

LE TRAITEMENT EN APPEL DES QUESTIONS DE FAIT, QUESTIONS DE DROIT ET QUESTIONS MIXTES

Frédéric Bachand*

On considère généralement que toute question se soulevant en appel peut être rangée dans l'une de trois catégories : la question de fait, la question de droit et la question mixte de fait et de droit. Or, il existe en réalité quatre types de questions susceptibles de se soulever en appel, car la notion de question mixte regroupe deux types de questions qu'on omet parfois de bien distinguer : d'une part, la question se rapportant à une conclusion juridique tirée en première instance à partir de faits prouvés et, d'autre part, la question se rapportant à une conclusion juridique tirée en première instance à partir des preuves versées au dossier. Par ailleurs, il semble se dégager de la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada une théorie assez cohérente du traitement de ces divers types de questions en appel. Cette théorie repose sur un principe fondamental selon lequel les cours d'appel ont surtout pour mission de préciser et de raffiner les règles juridiques tout en veillant à leur application universelle, et non de servir les intérêts particuliers des parties au litige. Cependant, certains aspects de la jurisprudence de la Cour suprême mériteraient d'être précisés, voir réexaminés, afin d'en accroître la cohérence.

It is generally considered that every question that arises in an appeal belongs to one of three categories: questions of fact, questions of law and mixed questions of fact and law. However, there actually are four types of questions that can arise in a appeal, because the notion of mixed questions relates to two different types of questions that are not always sufficiently distinguished: the first are questions that relate to legal conclusions drawn at first instance from proven facts, the second are questions that relate to legal conclusions drawn at first instance from the evidence adduced. Furthermore, the recent decisions of the Supreme Court of Canada seem to rest on a fairly coherent theory of the treatment to be afforded to these different types of questions in appellate

* Professeur à la Faculté de droit et membre de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill. Je tiens à remercier chaleureusement le juge Yves-Marie Morissette, qui m'a encouragé à écrire cet article et avec qui j'ai eu le plaisir de discuter du sujet à de nombreuses reprises au cours des dernières années. Je tiens aussi à remercier mes collègues Patrick Healy et Daniel Jutras, qui ont eu la gentillesse de lire et de commenter une version antérieure.

proceedings. The cornerstone of this theory is a fundamental principle according to which the primary role of appellate courts is to delineate and refine legal rules while ensuring their universal application, rather than to serve the particular interests of the parties in dispute. However, certain aspects of the Supreme Court's jurisprudence deserve to be clarified, if not reexamined, in order to enhance its coherence.

I. Introduction

Dans une série d'arrêts rendus au cours des dernières années, la Cour suprême a cherché à préciser le rôle que jouent les cours d'appel canadiennes et, plus particulièrement, l'étendue de leur pouvoir d'intervention à l'égard des différents types de questions qu'elles sont susceptibles d'être appelées à trancher¹. De ces arrêts se dégagent les idées fondamentales suivantes. Premièrement, toute question posée à une cour d'appel peut — du moins en théorie — être rangée dans l'une de trois catégories : la question de fait, la question de droit ou la question dite « mixte de fait et de droit ». Deuxièmement, la norme de révision en appel différera en fonction de la nature de la question soulevée. La réponse donnée par le juge de première instance à une question de fait ne peut être écartée qu'en présence d'une erreur manifeste et dominante². En revanche, la réponse donnée à une question de droit n'a pas à être entachée d'une erreur aussi grave pour être annulable, une simple erreur³ suffisant pour justifier l'intervention d'une cour d'appel. Quant aux questions mixtes de fait et de droit, la Cour suprême tend à considérer qu'une cour d'appel ne saurait, en principe, intervenir en l'absence d'une erreur manifeste et dominante.

¹ Voir notamment : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748 [*Southam*]; *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630 [*Mara*]; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381 [*Biniaris*]; *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491 [*St-Jean*]; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235 [*Housen*]; *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663 [*Prud'homme*]; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631 [*Buhay*]; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248; *Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. c. Chambre des notaires du Québec*, [2004] 3 R.C.S. 95; *H.L. c. Canada (P.G.) [H.L.]*, [2005] 1 R.C.S. 401; *R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190 [*Beaudry*].

² Sur cette notion, voir le texte correspondant à la note 19 et s.

³ L'expression « simple erreur » a notamment été utilisée par le juge Bastarache (avec l'appui des juges Lebel et Deschamps) dans *H.L.*, *supra* note 1 au para. 255 afin de désigner les erreurs ne méritant pas d'être qualifiées de manifestes et dominantes (« [l]a simple erreur doit être distinguée de l'erreur manifeste et dominante »).

Si la plupart de ces idées sont aujourd'hui bien connues, l'expérience démontre que leur application à des situations concrètes donne souvent du fil à retordre aux plaideurs ainsi qu'aux juges siégeant en appel.

D'abord, ceux-ci sont parfois confrontés à d'épineux problèmes de qualification des questions soulevées par la partie se pourvoyant en appel. Exemple typique d'une question problématique : « le juge de première instance a-t-il erré en concluant que la preuve relative à l'ivresse du défendeur n'établissait pas l'invalidité de son consentement au contrat? ». La référence à la preuve suggère qu'il s'agit d'une question de fait, mais les références aux notions de validité, consentement et contrat donnent à la question une connotation juridique. Serait-ce plutôt une question de droit, ou bien une question mixte de fait et de droit? Les plaideurs et les juges sont la plupart du temps laissés à eux-mêmes lorsqu'ils sont confrontés à des problèmes de la sorte, puisque le droit ne s'intéresse habituellement pas à la qualification des questions qui se soulèvent en appel; il y a des exceptions — comme les art. 24(2), 163(4) et 296(2) du *Code criminel*⁴ ainsi que la règle jurisprudentielle, typique de la tradition de common law⁵, selon laquelle la teneur du droit étranger désigné par une règle de conflit de lois constitue une question de fait⁶ — mais elles sont rares. De plus, la jurisprudence ne semble pas toujours des plus cohérentes, comme l'illustre la règle jurisprudentielle selon laquelle le caractère

⁴ L.R.C. 1985, c. C-46, Art. 24(2) : « [e]st une question de droit la question de savoir si un acte ou une omission par une personne qui a l'intention de commettre une infraction est ou n'est pas une simple préparation à la perpétration de l'infraction, et trop lointaine pour constituer une tentative de commettre l'infraction »; art. 163(4) : « [p]our l'application du présent article [infraction tendant à corrompre les mœurs], la question de savoir si un acte a servi le bien public et s'il y a preuve que l'acte allégué a outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de droit, mais celle de savoir si les actes ont ou n'ont pas outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de fait »; art. 296(2) : « [l]a question de savoir si une matière publiée constitue ou non un libelle blasphématoire est une question de fait ».

⁵ Mais aussi reçue dans certains ressorts civilistes; voir, par ex. : Bernard Audit, *Droit international privé*, 3^e éd., Paris, Economica, 2000 aux pp. 237-238 (« [d]u fait du rapprochement effectué entre la loi étrangère et un fait, ainsi que du caractère principalement accusatoire de la procédure civile, on a traditionnellement considéré que la tâche d'établir le contenu de la loi étrangère incombait aux parties »); Brigitte Herzog, « Proof of International Law and Foreign Law Before a French Judge » (1978) 18 Va. J. Int'l L. 651.

⁶ Voir, par ex. : *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; Richard Fentiman, *Foreign Law in English Courts — Pleading, Proof and Choice of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998 à la p. 3. Cet exemple est moins pertinent, car on admet depuis longtemps que cette qualification ne vaut pas en appel, les conclusions du juge de première instance sur la teneur de règles étrangères pouvant toujours être écartées sur le fondement de n'importe quel type d'erreur : R. Fentiman, *id.* à la p. 48.

déraisonnable d'un verdict de culpabilité soulève une question de droit seulement alors que le caractère déraisonnable d'un verdict d'acquiescement soulève une question de fait⁷.

Ensuite, une fois l'exercice de qualification complété, il est parfois difficile de déterminer la norme de révision applicable — simple erreur ou erreur manifeste et dominante. En effet, il existe un certain nombre d'exceptions aux règles générales énoncées plus haut, et leurs fondements et domaines d'application ne sont pas toujours aussi clairs qu'ils pourraient l'être. Par exemple, les cours d'appel ne sont autorisées à intervenir à l'égard de certaines questions dites de droit qu'en présence d'une erreur manifeste et dominante⁸. Aussi, il est parfois difficile de distinguer les questions mixtes à l'égard desquelles les cours d'appel peuvent intervenir en présence d'une simple erreur, de celles à l'égard desquelles leur intervention n'est justifiée qu'en présence d'une erreur manifeste et dominante.

Le présent texte vise deux principaux objectifs. Le premier est de contribuer à aplanir les difficultés de qualification qui se soulèvent en pratique, en précisant les notions parfois nébuleuses de questions de fait, questions de droit et questions mixtes de fait et de droit. Le second objectif est de vérifier s'il se dégage de la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada une théorie cohérente du traitement en appel de ces trois types de questions. Au terme de l'analyse, on constatera que la jurisprudence de la Cour est plus cohérente qu'on pourrait le croire au premier coup d'œil, mais qu'elle mériterait tout de même d'être précisée, voire réexaminée, sur quelques points.

1. La question de fait

L'acte juridictionnel — l'acte de juger du bien-fondé de la prétention litigieuse de la partie qui sollicite l'intervention de la cour — consiste essentiellement en l'application de règles juridiques à un contexte factuel donné. Ce contexte n'est parfois aucunement litigieux; la cour est alors appelée à appliquer les règles juridiques invoquées à des faits admis⁹. Mais le plus souvent, le contexte factuel est litigieux, soit parce qu'il y a désaccord sur la *force probante des preuves* versées au dossier, soit parce qu'il y a désaccord sur les *inférences factuelles*¹⁰ pouvant être tirées de faits prouvés; dans de telles circonstances, l'acte juridictionnel

⁷ *Biniaris*, *supra* note 1. Voir *infra* notes 14 et 54.

⁸ Voir *infra* note 14.

⁹ Par exemple lorsque la cour est saisie d'une requête fondée sur l'art. 448 C.p.c. (décision sur un point de droit).

¹⁰ Inférences factuelles qu'il convient de distinguer des conclusions mixtes de

comportera une étape préalable durant laquelle sera précisé le contexte factuel auquel seront appliquées les règles juridiques invoquées.

Les questions de fait qui se soulèvent en appel se rapportent donc à des conclusions que tire le juge de première instance lorsqu'il tranche le désaccord des parties sur certains aspects du contexte factuel du litige. Cependant, en précisant ce contexte factuel, le juge ne tire pas que des conclusions méritant d'être qualifiées de conclusions de fait. Par exemple, lorsqu'il décide d'exclure une preuve des débats, sa décision ne se situe pas strictement sur le plan factuel puisqu'elle résulte de l'application d'une règle juridique — régissant l'admissibilité des preuves — à certains faits¹¹. Il en est de même lorsque le juge tire une conclusion factuelle qu'une règle juridique l'oblige à tirer, soit à partir d'une preuve¹², soit à partir d'un fait déjà prouvé¹³. La notion de conclusion de fait ne vise donc pas toutes les conclusions que le juge tire en précisant le contexte factuel du litige, mais seulement celles qui sont tirées au terme d'une analyse qui n'est aucunement influencée par une règle juridique. Autrement dit, c'est seulement lorsque le juge exerce le pouvoir qui lui est généralement reconnu d'apprécier librement la force probante des preuves et de tirer librement certaines inférences de faits prouvés qu'il convient d'affirmer qu'il tire des conclusions de fait. Ainsi, dans le contexte d'un appel, on peut définir la question de fait comme étant *celle qui reproche au juge de première instance de s'être trompé en formulant une conclusion relevant de son appréciation souveraine de la force probante d'une preuve ou des inférences factuelles pouvant être tirées de faits prouvés*¹⁴.

faits et de droit, sur lesquelles voir la section 3. *La question mixte de fait et de droit*, ci-dessous.

¹¹ Voir, en ce sens, *Buhay*, *supra* note 1 au para. 45 : « [l]a question de savoir si l'utilisation d'un élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice [au sens de l'art. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*] est une question mixte de fait et de droit en ce qu'elle suppose l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits ».

¹² On peut citer comme exemple d'une telle règle, touchant à la force probante d'une preuve, l'art. 2829 du C.c.Q. : « L'acte sous seing privé fait preuve, à l'égard de ceux contre qui il est prouvé, de l'acte juridique qu'il renferme et des déclarations des parties qui s'y rapportent directement ».

¹³ Les règles de cette nature forment ce qu'on appelle communément les présomptions légales. Le Professeur Royer les définit comme suit : « Les présomptions légales sont celles qui sont spécialement attachées par la loi à certains faits. L'induction des faits connus au fait inconnu est l'œuvre du législateur et s'impose aux juges » (Jean-Claude Royer, *La preuve civile*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003 au n^o 778).

¹⁴ On peut donc se permettre d'avoir des doutes sur le bien-fondé de la jurisprudence de la Cour suprême selon laquelle le caractère raisonnable d'un verdict de

Il est parfois facile de déterminer si une conclusion donnée résulte ou non de l'appréciation souveraine de la force probante d'une preuve ou des inférences factuelles pouvant être tirées de faits prouvés. Lorsque le juge conclut que la preuve relative au comportement du médecin démontre que celui-ci a agi de manière fautive, il ne tire pas une conclusion de fait, car son raisonnement aura été influencé par une règle juridique relative à la notion de faute civile; il tire plutôt une conclusion mixte de fait et de droit¹⁵. Autre cas clair : lorsque le juge conclut, à partir de faits circonstanciels, que l'accusé était bel et bien à Sorel le 11 janvier 2004, il tire une conclusion au terme d'une analyse qui ne comporte aucune dimension juridique et qui résulte de sa seule appréciation souveraine des inférences pouvant être tirées de faits prouvés.

Dans d'autres cas, la qualification s'avère cependant plus problématique. Empruntons un exemple qu'a souvent utilisé le Professeur Yves-Marie Morissette à l'époque où il enseignait la preuve à l'Université McGill et imaginons une affaire pénale dans laquelle on reproche à l'accusé d'avoir contrevenu à une disposition formulée comme suit : « il est interdit de déposer une tasse sur la table ». Le seul témoin que fait entendre la poursuite affirme que la tasse de l'accusé se trouvait sur la table, mais il ne se souvient pas si d'autres articles s'y trouvaient. La défense, qui prétend que la disposition — qui viserait non pas à empêcher l'encombrement de la table, mais plutôt à prévenir les taches ou les égratignures — n'est applicable que si la tasse est *directement* déposée sur la table, fait entendre un témoin, qui dit deux choses : une feuille était directement déposée sur la table, et sur cette feuille était directement déposée la tasse de l'accusé. Dans un jugement laconique, le juge conclut, dans un premier temps, que la preuve n'établit pas que la tasse était sur la table et, dans un deuxième temps, que l'accusé doit donc être acquitté. En appel se pose la question de savoir si le juge s'est trompé en concluant que la tasse n'était pas sur la table. Il

culpabilité attaqué en appel soulève toujours une « question de droit seulement » au sens de l'art. 675(1)a)(i) du *Code criminel*, *supra* note 4 : *Biniaris*, *supra* note 1. Si l'accusé prétend que le verdict de culpabilité dans une affaire de conduite dangereuse causant la mort doit être écarté parce que le juge a déraisonnablement conclu que le véhicule était sous le contrôle de l'accusé et non d'un tiers, la cour d'appel trancherait le pourvoi au terme d'une analyse strictement factuelle, portant soit sur la force probante des preuves, soit sur les inférences factuelles méritant d'être tirées de faits prouvés; le pourvoi ne soulèverait aucune question de droit, ni même de question mixte de fait et de droit. Cela dit, la qualification qu'a retenue la Cour suprême n'a pas d'incidence sur la norme de contrôle applicable, qui demeure — comme pour toute question de fait — celle de l'erreur manifeste et dominante : voir ci-dessous le texte correspondant à la note 21.

¹⁵ Sur cette notion, voir ci-dessous la section 3. *La question mixte de fait et de droit*.

est possible que le juge, en tirant la conclusion litigieuse, se soit placé d'un point de vue strictement factuel; sa conclusion serait alors problématique — du moins *a priori* — compte tenu des preuves versées au dossier. Mais il est également possible que le juge ait été convaincu de la justesse de l'interprétation de la disposition proposée par l'accusé, et qu'en concluant que la tasse n'était pas *sur* la table, il ait voulu réellement dire « la tasse n'était pas *sur* la table *au sens de l'art. 17 du Code des bonnes manières* » et non pas « la tasse n'était pas *sur* la table *au sens couramment donné à ce mot* ». Sa conclusion comporterait alors une dimension juridique, puisqu'elle aurait été influencée par une règle juridique relative au sens qu'il convient de donner au mot « sur » en appliquant l'art. 17. Ce problème survient lorsque trois conditions sont réunies. D'abord, la conclusion litigieuse est exprimée en des termes identiques à ceux qui sont utilisés afin de préciser le domaine d'application d'une règle juridique dont le juge tient compte en tranchant le litige¹⁶. Ensuite, il s'agit de termes qui sont utilisés dans le langage courant pour décrire des faits, par opposition à des termes qui servent surtout à décrire des notions juridiques. Enfin, le juge de première instance omet de préciser si, en tirant la conclusion litigieuse, il tient compte du sens particulier qu'ont ces termes en droit. Il y a alors ambiguïté quant à savoir si la conclusion formulée par le juge fut influencée par des règles relatives au sens qu'ont les termes employés en droit¹⁷. Si le contexte dans lequel s'inscrit la conclusion — le reste du jugement de première instance, les écritures et plaidoiries des parties, etc. — laisse croire qu'il est plus probable que c'est effectivement ce qu'il ait cherché à faire, la conclusion méritera d'être qualifiée de conclusion mixte de fait et de droit¹⁸.

En ce qui concerne le traitement des conclusions de fait en appel, il est désormais acquis que le pouvoir de révision de la cour saisie du pourvoi ne diffère pas selon que la conclusion de fait attaquée a trait à la force probante des preuves ou aux inférences pouvant être tirées de faits

¹⁶ Ainsi, dans l'exemple qui précède, le juge utilise le même mot (« sur ») que celui qui est utilisé à l'art. 17 du *Code des bonnes manières* (« il est interdit de déposer une tasse *sur* cette table »).

¹⁷ Voir, dans le même esprit : *JurisClasseur Procédure civile*, fasc. 792, par André Perdiau, n° 101 (« [...] le risque de confusion, ou de perplexité, est encore plus grand lorsque le mot employé pour la qualification [juridique de faits] appartient au langage courant. C'est pourquoi, lorsqu'il représente un concept juridique auquel des conséquences également juridiques sont attachées, les arrêts de la Cour de cassation le mentionnent d'habitude comme ayant été employé 'au sens de (tel texte)', ce qui donne à entendre que, dans un autre contexte, il aurait relevé d'une appréciation souveraine. »).

¹⁸ Ce qui ne résout pas en soi la question de l'étendue du pouvoir de révision d'une cour d'appel à l'égard d'une telle conclusion; voir ci-dessous le texte correspondant à la note 42 et s. et à la note 55 et s.

prouvés. Dans les deux cas, la conclusion ne peut être écartée qu'en présence d'une erreur manifeste et dominante, c'est-à-dire si la conclusion attaquée est « manifestement erroné[e], non étayé[e] par la preuve ou par ailleurs déraisonnabl[e] »¹⁹. L'arrêt récent de la Cour suprême dans l'affaire *H.L.* a mis fin à toute incertitude quant à l'applicabilité de la norme de l'erreur manifeste et dominante aux inférences factuelles tirées de faits prouvés²⁰.

Il convient de souligner que la justification de la retenue doit faire preuve les cours d'appel n'est pas tout à fait la même en matière civile qu'en matière criminelle. Dans le premier contexte, le rôle principal des cours d'appel consiste non pas à servir les intérêts des parties au litige en évitant qu'une partie subisse une injustice suite à une décision erronée, mais plutôt à servir l'intérêt de l'ensemble de la société en précisant et en raffinant les règles juridiques et en veillant à leur application universelle²¹. Le volet correctif de leur mission étant donc secondaire, il est logique que les cours d'appel n'interviennent à l'égard de questions factuelles qu'en présence d'erreurs évidentes et importantes, d'autant plus que le juge de première instance est souvent mieux situé pour évaluer les preuves versées au dossier. En matière criminelle, les cours d'appel ne peuvent intervenir à l'égard de conclusions factuelles tirées en première instance que dans le cadre de l'appel d'un verdict de culpabilité²². Compte tenu de l'importance capitale d'éviter les condamnations erronées en matière criminelle, les fonctions correctives qu'exercent alors les cours d'appel ont une importance beaucoup plus grande qu'en matière civile. Si la norme de l'erreur manifeste et dominante est néanmoins applicable dans un tel contexte²³, c'est donc surtout en raison de la situation privilégiée du juge du procès ou du jury.

¹⁹ *R. c. Clark*, [2005] 1 R.C.S. 6 au para. 9 [*Clark*]. Selon le Professeur Royer, l'erreur est manifeste lorsqu'elle est « claire et facilement décelable » et elle est dominante lorsqu'elle « porte sur un fait essentiel qui a influencé la conclusion ultime du juge » : Royer, *supra* note 13 au para. 504.

²⁰ *Supra* note 1. Voir aussi, sur ce point : Royer, *ibid.* note 13 au para. 498.

²¹ « Ainsi, alors que le rôle premier des tribunaux de première instance consiste à résoudre des litiges sur la base des faits dont ils disposent et du droit établi, celui des cours d'appel est de préciser et de raffiner les règles de droit et de veiller à leur application universelle » (*Housen*, *supra* note 1 au para. 9). Autrefois, la retenue doit faire preuve les cours siégeant en appel était surtout justifiée par le fait que le juge de première instance est la plupart du temps mieux placé pour analyser les preuves versées au dossier : Royer, *ibid.* au para. 495.

²² Voir les art. 675 et 676 du *Code criminel*, *supra* note 4.

²³ Voir, par exemple : *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621 au para. 10.

Cette différence dans la mission qu'exercent les cours d'appel en matière civile et en matière criminelle n'a peut-être pas que des répercussions sur les fondements de la retenue dont elles doivent faire preuve à l'égard de conclusions de fait tirées par le juge de première instance. En effet, on peut se demander si elle ne devrait pas avoir aussi des répercussions sur ce que doit concrètement faire une cour d'appel lorsqu'une partie prétend qu'une erreur manifeste et dominante fut commise en première instance. Dans un contexte criminel, compte tenu de l'importance capitale d'éviter les condamnations erronées, on doit s'attendre à ce qu'une cour d'appel examine la preuve en profondeur, en se demandant si les conclusions de fait attaquées sont entachées d'erreurs manifestes et dominantes; la jurisprudence actuelle de la Cour suprême, qui adhère à cette thèse, doit donc être approuvée sans réserve²⁴. En matière civile cependant, puisque les cours d'appel doivent surtout consacrer leurs ressources à préciser les règles juridiques et à veiller à leur application universelle, il semblerait plus logique de ne pas les obliger à effectuer un examen approfondi des preuves versées au dossier de première instance. On pourrait être tenté de s'objecter à une telle restriction des pouvoirs des cours d'appel au motif qu'elle serait contraire aux principes fondamentaux de justice et d'équité, car il serait inconcevable que le justiciable qui est victime d'une erreur déraisonnable — bien que non décelable suite à un examen sommaire — soit sans recours. Cependant, cette objection n'est pas tout à fait convaincante, car elle semble méconnaître le fait qu'au Canada, comme dans les autres ressorts de common law, le droit d'appel n'est pas considéré comme étant réellement nécessaire afin d'assurer le caractère juste et équitable du processus juridictionnel pour les parties; voilà pourquoi ce droit n'est qu'une « création de la loi »²⁵ et qu'il est souvent assujéti à une autorisation préalable²⁶ lorsqu'il n'est pas carrément inexistant²⁷. De plus, permettre aux cours d'appel de se limiter

²⁴ Voir *Beaudry, supra* note 1 au para. 58, où la Cour cite avec approbation le passage suivant de l'arrêt *R. c. A.G.*, [2000] 1 R.C.S. 439 au para. 6 : « En se livrant à l'exercice prescrit par le sous-al. 686(1a)(i) du *Code criminel*, le tribunal d'examen *doit réexaminer la preuve en profondeur* et mettre à profit toute son expérience pour déterminer si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le verdict était raisonnable » [nos italiques].

²⁵ Voir notamment : *Kourtessis c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53 aux pp. 69-70. Cette conception de l'appel prévaut aussi au Québec : Adrian Popovici, « Phénoménologie de l'appel » (1972) 7 R.J.T. 445 à la p. 447 : « [a]u Québec, l'appel n'est pas un droit, c'est un *privilège* » [italiques dans l'original]. Voir aussi John Anthony Jolowicz, *On Civil Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000 aux pp. 333-334.

²⁶ Voir par ex. : art. 26 C.p.c.; art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême du Canada*, L.R.C. 1985, c. S-26.

²⁷ Parmi les jugements non appelables, mentionnons ceux rendus en matière de

à un examen sommaire des preuves semble plus compatible avec l'arrêt *Housen*. En effet, en plus de souligner que le rôle principal des cours d'appel est de servir l'intérêt de l'ensemble de la société en précisant et en raffinant les règles juridiques tout en veillant à leur application universelle, la Cour y a précisé que la retenue dont ces cours doivent faire preuve à l'égard des conclusions de fait s'explique aussi par la nécessité de réduire le nombre, la durée et le coût des appels :

Vu la rareté des ressources dont disposent les tribunaux, il faut encourager l'établissement de limites à la portée du contrôle judiciaire. La retenue à l'égard des conclusions de fait du juge de première instance sert cet objectif d'une manière rationnelle. *D'importantes ressources sont allouées aux tribunaux de première instance aux fins d'évaluation des faits. Permettre un large contrôle des conclusions factuelles des juges de première instance entraîne une inutile répétition de procédures judiciaires, tout en n'améliorant que peu ou pas le résultat. En outre, de longs appels causent préjudice aux plaideurs moins bien nantis et compromettent l'objectif qui consiste à mettre à leur disposition des recours efficaces et efficaces* [nos italiques]²⁸.

Clairement, cet objectif sera moins bien servi si les cours d'appel ont l'obligation d'examiner de manière approfondie les preuves versées au dossier en s'interrogeant sur le caractère raisonnable des conclusions de fait attaquées par la partie appelante. Ainsi, la jurisprudence actuelle de la Cour semble suggérer qu'en matière civile, l'erreur manifeste et dominante devrait pouvoir être décelée, du moins en règle générale, au terme d'un examen sommaire des preuves versées au dossier, ce qui impliquerait que les cours d'appel devraient normalement refuser l'invitation d'un plaideur de procéder à un examen approfondi des preuves en s'interrogeant sur le caractère raisonnable des conclusions tirées en première instance.

2. La question de droit

À la conclusion de fait s'oppose la conclusion de droit. Dans son acception commune, la notion de conclusions de droit vise celles tirées lors de l'élaboration du cadre juridique devant être appliqué aux conclusions factuelles tirées par le juge. Elle a donc deux caractéristiques fondamentales : d'abord, elle comporte une dimension normative qui la

petites créances (art. 984 C.p.c.) et ceux accueillant une requête pour autoriser un recours collectif (art. 1010 de ce même Code; *New York Life Insurance Company c. Vaughan*, [2003] J.Q. 89 (C.A.) (requête en autorisation à la Cour suprême du Canada rejetée)).

²⁸ *Housen*, *supra* note 1 au para. 16. Cet aspect de la jurisprudence de la Cour suprême a été critiqué par le Professeur Royer, qui estime qu'il revient surtout au législateur — et non aux tribunaux — de se soucier de considérations relatives au nombre, au coût et à la durée des appels : Royer, *supra* note 13 au para. 500.

distingue clairement de la conclusion de fait; ensuite, elle n'est aucunement influencée par le contexte factuel du litige et en est donc complètement détachée. Ce dernier point est crucial pour bien distinguer la conclusion de droit de la conclusion mixte de fait et de droit. Par exemple, « l'article 110.1 du *Code de procédure civile* est applicable à une action instituée après le 1^{er} janvier 2003 » est une conclusion de droit, mais « l'article 110.1 du C.p.c. est applicable à la présente action » n'en est pas une, puisqu'il s'agit d'une conclusion qui ne peut être tirée que suite à l'application d'une norme (relative à l'effet dans le temps de l'art. 110.1 du C.p.c.) aux faits du litige (en l'occurrence, la date de l'institution de l'action).

La question de droit s'intéresse donc à la juridicité d'une proposition normative donnée. Poser une question de droit revient toujours à se demander si une conclusion tirée lors de l'élaboration du cadre du juridique du litige reflète correctement l'état du droit positif, et l'analyse à ce titre est susceptible d'être influencée par quatre types de normes : *i*) celles précisant les sources des règles investies de la juridicité dans l'ordre juridique interrogé; *ii*) celles régissant l'interprétation des règles juridiques; *iii*) celles précisant le domaine d'application dans l'espace de ces règles — les règles de conflits de lois; et *iv*) celles précisant le domaine d'application dans le temps, des règles juridiques auxquelles s'intéresse le droit transitoire. Dans le contexte d'un appel, on peut donc définir la question de droit comme *celle contestant le bien-fondé d'une conclusion qu'a tirée le juge de première instance en décrivant le cadre juridique qu'il a appliqué aux faits du litige*.

Sans aucun doute, une cour d'appel peut et doit écarter une conclusion de droit qu'elle considère erronée. Évidemment, à une époque où même notre Cour suprême a reconnu la relativité de principe des règles juridiques²⁹, on pourrait longuement épiloguer sur le caractère inadéquat — voir dépassé — de cette idée selon laquelle une conclusion de droit peut être « erronée ». Mais on s'écarterait du sujet, l'idée à retenir étant qu'une cour d'appel n'a pas à faire preuve d'une quelconque déférence envers une conclusion de droit tirée en première instance, et qu'elle peut intervenir dès lors qu'elle la considère mal fondée ou non convaincante. Cette idée n'a jamais réellement suscité de controverse, et elle est pleinement justifiée au plan théorique compte tenu de la responsabilité fondamentale qu'ont les tribunaux judiciaires — et

²⁹ Voir : *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 aux pp. 638-639 et 641, citant Paul Amselk, « La teneur indéçise du droit » (1991), 107 Rev. dr. publ. 1199. Voir aussi les propos du juge Lebel, citant Kelsen, dans : *Épiciers Unis Métro Richelieu Inc. c. Syndicat des travailleurs et des travailleuses des Épiciers Unis Métro-Richelieu (C.S.N.)*, [1996] R.J.Q. 1509 (C.A.).

particulièrement ceux siégeant en appel — d’interpréter et d’appliquer correctement le droit, du moins celui qui est en vigueur dans les ordres juridiques auxquels ils sont rattachés.

En pratique, il est assez facile de distinguer les conclusions de droit des conclusions de fait et des conclusions mixtes, et les désaccords sur la norme de révision applicable aux conclusions de droit sont rares. Les problèmes les plus fréquents sont d’un tout autre ordre, et ils surviennent lorsque le juge de première instance ne décrit pas de manière suffisamment précise les règles juridiques qu’il a appliquées aux faits du litige. On trouve un bon exemple de ce type de difficultés dans l’arrêt *Housen*³⁰, lorsque la Cour suprême analyse l’argument selon lequel la juge de première instance aurait erré en concluant que la municipalité défenderesse n’avait pas respecté son obligation de maintenir la route où s’était produit l’accident dans un état raisonnable d’entretien. La municipalité prétendait que la juge avait, contrairement à la jurisprudence établie, omis d’analyser la dangerosité de la route en se plaçant du point de vue d’un conducteur raisonnable prenant des précautions normales; la partie adverse prétendait que la juge du procès avait, au contraire, analysé la preuve en tenant compte de cette jurisprudence. La juge n’avait cependant pas été des plus explicites sur ce point, de sorte que la Cour eût à analyser l’ensemble de son jugement dans l’espoir d’y trouver des indices qui lui permettraient de déterminer si elle avait tenu compte de cette exigence jurisprudentielle. La Cour conclut unanimement que de tels indices existaient, mais elle fut divisée quant aux conclusions à en tirer : alors que les juges majoritaires conclurent que certains aspects des motifs de la juge de première instance laissaient croire qu’elle s’était bel et bien placée du point de vue d’un conducteur raisonnable prenant des précautions normales³¹, les juges dissidents conclurent plutôt qu’elle avait omis de tenir compte de cette exigence et que sa conclusion devait, pour cette raison, être écartée³². Des problèmes de ce type compliquent les appels inutilement, car ils peuvent être évités assez facilement par une motivation plus précise du jugement rendu en première instance.

3. La question mixte de fait et de droit

La question mixte de fait et de droit a pour objet les conclusions que tire le juge lors de l’ultime étape de l’acte juridictionnel, celle de l’application du cadre juridique aux faits du litige. Cependant, cette

³⁰ *Housen*, *supra* note 1.

³¹ *Ibid.* au para. 39 et s.

³² *Ibid.* au para. 114 et s.

notion désigne en réalité deux types de questions qu'on omet parfois de bien distinguer.

A. *La fausse question mixte : la question s'attaquant à une conclusion tirant des conséquences juridiques de faits prouvés*

Premièrement, la notion de question mixte s'intéresse à la correspondance entre les faits du litige — les faits *prouvés* — et les règles juridiques appliquées. Elle s'intéresse donc à la qualification des faits prouvés au plan juridique, c'est-à-dire aux conséquences juridiques de ces faits³³. Après avoir conclu que le défendeur a laissé une paire de pinces dans l'estomac de la demanderesse (conclusion de fait) et que la preuve d'une faute est nécessaire afin d'engendrer la responsabilité civile extracontractuelle (conclusion de droit), le juge se demandera si, en laissant une paire de pinces dans l'estomac de la demanderesse, le défendeur a commis une faute (question mixte de fait et de droit). La question est donc mixte en ce qu'elle comporte une dimension juridique tout en ayant pour objet les faits du litige. Ainsi, en appel, la notion de question mixte de fait et de droit vise premièrement la question *qui reproche au juge de première instance de s'être trompé dans les conclusions juridiques qu'il a tirées de faits prouvés*.

Conçue de cette manière, la question mixte se rapproche davantage de la question de droit que de la question de fait. En effet, il n'y a qu'une différence formelle entre la question de savoir si le défendeur a agi de manière fautive en oubliant une paire de pinces dans l'estomac de la demanderesse, et la question de droit — posée dans l'abstrait, sans référence au contexte factuel du litige — de savoir si le fait pour un médecin d'oublier une paire de pinces dans l'estomac d'une patiente constitue une faute. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à penser à la nature du raisonnement qui devra être employé afin de répondre à chacune de ces questions. Dans les deux cas, la réponse découlera d'une analyse strictement juridique — une analyse influencée surtout par la théorie des sources du droit et les règles d'interprétation juridique ayant cours dans l'ordre juridique concerné — par opposition à une analyse de nature factuelle ne s'intéressant qu'à la force probante de preuves ou aux inférences factuelles pouvant être tirées de faits prouvés³⁴.

³³ Cette conception de la question mixte rejoint la définition qu'a adoptée la Cour suprême des États-Unis dans *Pullman-Standard v. Swint*, 456 U.S. 273 (1982) à la p. 289 (à la n. 19) : « questions in which the historical facts are admitted or established, the rule of law is undisputed, and the issue is whether the facts satisfy the statutory standard, or to put it another way, whether the rule of law as applied to the established facts is or is not violated ».

³⁴ On trouve une excellente illustration de cette idée dans l'arrêt *Clark*, *supra* note

La Cour suprême a d'ailleurs souvent reconnu que la conclusion s'intéressant aux conséquences juridiques de faits prouvés se situe davantage dans le domaine du droit que dans celui des faits. On peut citer en exemple son arrêt unanime dans l'affaire *R. c. Belyea*, rendu en 1932, où la Cour écrit ceci :

The right of appeal by the Attorney-General, conferred by s. 1013(4), Criminal Code, as enacted by c. 11, s. 28, of the Statutes of Canada, 1930, is, no doubt, confined to "questions of law." That implies, if it means anything at all, that there can be no attack by him in the Appellate Divisional Court on the correctness of any of the findings of fact. But we cannot regard that provision as excluding the right of the Appellate Divisional Court, *where a conclusion of mixed law and fact, such as is the guilt or innocence of the accused, depends, as it does here, upon the legal effect of certain findings of fact* made by the judge or the jury, as the case may be, to enquire into the soundness of that conclusion, *since we cannot regard it as anything else but a question of law*,—especially where, as here, it is a clear result of misdirection of himself in law by the learned trial judge³⁵.

Cet extrait fut cité avec approbation dans les motifs majoritaires du juge Martland dans l'arrêt *R. c. Ciglen*, après qu'il eut relevé que « [l]'erreur commise en cette cause porte sur l'effet juridique des faits [...] constatés [par le juge de première instance] et, partant, c'est une erreur de droit »³⁶. Plus récemment, dans l'affaire *Mara*³⁷, la Cour eut à décider la question de savoir si des spectacles organisés par les accusés étaient indécents est une « question de droit seulement » au sens de l'art. 676(1)a) du *Code criminel*³⁸. S'appuyant sur l'analyse faite dans son arrêt *R. c. Morin*³⁹ — dans lequel furent cités avec approbation les arrêts *Belyea* et *Ciglen* —, la Cour affirma que « l'arrêt *Morin* indique que, si les faits concernant un spectacle sont incontestés, la question de savoir si le spectacle est indécent

19. La principale question en litige en Cour suprême était de savoir si le juge de première instance avait eu raison de conclure du fait que l'accusé s'était masturbé près de sa fenêtre de salon alors que les rideaux étaient ouverts et que la pièce était éclairée, que celui-ci avait commis une action indécente *dans un endroit public* au sens de l'art. 173(1)a) du *Code criminel*, *supra* note 4. Les faits n'étaient pas en litige; seule leur qualification juridique l'était. En analysant le bien-fondé de la conclusion du juge de première instance, la Cour suprême s'est essentiellement livrée à un exercice d'interprétation législative (voir le texte correspondant à la note 58 et s.), et non pas à l'analyse de la force probante des preuves ou des inférences factuelles à en tirer.

³⁵ [1932] R.C.S. 279 à la p. 296.

³⁶ [1970] R.C.S. 804 à la p. 819.

³⁷ *Supra* note 1.

³⁸ *Supra* note 4.

³⁹ [1992] 3 R.C.S. 286 à la p. 294 : « Si un juge du procès conclut à l'existence de tous les faits nécessaires pour tirer une conclusion en droit et que, pour tirer cette conclusion, ces faits peuvent simplement être tenus pour avérés, une cour d'appel peut ne

est une question de droit seulement »⁴⁰. On peut aussi citer l'arrêt *St-Jean c. Mercier*, dans lequel les neuf juges de la Cour ont affirmé que la réponse à la question de savoir si les faits satisfont aux critères juridiques, lorsqu'elle se pose après que les faits ont été établis sans erreur manifeste et dominante, est annulable en présence d'une simple erreur⁴¹.

On pourrait être tenté de conclure que le rapprochement entre ce type de conclusions et les conclusions de droit implique que celles-là devraient *toujours* être révisables, en appel, dans les mêmes circonstances que celles-ci. C'est d'ailleurs la thèse à laquelle se ralliait la Cour suprême à une certaine époque⁴². Cependant, dans sa jurisprudence récente en matière civile, la Cour suprême a modifié sa position et précisé que les conclusions s'intéressant aux conséquences juridiques des faits prouvés ne sont qu'exceptionnellement susceptibles d'être écartées sur le fondement d'une simple erreur. Ainsi, dans l'arrêt

pas partager la conclusion tirée sans empiéter sur la fonction de recherche des faits conférée au juge du procès. Le désaccord porte sur le droit et non sur les faits ni sur les conclusions à tirer de ceux-ci. Le même raisonnement s'applique si les faits sont acceptés ou incontestés. Dans ce cas, le tribunal peut arriver à la bonne conclusion en droit sans ordonner un nouveau procès puisque les questions factuelles ont été réglées ».

⁴⁰ *Mara, supra* note 1 au para. 20. Voir aussi les motifs du juge Cory dans *R. c. Greyeyes*, [1997] 2 R.C.S. 825 au para. 40 : « L'appelant soutient que la question dont nous sommes saisis en l'espèce est une question de fait ou une question mixte de droit et de fait. Cependant, dans l'arrêt *R. c. Morin, ibid.* à la p. 294, il a été statué que l'effet juridique des faits incontestés est une question de droit. En l'espèce, les faits ne sont pas contestés. Ce n'est que la conclusion juridique qui doit en être tirée qui est en cause. C'est une question de droit et la Cour d'appel avait compétence pour modifier les conclusions du juge du procès ».

⁴¹ *St-Jean, supra* note 1 aux para. 48-49 : « La question qui consiste 'à déterminer si les faits satisfont au critère juridique' est une question mixte de droit et de fait ou, en d'autres termes, 'la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence appropriée est une question de droit et de fait' : *Southam, supra* note 1 au para. 35. *Une fois les faits établis* sans erreur manifeste et dominante, cette question doit généralement être révisée *suivant la norme de la décision correcte* puisque la norme de diligence est normative et constitue une question de droit qui relève de la compétence habituelle des tribunaux de première instance et d'appel. C'est la norme applicable à la négligence médicale » [nos italiques].

⁴² Voir Michel Morin, « La Cour suprême et les motifs d'intervention d'une cour d'appel sur des questions de fait » (1985) R.D.J. 121 à la p. 135, qui écrivait que « [r]appeler qu'une cour d'appel peut tirer de nouvelles conclusions juridiques à partir des événements reconstitués par le premier juge, c'est souligner l'évidence », et qui citait au soutien de cette affirmation un extrait particulièrement pertinent de l'arrêt *Desgagné, succession c. Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 R.C.S. 19 à la p. 31 : « Les procureurs des intimés et de l'appelante Lauréanne Harvey Desgagné ont soutenu que le caractère graduel de la manifestation des vices de construction est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine du juge de première instance. Ce n'est pas mon avis. Il s'agit plutôt d'une question de qualification et par conséquent de

*Housen*⁴³, les juges majoritaires ont écrit que la réponse donnée en première instance à la question de savoir si, à la lumière des faits prouvés, le défendeur avait respecté la norme de diligence ne pouvait être écartée — en règle générale — qu'en présence d'une erreur manifeste et dominante⁴⁴. L'arrêt *Prud'homme* semble être au même effet : après avoir souligné que les faits de l'affaire étaient « assez bien établis » et qu'« il ne s'agi[ssait] pas tant dans cet appel de rechercher ce qui s'est passé que de déterminer la qualification et les effets juridiques des événements »⁴⁵, la Cour a conclu que la qualification juridique des faits du litige pouvait, selon les circonstances, n'être annulable qu'en présence d'une erreur manifeste et dominante⁴⁶.

Comment distinguer l'erreur pleinement révisable de celle qui ne l'est qu'à condition d'être manifeste et dominante? Dans *Housen*, la Cour a affirmé que la norme de la simple erreur n'est applicable que lorsqu'il aura été établi que le juge de première instance ait « commis une *erreur de principe isolable* en déterminant la norme applicable ou en appliquant cette norme, *auquel cas l'erreur peut constituer une erreur de droit* » [nos italiques]⁴⁷. Cette affirmation peut donner à penser qu'un juge de première instance pourrait commettre deux types d'erreurs en tirant des

bien plus qu'une simple question de fait. Il faut en effet appliquer aux faits le concept juridique de manifestation graduelle de l'art. 2259, au même titre par exemple que dans une affaire de responsabilité civile, il faut qualifier ou non de faute au sens de l'art. 1053 l'acte ou l'abstention d'une personne. C'est là porter un jugement essentiellement normatif. Il ne s'agit donc pas de substituer ma propre appréciation de la preuve à celle du premier juge, mais de tirer des conclusions en droit à partir des faits qu'il a lui-même considérés comme établis. Lorsqu'une juridiction d'appel accepte toutes les conclusions de fait proprement dites du premier juge, comme je le fais, elle est en aussi bonne position que lui pour qualifier ces faits ».

⁴³ *Housen*, *supra* note 1.

⁴⁴ *Ibid.* au para. 37 : « À cet égard, nous *ne pouvons en toute déférence pas souscrire à l'opinion de notre collègue* lorsqu'il affirme, au para. 106, qu'« [u]ne fois les faits établis, la décision touchant la question de savoir si le défendeur a respecté ou non la norme de diligence est, dans la plupart des cas, contrôlable selon la norme de la décision correcte, puisque le juge de première instance doit apprécier les faits au regard de la norme de diligence appropriée. Dans bien des cas, l'examen des faits à travers le prisme juridique de la norme de diligence implique l'établissement de politiques d'intérêt général ou la création de règles de droit, rôle qui relève autant des cours de première instance que des cours d'appel ». À notre avis, il est bien établi en droit que la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence suppose l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits, ce qui en fait une question mixte de fait et de droit. *Cette question est assujettie à la norme de l'erreur manifeste et dominante* [...] » [nos italiques]. Voir aussi : *Buhay*, *supra* note 1 au para. 45.

⁴⁵ *Supra* note 1 au para. 65.

⁴⁶ *Ibid.* au para. 66.

⁴⁷ *Housen*, *supra* note 1 au para. 37.

conclusions juridiques de faits prouvés : l'une de droit, l'autre qui ne le serait pas. La conclusion comportant une « erreur de principe isolable » constituerait une erreur de droit, alors qu'une conclusion erronée mais ne contenant aucune « erreur de principe isolable » ne constituerait pas une erreur de droit et ne serait annulable que si elle est manifeste et dominante. Suivant cette lecture de *Housen*, il existerait donc, entre l'erreur librement révisable et celle qui ne l'est qu'à condition d'être manifeste et dominante, une différence de nature.

Une telle interprétation de l'arrêt *Housen* doit cependant être rejetée, pour deux raisons. D'abord, elle tient difficilement la route au plan théorique. Comme la Cour suprême l'a elle-même reconnu, notamment dans *Mara*⁴⁸, toute conclusion s'intéressant aux conséquences juridiques de faits prouvés se situe dans le domaine du droit et non dans celui des faits, ce qui implique que toute erreur dans la formulation d'une telle conclusion constitue forcément une erreur de nature juridique, une erreur de droit. Si le juge de première instance s'est trompé en tirant une conclusion au terme d'un raisonnement de nature strictement juridique, un raisonnement qui ne s'intéresse aucunement à la force probante des preuves ou aux inférences factuelles pouvant être tirées des preuves, son erreur ne peut logiquement être autre chose qu'une erreur de droit.

Deuxièmement, il est improbable que la Cour suprême ait réellement voulu dire, dans *Housen*, que c'est en analysant la *nature* de l'erreur reprochée au juge de première instance qu'on peut déterminer la norme de révision applicable. En effet, l'arrêt *Housen* doit être lu à la lumière de ce qu'a dit la Cour dans son arrêt *Southam*, rendu cinq ans auparavant et dans lequel, suite à une analyse plus détaillée que celle que l'on retrouve dans *Housen*, elle laissa entendre que l'élément déterminant concerne davantage la *portée* de l'erreur reprochée au juge de première instance que sa *nature*. L'extrait pertinent de son arrêt unanime, rendu sous la plume du juge Iacobucci, mérite d'être reproduit intégralement :

À l'opposé, il arrive que les faits dans certaines affaires soient si particuliers, de fait qu'ils soient si uniques, *que les décisions concernant la question de savoir s'ils satisfont aux critères juridiques n'ont pas une grande valeur comme précédents*. Si une cour décidait que le fait d'avoir conduit à une certaine vitesse, sur une route donnée et dans des conditions particulières constituait de la négligence, sa décision aurait peu de valeur comme précédent. *Bref, plus le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, plus l'affaire prend le caractère d'une question d'application pure, et s'approche donc d'une question de droit et de fait parfaite*. Voir R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), aux pp. 103 à 108. Il va de soi qu'il n'est pas facile de dire avec

⁴⁸ *Mara*, *supra* note 1.

précision où doit être tracée la ligne de démarcation; quoique, dans la plupart des cas, la situation soit suffisamment claire pour permettre de déterminer *si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble très particulier de circonstances qui n'est pas susceptible de présenter beaucoup d'intérêt pour les juges et les avocats dans l'avenir* [nos italiques]⁴⁹.

Cet extrait est compatible avec la thèse, plus convaincante, selon laquelle il existerait une différence de degré, et non de nature, entre la conclusion pleinement révisable et celle qui ne l'est qu'en présence d'une erreur manifeste et dominante : la conclusion appliquant une règle juridique à des faits si particuliers qu'ils ne sont pas susceptibles de se présenter dans d'autres affaires sera annulable seulement en présence d'une erreur manifeste et dominante, alors que la conclusion appliquant une règle à des faits susceptibles de se présenter dans d'autres affaires sera annulable en présence d'une simple erreur⁵⁰. Le critère d'intervention applicable tient donc à la portée qu'est susceptible d'avoir l'erreur reprochée au juge de première instance : en principe, une cour d'appel n'interviendra pas afin de corriger une erreur qui n'est susceptible d'avoir des répercussions que sur la partie lésée, mais elle interviendra pleinement et librement afin de corriger une erreur qui est susceptible d'avoir des répercussions plus larges dans la société. Cette distinction est d'ailleurs parfaitement compatible avec la reconnaissance par la Cour suprême du fait que la mission première des cours d'appel canadiennes est non pas de servir l'intérêt privé d'une partie lésée par une décision erronée, mais

⁴⁹ *Southam*, supra note 1 au para. 37.

⁵⁰ La solution adoptée par la Cour suprême est pratiquement identique à celle défendue par le Professeur Lee dans un important article publié aux États-Unis au début des années 90 : Evan Tsen Lee, « Principled Decision Making and the Proper Role of Federal Appellate Courts: The Mixed Questions Conflict » (1990-91) 64 S. Cal. L. Rev. 235. L'auteur résume ainsi sa thèse à la p. 285 : « [T]his Article concludes that the restricted conception of appellate review compels appellate courts to apply only the 'clearly erroneous' standard to findings on mixed questions of law and fact unless, in a particular case, review of such findings would produce meaningful precedent. Put another way, if an appellate court can create meaningful precedent when it reverses or sets aside a district court finding, then the standard of review should be de novo. In all other circumstances the 'clearly erroneous' standard should govern review. » Jusqu'à présent, la jurisprudence américaine ne semble pas avoir adhéré à cette thèse : « [m]ixed fact-law questions are subject to the same full review as pure questions of law » (Jack H. Fiedenthal, Mary Kay Kane et Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, 3^e éd., St. Paul, West, 1999 à la p. 623); certains auteurs sont cependant plus nuancés : « Federal courts are divided over the proper standard of review for these mixed fact and law questions. Some circuits apply a clearly deferential standard of reversing only when the lower court decision is 'clearly erroneous.' Other circuits apply a plenary (de novo) standard of review; the remainder follow a variable standard from case to case » (F. James, Geoffrey C. Hazard, Jr. et John Leubsdorf, *Civil Procedure*, 5^e éd., New York, Foundation Press, 2001 à la p. 774).

plutôt de préciser, raffiner et faire évoluer les règles juridiques dans l'intérêt de l'ensemble de la société⁵¹.

Ces observations sur la distinction entre les conclusions annulables en présence d'une erreur simple et celles qui ne le sont qu'en présence d'une erreur manifeste et dominante étant faites, il convient maintenant de se pencher sur l'applicabilité de la jurisprudence *Southam-Housen* en matière criminelle. La question se pose, car jusqu'à présent la Cour suprême semble tenir pour acquis que les cours d'appel ne devraient faire preuve de retenue face aux conclusions juridiques tirées de faits prouvés qu'en matière civile. Par exemple, dans l'arrêt *Mara*, rendu en 1997, mais après l'arrêt *Southam*, la Cour a librement réexaminé une conclusion de cette nature dans le cadre de l'appel par les accusés d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario ayant annulé un verdict d'acquiescement⁵². Plus récemment, dans l'affaire *Clark*, la Cour a réexaminé librement une conclusion de cette nature dans le cadre de l'appel par l'accusé d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ayant confirmé un verdict de culpabilité⁵³. À la réflexion cependant, cette approche ne s'avère réellement justifiée que dans l'hypothèse où un verdict de culpabilité a été rendu en première instance. Compte tenu de l'importance capitale d'éviter des condamnations erronées, il est certainement préférable de permettre alors aux cours d'appel de réexaminer librement le bien-fondé des conclusions juridiques tirées de faits prouvés, et ce, même si la Cour devra du coup se pencher sur une question qui n'est pas susceptible de se poser à nouveau dans des affaires subséquentes. Par contre, lorsque le verdict rendu en première instance en fut un d'acquiescement — comme c'était le cas dans *Mara* —, les fonctions purement correctives qu'exercent les cours d'appels deviennent moins importantes et leur rôle principal redevient alors de préciser et de faire évoluer les règles de droit dans l'intérêt de l'ensemble de la société⁵⁴. Logiquement, elles ne devraient être autorisées à réexaminer librement des conclusions juridiques tirées de faits prouvés qu'à condition que celles-ci soient susceptibles d'avoir une portée suffisamment importante dans des affaires subséquentes.

En résumé, la notion de question mixte vise d'abord, dans le contexte d'un appel, la question s'attaquant à une conclusion du juge de première instance tirant des conséquences juridiques de faits prouvés. En

⁵¹ Voir ci-dessus le texte correspondant à la note 21.

⁵² *Mara*, *supra* note 1. Il s'agissait dans cette affaire de déterminer si des spectacles présentés par les accusés étaient indécents au sens de l'art. 167 du *Code criminel*, *supra* note 4.

⁵³ *Supra* note 19. Au sujet de cette affaire, voir *supra* note 34.

⁵⁴ Ce qu'illustre d'ailleurs le fait que la Couronne ne peut porter en appel un verdict d'acquiescement au motif qu'il serait déraisonnable : *Biniaris*, *supra* note 1.

vérité, cette question ne se distingue pas de la question de droit, du moins au plan ontologique, car dans les deux cas la réponse est formulée au terme d'une analyse strictement juridique, par opposition à une analyse factuelle impliquant l'appréciation de la force probante de preuves ou encore d'inférences factuelles pouvant être tirées de faits prouvés. Toute erreur dans la détermination des conséquences juridiques de faits prouvés est donc forcément une erreur de droit. Néanmoins, en matière civile, la partie qui attaque une telle conclusion tirée en première instance doit établir que celle-ci comporte une erreur manifeste et dominante, à moins qu'elle ne réussisse à convaincre la cour d'appel que la conclusion attaquée présente un niveau de généralité tel qu'elle est susceptible d'influer sur le sort d'un nombre suffisant d'affaires subséquentes. En matière criminelle, de telles conclusions sont — selon la Cour suprême — annulables en présence d'une simple erreur, mais il semble que l'application de la jurisprudence *Southam-Housen* serait justifiée lorsque le verdict rendu en première instance en fut un d'acquiescement.

B. La question véritablement mixte : la question s'attaquant à une conclusion tirant des conséquences juridiques de preuves versées au dossier

Les décisions rendues en première instance contiennent souvent des conclusions qui ne peuvent être rangées dans l'une ou l'autre des catégories étudiées jusqu'à présent. Le meilleur exemple est sans doute celui des verdicts rendus par les jurys. Lorsque le jury conclut que l'accusé a fait preuve de négligence criminelle, il exprime une conclusion qui présente un caractère mixte, en ce qu'elle s'intéresse aux conséquences juridiques des faits du litige. Cependant, sa conclusion se distingue des conclusions examinées précédemment. En effet, le rôle d'un jury ne se limite normalement pas à se prononcer sur la qualification juridique de faits établis. Il ne doit pas seulement déterminer si tel ou tel comportement est constitutif de négligence criminelle, il doit aussi — et d'abord — déterminer quel a été, à un niveau strictement factuel, le comportement de l'accusé. Lorsqu'il affirme que l'accusé fait preuve de négligence criminelle, le jury formule donc une conclusion au terme d'un raisonnement, en deux temps, dont le point de départ est non pas les *faits prouvés*, mais plutôt les *preuves versées au dossier*. La notion de question mixte de fait et de droit vise aussi ce type de questions, *qui s'attaquent au bien-fondé d'une conclusion juridique tirée en première instance à partir des preuves versées au dossier*.

Des conclusions de cette nature ne se rencontrent pas seulement dans les verdicts rendus par des jurys. Il n'est pas rare qu'au lieu de s'exprimer

de manière à soigneusement distinguer les conclusions de fait (le défendeur a oublié une paire de pinces dans l'estomac de la défenderesse) des conclusions relatives aux conséquences juridiques des faits prouvés (en laissant une paire de pinces dans l'estomac de la demanderesse, le défendeur a commis une faute), le juge de première instance se contente d'affirmer, par exemple, que la *preuve* versée au dossier par la demanderesse établit que le défendeur a agi de manière fautive. En arrivant à cette conclusion, le juge aura forcément dû se poser deux questions : l'une, de fait, qui se soulève forcément en amont, est de savoir si les preuves ont établi que le défendeur a effectivement oublié une paire de pinces dans l'estomac de la demanderesse; l'autre, qui concerne les conséquences juridiques de la réponse donnée à la première question, est de savoir si le comportement du défendeur était fautif.

Contrairement à la conclusion s'intéressant aux conséquences juridiques de faits prouvés, celle s'intéressant aux conclusions juridiques des preuves versées au dossier présente donc un caractère véritablement mixte, car elle implique à la fois une analyse strictement factuelle (force probante des preuves, inférences factuelles pouvant en être tirées) et une analyse juridique. Une telle conclusion se situe à la fois dans le domaine des faits et dans le domaine du droit, ce qui soulève des problèmes particulièrement épineux lorsqu'elle est attaquée en appel. Devrait-elle pouvoir être écartée en présence d'une erreur manifeste et dominante, compte tenu de sa dimension factuelle, ou une simple erreur devrait-elle suffire, compte tenu de sa dimension juridique?

D'un point de vue théorique, la question ne soulève pas trop de difficultés. Si l'appelant reproche au juge de première instance d'avoir erré en répondant aux questions de fait se posant en amont, une cour d'appel ne saurait intervenir qu'en présence d'une erreur manifeste et dominante. S'il reproche au contraire au juge d'avoir erré dans la seconde étape de l'analyse, en tirant des conclusions juridiques des faits établis lors de la première étape de l'analyse, la cour devrait pouvoir intervenir en présence d'une simple erreur, mais — compte tenu de ce qui a été dit précédemment — seulement si la conclusion en litige présente un niveau de généralité tel qu'elle est susceptible d'influer sur le sort d'un nombre suffisant d'affaires subséquentes⁵⁵.

Cependant, les choses ne sont pas toujours aussi simples en pratique, car il est parfois difficile de connaître de manière suffisamment précise le raisonnement du juge de première instance. Lorsque celui-ci affirme, sans autre précision, que « la preuve relative au comportement du défendeur n'établit pas que celui-ci a agi de manière fautive », il est

⁵⁵ Voir ci-dessus le texte correspondant à la note 47 et s.

impossible de savoir s'il a tiré cette conclusion parce qu'il était d'avis que la preuve n'établissait pas que le défendeur avait effectivement oublié une paire de pinces dans l'estomac de la demanderesse, ou plutôt parce qu'il était d'avis que le défendeur avait bel et bien oublié une paire de pinces dans l'estomac de la demanderesse, mais qu'il n'avait pas du coup agi de manière fautive.

Dans de telles circonstances, le réexamen par une cour d'appel de la conclusion attaquée nécessitera forcément qu'elle se livre — dans un premier temps — à une analyse strictement factuelle des preuves versées au dossier en première instance⁵⁶, de sorte que son pouvoir de révision doit logiquement être limité de manière à ce qu'elle ne puisse écarter la conclusion qu'en présence d'une erreur manifeste et dominante. Autrement dit, la conclusion attaquée ne devrait pouvoir être annulée que si la cour d'appel est convaincue qu'un juge appliquant correctement les règles juridiques pertinentes ne pourrait raisonnablement tirer des preuves versées au dossier la conclusion qui fut tirée par le juge de première instance ou par le jury.

Conclusion

Les justiciables sont en droit de s'attendre à ce que le droit fournisse des réponses claires, cohérentes et prévisibles à une question aussi fondamentale que celle de savoir quelle norme de révision est applicable dans un appel donné.

Malgré quelques incertitudes persistantes, il semble se dégager de la jurisprudence récente de la Cour suprême une théorie assez cohérente du traitement en appel des questions de fait, des questions de droit et des questions mixtes. Cette théorie repose sur un principe fondamental selon lequel les cours d'appel ont surtout pour mission de préciser et de développer les règles juridiques dans l'intérêt de l'ensemble de la société. Voilà pourquoi ils ne doivent généralement pas se soucier des conclusions tirées en première instance qui n'intéressent principalement que les parties au litige. Ils doivent surtout s'attarder aux conclusions de droit et aux « fausses » conclusions mixtes d'intérêt général, lesquelles méritent toujours d'être réexaminées suivant la norme de la simple erreur. Puisque les fonctions correctives des cours d'appel sont donc d'importance secondaire, les conclusions qui n'intéressent principalement que les parties au litige — les conclusions de fait, les « fausses » conclusions

⁵⁶ Voilà pourquoi la jurisprudence de la Cour suprême selon laquelle le caractère raisonnable d'un verdict d'acquiescement d'un jury soulève toujours une « question de droit seulement » au sens de l'art. 675(1)a(i) du *Code criminel*, *supra* note 4 n'est pas tout à fait convaincante : *Biniaris*, *supra* note 1.

mixtes qui ne sont pas d'intérêt général et les conclusions « véritablement mixtes » — ne méritent d'être écartées qu'en présence d'une erreur manifeste et dominante. Le traitement différent accordé en matière criminelle aux « fausses » conclusions mixtes, qui sont toujours révisables en présence d'une erreur simple, n'est pas nécessairement le fruit d'une approche qui manque de cohérence : on peut en effet l'expliquer par l'importance capitale d'éviter qu'un accusé soit erronément trouvé coupable et par le fait que les cours d'appel ne sont pas moins bien situées que les tribunaux de première instance pour juger du bien-fondé de ce type de conclusions.

Si cette analyse des fondements de la jurisprudence de la Cour suprême est juste, certains aspects de sa jurisprudence mériteront peut-être d'être précisés — voire même réexaminés — afin d'en accroître la cohérence. D'abord, s'il est logique, dans un contexte criminel, d'exiger des cours d'appel qu'elles réexaminent de manière approfondie les preuves en s'interrogeant sur le caractère raisonnable des conclusions de fait ou des conclusions « véritablement » mixtes tirées en première instance, il n'est pas certain que cette approche soit justifiée en matière civile. En effet, l'examen approfondi s'explique en matière criminelle par l'importance d'éviter des condamnations erronées, qui justifie qu'on déroge alors au principe voulant que les cours d'appel aient surtout pour mission de préciser et de développer les règles juridiques dans l'intérêt de l'ensemble de la société. Mais en matière civile, où des dérogations à ce principe général semblent plus difficiles à justifier, il serait plus logique de ne pas imposer aux cours d'appel l'obligation de réexaminer la preuve de manière approfondie, et de les encourager plutôt à ne se livrer — du moins en règle générale — qu'à un examen sommaire des preuves, d'autant plus que la Cour suprême a insisté sur l'importance de limiter le coût et la durée des appels. Deuxièmement, si le traitement différent accordé en matière criminelle aux « fausses » conclusions mixtes s'explique effectivement par l'importance capitale d'éviter qu'un accusé soit erronément trouvé coupable, il serait probablement plus logique de limiter l'application de l'exception aux cas où le verdict rendu en première instance en fut un de culpabilité. Dans les cas où un verdict d'acquiescement fut rendu en première instance, il semble n'avoir aucune raison de déroger à la jurisprudence *Southam-Housen*, de sorte que les cours d'appel devraient appliquer le critère de l'erreur manifeste et dominante aux conclusions qui ne sont pas d'intérêt général⁵⁷.

Cela dit, les difficultés de détermination de la norme de révision applicable en appel ne sont pas toujours dues à l'incertitude, l'incohérence ou l'imprévisibilité des règles applicables. Il arrive qu'elles soient plutôt

⁵⁷ Voir ci-dessus le texte correspondant à la note 52.

causées par l'imprécision des décisions rendues par les juges de première instance, qui ont un rôle important à jouer afin d'assurer le bon fonctionnement du processus d'appel. Concrètement, les juges de première instance doivent être encouragés à toujours décrire de manière précise le cadre juridique de leurs jugements, ce qui permettra d'éviter des problèmes comme celui auquel fut confrontée la Cour suprême dans *Housen*⁵⁸. Il importe aussi qu'ils précisent les conclusions de fait qu'ils tirent à partir des preuves versées au dossier et qu'ils évitent de recourir à ces conclusions « véritablement » mixtes, qui sont trop imprécises.

Enfin, l'expérience démontre que les plaideurs qui agissent en appel ne sont parfois pas très bien préparés à répondre aux questions des juges quant à la norme de révision applicable. Aussi, certains juges siégeant en appel déplorent le fait que la partie agissant en appel n'identifie pas toujours de manière suffisamment précise les conclusions du jugement de première instance auxquelles elle s'attaque. On pourrait possiblement remédier à ce problème en modifiant les règles de pratique pertinentes afin de forcer les parties à prendre clairement position, dans leurs écritures, sur la norme de révision applicable au pourvoi⁵⁹. Ainsi, on exigerait de la partie appelante qu'elle identifie avec précision les conclusions auxquelles elle s'attaque, qu'elle se prononce sur la qualification de ces conclusions (de fait, de droit, mixtes) et qu'elle expose brièvement sa position sur la norme de révision applicable. La partie intimée aurait, quant à elle, l'obligation d'indiquer sa position sur la qualification des conclusions en litige que propose la partie appelante et sur la norme de révision applicable.

⁵⁸ Voir ci-dessus le texte correspondant à la note 30.

⁵⁹ C'est ce que font les règles de pratique applicables devant les *Circuit Courts* américaines : voir la règle 28 des *Federal Rules of Appellate Procedure* <http://www4.law.cornell.edu/uscode/html/uscode28a/usc_sup_05_28_10_sq3.html>.