour) ; *Schachter c Canada*, [1992] 2 RCS 679 à la p 695 (le juge en chef Lamer pour la majorité) ; *R c Mills*, [1999] 3 RCS 668 au para 38 (les juges McLachlin et Iacobucci pour la majorité).

pertinent pour orienter le droit canadien peut-il être établi par expertise ? L'expertise sur les valeurs ou les principes est-elle nécessaire et pertinente ?

Plusieurs décisions des tribunaux supérieurs ou d'appel montrent que ces limites ne sont pas toujours faciles à tracer ni suivies avec constance. Par exemple, dans les affaires *Motard*⁸, qui portaient sur les règles de succession à la Couronne, et *Hak*⁹, sur la laïcité de l'État, des expertises fondées sur une preuve historique et sur le droit comparé ont été jugées admissibles ou ont été utilisées pour interpréter la Constitution canadienne. À l'inverse, dans l'affaire *Boulerice*¹⁰, concernant le privilège parlementaire, la Cour d'appel fédérale a tout simplement rejeté l'expertise en droit, même comparé.

Bien que plusieurs auteurs aient abordé la question de l'expertise en matière constitutionnelle¹¹, aucun ne s'est véritablement intéressé

8. *Motard c Canada (PG)*, 2016 QCCS 588 aux para 47, 95, 96, 100 et 101 (le juge Bouchard [Motard]). Par souci de transparence, nous soulignons avoir agi à titre d'avocat dans ce dossier.

9. *Hak c Québec (PG)*, 2021 QCCS 1466 [Hak].

10. *Canada (Bureau de régie interne) c Canada (PG)*, 2017 CAF 43 aux para 23 et s (le juge De Montigny pour la Cour) [Boulerice].

11. Benjamin Perryman, « Adding Social Science Evidence in Constitutional Cases » (2018) 44:1 Queen's LJ 121 ; Roslyn Mounsey, « Social Science Evidence as Proof of Legislative Fact in Constitutional Litigation: A Proposed Framework for a Reliability Analysis » (2014) 32:2 NJCL 127 ; Dana E Phillips, « Loosening the Law's Bite: Law, Fact, and Expert Evidence in *R v JA* and *R v NS* » (2017) 21:3 Int'l J of Evidence & Proof 242 ; John D Lee, C Tess Sheldon et Roberto Lattanzio, « Law and Ordered CHAOS: Social Science Methodology, and the *Charter* Claims of Persons With Disabilities » (2013) 32 NJCL 61 ; Julien Fournier, « L'"affidavit St-Hilaire" sur le privilège parlementaire et son rejet dans l'affaire *Boulerice*: mise en contexte » (2017) 11:3 Journal of Parliamentary and Political Law 723.

Sur la preuve en matière constitutionnelle en général, voir aussi Danielle Pinard, *Les faits alternatifs du droit constitutionnel*, 3^e Conférence Chevette-Marx, Montréal, Thémis, 2018 ; Alan N Young, « Proving a Violation: Rhetoric, Research and Remedy » (2014) 67 Supreme Court Law Review 617 ; Danielle Pinard, « Au-delà de la distinction du fait et du droit en matière constitutionnelle: les postulats nécessaires » (2014) 48 RJT 1 [Pinard, « Au-delà de la distinction du fait et du droit »] ; Danielle Pinard, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités ? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac » (1993-1994) 39:2 McGill LJ 401 ; Danielle Pinard, « La preuve des faits sociaux et les Brandeis Briefs: quelques réserves » (1996) 26 RDUS 497 ; Danielle Pinard, « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel » (1997) 31 RJT 315 ; Danielle Pinard, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (1989) 30:1 C de D 137 [Pinard, « Le droit et le fait dans l'application des standards »] ; Michael Pal, « Democratic Rights and Social Science Evidence » (2014) 32:2 NJCL 151 ; Monique Rousseau, « L'admissibilité en preuve des faits législatifs, constitutionnels et socio-économiques: une exception à la règle interdisant le oui-dire » dans *Service de la formation continue, Barreau du Québec*, vol 167, *Développements récents en droit administratif et constitutionnel* (2002), Cowansville (QC), Yvon Blais, 2002, 44 ; Julia Hughes et Vanessa MacDonnell, « Social Science Evidence in Constitutional Rights Cases in Germany and Canada: Some Comparative Observations » (2013) 32:1 NJCL 23 ; David Wiseman, « Managing

à l'application de la règle de la prohibition du témoignage sur le droit et à la frontière entre l'expertise et la plaidoirie juridiques¹². Ces questions sont donc, sur le plan de la littérature juridique, largement irrésolues.

De plus, les procès constitutionnels sont souvent longs et coûteux¹³. Il va sans dire que la confection inutile d'un rapport d'expert et son témoignage à l'audience empirent cette situation.

Par conséquent, il nous apparaît utile de proposer, dans le présent article, un cadre d'analyse pour l'application de la règle de la prohibition de l'expertise sur le droit dans le contexte de la preuve des faits législatifs et sociaux.

Néanmoins, distinguer la différence entre les faits et le droit soulève un débat théorique qu'il faut brièvement situer avant de plonger dans le vif du sujet, afin de justifier d'emblée pourquoi la distinction entre les faits et le droit et le cadre d'analyse proposé sont utiles dans le contexte du droit de la preuve (I). Ensuite, nous contextualiserons la règle de la prohibition du témoignage sur le droit (II), pour, finalement, proposer un cadre d'analyse fondé sur quatre frontières pour l'expertise en matière constitutionnelle (III).

L'expertise est nécessaire pour prouver l'effet concret des dispositions et leur contexte historique ou social, mais non pour prononcer des jugements de valeur qui viseraient à en orienter le sens. Nous proposons également d'interdire la preuve expertale du droit comparé (ou du

the Burden of Doubt: Social Science Evidence, the Institutional Competence of Courts and the Prospects for Anti-Poverty Charter Claims» (2014) 33:1 NJCL 1; Yasmin Dawood, «Democracy and Deference: The Role of Social Science Evidence in Election Law Cases» (2014) 32 NJCL 173; Agarwal et Lalani, *supra* note 2; Stéphane Bernatchez, «Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada» (2005–06) 36 RDUS 166 aux pp 202 et s; Marilyn T MacCrimmon, «Developments in the Law of Evidence: The 1987–88 Term. Fact Finding and the Supreme Court» (1989) 11 Supreme Court LR 275; John Hagan, «Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence in Constitutional Litigation» dans Robert J Sharpe, dir, *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1986, 213; André Binette, «La mise en œuvre judiciaire de l'article 1 de la Charte canadienne et le droit de la preuve» (1986) 27:4 C de D 939.

12. Voir, cependant, John P McEvoy, «R v Comeau: Expert Evidence at Trial» (2020) 40:1 NJCL 67 [McEvoy].

13. Alan Young, *Les coûts des litiges fondés sur la Charte*, Ministère de la Justice du Canada — Division de la recherche et de la statistique (3 mai 2016), en ligne : <www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr/clc-ccl/clc-ccl.pdf>. Voir *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13 au para 200 (les juges Brown et Rowe, dissidents en partie); *Bedford*, *supra* note 1 au para 15; *Carter c Canada (PG)*, 2015 CSC5 au para 22 (*per curiam*), [2015] 1 RCS 331; *Canada (PG) c PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 RCS 134; et *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010.

droit international utilisé pour interpréter le droit interne) lorsque celui-ci ne dépasse pas les connaissances habituelles des juges et des avocats canadiens, particulièrement s'il est exprimé en français ou en anglais, et possède un lien de filiation juridique avec le Canada.

Nous souhaitons ainsi proposer des solutions à des controverses irrésolues, exprimer clairement les règles en filigrane des jugements existants en la matière, et suggérer une vision des valeurs ou des principes qui devraient, à notre avis, primer lors des décisions sur l'admissibilité des expertises. Entre autres, dans un souci d'accès à la justice et d'économie des ressources judiciaires, nous suggérons de trancher les questions liées à la nécessité des expertises en contexte constitutionnel le plus tôt possible dans l'instance.

I. POURQUOI DISTINGUER LES FAITS ET LE DROIT ?

La distinction entre les faits et le droit est fondamentale en droit de la preuve et de la procédure, comme les juges Brown et Rowe l'ont rappelé récemment à l'occasion d'un litige portant sur la responsabilité civile d'une entreprise pour violation du droit international coutumier¹⁴. Ils écrivent :

Au Canada, la procédure civile dépend en grande partie de la distinction entre le droit et les faits. Les faits sont allégués, mais le droit ne l'est pas; les faits sont établis à la lumière de la preuve, mais pas le droit; il ne peut être statué sur les faits dans le cadre d'une requête en radiation ou en jugement sommaire, mais il peut l'être sur le droit; les juridictions d'appel font preuve de déférence envers les conclusions de fait tirées par le juge des faits, mais non envers les conclusions de droit. Fait peut-être le plus important, les juges ne peuvent trancher des questions de fait si les parties ne leur ont pas soumis d'éléments de preuve (sauf si la connaissance d'office s'applique), mais ils peuvent se prononcer sur des questions de droit. Non seulement il est accepté que les juges effectuent leurs propres recherches juridiques, mais c'est ce qu'on attend d'eux. Par contre, les juges ne sont pas autorisés à effectuer leurs propres recherches au sujet des faits¹⁵. [Notre soulignement]

14. *Nevsun Resources Ltd c Araya*, 2020 CSC 5 [*Nevsun Resources*].

15. *Ibid* au para 177 (les juges Brown et Rowe, dissidents en partie, mais non contredits sur ce point). Voir aussi Clarence Morris, « Law and Fact » (1942) 55 Harv L Rev 1303 à la p 304: « *Since questions of fact are answered in one way and questions of law in another, the distinction between*

Les règles de preuve et de procédure répartissent les rôles entre les différents acteurs du système judiciaire dans l'établissement des faits et du droit. Les juges, particulièrement d'appel, sont maîtres du droit, sur lequel les avocats ou les parties plaident. En revanche, les faits doivent être déterminés par le juge ou le jury de première instance à partir d'une preuve encadrée légalement, comprenant, entre autres, les témoignages des personnes en ayant une connaissance particulière.

Parmi les raisons justifiant la distinction judiciaire entre les faits et le droit, il y a : (1) la protection contre l'arbitraire ; (2) le postulat selon lequel il est possible de prouver des faits, alors que l'importance relative des valeurs qui fondent les règles de droit ne peut être prouvée ; et (3) l'accès à la justice.

D'abord, il s'agit d'empêcher les tribunaux de considérer arbitrairement comme prouvés des faits extérieurs, sans preuve. Évidemment, c'est le droit substantiel qui accorde de la pertinence aux faits, et le droit peut présumer leur existence de manière irréfragable ou non¹⁶. Il s'agit alors de pures règles de droit¹⁷, et non de faits extérieurs à la volonté des pouvoirs de l'État. *A contrario*, lorsque le Parlement ou les tribunaux d'appel déclarent qu'une conclusion judiciaire nécessite la survenance et la preuve d'un fait, les tribunaux ne peuvent, hormis dans les cas de connaissance judiciaire, conclure à la survenance de ce fait sur la base d'*a priori*, de croyances, d'apparences ou de préjugés.

them is vitally practical. A question of fact usually calls for proof. A question of law usually calls for argument. The lawyer who confuses one with the other will look for evidence when he should be writing a brief or vice versa. » [Notre soulignement]

16. Le droit substantiel, à partir des valeurs que ceux qui l'ont édicté désirent protéger, détermine si des faits seront ou non générateurs de droit. Ainsi, par exemple, la vulnérabilité d'un enfant en particulier n'a pas à être prouvée lorsqu'on demande une injonction contre une publication sur Facebook qui utilise sa photographie. Le droit en la matière protège les enfants en général, nonobstant la preuve de leur situation particulière: *AB c Bragg Communications Inc*, 2012 CSC 46 au para 17 (la juge Abella pour la Cour) [2012] 2 RCS 567. Voir aussi John Sopinka, Sidney N Lederman et Alan W Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 5^e éd par Sidney N Lederman, Alan W Bryant et Michelle K Fuerst, Markham, LexisNexis Canada, 2018 au para 1.1 ; Perryman, *supra* note 11 aux pp 151 et s.

17. John H Wigmore, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, 2^e éd, vol 4, Boston, Little, Brown, 1961–1988 à la p 3535 au para §2492 : « In strictness, there cannot be such a thing as a conclusive presumption » ; Edmund M Morgan, « Presumptions » (1937) 12:4 Washington Law Review and State Bar Journal 255 à la p 255 : « *It is too clear for argument that a so-called conclusive presumption is only a form of expression for a positive rule of law* » ; Sir Rupert Cross et Collin Tapper, *Cross & Tapper on Evidence*, 12^e éd, 2010, Oxford University Press à la p 75 ; James B Thayer, « Judicial Notice and the Law of Evidence » (1890) 3:7 Harvard Law Review 285 aux pp 309–310.

Dans le modèle anglais de preuve légale, qui est le nôtre, ils doivent avoir reçu une preuve de ce fait¹⁸, ce qui encadre leur pouvoir.

Ensuite, la distinction entre les faits et le droit sépare, d'une part, la constatation des faits ou les opinions sur l'existence de ceux-ci, lesquelles relèvent des témoins ordinaires ou experts, et, d'autre part, les jugements de valeur que tous peuvent formuler, sur lesquels les avocats peuvent plaider et que les tribunaux vont ultimement trancher¹⁹. Bien sûr, les tribunaux décident souverainement de l'existence des faits extérieurs autant que du droit, mais ils doivent avoir reçu une preuve des faits. Les jugements des témoins quant à la survenance des faits sont fondés lorsqu'ils en ont une connaissance personnelle ou expertale, tandis que toutes les opinions normatives sur l'importance relative des valeurs se valent, et il faut ultimement qu'un acteur impose d'autorité quelles valeurs vont primer, quelles règles s'appliquent et quelle conclusion judiciaire sera prononcée. Il s'agit du tribunal.

En conséquence, la distinction entre les faits et le droit restreint la plaidoirie aux parties elles-mêmes et aux avocats. Les honoraires de ces derniers ne sont normalement pas à la charge de la partie perdante, contrairement aux frais d'experts qui le sont, du moins en droit québécois²⁰. La distinction entre les faits et le droit, sur le plan procédural, empêche les acteurs du procès de doubler la longueur des plaidoiries par des témoignages déguisés et coûteux sur l'opportunité, les valeurs, la normativité ou le droit. De plus, les procès sur les faits ne peuvent être répétés en appel, puisque le contrôle des conclusions de fait se limite aux erreurs manifestes et dominantes²¹. Les auditions en appel sont donc beaucoup plus courtes que les procès de première instance. Cette distinction protège donc l'accès à la justice.

18. Royer, *supra* note 6 au para 139.

19. C'est la « loi » logique de Hume : Suzanne B Goldberg, « Constitutional Tipping Points : Civil Rights, Social Change, and Fact-Based Adjudication » (2006) 106 Columbia LR 1955 à la p 1962 : « *an "ought" cannot be derived from an "is"* ». Voir aussi Hans Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1992) 22 Droit et société 551 à la p 554.

20. Arts 339–340 Cpc (1965).

21. *Housen c Nikolaisen*, 2002 CSC 33 au para 10 (les juges Iacobucci et Major pour la majorité), [2002] 2 RCS 235 [*Housen*]

Néanmoins, plusieurs auteurs considèrent que cette distinction n'existe pas scientifiquement ou dans la réalité. Cette distinction ne serait ni logique ni rationnelle, et il n'existerait aucune « différence ontologique »²² ou « analytique »²³ entre les deux.

Bien que ce débat relevant de la théorie du droit soit très intéressant, il dépasse la portée du présent article. Aux fins de cette contribution, remarquons seulement qu'il est difficile de soutenir qu'il n'y a aucune différence entre les jugements de valeur sur le bien et le mal, lesquels fondent les règles de droit choisies par les personnes en autorité, et les faits extérieurs aux règles de droit, qui se produisent dans la réalité²⁴. Dit simplement, bien que le *Code criminel* criminalise le meurtre, celui-ci existe malheureusement bel et bien dans la réalité. *A contrario*, par opposition aux faits, les règles de droit ne sont pas susceptibles d'être « vraies » ou « fausses », leur validité ne peut être remise en cause que devant un autre organe de l'État²⁵. La distinction entre les faits et le droit a donc certains fondements.

De plus, bien que la preuve testimoniale puisse être plus facilement teintée par les valeurs des témoins, les éléments matériels de preuve, comme les vidéos, rendent compte de la réalité extérieure, sans l'influence des règles imposées par l'État qui leur attache des conséquences. Autrement dit, un récit factuel peut être fait par quelqu'un

22. Pinard, « Au-delà de la distinction du fait et du droit », *supra* note 11 à la p 21, n 90. Voir aussi Pinard, « Le droit et le fait dans l'application des standards », *supra* note 11 aux pp 14 et s; Phillips, *supra* note 11 à la p 249; Dana Phillips, « *Ishaq v Canada* : Social Science Facts in Feminist Interventions » (2018) 35 Windsor YB Access Just 99 aux pp 110 et s.

23. John O McGinnis et Charles W Mulaney, « Judging Facts Like Law » (2008–2009) 25 Const Comment 69 à la p 93. Voir aussi René Provost, « Fact » dans Alexandra Popovici et Lionel Smith dir, *McGill Companion to Law*, en ligne : <www.mcgill.ca/companion/list/fact>.

24. Voir, notamment, Danielle Pinard, « La notion traditionnelle de connaissance d'office des faits » (1997) 31:1 RJT 87; Michel Van de Kerchove, « Argument éthique et argument sociologique : concurrence, coexistence ou interdépendance ? » dans Dominique Fenouille, dir, *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Paris, Dalloz, 2015, 29 à la p 30; Frederick L Morton et Ian Brodie, « The Use of Extrinsic Evidence in Charter Litigation Before the Supreme Court of Canada » (1993) 3 NJCL 1 aux pp 10 et s; Goldberg, *supra* note 19 à la p 1962; Henry P Monaghan, « Constitutional Fact Review » (1985) 85 Columbia LR 229 à la p 233, n 25.

25. Ève Truilhé-Marengo, « La preuve entre science et droit » dans Ève Truilhé-Marengo, dir, *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, 7 à la p 11. Voir aussi Kelsen, *supra* note 19 à la p 555; Michel Troper, « Réplique à Otto Pfersmann » (2002) 50:2 Revue française de droit constitutionnel 335 à la p 339.

qui n'a aucune connaissance des règles de droit²⁶. La survenance d'un fait est une chose. La mobilisation d'un fait par un tribunal afin de conclure à une ordonnance ou à une condamnation en est une autre.

Mais surtout, au-delà des débats théoriques, cette distinction entre les faits et le droit a des effets concrets et importants sur le rôle des acteurs et sur les coûts d'accès à la justice²⁷. C'est pourquoi, même si cette question peut faire l'objet de débats légitimes en théorie du droit, il est important de s'intéresser à sa mise en œuvre en droit positif et sur les plans probatoire et judiciaire.

II. LE CONTEXTE GÉNÉRAL DE LA PROHIBITION DE L'EXPERTISE EN DROIT EN MATIÈRE CONSTITUTIONNELLE

Dans les arrêts *Southam* et *Housen*, respectivement rendus en 1997 et en 2002, la Cour suprême a défini les trois catégories de questions auxquelles répondent les tribunaux. Dans *Southam* (un appel d'une décision d'un tribunal administratif), le juge Iacobucci écrit :

En résumé, les questions de droit concernent la détermination du critère juridique applicable ; les questions de fait portent sur ce qui s'est réellement passé entre les parties ; et, enfin, les questions de droit et de fait consistent à déterminer si les faits satisfont au critère juridique. Un exemple simple permettra d'illustrer ces concepts. En droit de la responsabilité civile délictuelle, la question de savoir en quoi consiste la « négligence » est une question de droit. Celle de savoir si le défendeur a fait ceci ou cela est une question de fait. Une fois qu'il a été décidé que la norme applicable est la négligence, la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence appropriée est une question de droit et de fait. Toutefois, je reconnais que la

26. Recevoir la preuve et déterminer « ce qui s'est passé » pourraient être faits par quelqu'un qui n'a aucune connaissance des règles de droit en vigueur : Monaghan, *supra* note 24 à la p 235. Ce décideur factuel, ignorant du droit, demeure théorique, puisqu'il ne pourrait pas délimiter le débat factuel en appliquant la règle de la pertinence.

27. La professeure Danielle Pinard compile ainsi les conséquences résultant de la classification entre questions de fait et questions de droit : le mode de présentation et d'argumentation, la répartition des tâches entre le juge et le jury, le droit d'appel possible, l'application du *stare decisis*, et l'étendue du contrôle judiciaire : Pinard, « Le droit et le fait dans l'application des standards », *supra* note 11 à la p 160.

distinction entre les questions de droit, d'une part, et celles de droit et de fait, d'autre part, est difficile à faire. Parfois, ce qui semble être une question de droit et de fait se révèle une question de droit, ou vice versa²⁸. [Notre soulignement]

Le *droit* est le critère, c'est-à-dire les règles qui motivent le dispositif du jugement. Les *faits* sont ce qui existe (ou a existé, ou même existera) dans la réalité, sans considérer les conséquences juridiques²⁹. Pour reprendre les mots du juge Fish, c'est « ce qui s'est passé »³⁰. Les questions *mixtes de fait et de droit* sont l'application du critère aux faits particuliers de l'affaire³¹. Par ailleurs, la distinction entre questions de droit et questions mixtes de fait et de droit n'est pas aisée à faire, comme l'affirme la Cour suprême : « la distinction entre les questions de droit, d'une part, et celles de droit et de fait, d'autre part, est difficile à faire »³².

Il y a donc, d'un côté, les faits à prouver (*questions de fait*) et, de l'autre, la normativité qui regroupe le critère (*questions de droit*) et son application (*questions mixtes de fait et de droit*).

En droit de la preuve, le témoignage ne peut porter sur le droit interne, il s'agit d'une preuve inadmissible : « No witness, expert or otherwise, can provide an opinion on a pure question of domestic

28. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c Southam Inc*, [1997] 1 RCS 748, 1997 CanLII 385 (CSC) au para 35 (le juge Iacobucci pour la Cour) [*Southam*]. Ce passage a été réitéré dans *Housen*, *supra* note 21 au para 26.

29. Notons, au passage, qu'une école critique, au sein de ce que M^e Marie Houde nomme la « *new evidence scholarship* », défend une conception « pragmatiste » de la preuve, parallèle à la conception « rationaliste », selon laquelle le but du procès est de reconstituer la vérité. Cette conception « pragmatiste » propose que le tribunal utilise plutôt les moyens de preuve afin de trouver une solution « juste » au litige dont il est saisi : Marie Houde, *La rationalité judiciaire dans l'appréciation du témoignage : le cas de la preuve par récits oraux dans le contentieux relatif aux droits des peuples autochtones*, Thèse [non publiée], Faculté de droit de l'Université Laval, 2012 à la p 22. Cette école pragmatiste n'est pas la seule à entreprendre une critique de la théorie et des règles de preuve, le « *fact-skepticism* » étant aussi entretenu par une partie des études dans les domaines du droit, des sciences sociales et de la philosophie : MacCrimmon, *supra* note 11 à la p 276. Voir aussi Christine Boyle, Marilyn T MacCrimmon et Dianne Martin, *The Law of Evidence. Fact Finding, Fairness, and Advocacy*, Toronto, Edmond Montgomery, 1999, à la p 62.

30. *HL c Canada (PG)*, 2005 CSC 25 au para 53 (le juge Fish pour la majorité), [2005] 1 RCS 401.

31. Les questions mixtes de fait et de droit sont, dans leur forme la plus parfaite, comme « *a ticket good for a specific trip only* » : Monaghan, *supra* note 24 à la p 236.

32. *Southam*, *supra* note 28 au para 35.

law »³³. Le témoin ne peut pas non plus s'exprimer sur l'application du droit aux faits, c'est-à-dire répondre à une question mixte de fait et de droit³⁴.

Cette règle est liée à celle prohibant le témoignage sur la question ultime devant être tranchée par le tribunal³⁵. Par exemple, le témoignage sur la crédibilité, comme celui visant à renforcer le serment (*oath-helping evidence*), est toujours prohibé en vertu de ce principe³⁶. La jurisprudence moderne de la Cour suprême a atténué la rigueur de cette règle sur la question ultime, mais les considérations de principe qui la sous-tendent demeurent : la preuve ne doit pas remplacer ou usurper le rôle du tribunal³⁷. Ainsi, l'expertise linguistique sur les dispositions législatives est normalement rejetée³⁸.

En matière constitutionnelle, peut-être parce que d'énormes intérêts, de même que les valeurs appelées à régir la société, sont directement en jeu, des experts tentent de dépasser les opinions de fait pour plaider directement la solution législative opportune. La question essentielle est de savoir où placer la limite entre ces jugements de valeur, qui tentent d'influencer l'orientation du droit, et la preuve des faits législatifs, qui est pertinente et nécessaire.

33. David M Paciocco et Lee Stuesser, *The Law of Evidence*, 7^e éd, Toronto, Irwin Law, 2015 à la p 201. Voir aussi *Graat c R*, [1982] 2 RCS 819, 1982 CanLII 33 (CSC) à la p 825 (le juge Dickson, plus tard juge en chef, pour la Cour); *Comeau RCS*, *supra* note 6 au para 40; *Sopinka, Lederman et Bryant*, *supra* note 16 aux para 12.3 et 12.165; *Royer*, *supra* note 6 au para 546; Léo Ducharme et Charles-Maxime Panaccio, *L'administration de la preuve*, 4^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 au para 604; *R c Levkovic*, 2013 CSC 25 au para 73 (le juge Fish pour la Cour), [2013] 2 RCS 204.

Pour de la jurisprudence en droit civil québécois, voir *Parizeau c Lafrance*, 1999 CanLII 11181 (QC Qc) (rejet d'une expertise en droit administratif) [*Parizeau*]; *Claveau c Couture*, 2009 QC CS 1747 (rejet de l'expertise d'un arpenteur-géomètre); *Levasseur c Pelmorex Communications inc*, 2000 CanLII 17864 (QC CS) (rejet de l'expertise d'un docteur en droits d'auteur) [*Levasseur*]; *9223-0812 Québec inc c 9245-8678 Québec inc*, 2015 QCCS 74L (rejet de l'expertise d'un urbaniste sur l'application des règlements municipaux à un bâtiment); *Association des jeunes victimes de l'Église (AJVE) c Harvey*, 2020 QCCS 188 (rejet d'une expertise sur le droit canon); *Gagnon c Lemay*, 2001 CanLII 21222 (QC CQ) (rejet d'une expertise d'un comptable sur le droit fiscal). Voir aussi *Regina v Century 21 Ramos Realty Inc and Ramos*, [1987] OJ No 178 (ONCA) au para 35 (*per curiam*) (LN/QL).

34. Commission de réforme du droit du Canada, *La preuve. Documents préliminaires de la section de recherche sur le droit de la preuve*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1973, à la p 33.

35. *Ibid.*

36. Voir David M Paciocco, « The Law of Evidence: Recasting Rules to Perform New Roles » dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: Applying the Law of Evidence. Tactics and Techniques for the Nineties*, Scarborough, Carswell, 1991 1 à la p 39.

37. *Mohan*, *supra* note 3 aux pp 24–25.

38. Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd, Markham, LexisNexis, 2014 aux para 339 et s.

Ces plaidoiries se vivent, au moins, de deux façons. Un expert, qui peut, notamment, être un professeur de droit, « plaide » directement les dispositions et les jugements dans son rapport d'expertise, ou argumente sur les valeurs sous-jacentes à certaines règles de droit dans le but de les orienter³⁹. Ces plaidoiries se glissent souvent dans une preuve de faits législatifs et sociaux ou de droit comparé, qui sera parfois qualifiée d'interdisciplinaire.

Ou encore, un expert n'incorpore pas dans son rapport des règles de droit ou des textes législatifs ou n'y fait pas directement référence, mais présente comme une opinion de fait ce qui est, en réalité, une question d'opportunité ouverte au débat politique ou juridique. Cet expert milite en fait pour l'obtention d'une norme de la part du tribunal. Cela semble avoir été le cas, par exemple, dans le *Renvoi sur les valeurs mobilières*⁴⁰.

Un plaideur rusé peut, en effet, tenter d'introduire des normes, des valeurs ou des postulats moraux sous le couvert de ce que les juges McIntyre et La Forest ont appelé la « mystique de la science »⁴¹.

À moins que le juge saisi de la gestion du dossier avant le procès ne limite d'office ces expertises⁴², deux situations peuvent survenir : (1) la partie adverse ne s'oppose pas, parce qu'elle désire faire la même chose, ou (2) la partie adverse s'oppose. Évidemment, les tribunaux ne tranchent que les objections dont ils sont saisis ou qu'ils ont soulevées d'office.

À ce moment, outre le rappel de la règle prohibant le témoignage sur le droit, les tribunaux n'expriment pas toujours l'approche qu'ils suivent. La tendance nous semble néanmoins être pragmatique. Il arrive que certains éléments juridiques puissent passer à travers les mailles du filet si l'expertise contient un apport factuel important, nécessaire pour trancher les questions en litige, notamment en ce qui concerne

39. Voir, notamment, *Daniels v Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2013 FC 6, [2013] 3 FCR 268 [*Daniels*]; *Comeau NBCP*, *supra* note 5; *Boulerice*, *supra* note 10; *Motard*, *supra* note 8; *Hak*, *supra* note 9; *Fédération des policiers et policières municipaux du Québec c Québec (PG)*, 2020 QCCS 2496 [*Fédération des policiers et policières municipaux*].

40. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 RCS 837.

41. *R c Bélard*, [1987] 2 RCS 398, 1987 CanLII 27 (CSC), aux para 20 (le juge McIntyre pour la majorité) et 64 (le juge La Forest) [*Bélard*]; expression reprise dans *Mohan*, *supra* note 3 à la p 21.

42. Art 58(2) Cpc (1965).

l'histoire du droit⁴³ ou les effets concrets d'une règle⁴⁴. C'est particulièrement le cas lorsque l'objection est déférée au juge du fond ou si elle est réservée pour être tranchée avec le jugement au fond. Dans d'autres cas, surtout si l'objection soulevée au préalable est plus facile à trancher ou si le juge est prêt à statuer séance tenante lors du procès, le juge saisi peut caviarder ou limiter l'expertise⁴⁵. Si l'expertise est trop juridique ou normative, elle sera tout simplement rejetée en bloc⁴⁶.

Dans tous les cas, suivant l'opinion de la Cour suprême du Canada, un juge ne peut pas citer un expert au soutien d'une conclusion de droit⁴⁷. Le juge doit s'assurer, tant lors du témoignage que lors du délibéré, que l'expertise respecte en tout temps les critères de l'arrêt *Mohan*. L'expertise ne peut pas être utilisée ou citée en contravention de ces critères, même si elle a été jugée admissible durant l'instance⁴⁸.

Les tribunaux invitent alors l'expert à exercer cette fonction doctrinale, politique ou de plaidoirie ailleurs que dans une expertise judiciaire⁴⁹. Ils choisissent parfois de recevoir le rapport à titre de doctrine⁵⁰, ce qui a pour effet d'en exclure les coûts des frais de justice répétables⁵¹.

43. Voir, notamment, *Droit de la famille — 091768*, 2009 QCCS 3210, [2009] RJQ 2070 aux para 100 à 112, conf par 2010 QCCA 1978 aux para 39 à 44 (la juge Dutil pour la majorité); *Renvoi à la Cour d'appel du Québec portant sur la validité constitutionnelle des dispositions de l'article 35 du Code de procédure civile qui fixent à moins de 85 000 \$ la compétence pécuniaire exclusive de la Cour du Québec et sur la compétence d'appel attribuée à la Cour du Québec*, 2019 QCCA 1492 au para 14 (*per curiam*) [*Renvoi à la Cour d'appel du Québec*].

44. *La Presse Itée c Poulin*, 2012 QCCA 2030 au para 28 (la juge Bich pour la Cour) [*La Presse c Poulin*].

45. *Daniels*, *supra* note 39 au para 174 (le juge Phelan); *La Presse Itée c Poulin*, *supra* note 44; *Fédération des policiers et policières municipaux*, *supra* note 39.

46. *Boulerice*, *supra* note 10; *Canada Post Corp v Smith*, 1994 CanLII 10544 (SC Ont), (1994) 20 OR (3rd) 173 (Gen Div) [*Canada Post*].

47. *Comeau RCS*, *supra* note 6 au para 40; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, *supra* note 40 au para 127.

48. *R c Sekhon*, 2014 CSC 15 au para 46 (le juge Moldaver pour la majorité), [2014] 1 RCS 272 [*Sekhon*].

49. *Daniels*, *supra* note 39 au para 174; *Boulerice*, *supra* note 10 au para 23; *Parizeau*, *supra* note 33 au para 33.

50. *Québec (PG) c IMTT-Québec inc*, 2019 QCCA 1598 au para 46 et n 18 (*per curiam*) (demande d'autorisation d'appel rejetée, CSC, 16-04-2020, 38929) [*IMTT QCCA*].

51. Arts 339–340 Cpc (1965).

III. LE CADRE D'ANALYSE PROPOSÉ

Cela dit, comment reconnaître une expertise juridique? Quatre frontières se dessinent entre: (1) les effets concrets des dispositions et le droit; (2) l'histoire du droit et l'interprétation juridique; (3) le droit interne et le droit comparé ou le droit international; et (4) les faits et l'opportunité.

L'expertise est admissible pour prouver l'effet concret des règles de droit et leur contexte social ou historique, mais les valeurs ou les sources normatives ne peuvent être prouvées pour en orienter le sens. La preuve du droit comparé ou du droit international est parfois acceptée, mais parfois aussi refusée. Il arrive, dans certains contextes précis, que les opinions d'expert sur la raisonnabilité ou sur les pratiques habituelles dans certains domaines d'activité soient recevables, mais la preuve de l'opportunité d'un changement législatif ou constitutionnel est habituellement refusée.

A. L'effet concret, les faits de société et le droit

La distinction entre l'effet concret et le droit s'inscrit dans la jurisprudence depuis longtemps. Dès le *Renvoi: Loi anti-inflation* de 1976, le juge en chef Laskin distinguait les aspects factuels de l'expertise d'un économiste des aspects juridiques⁵². Il a affirmé que l'économiste peut renseigner la Cour sur le niveau d'inflation à une époque donnée, mais décider si le niveau d'inflation a atteint le seuil requis par la Constitution pour déclencher le pouvoir législatif d'urgence du Parlement fédéral est une question de droit qui doit être tranchée par les tribunaux. De même, en 1994, la Cour supérieure de justice de l'Ontario rejetait l'expertise juridique dans une affaire constitutionnelle⁵³.

Dans l'arrêt *La Presse Itée c Poulin*, le quotidien *La Presse* était poursuivi en responsabilité civile pour avoir publié le fruit d'une conversation interceptée illégalement⁵⁴. Le journal, soulevant l'inconstitutionnalité des dispositions invoquées sur la base de la liberté d'expression et de la liberté de la presse, a déposé en preuve une expertise du professeur Pierre Trudel. À la suite d'une objection en cours d'instruction, fondée

52. *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 RCS 373 à la p 425 (le juge en chef Laskin pour les juges Judson, Spence et Dickson).

53. *Canada Post*, *supra* note 46.

54. *Code criminel*, LRC (1985), c C-46, arts 193 et 193.1.

sur la prohibition du témoignage sur le droit⁵⁵, la juge Bich de la Cour d'appel du Québec a distingué l'opinion de fait sur les effets concrets des dispositions de celle qui concerne leur interprétation et leur constitutionnalité⁵⁶.

Partant, elle a exclu les chapitres du rapport portant implicitement ou explicitement sur la conciliation des valeurs (vie privée, liberté de la presse, etc.) devant être effectuée à l'étape de l'article premier de la *Charte*⁵⁷. Faisant écho aux propos antérieurs du juge Binnie⁵⁸, elle affirme que « les parties ne peuvent pas produire des opinions juridiques sous le couvert de présenter des éléments de preuve »⁵⁹.

Néanmoins, la juge Bich a permis la présentation d'une interprétation juridique des dispositions contestées, qui était préalable à la démonstration de leurs effets concrets (dans le cas d'espèce, il s'agissait du tarissement des sources journalistiques)⁶⁰. Elle a biffé certains paragraphes trop juridiques, mais a laissé certains autres passages, affirmant qu'« on peut tolérer certaines incursions dans le domaine du droit, à condition que cela ne soit pas le cœur du propos »⁶¹, surtout dans la mesure où il s'agit d'expliquer le contexte factuel de ces règles de droit. Les aspects juridiques doivent donc demeurer accessoires et nécessaires à la preuve des faits législatifs et sociaux qui leur sont liés. En d'autres mots, contrairement aux autres domaines, certains faits pertinents en matière constitutionnelle sont causés par des règles de droit, et il faut nécessairement y référer avant d'expliquer ces effets.

Dans l'affaire *Association professionnelle des audioprothésistes du Québec*, qui portait sur la liberté d'association syndicale, la Cour supérieure du Québec a déferé au juge du fond une objection à la production d'un rapport d'un avocat, notamment parce qu'il expliquait « l'impact de cette exclusion du régime de la négociation collective, en ce qui concerne les audioprothésistes, sur leurs rémunérations et conditions

55. *La Presse c Poulin*, *supra* note 44 au para 10.

56. *Ibid* au para 17.

57. *Ibid* aux para 20–21.

58. *Spence*, *supra* note 1 au para 58: « Les avocats doivent également s'abstenir de produire irrégulièrement des "éléments de preuve sous le couvert de sources juridiques." »

59. *La Presse c Poulin*, *supra* note 44 au para 21.

60. *Ibid* au para 28.

61. *Ibid* au para 36.

générales d'exercice de la profession»⁶². Autrement dit, il s'agissait de prouver l'effet des dispositions contestées.

Dans l'affaire *Directeur général des élections du Québec c Leblanc*, le défendeur a soulevé l'inconstitutionnalité d'une disposition liée aux contributions électorales en vertu de laquelle il était poursuivi⁶³. Pour prouver la justification de l'atteinte à la liberté d'expression, le Procureur général du Québec a déposé une expertise politologique du professeur Éric Montigny, qui visait à établir les phénomènes réels liés au financement électoral et les conséquences concrètes à déclarer inopérante la disposition contestée. À la suite d'une objection du défendeur, la juge Hébert de la Cour du Québec a conclu à la nécessité de l'expertise au sens de l'arrêt *Mohan*, soulignant qu'il serait difficile pour l'expert de prouver les conséquences concrètes des dispositions sans référer au passage à leur interprétation⁶⁴.

Par ailleurs, dans une action collective non constitutionnelle liée à la tragédie ferroviaire à Lac-Mégantic, la Cour supérieure a été saisie d'objections à des expertises qui touchaient les règles de droit relatives aux chemins de fer⁶⁵. Le juge Bureau a expliqué que l'expert peut aborder le droit dans le but de démontrer des pratiques, us et coutumes, et comment les règles sont appliquées par des acteurs dans les faits, mais que l'interprétation du droit appartient au tribunal⁶⁶.

En somme, tant en matière constitutionnelle que dans un dossier civil ordinaire, l'expert peut témoigner sur le comportement réel des acteurs et sur les effets concrets des dispositions, mais non fournir une interprétation du droit que le tribunal doit appliquer. L'expert ne peut pas se prononcer sur l'intention du Parlement ou la signification que le tribunal doit donner à la norme, mais peut fournir au tribunal des éléments de preuve sur la société qui «vit» réellement cette norme. Prouver un phénomène social ou économique est du ressort de l'expert, mais décider si ce phénomène justifie une mesure ou influence le sens à donner au droit est du ressort du juge.

62. *Association professionnelle des audioprothésistes du Québec c Québec (PG)*, 2016 QCCS 3709 au para 9 [*Association professionnelle des audioprothésistes*].

63. *Québec (Directeur des élections) c Leblanc*, 2020 QCCQ 8174.

64. *Ibid* aux para 33–34.

65. *Ouellet c Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique*, 2020 QCCS 1005 [*Ouellet*].

66. *Ibid* aux para 63–64, 108–109.

B. L'histoire du droit et l'interprétation des règles de droit

En matière constitutionnelle, comme c'est parfois aussi le cas dans les autres domaines, il arrive que l'interprétation d'une loi ou d'un autre acte puisse prendre en compte les circonstances historiques de son édicition ou le désir de ses rédacteurs⁶⁷. L'expert peut renseigner le tribunal sur ces derniers éléments, mais le fait d'ajouter des commentaires sur les conclusions constitutionnelles ou juridiques à en tirer n'est pas admissible.

Dans l'affaire *Daniels*, la Cour fédérale était saisie d'une demande visant à définir la compétence et les obligations fédérales concernant les Métis en interprétant le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le doyen Sébastien Grammond (plus tard juge à la Cour fédérale) a été assigné en tant qu'expert et, dans son rapport, s'est avancé sur le terrain juridique pour définir la compétence fédérale et se prononcer sur l'exercice actuel et futur de celle-ci à la lumière des obligations internationales contractées par le Canada.

À la suite d'objections, le juge Phelan a exclu ces aspects juridiques et normatifs, pour ne conserver que les aspects historiques portant sur les faits législatifs liés à l'intention du constituant, à la sociologie et à l'anthropologie. Il écrit :

La thèse et la prédiction formulées par M^e Grammond dans son témoignage, aussi intéressantes soient-elles, portent sur ce que les politiques canadiennes peuvent être et devraient être. La Cour ne tranche pas les questions de politiques (cela relève du domaine du pouvoir législatif ou de celui du pouvoir exécutif), mais tente plutôt d'interpréter la Constitution. La preuve relative aux politiques peut être utile pour déterminer le sens historique des mots et des concepts, ainsi que pour ajouter du contexte au litige. Les enjeux futurs en matière de politiques, aussi intéressants et importants puissent-ils être, doivent être abordés ailleurs⁶⁸. [Notre soulignement]

La preuve éclairant sur l'intention des parlementaires ou sur les politiques menées jusqu'à maintenant par le gouvernement impérial ou fédéral est donc recevable, mais non celle portant sur l'avenir. Le futur est, par définition, tributaire des choix politiques que feront les acteurs.

67. Art 2864 CcQ.

68. *Daniels*, *supra* note 39 au para 174.

La Cour invite donc le professeur Grammond à exprimer ces opinions dans un autre forum.

Dans l'affaire surnommée *Éric c Lola*, qui portait sur la constitutionnalité du *Code civil du Québec* en matière d'obligations entre conjoints, les professeurs Alain Roy et Benoît Moore (plus tard juge à la Cour d'appel) ont témoigné sur l'histoire du droit de la famille au Québec. La Procureure générale du Québec s'est opposée au rapport Roy dans la mesure où il abordait l'état du droit. La Cour supérieure a rejeté l'objection, notamment parce qu'elle l'a jugée nécessaire pour établir l'objectif et le contexte législatifs, et a aussi affirmé que les règles de preuve des faits législatifs sont moins sévères⁶⁹. La Cour d'appel a confirmé cette décision, en laissant entendre qu'il suffit que le tribunal de première instance garde à l'esprit la distinction entre les faits et le droit et qu'il ne se sente pas lié par les opinions juridiques contenues dans l'expertise⁷⁰.

Dans l'affaire *IMTT-Québec inc*, qui portait sur la compétence législative sur diverses activités portuaires à Québec, la Procureure générale du Québec a déposé un rapport de la professeure Anne-Françoise Debruche pour expliquer l'interaction entre la common law des biens et une loi du Parlement de la province du Canada, qui avait légiféré sur la propriété de certaines portions du port de Québec avant l'Union de 1867. Rappelant que tant le *Code civil du Québec*⁷¹ que la *Loi sur la preuve au Canada*⁷² prévoient la connaissance d'office des lois des différents parlements ayant eu compétence sur le Québec à quelque époque que ce soit, la Cour supérieure du Québec a rejeté le rapport. Le juge Blanchet a également distingué les faits historiques des règles de droit à interpréter. Il écrit :

En définitive, lorsque la preuve d'un « fait législatif » est permise, par le biais [*sic*] d'un juriste en particulier, celui-ci ne pourra aller jusqu'à se prononcer sur l'application à faire d'un texte de loi au regard des faits de l'affaire sous étude [*sic*]. Il en serait de même, par exemple, de l'expert scientifique qui formulerait une conclusion sur la question de savoir si une norme technique,

69. *Droit de la famille* — 091768, *supra* note 43 aux para 100–112.

70. *Droit de la famille* — 102866, 2010 QCCA 1978, [2010] RJQ 2259 aux para 39–44 (la juge Dutil pour la majorité). La Cour suprême du Canada n'est pas intervenue sur ce point.

71. Art 2807 CcQ.

72. *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5, art 17.

sur laquelle il a éclairé le tribunal, a été respectée ou non dans un cas particulier, puisque cette étape du processus appartient au juge.

Certes, il est des cas, comme indéniablement celui-ci, où la tâche d'interpréter et d'appliquer le droit présente une complexité hors du commun. Mais comme le rappelait le juge Crête dans *Parizeau c Lafrance*, dans les cas complexes comme dans les autres, c'est aux procureurs qu'il convient d'instruire le tribunal de l'état du droit et c'est à ce dernier seul qu'il incombe de conclure⁷³. [Notre soulignement]

Le juge Blanchet a néanmoins invité la partie à déposer l'expertise à titre de doctrine, en expurgeant les opinions juridiques liées aux faits de l'affaire, et a suggéré l'embauche de sa rédactrice à titre d'avocate-conseil pour plaider ces règles de droit anciennes et complexes⁷⁴.

Dans l'arrêt *Comeau*⁷⁵, des expertises portant sur les faits préconfédératifs ont été soupesées par les tribunaux afin d'interpréter l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour étayer son opinion quant à l'inconstitutionnalité de la loi contestée, le juge de première instance s'est appuyé sur l'opinion de l'un de ces experts, qui affirmait le désir des Pères de la Confédération d'établir un libre-échange absolu entre les provinces⁷⁶.

La Cour suprême du Canada a fortement critiqué cette acceptation de l'opinion d'un expert sur une question de droit. La preuve d'expert sur le droit interne est irrecevable, puisque l'accepter revient à céder à un tiers le pouvoir ou le rôle du tribunal de décider des règles de droit applicables. La Cour écrit :

À titre préliminaire, disons qu'il est difficile, voire impossible, d'imaginer une situation où des éléments de preuve sur le droit interne (par ex l'interprétation d'une loi canadienne) pourraient être admissibles à titre d'opinion d'expert sur le fondement de l'arrêt *R c Mohan*, [1994] 2 RCS 9. L'application de facteurs contextuels, y compris l'intention des rédacteurs, à l'interprétation d'une disposition législative n'est pas quelque chose qui « dépasse [...] l'expérience et la connaissance d'un juge » :

73. *Québec (PG) c IMTT-Québec inc*, 2016 QCCS 849 aux para 28–29 [IMTT QCCS].

74. *Ibid* au para 31. Voir aussi *IMTT QCCA*, *supra* note 50 au para 46 et n 18.

75. *Comeau* RCS, *supra* note 6.

76. *Comeau* NBCP, *supra* note 5 aux para 52 et s.

Mohan, p 23. Déroger à un précédent sur le fondement d'une telle preuve d'opinion revient à céder la principale tâche du juge à un expert⁷⁷.

Toutefois, la preuve d'expert permettant de rapporter les faits historiques eux-mêmes demeure admissible et est souvent encouragée. En revanche, l'expert ne peut pas appliquer ces facteurs contextuels pour interpréter le droit. Il s'agit donc d'un message clair visant à exclure les expertises juridiques.

Néanmoins, dans le renvoi sur la constitutionnalité de l'article 35 du *Code de procédure civile* et les appels en Cour du Québec, la Cour d'appel du Québec a permis une expertise à caractère juridique dans la mesure où elle contenait une « analyse contextuelle complexe du droit passé »⁷⁸. Il s'agissait d'expliquer les compétences exercées exclusivement par la Cour supérieure de manière contemporaine à l'Union de 1867, conformément au cadre d'analyse applicable à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷⁹. La Cour écrit :

Les lois comptent parmi les sources des connaissances historiques et elles sont fréquemment utilisées par les historiens pour établir et comprendre certains faits. Il serait d'ailleurs difficile de dresser un portrait des institutions publiques qui existaient à un moment donné dans le temps sans recourir aux lois qui les ont créées⁸⁰.

C'est comme si l'expertise d'historien était admissible pour expliquer l'importance réelle et concrète, sur le plan quantitatif, du contentieux devant un tribunal, même si elle aborde incidemment les règles de droit lui donnant compétence.

En définitive, l'expression d'opinions sur l'existence de faits historiques est admissible, mais non les opinions visant à tirer des règles de droit de ce contexte. En d'autres mots, il est possible de prouver

77. *Comeau RCS*, *supra* note 6 au para 40. Voir aussi *Royer*, *supra* note 6 au para 535 ; *Raymond Chabot*, *supra* note 6.

78. *Renvoi à la Cour d'appel du Québec*, *supra* note 43 au para 14. Cette décision rejoint en quelque sorte l'opinion de Kent McNeil, « Indigenous Rights Litigation, Legal History, and the Role of Experts » (2014) 77 :2 *Sask L Rev* 173 à la p 203. Cet auteur a proposé de permettre à l'expert de témoigner sur l'histoire et sur l'état du droit antérieur, pourvu que ce ne soit pas le droit que le tribunal doit appliquer.

79. Voir, notamment, *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 *RCS* 714, 1981 *CanLII* 24 (CSC) à la p 734 (le juge Dickson, plus tard juge en chef, pour la Cour).

80. *Renvoi à la Cour d'appel du Québec*, *supra* note 43 au para 15. Voir aussi *Hak*, *supra* note 9 aux para 131–135.

comment les choses se passaient à l'époque de l'édiction d'une loi, et les propos des acteurs politiques d'alors, mais appliquer ces faits pour l'interprétation d'une règle de droit relève du juge. La référence incidente aux lois qui ont jalonné les événements historiques peut être acceptée, mais ces références doivent demeurer nécessaires à l'explication de la réalité historique.

C. Le droit interne et le droit comparé ou le droit international

En plus des effets concrets et des faits historiques, il arrive que le droit étranger ou international soit utile pour interpréter le droit interne canadien. Il s'agit alors de droit comparé, et non de droit étranger ou international appliqué directement dans un cas particulier (comme en droit international privé, par exemple).

L'expertise visant à établir le droit comparé ou le droit international dans le contexte de l'interprétation du droit canadien est parfois acceptée, mais certaines objections à ce type de preuve ont également été accueillies.

Dans l'arrêt *Vaid*, qui portait sur le privilège parlementaire, la Cour suprême du Canada a fait abondamment référence aux droits américain, britannique et australien pour interpréter le privilège parlementaire au Canada⁸¹. Aucune des sources législatives et jurisprudentielles citées ne faisait partie des motifs des trois tribunaux inférieurs, et ces jugements ne réfèrent à l'existence d'aucune expertise sur le sujet⁸².

Dans la décision *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés*, où l'abolition du régime fédéral de paiement des soins de santé des demandeurs d'asile était contestée, le droit britannique et le droit européen ont été mobilisés sans expertise, même si le dossier comportait une abondante preuve des faits législatifs et sociaux touchant l'affaire⁸³.

Dans l'affaire *Motard*, qui portait sur la constitutionnalité de la procédure employée pour modifier les règles relatives à l'accès à la charge de Reine du Canada, la professeure australienne Anne Twomey a témoigné

81. *Canada (Chambre des communes) c Vaid*, 2005 CSC 30 aux para 72–73 (le juge Binnie pour la Cour), [2005] 1 RCS 667.

82. *Canada (Chambre des communes) c Vaid*, [2003] 2002 CAF 473, 1 CF 602; *Canada (Chambre des communes) c Vaid*, [2002] 2 CF 583, 2001 CFPI 1332; *Vaid c Canada (Chambre des communes)*, [2001] DCDP No 15 (QL).

83. *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés c Canada (PG)*, 2014 CF 651, [2015] 2 RCF 267, aux para 591 et s [*Médecins canadiens*].

sur le droit australien, favorable à la position des demandeurs. Le professeur canadien Peter Oliver, quant à lui, a témoigné, à l'instigation du Procureur général du Canada, sur le droit constitutionnel canadien et sur celui relatif au Commonwealth, notamment dans leurs aspects historiques. À la suite d'une objection du Procureur général du Canada, la Cour supérieure du Québec a permis le témoignage de la professeure Twomey. Aucune objection n'a été faite au témoignage du professeur Oliver. Dans le jugement au fond, le juge Bouchard a cité le témoignage du professeur Oliver au soutien de l'existence d'une règle non écrite de droit interne canadien⁸⁴. En Cour d'appel du Québec, le juge Rancourt a fait preuve de déférence à l'égard de certaines conclusions d'interprétation juridique d'une loi, puisque la Cour supérieure avait pu lire la preuve d'archives et entendre ces deux professeurs de droit sur le sujet⁸⁵.

Dans un dossier similaire, la Cour d'appel fédérale, saisie d'une objection au préalable, a été beaucoup plus stricte. Dans l'arrêt *Canada (Bureau de régie interne) c Canada (PG)*⁸⁶, des députés voulant faire contrôler judiciairement une décision de l'organe parlementaire responsable de l'évaluation de leurs dépenses ont tenté d'introduire en preuve le témoignage du professeur Maxime St-Hilaire, pour contextualiser historiquement et de manière comparée le privilège parlementaire. L'organe parlementaire défendeur invoquait ce privilège afin de protéger ses décisions et s'est opposé à l'admission d'une telle expertise.

La Cour d'appel fédérale a accueilli l'objection. Pour elle, l'interprétation du droit canadien, et l'expression d'opinions sur la direction que ce droit devrait prendre, lesquelles étaient contenues dans l'expertise, exigeaient le retrait immédiat de celle-ci du dossier. Le juge De Montigny écrit :

Premièrement, une lecture attentive de l'affidavit en cause révèle qu'il ne se limite pas aux faits, mais qu'il est au contraire truffé d'opinions. Par exemple, M. St-Hilaire y déclare au paragraphe 4 qu'il existe à son avis une norme mondiale de droit constitutionnel selon laquelle l'administration des dépenses parlementaires n'entre pas dans le concept de common law du privilège

84. *Motard*, *supra* note 8 aux para 47, 95–96, 100–101.

85. *Motard c Canada (PG)*, 2019 QCCA 1826 au para 82 (le juge Rancourt pour la Cour): « Le juge a également eu l'avantage de scruter attentivement les rapports d'expertise et d'entendre les experts qui ont témoigné de leur compréhension des événements ».

86. *Boulerice*, *supra* note 10.

parlementaire. Une telle déclaration non seulement repose sur sa propre appréciation des pratiques étrangères et des textes sur lesquels il se fonde, mais constitue aussi un jugement de valeur sur l'orientation que devrait prendre le droit canadien⁸⁷. [Notre soulignement]

Le juge De Montigny fait état de plusieurs arrêts dans lesquels la Cour suprême du Canada s'est appuyée sur le droit comparé ou le droit international, sans expertise.

Dans la même logique, en droit civil québécois, la Cour supérieure a rejeté une expertise en droit comparé. Dans cette affaire pure de responsabilité civile, le juge Samson a considéré que la preuve du droit étranger n'est nécessaire que lorsqu'un élément d'extranéité l'exige au sens du droit international privé. Il écrit : « Plaider le droit étranger à titre de droit comparé ne nécessite pas une expertise. Tout avocat plaideur peut emmener le Tribunal à prendre connaissance du droit étranger pour s'en inspirer »⁸⁸. [Notre soulignement]

Lorsqu'il s'agit de droit comparé, l'expertise ne serait pas admissible. Les sources du droit étranger peuvent alors être plaidées et déposées à titre d'autorités.

Dans la récente affaire *Hak*⁸⁹, qui porte sur la constitutionnalité de la *Loi sur la laïcité de l'État*⁹⁰, les professeurs Patrick Taillon, Marthe Fatin-Rouge Stefanini, David Koussens et Pierre Bosset ont témoigné sur le droit européen en semblables matières. Les objections portant sur les comparaisons effectuées entre la jurisprudence européenne et le droit canadien ont été rejetées⁹¹. Pourtant, en appel de la décision sur le sursis constitutionnel (la suspension de la loi durant l'instance) dans le même dossier, le juge Mainville de la Cour d'appel du Québec a référé abondamment au droit européen, sans qu'une expertise ait été nécessaire pour établir les décisions et textes pertinents⁹².

Pour ce qui est du droit international, force est d'admettre que les tribunaux y font également référence à des fins d'interprétation du droit canadien, sans qu'une expertise soit systématiquement déposée.

87. *Ibid* au para 21 (le juge De Montigny pour la Cour).

88. *Giroux c Baillargeon*, 2013 QCCS 3990 au para 37 (le juge Samson).

89. *Hak*, *supra* note 9.

90. *Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ, c L-0.3.

91. *Hak*, *supra* note 9 aux para 136–140.

92. *Hak c Québec (PG)*, 2019 QCCA 2145 aux para 141 et s (le juge Mainville).

Néanmoins, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, lorsqu'une question posée par le gouvernement fédéral à la Cour suprême du Canada a porté spécifiquement sur la teneur du droit international concernant la sécession unilatérale d'une partie d'un État, des experts en droit international ont été entendus⁹³.

De même, dans l'arrêt *Advance Cutting & Coring Ltd*, qui concernait la constitutionnalité du régime syndical en matière de construction, le juge LeBel a référé longuement au droit américain et au droit européen⁹⁴, mais une expertise en droit comparé et en droit international sur l'atelier fermé avait été déposée lors de l'appel en Cour supérieure du Québec⁹⁵.

Dans l'arrêt *Saskatchewan Federation of Labour*, la juge Abella a référé « également »⁹⁶ au rapport d'un expert pour établir que le droit de grève est protégé par les traités internationaux auxquels le Canada est partie, en plus de citer les différents traités et la jurisprudence canadienne.

Cependant, dans *Kazemi*, un arrêt sur la responsabilité civile de l'État iranien pour la torture et la mort de la journaliste Zahra Kazemi, la Cour suprême du Canada a mobilisé le droit international et le droit comparé sans qu'une expertise ait été nécessaire⁹⁷.

De même, dans l'arrêt *Wallace*, qui portait sur l'immunité de divulgation en justice de la Banque mondiale, le droit international et le droit anglais ont été mobilisés sans qu'ils aient été prouvés par expertise⁹⁸.

Rappelons finalement que le droit international coutumier, en tant que common law canadienne, est connu d'office suivant l'arrêt *Nevsun Resources Ltd c Araya*⁹⁹.

93. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, 1998 CanLII 793 (CSC) au para 111 (*per curiam*).

94. *R c Advance Cutting & Coring Ltd*, 2001 CSC 70 aux para 240 et s, [2001] 3 RCS 209.

95. *Thériault c La Reine*, [1998] RJQ 911, 1998 CanLII 11295 (QC CS) au para 6. Pour un autre exemple d'expertise sur le droit international du travail, jugée admissible, du moins au stade préalable de l'instance, voir *Fédération des travailleurs du Québec (FTQ — Construction) c Québec (PG)*, 2018 QCCS 4548.

96. *Saskatchewan Federation of Labour c Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 RCS 245 au para 65 (la juge Abella pour la majorité).

97. *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 RCS 176 au para 34 et s (droit international) et 71 (droit américain) (le juge LeBel pour la majorité).

98. *Groupe de la Banque mondiale c Wallace*, 2016 CSC 15 au para 43 et s (les juges Moldaver et Côté pour la Cour), [2016] 1 RCS 207. Pour une utilisation du droit comparé sans preuve, en droit privé ontarien, voir aussi *Jones c Tige*, 2012 ONCA 32.

99. *Nevsun Resources*, *supra* note 14 au para 97.

Il apparaît donc que l'expertise n'est pas strictement nécessaire pour établir la teneur du droit comparé ou du droit international lorsqu'il s'agit d'influencer l'interprétation du droit canadien. Ce droit est connu d'office, mais les expertises déposées à ce sujet sont parfois tout de même citées par les tribunaux, bien qu'elles soient, à d'autres moments, tout simplement exclues. Cette situation paradoxale devra, à terme, être tranchée par la Cour suprême du Canada.

Sur le plan de l'opportunité, la professeure Anne Warner La Forest est d'avis que l'expertise devrait être permise, à la discrétion du tribunal, pour prouver le droit international et le droit comparé, particulièrement s'ils sont complexes¹⁰⁰. On imagine facilement que c'est le cas s'ils sont exprimés dans des langues autres que le français et l'anglais.

Cependant, selon nous, les plaideurs et les auxiliaires juridiques peuvent très bien renseigner les juges sur le droit international, sur les lois édictées par les pays avec lesquels le Canada partage des liens de filiation juridique, et sur les arrêts rendus par les juridictions de dernier ressort de ces pays. Les exemples mentionnés ci-haut démontrent l'absence de nécessité pratique d'une expertise sur ces questions. Le droit international et le droit européen sont enseignés régulièrement aux étudiants des différentes facultés de droit du Canada. Les moteurs de recherche juridique permettent d'accéder assez facilement à ces sources. Les avocats peuvent confier à des collègues étrangers le mandat de leur fournir une note de recherche sur un sujet qu'ils jugent important, laquelle les renseignera sur les sources qu'ils devraient plaider. Cette solution économiserait les ressources judiciaires et éviterait le gonflement des frais de justice. Elle donnerait la pleine liberté aux plaideurs de faire les comparaisons qui s'imposent entre le droit étranger ou international et le droit interne, sans répéter les propos d'un expert entendu préalablement.

D. Les faits et l'opportunité

La dernière frontière entre le rôle de l'expert et celui du plaideur ou du juge est celle des propos concernant l'opportunité, la raisonnable ou l'orientation que devrait prendre une règle de droit. Cet aspect recoupe celui de la pertinence : les commentaires ou opinions

100. Anne W La Forest, « Evidence and International and Comparative Law » dans Oonagh Fitzgerald, dir, *The Globalized Rule of Law: Relationships Between International and Domestic Law*, Toronto, Irwin Law, 2006, 367 à la p 379.

individuels sur l'orientation du droit ne sont généralement pas des faits en litige qu'il faut prouver pour avoir gain de cause. Ces plaidoiries en opportunité s'inscrivent bien souvent dans une preuve concernant l'« efficacité » d'une règle constitutionnelle ou législative.

Dans l'affaire *St-Adolphe-d'Howard (Municipalité de) c Chalets St-Adolphe inc*, qui portait sur la constitutionnalité d'un règlement municipal visant à limiter la contamination de plans d'eau par le passage de bateaux sur lesquels s'agrègent des organismes nuisibles, la Cour d'appel du Québec a rejeté une expertise visant à établir cette possibilité de contamination¹⁰¹. Pour la juge Thibault, la constitutionnalité de ce règlement en vertu du partage de la compétence sur la navigation et l'environnement n'est pas tributaire de l'efficacité du règlement contesté sur le plan environnemental¹⁰².

Dans le premier *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, la Cour suprême a jugé non pertinents des expertises en opportunité, qui avaient été déposées au soutien d'un régime pancanadien des valeurs mobilières, et n'a pas reconnu la nécessité de ces expertises. Elle écrit :

La preuve présentée par les experts ne permet pas non plus de tirer une conclusion différente. Il n'est ni nécessaire ni utile de passer en revue les nombreux rapports appuyant l'une ou l'autre thèse. Pour des motifs que nous avons déjà exprimés, les arguments énoncés dans ces rapports et portant sur l'opportunité politique d'une réglementation soit fédérale soit provinciale des valeurs mobilières ne sont pas pertinents pour trancher le débat sur la validité constitutionnelle de la Loi¹⁰³.
[Notre soulignement]

Si une objection avait été formulée, ces rapports auraient donc été exclus en application de la règle de la pertinence.

De plus, comme le démontre l'arrêt *Canada (Bureau de régie interne) c Canada (PG)*, le fait qu'un expert formule un « jugement[s] de valeur sur l'orientation que devrait prendre le droit canadien »¹⁰⁴ peut également faire douter de son impartialité¹⁰⁵.

101. *St-Adolphe-d'Howard (Municipalité de) c Chalets St-Adolphe inc*, 2007 QCCA 1421 [St-Adolphe-d'Howard].

102. *Ibid* aux para 24–25 (la juge Thibault pour la Cour).

103. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, *supra* note 40 au para 127.

104. *Boulerice*, *supra* note 10 au para 21.

105. *Ibid* au para 23 (le juge De Montigny pour la Cour).

Comme l'a établi l'arrêt *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, la partialité joue en principe sur la valeur probante, sauf dans des cas plus clairs où elle rend l'expertise inadmissible¹⁰⁶.

En matière constitutionnelle, le problème de l'impartialité est moins lié aux parties à l'instance, mais plutôt par qu'aux jugements de valeur et d'opportunité quant à l'issue à donner à la cause. L'expert n'est pas partial parce qu'il est lié à une partie¹⁰⁷, mais parce qu'il défend politiquement que certaines valeurs doivent triompher au terme de l'exercice d'adjudication constitutionnelle¹⁰⁸. Il se fait donc « le défenseur d'une partie »¹⁰⁹, ce qui veut dire qu'il « ne peut ou ne veut manifestement pas s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal »¹¹⁰.

Entendu en ce sens, le critère d'impartialité recoupe, à bien des égards, la règle de la prohibition de l'expertise en droit et influera sur l'admissibilité ou la valeur probante, selon le cas.

Dans l'affaire *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés*, qui portait sur la constitutionnalité de ne pas offrir gratuitement des soins de santé aux demandeurs d'asile, la Cour fédérale a rejeté l'expertise d'un chercheur qui avait été « porte-parole dans la lutte contre les modifications »¹¹¹ contestées. La juge Mactavish écrit que « [l]e rôle de témoin expert n'est pas de défendre une cause, mais plutôt d'aider la Cour au moyen d'un témoignage d'opinion indépendant et neutre à propos des questions qui relèvent de son expertise »¹¹².

106. *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 RCS 3 au para 106 (le juge Gascon pour la majorité).

107. Shana Chaffai-Parent, *Repenser la nature juridique de l'expertise dans l'instance civile*, Mémoire de maîtrise en droit, Faculté de droit de l'Université de Montréal, 2018 à la p 117.

108. Young, *supra* note 13 aux pp 19–20; Boyle, MacCrimmon et Martin, *supra* note 29 à la p 673, qui reproduit Brian J Gover et Mary Locke Macaulay, « "Snow Houses Leave No Ruins": Unique Evidence in Aboriginal and Treaty Rights » (1996) 60 Saskatchewan Law Review 47 aux pp 80–82: *Thorny ground for an expert, and a frequently-cited basis for the rejection of expert evidence in aboriginal and treaty rights cases, is bias. This is because social science evidence is subject to being driven by the researcher's bias or political agenda. As noted by Henderson, in both Baker Lake and Bear Island, "some of the experts appear to have overstepped their bounds [...] [O]pinion evidence must come from dispassionate professional persons [...].*

Morton et Brodie, *supra* note 24 à la p 15; Perryman, *supra* note 11 à la p 142.

109. *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*, 2015 CSC 23 au para 49 (le juge Cromwell pour la Cour), [2015] 2 RCS 182.

110. *Ibid.*

111. *Médecins canadiens*, *supra* note 83 au para 123.

112. *Ibid.*

Dans une affaire de droit administratif, la Cour d'appel du Québec a également critiqué un rapport actuariel qui se prononçait sur l'opportunité de certaines structures de régimes de retraite. Le juge Brossard écrit :

D'entrée de jeu, je soulignerais que le rapport soulève une première difficulté en ce qui concerne sa valeur probante, résultant, d'une part, d'une confusion entre le rôle d'un expert et celui du décideur ainsi que d'une confusion entre le rôle de l'expert et celui du législateur. [...]. Il vient témoigner pour « dire » l'intention du législateur, et interpréter un texte de loi. En ce faisant, il s'arroe, me semble-t-il, tant le rôle de législateur que celui de décideur de l'intention du législateur¹¹³. [Notre soulignement]

La volonté de cet expert d'assumer le rôle du juge et du Parlement a donc diminué la valeur probante de son expertise. Le rapport devait se limiter à faire état de faits objectifs et non de considérations d'opportunité.

Par exception, il y a cependant des cas où les jugements de valeur du public ou d'experts sont pertinents pour établir le droit. La frontière est ici ténue entre, d'une part, le jugement de valeur ou d'opportunité nécessaire à l'établissement des normes et, d'autre part, la preuve des pratiques courantes dans certains domaines d'activité, lesquels sont des faits législatifs servant à l'établissement d'une norme de faute ou d'un moyen de défense par les tribunaux. En voici trois exemples : la norme des voies de fait raisonnables à l'endroit d'un enfant en matière criminelle, les normes de responsabilité civile professionnelle, et la norme de légitime défense.

Dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children*, qui portait sur la constitutionnalité du moyen de défense permettant à un parent ou un autre gardien de commettre légalement des voies de fait sur un enfant, la Cour suprême du Canada a expliqué le rôle de l'expert dans la définition de ce qui constitue une « correction raisonnable ». Il peut apporter des preuves de ce qui est une « correction raisonnable » en fonction du consensus social, ce qui a pour objectif de restreindre le pouvoir du parent ou du juge de décider de la raisonabilité des

113. *Régie intermunicipale de police des Riverains c Régie des rentes du Québec*, 2010 QCCA 343, [2010] RJQ 516, au para 47 (le juge Brossard pour la Cour).

corrections physiques¹¹⁴. L'expert portera donc nécessairement un jugement quant à savoir si une correction physique quelconque est bonne ou mauvaise pour l'enfant¹¹⁵.

Dans l'arrêt *Roberge c Bolduc*, rendu en droit civil québécois, il s'agissait de déterminer les normes de la pratique notariale dans un contexte de responsabilité civile professionnelle. Comme en ce qui concerne les autres professionnels visés par ce type de contentieux, la Cour suprême du Canada a jugé que l'expertise d'un notaire était admissible pour expliquer la conduite d'un notaire raisonnable. La juge L'Heureux-Dubé a cependant insisté sur le principe selon lequel cette preuve ne lie pas le tribunal quant à la norme de faute applicable¹¹⁶.

Dans l'affaire *Deslauriers*, un policier, qui était à pied, a tué par balles un jeune homme au volant d'une voiture volée, alors que ce dernier lui aurait foncé dessus avec le véhicule. La majorité de la Cour suprême du Canada a confirmé le jugement de la majorité de la Cour d'appel du Québec qui ordonnait un nouveau procès. Pour les juges majoritaires, l'expertise portant sur l'enseignement du maniement des armes à feu lors de la formation des policiers était pertinente afin d'appliquer, en l'espèce, la norme de la légitime défense, tandis que pour les juges Abella et Brown, la juge de première instance avait rejeté l'expertise à bon droit¹¹⁷.

Outre ces rares exceptions, l'expert ne peut pas s'aventurer sur le terrain normatif ou juridique sans mettre en jeu l'admissibilité ou la valeur probante de son témoignage. Il doit rapporter des faits objectifs, et non porter un jugement de valeur sur les normes et l'orientation que devrait prendre le droit canadien.

114. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c Canada (PG)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 RCS 76 au para 36 (la juge en chef McLachlin pour la majorité).

115. Un autre exemple où l'opinion publique, déterminée par sondage, est pertinente pour établir une norme de droit criminel est celui de l'obscénité: *Sopinka, Lederman et Bryant*, *supra* note 16 au para 12.226; *R c Collins*, [1987] 1 RCS 265 au para 32 (le juge Lamer, plus tard juge en chef, pour la majorité).

116. *Roberge c Bolduc*, [1991] 1 RCS 374, 1991 CanLII 83 (CSC) aux pp 428 et s (la juge L'Heureux-Dubé pour la Cour). Voir aussi *Ouellet*, *supra* note 65 aux para 64, 108-109.

117. *R c Deslauriers*, 2021 CSC 3; *Deslauriers c R*, 2020 QCCA 484 au para 122 (le juge Chamberland pour la majorité).

CONCLUSION : L'IMPORTANCE DE GARDER L'EXPERT DANS SON RÔLE

En définitive, sauf exception, l'expertise ne peut porter sur le droit ou plaider normativement les règles qui devraient s'appliquer. Elle est néanmoins nécessaire pour prouver les effets concrets des dispositions ou les faits historiques qui les contextualisent lorsque ceux-ci ne sont pas raisonnablement incontestables. Lorsqu'il s'agit du droit comparé ou du droit international, la situation n'est pas claire.

La preuve des objectifs législatifs recherchés par le Parlement doit donc porter davantage sur la réalité factuelle que sur la stricte intention du Parlement. Elle doit fournir le contexte réel qui existait lors de l'édiction d'une norme ou les effets concrets qui en découlent. Quant aux discours prononcés au Parlement et exprimant l'intention de ses membres ou des faits notoires et raisonnablement incontestables, ils sont connus d'office¹¹⁸.

Les expertises réalisées par des juristes doivent, pour survivre à une objection, mettre l'accent sur les aspects extrajuridiques¹¹⁹. Par exemple, une expertise portant sur la réalité judiciaire canadienne pourrait renseigner sur la pratique à une certaine époque, dont le nombre d'affaires sur un sujet, plutôt que sur leur *ratio decidendi*. Les effets concrets et l'histoire factuelle d'une règle de droit sont également des sujets habituels d'une expertise admissible.

Une expertise ayant une composante factuelle nécessaire pourrait être admise dans son entièreté, même si elle aborde incidemment les dispositions concernées. L'apport de l'expertise portant sur les faits législatifs, son ton et son caractère véritable sont décisifs quant à l'issue de sa recevabilité. Comme l'écrit M^e Benjamin Perryman, l'expert militant nuit à sa cause. Il écrit : « *Expert testimony has the potential to significantly impact litigation, but it may also be viewed with suspicion if judges perceive experts to be descending from an impartial position to one of advocacy* »¹²⁰.

118. *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c NAPE*, 2004 CSC 66 au para 56 (le juge Binnie pour la Cour), [2004] 3 RCS 381 ; Royer, *supra* note 6 au para 144.

119. Andrew K Lokan et Christopher M Dassios, *Constitutional Litigation in Canada*, Toronto, Thomson Carswell, 2006 (feuilles mobiles) aux pp 8-18.9 et s.

120. Perryman, *supra* note 11 à la p 145.

En définitive, l'opinion d'un expert sur la sagesse d'une disposition législative ou constitutionnelle, sur les principes constitutionnels ou sur le résultat qu'ils doivent donner dans une affaire précise n'est pas admissible, alors que celle sur les faits législatifs ou sociaux proprement dits l'est. La souplesse, s'il en est, permet à l'expert de référer à la règle de droit dont il doit expliquer le contexte ou les effets.

L'opportunité de cette règle ne fait aucun doute selon nous. Les tribunaux peuvent, bien entendu, citer de la doctrine ou des rapports ou études qui proposent une réforme du droit ou soutiennent une interprétation législative ou constitutionnelle, mais admettre ces documents ou expertises en tant que *preuve* conduit à plusieurs conséquences négatives.

D'abord, le débat est fait de façon contraire à la logique. On présente comme une preuve judiciairement faite, avec l'aura qui l'accompagne¹²¹, ce qui est en réalité un choix ou une opinion sur celui-ci. Par exemple, dans l'arrêt *Frank*, qui portait sur l'exigence de résidence pour bénéficiaire du droit de vote aux élections fédérales, la majorité de la Cour suprême du Canada a présenté l'opinion politique contenue dans des rapports parlementaires, recommandant l'abolition des dispositions contestées, comme une *preuve* de l'absence de lien rationnel à l'étape du test de justification de l'article premier de la *Charte*¹²². En somme, la tactique de l'expert ou de la preuve du droit fait passer des valeurs et des intérêts, et les choix normatifs qui en découlent, pour des faits scientifiques prouvés. Ces moyens rhétoriques doivent être limités, et la plaidoirie doit demeurer le moment pour plaider le droit.

Ensuite, l'expert peut usurper la fonction du tribunal (et du Parlement) dans la création et l'interprétation du droit, puisque le tribunal pourrait s'en remettre à l'opinion de l'expert par mystification de la science¹²³. Le tribunal risque même de préférer une solution juridique

121. La Cour suprême reconnaît le danger que la preuve d'expert soit mal utilisée par le juge des faits, étant donné la « mystique de la science » : *Béland*, *supra* note 41 aux para 20 et 64 ; *Mohan*, *supra* note 3 au para 19.

122. *Frank c Canada (PG)*, 2019 CSC 1 au para 64 (le juge en chef Wagner pour la majorité), [2019] 1 RCS 3. La dissidence a critiqué cette approche au paragraphe 148 (les juges Côté et Brown, motifs dissidents).

123. Boyle, MacCrimmon et Martin, *supra* note 29 à la p 623.

en fonction de la crédibilité des experts, un risque que dont la jurisprudence atteste¹²⁴. Les valeurs et le droit peuvent se déguiser en faits, ce qui complexifie l'application de la norme de contrôle en appel.

Finalement, on multiplie inutilement les ressources judiciaires consacrées à l'étude de la cause. Le tribunal doit lire ou entendre, en plus des mémoires et plaidoiries, des rapports et témoignages qui en sont tout autant. Les parties doivent payer, outre leurs avocats, des experts pour réaliser un travail qui est déjà fait par ces derniers. Les avocats vont aussi consacrer du temps au travail lié aux expertises, dont celui passé au tribunal si un témoignage oral est requis¹²⁵. Ils vont devoir débattre en droit avec l'expert, en plus de débattre avec les autres parties.

Les coûts des expertises sont élevés, et en règle générale, ces frais sont d'ailleurs acquittés par la partie perdante à titre de frais de justice, du moins en droit québécois¹²⁶. L'argumentation juridique peut très bien être faite par le dépôt d'ouvrages à titre d'autorités et par la plaidoirie des avocats dont les honoraires doivent déjà être payés par les parties.

Ces conséquences sont exacerbées par le fait que le dépôt d'une expertise en droit par une partie créera le besoin chez la partie adverse d'en faire tout autant pour la neutraliser. Une expertise en attire une autre. Pour prendre l'analogie de l'arme nucléaire¹²⁷, si un État s'en dote, ses opposants doivent faire de même pour conserver l'équilibre. La Cour d'appel fédérale, en rejetant l'expertise sur le privilège parlementaire dans l'affaire *Boulerice*, a fait état de ces risques¹²⁸.

Les parties ont pleinement conscience que leur dossier constitutionnel est complexe¹²⁹ et, si elles ne sont pas limitées par les juges, elles n'hésiteront pas une minute à faire plaider leur dossier par un expert qui donnera une aura de légitimité à la cause.

124. *Compagnie d'assurances St-Paul/St-Paul Marine & Fire Insurance Company c SNC-Lavalin inc*, 2011 QCCA 1551 aux para 34–35 (*per curiam*); *Boulerice*, *supra* note 10 au para 32; *Motard*, *supra* note 85 au para 82.

125. François Côté, « Réforme de la procédure civile. Vers une réaffirmation des principes civilistes » dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, dir, *Le nouveau Code de procédure civile du Québec. « Approche différente » et « accès à la justice civile »*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, 154 à la p 174.

126. Arts 339–340 Cpc (1965).

127. Lokan et Dassios, *supra* note 119 aux pp 8-18.5.

128. *Boulerice*, *supra* note 10 au para 32.

129. Perryman, *supra* note 11 à la p 128.

La règle québécoise nouvelle, qui incite les parties à soulever le plus tôt possible l'irrégularité d'une expertise¹³⁰, en écartant la règle de common law déférant la question de l'admissibilité au juge du fond¹³¹, est donc d'autant plus importante en matière constitutionnelle¹³². Il est malheureusement difficile pour les juges saisis des demandes en cours d'instance de cerner avec précision l'objet d'une expertise sans posséder une vue d'ensemble de l'affaire constitutionnelle¹³³, mais c'est ce qu'il faut pour éviter à la partie adverse de se doter d'une contre-expertise. Bien que cela ne soit pas toujours facile, l'idéal est, selon nous, que le juge saisi au préalable d'une objection à l'expertise en matière constitutionnelle en décide sur-le-champ, afin de définir dès le départ l'objet de la preuve et d'éviter qu'une partie subisse les frais d'une contre-expertise¹³⁴.

En tout état de cause, l'admissibilité d'une expertise n'est jamais définitive. Comme la Cour suprême du Canada l'a rappelé dans l'arrêt *Sekhon*, le juge doit s'assurer que l'expert demeure dans son rôle et que son témoignage satisfait en tout temps aux critères de l'arrêt *Mohan*, et le juge ne peut se baser sur des passages inadmissibles dans son jugement final¹³⁵. Par exemple, dans l'arrêt *Comeau*, aucune objection n'avait été formulée à l'encontre des expertises qui avaient été utilisées par le juge de la Cour provinciale pour interpréter la Constitution¹³⁶. Cela n'a pas empêché la Cour suprême du Canada d'intervenir pour corriger l'erreur¹³⁷.

Soulignons que notre opinion défavorable à l'expert en droit, même comparé ou international, ne se rapporte pas à la pertinence de plaider ces éléments à titre de droit substantiel. Ces experts en droit peuvent tout à fait enfile la toge d'avocat-conseil et plaider les éléments de

130. Arts 241 et 294, al 2 Cpc (1965); *Ouellet*, *supra* note 65 aux para 21 et s; *Cardinal c Bonnaud*, 2018 QCCA 1357 aux para 55–57 (motifs concordants de la juge Gagné).

131. Voir *St-Adolphe-d'Howard*, *supra* note 101 au para 12.

132. *Masterpiece Inc c Alavida Lifestyles Inc*, 2011 CSC 27 au para 77 (le juge Rothstein pour la Cour), [2011] 2RCS 387: « Je pense aussi que c'est au stade de la gestion de l'instance qu'il convient de décider si les preuves d'expert et les preuves par sondage que les parties comptent présenter sont admissibles ou non, et ce, afin d'éviter que celles-ci n'engagent des frais inutiles [...] ».

133. Voir *Association professionnelle des audioprothésistes*, *supra* note 62; *Centrale des syndicats démocratiques c Québec (PG)*, 2018 QCCS 3364 aux para 44–45 (permission d'appeler refusée: 2018 QCCA 1622).

134. *IMTT QCCS*, *supra* note 73 aux para 8–9; *Levasseur*, *supra* note 33.

135. *Sekhon*, *supra* note 48 au para 46.

136. Voir *McEvoy*, *supra* note 12 à la p 71.

137. *Comeau RCS*, *supra* note 6 au para 40.

droit complexes dont ils ont la maîtrise¹³⁸. Cela aurait deux effets bénéfiques *a priori*: (1) décharger l'avocat *ad litem*, qui maîtrise davantage la procédure, du devoir de maîtriser de fond en comble les points de droit complexes (ce qui ferait donc baisser les coûts à cet égard), et (2) éviter de mettre en péril la valeur probante d'une expertise factuelle importante et crédible par l'inclusion de certains éléments de plaidoirie juridique qui pourraient faire douter le tribunal de l'impartialité du témoin.

De même, si l'expertise en droit et la preuve du droit sont prohibées, les tribunaux ne devraient pas exiger la preuve des valeurs ou de l'importance de certains droits. Certains droits sont constitutionnalisés. Comme le professeur Alan Young l'a montré, on ne peut les « prouver », et il est injuste de demander aux parties de le faire¹³⁹.

À titre d'exemple, dans une récente contestation constitutionnelle du couvre-feu imposé au Québec dans le contexte de la pandémie de COVID-19, la Cour supérieure du Québec a affirmé que le demandeur de sursis n'avait pas *prouvé* son préjudice prétendument causé par l'interdiction de sortir de chez lui après 20 heures. La juge Goulet affirme: « La démonstration du préjudice ne peut trouver son fondement sur de simples hypothèses ou suppositions non appuyées »¹⁴⁰.

Le demandeur ne s'appuyait pourtant pas sur des hypothèses et avait établi un préjudice évident et une violation de ses droits constitutionnels découlant de l'interdiction de sortir après 20 heures. C'est seulement à l'étape de la mise en balance des inconvénients suivant le test du sursis constitutionnel, ou de la justification en vertu de l'article premier de la *Charte*, que ce préjudice, sur le plan normatif, peut céder le pas à l'objectif de préserver la capacité du système de santé de soigner les malades et, donc, au droit constitutionnel à la vie, à la sécurité et à la protection contre les traitements cruels ou inusités. En définitive, la juge a présenté comme un jugement de fait, reposant sur la suffisance de la preuve, une décision qui portait réellement sur l'importance relative du droit constitutionnel de se déplacer librement.

138. Parizeau, *supra* note 33 au para 33. Voir, dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 RCS 704, ce que le professeur Sébastien Grammond [maintenant juge à la Cour fédérale] a plaidé; par ailleurs, il avait agi comme expert dans *Daniels*, *supra* note 39, et son expertise avait été caviardée.

139. Young, *supra* note 11 à la p 630; Pal, *supra* note 11 à la p 154.

140. *Desrochers c Québec (PG)*, 2021 QCCS 311 au para 36 (permission d'appeler refusée: 2021 QCCA 275).

Des recherches ultérieures pourraient sans doute montrer d'autres exemples de tribunaux qui demandent de la preuve sur l'importance d'un droit ou d'une valeur.

Cette importance relative des droits constitutionnels relève, en partie, des propositions normatives ou d'opportunité. Ces aspects doivent être plaidés. En définitive, il ne faut pas transformer des questions de droit en questions de fait, exigeant une preuve coûteuse et inutile. Il s'agit d'une mesure concrète, parmi bien d'autres qu'il reste à déterminer, pour favoriser l'accès à la justice.