

Le “sens commun” dans le raisonnement judiciaire en contexte constitutionnel

Danielle Pinard

Introduction

La question du champ factuel dans le monde du droit me fascine depuis longtemps.

Je me suis d'abord intéressée à l'opposition du fait et du droit, pour y découvrir une distinction purement fonctionnelle, destinée à déterminer notamment la répartition des fonctions entre juge et jury, le droit d'appel, l'autorité du précédent, la disponibilité du contrôle judiciaire et enfin les questions de preuve¹.

Dans ce dernier monde de la preuve et des faits que l'on rencontre dans les affaires constitutionnelles, je me suis ensuite attardée à la distinction entre les faits traditionnellement connus en droit, les faits “adjudicatifs”, le maintenant célèbre qui-a-fait-quoi, comment et pourquoi, et les faits dits “législatifs” ou “sociaux”, d'un type différent, et qui forcent à revoir toute notre conception du droit de la preuve dans son application au droit constitutionnel².

Les faits sociaux sont ces faits de société, la plupart du temps généraux, qui servent à comprendre le contexte dans lequel une loi a été développée et opère concrètement. Les connaissances à leur égard ne sont la plupart du temps qu'incertaines et approximatives³.

¹ D. Pinard, “Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés*” (1989) 30 Cahiers de Droit 137.

² D. Pinard, “La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac” (1994) 39 Revue de droit de McGill 401.

³ Le juge La Forest a utilisé la notion de fait législatif dans *RJR-MacDonald c. P.G. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199. Il y a estimé que le juge d'appel était moins limité dans son pouvoir de révision des conclusions factuelles de première instance à propos de tels faits législatifs ou sociaux (à la p. 286). Il écrit, à la p. 287 : “À mon avis, l'existence ou l'inexistence d'un lien causal entre la publicité et l'usage du tabac est un exemple paradigmatique d'un fait législatif ou social”.

La pertinence apparemment croissante de ces faits sociaux dans les litiges constitutionnels requiert de nombreux aménagements. Parmi les plus notoires, on retrouve un assouplissement considérable des règles traditionnellement associées à la connaissance d'office, qui se fait malheureusement parfois au mépris de l'équité, du droit des parties à être entendues sur tous les éléments qui fonderont la décision judiciaire⁴.

C'est avec de telles préoccupations présentes à l'esprit que je me suis intéressée à la jurisprudence constitutionnelle du juge La Forest. Cette jurisprudence est parsemée de références expresses à la notion de sens commun.

L'effet premier de ces références au sens commun est de rassurer, de susciter l'adhésion. On aime bien une opinion judiciaire fondée sur le sens commun, sur le bon sens. On préfère une telle opinion à une autre, qui elle, n'aurait pas de bon sens.

Mais, au fait, le bon sens, qu'est-ce que c'est? Se pourrait-il que des énoncés contradictoires puissent également se réclamer du "bon sens"? Puis-je affirmer qu'il est contraire au sens commun de priver les électeurs de l'avantage de résultats de sondages durant les derniers jours d'une campagne électorale? Pouvez-vous aussi affirmer qu'il est contraire au sens commun de marteler les électeurs de données de dernières minutes dont ils ne peuvent vérifier la validité⁵?

Je me suis attardée spontanément à cette notion de sens commun parce que, dans la foulée de mes préoccupations de recherche, de nombreuses questions me venaient à l'esprit : le sens commun, question de droit ou question de fait? Ça se plaide, ça se prouve ou on en prend connaissance d'office? L'utilisation du sens commun, c'est délibéré, inévitable, inconscient? Et surtout, le sens commun, qu'est-ce que c'est?

⁴ D. Pinard, "La notion traditionnelle de connaissance d'office des faits" (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 87 et D. Pinard, "La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel" (1997) 31 *Revue Juridique Thémis* 315.

⁵ On reconnaît ici la contestation constitutionnelle des dispositions de la loi fédérale sur les élections interdisant la publication de sondages d'opinion sur les intentions de vote durant les trois derniers jours de la campagne électorale, au nom d'une violation de la liberté d'expression : *Thomson Newspapers Co. c. Canada (P.G.)*, [1998] 1 R.C.S. 877. La majorité de la Cour, sous la plume du juge Bastarache, a jugé qu'il s'agissait d'une violation non justifiée au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Trois juges dissidents ont estimé qu'au contraire, les exigences de la *Charte* à cet égard étaient respectées. Les questions posées ici dans le texte ne le sont pas, du moins expressément, dans le jugement. Le juge Bastarache consacre cependant certains propos à la notion de sens commun, qu'il juge par ailleurs inapplicable en l'espèce (au para. 116). On reviendra en temps opportun sur ces propos.

La première partie de ce texte est consacrée à l'étude du recours au sens commun dans les opinions judiciaires. Après avoir évoqué certains exemples du phénomène dans la jurisprudence constitutionnelle du juge La Forest, on tentera quelques réflexions théoriques sur la question. Une discussion plus générale de l'inévitable contexte factuel de toute forme de raisonnement, et de la place qu'y occupe ledit sens commun, fait l'objet de la deuxième partie du texte.

I Le recours au sens commun dans les opinions judiciaires

Le juge La Forest a expressément référé à la notion de sens commun. Après avoir évoqué certains exemples dans sa jurisprudence constitutionnelle, on réfléchira sur le procédé.

1- La jurisprudence constitutionnelle du juge La Forest

On retrouve dans la jurisprudence constitutionnelle du juge La Forest de nombreuses références à la notion de sens commun, de bon sens (je pense qu'il utilise indistinctement les deux notions – en anglais "common sense")⁶. À supposer que la pratique du recours au sens commun se retrouve tout autant dans les opinions des autres juges, c'est le caractère explicite de cette utilisation qui est peut-être remarquable, chez le juge La Forest.

L'interprétation des lois et leur qualification constitutionnelle, tout comme le traitement des faits, donnent lieu, dans les opinions du juge La Forest, à diverses allusions au monde du sens commun. Elles seront tout simplement abordées chronologiquement, des plus récentes aux plus anciennes.

Par exemple, dans l'arrêt *Hydro-Québec*, en 1997, le juge La Forest conclut ainsi son analyse d'une interdiction criminelle en matière environnementale :

À mon sens, cela est conforme aux termes de la Loi, à son objet et, en fait, au bon sens.⁷

⁶ La méthodologie utilisée ici n'a aucune prétention scientifique. Les références au sens commun dont on fait état dans cette partie se retrouvent dans les opinions judiciaires écrites et signées par le juge La Forest en matière constitutionnelle. On ne distinguera pas selon qu'elles sont personnelles ou partagées, majoritaires ou dissidentes.

⁷ R. c. *Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213 à la p. 308 (à propos d'une loi fédérale interdisant certaines substances et prévoyant l'ajout d'un certain nombre d'autres substances par arrêté en conseil).

Dans la magistrale opinion dissidente qu'il a écrite dans le *Renvoi sur la rémunération des juges*⁸, le juge La Forest s'est en partie fondé sur le précédent de l'affaire *Valente*⁹, afin de nier toute exigence constitutionnelle de commissions de la rémunération des juges. Selon lui, ce précédent est raisonnable et, a-t-il écrit, conforme au sens commun.

Dans l'arrêt *R.J.R. MacDonald*¹⁰, le juge La Forest accepte qu'un lien élaboré en vertu du bon sens peut suffire à démontrer l'existence du lien rationnel requis pour établir le caractère raisonnable d'une limite aux droits et libertés permise par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il écrit :

[L]e pouvoir du lien établi par le bon sens [common sense] entre publicité et consommation est suffisant pour satisfaire à l'exigence d'un lien rationnel.¹¹

Il avait écrit ailleurs dans cette affaire que l'existence d'un lien entre les dépenses importantes de la publicité du tabac et une augmentation de la consommation relevait du "gros bon sens"¹².

Il a repris un même type d'analyse dans l'affaire *Société Radio-Canada*¹³, afin d'élaborer un lien rationnel (toujours au sens de l'article premier de la *Charte*) entre l'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'exclusion des membres du public de la salle d'audience et la bonne administration de la justice :

[J]'ai exprimé l'avis qu'une analyse fondée sur le bon sens était suffisante pour satisfaire au critère du lien rationnel [dans *RJR*].

⁸ *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3.

⁹ *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

¹⁰ *RJR-MacDonald c. P.G. Canada*, *supra* note 3.

¹¹ *Ibid.* à la p. 294. Il ajoute cependant que la preuve déposée en l'instance confirme l'existence du lien rationnel. Il est remarquable que chacune des opinions énoncée dans cette décision fasse aussi recours au sens commun dans l'analyse du critère du lien rationnel. Ainsi, la juge McLachlin écrit, à la p. 333 : "Pour satisfaire à la norme de preuve en matière civile, on n'a pas à faire une démonstration scientifique; la prépondérance des probabilités s'établit par application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique". Enfin, on retrouve, sous la plume du juge Iacobucci, à la p. 352 : "Le lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le bon sens. L'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens. Elle n'est en aucune façon déterminante".

¹² *Ibid.* à la p. 291 : "Je commence par ce que je considère être une observation relevant du plus gros sens [a powerful common sense observation]. Il est tout simplement difficile de croire que les compagnies de tabac canadiennes dépenseraient plus de 75 000 000\$ chaque année pour la publicité si elles ne savaient pas qu'il en résultera une augmentation de l'usage de leurs produits."

¹³ *Société Radio-Canada c. P.G.N.B.*, [1996] 3 R.C.S. 480.

Dans le présent cas, où l'avantage recherché par l'application du para. 486(1) [publicité des procédures et pouvoir discrétionnaire d'exclusion] est de favoriser l'administration de la justice, l'avantage n'est pas mesurable du point de vue scientifique, pas plus que ne l'est le lien entre l'avantage et l'atteinte. Il est donc approprié de faire l'analyse du lien rationnel sur le fondement de la raison et de la logique.¹⁴

Dans l'affaire *Fitzpatrick*¹⁵, en 1995, le juge La Forest refuse de voir une forme d'auto-incrimination dans l'obligation de fournir certains renseignements pour l'obtention d'un permis de pêche, renseignements qui peuvent être utilisés ultérieurement dans des procédures contradictoires :

Il est sûrement contraire au bon sens [common sense] d'affirmer que l'État, en recourant à l'assujettissement des permis de pêche à certaines conditions pour réglementer la pêche commerciale, force une personne à fournir des renseignements contre elle-même.¹⁶

Dans l'affaire *Thomson Newspapers*¹⁷, en 1990, le bon sens est aussi utilisé par le juge La Forest comme norme de validation de critères développés par la jurisprudence américaine, dans un contexte d'ordonnance de production de documents¹⁸. Il écrit :

Bien que ces deux exigences soient manifestement sensées, j'estime que leur fondement ne paraît pas distinct de l'exigence primordiale que l'ordonnance de produire des documents soit pertinente pour les fins d'une enquête autorisée légalement. Elles semblent plutôt constituer des normes relevant du sens commun qui permettent d'évaluer cette pertinence.¹⁹

Le juge La Forest a expressément rattaché le raisonnement juridique au bon sens, particulièrement à propos de questions de preuve et de pertinence. Il écrit en 1988, dans l'arrêt *Corbett*²⁰ :

¹⁴ *Ibid.* à la p. 507. Le pouvoir discrétionnaire garantit que les ordonnances auront un lien rationnel avec l'objectif de favoriser la bonne administration de la justice.

¹⁵ *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154.

¹⁶ *Ibid.* à la p. 178.

¹⁷ *Thomson Newspapers c. Dir. des enquêtes et recherches*, [1990] 1 R.C.S. 425.

¹⁸ Les critères étaient les suivants : 1° "que le subpoena [soit] suffisamment clair et précis pour informer exactement la partie visée des documents précis qui lui sont demandés" et 2° "que la portée du subpoena ne [soit] pas... plus large que nécessaire pour les fins de l'enquête en cours".

¹⁹ *Ibid.* à la p. 532.

²⁰ *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

En effet, l'omission de tenir compte de ces principes [affaires du droit de la preuve et les principes qui l'animent] aboutit souvent au divorce du raisonnement juridique d'avec le bon sens [from common sense], ce qui a pour conséquence qu'on est porté à considérer que les règles de preuve ont leurs propres vitalité et raison d'être.²¹

Il y définit la pertinence, comme critère d'admissibilité d'éléments de preuve, avec des notions telles la logique, l'expérience humaine, le bon sens²².

À propos de la pertinence de condamnations antérieures à l'égard de la crédibilité d'un témoin, il souligne en ces termes que le sens commun ne fait pas nécessairement unanimité :

À moins qu'il ne soit démontré d'une manière convaincante que la preuve de condamnations antérieures n'est pas pertinente à cette fin [attaquer la crédibilité], le fait que des gens raisonnables puissent ne pas être d'accord quant à sa pertinence témoigne simplement de l'impossibilité d'obtenir l'unanimité sur des questions relevant du bon sens [common sense] et de l'expérience humaine.²³

Dans l'affaire *Lyons*²⁴, en 1987, le juge La Forest fonde son raisonnement sur une affirmation de sens commun, selon laquelle on peut inférer de la situation actuelle d'un délinquant dangereux sa dangerosité future. Il écrit :

La partie XXI ne fait que permettre à la Cour d'adapter la peine à la réalité bien évidente [to the common sense reality] que la situation *actuelle* du délinquant est telle que sa conduite n'est pas soumise aux contraintes normales, de sorte qu'on peut s'attendre avec un grand degré de certitude à ce que cette personne commette des actes de violence dans *l'avenir*.²⁵

Il discute aussi, dans cette affaire, des finalités de la sentence en se fondant sur le sens commun :

À mon avis, ni la logique ni le bon sens ne permettent de soutenir que, en raison d'une décision d'établir la peine du délinquant en fonction de considérations fondées

²¹ *Ibid.* à la p. 713.

²² *Ibid.* à la p. 720.

²³ *Ibid.*

²⁴ *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.

²⁵ *Ibid.* à la p. 329.

principalement sur la prévention, d'autres buts pénaux tout aussi valables cessent d'être pertinents.²⁶

À des arguments portant sur la fiabilité incertaine d'une quelconque preuve de vraisemblance de récidive, le juge La Forest répond, notamment, que le bon sens amène la conclusion que les mesures législatives en cause "sont loin d'être arbitraires compte tenu des objectifs visés".²⁷

Dans l'arrêt *Rahey*²⁸, une affaire mettant en cause le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, le sens commun sert à analyser les motifs du délai :

Le motif du délai est également pertinent. Il demande de faire une évaluation et de donner une réponse fondées sur le bon sens [*it invites a common-sense reasoning*] à l'égard des délais qui sont attribuables en partie à la poursuite et en partie à l'accusé.²⁹

2- Éléments de réflexion

Le recours au sens commun dans le raisonnement judiciaire rassure et inquiète à la fois.

2.1-Le recours au sens commun rassure

Le recours au sens commun rassure, parce qu'il fait appel à un contenu inconsciemment accepté et sécurisant.

Le sens commun, c'est ce que l'on considère conforme à la sagesse populaire, cette intelligence pratique, simple et accessible, qui se manifeste dans les gestes quotidiens les plus anodins. On parle parfois de "gros bon sens"³⁰.

²⁶ *Ibid.* à la p. 343.

²⁷ *Ibid.* à la p. 347.

²⁸ *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588.

²⁹ *Ibid.* à la p. 641.

³⁰ Voir le propos du dictionnaire historique Robert : ROBERT, *Dictionnaire historique de la langue*, édition de 1994, à "sens" : "...Au XVIII^e et surtout au XIX^e s., *bon sens* s'applique à un jugement conforme aux critères dominants, avec une connotation de sens pratique bourgeois et de banalité, voire de grossièreté, par exemple dans *gros bon sens*."

On oppose ainsi le sens commun aux complications de raisonnements scientifiques considérés comme inintelligibles et inutiles. Par exemple, dans l'affaire du tabac [*RJR-MacDonald*], un appel au sens commun pour lire un lien entre la publicité d'un produit et sa consommation, par opposition à une analyse détaillée et compliquée d'une preuve scientifique inaccessible³¹, ne peut manquer de provoquer un imperceptible soulagement. On se sent mieux face à un énoncé de sens commun que face à d'obscures références sporadiques à une preuve scientifique que l'on n'a ni lue ni entendue, et dont le langage et la logique nous sont de toutes façons étrangers.

Un raisonnement de sens commun suscite l'adhésion, parce que l'on y retrouve une impression de déjà vu, parce que l'on s'y reconnaît³². D'ailleurs, le sens commun est parfois expressément rattaché à des perceptions communes, partagées³³.

Comme recours explicite à un mode de pensée des gens ordinaires dans la vie de tous les jours, le raisonnement de sens commun participe à première vue de la transparence, de l'intelligibilité et de l'accessibilité du processus judiciaire. On satisfait ainsi aux exigences du principe de la *Rule of Law*.

La légitimité d'une décision judiciaire fondée sur ce type de raisonnement est aussi renforcée. On accepte plus facilement l'autorité d'une décision fondée sur un

³¹ La preuve scientifique est en fait inaccessible dans tous les sens du terme : on n'y a pas accès directement à la lecture du jugement, et l'absence d'expertise la rendrait peut-être incompréhensible, de toutes façons.

³² On se reconnaît par exemple dans l'exclamation du juge Monet, dissident dans l'affaire *Fortin c. Centre communautaire juridique du Nord-Ouest*, [1984] C.A. 662 à la p. 669 : "Le sens commun serait-il une chose du passé?" La majorité dans cette affaire refusait de revoir la décision d'un conseil d'arbitrage qui avait appliqué le tarif de l'aide juridique, ce dernier prévoyant un honoraire additionnel, calculé selon un pourcentage du montant réclamé. Or, la demande initiale était en l'espèce de plus de 32 000 000\$, et le conseil d'arbitrage accordait à l'avocat plus de 300 000\$, soit un montant supérieur à celui du règlement de la cause en cours d'instance.

³³ Dans *Thomson Newspapers*, supra note 5, le juge Bastarache affirme : "Le sens commun reflète les perceptions communes" (au para. 116). Il écrit, à propos de la présomption de lien entre des représentations de traitements avilissants pour les femmes et la concrétisation de tels traitements dans la réalité : "La présomption concorde également avec certaines inférences logiques et certaines perceptions partagées concernant le comportement humain, qu'on pourrait appeler simplement le "sens commun."" (*Ibid.*) Il ajoute, au même paragraphe, que le recours au sens commun dans l'établissement d'un préjudice aux fins de l'article premier sera justifié dans la mesure où "la possibilité de préjudice relève des connaissances et expériences quotidiennes des Canadiens (...)".

raisonnement qui présente toutes les apparences de celui que l'on comprend parce qu'on l'utilise quotidiennement³⁴.

Une fois explicité, le caractère rassurant du recours au sens commun est ironiquement une cause d'inquiétude.

2.2- Le recours au sens commun inquiète

Le recours au sens commun inquiète cependant.

Le contenu hautement incertain de ce sens commun constitue en fait la principale source de préoccupation. Que l'on y réfère comme à un ensemble de vérités allant de soi ou comme à une forme particulière de raisonnement dont la connaissance serait innée chez tout être humain, l'incertitude est là.

Une humble, timide et brève incursion dans le monde des philosophes fait rapidement découvrir l'existence d'importantes analyses du concept de sens commun, et confirme notre intuition de l'incertitude inhérente au concept. Deux mots ici sur Gramsci et Perelman.

Le théoricien marxiste Antonio Gramsci, par exemple, écrit en Italie au début du siècle sur la "philosophie spontanée", la philosophie "de tout le monde", qui se manifeste notamment dans le langage, dans le sens commun et le bon sens, et dans tout système de croyance, qu'il appelle le "folklore"³⁵. Selon lui, le sens commun est un produit historique en devenir³⁶, un ensemble fragmenté qui contient tout autant "des éléments de l'homme des cavernes" et "des principes de la science la plus moderne et la plus avancée" que des "préjugés"³⁷. Il peut contenir des éléments de vérité, mais :

³⁴ La doctrine relative au droit de la preuve utilise le concept de *universal cognitive competence*, cette capacité de raisonnement de sens commun qui serait, comme le terme l'indique, universelle. Cohen définit ainsi le concept : "[G]iven a proper presentation of all the relevant evidence about any particular factual issue, either every normal and unbiased person would come to the same conclusion about it or at worst everyone would agree that it was an issue about which the norms of proof are indeterminate and reasonable people might venture different conclusions", L. J. Cohen, "Freedom of proof", dans W. Twining, dir., *Facts in Law*, coll. "Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale", Wiesbaden, Franz Steiner Verlag GmbH, 1983 1 à la p. 4. On s'en doute, la notion n'a pas été sans soulever de critiques.

³⁵ A. Gramsci, *Cahiers de prison* (cahier n° 11 Introduction à l'étude de la philosophie), Nouvelle revue française, Gallimard, Bibliothèque de philosophie, 1978 à la p. 161 et seq.

³⁶ *Ibid.* à la p. 178.

³⁷ *Ibid.* à la p. 176.

[L]e sens commun est un concept équivoque, contradictoire, multiforme, et ... se référer au sens commun comme pierre de touche de la vérité est un non-sens.³⁸

Ce que Gramsci identifie, c'est le contenu incertain de la notion de sens commun et le caractère hétérogène des éléments que l'on y rattache³⁹. Il fait ressortir la subjectivité de la notion⁴⁰ et le fait que des affirmations que l'on y associe sont en réalité hautement contestables⁴¹.

Plus près de nous, Chaïm Perelman aborde aussi la notion de sens commun. On sait qu'il étudie la logique juridique sous l'angle de la théorie de l'argumentation, qu'il définit comme "l'étude des techniques discursives permettant de provoquer ou d'accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment."⁴² Les arguments en droit visent donc à susciter l'adhésion de divers auditoires touchés.

³⁸ *Ibid.* à la p. 198.

³⁹ On ne peut s'empêcher de rappeler ici une doctrine juridique plus contemporaine qui utilise la notion de *commonplace generalizations* à propos de l'ensemble diffus de connaissances factuelles inévitablement mis en oeuvre dans le contexte du raisonnement judiciaire. Jonathan Cohen écrit : "[T]he main commonplace generalizations themselves are for the most part too essential a part of our culture for there to be any serious disagreement about them. They are learned from shared experience, or taught by proverb, myth, legend, history, literature, drama, parental advice, and the mass media" : J. Cohen, *The Probable and the Probable*, Oxford, Clarendon Press, 1977 aux pp. 274-275, cité dans R.M. Eggleston, "Generalizations and Experts", dans Twining, *supra* note 33 à la p. 1.

⁴⁰ La subjectivité de la notion de sens commun est illustrée par l'affaire *R. c. R.D.S.*, [1997] 3 R.C.S. 484, dans laquelle est discutée l'impartialité d'une juge de première instance qui a expressément utilisé sa connaissance du milieu social en cause afin d'évaluer la crédibilité de témoins. Le juge Freeman, dissident en Cour d'appel, écrit : "Judge Sparks was under a duty to be sensitive to the nuances and implications, and to rely on her own common sense which is necessarily informed by her own experience and understanding" (je souligne) (1995), 145 N.S.R. (2^e) 284 à la p. 294. La formulation utilisée illustre on ne peut mieux la subjectivité de la notion : "son propre sens commun".

⁴¹ "[C]ommon sense is frequently wrong [...] Our every day experience of the world comes in crude, unrepresentative chunks, with causal relations hopelessly obscured, and with prejudice, superstition, and self-interest inextricably intertwined in perception", Bitterman, "The Evaluation of Psychological Propositions", dans L. Levin, *Evidence and the Behavioural Sciences A-16* [mimeo 1956], cité dans A.L. Levin et R.J. Levy, "Persuading the Jury with Facts not in Evidence : The Fiction-Science Spectrum" (1956) 105 *University of Pennsylvania Law Review* 139 à la p. 141. Par exemple, on peut à tout le moins s'interroger sur le caractère incontestable de l'affirmation suivante du juge La Forest, dans l'affaire *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171 aux pp. 198-199 : "Mais, en l'absence de preuve soulevant un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits, on ne peut conclure qu'un professeur n'est pas en situation de confiance et d'autorité vis-à-vis de ses élèves sans faire violence au sens commun."

⁴² C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, 5^e éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988 à la p. 5.

Les "lieux" constituent des prémisses d'ordre très général⁴³, qui servent de points de départ des argumentations⁴⁴. On retrouve notamment des lieux de quantité, "qui affirment que quelque chose vaut mieux qu'autre chose pour des raisons quantitatives"⁴⁵. Le sens commun, défini comme "une série de croyances admises au sein d'une société déterminée, et que ses membres présument être partagées par tout être raisonnable"⁴⁶, serait donc un lieu de quantité, se fondant sur la prémisse de "la supériorité de ce qui est admis par le plus grand nombre"⁴⁷.

Le sens commun peut donc tenir lieu de point de départ d'une argumentation. "Ils peuvent servir de point de départ, écrit Perelman à propos des lieux communs⁴⁸, justement parce qu'ils sont censés être communs à tous les esprits"⁴⁹.

C'est cependant leur ambiguïté, et non leur évidence, qui suscite l'adhésion⁵⁰. C'est au moment de l'explicitation, de l'interprétation, de l'application, que pourront naître des divergences de point de vue⁵¹.

Ces auteurs confirment l'inquiétude à l'égard de la notion de sens commun, l'abordant comme philosophie spontanée au contenu varié, ou encore comme ensemble de lieux communs, instruments de rhétorique dont l'efficacité réelle consiste à susciter l'adhésion d'un auditoire.

⁴³ *Ibid.* à la p. 112.

⁴⁴ *Ibid.* à la p. 125.

⁴⁵ *Ibid.* à la p. 115.

⁴⁶ *Ibid.* à la p. 132. Il réfère aussi, toujours à propos du sens commun, à des "thèses généralement admises", à des "opinions communes" : C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Dalloz, Méthodes du droit, 1979 à la p. 117.

⁴⁷ Perelman, *supra* note 42 à la p. 116.

⁴⁸ Il est intéressant de noter que la notion de lieux communs a un sens moderne de banalité, de platitude du discours : Robert, *Dictionnaire historique de la langue française*, édition de 1994, "lieu", "lieu commun" : "Son usage spécialisé [celui du pluriel *les lieux*] dans *les lieux communs* (1562) est calqué sur la locution latine *loci communes*, elle-même prise au grec *koinos topos* terme de rhétorique désignant les sources où un orateur peut puiser des pensées et des preuves sur tous les sujets; par extension (au singulier ou au pluriel), l'expression a pris son sens moderne de "banalité, platitude du discours" (1666)".

⁴⁹ Perelman, *supra* note 46 à la p. 118.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Dans l'affaire *Thomson Newspapers*, *supra* note 5, le juge Bastarache met ainsi en garde contre une utilisation grossièrement rhétorique du sens commun : "[L]es tribunaux ne doivent pas invoquer le sens commun pour masquer des suppositions sans fondement ou preuves surversées (...)" (au para. 116).

Prenons l'exemple de la pertinence comme critère d'admissibilité d'une preuve en droit. On admet généralement que le sens commun est probablement le meilleur guide d'évaluation de la pertinence. Pourtant, ce meilleur guide est loin d'être précis, notamment dans les cas d'infractions à caractère sexuel⁵². Les nombreux débats législatifs et jurisprudentiels sur cette question en font foi. Et cela est loin d'être surprenant, si, comme le prétend Gramsci, cohabitent dans le sens commun des éléments de l'homme des cavernes et des principes scientifiques vérifiés⁵³.

Revenons à l'exemple évoqué en introduction, de l'interdiction de publication de sondages durant les derniers jours d'une campagne électorale⁵⁴. Il semble que l'on puisse se réclamer du sens commun pour appuyer et pour dénoncer cette interdiction, selon notre conception de la démocratie, de la liberté d'expression et du rôle des médias. Le caractère apparemment évident de notre compréhension autorise la référence au sens commun. Or, le sens commun n'a certes pas de réponse unique en l'espèce, puisque neuf personnes intelligentes et informées peuvent se diviser sur la question, en s'appuyant sur des arguments à la fois convaincants et opposés.

L'inquiétude suscitée par l'utilisation judiciaire d'énoncés dits de sens commun, vu la subjectivité et l'incertitude inhérentes à plusieurs, est amplifiée par le caractère apparemment rassurant du procédé. On l'a vu, un argument de sens commun fait appel à une forme de sagesse populaire, à l'évidence, à ce qui va de soi. On est rassuré par une telle présentation, au point, peut-être, de mettre ses réflexes analytiques et critiques en veilleuse. Alors que, en réalité, au-delà de l'apparence d'évidence, des points de vue contradictoires sur la question demeurent légitimes.

II L'inévitable contexte factuel de raisonnement⁵⁵

⁵² La juge L'Heureux-Dubé écrit sur cette notion de pertinence en droit de la preuve : "Quel que soit le test, qu'il soit fondé sur l'expérience, le bon sens ou la logique, c'est là une décision particulièrement perméable aux préjugés. Quelle que soit la définition utilisée, la décision que prendra le juge quant à la pertinence sera fondée sur son expérience, son bon sens ou sa logique, ou sur les trois à la fois"., *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 à la p. 679.

⁵³ *Supra* note 35 à la p. 176. La juge L'Heureux-Dubé, à propos du sens commun comme guide d'évaluation de pertinence déclare : "Dans la majorité des cas, on s'entendra généralement sur ce qui est pertinent, et la détermination de la pertinence ne posera pas de problème. Toutefois, il existe certains domaines où l'expérience, le bon sens et la logique sont alimentés par des stéréotypes et des mythes", *Seaboyer*, *supra* note 52.

⁵⁴ Voir *supra* note 5.

⁵⁵ Cette partie s'inspire d'une réflexion développée à l'occasion d'une étude de la connaissance d'office : D. Pinard, "La notion traditionnelle de connaissance d'office des faits", *supra* note 4 aux pp. 132 et seq.

Mes recherches sur la connaissance d'office m'ont amenée à m'intéresser aux diverses composantes de la décision judiciaire. On y retrouve bien sûr les éléments principaux, soit les habituelles questions de droit et les questions de fait. Mais, on le sait intuitivement, le raisonnement, sur le droit comme sur les faits en litige, implique la mise en oeuvre de la connaissance que l'on a du monde et de ses phénomènes. Le recours à ce contexte factuel de raisonnement, généralement inommé, est à la fois indispensable et incontournable.

Il est indispensable, en ce que la compréhension d'une règle de droit comme d'un geste particulier ne peut exister sans une mise en contexte plus large. Par exemple, l'analyse d'une réglementation étatique en matière d'environnement exige, de la part de celle qui y procède, une connaissance minimale du phénomène de la pollution. De la même façon, l'interprétation d'un geste isolé, si on la dissèque, met en oeuvre un ensemble d'*a priori* sur le comportement humain normal et, notamment, sur les règles de causalité qui le régissent. C'est à la lumière de cet éclairage qu'on peut donner un sens à un fait isolé comme à une règle de droit. Ce phénomène explique l'embarras dans lequel vit un Martien lors de ses premières minutes sur la Terre : les éléments qu'il rencontre ne lui sont pas intelligibles, faute de compréhension du contexte explicatif.

Le contexte factuel de raisonnement est aussi incontournable, parce que tout être humain, juge ou laïc, aborde inévitablement chaque question qui lui est présentée avec un bagage diffus d'informations qui sont le fruit de l'expérience d'une vie.

Le sens commun constitue peut-être le coeur de ce contexte factuel de raisonnement. Spontanément, et à défaut d'avoir été convaincu de l'existence d'autres sources pertinentes, c'est l'ensemble de connaissances au sein duquel on puise pour donner un sens à chaque nouvel élément d'information qui nous est présenté.

Le sens commun, issu de la sagesse populaire, est probablement un sage guide, dans la plupart des cas.

Mais, on l'a vu, le sens commun est aussi composé de préjugés, d'inexactitudes, de mythes. C'est là qu'il doit être scruté, critiqué, informé et corrigé.

L'évolution des valeurs [une évolution normative, par exemple une sensibilité accrue à l'égard des droits de la personne] et des connaissances dans le monde des

phénomènes sociaux [connaissance/vérité/exactitude] agit comme limite au rôle et à l'influence du sens commun⁵⁶.

L'évolution des valeurs et de leur hiérarchie dans la société remet en question et transforme certains éléments tenus jusqu'alors comme relevant du sens commun. Il pourra s'agir des valeurs acceptées par la majorité. Alors qu'on a déjà été considéré comme allant de soi, relevant du sens commun, que certains comportements sexuels étaient inacceptables, les tribunaux ont consenti à entendre des experts les informer du nouvel état des valeurs dans la société à cet égard. Il peut aussi s'agir, logique de *Charte* exige, de valeurs qui sont considérées comme étant au-delà des aléas des choix de la majorité. On connaît le discours de la protection constitutionnelle des droits des minorités contre la "tyrannie de la majorité". Dès lors, dans la mesure où il est censé refléter "ce qui est admis par le plus grand nombre", le sens commun peut être un bien mauvais guide.

L'évolution des connaissances scientifiques limite aussi la marge de manoeuvre judiciaire dans l'utilisation de données dites de sens commun, dans la mesure où les premières remettent en question l'exactitude des dernières. On est ici dans le domaine de l'empirique. Le sens commun agit comme guide, jusqu'à ce que des données scientifiques le confirment⁵⁷, ou imposent un autre critère⁵⁸. Un tribunal ne peut apprécier les faits pertinents à un litige en contradiction de l'état relativement non contesté des sciences sociales qu'au prix de sa propre légitimité⁵⁹. Par exemple,

⁵⁶ Dans l'affaire *Thomson Newspapers*, *supra* note 5, lors d'une discussion de la notion de sens commun, le juge Bastarache prend acte d'une distinction de principe entre le monde des faits et celui des valeurs, et estime que le recours à l'argument de sens commun peut notamment être justifié lorsque l'on se retrouve aux confins de ces deux mondes : les tribunaux "peuvent toutefois l'utiliser [le sens commun] à juste titre dans leur raisonnement... lorsqu'il y a chevauchement de constatations des faits et de jugements de valeur" (au para. 116).

⁵⁷ Le juge Iacobucci écrit, dans l'affaire *RJR-MacDonald*, *supra* note 3 à la p. 352 que le rôle d'une preuve scientifique, à propos du lien de rationalité à établir en vertu de l'article premier de la *Charte*, n'est en fait que de fonder "la raison, la logique ou le bon sens", qui sont, eux, les éléments essentiels du raisonnement.

⁵⁸ "Peut-être la science pourra-t-elle un jour prouver que, dans certaines situations, il est inévitable que les jurés soient impartiaux. Jusqu'à ce que ce jour arrive, les décisions en cette matière devront être affaire de bon sens" : *Phillips c. Nova Scotia*, [1995] 2 R.C.S. 97 à la p. 165 (le juge Cory).

⁵⁹ "Science modifies and strengthens the role of fact-finding in constitutional interpretation and actually constitutes a hallmark of constitutional theory, guiding and restraining the Court's constitutional discretion.... Science restrains the Court by making it accountable for the normative judgments underlying its constitutionally based factual suppositions.... Increasingly, commentators and litigants are checking the modern Court's fact-finding on the basis of empirical research that only sometimes supports, and often contradicts, the Court's 'best guesses' about the world. In some cases, the empirical data indicates results contrary to the Justices' normative desires", D. L. Faigman, "Normative Constitutional Fact-Finding :

on ne peut impunément se fonder sur le sens commun pour affirmer l'existence d'un lien de causalité qui serait nié par l'état des connaissances scientifiques. Lorsque l'on se place sur le terrain de la vérité, de l'exactitude, on ne peut plus arguer de principes dits de sens commun qui sont contredits par le monde scientifique.

Entre le raisonnement de sens commun et la preuve d'expert, il semble que le droit ait historiquement privilégié le premier⁶⁰. Plus on acceptera cependant que le sens commun n'a pas réponse à tout, plus on devra s'ouvrir à des sources d'informations nouvelles⁶¹.

On utilisera donc son sens commun pour évaluer la crédibilité d'un témoignage, jusqu'à ce que l'on soit sensibilisé à l'influence de spécificités culturelles sur le comportement d'un témoin.

On utilisera son sens commun pour évaluer la pertinence d'une preuve, jusqu'à ce que l'on soit informé de l'existence de stéréotypes dans le traitement judiciaire de certains types d'infractions.

On utilisera son sens commun pour réfléchir sur le lien entre la publicité d'un produit et sa consommation, jusqu'à ce que notre conclusion soit remise en question par une preuve scientifique.

Face à ce mouvement souhaitable de vérification constante des données du sens commun par les résultats d'études scientifiques et au fructueux appel judiciaire à la présentation de preuve scientifique dans les affaires de justifications d'atteintes aux droits et libertés, un récent et formidable retour judiciaire explicite au sens commun peut paraître à première vue surprenant.

Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation" (1991) 139 University of Pennsylvania Law Review 541 aux pp. 545 et 549-550.

⁶⁰ Voir la formulation classique de la Cour d'appel anglaise : "We are firmly of the opinion that psychiatry has not yet become a satisfactory substitute for the common sense of juries or magistrates on matters within their experience of life", *R. v. Turner (Terence)*, [1975] Q.B. 834, cité dans R.M. Eggleston, *supra* note 39 aux pp. 23-24.

⁶¹ Voir R.M. Eggleston, *supra* note 39 aux pp. 26 et 36 : "Where the ordinary experience of mankind does not furnish an acceptable generalisation, we may seek the assistance of an expert... Since juries are permitted to act on generalizations about human nature that rest on tradition, folklore, myth and similar insecure foundations, where modern advances in psychology have cast doubt on the validity of such generalisations, expert evidence about normal human behaviour should be receivable."

On pense, par exemple, à l'affaire *RJR-MacDonald*⁶² où, face à une preuve scientifique imposante, ayant donné lieu à une preuve considérable⁶³ et à de nombreuses discussions, tant en première instance qu'en appel, la Cour suprême du Canada, unanimement quant à cette question, fait expressément appel au sens commun pour discuter de la rationalité de la mesure choisie par le législateur. On peut d'ailleurs se demander si *RJR* ne trace pas à cet égard une nouvelle tendance jurisprudentielle⁶⁴.

Tentons, à simple titre d'hypothèse de travail, l'explication suivante. L'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* a imposé une énorme responsabilité au pouvoir judiciaire. L'évaluation du caractère raisonnable d'une limite démocratiquement apportée aux droits et libertés constitue le cœur de cette responsabilité. Dans l'arrêt *Oakes*⁶⁵, l'affaire de départ et de principe, la Cour suprême du Canada a en quelque sorte tenté de se déresponsabiliser ou, à tout le moins, de partager cette responsabilité, en plaçant carrément ce débat sur le terrain de la preuve des faits et des fardeaux de preuve⁶⁶. C'est à l'État de faire la preuve factuelle nécessaire, et c'est l'État, le cas échéant, qui portera la responsabilité (l'odieux?) d'une déclaration d'inconstitutionnalité, n'ayant pas réussi à assumer son fardeau de preuve. Dès *Oakes*, une petite porte est cependant laissée ouverte, au cas où. La Cour y affirme en effet qu'il y aura des cas où "certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier seront manifestes ou évidents en soi"⁶⁷. Un

⁶² *RJR-MacDonald*, *supra* note 3.

⁶³ Voir la description éloquentes donnée par le juge de première instance : *Imperial Tobacco Ltd c. P.G. Canada*, [1991] R.J.Q. 2260 à la p. 2265 (C.S.).

⁶⁴ Voir, par exemple, *Canadian Broadcasting Corp. c. New Brunswick*, [1996] 3 R.C.S. 480 au para. 48, *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609 aux para. 218 et 220, *Libman c. P.G. Québec*, [1997] 3 R.C.S. 569 au para. 39 et *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439 au para. 53. On hésite toutefois à parler de tendance à la Cour suprême du Canada. Ainsi, la récente affaire *Thomson Newspapers*, *supra* note 5, sonne-t-elle le glas du recours au sens commun dans les analyses faites en vertu de l'article premier, ou n'est-elle qu'une affaire isolée? Dans cette affaire, le juge Bastarache affirme que l'utilité de ce recours au sens commun se limite aux cas où il rejoint les "connaissances et expériences quotidiennes des Canadiens", ou encore "lorsqu'il y a chevauchement de constatations de faits et de jugements de valeur" (au para. 116). Le premier critère est en fait inutile, puisque tout recours au sens commun se fonde par définition sur un prétendu appui dans les perceptions communes. Selon le juge Bastarache, ce mode de raisonnement est inapplicable en l'espèce, à l'égard d'un prétendu préjudice lié à la publication de résultats de sondages.

⁶⁵ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

⁶⁶ Tribe a déjà mis en garde contre l'illusion de non-responsabilité de ses choix que peut créer une dépendance à outrance à l'égard des analyses dites scientifiques : "They enable each of us to don a mantle that says, 'I didn't do it'. They create an illusion, a comforting illusion, of inexorability." L.H. Tribe, "Seven Deadly Sins of Straining the Constitution Through a Pseudo-Scientific Sieve" (1984) 36 *Hastings Law Journal* 155 à la p. 168.

⁶⁷ *Oakes*, *supra* note 65 à la p. 138.

coup de génie de la part de la Cour, qui se laisse ainsi une marge de manoeuvre considérable. Le temps venu, elle peut reprendre le contrôle du débat. Ce qu'elle fait, avec son recours au sens commun pour établir la rationalité d'une mesure législative⁶⁸. Le pouvoir judiciaire se réapproprie ainsi la responsabilité, mais aussi le contrôle des paramètres d'une décision rendue en vertu de l'article premier.

Mais le problème a peut-être été dès le départ de placer le débat des limites raisonnables sur le terrain des faits et des règles traditionnelles du fardeau de la preuve, ouvrant ainsi la porte à d'interminables débats de preuves scientifiques à tout le moins incertaines. Car là n'est peut-être pas la question, ou la réponse. La décision législative est politique, elle concilie des intérêts et des préoccupations. C'est un jugement de valeurs. Ce n'est pas une décision scientifique, elle n'est pas exacte ou inexacte. Au mieux, elle est informée et raisonnable. Le mandat de contrôle constitutionnel donné aux juges est d'ailleurs formulé ainsi, soit l'évaluation du caractère raisonnable des limites apportées aux droits et libertés. C'est un jugement de valeurs qui leur est demandé, à eux aussi, et non pas un jugement scientifique. On doit certes les informer d'un fondement factuel conférant sa rationalité à l'action législative, mais la décision judiciaire ultime ne sera pas une décision dictée par les faits.

On ne doit pas non plus oublier le rôle du niveau symbolique dans le monde juridique. Au-delà d'un lien de causalité scientifiquement établi, l'interdiction de publicité d'un produit, par exemple, est un symbole fort en vue de la diminution de sa consommation. Il s'agit en fait de la promotion d'un objectif législatif, plutôt que de sa réalisation en tant que telle⁶⁹. L'évaluation judiciaire du caractère raisonnable de l'atteinte ainsi apportée à la liberté d'expression ne peut faire abstraction de cet important niveau symbolique.

Ce mouvement de références judiciaires expresses au sens commun est peut-être un rappel que les juges conservent la responsabilité de juger du caractère raisonnable des limites apportées aux droits et libertés, et que c'est un jugement de valeurs qu'ils rendent alors.

⁶⁸ Voir, par exemple, *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, pour un rattachement explicite de la remarque faite dans *Oakes* à propos du caractère parfois évident des éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier de la *Charte* au recours au sens commun : "Le bon sens s'impose" (à la p. 488).

⁶⁹ Le propos suivant illustre cette idée de la promotion d'un objectif, par opposition à sa réalisation en tant que telle : "Un législateur peut rarement démontrer que les mesures qu'il propose pour améliorer la société auront inévitablement cet effet.... Suivant le simple bon sens, peut-on dire que la mesure... est susceptible de favoriser la réalisation de l'objectif recherché (plutôt que de le réaliser inévitablement)?" *Adler c. Ontario*, *supra* note 64 au para. 218.

Et dans la mesure où l'on doit se rappeler que la *Charte* ne doit pas devenir un instrument de protection des mieux nantis au détriment des plus démunis, il est important que les juges conservent la responsabilité de juger, là où les capacités économiques des parties détermineront le type de preuve présenté. Le juge La Forest a toujours été sensible à de telles préoccupations de justice sociale.

Conclusion

L'utilisation du sens commun dans le raisonnement judiciaire est inévitable, qu'elle soit faite consciemment ou inconsciemment. On doit remercier le juge La Forest d'avoir plus que quiconque nommé ce phénomène. Il nous permet de nous y attarder, d'y réfléchir. Il donne ainsi la possibilité de discussion, de dialogue. Et, la Cour nous le rappelait récemment, "le bon fonctionnement d'une démocratie exige un processus permanent de discussion"⁷⁰.

⁷⁰ Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217 au para. 68.