THE CANADIAN BAR REVIEW

LA REVUE DU BARREAU CANADIEN

Vol. 66

September 1987 septembre

No. 3

L'UTILISATION PAR LE JUGE DE SES CONNAISSANCES PERSONNELLES, DANS LE PROCÈS CIVIL

Claude Fabien*
Montréal

Dans le procès civil, l'utilisation par le juge de ses connaissances personnelles est en principe suspecte lorsqu'il s'agit de connaissances acquises hors procès, alors qu'elle est souhaitable lorsqu'il s'agit de connaissances acquises à l'intérieur du procès.

L'utilisation par le juge de connaissances acquises hors procès est régie par la théorie de la connaissance d'office. En droit civil québécois, cette théorie est intégralement empruntée à la common law, de sorte que la description qui en est faite intéresse toute juridiction de common law. L'auteur tente de déterminer les règles qui régissent la connaissance d'office, en matière de droit et en matière de faits. Il critique l'intention du législateur fédéral de modifier l'état actuel de la théorie de la connaissance d'office en imposant désormais un cadre procédural contraignant aux parties et au juge et surtout en créant une présomption absolue de véracité du fait connu d'office qui interdirait toute preuve contraire.

L'utilisation par le juge de connaissances personnelles acquises dans le procès est possible grâce à un procédé de preuve appelé "preuve matérielle". La preuve matérielle désigne toute chose en présence de laquelle le juge peut être placé dans le cadre procédural du procès et qui est susceptible de lui livrer directement une information pertinente au litige. Elle comprend des objets, des immeubles, des lieux et aussi la représentation matérielle de ces choses par des techniques modernes de reproduction audio-visuelle. Comme le régime juridique de ce précieux procédé de preuve demeure encore vague, l'auteur tente d'en préciser les règles de recevabilité et de force probante tout en souhaitant que les projets de réforme fédéral ou provinciaux ne ratent pas l'occasion de contribuer à sa clarification.

*Claude Fabien, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Montréal, Québec.

The use by the judge of his personal knowledge in a civil action raises suspicion when that knowledge has been acquired outside the trial process, whereas it is most desirable when acquired during the trial process.

The use by the judge of knowledge acquired outside of the trial process is governed by the doctrine of judicial notice. In Quebec civil law, this doctrine is entirely derived from the Common Law. Its description is therefore of some relevance for any Common Law jurisdiction. This article seeks to determine the rules governing judicial notice, whether dealing with law or with facts. It is critical of the proposals of the federal government for the modification of the doctrine by imposing constraints on the parties and the judge, and in particular the proposal to create an irrebuttable presumption of the truth of facts judicially noticed.

The use by a judge of personal knowledge acquired within the trial process is made possible by a category of evidence called "Real Evidence". This category includes anything the judge witnesses during the trial and which constitutes information directly relevant to the case. It also includes objects, buildings and places, as well as the reproduction of such things by the modern technology of audiovisual recording. The rules governing this category of evidence remaining rather vague, this article tries to outline the conditions for its admissibility and the principles for assessing its weight. Finally, it suggests that law reform at both federal and provincial levels should seize this opportunity to clarify the law of real evidence.

Introduction

Superficiellement, le procès civil se déroule comme si le juge ignorait tout du litige et se laissait instruire par les procureurs des parties de toute l'information nécessaire à l'élaboration d'une décision judiciaire. La réalité est beaucoup plus complexe. L'information acquise par le juge dans le cadre du procès ne représente qu'une partie de l'information nécessaire à l'accomplissement de l'acte judiciaire. S'il fallait tout apprendre au juge, le plus insignifiant des procès prendrait un temps démesuré, sans que la perte d'efficacité du système soit nécessairement compensée par un gain de la qualité des décisions judiciaires. En revanche, s'il fallait laisser le juge s'instruire par ses propres moyens, les limites de ses moyens et l'influence de ses préjugés personnels dans la recherche des faits risqueraient de compromettre l'un des ingrédients essentiels à la qualité de la décision judiciaire: la connaissance de la vérité.

Dans les systèmes judiciaires de tradition anglaise, comme ceux que l'on trouve dans les provinces du Canada, y compris au Québec, deux techniques, entre autres, sont utilisées pour favoriser la découverte de la vérité. Une première consiste à soumettre le processus d'acquisition de l'information par le juge à des règles de preuve qui limitent les éléments de preuve qui peuvent être présentés au juge, généralement en fonction de leur degré de fiabilité, et qui limitent aussi sa discrétion dans l'appréciation de la force probante des éléments reçus en preuve. La seconde technique consiste à garantir qu'une partie connaît toute l'in-

formation que l'on veut faire valoir en justice contre elle et qu'elle a toute liberté de la rectifier ou de la compléter lorsqu'elle s'écarte de la vérité, soit en apportant des éléments de preuve contraires, soit en plaidant. Ces techniques ont un dénominateur commun: elles donnent à une personne qui est partie à un litige une certaine mesure de contrôle sur le processus d'acquisition des connaissances par le juge. Les moyens de ce contrôle se retrouvent dans plusieurs dispositions expresses de la loi relatives aux règles de preuve et de procédure civile, alors que son principe est inclus dans le grand principe de justice naturelle *audi alteram partem*, qui consacre le droit de chacun à une audition libre et entière.

Toutefois, comme le champ de ce contrôle ne peut être exhaustif, on se heurte inévitablement à un problème de délimitation. Dans l'acquisition des connaissances nécessaires à la solution du litige, quelle information le juge doit-il obligatoirement acquérir sous contrôle des parties et quelle autre information peut-il utiliser pour l'avoir acquise de sa propre initiative, en dehors de la preuve strictement recevable offerte par les parties, en dehors de leur contrôle et parfois même à leur insu? Il y a certes là un conflit entre l'efficacité du système judiciaire d'une part, et d'autre part la recherche de la vérité et le respect des droits du justiciable dans le procès. Ce conflit se résout nécessairement par un compromis, dont les règles devraient idéalement être clairement énoncées. Notre examen révélera que tel n'est pas le cas en droit québécois et canadien.

Paradoxalement, s'il y a lieu de se méfier des connaissances personnelles du juge acquises en dehors du cadre du procès, il devrait en être tout autrement de celles qui sont acquises par le juge "personnellement" dans le cadre contrôlé du procès. Le juge n'a généralement pas un accès direct aux faits: il les connaît par personnes interposées, en se les faisant raconter par les témoins. Le procédé est souvent inévitable, par exemple lorsque les faits en litige sont passés ou trop lointains pour se prêter à l'observation directe du juge. Le témoignage est toutefois un procédé de preuve vulnérable, sujet à de nombreux facteurs de distorsion qui rendent tout à fait problématique l'accès du juge à la vérité. Tout au plus aboutira-t-il à une "vérité judiciaire", c'est-à-dire à celle qui se dégage de la preuve telle qu'entendue. Pour éviter que le fossé entre la vérité objective et la vérité judiciaire ne se creuse au point de devenir cause de scandale et de défiance dans la société, il importe de favoriser les moyens par lesquels le juge peut acquérir une connaissance personnelle des faits, l'expression étant entendue ici dans le sens d'une connaissance directe des faits, plutôt que celle acquise par personne interposée. Notre droit contient certaines règles qui favorisent une telle démarche, comme celle qui permet au juge de visiter les lieux ou d'examiner un objet se rapportant au litige. Ces examens se déroulent toujours en présence des parties qui peuvent ainsi savoir à quelle information le juge est exposé et exercer leur fonction de contrôle si nécessaire. S'il paraît

évident que ce mode de connaissance est supérieur au mode traditionnel, et bien qu'il soit largement utilisé dans la pratique par la production de pièces de toutes sortes, cette importance n'est pas adéquatement reflétée dans le droit actuel. On connaît peu de choses sur la nature juridique des pièces produites, sur leur recevabilité et sur leur force probante. On est encore plus mystifié par certains moyens modernes susceptibles de rapprocher davantage le juge de la vérité des faits, comme l'enregistrement sonore ou visuel.

Notre article exploite le paradoxe qui entoure la question des connaissances personnelles du juge. La première partie traite de la connaissance personnelle du juge acquise hors procès. Bien qu'elle soit en principe suspecte, elle s'avère utile, voire même indispensable, dans le cadre d'exception de la "connaissance d'office". La seconde présente à l'inverse la connaissance personnelle du juge comme éminemment désirable lorsqu'elle est acquise dans le procès, bien que les règles de procédure civile lui laissent peu de place. Si mince soit-elle, cette place mérite toutefois d'être pleinement reconnue et exposée.

Notre article est principalement centré sur l'examen et la critique de ces questions en droit civil québécois. La principale de ces questions, la connaissance d'office, n'y fait l'objet d'aucune disposition législative expresse et, fort curieusement, le droit supplétif doit être recherché dans la *common law* en vigueur dans les neuf autres provinces du Canada. Nous serons donc amenés à exposer l'état de la *common law* sur cette question. Quant aux règles de preuve et aux voies procédurales susceptibles de mener le juge à une connaissance personnelle et directe de certains faits dans le procès, elles sont régies au Québec par le Code civil et le Code de procédure civile. Il n'y a pas lieu en principe de recourir à la *common law* pour l'interprétation des dispositions de ces codes. Mais comme le Code de procédure porte fortement la marque de l'influence anglaise, les solutions qu'il offre sont susceptibles d'intéresser aussi ceux qui aborderont ces questions du point de vue du droit des autres provinces canadiennes.

I. *La connaissance personnelle acquise hors procès*

Le juge qui préside le procès civil au Québec est soumis à un très strict devoir de neutralité.¹ Il ne doit rien faire qui puisse l'amener à prendre parti ou à laisser naître les apparences d'un parti pris. Il ne peut prendre l'initiative d'appeler un témoin ou d'ordonner la production d'un document ou d'une pièce. Il ne peut faire enquête pour vérifier la véracité

¹ Léo Ducharme, *Précis de la preuve*, 2e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 13, no. 26.

des faits mis en preuve devant lui. On considère que cette relative passivité est garante de son impartialité, quoique cette idée soit parfois contestée.²

Les règles de preuve du Code civil et du Code de procédure civile encadrent rigoureusement la manière dont le juge est instruit des faits de la cause. Il revient aux parties de présenter les éléments de preuve pertinents, selon les règles de recevabilité et de force probante applicables à chacun d'eux. Le juge ne peut pas, en dehors du contrôle des parties, s'instruire lui-même des faits de la cause. Il ne peut pas non plus tenir compte de la connaissance personnelle des faits particuliers de la cause qu'il aurait pu acquérir en dehors du cadre de l'instance. Si le juge connaît un tel fait, il doit en faire abstraction.

Le droit québécois ne donne pas de directives précises pour guider le comportement du juge qui aurait une connaissance personnelle de certains faits pertinents de la cause dont il est saisi. L'article 234 du Code de procédure, qui énumère les causes de récusation, n'en fait pas mention. On hésite cependant à considérer cette énumération comme limitative. L'article 236 du Code de procédure civile, qui oblige le juge à déclarer spontanément toute cause de récusation, lui permet vraisemblablement d'invoquer, comme cause de récusation, le cas où il estime que sa connaissance de certains faits risque de porter atteinte à son impartialité. Il ne faut toutefois pas exagérer. Cette situation est fréquente dans les districts judiciaires éloignés où l'unique juge finit par acquérir une connaissance personnelle poussée du milieu et de ses habitants. Refuser de juger dès qu'il connaît personnellement le moindre fait risquerait d'amener le juge à perturber l'administration de la justice. Un juge peut légitimement choisir d'attendre que la preuve soit présentée devant lui. Si la preuve corrobore ce qu'il savait déjà, le problème s'élimine de lui-même. Si la preuve contredit ce dont il est personnellement certain, il doit faire abstraction de ce qu'il sait. S'il s'en sent incapable, il devrait se récuser. S'il estime en outre que l'intérêt supérieur de la justice exige que le fait qu'il connaît soit révélé, c'est à titre de témoin assermenté qu'il devrait le faire valoir, et sûrement pas à titre de juge. Tel est du moins l'avis de certains interprètes de la *common law*.³ Cet avis exprime une sagesse dont le juge québécois peut tirer profit.

En contraste avec le principe voulant que le juge fasse abstraction de ses connaissances personnelles acquises hors procès, on trouve l'exception selon laquelle le juge doit tenir compte de certaines de ces connaissances, et même les acquérir s'il ne les possède pas, dans la mesure où

² Samuel Wex, *Judicial Intervention: The Truth Theory versus the Fight Theory* (1974), 34 R. du B. 220.

³ S.A. Schiff, *The Use of Out-of-Court Information in Fact Determination at Trial* (1963), 41 Can. Bar Rev. 335, à la p. 343; Jacques Fortin, *Preuve pénale*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984, p. 375, no. 473.

ces connaissances appartiennent au domaine de la connaissance dite "d'office". Nous en étudierons d'abord la notion et les fondements; nous exposerons ensuite les problèmes qu'elle suscite et nous terminerons par une évaluation critique.

A. *La connaissance d'office—notion et fondements*

On comprend facilement par l'exemple ce qu'est la connaissance d'office. Il n'est pas nécessaire de prouver dans un procès qu'il pleut de temps à autre en Angleterre ou que les pommes de terre ne poussent pas en hiver au Québec: le juge est censé connaître ces faits et doit, aux fins de son jugement, en tirer les mêmes conséquences que s'ils avaient été prouvés. Une telle idée, très simple au départ, suscite pourtant des problèmes d'application complexes qui ne peuvent être résolus sans approfondir au départ la notion et les fondements de la connaissance d'office.

(1) *Notion*

Toute tentative de définir la connaissance d'office risque d'être critiquée,⁴ mais l'omission nous semble encore plus critiquable. La connaissance d'office est une règle de preuve qui dispense une partie de prouver en principe la règle de droit dont elle réclame le bénéfice ainsi que certains faits généraux nécessaires à son application et qui oblige le juge à leur accorder dans son jugement les mêmes conséquences que s'ils avaient été prouvés. La connaissance d'office est une règle de preuve complexe. On reconnaît dans cette définition une règle de fardeau de preuve qui vient soulager les parties et une règle de force probante qui indique au juge quelles conséquences il doit accorder à ces faits qui n'ont pas été strictement prouvés.

La connaissance d'office ne correspond pas à un état de fait de la connaissance personnelle du juge. Il s'agit d'un concept normatif qui crée une obligation pour le juge d'acquiescer la connaissance de certains faits par ses propres moyens, sans égard au fait qu'il la possède déjà ou non. Le juge a connaissance d'office de la Loi sur les abus préjudiciables à l'agriculture, mais il est fort probable qu'il ne l'a jamais lue. La connaissance d'office l'oblige à s'instruire par la lecture de la loi et à en accorder le bénéfice à la partie qui le réclame, si sa réclamation est justifiée.

Ainsi le domaine de la connaissance d'office peut être plus vaste que celui de la connaissance personnelle du juge, à certains égards. À d'autres égards, il peut être infiniment plus étroit. Le juge peut être docteur en droit canon. Pourtant, il devra faire abstraction de ses connaissances personnelles en la matière et entendre la preuve qui en sera faite devant lui, car il n'en a pas connaissance d'office.

⁴ The Problems of Judicial Notice (1983), 57 *Aus. L.J.*, pp. 433-434.

Quoique distinctes, connaissance d'office et connaissance personnelle se recouvrent parfois dans les faits et surtout doivent coïncider pour qu'une partie puisse jouir des effets pratiques de la connaissance d'office. Pour qu'une partie obtienne la sanction du droit que lui confère la Loi sur les abus préjudiciables à l'agriculture, il ne suffit pas que le juge ait l'obligation de lire cette loi. Encore faut-il que le juge la lise effectivement. Il n'est pas nécessaire que les parties lui fournissent une copie authentique de la loi. Le juge devra trouver un exemplaire de la loi par ses propres moyens et en prendre connaissance.

Notre définition est incomplète en ce qu'elle ne règle pas tous les problèmes que nous étudierons plus loin. Il n'y a pas lieu pour l'instant de préjuger de leur solution. L'étude préalable des fondements de la connaissance d'office en facilitera la discussion.

(2) *Fondements*

La question des fondements de la connaissance d'office se pose à deux niveaux: celui des fondements juridiques et celui des fondements rationnels.

(a) *Fondement juridique*

En droit québécois, les règles de la connaissance d'office sont essentiellement de source jurisprudentielle. Le Code de procédure civile est silencieux. Le Code civil contient une seule règle à l'article 10 qui édicte la connaissance d'office des lois publiques. On trouve un certain nombre de décisions rendues par les tribunaux civils du Québec qui ne permettent pas de douter de la reconnaissance de cette règle en droit civil québécois.⁵ Cette jurisprudence n'est pas assez abondante pour fournir des renseignements adéquats sur la connaissance d'office. Cette pauvreté se reflète sur la doctrine québécoise civiliste qui, tout en reconnaissant l'existence de la règle, n'en dit pas grand chose, si ce n'est la répétition de sources anglaises anciennes.⁶

Le silence quasi-total de la loi québécoise en matière de connaissance d'office nous autorise à faire appel au droit supplétif. Le chapitre de la preuve au Code civil exprime à l'article 1206 une règle de droit supplétif différente de celle de l'ensemble du Code, exprimée à l'article 2712. Cette règle a fait l'objet d'une étonnante interprétation de la Cour

⁵ Voir, par exemple: *Larkin c. Goyette*, [1963] B.R. 544; *Richard c. Gauthier*, [1964] C.S. 307, à la p. 310; *Casgrain c. Héritiers Minotti*, [1955] C.S. 97, à la p. 106; *Southern Canada Power c. Conserverie de Napierville*, [1967] B.R. 907, à la p. 916; *Commission scolaire du Sault Saint-Louis c. Conseil scolaire de l'île de Montréal*, [1978] C.S. 223; *Daoust c. Bérubé*, [1978] C.S. 618.

⁶ F. Langelier, *De la preuve en matière civile et commerciale*, Montréal, Théoret, 1895, p. 8; A. Nadeau et L. Ducharme, *La preuve en matières civiles et commerciales*, dans *Traité de droit civil du Québec*, t. 9, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965, no 35, p. 24; Office de Révision du Code Civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Vol. II, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 891; Ducharme, *op. cit.*, note 1, p. 8, nos 17 à 23.

suprême: la *common law* est la source du droit supplétif en cas de silence des dispositions relatives à la preuve contenues dans le Code civil.⁷ Bien que cet arrêt ne soit pas à l'abri de toute critique,⁸ il a ici l'avantage de brancher le droit civil québécois sur un *corpus* de jurisprudence et de doctrine d'une grande richesse sur cette question. Les auteurs canadiens consacrent à l'étude de la connaissance d'office des discussions fort élaborées qui reflètent aussi l'état de la question dans les autres pays de *common law*.⁹

Le droit de la connaissance d'office a fait l'objet de travaux de révision au Québec ainsi qu'au niveau fédéral. Dans les deux cas, ces travaux ont recommandé de légiférer sur le sujet. La Commission de réforme du droit du Canada a présenté en 1975 un projet de Code de la preuve contenant des dispositions relatives à la connaissance d'office.¹⁰

La présentation de ce projet de Code a eu un impact suffisant pour intéresser le gouvernement canadien et les gouvernements des dix provinces à l'idée d'un code de preuve uniforme au Canada. La Conférence canadienne de l'uniformisation des lois a créé un groupe de travail dont elle a presque intégralement adopté les recommandations. Elles ont conduit à la publication d'une loi modèle appelée Loi uniforme sur la preuve.¹¹ Le rapport du groupe de travail contient des pages fort instructives sur le droit de la connaissance d'office présentement en vigueur.¹² Le gouvernement fédéral a donné suite aux recommandations de la Conférence en déposant au Sénat le Projet de la loi S-33 dont les dispositions sur la connaissance d'office reprennent presque textuellement celles qui avaient été proposées par la Conférence dans sa loi modèle.¹³ Le Projet de loi a éventuellement été retiré pour permettre un examen plus approfondi de certaines questions qui avaient soulevé la critique. Il semble toutefois que les dispositions relatives à la connaissance d'office n'ont pas soulevé de controverse et qu'elles pourraient être adoptées dans leur état actuel si le Projet de loi est réintroduit. Le Code de la preuve de la

⁷ *Hôpital Royal Victoria c. Morrow*. [1974] R.C.S. 501.

⁸ Ducharme, *op. cit.*, note 1, p. 3, nos 8 à 10.

⁹ Schiff, *loc. cit.*, note 3; Fortin, *op. cit.*, note 3; J. Sopinka and S.N. Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto, Butterworths, 1974, pp. 357-365.

¹⁰ Commission de réforme du droit du Canada, *La preuve*, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services, 1977, p. 49. Les dispositions pertinentes du Code de la preuve sont reproduites à l'annexe I, *infra*, p. 486.

¹¹ *La preuve au Canada—Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*, Cowansville, les Éditions Yvon Blais, 1983, p. 621.

¹² *Ibid.*, pp. 49-66.

¹³ Sénat du Canada, *Projet de loi S-33 (Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit)*, première lecture le 18 novembre 1982. Les extraits pertinents du Projet sont reproduits à l'annexe II, *infra*, p. 487.

Commission de réforme du droit du Canada et le Projet de loi S-33 du Gouvernement canadien présentent deux versions de ce que pourrait être la codification de la *common law* sur la connaissance d'office.

Parallèlement, le Gouvernement du Québec avait chargé l'Office de révision du Code civil de lui faire des recommandations en la matière. L'Office a présenté en 1977 un Projet de code civil qui propose de nouvelles dispositions sur la connaissance d'office.¹⁴ La réforme du droit de la preuve est toujours à l'étude et n'a donné lieu à aucun projet de loi au Québec. La question de l'uniformisation du droit, à l'échelle nationale, sur cette question, devra inévitablement être posée.

(b) *Fondement rationnel*

Les auteurs s'accordent pour voir dans la connaissance d'office un fondement d'abord pragmatique.¹⁵ Il s'agit d'économiser le temps de la cour en dispensant les parties de prouver l'évidence ou ce que tout le monde sait. Il est dans l'intérêt de la justice que l'instruction du procès se déroule de manière efficace. Le problème des délais de justice qui afflige nos tribunaux rend une telle règle indispensable.

Un second fondement mérite d'être signalé. Il se rattache à l'image de la justice. Le justiciable trouverait pédant, futile ou ridicule un système de preuve qui exigerait de prouver l'évidence.¹⁶ La connaissance d'office évite ainsi de ternir l'image du processus d'acquisition des connaissances par le juge dans le procès.

Un troisième fondement vise la connaissance d'office de la règle de droit. Elle contribue à assurer l'égalité de tous devant la loi par une application uniforme des règles de droit. Si une partie avait le fardeau de prouver la loi dont elle réclame le bénéfice, sans l'assistance de la connaissance d'office, le juge serait lié par la preuve de la loi, ce qui conduirait à un résultat absurde en cas de fausseté de la preuve. Un juge devrait sanctionner une règle qui n'est pas la loi et rendre la partie qui a commis l'erreur victime ou bénéficiaire d'une règle de droit différente de celle qui vise l'ensemble des justiciables. Aucun système judiciaire ne pourrait tolérer pareille anomalie.

¹⁴ Office de Révision du Code civil, Rapport sur le Code civil du Québec, Volume I, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, pp. 543-544. Les extraits pertinents du Projet sont reproduits à l'annexe III, *infra*, p. 489.

¹⁵ Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 362; A.R. Flanz, *Judicial Notice* (1980), 18 *Alta. L. Rev.*, 471-472; Schiff, *loc. cit.*, note 3, à la p. 340; La preuve au Canada, *op. cit.*, note 11, p. 49; R. Cross and C. Tapper, *Cross on Evidence*, 6th ed., London, Butterworth, 1985, p. 70; Phipson, *On Evidence*, 9th ed., 1959, pp. 4, 19; J.H. Wigmore, *Evidence*, 3rd ed., 1940, vol. 9, pp. 535-536; J.B. Thayer, *Evidence*, 1898, pp. 278-280.

¹⁶ *Commonwealth Shipping Representative v. Peninsular and Oriental Branch Service*, [1923] A.C. 191, à la p. 211 (H.L.); Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 364.

Un quatrième fondement vise la connaissance d'office des faits. Un auteur américain, Morgan, a exprimé l'idée selon laquelle elle garantissait la crédibilité du système judiciaire en évitant que le tribunal ne soit saisi d'un problème fictif ou induit en erreur par la contestation de ce qui est indiscutable, risquant ainsi de produire une décision qui heurte le sens commun.¹⁷ Une telle situation déconsidérerait non plus le processus mais le produit de l'intervention judiciaire.

Il est difficile d'être en désaccord avec cette idée. Comme les précédentes, elle se rattache à ce que nous croyons être le véritable fondement de la connaissance d'office: l'intérêt public. Le procès n'est pas la chose privée des parties, à l'intérieur duquel on doit les laisser pratiquer sans limite le jeu du débat contradictoire. Il serait contraire à l'intérêt public que le procès s'éternise et empêche d'autres parties d'être entendues; que le processus d'acquisition des connaissances par le juge souffre de discrédit dans l'opinion publique; que les justiciables ne soient pas soumis aux lois de manière uniforme; que le jugement souffre de discrédit dans l'opinion publique parce qu'il serait fondé sur des données que tout le monde saurait être fausses. La connaissance d'office est la soupape de sécurité qui garantit le processus judiciaire contre les excès possibles du débat contradictoire.

Morgan a tiré du fondement qu'il a mis à jour la conclusion selon laquelle la connaissance d'office crée une présomption absolue de vérité contre laquelle aucune preuve n'est recevable.¹⁸ Cette conclusion a eu un impact considérable aux États-Unis, où elle a reçu la consécration législative, ainsi qu'au Canada où elle apparaît dans le Code de la preuve de la Commission de la réforme du droit du Canada¹⁹ et le Projet de loi S-33.²⁰ Il nous semble que le fondement mis à jour par Morgan et la conclusion qu'il en tire ne sont pas nécessairement liés et que cette question fait encore partie des problèmes de la connaissance d'office qui méritent plus ample discussion.

B. *Les problèmes de la connaissance d'office*

Quiconque cherche à connaître avec exactitude les règles qui régissent la connaissance d'office en vient à se poser quatre questions. Quel est le domaine de la connaissance d'office? A-t-elle un caractère obligatoire pour le juge? Quel en est l'effet sur la recevabilité des éléments de preuve qui appartiennent au même domaine? La connaissance d'office est-elle soumise à des règles de procédure? Ces questions sont pertinentes pour préciser l'état actuel du droit. Elles le sont encore plus lorsqu'il

¹⁷ Edmund M. Morgan, *Judicial Notice* (1944), 57 *Harv. Law Rev.* 269, à la p. 273; Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 362, no 453.

¹⁸ Flanz, *loc. cit.*, note 15, à la p. 472.

¹⁹ Voir Annexe I, art. 85(4), *infra*, p. 486.

²⁰ Voir Annexe II, art. 21(1), *infra*, p. 487.

s'agit de faire des choix de politique législative dans une perspective de réforme du droit.

(1) *Domaine de la connaissance d'office*

On s'entend généralement sur les éléments qui sont au coeur de la connaissance d'office. Qui contesterait le fait qu'on est dispensé de prouver le Code civil ou le fait que le soleil se lève à l'est? C'est en périphérie que la détermination du domaine de la connaissance d'office pose un problème. Où situer la frontière entre les domaines respectifs de la connaissance d'office et de la preuve? Le problème se pose autant pour la connaissance d'office de la règle de droit que pour celle des faits.

(a) *Le droit*

Il y a lieu de distinguer selon qu'il s'agit du droit interne ou du droit étranger. Dans le contexte de la fédération canadienne se pose le problème particulier du droit des autres provinces. Enfin, il y a lieu de se demander si la connaissance d'office se limite aux règles de droit expressément plaidées par les parties.

(i) *Le droit interne*

Le droit interne se compose de lois, de règlements, de décisions judiciaires et de coutume. Chacun de ces éléments pose à la connaissance d'office des problèmes particuliers.

a) *Lois*

Le droit québécois énonce des règles expresses sur la connaissance d'office des lois. L'article 10 du Code civil dispose que:

Tout acte est public à moins qu'il n'ait été déclaré privé.

Chacun est tenu de prendre connaissance des actes publics; les actes privés au contraire doivent être plaidés.

L'article 9 du Code civil qui précède traite des "actes de la Législature", de sorte qu'il ne fait pas de doute que le terme "acte" de l'article 10 veut dire loi. L'article 39 de la Loi sur l'interprétation²¹ énonce une règle à peu près semblable:

Une loi est publique, à moins qu'elle ne soit déclarée privée. Toute personne est tenue de prendre connaissance des lois publiques, mais les lois privées doivent être plaidées.

Comme le droit québécois énonce ici des règles expresses, il n'y a pas lieu de recourir à la *common law* à titre supplétif. On aurait tort également de vouloir appliquer la législation fédérale en matière de preuve qui ne peut s'imposer à un juge agissant au Québec en matière civile.

Les tribunaux du Québec ont rarement senti le besoin d'affirmer qu'ils avaient connaissance d'office de la loi. La Cour suprême a déclaré qu'elle avait connaissance d'office du Code civil du Québec.²² Un tribu-

²¹ L.R.Q., c. I-16.

²² *Marquis c. Lussier*, [1960] R.C.S. 442, à la p. 449.

nal a déclaré connaître le rôle et les fonctions de la Commission des relations ouvrières, vraisemblablement parce qu'ils étaient édictés par la loi.²³

En droit fédéral, la question est régie par l'article 18 de la Loi sur la preuve au Canada:²⁴

Il est pris judiciairement connaissance de toutes les lois du Parlement du Canada, d'intérêt public ou privé, sans que lesdites lois soient spécialement plaidées.

Cette position déroge à la *common law* qui, à l'instar du droit québécois, limite la connaissance d'office aux lois publiques.²⁵ L'article 17 de la même loi prescrit la connaissance d'office des lois du Parlement impérial, des ordonnances à caractère législatif et de toutes les lois, passées ou présentes, des législatures des provinces. Il faut se référer à la Loi d'interprétation pour apprendre que le tribunal doit également prendre connaissance d'office de la proclamation des lois.²⁶

L'article 19 de la Loi sur la preuve²⁷ indique la manière dont peut être prouvé un texte de loi, en dérogation aux règles de *common law*. On pourrait être tenté d'y voir l'obligation de prouver la loi en la manière indiquée à l'article 19, comme condition préalable à la connaissance d'office de l'article 18. Cette interprétation n'est plus permise après l'arrêt de la Cour suprême dans *R. c. The Steam Tanker "Evgenia Chandris"*.²⁸ La connaissance d'office de la loi opère indépendamment de toute preuve.

Au titre de la réforme, l'Office de révision du Code civil préfère pour le Québec qu'il soit pris connaissance d'office "du droit en vigueur au Québec".²⁹ Ces termes visent autant la législation québécoise que fédérale. Il n'y aura donc plus lieu de distinguer selon que la loi est publique ou privée. Les termes "en vigueur" impliquent que le tribunal a connaissance d'office de la proclamation. Au niveau fédéral, le Projet de loi S-33 propose une énumération du type de celle de l'actuelle Loi sur la preuve.³⁰

b) Règlements

Au cours des vingt-cinq dernières années, le nombre de règlements fédéraux et provinciaux affectant le citoyen au Québec n'a cessé de

²³ *John Murdock Ltée c. Commission des relations ouvrières de la Province de Québec*, [1956] C.S. 30, à la p. 33.

²⁴ S.R.C. 1970, c. E-10.

²⁵ Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 370, no 463.

²⁶ Loi d'interprétation, S.R.C., 1970, c. I-23, articles 17(4) et 2. Voir aussi *R. v. Hanna* (1977), 38 C.C.C. (2d) 317 (B.C. Co. Ct.).

²⁷ *Supra*, note 24.

²⁸ *R. c. The Steam Tanker "Evgenia Chandris"*, [1977] 2 R.C.S. 97; Flanz, *loc. cit.*, note 15, à la p. 473.

²⁹ Voir Annexe III, art. 8, *infra*, p. 489.

³⁰ Voir Annexe II, art. 18, *infra*, p. 487.

croître, prenant quantitativement encore plus d'importance que les prescriptions de la loi. Malheureusement, cette évolution n'a pas eu d'écho quant au régime de la connaissance d'office devant les tribunaux civils du Québec.

La loi québécoise est silencieuse sur la connaissance d'office des règlements. L'article 10 du Code civil ne vise que les "actes de la Législature" comme le suggère l'article 9 du Code. Si l'on se réfère à la *common law* à titre supplétif, la règle y est claire: le juge n'a pas connaissance d'office des règlements. La jurisprudence québécoise s'est fixée dans ce sens.³¹ Certains auteurs ont émis l'opinion que le tribunal civil québécois avait connaissance d'office des règlements en se fondant principalement sur le bon sens.³² Nous souhaitons vivement avec eux que le bon sens triomphe. Nous ne pouvons accepter, dans l'intervalle, que la législation fédérale, qui accorde aux tribunaux connaissance d'office des règlements fédéraux, puisse être invoquée devant un tribunal civil du Québec comme constituant une règle de preuve qui lui est applicable. Il est également douteux que la Charte québécoise des droits et libertés de la personne, qui définit le mot "loi" comme comprenant "règlements", puisse servir de fondement à la connaissance d'office des règlements: il est clair que cette définition se limite à l'interprétation de la Charte.³³ L'opinion la plus autorisée nous semble celle qui recommande d'alléguer et de prouver les règlements dont on réclame le bénéfice devant les tribunaux civils du Québec, tout en souhaitant qu'un juge ose remédier à cette carence de notre droit, si le législateur tarde trop à le faire.³⁴ Un précédent anglais pourrait peut-être légitimer une telle initiative judiciaire.³⁵

Certaines provinces ont adopté des dispositions expresses accordant à leurs tribunaux connaissance d'office des règlements.³⁶ La révision proposée pour le Code civil est énoncée en ces termes: "Le tribunal doit, notamment, prendre connaissance d'office du droit en vigueur au Québec. . ." L'Office de révision du Code civil espère que le mot "droit" sera interprété dans toute sa généralité et englobera les règlements d'application des lois. Il serait sans doute préférable, vu la controverse, d'être plus explicite.

³¹ *Comité conjoint de l'imprimerie c. Ratté* (1936), 40 R.P. 5 (C.S. Qué.).

³² Léo Ducharme, *La connaissance d'office s'étend-elle aux règlements* (1976), 36 R. du B. 698; Nadeau et Ducharme, *op. cit.*, note 1, p. 10, no 20.

³³ Charte québécoise des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12, art. 56(3).

³⁴ R. Barbe, *La connaissance judiciaire des actes réglementaires* (1980), 21 C. de D. 427, aux pp. 443-446. Voir aussi, Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 373.

³⁵ *Snell v. Unity Finance Co. Ltd.*, [1964] 2 Q.B. 203 (C.A.).

³⁶ Flanz, *loc. cit.*, note 15, à la p. 474 (Manitoba, Alberta, Ile du Prince-Édouard).

En droit fédéral, la réponse est claire: le tribunal a connaissance d'office des règlements publiés dans la Gazette du Canada. Cette solution, qui semble si irrésistible, a toutefois été conquise de haute lutte. Il aura d'abord fallu les dispositions expresses de la Loi sur les textes réglementaires de 1971 qui édicte ce qui suit:³⁷

Art. 23(1)—Un texte réglementaire qui a été publié dans la Gazette du Canada sera admis d'office en justice.

(2) En plus de tout autre mode de preuve de l'existence ou du contenu d'un texte réglementaire, l'existence ou le contenu de ce texte peuvent être prouvés par la production d'un exemplaire de la Gazette du Canada présenté comme reproduisant le contenu de ce texte.

Les tribunaux ont hésité à reconnaître que ce texte leur accordait connaissance d'office des règlements publiés dans la Gazette, sans autre forme de preuve. Certains ont cru qu'il fallait préalablement prouver le règlement par la production de l'extrait pertinent de la Gazette. Il a fallu attendre l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *R. v. The Steam Tanker "Evgenia Chandris"*,³⁸ pour qu'il soit établi que les alinéas de l'article 23 de la Loi sur les textes réglementaires avaient un sens autonome les uns des autres: l'alinéa premier permet au juge de prendre connaissance d'office de tout règlement publié dans la Gazette, sans autre forme de preuve, alors que l'alinéa deuxième lui indique qu'il peut se référer, à titre de source documentaire, au texte publié dans la Gazette.³⁹ La jurisprudence s'est ralliée à cette solution⁴⁰ que le Projet de loi S-33 propose de codifier.⁴¹

Le juge n'a pas connaissance d'office de règlements émanant d'une source autre que la puissance étatique, comme les règlements de la Bourse,⁴² de l'Exposition universelle de 1967 à Montréal⁴³ ou d'une assemblée de co-propriétaires.⁴⁴ Il n'a pas connaissance d'office, en principe, des règlements municipaux,⁴⁵ à moins d'une disposition législative expresse. En vertu de la Loi sur les cités et villes,⁴⁶ on peut considérer que le tribunal a

³⁷ S.C. 1970-71-72, c. 38.

³⁸ *Supra*, note 28.

³⁹ *Barbe, loc. cit.*, note 34, à la p. 438.

⁴⁰ *R. c. Mallios*, J.E. 78-571 (C.S. Montréal); *R. v. Vessel Bergessen* (1973), 12 C.C.C. (2d) 185 (B.C.C.A.); *R. v. McDougall and Brideau*, (1980) 80 A.P.R. 393 (N.B.P.C.).

⁴¹ Voir Annexe II, art. 18(d), *infra*, p. 487.

⁴² *Pérusse c. D'Ambrosio*, [1957] C.S. 16, à la p. 17.

⁴³ *République démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997, à la p. 1009.

⁴⁴ *Owners: Condominium Plan No 762 #0990 v. Pirie* (1982), 22 Alta L.R. (2d) 91 (Alta Q.B.).

⁴⁵ *Nadeau et Ducharme, op. cit.*, note 6, p. 32, no 47; *Flanz, loc. cit.*, note 15, à la p. 475.

⁴⁶ L.R.Q. 1977, c. C-19, art. 367.

connaissance d'office des règlements de la municipalité dans laquelle il siège. Des dispositions analogues existent dans la charte de certaines villes⁴⁷ et ont ainsi permis à un tribunal de prendre connaissance d'office d'un règlement de la Ville de Montréal, en matière pénale.⁴⁸ Au Québec, le projet de l'Office de révision du Code civil n'apporte pas de solution expresse au problème des règlements municipaux, alors qu'en droit fédéral, le Projet de loi S-33 propose d'étendre la connaissance d'office à tous les règlements municipaux publiés dans un journal officiel.⁴⁹

c) *Jurisprudence*

Le droit québécois ne précise pas si le juge a une connaissance d'office des décisions des tribunaux, soit comme source formelle de droit, soit comme guide d'interprétation ou d'application du droit. On observe que les juges civils au Québec font un usage copieux de la jurisprudence sans jamais soulever le moindre doute sur la question. La Cour d'appel du Québec a pris connaissance d'office de l'interprétation judiciaire antérieure des termes "valeur réelle" dans une affaire d'expropriation.⁵⁰ Si l'on se réfère à la *common law* à titre supplétif, on obtient une règle qui donne au juge connaissance d'office des décisions des tribunaux en matière de *common law* rendues non seulement au Canada mais aussi dans les autres pays qui ont adhéré au même système de droit.⁵¹

Au titre de la réforme, il ne fait aucun doute que le terme général de "droit en vigueur au Québec" retenu par l'Office de révision du Code civil englobe les règles de droit de source jurisprudentielle.⁵² Suivant la recommandation de la Conférence canadienne de l'uniformisation,⁵³ le Projet de loi S-33 ne dit rien d'explicite sur la connaissance d'office de la jurisprudence.

Précisons enfin que si une décision judiciaire est invoquée, non pas à titre de source formelle de droit, mais plutôt à titre de fondement d'un droit subjectif, le tribunal n'en a pas connaissance d'office. Il est donc nécessaire d'alléguer et de prouver, par exemple, le jugement de tutelle sur lequel une partie fonde sa qualité de tuteur dans une instance où elle représente un mineur.

⁴⁷ Barbe, *loc. cit.*, note 34, à la p. 430.

⁴⁸ *Ville de Montréal c. Viebig*, [1982] C.A. 410.

⁴⁹ Voir Annexe II, art. 18(d), *infra*, p. 487.

⁵⁰ *Dominion Engineering Works Ltd. c. Cité de Lachine*, [1966] B.R. 621, à la p. 625.

⁵¹ Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 365, no 456.

⁵² Voir Annexe III, art. 8, *infra*, p. 489.

⁵³ Rapport du groupe de travail, *op. cit.*, note 11, p. 58.

d) *Coutume*

Il est généralement admis que le juge n'a pas connaissance d'office de la coutume comme source formelle de droit. La coutume doit être alléguée et prouvée, généralement par témoins.⁵⁴ On a déjà décidé en sens contraire.⁵⁵

On peut s'étonner d'une telle solution. Si le juge est lié par le témoignage des témoins sur la coutume, il doit déclarer et sanctionner le droit dans le sens indiqué par les témoins. Il s'agit en réalité d'une forme de législation par témoins. Si l'effet de la décision se limitait aux parties, il n'y aurait pas matière à s'inquiéter. Mais une telle décision a aussi l'effet de déclarer la règle de droit émanant de la coutume pour tous ceux qui sont susceptibles d'être exposés à la même situation. L'intérêt public est en jeu si le juge est convaincu que les témoignages utilisés par les parties pour faire preuve de la règle coutumière sont faux. La coutume, lorsqu'elle est d'ordre général et de notoriété publique, devrait tomber dans le domaine de la connaissance d'office et permettre au juge de déclarer une règle qui est différente de celle erronément énoncée par les témoins. Si le juge a connaissance d'office de faits notoires, comme nous le verrons plus loin, pourquoi n'aurait-il pas la même connaissance d'une règle coutumière notoire?

S'il s'agit d'une règle coutumière spécialisée, comme par exemple une règle de commerce observée à travers le pays par un type particulier de commerçants, le rampart contre l'erreur ne doit pas être recherché dans la théorie de la connaissance d'office. Il faut plutôt songer à donner au juge des pouvoirs nouveaux en matière d'enquête. En droit civil québécois le juge pourrait, à notre avis, avoir recours à l'article 414 du Code de procédure qui lui permet, s'il est d'avis que les fins de la justice seraient être ainsi mieux servies, d'"ordonner une expertise par une personne qualifiée, qu'il désigne pour l'examen, la constatation et l'appréciation de faits relatifs au litige". La coutume, nous semble-t-il, peut être incluse dans les faits visés par cette disposition.

(ii) *Le droit étranger*

En droit québécois, comme en *common law*, le droit étranger échappe à la connaissance d'office du juge. Il doit être allégué et prouvé comme un fait.⁵⁶ On signale une exception notable: l'article 617.1 du Code civil dispose que: "avant de prononcer l'ordonnance de placement d'un enfant domicilié hors du Québec, le tribunal s'assure que les règles relatives au consentement, à l'adoption et à l'adoptabilité de l'enfant ont été sui-

⁵⁴ Ducharme *op. cit.*, note 1, p. 4, no 21.

⁵⁵ *Harris c. Dame Bosworthick*, [1966] C.S. 482, à la p. 484.

⁵⁶ J.G. Castel, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 802; E. Groffier, *Précis de droit international privé québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1984, p. 70, no 119.

vies. . .⁵⁷ Dans un tel cas, le tribunal peut demander l'assistance des parties, mais il n'est pas lié par la preuve offerte et peut faire des recherches de sa propre initiative.

En cas de défaillance des parties à faire la preuve du droit étranger, le juge applique une présomption d'identité de la règle du droit étranger avec celle du droit domestique, fondée sur la *common law*.

Il peut être très onéreux pour une partie de faire la preuve du droit étranger par témoin. Les tribunaux ont parfois fait preuve d'une certaine largesse en permettant d'autres moyens de preuve. Il peut néanmoins y avoir une disproportion flagrante entre l'intérêt légitime d'une partie et le coût que représente pour elle la preuve du droit étranger. Si elle renonce à faire une telle preuve, on lui applique une présomption d'identité de règles qui équivaut à un déni de justice lorsqu'il est bien connu que les règles sont en contradiction.

On a critiqué les solutions du droit actuel, soit pour permettre au juge de prendre connaissance d'office du droit étranger, soit pour fonder l'application du droit domestique, en cas d'absence de preuve du droit étranger, non pas sur la fiction d'identité, mais plutôt sur la prépondérance du droit domestique.⁵⁸

Au titre de la réforme, l'Office de révision du Code civil recommande que le tribunal puisse prendre connaissance d'office du droit étranger si ce dernier a été allégué. Si le droit applicable n'a pas été allégué ou que sa teneur ne peut être établie, l'Office recommande que le tribunal applique le droit interne en vigueur au Québec.⁵⁹

Quant au droit fédéral, la Commission de réforme du droit du Canada recommande que le tribunal puisse prendre connaissance d'office du droit étranger. Si le juge est incapable de déterminer le droit étranger, la Commission recommande qu'un choix de solutions soit accordé au juge: rejeter l'action ou juger selon le droit domestique.⁶⁰ La Conférence canadienne de l'uniformisation n'a pas suivi cette recommandation, préférant reconduire l'état actuel du droit.⁶¹ Le gouvernement fédéral, dans son Projet de loi S-33, adhère à cette dernière recommandation et ne propose aucune disposition relative à la connaissance d'office du droit étranger.⁶²

⁵⁷ Groffier, *ibid.*, no 120.

⁵⁸ Castel, *op. cit.*, note 56, p. 814; Groffier, *ibid.*, 71, no 122.

⁵⁹ Voir Annexe III, articles 10 et 11, *infra*, p. 489.

⁶⁰ Commission de réforme du droit au Canada, *op. cit.*, note 10, p. 120; Annexe I, art. 84(2) et (3), *infra*, p. 486.

⁶¹ Rapport^{al} du groupe de travail, *op. cit.*, note 11, p. 60.

⁶² Voir Annexe II, *infra*, p. 487.

Il semble sage de maintenir la règle selon laquelle la partie qui invoque le droit étranger doit le prouver. Notre droit doit, cependant, être sensible au cas où il existe une disproportion excessive entre l'intérêt en jeu dans le litige et le coût de la preuve du droit étranger par expert. La solution se trouve du côté d'un élargissement des moyens de preuve reçus par le tribunal pour faire preuve du droit étranger. Un exemplaire du texte de la loi étrangère nous semble, dans tous les cas, préférable à l'application de la présomption d'identité. Une solution définitive pourrait être acquise par la conclusion d'un accord international en vertu duquel les états participants accepteraient de délivrer des certificats d'état de leur droit, moyennant un coût raisonnable.⁶³ Il nous semble encore plus réaliste de suggérer que de tels certificats puissent être délivrés par un ou plusieurs organismes canadiens, indépendants mais accrédités par nos gouvernements respectifs, comme par exemple un institut universitaire de recherche en droit de haute réputation.

Quoiqu'il en soit, avant d'appliquer le droit domestique en cas de lacune dans la preuve du droit étranger, le juge serait bien avisé de relire la sévère réprimande que la Cour suprême du Canada a servie à la Cour d'appel du Québec. La Cour d'appel avait appliqué la présomption d'identité dans un cas où le témoignage de l'expert sur le droit d'un État américain était incomplet. La Cour suprême a déclaré que les fins de la justice exigeaient que, dans un tel cas, la Cour d'appel utilise les pouvoirs exceptionnels que lui donne l'article 523 du Code de procédure civile pour permettre à la partie intéressée de présenter un complément de preuve.⁶⁴

(iii) *Le droit des autres provinces*

La structure fédérale de l'État canadien pose un problème particulier du fait que le droit privé est de compétence provinciale. Au regard du droit privé d'une province, le droit des autres provinces est-il soumis au régime de preuve du droit domestique ou du droit étranger?

Dans l'état actuel du droit, au Québec comme dans les provinces de *common law*, le droit privé des autres provinces est soumis au régime du droit étranger: le juge n'en a pas connaissance d'office et le droit de l'autre province doit être allégué et prouvé comme un fait.⁶⁵ Certaines provinces ont corrigé cette anomalie en adoptant des dispositions législatives prévoyant la connaissance d'office du droit des autres provinces.⁶⁶

⁶³ Groffier, *op. cit.*, note 56, pp. 74 et 75, nos 126-128.

⁶⁴ *Montana c. Les développements du Saguenay Ltée*, [1977] 1 R.C.S. 32, à la p. 38. Voir aussi: Ducharme, *op. cit.*, note 1, p. 15, no 31.

⁶⁵ Castel, *op. cit.*, note 56; Groffier, *op. cit.*, note 56.

⁶⁶ Flanz, *loc. cit.*, note 15, à la p. 476.

Pour ajouter au paradoxe, la Cour suprême du Canada a connaissance d'office du droit fédéral et du droit en vigueur dans chaque province.⁶⁷ Ainsi, au Québec, dans une même cause, des parties peuvent être soumises à un régime de preuve différent. En première instance et en appel, les tribunaux sont liés par la preuve faite du droit d'une autre province, même s'ils la savent manifestement erronée. Si la cause est entendue en appel à la Cour suprême, cette dernière, qui n'est pas liée par la preuve du droit des provinces, peut en prendre connaissance d'office.

Cette anomalie a assez duré et les agents de réforme sont tous d'accord pour accorder aux juges de chaque province connaissance d'office du droit des autres provinces. L'Office de révision du Code civil exigerait que ce droit soit allégué et permettrait au juge d'obtenir l'assistance des parties en leur demandant d'en faire la preuve.⁶⁸ Cette solution paraît raisonnable si le droit plaidé est particulièrement difficile à déterminer ou à vérifier. Le Projet de loi S-33 recommande que le juge prenne connaissance d'office des lois des provinces ainsi que des règlements, décrets, proclamations, règlements municipaux et règles de procédure et de pratique, à condition, dans ces derniers cas, qu'ils aient été publiés dans les journaux officiels. Il recommande aussi que le juge puisse prendre connaissance d'office des "règles de droit résultant de décisions de tribunaux fédéraux ou provinciaux et qu'il faudrait autrement prouver comme des faits".⁶⁹ On ne peut s'empêcher de voir le contraste du style de rédaction des textes proposés. Le Projet de loi S-33 nous paraît inutilement compliqué. L'objectif est pourtant simple: accorder au droit des autres provinces, quelle qu'en soit la source, le même régime de connaissance d'office que celui du droit interne. Il semble sage, en outre, de permettre au juge de demander l'assistance des parties, étant entendu qu'il ne sera pas lié par la preuve offerte. Voilà bien un domaine où il serait souhaitable que les provinces s'entendent sur une règle uniforme!

(iv) *Le droit non-plaidé*

Il est opportun de se demander ici si la connaissance d'office du droit applicable à la solution d'un litige est limitée par les moyens de droit expressément plaidés par les parties.

Il n'existe pas de telle limitation en droit civil québécois. Le juge peut appliquer toute règle de droit, plaidée ou non. La Cour d'appel peut maintenir un moyen de droit soulevé pour la première fois devant elle. La Cour suprême a accordé à une partie le bénéfice de la règle de prescription de l'article 2262 du Code civil, même si elle n'avait pas été

⁶⁷ *Logan c. Lee* (1907), 39 S.C.R. 311.

⁶⁸ Voir Annexe III, art. 9, *infra*, p. 489.

⁶⁹ Voir Annexe II, articles 18 et 19(a), *infra*, p. 487.

plaidée.⁷⁰ Le juge jouit de la même latitude dans l'instance pénale, régie par les règles de la *common law*.⁷¹

Cette solution nous paraît tout à fait opportune. Plaider est un droit et non une obligation. Le juge demeure soumis au devoir de juger, même si les parties ne plaident pas ou déclarent s'en remettre à la justice. Cette hypothèse n'est pas invraisemblable: elle se réalise souvent lorsqu'une partie n'est pas représentée par un avocat. Le juge doit suppléer à l'ignorance juridique de cette partie. Même lorsqu'une partie est représentée par un avocat, ce dernier peut s'avérer manifestement incompetent. Le juge contribuerait à l'injustice s'il rendait le justiciable victime de l'incompétence de son avocat. Il doit accorder le bénéfice de son droit au justiciable mal représenté, quitte à sanctionner l'incompétence de l'avocat en le privant d'une partie ou de la totalité de ses dépens, voir même en le condamnant personnellement aux dépens.⁷² La justice serait déconsidérée si le juge était limité dans un tel cas par les arguments d'avocats incompetents ou le silence des parties. On voit ici se manifester encore l'intérêt public comme fondement de la connaissance d'office.

(b) *Les faits*

Que certains faits soient de connaissance d'office et que les parties qui les plaident soient dispensées de les prouver est une proposition qui paraît évidente. La controverse naît à partir du moment où l'on tente de préciser quels sont ces faits ou d'adopter des critères sûrs pour les reconnaître.

La doctrine québécoise en donne une brève description, d'ailleurs empruntée à des sources de *common law*. Selon Nadeau et Ducharme, le juge civil au Québec a connaissance d'office des faits suivants:⁷³

- les faits reliés intimement au fonctionnement de l'État;
- l'étendue géographique et les divisions territoriales du pays;
- les faits de connaissance courante, comme les lois de la nature, le cours ordinaire des choses, les divisions naturelles ou artificielles du temps, le sens ordinaire des mots français et anglais.

Cette énumération n'est pas entièrement satisfaisante. Les lois de la nature ne sont pas aujourd'hui ce qu'elles étaient au début du siècle! Un juge n'a vraisemblablement pas connaissance d'office des lois de la fusion nucléaire. Le cours ordinaire des choses est, quant à lui, un concept bien flou.

⁷⁰ Ducharme, *op. cit.*, note 1, p. 8, no 17; *Marquis c. Lussier*, *supra*, note 22, à la p. 449, citant *La Cité de Montréal c. McGee* (1900), 30 S.C.R. 582.

⁷¹ Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 364, no. 454.

⁷² *Pacific Mobile Corporation c. Hunter Douglas Canada Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 842.

⁷³ Nadeau et Ducharme, *op. cit.*, note 6, p. 70, no 106 bis.

Comme la connaissance d'office des faits a été entièrement élaborée par voie jurisprudentielle, il semble indiqué de vérifier s'il se dégage de cette expérience des critères susceptibles de prendre la relève des précédents des tribunaux. Enfin la doctrine moderne propose une nouvelle catégorie de faits, les "legislative facts", dont nous tenterons d'évaluer l'utilité.

(i) *Expérience jurisprudentielle*

Un examen sommaire de la jurisprudence québécoise et canadienne en matière de connaissance d'office des faits mène aux observations suivantes.

a) *Faits généraux de connaissance commune*

Les tribunaux prennent connaissance d'office de faits généraux qui relèvent de l'expérience quotidienne de la personne ordinaire. Dans le cadre d'instances civiles au Québec, on a pris connaissance d'office du fait que la victime d'une chute dans un escalier glacé en hiver aurait été moins susceptible de tomber si elle avait porté des couvre-chaussures en caoutchouc;⁷⁴ que la perte de l'index droit chez un droitier constitue un préjudice plus grand que chez un gaucher.⁷⁵ Dans des instances jugées en *common law*, on a pris connaissance d'office du fait qu'il peut y avoir des plaques de glace dangereuses sur la route de la province du Nouveau-Brunswick en février,⁷⁶ du fait qu'une flamme en veilleuse est nécessaire au bon fonctionnement d'un système de chauffage au propane⁷⁷ et enfin du fait qu'une feuille de bois contreplaqué mesure quatre pieds sur huit pieds.⁷⁸

Il n'est pas nécessaire que l'expérience commune soit universelle. On a pris connaissance d'office de faits connus localement, à l'échelle d'une province⁷⁹ ou à l'échelle d'une ville, comme le fait qu'une route y soit de propriété et de compétence fédérales ou les conditions habituelles de la circulation urbaine.⁸⁰

Certains faits généraux connus d'office appartiennent à des champs de connaissance plus complexes, comme, l'histoire, la géographie, l'économie ou les sciences du langage. Ainsi, on a d'office pris connaissance de certains faits historiques relatifs à des aborigènes canadiens,⁸¹ du fait

⁷⁴ *Larkin c. Goyette*, [1963] B.R. 544, à la p. 546.

⁷⁵ *Richard c. Gauthier*, *supra*, note 5, à la p. 310.

⁷⁶ *McCoy v. O'Donnell* (1974), 9 N.B.R. (2d) 609 (N.B.Q.B.).

⁷⁷ *Noddin v. Laskey*, [1956] S.C.R. 577, à la p. 585.

⁷⁸ *Hunter and Hennessey v. Sullivan* (1979), 74 A.P.R. 428 (Nfld. Dist. Ct.).

⁷⁹ *Cairns Construction Limited v. Government of Saskatchewan*, [1960] S.C.R. 619, à la p. 629.

⁸⁰ *R. v. Potts* (1982), 134 D.L.R. (3d) 227, commentaire T.A. Cromwell, (1982), 8 Queen's L.J. 285; *R. v. Ferguson* (1978), 56 A.P.R. 253 (P.E.I.S.C.).

⁸¹ *R. v. Bartleman* (1984), 12 D.L.R. (4th) 73, 55 B.C.L.R. 78 (B.C.C.A.), commentaire par M.H. Ogilvie (1986), 64 R. du B. can. 183.

qu'une ville était la deuxième en importance au Manitoba et comptait une population de 30 000 habitants,⁸² du fait que le port de Montréal est situé dans les eaux canadiennes au sud du 60e parallèle de latitude nord,⁸³ du fait que le Lac des esclaves est situé en Alberta.⁸⁴ En revanche, un tribunal a estimé qu'il n'avait pas connaissance du fait que la ville nommée dans l'acte d'accusation était comprise dans les limites de sa compétence territoriale, parce qu'elle n'était pas suffisamment connue.⁸⁵ En matière d'économie, les tribunaux ont pris connaissance d'office de la hausse des coûts de la machinerie entre 1948 et 1958,⁸⁶ de la forte dévaluation d'une automobile au cours de la première année d'usage,⁸⁷ de l'inflation,⁸⁸ de la récession⁸⁹ et du rendement des placements à long terme.⁹⁰ Une cour d'appel a toutefois refusé les opinions personnelles du juge de première instance sur la stabilité économique, dans un recours en dommages pour congédiement injustifié, car il s'agissait de faits qui n'étaient ni notoires, ni indiscutables, ni facilement vérifiables.⁹¹ Enfin, on a pris connaissance d'office du sens que le dictionnaire attribue à certains termes pour établir que les termes utilisés en preuve avaient le même sens que ceux de l'acte d'accusation.⁹²

b) *Faits généraux de connaissance spécialisée*

On ne s'attend pas à ce que nos tribunaux prennent connaissance d'office de faits généraux appartenant normalement aux connaissances de spécialistes en la matière traitée. On trouve pourtant dans la jurisprudence deux exceptions: les connaissances acquises par le juge dans l'exercice de sa juridiction pénale et dans sa pratique antérieure de la profession d'avocat.

La doctrine accepte que le juge de juridiction pénale utilise l'expérience qu'il tire des procès qu'il entend, sans toutefois franchir la frontière des faits particuliers du litige. Il peut, par exemple, tirer profit des nombreux témoignages d'experts qu'il a entendus sur l'alcootest⁹³

⁸² *Campbell v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 85, à la p. 93.

⁸³ *Mallios v. R.* (1978), 42 C.C.C. (2d) 441 (S.C. Qué.).

⁸⁴ *R. v. Dubrulle* (1978), 14 A.R. 554 (Alta. Dist. Ct.).

⁸⁵ *R. v. Laurie* (1982), 104 A.P.R. 283 (Nfld. T.D.).

⁸⁶ *Southern Canada Power c. Conserverie de Napierville*, [1967] B.R. 907, à la p. 916.

⁸⁷ *Youssef v. Gilker* (1980), 80 A.P.R. 383 (N.B.Q.B.).

⁸⁸ *Commission scolaire du Sault Saint-Louis c. Conseil scolaire de l'île de Montréal*, [1978] C.S. 223; *Kinnon's Estate v. Traynor* (1982), 46 A.R. 75 (Alta. Q.B.).

⁸⁹ *Meyer v. Cronkhite* (1983), 121 A.P.R. 439 (N.B.Q.B.).

⁹⁰ *Daoust c. Bérubé*, *supra*, note 5.

⁹¹ *Puila v. Occupational Training Center* (1983), 127 A.P.R. 283 (P.E.I.C.A.).

⁹² *R. v. Quinn* (1976), 27 C.C.C. (2d) 543 (Alta. T.D.).

⁹³ *R. v. Walters* (1975), 26 C.C.C. (2d) 56 (N.S.C.A.); *R. c. Crête*, J.E. 78-132 (C.A. Qué.); *R. v. Oliver* (1972), 9 C.C.C. (2d) 526 (N.S.Co.Ct.).

ou sur le radar routier⁹⁴ pour prendre connaissance d'office de leurs principes de fonctionnement. Il ne peut pas, toutefois, reconnaître d'office comme expert dans un litige une personne parce qu'il l'a reconnue plusieurs fois dans d'autres litiges.⁹⁵ Par ailleurs, un tribunal a déclaré qu'il avait connaissance d'office de l'existence du radar, mais non du fonctionnement de l'appareil en cause: il fallait prouver son exactitude par une preuve de calibrage récent.⁹⁶ En matière de drogue, on a pris connaissance du fait que l'héroïne crée une dépendance difficile à éliminer,⁹⁷ que l'héroïne consommée au Canada provient du pavot plutôt que d'une source chimique,⁹⁸ que balances, sacs de plastique et fortes sommes d'argent constituent l'équipement habituel des trafiquants de drogue.⁹⁹ On a pourtant refusé de prendre connaissance d'office du fait qu'il est particulièrement dangereux de faire consommer de la cocaïne à un mineur qui consomme habituellement du cannabis.¹⁰⁰ Un tribunal se réfère à sa connaissance acquise des opérations du crime organisé pour fixer une sentence,¹⁰¹ alors qu'un autre refuse de prendre connaissance d'office du mode d'opération d'un voleur à l'étalage.¹⁰²

Dans les litiges civils, on trouve des juges qui se réfèrent à leur expérience antérieure d'avocat pour prendre connaissance d'office de l'usage de vérifier les titres pour la protection du client dans la pratique des avocats spécialisés en droit immobilier¹⁰³ ou de la pratique en matière de règlement de succession en Nouvelle-Écosse.¹⁰⁴

c) *Limites*

Au-delà de ces deux exceptions, les juges semblent refuser de prendre connaissance d'office de faits qui se rattachent à des champs d'expertise qui leur sont souvent étrangers, comme les tables de distance d'arrêt pour automobiles en mouvement.¹⁰⁵ La Cour suprême a refusé de prendre connaissance d'office du fait qu'il y a ou qu'il n'y a pas de grille de protection sur les hache-viande en usage dans les boucheries.¹⁰⁶

⁹⁴ Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, note 10, p. 118.

⁹⁵ Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 375, no 474.

⁹⁶ *Ville de Joliette c. Forest*, J.E. 85-206 (C.S.).

⁹⁷ *R. v. Litke* (1976), 34 C.R.N.S. 397 (B.C.S.C.).

⁹⁸ *R. v. Rourke* (1980), 54 C.C.C. (2d) 225 (B.C.C.A.).

⁹⁹ *R. v. Santangelo* (1981), 9 Man. R. (2d) 370 (Man. Co. Ct.).

¹⁰⁰ *In re: Legrand c. R.*, [1982] C.S. 767.

¹⁰¹ *Jargour c. R.*, [1965] B.R. 639, à la p. 641.

¹⁰² *R. v. White* (1980), 67 A.P.R. 319 (N.S. Co. Ct.).

¹⁰³ *Moretta v. Western Computer Investment Corp.*, (1982) 27 R.P.R. 11 (Alta. Q.B.).

¹⁰⁴ *Marchand v. Marchand* (1979), 64 A.P.R. 264 (N.S.T.D.).

¹⁰⁵ *Vaillancourt c. Perreault*, [1966] B.R. 111.

¹⁰⁶ *Gagné c. St-Régis*, [1973] R.C.S. 814.

Un tribunal, au Québec, a approuvé un arbitre de griefs qui a refusé de prendre connaissance d'office que la pratique du nudisme offense les principes de la morale catholique, dans un grief où un enseignant se plaignait d'avoir été congédié après que son employeur, une institution d'enseignement catholique, eut découvert qu'il se livrait à cette pratique.¹⁰⁷ À cet égard, le juge qui prend connaissance d'office du mécanisme de la fermentation des boissons alcooliques de fabrication domestique semble prendre une initiative isolée.¹⁰⁸

Il semble clair, enfin, que les faits particuliers du litige ne font pas partie du domaine de la connaissance d'office. Le tribunal refuse de reconnaître le fait qu'un office de mise-en-marché effectue des prélèvements qui excèdent ceux qui sont nécessaires à l'exercice de ses fonctions.¹⁰⁹

On semble parfois confondre connaissance d'office et présomption de faits.¹¹⁰ Lorsque le juge tire une conclusion logique de certains faits prouvés, il ne prend pas connaissance d'office de sa conclusion. Il apprécie les éléments de preuve de manière à en tirer une présomption de faits. Les notions sont voisines dans la mesure où l'on considère que le juge, en faisant cette opération intellectuelle, puise dans ses connaissances personnelles, comme les principes élémentaires de la logique. Mais la ressemblance s'arrête là. La présomption de faits est un procédé de preuve qui se fonde sur des faits prouvés, alors que la connaissance d'office est un substitut à la preuve fondé sur des faits extérieurs au procès.

(ii) *Recherche de critères*

L'intervention législative pour déterminer le domaine de la connaissance d'office pose inévitablement le problème de la formulation de critères. L'Office de révision du Code civil propose: "tout fait dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable."¹¹¹ Le Projet de loi S-33 propose la formulation suivante:¹¹²

— les faits dont la notoriété est telle qu'ils ne sauraient normalement être mis en question;

— les faits dont il est possible d'établir facilement l'exactitude en recourant à des sources dont la fiabilité ne saurait normalement être mise en question.

Le premier critère semble faire l'unanimité. L'idée de lier le caractère incontestable du fait à sa notoriété paraît avoir été inspirée par Mor-

¹⁰⁷ *Commission scolaire Chomedey de Laval c. Sylvestre*, J.E. 84-408 (C.S.).

¹⁰⁸ *R. v. Orlias*, [1983] N.W.T.R. 166 (N.W.T.S.C.).

¹⁰⁹ *Prince Edward Island Potato Marketing Board c. H.B. Willis Inc.*, [1952] 2 S.C.R. 392, à la p. 401.

¹¹⁰ *X. c. Mellen*, [1957] B.R. 389, à la p. 398; *Casgrain c. Héritiers Minotti*, *supra*, note 5, à la p. 106; *Minister of Social Services v. Mac D.* (1981), 123 A.P.R. 361 (N.S.F.C.).

¹¹¹ Voir Annexe III, art. 8, *infra*, p. 489.

¹¹² Voir Annexe II, art. 19, *infra*, p. 487.

gan.¹¹³ Cette idée nous semble critiquable. L'histoire nous montre qu'en certaines occasions la croyance commune était fondée sur l'erreur commune. Il était notoire, à certaines époques, que la terre était plate, que le soleil tournait autour de la terre ou que la masturbation nuisait à la santé. Il répugne que le droit érige en principe que la notoriété est un gage de véracité. Il paraît préférable d'adopter le double critère du fait "notoire et raisonnablement incontestable". Enfin, il ne semble pas indispensable de préciser que cette notoriété n'a pas à être universelle. La jurisprudence a bien établi que l'aire géographique de la notoriété pouvait varier selon le fait dont il s'agit et avoir parfois un caractère local.

Le second critère semble également jouir d'une large reconnaissance.¹¹⁴ Il paraît avoir été inspiré par Lord Sumner.¹¹⁵ On y a vu le principe de croissance de la théorie de la connaissance d'office.¹¹⁶ Le développement accéléré de la science ne cesse de faire accroître le domaine de faits nouveaux qui deviennent rapidement notoires et incontestables à cause de leur diffusion dans des publications dont la fiabilité ne saurait être mise en doute. Cet optimisme doit être tempéré. La connaissance d'office ne doit pas donner accès au juge à la masse des publications scientifiques spécialisées. Les scientifiques reconnaissent eux-mêmes avec modestie qu'une théorie est acceptée en science tant qu'elle n'a pas été réfutée, et non pas en raison du fait qu'elle a été démontrée. Les faits scientifiques qui sont du domaine de la connaissance d'office sont ceux qui ont subi l'épreuve du temps, qui sont sortis du domaine de la controverse et qui sont suffisamment accessibles au lecteur instruit, mais dépourvu de formation scientifique spécifique, pour être publiés dans un ouvrage de type encyclopédique. On pourrait peut-être considérer que la publication d'un fait dans les dictionnaires ou les encyclopédies dont la fiabilité est reconnue constitue une manifestation de sa notoriété et de son caractère incontestable. À la rigueur, la concordance de deux de ces sources devrait persuader du caractère incontestable du fait. Une telle interprétation permettrait de faire l'économie d'un deuxième critère législativement explicité. Il est clair toutefois que, explicité ou non, ce critère doit être reconnu. Il est conforme à la pratique de nos tribunaux. Ainsi, pour déterminer que la ville de Montréal était située au sud du 60e parallèle de latitude nord, le juge a certainement vérifié ce fait dans un atlas reconnu.¹¹⁷ Dans une affaire de déguerpissement d'un locataire à cause de l'envahissement de son logement par des blattes, le juge a eu recours

¹¹³ Morgan, *loc. cit.*, note 17, aux pp. 271, 291; Flanz, *loc. cit.*, note 15, à la p. 476; Cross, *op. cit.*, note 15, p. 63.

¹¹⁴ Cross, *ibid.*; Flanz, *ibid.*; Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 374, nos 472, 477, 479; Sopinka and Lederman, *op. cit.*, *supra*, note 9, p. 357.

¹¹⁵ *Commonwealth Shipping Representative v. Paul O. Branch Services*, *supra*, note 16, à la p. 212.

¹¹⁶ Schiff, *loc. cit.*, note 3, à la p. 349.

à des sources encyclopédiques pour déterminer que les blattes sont des insectes répugnants, mais n'a pas voulu prendre connaissance d'office du fait qu'elles sont nuisibles à la santé, ses sources indiquant plutôt le contraire.¹¹⁸

Seuls les faits d'ordre général sont candidats à la connaissance d'office: les faits particuliers à l'espèce doivent être prouvés. Le premier critère retenu est peut-être clair là-dessus, mais il serait préférable que cette précision y soit ajoutée. Il pourra, en effet, arriver qu'un fait particulier soit notoire et incontestable, comme par exemple l'assassinat d'un homme politique sous l'oeil d'une caméra de télévision qui retransmet le fait à des millions de spectateurs. Dans le procès de l'assassin, l'agression ne serait pas connue d'office: elle devrait être prouvée. Le critère devrait se lire comme suit: "tout fait d'ordre général qui est notoire et raisonnablement incontestable."

Comment enfin évaluer au regard des textes proposés par les agents de réforme la jurisprudence où des juges exploitent leur expérience de magistrat ou d'ancien praticien du droit? C'est surtout en droit pénal que les juges semblent enclins à dispenser une partie de prouver des faits qui ont été prouvés si souvent devant eux qu'ils sont devenus incontestables à leurs yeux, comme le fonctionnement du radar routier ou de l'alcootest. Deux solutions paraissent possibles. La première consiste à interpréter le critère de la notoriété de façon très relative, en disant qu'il suffit ici que le fait soit notoire parmi les personnes familières avec le processus pénal. On touche là à une limite délicate. De toute manière il faut, à notre avis, situer hors limite de la connaissance d'office l'utilisation que le juge serait tenté de faire de ses réminiscences de l'exercice de la profession d'avocat. Voilà un cas où la pratique professionnelle devrait être objet de preuve.

(iii) *Les faits pré-normatifs*

Davies a introduit, dans la problématique de la connaissance d'office, une distinction célèbre entre "adjudicative facts"¹¹⁹ et "legislative facts". Les premiers désignent les faits nécessaires à l'application de la norme au cas particulier dont le juge est saisi, alors que les seconds sont nécessaires à l'interprétation de la norme ou au contrôle de sa légalité ou de sa constitutionnalité. L'expression "legislative facts" n'est pas facile à traduire, car ses termes sont en contradiction. On a proposé "faits découlants de l'interprétation judiciaire"¹²⁰ et "faits interprétatifs".¹²¹

¹¹⁷ *Mallios c. R.* (1978), 42 C.C.C. (2d) 441 (S.C. Qué.).

¹¹⁸ *Bailey c. Diramio*, Cour provinciale (Montréal) no 500-02-004351-859, 21 nov. 1985, pp. 8 et ss.

¹¹⁹ K.C. Davies, *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process* (1942), 55 Harv. L. Rev. 364.

¹²⁰ Rapport du groupe de travail, *op. cit.*, note 11, p. 51.

nous préférons "faits pré-normatifs". La Cour suprême du Canada a fait un usage abondant de la connaissance d'office de certains faits pour déterminer la constitutionnalité des lois ou pour éclairer leur interprétation.¹²² Le juge Fauteux écrivait:¹²³

Il est à peine nécessaire de rappeler que, suivant la jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé, il n'est pas toujours suffisant, pour déceler la nature et le caractère d'une loi dont la constitutionnalité est attaquée, de s'arrêter à la détermination de son effet légal, mais qu'il faut souvent rechercher dans le texte de la loi, dans son historique, dans les faits établis au dossier ou ceux tenus comme étant généralement de la connaissance judiciaire, s'il n'est pas de raisons de supposer que l'effet légal n'établit pas véritablement la nature, le but et l'objet de la loi.

La Commission de réforme du droit propose une disposition expresse relative à la connaissance d'office des faits pré-normatifs, tout en la rendant facultative.¹²⁴

On peut prendre connaissance d'office de tout fait dans la détermination de la loi ou de la validité constitutionnelle d'un statut.

Cette voie n'a été suivie ni par le Projet de Code civil ni par le Projet de loi S-33 qui demeurent silencieux sur la question.¹²⁵ Tout en reconnaissant et en approuvant cette pratique, les auteurs ne croient pas nécessaire de la réglementer par voie législative.¹²⁶ Ces faits, dit-on, relèvent du raisonnement juridique. Mais surtout, ces faits ne sont parfois ni notoires ni incontestables. Ils expriment l'opinion que le juge se fait de la réalité, des facteurs sociaux qui expliquent l'adoption de la loi ou de l'injustice que le législateur voulait apparemment corriger en adoptant la loi. De telles opinions sont tout à fait légitimes chez les juges: elles sont inhérentes à la politique judiciaire. Elles s'alimentent à la formation professionnelle et scientifique du juge, à ses lectures, à sa culture, à ses observations des faits sociaux. Il n'y a pas lieu, à notre avis, de réglementer cet aspect de l'activité du juge. Il suffit de considérer que les erreurs du juge dans la détermination et l'évaluation des faits pré-normatifs constituent une question de droit qui est certainement soumise à la révi-

¹²¹ Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 376, no 475.

¹²² *In the Matter of a Reference to the Validity of the Wartime Leasehold Regulations*, [1950] S.C.R. 124, aux pp. 127, 128; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 299; *O'Grady c. Sparling*, [1960] S.C.R. 804, aux pp. 817, 818; *Klippert c. R.*, [1967] S.C.R. 822, à la p. 831; *Procureur général du Manitoba c. Manioba Egg and Poultry Association*, [1971] S.C.R. 689, à la p. 705. Voir aussi: *Reader's Digest Association (Canada) Ltd. c. Procureur général du Canada*, [1961] B.R. 118, à la p. 123.

¹²³ *Harry Birks & Sons (Montréal) Ltd. c. City of Montreal*, [1955] R.C.S. 779, à la p. 802.

¹²⁴ Commission de réforme du droit au Canada, *op. cit.*, note 10, p. 119; voir Annexe I, art. 83(3), *infra*, p. 486.

¹²⁵ Voir Annexes III et II, *infra*, p. 487-489.

¹²⁶ Rapport du groupe de travail, *op. cit.*, note 11, pp. 53-54; Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 376, no 475; Flanz, *loc. cit.*, note 15, à la p. 480.

sion d'une cour d'appel, le cas échéant. En outre, les faits pré-normatifs peuvent être objets de preuve.

(2) *Caractère obligatoire de la connaissance d'office*

La connaissance d'office impose-t-elle au juge un devoir ou se limite-t-elle à lui donner un pouvoir? Les agents de réforme proposent des solutions divergentes à cette question.

Le Projet de Code civil fait de la connaissance d'office un devoir du juge. Le droit étranger fait exception: "le tribunal n'est pas tenu de prendre connaissance d'office du droit d'un État étranger. Il peut en prendre connaissance pourvu qu'il ait été allégué."¹²⁷

La Commission de réforme du droit du Canada propose un système complexe de devoirs et de pouvoirs. Il y a devoir de connaître le droit constitutionnel, la législation fédérale et provinciale, le droit international s'appliquant au Canada, le contenu des journaux officiels et les faits notoires et incontestables. Il y a simple pouvoir dans le cas des textes réglementaires, du droit étranger, des faits notoires mais de nature locale, des faits facilement vérifiables à des sources sûres et enfin des faits nécessaires à la détermination de la validité ou de la constitutionnalité d'une loi. Le pouvoir se transforme en devoir lorsqu'un partie demande au juge de prendre connaissance d'office des faits notoires de nature locale et des faits vérifiables à des sources sûres, ainsi que des textes réglementaires et du droit étranger.¹²⁸

Jugeant ce modèle trop complexe, la Conférence canadienne de l'uniformisation propose de faire de la connaissance du droit un devoir et de la connaissance des faits un pouvoir.¹²⁹ Le Projet de loi S-33 reflète cette approche.¹³⁰

La question est compliquée par le sens qu'il convient de donner au mot "pouvoir". S'agit-il d'une pure discrétion du juge de première instance qui est à l'abri de toute révision en appel, ou s'agit-il d'un pouvoir qui doit obligatoirement être exercé lorsque le juge se trouve dans les conditions prévues pour son exercice? La Cour d'appel du Québec a tranché dans ce dernier sens, dans l'interprétation de l'article 292 du Code de procédure civile, qui édicte ce qui suit:

En tout temps avant jugement, le juge qui préside le tribunal peut signaler aux parties quelque lacune dans la preuve ou dans la procédure, et leur permettre de la combler aux conditions qu'il détermine.

¹²⁷ Voir Annexe III, art. 10, *infra*, p. 489.

¹²⁸ Voir Annexe I, *infra*, p. 486.

¹²⁹ Rapport du groupe de travail, *op. cit.*, note 11, p. 51.

¹³⁰ Voir Annexe II, *infra*, p. 487.

Ainsi, en vertu de cet article, le juge a le devoir de signaler à une partie une lacune dans sa preuve lorsqu'une telle lacune se manifeste.¹³¹ On peut penser qu'un texte de loi qui confère au juge le pouvoir de prendre connaissance d'office de certains faits serait interprété, par analogie avec cette jurisprudence, comme constitutif d'un devoir en droit civil québécois.

Dans l'état actuel du droit, la connaissance d'office est considérée comme un devoir.¹³² Une cour d'appel a fait reproche à un juge de première instance d'avoir refusé de prendre connaissance d'office du fait que le mouflon entre dans la catégorie du gros gibier. Il lui aurait suffi de consulter un dictionnaire ou une encyclopédie pour s'en assurer.¹³³ Il semblerait sage de maintenir cette règle. Elle est en accord avec une interprétation heureuse de l'article 292 du Code de procédure civile. Elle est un gage de sécurité pour les plaideurs, puisque le comportement du juge devient ainsi parfaitement prévisible. Elle soumet la connaissance d'office au contrôle des instances d'appel.

Le Projet de loi S-33 croit utile de préciser qu'une décision d'admission d'office est une question de droit susceptible d'appel.¹³⁴ Cette précision, dans la mesure où elle est nécessaire, reflète l'état actuel du droit.¹³⁵ Une cour d'appel peut casser la décision d'un juge de première instance qui a pris connaissance d'office d'un fait qui ne s'y prêtait pas. Ainsi, en Angleterre, on a jugé que le juge de première instance avait pris connaissance d'office à tort du fait qu'il était impossible de commettre l'adultère dans un taxi anglais, l'espace y étant trop exigü.¹³⁶ Une cour d'appel peut inversement prendre connaissance d'office pour la première fois d'un fait que le juge de première instance a déclaré ne pas connaître.¹³⁷

(3) Effets de la connaissance d'office

Le problème des effets de la connaissance d'office est complexe et controversé. On peut le diviser en trois questions. La connaissance d'office crée-t-elle une présomption absolue de véracité ou une présomption simple qui admet la preuve du contraire? Lorsqu'un fait appartient au domaine de la connaissance d'office, est-il interdit à une partie d'en faire la preuve? Sinon, le juge est-il lié par la preuve d'un fait du domaine de sa connaissance d'office?

¹³¹ *Girard c. Gariépy*, [1975] C.A. 706; *Obadia c. Construction P.P.L. Inc.*, [1981] C.S. 309.

¹³² Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 380, no 481; Schiff, *loc. cit.*, note 3, à la p. 354.

¹³³ *R. v. Quinn*, *supra*, note 92.

¹³⁴ Voir Annexe II, art. 21, *infra*, p. 487.

¹³⁵ Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 380, no 481; Schiff, *loc. cit.*, note 3, à la p. 354.

¹³⁶ *Yuill v. Yuill*, [1945] 1 All E.R. 183 (C.A.).

¹³⁷ *R. v. Quinn*, *supra*, note 92.

(a) *Recevabilité de la preuve contraire*

Dans l'état actuel du droit, une partie peut-elle contredire un fait dont le juge a pris connaissance d'office? En droit québécois, la réponse nous semble claire: la connaissance d'office peut être contredite comme tout autre mode de conviction. En vertu de l'article 1239 du Code civil, seule une disposition expresse de la loi peut créer une présomption légale absolue interdisant la preuve contraire. Les présomptions absolues sont peu nombreuses: outre les cas de l'article 1240, il y a l'autorité de la chose jugée à l'article 1241 et le contrat de transaction à l'article 1920. Ce sont des cas exceptionnels où le législateur fait prévaloir l'ordre public sur la recherche de la vérité. L'effet de la présomption absolue est si radical qu'il ne peut qu'être l'oeuvre du législateur. Une présomption absolue ne pourrait pas être créée par voie jurisprudentielle. L'article 1242 édicte que les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont abandonnées à la discrétion et au jugement du tribunal. C'est un cas où le Code est clair, de sorte qu'il n'y a pas lieu de rechercher une solution dans le droit supplétif.

En *common law*, la question est controversée. Certains auteurs croient qu'elle interdit la preuve contraire.¹³⁸ L'opinion prépondérante nous semble favoriser plutôt la thèse de la preuve *prima facie* qui n'interdit pas la preuve contraire au fait connu d'office. Wigmore écrivait:¹³⁹

That a matter is judicially noticed means merely it is taken as true without the offering of evidence by the party who should ordinarily have done so. This is because the court *assumes* that the matter is so notorious that it will not be disputed. But the opponent is not prevented from disputing the matter by evidence.

Le poids de la jurisprudence semble aller dans le même sens.¹⁴⁰

Morgan s'est fait le promoteur de la thèse interdisant la preuve contraire au fait connu d'office,¹⁴¹ en la fondant principalement sur l'idée selon laquelle permettre à une personne de contester l'incontestable ou de tenter de faire une preuve à l'encontre du sens commun est incompatible avec le fondement de la connaissance d'office et de nature à déconsidérer la justice. Cette thèse a convaincu plusieurs auteurs canadiens,¹⁴² la Commission de réforme du droit du Canada¹⁴³ et le Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve.

¹³⁸ Cross, *op. cit.*, note 15, p. 68; Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 354.

¹³⁹ Wigmore, *op. cit.*, note 15, no 2567, p. 535; Flanz, *loc. cit.*, note 15, à la p. 477; Sopinka and Lederman, *op. cit.*, note 9, p. 364.

¹⁴⁰ *Preston-Jones v. Preston-Jones*, [1951] A.C. 391, à la p. 400 (H.L.); Schiff, *loc. cit.*, note 3, aux pp. 351-354.

¹⁴¹ Morgan, *loc. cit.*, note 17, à la p. 291.

¹⁴² Sopinka and Lederman, *op. cit.*, note 9, p. 364; Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 383, no 484; Schiff, *loc. cit.*, note 3, à la p. 352.

¹⁴³ Commission de réforme du droit au Canada, *op. cit.*, note 10, p. 121.

Il est important de noter que la Conférence canadienne de l'uniformisation des lois n'a pas accepté intégralement la recommandation de son Groupe de travail sur ce point, recommandation qui se lisait comme suit:¹⁴⁴

Le groupe de travail recommande à l'unanimité que l'élément admis d'office par le juge soit réputé prouvé de façon irréfutable, sous réserve seulement que la décision de prendre connaissance d'office soit susceptible d'appel pour savoir si elle est justifiée.

La Conférence canadienne a disposé de la recommandation de son Groupe de travail dans les termes suivants:¹⁴⁵

Adoptée après modification du début de la phrase qui devient: "qu'il soit dispensé de prouver l'élément admis d'office par le juge, sous réserve. . ."

Cette modification permettrait au juge de revenir sur sa décision d'admettre d'office, s'il s'aperçoit qu'il s'est trompé.

La décision de la Conférence canadienne n'a pas été fidèlement traduite dans la Loi uniforme sur la preuve que la Conférence a fait rédiger pour mettre ses recommandations sous forme législative et pour en proposer le texte aux gouvernements à titre de modèle. Le rédacteur de la Loi uniforme a écarté la décision de la Conférence voulant que l'effet de la connaissance d'office d'un fait soit de dispenser une partie de le prouver plutôt que d'en faire un fait réputé prouvé de façon irréfutable. Par contre, le rédacteur a traduit en termes législatifs le motif que la Conférence invoquait à l'appui de sa décision. Le texte de Loi uniforme se lit comme suit:¹⁴⁶

Art. 21. Un élément dont le tribunal a pris d'office connaissance est réputé prouvé de façon irréfutable.

Toutefois, le tribunal peut revenir sur sa décision s'il estime que la prise de connaissance d'office est fondée sur une erreur de fait.

La décision de prendre d'office connaissance d'un élément est une question de droit susceptible d'appel.

Le résultat est étonnant. Le premier alinéa exprime une règle de présomption absolue, alors que le deuxième alinéa exprime le motif pour lequel la Conférence a décidé d'adopter le contraire de la règle du premier alinéa.

Le Gouvernement fédéral, dans son Projet de loi S-33, a inclus une disposition qui reproduit presque intégralement l'article 21 de la Loi uniforme.¹⁴⁷ On ne saurait dire si l'erreur du rédacteur de la Loi uniforme est passée inaperçue ou si le Gouvernement fédéral a préféré suivre

¹⁴⁴ Rapport du groupe de travail, *op. cit.*, note 11, pp. 50 et 64, recommandation 4.8(a).

¹⁴⁵ *Ibid.*, Décisions de la conférence, p. 563, no 4.8(a).

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 628.

¹⁴⁷ Voir Annexe II, art. 21, *infra*, p. 488.

l'avis de sa Commission de réforme du droit. Quoi qu'il en soit, il est à craindre que le mouvement se poursuive et que les provinces se mettent à leur tour à copier les termes de l'article 21 de la Loi uniforme.

À notre avis, l'état actuel du droit civil et de la *common law* sur cette question exprime une profonde sagesse qu'il serait inopportun de modifier. La thèse de Morgan doit, en conséquence, être combattue avec vigueur.

Un premier argument au soutien de la thèse de Morgan repose sur le fondement pragmatique de la connaissance d'office: économiser le temps du tribunal. Il y a indéniablement dans ce fondement une préoccupation pour l'intérêt public. Nous croyons toutefois que le droit d'une partie à une audition libre et entière ne doit pas être sacrifié à l'économie de temps et à la recherche de la plus grande efficacité. Ce dernier objectif peut facilement être réalisé par d'autres moyens, qui ne créent pas de conflit de valeurs, notamment par une sanction affectant les dépens. Lorsque, de l'avis du juge, une partie présente une preuve futile, en contradiction avec un fait notoire et incontestable, il peut intervenir pour en avertir son procureur. Si ce dernier persiste dans sa futilité, le tribunal peut en tenir compte dans l'adjudication des dépens.

Un second argument soutenant la thèse de Morgan en est un de pure logique. Si, par définition, le fait de connaissance d'office est notoire et incontestable, il répugne à la logique d'accepter qu'il puisse être contesté. Il y aurait contradiction des termes. Nous croyons que c'est l'argument qui a le plus influencé les partisans de cette thèse. Quel juriste aimerait être pris en flagrant délit d'erreur logique? Or, il s'agit d'un sophisme. La définition adoptée comme prémisse ne correspond pas à l'état actuel du droit ou à une vision réaliste du comportement judiciaire. Le raisonnement tiendrait si le fait connu d'office était toujours absolument incontestable. Tel n'est pas le cas. Le juge n'a aucun moyen de vérifier le caractère absolument incontestable d'un fait. Il n'a pas de preuve à cet effet. Le débat contradictoire entre les parties sur l'opportunité de prendre connaissance d'office d'un fait n'a pas toujours lieu. Même lorsqu'il a lieu, il s'agit d'éléments de preuve normalement irrecevables et d'argumentation qui ne peuvent garantir une conclusion d'incontestabilité absolue. Comme nous sommes en matière civile, le juge n'a pas à être convaincu au-delà du doute raisonnable: il lui suffit de reconnaître une prépondérance de probabilité en faveur du caractère incontestable d'un fait pour en prendre connaissance d'office. Compte tenu des méthodes dont il dispose, le juge peut déterminer qu'un fait est raisonnablement incontestable: il ne lui est pas possible de dire qu'il l'est absolument. La décision du juge exprime son opinion personnelle sur l'incontestabilité d'un fait, fondée sur son expérience personnelle, avec ou sans l'assistance des procureurs.

La définition du fait connu d'office doit, en conséquence, être corrigée: il s'agit non pas d'un fait absolument incontestable, mais d'un fait qui, de l'avis du juge, est relativement incontestable. Il n'y a rien d'illogique à dire qu'il est permis de contester un fait qui n'est que relativement incontestable. Les faits absolument incontestables ne devraient exister que par décision du législateur. Ce dernier en a créé quelques-uns, avec prudence, sous forme de présomption absolue. Il ferait une grave erreur en investissant le juge du pouvoir de décréter des vérités absolues. Le législateur a accordé une telle autorité à la chose jugée, c'est-à-dire au jugement final rendu entre les parties. Il n'y a aucune raison d'aller plus loin en accordant la même autorité à ce qui n'est dans le procès qu'un incident d'ordre secondaire.

Un troisième argument au soutien de la thèse de Morgan est fondé sur le discrédit de la justice qu'engendrerait le fait que l'on tolère une preuve à l'encontre de l'expérience commune de toutes les personnes raisonnables. Disons d'abord que le risque est mince au niveau du résultat. Il est de l'essence de la connaissance d'office que le juge ne soit pas lié par la preuve d'un fait qui appartient à son domaine. Le juge aura donc toujours le loisir d'apprécier la preuve à la lumière de ce qu'il connaît d'office. Son jugement pourra alors faire triompher le sens commun et la raison. Ensuite, si l'on craint l'atteinte à l'image de la justice, en raison non pas de son produit mais de son processus, on doit admettre que le risque d'atteinte est plus grand si l'on bâillonne une partie que si on la laisse présenter une preuve qui contredit un fait du domaine de la connaissance d'office.

Enfin, l'hypothèse de l'erreur du juge dans l'exercice de la connaissance d'office est indéniable. Rien dans les règles de procédure actuelles ou proposées ne nous garantit contre l'erreur du juge. La justice risque de se couvrir de ridicule en attachant une présomption légale absolue de vérité à des propositions discutables. La jurisprudence témoigne de tels égarements. Dans une affaire de divorce, un juge a pris connaissance d'office du fait qu'il était impossible de pratiquer l'adultère dans l'espace exigü d'un taxi anglais.¹⁴⁸ Dans une autre affaire de même nature, un juge a cru le témoignage d'une femme qui déclarait ne pas avoir eu de relations sexuelles lors d'une rencontre suspecte avec un homme en raison du fait qu'elle était menstruée, en prenant connaissance d'office du fait que les gens civilisés ne se livrent pas à de telles pratiques pendant les menstruations de la femme.¹⁴⁹ Le fait que, dans les deux cas, une cour d'appel soit intervenue pour rétablir le bon sens serait une consolation tout à fait inadéquate si la loi avait attaché à de telles propositions la valeur de vérité absolue, ne fut-ce que pour un temps

¹⁴⁸ *Yuill v. Yuill*, *supra*, note 136.

¹⁴⁹ *Foster v. Foster*, [1955] 4 D.L.R. 710 (Ont. C.A.).

limité, et si en raison de cette présomption les juges de première instance avaient empêché la présentation d'une preuve contraire.

On peut ajouter au débat un argument d'ordre procédural. La thèse de Morgan conduit logiquement à l'irrévocabilité du jugement interlocutoire par lequel le juge décide de prendre connaissance d'office d'un fait donné. En effet, si le juge déclare qu'un fait est incontestable et que la loi donne à ce jugement valeur de présomption absolue de vérité, cette présomption devrait s'appliquer même au juge. Ce dernier ne devrait plus pouvoir justifier un jugement final contraire par la découverte de motifs de contestation.

L'article 21 du Projet de loi S-33 pêche contre cette logique en adoptant la thèse de Morgan, tout en voulant permettre au juge de changer d'idée en cas d'erreur.¹⁵⁰ Il devrait se limiter à énoncer que la connaissance d'office crée une présomption absolue de vérité, et abandonner l'idée de permettre au juge de modifier son jugement interlocutoire. Quoique logique, cette dernière solution serait embarrassante sur le plan procédural. Les jugements interlocutoires sont en principe modifiables par jugement final. On devrait hésiter à faire exception pour la connaissance d'office. L'expérience enseigne que les risques d'erreur sont plus élevés en cours de procès qu'au moment du jugement final, où le juge dispose de l'information complète et du recul nécessaire à une bonne décision. La Conférence canadienne de l'uniformisation a, sans doute, été sensible à ce facteur lorsqu'elle a décidé de permettre au juge de corriger son jugement interlocutoire en cours de procès ou par jugement final.¹⁵¹ Pour pouvoir donner une telle latitude au juge, il faut délaissier la thèse de Morgan et voir dans la connaissance d'office une présomption relative qui admet la preuve du contraire et dont l'effet véritable est simplement de dispenser une partie de prouver un élément qu'elle aurait, autrement, eu le fardeau de prouver. C'était d'ailleurs le sens de la décision de la Conférence. Cette solution s'avère particulièrement heureuse en cas d'erreur. Si on a permis à une partie de produire sa preuve à l'encontre du fait que le juge déclare connaître d'office, cette preuve est au dossier lorsque le juge de première instance, ou la cour d'appel, décident que le juge n'a pas connaissance d'office du fait et qu'il doit rendre jugement selon la preuve. On évite ainsi la réouverture de l'enquête. La correction de l'erreur s'en trouve d'autant plus facilitée.

Enfin, la thèse de Morgan prête le flanc à une dernière critique. Elle conduit à exclure du domaine de la preuve tous les faits qui sont du domaine de la connaissance d'office. Cette solution ne correspond pas à l'état actuel du droit et ne paraît pas souhaitable, comme nous allons maintenant tenter de le démontrer.

¹⁵⁰ Voir Annexe II, art. 21, *infra*, p. 488.

(b) *Droit d'une partie de prouver*

La dispense de prouver n'est pas une défense de prouver. Une partie ne saurait s'opposer à un élément de preuve en plaidant qu'il vise à prouver un fait dont le juge peut prendre connaissance d'office. Le juge doit permettre la preuve. Toutefois, s'il s'agit véritablement d'un fait du domaine de la connaissance d'office, il ne sera pas lié par la preuve et pourra l'apprécier en toute liberté, en tenant compte de sa propre connaissance.

La jurisprudence permet de croire que, dans l'esprit des juges, un fait peut tout aussi bien être l'objet d'une preuve que l'objet de la connaissance d'office. De façon typique, un juge écrit:¹⁵²

It may well be that the Court could take judicial notice of the fact that (. . .), but in the case before us there is uncontradicted evidence that, generally speaking, this is so (. . .).

Le principe de la liberté de prouver ce qui est du domaine de la connaissance d'office s'applique non seulement aux faits, mais aussi, à notre avis, au droit. Une partie devrait avoir la liberté de prouver que la loi que le juge s'apprête à appliquer a été modifiée ou abrogée la veille, ou que le règlement auquel se réfère le juge a été modifié, ou encore quel était l'état de la loi à l'époque des faits du litige. Comme il n'existe pas d'édition officielle du Code civil du Bas-Canada, présentement en vigueur au Québec, une partie peut légitimement faire la preuve que la maison d'édition qui publie le Code que le juge utilise a commis une erreur qu'il convient de rectifier. Il est clair qu'en aucun cas le juge n'est lié par la preuve présentée et qu'il peut toujours conclure dans le sens de sa propre recherche du droit.

On trouve un appui législatif indirect à cette solution. L'article 1207 du Code civil indique de quelle manière une loi ou un règlement peuvent être prouvés. L'article 19 de la Loi sur la preuve au Canada¹⁵³ et l'article 23 de la Loi sur les textes réglementaires¹⁵⁴ fournissent le même type d'indication en droit fédéral. Pour que ces dispositions ne soient pas dépourvues de tout effet, il faut admettre que le législateur les a énoncées afin que la preuve des lois et des règlements puisse être faite, au besoin, devant les tribunaux. Donner à la connaissance d'office l'effet absolu d'interdire toute preuve de la loi priverait ces textes de tout effet, ce qui serait contraire aux règles d'interprétation.

¹⁵¹ Rapport du groupe de travail, *op. cit.*, note 11, p. 563, no 4.8(a).

¹⁵² *Oil, Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] S.C.R. 584, à la p. 598; voir aussi *Readers' Digest Association c. A.G. of Canada*, *supra*, note 122 à la p. 129; *Rister v. Bjerstedt*, [1958] S.C.R. 665, à la p. 668.

¹⁵³ *Supra*, note 24.

¹⁵⁴ *Supra*, note 37.

(c) *Liberté du juge dans l'appréciation de la preuve*

L'effet essentiel de la connaissance d'office consiste donc à libérer le juge des contraintes de la preuve pour tenir compte dans son appréciation des connaissances acquises par ses propres moyens. Si la preuve confirme la connaissance d'office ou si elle est plus persuasive que ce que le juge croyait connaître, le juge peut rendre jugement selon la preuve. Si, au contraire la preuve n'est pas convaincante, si elle est erronée, si elle est contredite par l'expérience commune de toutes les personnes raisonnables, alors le juge peut l'écartier et lui préférer les informations relevant du domaine de sa connaissance d'office. En matière de droit, la connaissance d'office assure ainsi que le juge accorde à tous le bénéfice de règles uniformes, sans risque de variations attribuables au hasard de la preuve. En matière de faits, cette règle assure que le juge ne se prononce pas sur la base de faits fictifs ou de données qui, bien que dûment prouvées, paraîtront si invraisemblables aux gens raisonnables que l'image de la justice risque de s'en trouver déconsidérée. Un tel effet suffit à répondre aux préoccupations de Morgan, sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours, de surcroît, à une règle d'irrecevabilité de la preuve contraire.

Dans une affaire d'évaluation foncière municipale, une cour d'appel a déclaré:¹⁵⁵

Ne peut, en conséquence, être accueillie la proposition de la demanderesse que notre cour est liée par les opinions exprimées par ses experts . . . en matière de coutumes relatives aux évaluations d'immeubles pour le motif qu'étant en soi sérieuses et dépendables, elles n'ont pas été contredites . . .

Elle a préféré prendre d'office connaissance des décisions antérieures des tribunaux sur l'interprétation des termes litigieux. On peut y voir l'indication que le tribunal ne se considère pas prisonnier de la preuve dans les matières couvertes par sa connaissance d'office.

(4) *Cadre procédural*

Présentement, en droit civil québécois, la connaissance d'office se fait de façon informelle. Les décisions rapportées ne révèlent pas quelle procédure a été suivie. On devine que dans la plupart des cas le juge prend connaissance d'office au cours du délibéré, de sa propre initiative, pour combler une lacune de la preuve et éviter ainsi la réouverture de l'enquête. Une partie peut demander au juge, en cours d'enquête, de prendre connaissance d'office d'un fait donné. Si le juge qualifie le problème comme en étant un de preuve plutôt que de procédure, il pourra avoir recours à la *common law* pour connaître les règles qui régissent une telle requête.

¹⁵⁵ *Dominion Engineerings Works Ltd. c. Cité de Lachine*, supra, note 50, aux pp. 625-626.

En *common law*, le juge peut prendre d'office connaissance du droit et des faits notoires et incontestables relevant de l'expérience commune, de façon informelle et sans enquête.¹⁵⁶ C'est ce qu'un auteur appelle la connaissance d'office "implicite".¹⁵⁷ Le juge peut s'y livrer à tout moment. Il n'est pas nécessaire qu'il divulgue son intention, ou qu'il sollicite préalablement les commentaires des parties. Il est permis de demander au juge de prendre explicitement connaissance d'un fait qui relève de sa connaissance implicite. Dans un tel cas, le juge entend la requête de façon contradictoire et en décide par jugement interlocutoire. Il n'y a normalement pas de preuve offerte au soutien d'une telle requête. Certains autres faits sont de connaissance d'office dite "explicite". Ce sont les faits dont le juge doit vérifier la véracité en se référant à des sources documentaires facilement accessibles et d'une indiscutable fiabilité. Selon certains auteurs, ces faits ne devraient pas être admis sans que le juge entende les parties et prenne connaissance des documents qu'elles peuvent vouloir lui soumettre sur la question.¹⁵⁸ Il est difficile de savoir si ces auteurs, en posant cette exigence, décrivent l'état actuel de la *common law* ou plutôt une règle qu'il serait souhaitable d'adopter. Il semble que les cours d'appel ne font pas de réouverture d'enquête lorsqu'elles décident de consulter dictionnaires et encyclopédies pour prendre d'office connaissance d'un fait que le juge de première instance a refusé de connaître.¹⁵⁹

Lorsqu'il y a enquête sur l'opportunité de prendre connaissance d'office d'un fait qui exige la référence à de telles sources, les règles habituelles de recevabilité ne s'appliquent pas. Tout élément de preuve est recevable et soumis à l'appréciation du juge.¹⁶⁰ Cette requête peut être présentée en tout temps. Si la requête est présentée après la clôture de l'enquête, et que le juge décide qu'il n'a pas connaissance du fait en cause, il devrait autoriser la réouverture de l'enquête, afin de permettre à la partie d'en faire la preuve.¹⁶¹

Au plan de la réforme, l'Office de révision du Code civil recommande implicitement de conserver à la connaissance d'office son caractère informel. Le Groupe de travail fédéral-provincial a recommandé à l'unanimité "de ne pas prévoir de disposition légale concernant la procédure à suivre pour déterminer s'il faut ou non admettre d'office."¹⁶² La Conférence canadienne de l'uniformisation a décidé d'adopter cette recommandation en y ajoutant les mots suivants: "mais de prévoir la

¹⁵⁶ Cross, *op. cit.*, note 15, pp. 63-64.

¹⁵⁷ Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 377, no 476.

¹⁵⁸ Fortin, *ibid.*, p. 378, no 477; Cross, *op. cit.*, note 15, pp. 64-66.

¹⁵⁹ *R. v. Quinn, supra*, note 92.

¹⁶⁰ Rapport du groupe de travail, *op. cit.*, note 11, p. 62.

¹⁶¹ Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 378, no 477.

possibilité pour les parties de se faire entendre sur la question de savoir s'il faut ou non admettre d'office."¹⁶³ La Loi uniforme sur la preuve préparée par la Conférence ne reflète pas cette décision. Dans son article 20, elle transforme la "possibilité pour les parties de se faire entendre" en obligation pour le juge d'offrir aux parties d'être entendues. Ceci implique dans tous les cas une procédure formelle et explicite de connaissance d'office qui est contraire à la décision de principe de la Conférence. Le Gouvernement fédéral, dans son Projet de loi S-33, a reproduit intégralement l'article 20 de la Loi uniforme dont le texte anglais est encore plus clair:¹⁶⁴

Art. 20—Before taking judicial notice of any matter, the court shall afford the parties an opportunity to be heard on the question whether judicial notice should be taken.

Cette solution, qui a été retenue dans la législation américaine sous l'influence de Morgan, a été critiquée par Schiff qui la trouve excessive. Selon lui, elle est inutilement lourde et formaliste pour les faits notoires et incontestables au regard de l'expérience commune. Elle pêche contre l'efficacité et le bon sens. Le juge devrait être tenu de déclarer son intention et d'inviter au débat uniquement lorsqu'il craint qu'il y ait controverse sur le fait qu'il cherche à connaître. Si le fait est indiscutable, le juge ne devrait être soumis à aucune procédure formelle pour en prendre d'office connaissance, même s'il a dû se référer à des sources documentaires pour en vérifier l'exactitude. Schiff pense, enfin, que l'on doit laisser au juge le soin de choisir la procédure appropriée, selon les caractéristiques particulières du fait.¹⁶⁵ Une critique semblable a été dirigée contre le Projet de loi S-33. On déplore que le Gouvernement, dans son projet de loi, impose une procédure formaliste pour les faits de connaissance d'office implicite. Cette procédure est absurde quand il s'agit de faits notoires et incontestables au regard de l'expérience commune. Selon la critique, cette procédure devrait être réservée aux faits de connaissance explicite qui requièrent vérification à des sources documentaires.¹⁶⁶

Il paraît tout à fait inopportun d'asservir la connaissance d'office à une procédure obligatoire dans tous les cas. La connaissance d'office devrait demeurer en principe informelle comme elle l'est présentement. Dans la mesure où l'on fait de la connaissance d'office un devoir, il n'y a pas de surprise pour les parties qui savent à quoi s'en tenir. En cas de doute, ces dernières ont toujours le loisir de présenter une preuve ou de

¹⁶² Rapport du groupe de travail, *op. cit.*, note 11, p. 66, recommandation a)a).

¹⁶³ *Ibid.*, p. 564, no 4.8 a)a).

¹⁶⁴ Voir Annexe II, Art. 20, *infra*, p. 488.

¹⁶⁵ Schiff, *loc. cit.*, note 3, à la p. 351.

¹⁶⁶ Fortin, *op. cit.*, note 3, p. 382, no 483.

demander au juge de prendre d'office connaissance du fait. En cas de doute également, le juge peut soumettre aux parties la question de l'opportunité de prendre d'office connaissance d'un fait donné et décider à la lumière de leurs commentaires.

Devrait-il, par exception, exister une catégorie de faits dont la connaissance d'office devrait être soumise à une procédure formelle? On a proposé de retenir comme critère le cas où le juge doit recourir à des sources documentaires.¹⁶⁷ Cette catégorie nous semble trop large. Faut-il que le juge entende obligatoirement les parties pour déterminer s'il peut consulter un almanach pour vérifier le jour de la semaine où a été célébrée la Noël en 1980, ou un atlas pour vérifier si le port de Montréal se trouve bien au sud du 60e parallèle de latitude nord? Les seuls cas où pareille procédure pourrait être indiquée sont ceux où l'opportunité de la connaissance d'office paraît douteuse. Dans de tels cas, la prudence devrait inspirer au juge de s'abstenir ou de demander l'avis des parties avant de décider. Le tout devrait être laissé à la discrétion du juge. Si le juge se trompe, la cour d'appel pourra corriger l'erreur de fond commise par le juge en connaissant d'office ou en s'abstenant. La cour d'appel ne devrait pas intervenir du simple fait que le juge n'a pas invité les parties au débat contradictoire.

La thèse de Morgan dramatise inévitablement la connaissance d'office. Si elle a l'effet d'une présomption absolue interdisant toute preuve contraire, elle mérite qu'on l'entoure d'une procédure très formaliste qui offre aux parties un degré de contrôle élevé sur le processus de sa détermination. Si, au contraire, les parties peuvent prouver ou contredire librement un fait du domaine de la connaissance d'office, son cadre procédural perd beaucoup de son importance. Il y aurait lieu, croyons-nous de maintenir l'état actuel du droit. Autrement, la connaissance d'office perdrait l'un de ses intérêts pratiques: celui de permettre au juge de combler une lacune de la preuve pendant le délibéré, sans rouvrir l'enquête. Si le juge devait convoquer les parties pour les entendre sur l'opportunité de prendre d'office connaissance du fait manquant, mieux vaudrait alors qu'il en demande la preuve.

C. Critique

Une évaluation critique de la connaissance d'office s'impose. On semble avoir fondé beaucoup d'espoir sur cette institution et l'avoir cru porteuse d'importantes solutions aux maux qui affligent le processus judiciaire d'inspiration anglaise: longueur et lourdeur du déroulement de la preuve, excès du débat contradictoire au détriment de l'intérêt commun, atrophie des pouvoirs du juge. Il n'y a pas de remède miracle à ces problèmes. Il est périlleux de vouloir glorifier une idée simple et évidente comme la connaissance d'office pour tenter d'en faire un puis-

¹⁶⁷ *Ibid.*

sant véhicule de réforme. Le remède risque d'être pire que le mal s'il est acquis au détriment de valeurs plus fondamentales, comme le droit du justiciable à une audition libre et entière.

La connaissance d'office n'est pas une fin en soi, mais un moyen qu'il convient de conjuguer avec d'autres pour réaliser les fins qui paraissent souhaitables. Dans l'élaboration d'une politique législative, il est important de saisir la relativité de la connaissance d'office et de la replacer dans le contexte des autres règles qui concourent aux mêmes finalités. On évitera ainsi de charger la connaissance d'office de missions qui risquent de la dépasser.

Nous avons évoqué, comme premier fondement de la connaissance d'office, l'économie de temps. Il existe d'autres moyens beaucoup plus puissants pour favoriser cet objectif. La conférence préparatoire à l'instruction de l'article 279 du Code de procédure civile en est un. Elle permet au juge de convoquer les procureurs à son cabinet "pour conférer sur les moyens propres à simplifier le procès et à abréger l'enquête, notamment sur l'opportunité d'amender les actes de procédure, de définir les points véritablement en litige, ou d'admettre quelque fait ou document". Il serait souhaitable que l'usage de la conférence préparatoire soit intensifié. Lorsqu'une partie refuse de faire des admissions sur des faits qui semblent évidents, la solution n'est pas dans la coercition ou dans l'extension de la connaissance d'office, mais plutôt dans la sanction des contestations futiles et dilatoires par l'adjudication des dépens. On pourrait également songer à réformer la règle prohibant le oui-dire pour permettre la production en preuve de sources documentaires dont la fiabilité est admise partout sauf dans les cours de justice. Il n'est pas indispensable de légitimer ce genre de preuve par l'étiquette de la connaissance d'office. Cet élargissement pourrait aussi permettre de faire l'économie des témoignages d'experts, lorsque leur rôle se limite à venir réciter ces mêmes sources documentaires.

La protection de l'image de la justice a été invoquée comme autre fondement de la connaissance d'office. On voudrait que cette dernière soit le rempart contre l'absurde et le ridicule qui menace le tribunal s'il est lié par une preuve qui l'amène à juger sur la base de données fictives ou contredites par l'expérience commune des gens raisonnables. Il est vrai que la connaissance d'office peut favoriser un tel objectif, dans la mesure où elle fait en sorte que le juge ne soit pas lié par la preuve des faits qui appartiennent à son domaine. Mais il est dangereux d'alourdir la règle et d'interdire toute preuve relative à un fait appartenant au domaine de la connaissance d'office. Si l'on craint qu'une partie déconsidère la justice par la preuve qu'elle présente à l'encontre du sens commun, le risque inverse est encore plus grand si l'on interdit cette preuve et l'on accorde la valeur d'une présomption absolue de vérité à la déclaration du juge. L'erreur est alors le fait du juge et non celui du justiciable et la

consécration de vérité absolue accordée à cette erreur par la loi ne fait qu'accentuer le ridicule. Pour ces raisons, nous souhaitons que la connaissance d'office demeure une présomption simple susceptible d'être contredite par la preuve. Cette atténuation n'élimine pas les risques d'erreur. C'est pourquoi la connaissance d'office doit demeurer une technique que les juges utilisent avec prudence et modération. Si le juge est choqué par la preuve qu'il entend et s'il entretient un doute sur l'opportunité de la corriger par sa connaissance d'office, il peut avoir recours, en droit québécois, à l'expertise formelle prévue à l'article 414 du Code de procédure civile:

Après contestation liée, le tribunal peut, même de sa propre initiative, s'il est d'avis que les fins de la justice peuvent être mieux servies:

1. ordonner une expertise par une personne qualifiée, qu'il désigne pour l'examen, la constatation et l'appréciation de faits relatifs au litige; (. . .).

Enfin, nous émettons l'hypothèse, sans pouvoir la démontrer, que l'utilisation la plus fréquente qui est faite de la connaissance d'office se situe dans le contexte du délibéré, lorsque le juge constate une lacune dans la preuve et hésite à convoquer les parties pour procéder à la réouverture de l'enquête. Nous soupçonnons également que l'utilisation de la connaissance d'office a été plus fréquente aux époques et dans les juridictions où la réouverture d'enquête était très difficile à obtenir. Nous observons que l'utilisation de cette technique au Canada est plus fréquente en droit pénal qu'en droit civil, en raison vraisemblablement du fait que la réouverture d'enquête y est une pratique moins courante. S'il est vrai que la connaissance d'office est parfois utilisée pour combler les lacunes de la preuve, il ne s'agit sûrement pas d'un fondement reconnu par la doctrine. En droit québécois, la règle de l'article 292 du Code de procédure civile, telle qu'interprétée par les tribunaux, oblige le juge, lorsqu'il constate une lacune dans la preuve, à la signaler aux parties et à leur permettre de la combler, aux conditions qu'il détermine. La manière normale de combler une lacune dans la preuve consiste à procéder par voie de réouverture d'enquête. Le recours à la connaissance d'office est exceptionnel et doit être fait dans le respect des limites de son domaine propre. En dehors de ces limites, la connaissance d'office devient le produit de l'incompétence de l'avocat qui n'a pas fait sa preuve et de la paresse ou de l'impatience du juge qui a hâte d'en finir.

II. *La connaissance personnelle acquise dans le procès*

En raison de son devoir de neutralité, le juge canadien doit, en principe, faire abstraction de ses connaissances personnelles acquises en dehors du procès et s'efforcer de juger selon la preuve. Il peut, exceptionnellement, tenir compte de ses connaissances personnelles dans le cadre étroit et contrôlé de la connaissance d'office que nous venons d'étudier. En revanche, la connaissance personnelle acquise dans le cadre procédural

de l'instance judiciaire paraît éminemment souhaitable. On peut y voir un moyen de contrebalancer l'effet pervers de la procédure contradictoire.¹⁶⁸

L'expression "connaissance personnelle" doit être entendue ici dans le sens que lui donne l'article 179 du Code de procédure civile français:

Le juge peut, afin de les vérifier lui-même, prendre en toute matière une connaissance personnelle des faits litigieux, les parties présentes ou appelées. Il procède aux constatations, évaluations, appréciations ou reconstitutions qu'il estime nécessaires, en se portant si besoin est sur les lieux.

L'expression désigne donc l'accès direct à la réalité que le juge peut avoir en l'observant avec ses propres sens, par opposition à l'accès indirect que donnent au juge les témoins des faits, en lui faisant voir la réalité à travers leur récit par personne interposée. Le procès civil au Québec est régi par un Code de procédure civile d'influence mixte.¹⁶⁹ Dans le cas qui nous occupe, l'influence anglaise domine l'influence française, de sorte que le procès civil au Québec ressemble beaucoup plus à celui des juridictions de *common law* qu'au procès civil en France. Le degré d'initiative du juge y est moindre. Les modes d'accès direct à la réalité offerts au juge y sont peu nombreux et modestes: on ne trouve pas dans le Code de procédure civile du Québec une disposition équivalente à celle de l'article 179 du Code français. Même si elle est minime, la part que la procédure québécoise fait à la connaissance personnelle du juge est d'autant plus précieuse. Elle mérite d'être bien comprise et exploitée à sa pleine capacité.

Les inconvénients des procédés de preuve traditionnels sont bien connus. Lorsque le juge entend un témoin, il n'acquiert pas une connaissance personnelle et directe des faits: il entend un récit construit à partir de ce dont le témoin se souvient. Le mécanisme du témoignage est complexe: perception, mémorisation, récit. Chacune des phases est vulnérable et le résultat présente inévitablement une image modifiée de la réalité.¹⁷⁰ Même l'écrit instrumentaire, que notre droit civil entoure d'une grande vénération, n'est pas l'arme absolue que l'on s'imagine dans le combat pour la vérité. Il est fréquent que l'écrit ne reflète pas la véritable convention des parties. Le Code civil reconnaît implicitement cette réalité à l'article 1234, lorsqu'il interdit de contredire par témoins l'écrit valablement fait. L'écrit n'est peut-être pas parfait, dit le législateur, mais le témoignage serait pire! De deux maux, le législateur choisit le moindre, dans une recherche de compromis dont le perdant est toujours la vérité.

¹⁶⁸ Schiff, *loc. cit.*, note 3, à la p. 338.

¹⁶⁹ Jean-Maurice Brisson, *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, les Éditions Thémis, 1986.

¹⁷⁰ James Marshall, *Law and Psychology in Conflict*, New York, Bobbs-Merrill, 1966.

Il existe heureusement dans le procès civil au Québec certains modes de connaissance personnelle pour le juge, par lesquels il peut devenir lui-même témoin des faits, sans personne interposée. Quand les faits sont présents au moment du procès, ou quand ils sont passés mais qu'ils ont néanmoins persisté dans le temps, le juge peut les constater directement grâce à la production de pièces ou au transport du tribunal sur les lieux. Dans le cas de faits passés et à jamais disparus, faut-il inévitablement se résigner à des modes de preuve indirects? Tel était le cas au dix-neuvième siècle, mais les temps ont changé. La technologie moderne permet de recueillir des traces matérielles de faits passés, de les conserver et de les faire réapparaître sous une forme suffisante pour convaincre de ce qu'ils ont été. Ces moyens sont la photographie, l'enregistrement sonore et l'enregistrement audio-visuel.

Il y a lieu d'étudier, dans un premier temps, les modes d'accès direct à la réalité présente que reconnaît explicitement le législateur, sans toutefois en établir clairement le régime juridique. Nous aborderons dans un deuxième temps les moyens de reproduction de la réalité qui sont de même nature que les premiers, mais que le législateur tarde à reconnaître et encore davantage à réglementer.

A. Accès direct à la réalité

Chaque jour, dans les palais de justice du Québec, des milliers de pièces sont produites en preuve. Elles font partie de la pratique quotidienne des juges et des avocats. Pourtant, on sait bien peu de choses de leur qualification juridique, de leur recevabilité, de leur situation hiérarchique parmi les procédés de preuve, de la procédure qui les entoure et de leur force probante. Les seules pièces qui nous intéressent ici sont celles qui donnent au juge un accès direct et autonome à la réalité; en d'autres termes, celles qui constituent en elles-mêmes des faits. Les lieux visités par le tribunal sont du même ordre. Nous écartons de notre étude tous les documents, croquis et plans qui ne sont, à notre avis, que des modes d'expression particuliers du témoignage. Bref, ce qui nous intéresse ici, c'est la brique que le passant a reçue sur la tête, le couteau de l'agresseur, les fragments de verre de la bouteille qui a explosé.

(1) Qualification

C'est dans le Code de procédure civile, et non dans le Code civil, que le législateur reconnaît timidement l'existence de ces modes de preuve. L'article 312 du Code de procédure civile édicte que:

Le juge peut ordonner à une partie d'exhiber devant le tribunal, ou en tous autres lieu et temps convenables, un objet qu'elle a eu en sa possession et que des témoins sont appelés à identifier; à défaut par la partie d'obtempérer l'identité de l'objet est réputée établie contre elle.

Si un témoin est en possession de quelque objet d'intérêt pour le litige, le juge peut également lui ordonner de le produire.

L'article 292 prévoit le cas où le fait ne peut pas commodément être transporté dans la salle d'audience:

Le juge peut, au cours de l'enquête, ordonner le transport du tribunal sur les lieux, pour procéder à toute constatation utile en vue de la solution du litige, et, à cette fin, rendre les ordonnances qu'il croit nécessaires.

Ces dispositions ne précisent pas à quel procédé de preuve appartiennent ces choses et ces lieux soumis à l'examen direct du juge. Cette qualification est importante car elle détermine le régime de recevabilité et de force probante applicable à l'élément de preuve.

L'article 1205 du Code civil énumère les procédés de preuve connus par nos tribunaux:

La preuve peut être faite par écrit, par témoins, par présomptions, par l'aveu de la partie ou par son serment, suivant les règles énoncées dans ce chapitre et en la manière indiquée dans le Code de procédure civile.

Les pièces dont il s'agit ne peuvent être qualifiées ni d'écrits, ni de présomptions, ni d'aveux. Il faut se garder de les confondre avec le témoignage. Même si ce dernier demeure nécessaire à la preuve de l'authenticité d'une pièce, il n'est que l'accessoire de la pièce et non l'inverse. Lorsqu'un témoin vient faire la preuve de l'authenticité d'un écrit, on ne confond pas son témoignage avec l'écrit: on comprend que le témoignage est subordonné à l'écrit et que seul ce dernier subsiste, comme procédé efficace de preuve, après que son authenticité ait été prouvée. Il en va de même de la relation entre la chose produite et le témoignage qui vient en prouver l'authenticité.

Après avoir épuisé les possibilités de l'article 1205, il faut chercher la solution en dehors des procédés qu'il énumère. Les termes non limitatifs de cet article permettent de postuler l'existence d'un cinquième procédé de preuve, implicitement reconnu par les articles 290 et 312 du Code de procédure civile et par la pratique des tribunaux. Il ne reste plus qu'à le nommer. L'expression "preuve matérielle" est en voie de s'imposer.¹⁷¹ La preuve matérielle désigne toute chose en présence de laquelle le juge peut être placé dans le cadre procédural du procès et qui est susceptible de lui livrer directement une information pertinente au litige. Elle comprend des objets, des immeubles, des lieux et, aussi, comme nous le verrons, la représentation matérielle de ces choses.

Sur le plan des réformes, la preuve matérielle est complètement absente du Projet de Code civil qui n'en connaît même pas l'existence. Le Projet de loi S-33 y consacre une seule disposition ainsi rédigée:¹⁷²

¹⁷¹ Rapport du groupe de travail *op. cit.*, note 11, pp. 543-457; Fortin, *op. cit.*, note 3, pp. 745 et ss.; G. Massé, La preuve par des moyens technologiques (1981-82), 16 R.J.T. 504; Léo Ducharme, L'administration de la preuve, Montréal, Wilson et Lafleur, 1986, p. 436; Jean-Claude Royer, La preuve civile, Conwansville, Les éditions Yvon Blais Inc., 1987, p. 329.

¹⁷² Projet de loi S-33, *supra*, note 13, art. 160.

Art. 160(1) Le juge des faits peut tirer d'une preuve matérielle toute conclusion qu'il juge fondée.

(2) Au présent article "preuve matérielle" s'entend de la preuve qui permet au juge des faits de faire ses propres constatations tels un objet, un site, le comportement d'une personne ou son état physique, ou une manifestation visuelle ou auditive; ne constituent cependant pas une preuve matérielle un témoignage, un ouï-dire ou un document présenté pour tenir lieu de témoignage.

On peut se réjouir de ce que ce projet reconnaisse l'existence de la preuve matérielle, en offre une définition, et en précise la force probante. Il aurait été intéressant qu'il mentionne en outre les règles qui en régissent la recevabilité.

(2) *Recevabilité*

Pour qu'un objet soit reçu en preuve, il est nécessaire de prouver son authenticité. Il faut ainsi que le procédé de la preuve matérielle soit recevable pour prouver le fait que l'objet vise à prouver.

L'article 312 du Code de procédure civile nous donne un indice de la manière dont l'authenticité d'un objet doit être prouvée: il faut qu'un ou plusieurs témoins viennent l'"identifier". L'identification consiste pour le témoin à déclarer qu'il reconnaît l'objet et qu'il se trouve toujours dans l'état où il était, pour n'avoir été ni modifié, ni altéré. L'analogie avec la preuve de l'authenticité d'un écrit sous *seing* privé est parfaite. Cette preuve est entendue de façon contradictoire et le juge l'apprécie.

La recevabilité de la preuve matérielle, en tant que procédé de preuve soumis aux articles 1233, 1234 et 1235 du Code civil, ne pose pas de problème dans les cas où la preuve testimoniale est admise. C'est un régime de liberté de preuve dans lequel la preuve matérielle trouve tout naturellement sa place. Tel sera le cas, notamment, de la preuve des délits, des quasi-délits et de tous les faits matériels visés par l'article 1233, paragraphe 1, alinéa 5 du Code civil.

Il en va autrement lorsqu'il s'agit de faire la preuve d'un acte juridique. Si cet acte a été constaté par un écrit, la règle de la meilleure preuve de l'article 1204 du Code civil fait en sorte que seul cet écrit est recevable pour prouver l'acte. S'il s'agit de contredire cet écrit, l'article 1234 qui empêche de le faire par témoin doit être interprété restrictivement: il n'empêche pas de le faire par preuve matérielle. Il est rare en pratique qu'un objet puisse, à lui seul, contredire un écrit. Le plus souvent, il sera invoqué à titre d'indice d'une présomption de faits, dont d'autres indices devront vraisemblablement être prouvés par témoins. On se heurte alors à la jurisprudence de la Cour d'appel qui exige que les indices d'une présomption de faits visant à contredire un écrit soient prouvés autrement que par témoins.¹⁷³ Si l'acte n'a pas été constaté par

¹⁷³ *Malky c. Gauthier*, [1978] C.A. 510; Ducharme, *op. cit.*, note 1, p. 183.

un écrit et qu'il s'agit d'une matière civile ou l'intérêt en jeu est supérieur à 1.000 dollars, l'article 1233 interdit tout autre procédé, à moins qu'il n'y ait un "commencement de preuve par écrit". Selon la jurisprudence, ce commencement de preuve peut être constitué de faits établis par une preuve indépendante, qui rendent vraisemblable le fait principal à prouver. Dans l'affaire *Parent c. Sirois*,¹⁷⁴ la Cour d'appel a accepté que ces faits soient prouvés par témoins. Logiquement, ces faits devraient aussi pouvoir être prouvés par preuve matérielle.

(3) *Préponderance la preuve matérielle*

La règle de la meilleure preuve de l'article 1204 du Code civil est interprétée de manière à interdire toute preuve secondaire d'un acte constaté par un écrit: l'original de cet écrit, et lui seul, peut faire preuve de l'acte. La règle reçoit aussi application au cas où un témoin commence à raconter ce que contient un document, sans que ce document ait été préalablement produit: l'objection à son témoignage sera maintenue.

Par analogie, peut-on songer à appliquer la règle de la meilleure preuve à la preuve matérielle? La victime se plaint-elle dans son témoignage d'avoir reçu dans l'oeil un éclat de verre énorme? On pourrait, en vertu de la règle de la meilleure preuve, faire objection à son témoignage tant qu'elle n'aura pas produit la meilleure preuve, c'est-à-dire l'éclat de verre en question. Pour en être dispensée, la victime devrait prouver que la production de la chose lui est impossible.

Il n'est pas opportun de chercher à agrandir ainsi l'empire de la règle de la meilleure preuve. Dans le cas de la preuve matérielle, il suffit, croyons-nous, que la partie adverse puisse demander au juge d'ordonner au témoin ou à toute autre personne d'exhiber la chose dont parle le témoin. Cette possibilité est déjà énoncée à l'article 312 du Code de procédure civile; elle est préférable aux rigueurs de la règle de la meilleure preuve. Bref, la règle d'irrecevabilité de l'article 1204 du Code civil ne s'applique pas à la preuve matérielle. Si l'on peut parler de prépondérance de la preuve matérielle, c'est uniquement en termes de force probante; la chose est généralement plus convaincante que le témoin.

(4) *Procédure contradictoire*

La connaissance personnelle des faits que le juge acquiert par la preuve matérielle est une acquisition contrôlée par les parties, qui se déroule dans le cadre de l'instance. Elle est donc soumise au débat contradictoire.

Lorsqu'il s'agit de la production d'une pièce, la partie adverse peut contester tout ce qu'elle veut: la pertinence de la preuve, l'authenticité de la chose, la recevabilité du procédé, la force probante de la chose. Le juge apprécie le tout selon les éléments de preuve et les plaidoiries présentées par chaque partie. Lorsqu'il s'agit d'une visite des lieux par le tribunal, l'article 292 du Code de procédure civile ne donne pas de

directives précises au juge. Ce dernier devrait s'inspirer de la sagesse des règles de *common law* et s'assurer que les parties sont invitées à l'accompagner sur les lieux, à être témoins de ses constatations et à être entendues si elles veulent les contredire.¹⁷⁵

(5) Force probante

Le Code civil n'énonce pas de règle de force probante pour les témoignages. On en conclut qu'ils sont laissés à l'appréciation du juge qui entend les témoins.¹⁷⁶ À notre avis, la même règle doit être étendue à la preuve matérielle.

La force probante de la visite des lieux a été un objet de controverse en *common law*. On a prétendu qu'elle n'en avait aucune et que son utilité se limitait à permettre au juge de mieux comprendre les témoignages entendus en cours de procès. Cette opinion a été délaissée et l'on considère aujourd'hui que le juge peut fonder son jugement sur les faits constatés au cours de sa visite.¹⁷⁷ L'article 160 du Projet de loi S-33¹⁷⁸ reflète bien l'état actuel de la *common law*. La même solution est admise en droit civil québécois. La pratique de la visite des lieux n'y est pas fréquente, mais elle semble encouragée par la Cour d'appel qui reconnaît qu'elle ajoute du poids à l'appréciation de la preuve faite par le juge.¹⁷⁹

Enfin, l'appréciation de la force probante de la preuve matérielle est susceptible d'être révisée en appel. Lorsque les pièces ont été versées au dossier de la cour, elles demeurent à la disposition de la Cour d'appel qui peut y aller de son propre examen et intervenir en cas d'erreur manifeste du juge de première instance dans son appréciation des faits. Le problème est plus délicat lorsque la preuve matérielle n'a pas été produite au dossier et que le juge de première instance est seul à l'avoir examinée. Tel est notamment le cas en matière de transport du tribunal sur les lieux. La Cour d'appel peut alors s'en remettre à l'appréciation du juge de première instance.¹⁸⁰ Peut-être devrait-elle, dans les cas qui le justifiaient, utiliser les pouvoirs que lui accorde l'article 523 du Code de procédure civile pour procéder à son propre examen de la preuve matérielle au lieu où elle se trouve?

¹⁷⁴ *Parent c. Sirois*, [1954] B.R. 91; Ducharme, *op. cit.*, note 1, p. 147, no 346.

¹⁷⁵ Schiff, *loc. cit.*, note 3, aux pp. 364, 365.

¹⁷⁶ Ducharme, *op. cit.*, note 1, p. 88, no 187.

¹⁷⁷ Schiff, *loc. cit.*, note 3, aux pp. 355-363; Rapport du groupe de travail, *op. cit.*, note 11, pp. 456-457.

¹⁷⁸ Projet de loi S-33, *supra*, note 13, art. 160.

¹⁷⁹ *Morrisette c. Dame Bienvenue*, [1971] C.A. 356; voir aussi *Boivin c. Collège d'affaires de Chicoutimi Inc.*, [1980] C.P. 251.

¹⁸⁰ *Danley v. C.P.R.*, [1940] S.C.R. 290.

B. *Moyens de reproduction de la réalité*

Le tribunal est généralement saisi de faits passés et éteints qui lui sont inaccessibles, si ce n'est par la mémoire des gens et les écrits. Ceci explique le poids privilégié que le droit civil accorde aux écrits et aussi le lourd handicap que la justice a toujours subi dans sa recherche de la vérité. Des siècles de tradition juridique se sont accommodés de ces inéluctables limites. Or ces limites ne sont plus inéluctables puisque la technologie moderne permet aujourd'hui de conserver et de reproduire les traces matérielles du passé. Il s'agit d'une révolution dans le mode d'acquisition des connaissances. Dans la recherche historique, les photographies et les enregistrements, qui semblent plus fiables que les récits des témoins ou des historiens, occupent une place privilégiée. On recherche la corroboration par le son et l'image. Ces nouveaux moyens auraient dû entraîner une révolution dans les méthodes de preuve du processus judiciaire. La révolution n'a pas eu lieu. Les juristes ne semblent pas vraiment savoir que faire de ces moyens qui sont regardés parfois avec suspicion.

En droit québécois, les règles de preuve du Code civil ne mentionnent pas ces moyens. La photographie est mentionnée à l'article 403 du Code de procédure civile dans un contexte qui n'aide pas notre propos. Le Projet de Code civil et le Projet de loi S-33 n'ont rien à proposer à ce sujet. Le Groupe de travail fédéral-provincial a décidé de ne formuler aucune recommandation sur la magnétoscopie, si ce n'est de s'abstenir d'intervenir législativement dans ce domaine.¹⁸¹ Devant ce vide juridique, il convient de tenter de qualifier ce genre de preuve et de discuter des règles de recevabilité qui la régissent.

(1) *Qualification*

Photographie, enregistrements sonore, cinématographie et magnétoscopie ont plusieurs caractéristiques communes. Ils captent des ondes émises par un sujet ou un objet. Ils conservent ces ondes émises sur un support matériel permanent sous forme de signaux. Ils peuvent à volonté reproduire le son ou l'image émis à l'origine par le sujet ou l'objet. La reproduction est fiable et tout à fait conforme à l'original. L'agent humain ne joue dans le processus qu'un rôle accessoire ou secondaire. Le son et l'image obtenus donnent sur la chose ou le sujet une information utile et amplement suffisante pour les fins de la justice, sans que personne ne songe à déplorer que le sujet ou l'objet ne soient présents dans la totalité de leurs attributs matériels. C'est essentiellement la matière qui parle à travers ces médias aussi clairement et fidèlement que si l'observateur pouvait être en présence physique et simultanée de l'objet lui-même.

Ces caractéristiques suggèrent d'accorder à la reproduction matérielle de la chose la même qualification qu'à la chose elle-même: la preuve

¹⁸¹ Rapport du groupe de travail, *op. cit.*, note 11, pp. 457-458.

matérielle. Cette preuve doit être distinguée du témoignage qui sera nécessaire pour faire la preuve de l'authenticité de la reproduction. On aurait tort d'assimiler ce procédé au témoignage, pour le soumettre au même régime de recevabilité. La distinction très nette entre les deux procédés de preuve devient évidente dans le cas de la caméra automatique dans une banque qui enregistre un vol en l'absence du personnel. Personne ne pourra jamais témoigner du vol. Un expert viendra prouver que les images reproduites par le système sont la représentation fidèle de la réalité.

Ensuite, la preuve matérielle parlera d'elle-même, en totale autonomie par rapport au témoin qui ignore tout des faits du vol. Ce procédé doit aussi être distingué des plans, dessins et croquis qui peuvent être soumis en preuve: ils sont le fait de l'homme et non celui de la matière. Ils sont l'extension du témoignage, le témoin n'étant pas limité, dans sa communication, à l'expression verbale. Enfin, il semble préférable de faire de ces moyens de reproduction sonore ou visuelle un procédé de preuve autonome, plutôt que de tenter de les assimiler à d'autres procédés de preuve comme l'écrit¹⁸² ou la présomption de faits.¹⁸³

Si l'on qualifie de preuve matérielle ces modes de reproduction de la réalité, il y a lieu de leur appliquer le régime général que nous avons esquissé plus haut pour la preuve matérielle. Seule la recevabilité de ces enregistrements semble justifier un commentaire particulier.

(2) *Recevabilité*

Pour qu'un enregistrement sonore ou visuel soit reçu en preuve, il faut préalablement en démontrer la pertinence et l'authenticité. Cette preuve se fera par un témoin qui peut venir certifier que l'enregistrement est bien celui de la chose ou du sujet en litige et qu'il reproduit fidèlement la réalité observée. Le témoin pourra établir ce dernier point soit en sa qualité de témoin direct des faits, soit en sa qualité d'expert qui vient démontrer, par présomption de faits, que le système d'enregistrement n'a pu faire autre chose qu'enregistrer la réalité. Cette preuve est laissée à l'appréciation du juge.¹⁸⁴ On peut y voir une question de force probante plutôt que de recevabilité, mais il est clair que si le juge en arrivait à la conclusion que l'enregistrement est un faux, il devrait l'écarte-
ter de la preuve.

Le problème de la recevabilité des enregistrements sonores et visuels se pose de façon particulière en ce qui concerne la preuve des actes juridiques. Pour le bénéfice de la discussion, nous allons considérer la question de la preuve de l'authenticité de l'enregistrement comme étant entièrement réglée. On sait que l'enregistrement sonore peut être soumis

¹⁸² P. Patenaude, *La protection des conversations en droit privé*, Paris, L.G.D.J. 1976, pp. 115 et s.

¹⁸³ Massé, *loc. cit.*, note 171.

¹⁸⁴ Rapport du groupe de travail, *op. cit.*, note 11.

à des analyses de voix qui identifient son auteur avec un degré de certitude comparable à celui que procurerait sa signature. Quel sort fera-t-on, en justice, à l'enregistrement sonore et visuel de l'échange des consentements entre deux personnes parties à un contrat ultérieurement contesté?

Si les parties ont signé, devant la caméra, un contrat écrit, la règle de l'article 1204 du Code civil devrait s'appliquer et conférer à cet écrit le statut de meilleure preuve. La Loi sur la preuve photographique de documents¹⁸⁵ permet à certaines institutions de détruire des documents originaux après un certain laps de temps et de pouvoir ensuite en faire la preuve par photographie. Cette exception à la règle de la meilleure preuve commande une interprétation restrictive qui ne permettrait pas de soustraire l'enregistrement à son application. En revanche, l'enregistrement nous semble recevable dans le cas où il s'agit de contredire un écrit valablement fait. En effet, l'article 1234 du Code civil, qui interdit la preuve testimoniale, doit être interprété restrictivement: il n'interdit pas la preuve matérielle.

Si les parties n'ont pas créé d'écrit pour faire preuve de leur convention, en matière civile impliquant une somme supérieure à mille dollars, une partie pourra-t-elle en faire la preuve par enregistrement magnétoscopique? À notre avis, cet enregistrement constitue un commencement de preuve par écrit qui, aux termes de l'article 1233, paragraphe 1, alinéa 7 du Code civil, permettra de compléter la preuve au besoin. Cet enregistrement peut être considéré comme un commencement de preuve par écrit à titre de fait prouvé indépendamment, comme dans le cas des objets, analysé plus haut.¹⁸⁶ Il peut, plus justement à notre avis, être qualifié de commencement de preuve par écrit au sens strict du terme, en ce qu'il porte indiscutablement la marque de la personne dont il émane.¹⁸⁷ Dès que l'enregistrement est accepté à titre de commencement de preuve par écrit, il se complète lui-même en faisant, à lui seul, la preuve de l'échange des consentements constitutifs de la convention des parties. Notre problème de preuve du contrat est réglé, mais nous nous trouvons devant cette situation paradoxale où l'article 1233 du Code civil n'aurait pas permis de recevoir directement la preuve matérielle à titre de preuve complète du contrat, sans passer par le détour du commencement de preuve par écrit.

Cette situation semble un peu archaïque. L'enregistrement magnétoscopique offre des garanties de fiabilité aussi grandes que l'écrit instrumentaire. L'enregistrement sonore offre les mêmes garanties, mais la

¹⁸⁵ L.R.Q., c. P-22.

¹⁸⁶ *Supra*, note 174.

¹⁸⁷ Pierre Patenaude, *Les nouveaux moyens de reproduction et le droit de la preuve* (1986), 46 R. du B. 773, à la p. 782.

preuve de son authenticité peut s'avérer plus complexe et plus coûteuse. Ces enregistrements devraient être acceptés comme preuve des actes juridiques au même titre que l'écrit dont ils possèdent toutes les caractéristiques essentielles, à une exception près: celle du caractère délibéré de la confection d'un moyen de preuve entre les parties, que n'aurait pas un enregistrement clandestin. Si les deux parties ont concouru à l'enregistrement, on pourrait y voir une renonciation tacite au bénéfice de l'écrit et l'expression de leur volonté de faire de cet enregistrement la seule et la meilleure preuve de leur convention. Notre droit devrait être modifié pour permettre la preuve des actes juridiques par les techniques d'enregistrement dont la fiabilité ne saurait être mise en doute.

Conclusion

La question des connaissances personnelles du juge nous a amenés à étudier deux grands thèmes qui, à première vue, ne semblaient rien avoir en commun: la connaissance d'office et la preuve matérielle. Le premier est le cadre juridique très strict dans lequel le juge est autorisé à utiliser ses connaissances personnelles acquises hors procès. Le second est le seul moyen par lequel le juge peut accéder à une connaissance personnelle et directe de certains faits dans le cadre du procès. Le procès au Québec et dans les provinces canadiennes de *common law* impose au juge un mode de connaissance largement dominé par le contrôle des parties. Les deux thèmes étudiés correspondent à deux zones dans lesquelles on accepte de concéder au juge une plus grande autonomie. Mais on ne pêche certainement pas par excès, ces zones d'autonomie demeurant fort étroites.

La connaissance d'office ne fait présentement l'objet d'aucune disposition législative au Québec, dans les provinces canadiennes de *common law* et en droit fédéral, exception faite de certaines dispositions relatives à la connaissance d'office de la loi et, dans certains cas, des règlements. Il s'agit donc d'un droit purement jurisprudentiel. Paradoxalement, on constate que de nombreux agents de réforme sont intervenus pour recommander de légiférer en la matière: Office de révision du Code civil du Québec, Commission de réforme du droit du Canada, Conférence canadienne de l'uniformisation des lois, Gouvernement fédéral. On constate que malgré l'intervention d'un organisme d'uniformisation du droit, le projet du Québec et celui des autres intervenants ont peu de choses en commun. Il n'y a aucune raison pour qu'il en soit ainsi puisque le droit québécois et la *common law* ont présentement sur cette question des règles identiques. Le droit québécois est identique pour une simple raison: il est entièrement régi sur cette question par la *common law* qui lui sert de droit supplétif. La seconde constatation qui s'impose est que les agents de réforme, en dehors du Québec, proposent des changements de règles importants dont la sagesse, à notre avis, n'a pas été suffisamment démontrée.

La connaissance d'office est une institution utile, certes, mais qui doit être utilisée avec prudence et confinée à un rôle modeste dans le processus judiciaire. Il est opportun de vouloir la réglementer pour que les règles en soient plus claires, mais il semble peu indiqué de saisir l'occasion de la révision pour la charger de fonctions qui la dépassent ou pour chercher à la contrôler de façon excessive.

La connaissance d'office n'est pas une règle simple. Elle se compose de règles de nature diverse, dont chacune exige un choix de politique législative.

Il s'agit en premier lieu d'une règle de fardeau de preuve qui dispense une partie de prouver les éléments qui sont de connaissance d'office. Dans la connaissance d'office du droit, il sera opportun d'inclure explicitement les règlements d'application des lois et le droit des autres provinces. La solution du problème de la preuve du droit étranger n'est pas évidente. Dans la connaissance d'office des faits, le choix des critères est délicat: notoriété et incontestabilité nous semblent être les meilleurs candidats.

Il s'agit en second lieu d'une règle de comportement adressée au juge. La connaissance d'office est-elle pouvoir ou devoir? À notre avis, elle devrait toujours être un devoir.

Il s'agit en troisième lieu de règles de recevabilité. Lorsqu'un fait est connu d'office par le juge, la preuve du contraire est-elle recevable? Nous avons émis de sérieuses réserves quant à la création d'une présomption légale absolue de vérité attachée au jugement interlocutoire par lequel le juge prend connaissance d'office d'un fait. La reconduction du droit actuel qui permet la preuve contraire nous paraîtrait plus sage et plus respectueuse du droit des parties à une audition libre et entière. En outre, nous avons émis l'avis que le domaine de la connaissance d'office n'exclut pas celui de la preuve. La preuve d'un fait qui est compris dans le domaine de la connaissance d'office est recevable et devrait continuer à l'être. Enfin, si un changement devait être apporté aux règles de recevabilité, il devrait atténuer la rigueur de l'interdiction du oui-dire pour permettre la production en preuve de sources documentaires d'une fiabilité incontestable.

Il s'agit en quatrième lieu d'une règle de force probante qui constitue à notre avis l'essence même de la théorie de la connaissance d'office et qui devrait être explicitée: le juge n'est pas lié par la preuve sur un élément relevant de sa connaissance d'office.

Il s'agit enfin de règles de procédure. À la procédure informelle actuelle, on voudrait substituer une procédure contradictoire obligatoire pour tout élément dont le juge voudrait prendre connaissance d'office. Il s'agit, à notre avis, d'une mesure de contrôle excessive.

L'activisme pré-législatif qui agite la connaissance d'office contraste avec le calme plat qui entoure la preuve matérielle. C'est le *vacuum juridique* presque complet en droit civil québécois et en *common law*. Les agents de réforme gardent à peu près le silence sur la question. Des objets de toutes sortes et leur représentation visuelle ou sonore sont abondamment produits en preuve devant nos tribunaux, sans que leur régime juridique soit établi. Nous avons donc esquissé le projet d'un régime général applicable à la preuve matérielle, en discutant de sa qualification, de sa recevabilité, de la procédure qui l'entoure et de sa force probante. Nous avons identifié le problème de recevabilité de la preuve matérielle lorsqu'il s'agit de prouver un acte juridique, et plus particulièrement lorsqu'il s'agit de l'enregistrement magnétoscopique de l'accomplissement de l'acte juridique. Cette preuve nous semble présenter toutes les garanties de fiabilité de la preuve écrite et devrait, à notre avis, recevoir la reconnaissance qu'elle mérite. La révolution audio-visuelle n'a pas encore eu lieu dans le procès civil, mais elle est aux portes du palais de justice.

ANNEXE I

Extrait du *Code de la preuve* présenté par la Commission de réforme du droit du Canada en 1975 (1):

CHAPITRE IV LA CONNAISSANCE D'OFFICE

82. La «connaissance d'office» permet l'utilisation d'un fait qui n'a pas été établi conformément aux règles de la présentation et de l'admissibilité de la preuve.

83. (1) On doit prendre connaissance d'office de tout fait d'une connaissance si notoire qu'il ne saurait raisonnablement être contesté.

(2) On peut prendre connaissance d'office de tout fait d'une connaissance si notoire, dans les limites de la juridiction du tribunal qu'il ne saurait raisonnablement être contesté.

On peut également prendre connaissance d'office de tout fait qui peut être constaté rapidement et avec exactitude par référence à des sources dont on ne saurait raisonnablement mettre en doute la sûreté.

(3) On peut prendre connaissance d'office de tout fait dans la détermination de la loi ou de la validité constitutionnelle d'un statut.

84. (1) On doit prendre connaissance d'office;

(a) du droit constitutionnel, de la législation publique et privée et du droit jurisprudentiel canadien et provincial;

(b) du droit international coutumier et des traités s'appliquant au Canada;

(c) du contenu des gazettes officielles, canadienne et provinciales.

(2) On peut prendre connaissance d'office:

(a) des textes réglementaires et des délibérations officiellement consignées d'un organe législatif, exécutif ou judiciaire relevant d'un organisme fédéral, provincial ou municipal;

(b) du droit d'un pays étranger ou de l'une de ses subdivisions politiques.

(3) Le juge qui est dans l'impossibilité de déterminer le droit d'un pays étranger peut soit renvoyer l'action, soit décider du litige à partir du droit canadien et du droit de la province où il siège.

85. (1) On doit prendre connaissance d'office des faits mentionnés aux articles 83(2) et 84(2) sur demande d'une des parties au juge.

Cette partie doit cependant donner à la partie adverse un avis suffisant lui permettant de contester la demande, et fournir au juge les éléments d'information nécessaires à cette prise de connaissance d'office.

(2) Lorsqu'il doit décider, soit de l'opportunité de prendre connaissance d'office, soit des faits qui doivent faire l'objet de cette connaissance, le juge peut puiser à toutes les sources susceptibles de lui procurer des renseignements pertinents même si elles ne lui ont pas été fournies par l'une des parties.

(3) Avant de prendre connaissance d'office des faits mentionnés aux articles 83(2) et 84(2), le juge doit, sur demande, donner à chaque partie la possibilité de faire des représentations sur ces faits et sur l'opportunité de prendre connaissance d'office.

Lorsque le juge utilise à cette fin des renseignements non divulgués à l'audience, tel l'avis de spécialistes, ces renseignements et leur source doivent être consignés au dossier. Le juge doit de plus, sur demande, permettre aux parties de faire des représentations sur la valeur de ces renseignements.

(4) Le juge doit ordonner au jury d'accepter comme prouvé tout fait qui aurait dû être laissé à l'appréciation du jury, s'il n'était pas tombé sous connaissance d'office.

(5) On peut prendre connaissance d'office d'un fait à toute étape de la procédure.

(1) Commission de réforme du droit du Canada, *La preuve*, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services, 1977, p. 49.

ANNEXE II

Extrait du *Projet de loi S-33*, déposé au Sénat du Canada en 1982 (1):

*Judicial Notice***Judicial notice of enactments**

18. Judicial notice shall be taken of the following without production or proof;

- (a) Acts of Parliament of Canada;
- (b) Acts or ordinances of the legislature of any province or colony that forms or formed part of Canada;
- (c) Acts of the Parliament of the United Kingdom or any former kingdom of which England formed part that apply in the territorial jurisdiction of the court;
- (d) regulations, orders in council, proclamations, municipal by-laws and rules of pleading, practice or procedure published in the *Canada Gazette* or the official gazette of a province; and
- (e) municipal by-laws relevant to a criminal proceeding that have not been published as provided by paragraph (d) unless the court is satisfied that proof of any of them should be made in the ordinary manner.

Judicial notice of other matters

19. Judicial notice may be taken of the following without production or proof;

- (a) decisional law of federal courts, and of the courts of a province, that would otherwise be required to be proved as a fact;
- (b) facts so generally known and accepted that they cannot reasonably be questioned; and
- (c) facts capable of accurate and ready determination by resort to sources whose accuracy cannot reasonably be questioned.

Hearing

20. Before taking judicial notice of any matter, the court shall afford the parties an opportunity to be heard on the question whether judicial notice should be taken.

Effect of judicial notices

21. (1) A matter judicially noticed shall be deemed to be conclusively proved, except that the court may change its decision where it is satisfied that the taking of judicial notice was based on an error.

Appeal

(2) The decision to take judicial notice is a question of law that is subject to appeal.

*Admission d'office***Textes législatifs et autres**

18. Le tribunal admet d'office l'authenticité:

- (a) des lois du Parlement du Canada;
- (b) des lois ou ordonnances des provinces ou colonies faisant ou ayant fait partie du Canada;
- (c) des lois du Parlement du Royaume-Uni, ou de tout royaume dont l'Angleterre a déjà fait partie, qui s'appliquent dans son ressort;
- (d) des règlements et décrets, proclamations, règlements municipaux, règles de procédure ou de pratique publiés dans la *Gazette du Canada* ou les journaux officiels des provinces;
- (e) des règlements municipaux en cause en matière criminelle, même s'ils n'ont pas été publiés comme il est indiqué à l'alinéa d), sauf s'il est convaincu que la preuve de leur authenticité est à faire selon le mode ordinaire.

Autres cas d'admissions d'office

19. Peuvent être admis d'office:

- (a) les règles de droit résultant de décisions de tribunaux fédéraux ou provinciaux et qu'il faudrait autrement prouver comme des faits;

(1) Sénat du Canada, *Projet de loi S-33*, ("Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit"). Première lecture le 18 novembre 1982 (et ultérieurement retiré).

- (b) les faits dont la notoriété est telle qu'ils ne sauraient normalement être mis en question;
- (c) les faits dont il est possible d'établir facilement l'exactitude en recourant à des sources dont la fiabilité ne saurait normalement être mise en question.

Audition

20. Le tribunal est tenu de permettre aux parties de se faire entendre sur la ques-

tion de savoir s'il devrait rendre une décision d'admission d'office.

Effet de l'admission d'office

21. (1) Un point admis d'office est réputé prouvé de façon irréfutable. Toutefois, le tribunal peut revenir sur sa décision s'il l'estime mal fondée.

Appel

(2) Une décision d'admission d'office est une question de droit susceptible d'appel.

ANNEXE III

Extrait du *Projet de Code civil* présenté par l'Office de révision du Code civil du Québec en 1977 (1);

Livre sixième: De la preuve

7. On est dispensé de prouver ce dont le tribunal est tenu de prendre connaissance d'office.

8. Le tribunal doit, notamment, prendre connaissance d'office du droit en vigueur au Québec et de tout fait dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable.

9. Le tribunal doit également prendre connaissance d'office du droit des autres provinces ou territoires du Canada, pourvu qu'il ait été allégué.

Le tribunal peut, toutefois, demander que la preuve en soit faite.

10. Le tribunal n'est pas tenu de prendre connaissance d'office du droit d'un État étranger.

Il peut en prendre connaissance pourvu qu'il ait été allégué.

11. Lorsque, en vertu des deux articles précédents, le droit applicable n'a pas été allégué ou que sa teneur ne peut être établie, le tribunal applique le droit interne en vigueur au Québec.

(1) Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Volume I, "Projet de Code civil", Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, pp. 543-544.