

# **Activisme ou retenue dans la méthode : démarche en quête de points de repères**

---

Danielle PINARD\*

<b>INTRODUCTION</b> .....	215
<b>I. THOMSON NEWSPAPERS : UN JUGEMENT DE VALEURS DERRIÈRE UN DISCOURS DE PREUVE</b> .....	219
<b>A. Facteurs contextuels et type de preuve requise : l'exemple     de la nature de l'expression en cause</b> .....	222
<b>B. Toujours à propos des facteurs contextuels — exiger de la     preuve ou se satisfaire de la simple démonstration d'une     appréhension raisonnée de préjudice : le critère : la     possibilité d'élaborer un raisonnement logique contraire?</b> ...	225
<b>C. Un discours de preuve, mais un jugement de valeurs</b> .....	228
<b>II. WINKO : UNE RÉPONSE CONCEPTUELLE ET ABSTRAITE À UNE QUESTION EMPIRIQUE</b> .....	230
<b>CONCLUSION</b> .....	239

---

\* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

Un aveu : je ne comprends pas bien le sens des expressions «activisme» et «retenue» judiciaire. Selon le Robert historique<sup>1</sup>, activisme signifie «toute attitude d'action politique forte, voire violente». Cela m'effraie. La notion de retenue référerait quant à elle à «la qualité d'une personne faisant preuve de modération dans ses sentiments, ses élans». Cela m'ennuie. En ancien français, nous apprend-on, la retenue désignait le fait de garder quelqu'un en captivité. Faisons le lien, la retenue judiciaire serait aujourd'hui le fait de garder en captivité son imagination, sa fougue, sa verve, sa passion ... certaines n'y survivraient pas!

On le voit, on doit d'abord s'entendre sur le sens des notions d'activisme et de retenue judiciaire.

Et distinguer, selon que l'on parle de méthode ou de résultat.

On pose généralement les questions d'activisme et de retenue à propos des conclusions auxquelles arrive la juge constitutionnelle. Fera preuve d'activisme celle qui arrive facilement et apparemment sans trop d'angoisse existentielle à des prononcés d'inconstitutionnalité. Fera au contraire preuve de retenue celle qui s'incline devant la sagesse des choix législatifs, respecte la présomption de constitutionnalité, et n'arrive qu'avec réticence à un prononcé d'inconstitutionnalité.

Prises dans ce sens, les questions d'activisme ou de retenue pourraient à la rigueur être analysées en termes quantitatifs de pourcentages de succès des contestations constitutionnelles.

Au-delà de ces questions quantitatives, on a cependant l'intuition que l'intérêt de l'analyse en termes d'activisme et de retenue judiciaires réside plutôt dans la valeur sociale respective des décisions ainsi rendues.

Il serait ici tentant, mais hasardeux, d'établir une corrélation entre activisme et progressisme, et retenue et conservatisme.

---

1. Paul Robert, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1994.

À cet égard, on doit tout d'abord distinguer l'analyse en termes de caractère progressiste ou conservateur de la décision judiciaire selon que l'on réfère à la conception des rapports institutionnels entre les organes de l'État qui la sous-tend ou encore à la substance même de la décision rendue.

Il est plausible de maintenir que la juge qui fait preuve de retenue, au sens des conclusions rendues, véhicule une vision conservatrice des rapports institutionnels entre le législatif et le judiciaire, le premier ayant seul la légitimité démocratique essentielle à l'élaboration de choix de société.

Dans ce sens précis, l'initiale décision judiciaire de placer le débat des limites raisonnables de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>2</sup> sur un terrain de faits à prouver et de fardeau de preuve imposé à l'État<sup>3</sup>, par exemple, serait le paradigme de l'activisme judiciaire.

C'est cependant le type de lois dont la constitutionnalité est ainsi assurée qui déterminera si le jugement de retenue exercé en est un que l'on peut qualifier de socialement progressiste ou conservateur. Il faut procéder à des analyses à la pièce. Les associations mécaniques activisme/progressisme et retenue/conservatisme ne résistent en effet pas à l'analyse. Le caractère plus ou moins progressiste de l'activisme judiciaire dépend du caractère plus ou moins conservateur de l'intervention législative ainsi déclarée inconstitutionnelle. Les associations abstraitement élaborées sont, me semble-t-il, sans valeur. Selon les contextes, selon les époques, le type de lois dont la constitutionnalité est niée ou affirmée variera, et avec lui la qualification des actions judiciaires.

Ainsi, un jugement marqué au coin de la retenue sera parfois progressiste : de prime abord, cela semble être le cas de l'aval judiciaire donné au début du siècle à la limitation des heures de travail des femmes dans les buanderies. Un jugement marqué au coin de la retenue pourra aussi être conservateur : cela peut sembler le cas de certaines validations constitutionnelles de lois en matière d'extradition, ou encore de l'exclusion de conjoints homosexuels de certaines pensions étatiques. Inversement, un jugement dit activiste pourra être qualifié de conservateur : on pense à l'invalidation de certaines réglementations en matière électorale. Ou encore un jugement activiste sera jugé progressiste, comme le prononcé d'inconstitutionnalité de la criminalisation de l'avortement.

2. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.U.) 1982, c. 11 [ci-après citée : la Charte].

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

On le voit, si une certaine qualification de l'activisme et de la retenue judiciaire en fonction de la conclusion à laquelle on arrive peut se faire sur une base strictement quantitative (quel est le ratio des échecs/réussites des contestations constitutionnelles), le véritable intérêt de la distinction, soit l'évaluation de la qualité sociale de la production de cet activisme ou de cette retenue, requiert une analyse détaillée de la nature des lois contestées, et la mise en oeuvre de critères subjectifs, sinon arbitraires, quant à ce qui est progressiste ou conservateur.

Deux difficultés importantes marqueraient donc toute discussion de la jurisprudence constitutionnelle relative aux droits et libertés comme faisant preuve de retenue/conservatisme ou encore d'activisme/progressisme. Tout d'abord, il faudrait déterminer ce qui est progressiste ou conservateur. Ensuite, mon hypothèse est que l'on ne retrouverait pas nécessairement de constance dans l'approche judiciaire, et que certains secteurs de droit seraient traités avec conservatisme, et d'autres de façon progressiste. De surcroît, les catégories seraient vraisemblablement difficiles à définir.

L'alternative activisme/retenu peut cependant aussi servir à l'analyse de la méthodologie judiciaire dans le contentieux constitutionnel fondé sur les droits et libertés. Il s'agit de s'interroger ici, non plus sur les conclusions élaborées, mais sur le chemin emprunté pour y parvenir.

Tentons de réfléchir sur l'opposition entre activisme et retenue en termes de méthode, plutôt qu'en termes de conclusion judiciaire.

La retenue pourrait être cette méthode traditionnelle en vertu de laquelle les juges ne doivent interpréter la loi qu'en vertu des termes mêmes utilisés par le législateur («*The Four Corners Of The Law*»), et ne peuvent par conséquent pas considérer une argumentation à connotation empirique, portant, par exemple, sur les effets concrets de la loi dans la vraie vie.

La retenue pourrait aussi être conçue comme cette attitude du juge sphinx qui regarde, en observateur passif, le déroulement du débat contradictoire, y compris dans son volet relatif à la preuve, et qui conclut avec des «on n'a pas fait la preuve que ...». Il peut ainsi prétendre à la non-responsabilité — ce n'est pas de sa faute — il prononce une réalité extérieure — il n'a rien à voir avec cette réalité.

Selon une troisième conception, la retenue quant à la méthode consisterait en une déférence à l'égard des déterminations factuelles législatives, explicites ou implicites. En ce sens, la retenue de méthode équivaldrait à la présomption de constitutionnalité.

Par opposition à la retenue, l'activisme dans la méthode se caractériserait par la liberté dans l'utilisation des moyens d'action judiciaire. Par exemple, la juge ainsi activiste ne se sent nullement liée par les prémisses factuelles de l'action législative. Elle croit à une évaluation judiciaire indépendante des faits, et ne se satisfera pas de l'établissement du caractère rationnel ou raisonnable de l'évaluation des faits à laquelle le législateur a déjà procédé. Si elle suscite le débat sur des prémisses factuelles implicites et demande de la preuve aux parties, elle ne veut cependant pas être l'otage des informations factuelles qui lui sont présentées dans le cadre du débat contradictoire. C'est la juge Sua Sponte. Sa liberté d'action peut se manifester par la mise en oeuvre d'une connaissance d'office débridée, ou encore par la réalisation de recherches autonomes dans le monde des sciences sociales. Dans le raisonnement sur les faits, elle fait expressément référence à sa compréhension du contexte social.

Le plus grand activisme, cependant, se manifeste selon moi dans l'imprévisibilité de la méthode mise en oeuvre, relevant tantôt de la retenue et tantôt de l'activisme, au gré des décisions et en vertu de critères occultés.

C'est là le vrai activisme judiciaire dans la méthode, défiant toute prévisibilité et constituant le vrai pouvoir, le dernier mot donné aux juges. Le pouvoir de faire varier les exigences de la méthode mise en oeuvre, et donc de paver la voie à la solution souhaitée/à la destination choisie.

C'est sous cet angle de la méthode, ou plutôt de l'imprévisibilité de la méthode, que j'aborderai aujourd'hui le thème de l'activisme et de la retenue judiciaire.

Plus précisément, je m'intéresserai à l'aspect factuel, soit à l'intérêt judiciaire variable pour les faits dans le contentieux constitutionnel relatif aux droits et libertés.

La discrétion judiciaire absolue quant au rôle que joueront les questions empiriques dans une contestation constitutionnelle constitue selon moi le vrai pouvoir judiciaire en cette matière. Cette discrétion incarne l'activisme judiciaire suprême. Le choix des armes. Unilatéral. Imprévisible.

L'incertitude ainsi créée est incompatible avec la *Rule of Law*.

Je tenterai d'illustrer mon propos sur ce méta-activisme que constitue l'imprévisibilité dans la méthode judiciaire en matière de droits et libertés par l'analyse de deux décisions de la Cour suprême du Canada, soit *Thomson Newspapers*<sup>4</sup> et *Winko*<sup>5</sup>.

Dans la première, formulée dans un langage de faits, de preuve et de fardeaux, on discernera un pur jugement de valeurs.

Dans la seconde, fondée sur une question éminemment empirique, soit la possibilité de déterminer la dangerosité future d'accusés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux, on trouvera un jugement conceptuel et abstrait d'interprétation des lois.

Serait-on en présence d'un mouvement, soit celui de la visibilité accrue des jugements de principe et de valeurs, au-delà d'un discours de fardeau de preuve? Le retour du refoulé?

#### I. THOMSON NEWSPAPERS : UN JUGEMENT DE VALEURS DERRIÈRE UN DISCOURS DE PREUVE

La réforme constitutionnelle de 1982 a constitué un défi considérable pour les juges. Il s'agissait pour elles d'assurer la protection des droits et libertés par l'État, dans le respect des principes fondamentaux de justice et de démocratie. On comprend que les premiers pas de cette démarche nouvelle aient été hésitants, incertains. Le considérable pouvoir de déclarer inconstitutionnelle une loi démocratiquement adoptée, et ce au nom d'un droit formulé en des termes on ne peut plus vagues, susceptibles de définitions plus ou moins extensives, ne devait être exercé que de façon prudente et éclairée.

Une circonspection initiale s'est manifestée, à la Cour suprême du Canada, par un appel à une preuve factuelle. On se souvient du propos tenu dans *Oakes*<sup>6</sup>, où la Cour prévoit que :

4. *Thomson Newspapers c. P.G. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 877 [ci-après citée *Thomson Newspapers*].

5. *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625 [ci-après citée *Winko*].

6. *Supra* note 3.

[I]a charge de prouver qu'une restriction apportée à un droit ou à une liberté garantis par la Charte est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique incombe à la partie qui demande le maintien de cette restriction,<sup>7</sup>

et que :

[I]orsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction.<sup>8</sup>

Qu'il se soit réellement agi alors de prudence, de sagesse, ou encore de la manifestation implicite d'un vertige face à la tâche à accomplir, il demeure que l'approche empirique initialement adoptée a eu comme résultat immédiat, en apparence du moins, une forme de partage de la responsabilité nouvelle. Un prononcé d'inconstitutionnalité sera le fait de la Cour, soit, mais de la faute de l'État, qui n'aura pas su apporter la justification empirique de son intervention.

L'affaire *Thomson Newspapers*<sup>9</sup> se situe dans le droit fil de cette jurisprudence constitutionnelle exigeant expressément un débat fondé sur les faits. La Cour y a prononcé, à la majorité et sous la plume du juge Bastarache, l'inconstitutionnalité des dispositions de la loi électorale fédérale qui interdisaient la publication des résultats de sondages sur les intentions de vote des électeurs durant les trois derniers jours de la campagne électorale<sup>10</sup>, au motif de violation de la liberté d'expression non justifiée en vertu de l'article premier de la Charte<sup>11</sup>. Essentiellement, on a jugé que n'avait pas été apportée la preuve factuelle requise au soutien de la justification. Le juge Gonthier écrit une opinion

7. *Ibid.* aux pp. 136-137.

8. *Ibid.* à la p. 138 (je souligne). Près de 10 ans plus tard, la juge McLachlin insiste sur cet aspect, dans *RJR Macdonald Inc. c. P.G. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199, 331 : «Bref, l'évaluation en vertu de l'article premier est un exercice fondé sur les faits de la loi en cause et sur la preuve de sa justification, et non sur des abstractions».

9. *Supra* note 4.

10. *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), c. E-2, art 322.1 : «Il est interdit d'annoncer, de publier ou de diffuser les résultats d'un sondage sur les intentions de vote des électeurs ou sur une question électorale qui permettrait d'identifier un parti politique ou un candidat entre minuit le vendredi qui précède le jour du scrutin et la fermeture de tous les bureaux de scrutin».

11. La majorité de la Cour a refusé de se prononcer sur un argument voulant que la disposition contestée constitue aussi une atteinte au droit de vote : voir *supra* note 4, les par. 82 et 84. Les juges dissidents auraient quant à eux conclu à la non-violation du droit de vote : *ibid.* au par. 19.

dissidente qui aurait affirmé la validité constitutionnelle des dispositions contestées, comme limites raisonnables à la liberté d'expression.

Au-delà de la rhétorique juridique, on comprend que des faits sociaux fondent en réalité la décision : les sondages d'opinion constituent-ils un élément important du discours politique, au cœur de la liberté d'expression, ou ne sont-ils pas plutôt des sources de distraction, par rapport aux «vrais enjeux» d'une campagne électorale, participant ainsi du martelage de désinformation (ou, à tout le moins, d'information douteuse) dont sont victimes les électeurs? C'est à propos de ces questions que se trouve le réel désaccord entre le jugement majoritaire et la dissidence.

Pour les fins de notre propos, l'affaire *Thomson Newspapers* est intéressante à plusieurs égards. Tout d'abord, elle soulève la délicate question de l'incidence du contexte particulier d'un débat constitutionnel sur le type de preuve requise en vertu de l'article premier de la Charte. On semble présumer l'existence d'une distinction entre l'établissement du contexte, d'une part, et la preuve du caractère raisonnable des limites apportées aux droits, d'autre part. En effet, si le contexte détermine le type et l'intensité de la preuve requise, comme l'explique la Cour, c'est donc que la détermination du contexte constitue une étape préalable assujettie à ses règles propres, par définition autres que les règles de preuve ultérieurement applicables en vertu de l'article premier. Quelles sont donc ces mystérieuses règles qui président à l'établissement du contexte? L'affaire *Thomson Newspapers* illustre ensuite la tension entre les cas dans lesquels on exige de la preuve des faits et ceux dans lesquels on accepte de les présumer ou de les «raisonner», en ayant parfois recours au sens commun et à des perceptions communes. Finalement, cette décision illustre le fait que bien souvent, au-delà d'un discours de preuve factuelle, et même dans les cas où l'on prétend asseoir le jugement sur une question de faits, de preuve et de fardeau, les décisions judiciaires en matière de Charte sont en fait des jugements de valeurs, de principes. Ce qui est très bien ainsi, à la condition que l'on autorise un débat exprès sur ces questions, qui sont en fait les seules au cœur du débat.

**A. Facteurs contextuels et type de preuve requise :  
l'exemple de la nature de l'expression en cause**

Le juge Bastarache rappelle qu'une analyse du caractère raisonnable d'une limite apportée à une liberté doit nécessairement se fonder sur une bonne compréhension du contexte, soit du problème social en cause<sup>12</sup>. Le contexte déterminera en fait, selon lui, le type de preuve que le tribunal pourra exiger du législateur, et «[i]l convient de régler cette question dès le départ»<sup>13</sup>.

Il interprète les affaires *Irwin Toy*<sup>14</sup>, *Butler*<sup>15</sup> et *RJR*<sup>16</sup> comme prescrivant le recours à une telle approche contextuelle dans le cadre de l'article premier, plutôt que la création d'une catégorie d'affaires — celles dans lesquelles est en cause une preuve de sciences sociales controversée — pour lesquelles la norme de justification serait moins exigeante<sup>17</sup>. La vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger, les craintes et appréhensions subjectives de préjudice entretenues par ce groupe, l'incapacité de mesurer scientifiquement le préjudice particulier en cause ou l'efficacité d'une réparation, et, en matière d'expression, la nature de l'activité à laquelle il est porté atteinte, constitueraient des facteurs de cette approche contextuelle dans l'application de l'article premier<sup>18</sup>.

À propos du dernier facteur, relatif à la nature de l'activité en cause, le juge Bastarache estime que les sondages constituent un élément important du discours politique, sont au coeur de la liberté d'expression garantie par la Charte, et que ce facteur milite en l'espèce à l'encontre d'une approche de retenue dans l'analyse faite en vertu de l'article premier<sup>19</sup>. Il écrira qu'il s'agit d'une forme d'expression «largement perçue comme un élément précieux et important du discours électoral dans notre pays»<sup>20</sup>, et que les sondages sont «recherchés et largement appréciés, de sorte que, indépendamment de leur valeur pour un

12. *Ibid.* au par. 87.

13. *Ibid.* au par. 88. La Cour nuancera cette position dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 78 et suivants.

14. *Irwin Toy Ltd c. P.G. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927.

15. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

16. *Supra* note 8.

17. *Supra* note 4 au par. 89 et 90.

18. *Ibid.* au par. 90-91.

19. *Ibid.* au par. 91 et 95.

20. *Ibid.* au par. 91.

électeur donné ou de leur contenu précis, ce type de discours est au coeur du processus politique»<sup>21</sup>.

Il conclura que cette variable contextuelle que constitue la nature de l'activité d'expression atteinte par les dispositions législatives contestées ne milite pas en l'espèce en faveur d'une attitude de retenue judiciaire<sup>22</sup>.

On peut certes s'interroger ici sur la source de ces propos sur la valeur intrinsèque des sondages. Les affirmations semblent péremptoirement normatives, plutôt que descriptives ou empiriques : les sondages sont bons, au coeur de la liberté d'expression politique et toute restriction dont ils font l'objet devra être strictement justifiée.

Un élément de contexte non prouvé, en fait un jugement de valeur, détermine donc le type de preuve et le degré de justification que l'on exigera en vertu de l'article premier de la Charte<sup>23</sup>.

L'opinion dissidente, sous la plume du juge Gonthier, manifeste une retenue certaine à l'égard des choix législatifs en cause. Un long développement intitulé «Introduction et contexte historique» donne le ton<sup>24</sup>. Truffés de références à de l'information factuelle, on y retrouve des propos<sup>25</sup> relatifs à l'importance politique parfois démesurée des sondages<sup>26</sup>, à des affirmations selon lesquelles ils tendraient «à réduire le discours politique au plus petit dénominateur commun»<sup>27</sup>, à «remplacer le débat des enjeux et à court-circuiter le processus démocratique»<sup>28</sup>.

21. *Ibid.* au par. 93.

22. *Ibid.* au par. 95.

23. Cependant, à propos d'un autre facteur contextuel, relatif, celui-là, à la vulnérabilité du groupe que le législateur souhaite protéger, on verra que la Cour exigera expressément de la preuve. Voir *infra*.

24. Les juges dissidents semblent eux aussi tenir pour acquise la distinction entre l'établissement du contexte et la preuve en tant que telle. La structure même de leur opinion l'illustre : d'abord une partie décrivant le contexte, puis, plus loin, l'analyse de la preuve au soutien de la justification en vertu de l'article premier. Il est cependant remarquable que ce soit essentiellement la même information qui soit discutée dans les deux cas.

25. Ces propos sont relativement ambigus. Constituent-ils un simple exposé de positions existantes, ou sont-ils endossés par l'opinion judiciaire qui les relate?

26. *Supra* note 4 au par. 2.

27. *Ibid.*

28. *Ibid.* aux par. 2 et 15.

Le juge Gonthier procède à une analyse détaillée de l'histoire des préoccupations gouvernementales relatives à l'influence des sondages, du Comité Barbeau en 1966 jusqu'à l'adoption des dispositions actuelles, en passant par la Commission Lortie et l'étude du professeur Lachapelle<sup>29</sup>. Il conclut en soulignant l'importance de s'assurer de l'exactitude de l'information véhiculée par les sondages, et, notamment, de celle de bénéficiaire à cet égard d'une période de temps nécessaire à l'examen et à la critique<sup>30</sup>.

L'esprit du propos est essentiellement que les restrictions prévues par le droit électoral visent à renforcer le système démocratique en permettant des choix rationnels et éclairés que la libre circulation absolue de toute expression ne permettrait pas<sup>31</sup>.

À la lumière de ces considérations, les juges dissidents rendront un jugement empreint de retenue à l'égard des choix législatifs. Cette approche sera évidente dans la conclusion prononçant le caractère raisonnable des limites apportées à la liberté d'expression.

Les opinions majoritaire et dissidente se rejoignent ici dans la méthode : dans une affaire constitutionnelle en principe fondée sur l'évaluation de la preuve de l'atteinte à la liberté d'expression, c'est en fait un jugement de valeur préalable et explicite qui joue le rôle clé. En effet, si le jugement sur la valeur des sondages en contexte d'élection, sur leur caractère bénéfique ou préjudiciable, détermine le type de rigueur qui sera exercé dans l'analyse de la preuve justifiant les limitations qui leur sont imposées, c'est en fait ce jugement qui dispose de l'issue de la cause. Il s'agit d'un facteur contextuel décisif.

La valeur de l'expression en cause est péremptoirement affirmée par les majoritaires («largement perçue comme un élément précieux et important du discours électoral» — «recherchés et largement appréciés» — «au cœur du processus politique») comme question de principe, apparemment sans rattachement à la preuve apportée par les parties.

Le jugement de valeur opposé, affirmé par les dissidents, («réduire le discours politique au plus petit dénominateur commun» — «remplacer le débat des enjeux et court-circuiter le processus démocratique») se démarque cependant de façon significative du premier par une plus grande utilisation de la preuve et une plus grande déférence à l'égard de l'évaluation à laquelle a procédé le législateur.

Dans les deux cas, on parle de faits et de preuve, mais c'est de jugements de valeurs *a priori* dont il s'agit réellement.

**B. Toujours à propos des facteurs contextuels — exiger de la preuve ou se satisfaire de la simple démonstration d'une appréhension raisonnée de préjudice : le critère : la possibilité d'élaborer un raisonnement logique contraire?**

Dans le contexte de l'analyse faite en vertu de l'article premier (notamment à propos du volet de l'atteinte minimale), la Cour refuse aussi de faire montre de retenue, en vertu cette fois d'un autre facteur contextuel. Le raisonnement est ici le suivant. Selon une certaine jurisprudence, la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger constitue un facteur contextuel militant en faveur d'une approche de retenue judiciaire dans l'analyse du critère de l'atteinte minimale. Une fois prouvée cette vulnérabilité, la Cour peut se satisfaire du caractère raisonnable de l'évaluation faite par le législateur quant au caractère minimal de l'atteinte. En l'espèce, il s'agirait de la vulnérabilité des électeurs canadiens à l'égard de sondages inexacts publiés en fin de campagne, alors que les délais sont tels qu'il n'est matériellement plus possible de les critiquer. Les études de sciences sociales relatives à cette vulnérabilité étant cependant non concluantes<sup>32</sup>, le gouvernement demande à la Cour de se satisfaire de la démonstration d'une «appréhension raisonnée de préjudice», à titre de substitut à l'impossible preuve de la vulnérabilité du groupe visé, comme la Cour a accepté de le faire dans une jurisprudence antérieure. Le préjudice est ici le dommage causé par la publication tardive de sondages inexacts.

La Cour estime inapplicables en l'espèce les principes élaborés dans la jurisprudence invoquée, et cela pour un certain nombre de raisons, dont la première nous intéresse ici particulièrement. Contrairement à l'espèce, estime la Cour, l'hypothèse ou la présomption de préjudice vécu par le groupe visé dans

29. *Ibid.* au par. 31 : «En réponse à une préoccupation de longue date, le Parlement a adopté sans opposition l'art. 322.1, au terme de dizaines d'années de réflexion et d'études longues et approfondies. Étant les principaux acteurs du processus électoral, les députés étaient les personnes les mieux placées pour évaluer les effets des sondages pendant les campagnes électorales ainsi que leur influence sur les électeurs». Voir aussi le par. 58 *in fine*.

30. *Ibid.* au par. 17.

31. *Ibid.* au par. 18.

32. La Cour écrira à cet égard : «En l'espèce, toutefois, la preuve fondée sur les sciences sociales n'a pas établi que les électeurs canadiens forment un groupe vulnérable par rapport aux sondages et aux médias qui publient les sondages » (*Ibid.* au par. 112).

ces affaires n'y était pas contredite par «un raisonnement logique contraire»<sup>33</sup>. Or, l'opinion majoritaire est ici justement fondée sur l'hypothèse selon laquelle les électeurs canadiens sont en principe des êtres intelligents qui comprennent avec discernement l'information véhiculée par les sondages d'opinions<sup>34</sup>, et savent faire la part des choses entre les sondages rigoureux et ceux qui sont inexacts. «Notre Cour doit présumer que l'électeur canadien est un être rationnel, capable de tirer des leçons de son expérience et de juger de façon indépendante de la valeur de certaines sources d'information électorale», lira-t-on dans le jugement<sup>35</sup>.

La Cour ne peut dès lors se satisfaire de la démonstration d'une «appréhension raisonnée de préjudice»<sup>36</sup>, et, en l'absence de preuve de la vulnérabilité du groupe que le législateur vise à protéger, n'a donc pas à procéder avec retenue à l'analyse du critère de l'atteinte minimale.

La Cour se dit confirmée dans son refus de se satisfaire en l'espèce d'une appréhension raisonnée de préjudice subi par les électeurs par le fait qu'il n'existe, selon elle, aucune perception de sens commun allant en ce sens<sup>37</sup>.

Non seulement la vulnérabilité des électeurs canadiens à l'égard des sondages n'est-elle pas établie par la preuve et la Cour ne peut-elle se satisfaire à cet égard d'une appréhension raisonnée de préjudice, mais, au contraire, la Cour estime que la quantité de sondages auxquels sont exposés les électeurs

33. *Ibid.* au par. 113.

34. La Cour surestime peut-être les capacités de discernement de l'électeur moyen. Selon la majorité, le test de constitutionnalité échoue à l'étape de l'atteinte minimale. Pour la Cour, une exigence de divulgation de la méthodologie utilisée aurait permis d'atteindre tout aussi efficacement les objectifs visés. Or voici, à titre d'exemple, certains propos retrouvés dans l'explication de la méthodologie d'un sondage d'opinion publique sur la grève des infirmières au Québec au cours de l'été 1999, publiés dans le journal *Le Devoir*, des 26-27 juin 1999 : «échantillon probabiliste stratifié non proportionnel», «méthode du hasard systématique», «en retenant un seuil de confiance de 95%, on estime la marge d'erreur statistique maximale d'un tel sondage à 3,2% dans 19 cas sur 20». L'électeur canadien moyen est-il vraiment mieux informé par de telles explications?

35. *Supra* note 4 au par. 112.

36. *Ibid.* au par. 113 : «Le point ici est simplement que les prétentions relatives à l'existence d'un préjudice répandu ou important, qui sont fondées sur des inférences logiques tirées de facteurs contextuels, ne sont pas convaincantes en présence de facteurs réfutant ces inférences. Du point de vue du raisonnement et de l'inférence logiques, j'estime que les prétentions du gouvernement relatives au préjudice sont contredites par les circonstances, qui tendent à indiquer que les électeurs canadiens sont déjà sensibilisés au danger que le gouvernement cherche à écarter».

37. *Ibid.* au par. 117 : «En outre, il est impossible d'affirmer qu'il existe, au sein de la population canadienne, une perception commune voulant qu'un seul sondage inexact puisse tromper les canadiens dans une mesure qui ... est «indue».

durant une campagne constitue le facteur contextuel «peut-être le plus important» et garantit en quelque sorte leur capacité de discernement<sup>38</sup>. Ce qui militerait aussi à l'encontre d'une approche de retenue.

Les dissidents appliquent *de facto* et sans discussion le critère d'une «appréhension raisonnée de préjudice»<sup>39</sup>.

En réponse à la position des juges majoritaires sur cette question, notamment quant à leur perception des capacités de discernement des électeurs canadiens, le juge Gonthier écrira, avec le tact qu'on lui connaît : «[A]vec égards, chacun est vulnérable à une information qui ne peut être vérifiée»<sup>40</sup>. Vraisemblablement à propos de la question du raisonnement logique contraire, il ajoutera, plus directement, cette fois, que la conclusion du jugement majoritaire «repose sur un raisonnement qui ne trouve pas appui dans la preuve ...»<sup>41</sup>.

En ces matières de faits sociaux, dont l'existence ne se prête ni à une observation directe ni à de savants calculs scientifiques, et qui ne sont souvent que des approximations, ne peut-on pas *toujours* élaborer, aux fins de l'argumentation, un raisonnement logique contraire<sup>42</sup>? Si tel est le cas, ce qui semble vraisemblable, le critère de l'appréhension raisonnée de préjudice, comme facteur contextuel autorisant une approche de retenue judiciaire dans l'analyse des justifications de l'atteinte aux droits, et ce à défaut de preuve de la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger, ne peut plus jouer. Le cas échéant, il faut donc démontrer par une preuve la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger. Or, puisque la question se pose par définition dans un cadre dans lequel une telle preuve est non concluante (c'est en effet la raison même pour laquelle on avait recours en premier lieu au substitut

38. *Ibid.* au par. 112. Voir, notamment, le passage suivant : «Les électeurs sont constamment bombardés de sondages pendant toute la campagne, et il est probable qu'un sondage aux résultats inexacts sera repéré et écarté comme il se doit».

39. *Ibid.* au par. 40 : «Logiquement, il existe une appréhension raisonnée que certains électeurs soient privés de la possibilité d'exercer pleinement leur droit de vote».

40. *Ibid.* au par. 56.

41. *Ibid.* au par. 20.

42. Dans un autre contexte, mais avec une formulation tout à fait à-propos, K.C. Davis écrira, à propos des liens entre l'obsécénité et l'existence de comportements dangereux, ou encore des effets éventuellement dissuasifs de l'interdiction de la vente de préservatifs à des jeunes de moins de 16 ans, qu'il s'agit de faits : «of such a nature that almost any mature person could make an intelligent guess about them and a plausible argument on either side» K.C. Davis, *Administrative Law Treatise*, 2<sup>e</sup> édition, vol. 3, San Diego, K.C. Davis Pub. Co., University of San Diego, 1980 à la p. 173. Il ajoute cependant qu'il s'agit de questions auxquelles la preuve peut vraisemblablement apporter des réponses, ce dont je doute, et incite donc les juges à s'assurer que l'information pertinente leur est apportée (*ibid.* à la p. 175).

conceptuel de l'appréhension raisonnée de préjudice), on vient ainsi de détruire presque tous les cas d'application de ce facteur contextuel de retenue. Et d'exiger la preuve de ce que l'on a reconnu impossible à prouver. Et d'ainsi faciliter les prononcés d'inconstitutionnalité. Activisme dans la méthode qui va dans le sens de l'activisme dans la conclusion.

Ici encore, on reste formellement sur un terrain de preuve. Mais on s'aperçoit de la disponibilité d'un important facteur contextuel justifiant une approche de retenue en vertu de l'article premier. Un possible raisonnement logique contraire, face à une appréhension raisonnée de préjudice subi par les électeurs canadiens, autorise une approche stricte. On pourra encore écrire «on ne nous a pas démontré que ...», comme si on n'était que des observateurs passifs<sup>43</sup>, mais on contrôle clairement la conclusion du débat.

### C. Un discours de preuve, mais un jugement de valeurs

Cette décision illustre en réalité le fait que bien souvent, au-delà d'un discours de preuve factuelle, les décisions judiciaires en matière de Charte sont réellement des jugements de valeurs, de principe.

L'analyse de la proportionnalité des effets préjudiciables et bénéfiques, dernier volet de l'analyse des limites raisonnables tel que précisé dans l'arrêt *Dagenais*<sup>44</sup>, met à nu la véritable analyse judiciaire : une pondération de valeurs.

L'opinion majoritaire est fondée sur l'idée de l'extrême gravité d'une atteinte à la libre expression politique dans un contexte électoral : on ne peut être plus près du cœur de la liberté d'expression. Elle voit aussi l'effet préjudiciable grave, au niveau symbolique, de l'idée que l'État peut museler les médias. L'effet préjudiciable de la mesure est donc considérable, alors que les effets bénéfiques ne sont que minimes, soit empêcher qu'un électeur soit éventuellement induit en

43. On se souviendra des propos de Laurence Tribe, sur certains dangers d'illusion de déresponsabilisation des juges en faveur des sciences : «They create an illusion, a comforting illusion of inexorability [...] That, I think, is the great appeal of all fundamental faiths, including faith in technical expertise and in methods like cost-benefit analysis. They enable each of us to don a mantle that says, «I didn't do it» [...] Don't use the passive voice. It makes it look as though someone out there, unspecified, is doing it to us. Admit that it's we who are doing it», L.H. Tribe, «Seven Deadly Sins of Straining the Constitution Through a Pseudo-Scientific Sieve» (1984) *The Hastings Law Journal* 155 aux pp. 168 et 170.

44. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 à la p. 889.

erreur par un sondage trompeur et tardif qui n'aurait pu recevoir la critique nécessaire, faute de temps<sup>45</sup>.

Les juges dissidents estiment que la mesure contestée a en fait «un effet positif sur la liberté d'expression»<sup>46</sup>. «En effet, écrit le juge Gonthier, il [l'art. 322.1] favorise l'échange des idées et l'émergence de la vérité dans les discussions politiques puisqu'il permet aux électeurs d'être informés de l'existence de renseignements factuels trompeurs»<sup>47</sup>. Pour ces juges, l'effet préjudiciable, qui consiste à priver les électeurs des résultats des derniers sondages, est limité<sup>48</sup>.

À un niveau plus élevé de généralités, la question de valeurs est éloquentement exprimée en ces termes, par le juge Gonthier :

*La Charte ne doit pas devenir un obstacle au progrès social et démocratique. Elle ne doit pas être mise au service de puissants intérêts commerciaux désireux de publier des résultats de sondages, en faisant échouer une tentative raisonnable du Parlement de prévenir la dénaturation potentielle du choix exprimé par les électeurs.*<sup>49</sup>

On parle ici clairement de valeurs. Dans des perspectives totalement opposées. Mais au moins, le débat a le mérite de la clarté : on sait de quoi l'on parle, et à quoi l'on doit répondre.

C'est l'entretien de la confusion entre faits à prouver et principes à débattre et à hiérarchiser qui suscite l'inquiétude.

On a l'impression qu'aucune preuve au monde n'aurait réussi à ébranler le jugement de valeurs *a priori*.

45. *Supra* note 4 au par. 127.

46. *Ibid.* au par. 61. On retrouve, plus tôt dans l'opinion du juge Gonthier : «L'art. 322.1 a pour objet d'améliorer la qualité de l'information dont dispose le public pendant les campagnes électorales. Son principal objectif est de nature positive plutôt que prohibitive. [...] L'article 322.1 n'a pas pour but l'interdiction des sondages mais il vise plutôt à favoriser la recherche de la vérité en pourvoyant à la publication de leurs résultats en temps utile, pour qu'ils puissent être discutés», *ibid.* au par. 29.

47. *Ibid.* au par. 61.

48. *Ibid.* au par. 60.

49. *Ibid.* au par. 30.

Dire qu'il s'agit d'une question de fait, demander de la preuve, et finalement donner une réponse de valeurs et de principes, ne peut qu'entretenir un sain (dans les circonstances) cynisme face à l'administration de la justice.

## II. WINKO<sup>50</sup> : UNE RÉPONSE CONCEPTUELLE ET ABSTRAITE À UNE QUESTION EMPIRIQUE

En sciences du comportement, l'impossibilité de prédire empiriquement la dangerosité future d'accusés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux semble tenue pour acquise. Une littérature importante est consacrée à la question, discutant non plus cette impossibilité en tant que telle, mais plutôt les pourcentages d'erreur dans les prédictions<sup>51</sup>.

À l'unanimité, la Cour suprême du Canada a récemment prononcé la validité constitutionnelle des dispositions du *Code criminel* relatives au traitement de personnes ayant fait l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux<sup>52</sup>. Était notamment en cause le processus par lequel est prise la décision de libération, conditionnelle ou non, ou encore de détention. Les dispositions donnent à un critère de dangerosité le rôle central dans la prise de décision. La contestation était fondée sur les droits à l'égalité et à la liberté.

Dans la foulée des appels judiciaires à la «contextualisation», à la présentation de preuve concrète, on aurait pu s'attendre à de longs développements sur le fonctionnement concret de la procédure, sur la proportion et la durée des libérations conditionnelles et des ordonnances de détention, sur

50. *Supra* note 5.

51. Voir, par exemple, J. Libbey, «Dangerousness — An Unsafe Criterion?» (1998) 7 *Health Law Review* 14; M. Kingma, *Mental Health Law : A Critique of the Dangerousness Criterion for Civil Commitment and some Recommendations for Change*, Thèse, Université de Dalhousie, 1996; C.D. Webster, «Predictions of Dangerousness Polemic» (1990) 32 *Can. J. Crim.* 191.

52. C.cr. à l'art. 672. 54 : «[L]e tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale : a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public; b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées; c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées».

les aléas de la mise en oeuvre du critère de dangerosité<sup>53</sup>. Le débat qui a cours en sciences sociales quant à la prévisibilité de conduites dangereuses, notamment quant à l'échec empiriquement observé de telles prédictions, laissait aussi présager un jugement fortement marqué de préoccupations relatives au fonctionnement concret, réel, des dispositions contestées. Or, les opinions que l'on retrouve dans le jugement sont toutes les deux tout aussi conceptuelles et abstraites. Il s'agit essentiellement d'exercices d'interprétation des lois dans le style le plus orthodoxe, où s'entrecroisent analyses du sens ordinaire des mots et recours aux dictionnaires. «En réalité, écrit le juge McLachlin dans l'opinion majoritaire, le litige porte beaucoup moins sur l'application de la Charte que sur l'interprétation appropriée de l'art. 672.54»<sup>54</sup>. Curieusement d'ailleurs, le plus long développement consacré à la question de la dangerosité semble être celui où sont énoncées plusieurs définitions tirées de dictionnaires anglais et français<sup>55</sup>.

Dès le tout début de l'analyse, la Cour semble emballée par la beauté du système mis en place par le législateur, ce qui est clairement annonciateur de la conclusion à venir. On souligne la statut particulier accordé à l'accusé non responsable criminellement, en vue de favoriser à la fois son traitement juste et approprié et la protection de la société<sup>56</sup>. On écrit notamment :

*En ajoutant une option [...] le législateur a voulu que l'accusé non responsable criminellement soit traité avec la plus grande dignité et jouisse de la plus grande liberté possible, compte tenu de son état.*<sup>57</sup>

53. À titre d'exemple, rappelons l'affaire *Danson c. P.G. Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 1086, où, dans une requête pour jugement déclaratoire relative à la constitutionnalité de règles de procédure civile, la Cour suprême a refusé de se prononcer, en l'absence de preuve du fonctionnement concret des dispositions contestées. On y retrouve les propos suivants : «Notre Cour a toujours veillé soigneusement à ce qu'un contexte factuel adéquat existe avant d'examiner une loi en regard des dispositions de la Charte, surtout lorsque le litige porte sur les effets de la loi contestée» (*Ibid.* à la p. 1099). «En général, toute contestation relative à la Charte fondée sur la prétention que les effets de la loi visée sont inconstitutionnels doit être appuyée par une preuve recevable concernant les effets contestés. En l'absence de telle preuve, les tribunaux auraient à se prononcer dans le vide ce qui est tout aussi difficile en matière constitutionnelle que dans la nature» (*Ibid.* à la p. 1101). Dans sa grande sagesse, la Cour entrouvrirait cependant la porte à des cas exceptionnels où la constitutionnalité serait une simple question de droit ne nécessitant pas une analyse factuelle (*Ibid.* aux pp. 1100-1101).

54. *Supra* note 5 au par. 15.

55. Opinion du juge Gonthier, *ibid.* aux par. 131-132.

56. «L'accusé non-responsable criminellement a droit à un traitement spécial dans le cadre d'un système conçu pour atteindre le double objectif de la protection du public et du traitement juste et approprié du contrevenant atteint de troubles mentaux. Ce dernier jouit désormais d'un statut particulier au sein du système de justice pénale en ce qu'il échappe à la pleine responsabilité criminelle, tout en faisant l'objet des restrictions nécessaires à la protection du public» (*Ibid.* au par. 30).

57. *Ibid.* au par. 42.

Il est intéressant de remarquer ici que l'on évoque les objectifs du système mis en place, mais que l'on ne reviendra pas sur leur réalisation réelle, sur l'efficacité des moyens mis en place, et ce en raison de deux caractéristiques de la décision. D'une part, la discussion des effets des dispositions contestées sur la personne accusée est limitée aux effets juridiques identifiables à la simple lecture de la loi<sup>58</sup>. On étudie en effet les droits, les obligations, les structures, les critères et processus de décision mis en place dans la loi, et non point les décisions rendues dans les faits, les statistiques et les délais réels de libération conditionnelle, par exemple. D'autre part, on ne se rendra pas à l'analyse en vertu de l'article premier, lieu privilégié des analyses constitutionnelles à saveur empirique, faute de conclure à la violation des droits constitutionnels. On interprétera en effet facilement les dispositions contestées comme étant conformes à la constitution. À première vue, cela peut sembler curieux, dans le contexte d'une question aussi éminemment controversée que celle de la dangerosité. En matière de contentieux constitutionnel fondé sur les droits et libertés, et à cause de la répartition des fardeaux de preuve élaborée judiciairement, la tâche de l'État est drôlement facilitée dans une cause où tout le débat a lieu et se clôt lors de la discussion de la prétendue violation des droits et libertés. Si ce n'est pas l'objet de l'exercice, c'en est du moins le résultat. Consacrée à l'interprétation des textes et à la détermination de leur compatibilité conceptuelle avec les droits constitutionnels, l'analyse pourra plus facilement être limitée à une approche abstraite.

La juge McLachlin écrit pour la majorité. Elle interprétera la disposition contestée comme imposant la libération inconditionnelle, à moins d'une conclusion positive, «à partir de la preuve, que le contrevenant non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public»<sup>59</sup>. Dans ce contexte législatif, elle estime que la notion de dangerosité a un sens plus précis et plus restreint que son sens ordinaire. Le risque doit être fondé sur la preuve et non simplement hypothétique, il doit s'agir d'un risque important de préjudice grave de nature criminelle<sup>60</sup>.

58. La Cour a développé cette distinction entre les effets juridiques et les effets pratiques d'une loi dans *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463. «L'«effet juridique» [...] se rapporte à la manière dont le texte législatif dans son ensemble influe sur les droits et les obligations de ceux qui sont assujettis à ses dispositions, et est déterminé en fonction des termes mêmes du texte» (*Ibid.* aux pp. 482-483). «L'effet pratique consiste dans le résultat réel ou prévu de l'application du texte» (*Ibid.* à la p. 486). La Cour y a considérablement limité l'utilité des effets pratiques, dans un contexte de litige constitutionnel fondé sur le partage des compétences.

59. *Ibid.* au par. 47.

60. *Ibid.* au par. 57.

La majorité affirme ainsi interpréter les dispositions contestées en conformité avec la constitution : la compétence en matière de droit criminel ne joue à l'égard d'accusés non responsables criminellement que dans la mesure où ils constituent un risque important pour la sécurité du public<sup>61</sup>, et la protection de leurs droits constitutionnels requiert une notion précise et restreinte de dangerosité, que le législateur a d'ailleurs retenue<sup>62</sup>.

Le caractère factuel [plutôt que juridique] de la dangerosité est abordé de deux façons. D'une part, on souligne avec approbation le fondement factuel éclairé des dispositions législatives : maladie mentale et dangerosité ne vont pas nécessairement de pair. D'autre part, on admet la difficulté inhérente à la détermination empirique de la dangerosité future d'une personne, mais on semble mettre un terme à la discussion de cette question par la répartition de fardeau de preuve que l'on lit à cet égard dans les dispositions contestées.

On présente les dispositions législatives contestées comme fondées sur la prémisse voulant que l'accusé non responsable criminellement pour cause de maladie mentale n'est pas en soi et automatiquement une personne dangereuse qui présente un risque important pour la société<sup>63</sup>. Les prémisses factuelles ayant animé le législateur dépassent donc les «stéréotypes négatifs et préjugés sociaux»<sup>64</sup> associant maladie mentale et dangerosité. Selon la Cour, «[l]a recherche a ébranlé le stéréotype du «criminel dément» et nous a appris que certains types seulement de troubles mentaux sont associés à un risque accru de comportement violent [...]»<sup>65</sup>.

La Cour reconnaît la difficulté de prédiction empirique de dangerosité future<sup>66</sup>. C'est une limite que l'on doit accepter. «Cette détermination ne constitue pas une garantie, mais il n'est pas réaliste de s'attendre à ce qu'un régime chargé d'évaluer l'incidence de facteurs individuels et humains sur des événements à venir engendre des certitudes absolues», écrira la juge McLachlin<sup>67</sup>. Elle citera le propos suivant du juge La Forest dans *Lyons* :

61. *Ibid.* aux par. 33 et 48.

62. *Ibid.* au par. 57.

63. *Ibid.* au par. 35.

64. *Ibid.*

65. *Ibid.* au par. 37.

66. *Ibid.* aux par. 56 et 58.

67. *Ibid.* au par. 59.

*[L]e droit tire sa vitalité non pas de la logique mais de l'expérience. L'application du droit criminel se fait dans un monde où des considérations pratiques l'emportent sur la logique abstraite et, du point de vue pratique, tout ce qu'on peut établir concernant l'avenir est une probabilité que certains événements se produiront.*<sup>68</sup>

À des arguments factuels portant sur la difficulté de prouver sa non-dangereusité, pour un accusé non responsable criminellement, la Cour répond en droit : «Si [le tribunal ou la commission] ne peut trancher cette question avec certitude, il n'a pas conclu que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public»<sup>69</sup>, et l'accusé doit être libéré inconditionnellement. Deux remarques s'imposent ici. Tout d'abord, la Cour ne répond pas à l'importante question empirique de la possibilité de preuve de dangereusité, elle interprète plutôt le droit de façon à dénuer de tout fondement l'argument de violation des droits constitutionnels fondé sur cette question, de telle sorte que le coût de cette incertitude est assumé par les organismes de l'État, qui devront, eux, établir positivement ce risque de dangereusité. Ensuite, considérant les limites inhérentes à une telle détermination, admises dans le jugement, et considérant que la Cour énonce que l'existence de la dangereusité doit être tranchée avec «certitude», on se demande si ne vient pas de naître un système dans lequel virtuellement tous les accusés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux devront être libérés inconditionnellement. Eût-il connu à l'avance cette conclusion, il y a fort à parier que le procureur général aurait modifié sa stratégie : il obtient ici à fort prix la confirmation de la validité constitutionnelle de sa loi!

Malgré ces quelques propos sur les questions de fait, le jugement en est essentiellement un d'interprétation des lois, fondé sur des concepts et des principes. Ainsi, la discussion du respect des principes de justice fondamentale<sup>70</sup> se fonde sur le texte de la loi. Par exemple, la partie du texte législatif qui prévoit que doit être rendue «la décision la moins sévère et la moins privative de liberté» est analysée comme preuve que le régime n'a pas une portée excessive<sup>71</sup>. De même, une analyse du texte de loi, de son objet et de ses effets strictement juridiques fonde la conclusion de respect des droits à l'égalité<sup>72</sup>.

68. *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, 364, cité au par. 59 de l'opinion de la juge McLachlin.

69. *Supra* note 5 au par. 62 #3.

70. *Ibid.* aux par. 64 à 73.

71. *Ibid.* au par. 71.

72. *Ibid.* au par. 74 à 97. Voir, notamment, le propos suivant : «La partie XX.1 ne dénote pas l'application de présomées caractéristiques personnelles ou du groupe. Elle ne perpétue ni ne soutient l'opinion que les personnes visées par ses dispositions sont moins capables ou moins dignes d'être reconnues» (*Ibid.* au par. 82).

La Cour considère que la structure décisionnelle mise en place reconnaît et rehausse la dignité et la valeur de l'accusé non responsable pour cause de maladie mentale<sup>73</sup>. L'analyse des effets juridiques confirme, pour la Cour, que la loi prévoit un régime adapté aux besoins particuliers des personnes visées, et ne tient en rien du préjugé ou du stéréotype. Il n'y a d'ailleurs pas lieu de comparer le traitement des accusés non responsables et les peines imposées suite à une déclaration de culpabilité, puisque les privations de liberté ne sont pas imposées dans le même but.

Le juge Gonthier (avec l'appui de la juge L'Heureux-Dubé) prononce aussi la validité constitutionnelle des dispositions contestées. Il les interprète cependant différemment. En effet, selon lui, le tribunal ou la commission d'examen ne peut autoriser une libération inconditionnelle que suite à une conclusion que l'accusé non responsable criminellement *ne représente pas* un risque important pour la sécurité du public<sup>74</sup>. On exige clairement la confirmation d'une proposition négative<sup>75</sup>. Donc, une simple conclusion de dangereusité peut entraîner une privation de liberté, si un doute subsiste quant à au caractère important ou non du risque pour la sécurité du public<sup>76</sup>. Le texte de loi est clair, on doit donner aux mots leur sens ordinaire, d'ailleurs conforme aux exigences constitutionnelles, et il n'y a donc pas lieu de reformuler en vertu de ces dernières<sup>77</sup>. Cela ne revient pas pour autant à créer une présomption de dangereusité ou à imposer à l'accusé le fardeau de démontrer sa non-dangereusité, puisque la procédure est de type inquisitoire et non contradictoire<sup>78</sup>.

Le juge Gonthier admet la difficulté inhérente à la détermination de la dangereusité d'une personne<sup>79</sup>. «L'incertitude inhérente à l'évaluation du risque est en soi un élément de risque imparable»<sup>80</sup>, écrira-t-il. Le nécessaire examen plus approfondi de la notion de dangereusité auquel il se livre ne consiste pourtant qu'en une analyse de définitions tirées de dictionnaires anglais et français<sup>81</sup>. Il rappelle les propos du juge Lamer dans *Morales*, selon lesquels «la prévisibilité

73. *Ibid.* au par. 82.

74. *Ibid.* au par. 103.

75. *Ibid.* au par. 124.

76. *Ibid.* au par. 147.

77. *Ibid.* aux par. 125 et 126.

78. *Ibid.* au par. 150, 151 et 153.

79. *Ibid.* au par. 128.

80. *Ibid.* au par. 190.

81. *Ibid.* aux par. 131 et 132.

exacte de la dangerosité future n'est pas une exigence constitutionnelle.<sup>82</sup> Il reconnaît aussi, indirectement, l'impossibilité médicale de déterminer la dangerosité future :

*L'article 7 de la Charte ne peut tout simplement pas reconnaître à l'accusé non responsable criminellement un droit constitutionnel à quelque chose d'impossible sur le plan médical.*<sup>83</sup>

L'inévitable et nécessaire marge de manoeuvre législative consiste alors, dans un tel contexte, en un exercice de distribution des inconvénients, entre l'intérêt de l'accusé et la protection de la sécurité du public. Il s'agit d'un exercice de gestion du risque<sup>84</sup>.

*Les principes de justice fondamentale [écrit le juge Gonthier] permettent que toute incertitude quant à l'étendue du risque que représente l'accusé, par opposition à l'existence du risque comme telle, soit tranchée au bénéfice de la sécurité du public [...] [ils n'exigent pas] que le public assume entièrement le risque lié à l'incertitude inhérente à l'évaluation de dangerosité.*<sup>85</sup>

L'analyse des effets véritables des dispositions contestées sur les droits des accusés consiste ici aussi en une analyse de leurs effets strictement juridiques (vs matériels). Sont donc soulignées les nombreuses garanties procédurales, ainsi que la prescription voulant que ne soit prise dans chaque cas que la décision la moins sévère ou la moins privative de liberté possible. «Je vois mal comment le prononcé de la décision la moins sévère ou la moins privative de liberté possible puisse être excessif ou contraire par ailleurs aux principes de justice fondamentale»<sup>86</sup>.

Ce que fait ici la majorité de la cour, c'est reconnaître la difficulté de preuve empirique de la dangerosité, refuser, au nom des droits constitutionnels, d'imposer à l'accusé le fardeau de démontrer sa non-dangerosité, donc faire assumer à la collectivité le risque de l'incertitude, et enfin torturer les mots de la loi pour imputer au législateur la responsabilité de cette décision.

82. *R. c. Morales*, [1992] 2 R.C.S. 711, aux pp. 738-739, au par. 129 de l'opinion du juge Gonthier.

83. *Supra* note 5 au par. 130.

84. *Ibid.* au par. 166.

85. *Ibid.* au par. 154 et 175.

86. *Ibid.* au par. 166.

L'opinion du juge Gonthier ne varie à cet égard que dans l'imposition des conséquences de l'incertitude à l'accusé plutôt qu'à la collectivité, dans un plus grand respect de la lettre de la loi, apparemment à la lumière d'une définition plus restreinte de la portée des droits et libertés constitutionnels en cause.

Plusieurs *a priori* empiriquement impossibles à vérifier fondent tout système juridique. Il suffit de penser à des questions telles l'effet dissuasif du droit criminel, la fiabilité de ce que perçoivent les témoins oculaires ou encore la sagesse des décisions d'un jury de 12 personnes. Il s'agit de fondements essentiels du système, dont la force réside dans le caractère symbolique plutôt que dans leur vérité empirique. La dangerosité future d'un individu constitue une autre de ces prémisses fondamentales du droit, elle sous-tend un certain nombre de réglementations en matière de droit criminel. Il ne faut pas se surprendre de ce que les juges, partenaires essentiels du système d'administration de la justice, refusent de remettre en question ces prémisses, quelle que soit la preuve empirique qu'on leur apporte<sup>87</sup>. Elles trouveront le moyen de valider ces prémisses, par exemple en répondant en droit à des questions de fait, ce qu'a fait la Cour dans *Winko*.

Tous les juges procèdent à une pondération de valeurs. Cela est bien. Et c'est incontestablement le propre de l'activité de juger. Le problème est peut-être ici que l'on procède prétendument dans l'abstrait à cette pondération, alors qu'il s'agit d'une problématique dont les aspects empiriques sont considérablement documentés<sup>88</sup>.

87. Le problème est loin d'être propre au système de droit canadien. La Cour suprême des États-Unis a déjà, là où la dangerosité future était discutée dans un contexte d'imposition de peine de mort, rejeté en ces termes une critique de l'incertitude des connaissances scientifiques des experts sur la question : «Neither petitioner nor the [American Psychiatric] Association suggests that psychiatrists are always wrong with respect to future dangerousness, only most of the time», *Barefoot v. Estelle*, (1983) 463 U.S. 880, discuté notamment dans D.L. Faigman, «Normative Constitutional Fact-Finding : Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation» (1991) 139 *University of Pennsylvania Law Review* 541, aux pp. 581 et suivantes.

88. Voir le propos de Davis : «When proving a future fact is impossible, the law, for want of a feasible alternative, has long allowed use of judgment instead of evidence, although the judgment may need to be based on relevant and available facts» (je souligne), K.C. Davis, *supra* note 42 à la p. 168.

La Cour concluant cependant à la validité constitutionnelle des dispositions contestées, on peut, de prime abord, se réjouir de ce que le résultat ultime jouit au moins d'une forme de légitimité démocratique, à défaut de légitimité scientifique<sup>89</sup>. Or, les apparences sont trompeuses. Si la majorité confirme la validité des dispositions contestées, c'est en fait après leur avoir fait dire ce qu'elles ne disent pas. Bien simplement, une condition législative restreignant la possibilité de libération inconditionnelle aux seuls cas dans lesquels «le tribunal est d'avis qu[e l'accusé] ne représente pas un risque important pour la sécurité du public»<sup>90</sup> n'inclut pas les cas de doute quant à l'importance d'un risque pour la sécurité du public<sup>91</sup>.

Confirmer la validité constitutionnelle de dispositions en imputant à l'intention du législateur une signification qu'elles n'ont clairement pas est un exercice qui n'a que les apparences de la légitimité démocratique. Et qui n'a d'ailleurs aussi que les apparences de la retenue judiciaire.

Dans une cause constitutionnelle, à propos d'une question à dimension éminemment empirique, on retrouve un déconcertant jugement d'interprétation des lois. Un surprenant contraste.

Mais les faits sont puissants, et refusent d'être ignorés. La réalité empirique de l'impossibilité/difficulté de prévoir la dangerosité future ne peut être niée, ni son effet concret sur l'application du droit empêchée. L'imposition à l'État de l'obligation de prouver l'improuvable entraînera systématiquement l'imposition de libérations inconditionnelles. À l'opposé, l'imposition de cette obligation à l'accusé empêchera pratiquement toute libération inconditionnelle. La force des faits.

89. «The time will come, though perhaps not soon, when the fundamental unsoundness of making important policy by methods that are both undemocratic and unscientific will be more generally understood», K. C. Davis, *Administrative Law of the Eighties, 1989 Supplement to Administrative Law Treatise*, San Diego, K.C. Davis Pub. Co., University of San Diego, 1989 à la p. 358.

90. Art. 672.54 C.Cr.

91. Opinion majoritaire de la juge McLachlin, *supra* note 5 au par. 47.

## CONCLUSION

L'analyse de deux décisions constitutionnelles récentes, à la lumière de préoccupations relatives à l'activisme ou à la retenue judiciaire dans la méthode, nous apprend un certain nombre de choses.

D'abord, et fondamentalement, on doit peut-être remercier notre système juridique qui permet l'expression d'opinions judiciaires concordantes pour des motifs distincts ou encore d'opinions dissidentes : le tout aide à mettre en relief le caractère parfois arbitraire et subjectif de la méthode comme de la conclusion judiciaires.

Une approche judiciaire formellement fondée sur des questions de preuve et de faits, comme *Thomson Newspapers*, donne parfois lieu au développement de constructions théoriques nébuleuses, comme cette idée de raisonnement logique contraire, dont le réel objet semble être la préservation du pouvoir judiciaire de décision.

De plus, dans ce même type d'affaires, le discours de preuve et de faits ne réussit plus à cacher le caractère véritable de l'exercice auquel se livrent les juges : la pondération de valeurs et de principes. Au-delà des «on ne nous a pas fait la preuve de», on sent de plus en plus que le test des limites raisonnables, soit en fait le vrai test de la constitutionnalité en vertu des droits et libertés, est celui de la pondération de valeurs.

Par ailleurs, une question présentant un caractère éminemment empirique, comme celle de la prévisibilité de dangerosité future, peut donner lieu à un jugement entièrement conceptuel, dans la tradition classique de l'interprétation des lois. L'incertitude empirique y est tout simplement et rapidement reconnue, puis balayée sous le tapis, et la vraie décision judiciaire consiste alors, en termes de valeurs, à distribuer le risque.

Le jugement de constitutionnalité est et sera toujours un jugement de valeurs. L'importance extrême de la responsabilité qui incombe ainsi aux juges, n'est pas sans créer un certain malaise, pour elles comme pour nous. C'est ce qui explique, selon moi, le caractère apparemment chaotique et imprévisible de la méthode mise en oeuvre par la Cour suprême dans le contentieux relatif aux droits et libertés.

On a, dans les premières années de la Charte, tenté de partager cette responsabilité en plaçant la question sur le terrain des faits et des fardeaux de preuve. Il semble cependant que, sans revenir sur ce principe initial, la Cour tente progressivement de reprendre le contrôle du débat, par le recours au sens commun, par une extension considérable de la notion de connaissance d'office, par l'utilisation de raisonnements factuels logiques, par l'assimilation de certains types de faits à des questions de droit, ou encore par l'élaboration d'hypothèses factuelles. Cela donne lieu à divers résultats, allant par exemple de l'absence totale de preuve donnant lieu à un refus de juger, à la preuve colossale donnant lieu à un jugement fondé sur le sens commun.

Des tentatives d'explication rationnelle ont été apportées. De la distinction du droit et du fait à la typologie des faits adjudicatifs et législatifs de K.C. Davis en passant par les concepts de «*social framework*» et «*social authority*» des auteurs américains Monahan et Walker<sup>92</sup>. Elles ne réussissent pas, selon moi, à donner un sens ou une direction à l'approche de la Cour quant à la pertinence et au traitement des faits en contexte constitutionnel.

Peut-être sommes-nous dans une période de transition. La décision judiciaire dans le contentieux constitutionnel fondé sur les droits et libertés ne procède pas de la découverte empirique ou scientifique. C'est un jugement de valeurs. Qui incombe aux juges et dont elles doivent assumer la responsabilité. Le discours de la preuve réussit de moins en moins bien à masquer cette réalité.

On a tenté de définir, en introduction, les notions d'activisme et de retenue judiciaire prises dans le sens de la méthode par opposition à celui des conclusions.

À cet égard, les opinions judiciaires étudiées font-elles preuve de retenue ou d'activisme?

Les opinions majoritaires et dissidentes dans Thomson sont-elles empreintes de retenue, se fondant apparemment toutes les deux sur la preuve présentée en vertu de l'article premier? L'opinion majoritaire n'est-elle pas plutôt activiste, en ce que l'absence de preuve qu'elle dénonce découle d'hypothèses factuelles qu'elle a elle-même et *proprio motu* inventées?

De même, le fait que les deux opinions dans *Winko* se fondent presque exclusivement sur une analyse des textes législatifs contestés les rend-elles toutes deux marquées au coin de la retenue quant à la méthode? N'est-il pas surprenant alors d'arriver à des résultats aussi opposés? Peut-on, d'ailleurs, encore parler de retenue quand, pour éviter les problèmes constitutionnels reliés à une éventuelle impossibilité empirique, on interprète une disposition législative dans un sens certainement non prévu par son auteur?

On l'a vu, le problème important qui sous-tend le débat relatif à l'activisme et à la retenue judiciaire consiste en l'imprévisibilité de la méthode judiciaire qui sera privilégiée. C'est là le vrai pouvoir, l'activisme absolu. Les deux affaires étudiées l'illustrent on ne peut mieux.

Les cyniques me répondront que la décision judiciaire est et a toujours été fondée sur des motifs qui n'ont souvent rien à voir avec les arguments strictement juridiques énoncés ou encore avec la méthode en tant que telle. Des préoccupations d'un autre ordre, dans le meilleur des cas supérieur (la justice, la solution raisonnable, par exemple), la fondent. J'en suis, jusqu'à un certain point. Mais l'intelligibilité de la méthode permet au moins le débat, le dialogue.

Qui ont une valeur, en soi. De permettre la paix de l'esprit de celle qui a été écoutée, entendue. L'incohérence et l'imprévisibilité dans la méthode empêchent le dialogue. Répondre en droit à des préoccupations factuelles, ou en faits à des questions symboliques, c'est l'antithèse de la conversation. Les juges de première instance, elles, l'ont compris depuis longtemps.

92. J. Monahan et L. Walker, *Social Science in Law, Cases and Materials*, 4<sup>e</sup> éd., New York, University Casebook Series, The Foundation Press, 1998.