



# Les principes de preuve en matière de contrôle de constitutionnalité vus sous l'angle d'un exercice de gestion de risques

*Danielle Pinard*<sup>1</sup>



## INTRODUCTION

In the premodern world, the division between fact and theory, among other things, had class overtones... « lower strata collected facts while higher ups advanced principles [...] contact between the two types of knowledge was discouraged by custom » [...]².

1. Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal depuis 1987, Danielle Pinard a commencé sa carrière comme clerc auprès du juge Antonio Lamer, à la Cour suprême du Canada, puis comme Visiting Professor à la Faculté de droit de l'Université McGill. Elle s'intéresse au droit constitutionnel, particulièrement à l'analyse du raisonnement judiciaire quant aux questions de faits sociaux. On compte, parmi ses publications récentes, « *Charter and Context: The Facts for Which We Need Evidence, and the Mysterious Other Ones* », [2001] 14 *Supreme Court Law Review (Second Series)* 163-173; « La méthode contextuelle », (2002) 81 *La revue du barreau canadien* 323-368; « Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*: le *reading in*, le *reading down*, l'interprétation large et l'interprétation atténuée, etc. ! », 2003 *Revue du barreau* 421-484.
2. Sheldon Krimsky, « The Role of Theory in Risk Studies », dans S. Krimsky et D. Golding (sous la direction de), *Social Theories of Risk*, Praeger, Westport, Connecticut, London, 1992, 1, 4-5, qui cite Philipp Frank, *Philosophy of Science: The Link Between Science and Philosophy*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1957, p. 25.

D'une certaine façon, le monde du droit semble encore, à cet égard, relativement pré-moderne. La hiérarchie semble en effet présente entre la noblesse rattachée au traitement des grandes questions de droit, et l'humilité des petites techniques de preuve visant à l'établissement des faits. Cette hiérarchie est trompeuse. Un pouvoir judiciaire important et souvent occulte s'exerce sous le couvert d'une découverte de faits, prétendument passive.

\*\*\*

La notion de risque a donné lieu, au cours des dernières années, à une production intellectuelle d'une ampleur et d'une diversité impressionnantes. En économie, en science politique, en environnement comme en santé publique, on s'interroge sur les risques, et sur le mode approprié de leur évaluation et de leur gestion<sup>3</sup>.

À l'exception des questions d'assurance, ou encore de dangerosité des personnes en contexte criminel, le monde du droit semble avoir été plus lent à intégrer la notion de risque comme outil conceptuel. Il rattrape cependant le temps perdu. Preuve en est l'apparition récente d'une documentation importante, dont une revue exclusivement consacrée à la gestion des risques par le droit<sup>4</sup>.

L'émergence même de cet engouement pour le concept de risque constitue en soi un phénomène digne d'intérêt.

Le rôle du concept de risque dans le monde du droit, s'il n'est pas étranger à ce contexte général, présente cependant des particularités.

3. « Both as a figure of speech and as an instrument of political momentum, risk has assumed an unusual prominence on the American scene » : Edward J. Burger (sous la direction de), *Risk*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993, Introduction, vii. Du côté européen, la publication d'un *Que sais-je* consacré à la sociologie du risque par les Presses universitaires de France, en 1995, illustre la popularité du sujet : David Le Breton, *La sociologie du risque*, Paris, Presses universitaires de France, 1995. Voir enfin, pour une illustration plus moderne de l'intérêt pour la littérature sur les risques, la revue *Journal on Risk and Uncertainty*, Kluwer Online, à l'adresse électronique suivante : <http://www.kluweronline.com/issn/0895-5646/contents>.
4. *Law, Probability and Risk*, Oxford University Press, dont le premier numéro a paru en juillet 2002.

On tentera, dans le présent texte, d'utiliser cette notion de risque comme outil d'analyse de l'interaction des questions factuelles et des questions normatives en jeu dans le contentieux constitutionnel fondé sur la violation de droits et libertés.

Après quelques réflexions sur la notion de risque et sa pertinence en contexte de contrôle de constitutionnalité (première partie), on abordera des illustrations du traitement judiciaire de risques, donc de l'incertitude factuelle (seconde partie).

## PREMIÈRE PARTIE

### LA NOTION DE RISQUES ET LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ

#### I. La notion de risque

On retiendra ici une notion simple de risque : la possibilité de survenance d'un événement dommageable, nuisible ou autrement indésirable<sup>5</sup>. Cette définition souligne deux composantes essentielles de la notion de risque : le volet factuel, soit l'incertitude relative à la réalisation de la chose, et le volet normatif, soit son caractère indésirable. Le premier requiert des analyses statistiques et mathématiques, l'établissement de corrélations et de liens de causalité ; c'est le monde de l'objectivité et des observations empiriques, le monde des experts scientifiques. Le second, celui du normatif, est plus incertain, plus flou ; c'est le monde du social, du politique, des jugements de valeur sur le désirable et le non-désirable, le raisonnable, le bienfait et le préjudice.

La popularité de la notion de risque est en soi un phénomène social digne d'intérêt. Pourquoi cet engouement ?

Il semble que la littérature relative aux risques s'intéresse principalement à la composante factuelle, prétendument « objective » de la question. D'aucune façon le fruit du hasard, cet intérêt est le

5. Danielle Pinard, « Incertitude et risques: la preuve en matière constitutionnelle », dans H. Dumont et J. Bloom (sous la direction de), *Science, vérité et justice*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, pp. 65-95 (y paraît aussi dans sa version anglaise : « Uncertainty and Risks : Evidence in Constitutional Law », pp. 97-125), p. 67.

reflet de l'importante utilité idéologique de cette littérature, soit l'occultation du social et du politique au profit de l'empirique, du scientifique, de l'objectif<sup>6</sup>. Les débats sur l'utilité sociale ou l'opportunité politique d'un projet cèdent ainsi le pas à des débats d'experts sur des systèmes d'analyse scientifique complexe, débats dans lesquels, par définition, l'opinion du profane perd toute pertinence<sup>7</sup>.

Or, les choix politiques ne peuvent être réduits à des considérations de l'ordre de l'empirique, et ce pour au moins trois raisons.

Tout d'abord, on a ici une confusion des genres. Une question sociale ou politique, une question de valeurs, ne se limite pas à la considération de données empiriques. Une analyse complète des données factuelles pertinentes n'épuise pas la question de l'à-propos d'un projet. On ne peut se soustraire ici à une question de choix, de décision, de préférence<sup>8</sup>.

Deuxièmement, les scientifiques ne peuvent nous garantir ni la certitude, ni l'objectivité que l'on attend d'eux. D'une part, bien souvent, les scientifiques ne connaissent pas la réponse à la question posée. Les acteurs extérieurs au monde de la science en entretiennent couramment une vision naïve, qui relève de l'ordre de la légende<sup>9</sup>, et en vertu de laquelle les sciences peuvent nous fournir toute l'information factuelle nécessaire à la justification non équivoque d'un choix de société. Or, nous apprend-on, nous arrivons

6. « This numerology, or “quantitative risk analysis”, which gives the appearance of increased accuracy, has been correctly described by some of its critics as a “refuge in objectivity” » : E. J. Burger, *op. cit.*, note 3, p. xii. On écrira aussi : « whether their authors realize it or not, technical risk definitions do require framing commitments to models of the social realities, in which risks are generated, defined, and experienced » : Brian Wynne, « Risk an Social Learning : Reification to Engagement », dans S. Krimsky, *op. cit.*, note 2, 275, 292.
7. Mary Douglas estime que la substitution du terme « risque » à celui de « danger » n'est en ce sens pas neutre. Elle écrit : « The language of danger, now turned into the language of risk, often makes a spurious claim to be scientific. But the matter is not just linguistic style. The possibility of a scientifically objective decision about exposure to danger is part of the new complex of ideas » : Mary Bouglas, *Risk and Blame, Essays in Cultural Theory*, London et New York, Routledge, 1992, 14.
8. Voir, pour une réflexion semblable, Danièle Loshak, « Droit, normalité et normalisation », dans Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Jacques Chevallier *et al.*, *Le droit en procès*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, p. 51, qui écrit, à la p. 75 : « En réalité, et il ne faut pas s'y tromper, la prétention à l'objectivité et à la scientificité est ici largement mystificatrice, comme toujours lorsqu'on les invoque dans des domaines qui ont trait au gouvernement des hommes. Derrière des calculs prétendument objectifs se dissimulent des systèmes

trop tard. Après avoir pensé tout savoir, la science sait maintenant suffisamment pour avoir une bonne idée de tout ce qu'elle ne sait pas<sup>10</sup>. D'autre part, les scientifiques ne peuvent que rarement offrir la « neutralité », l'« objectivité » que la vision naïve leur attribue. Au-delà du laboratoire et des modèles statistiques, les connaissances scientifiques sont élaborées dans des conditions sociales de production dont la prise en considération devrait à elle seule mitiger toute attente d'objectivité absolue<sup>11</sup>.

Enfin, au-delà de la double limite inhérente au monde des sciences, soit celle de l'incapacité à répondre aux questions normatives, et même à répondre à bien des questions factuelles qui sont au cœur de ces questions normatives, le recours aux seules sciences ne peut satisfaire à une exigence inhérente à toute décision sociale ou politique, soit celle relative au processus. Dans une société qui se prétend démocratique, le processus d'élaboration de la norme revêt une importance fondamentale. Particulièrement en contexte de gestion de risques, la rationalité de la décision implique un volet processuel, qui rend pertinente la question de la légitimité démocratique du décideur, et par lequel doivent avoir

---

d'évaluation qui restent fondamentalement normatifs et n'échappent pas à l'emprise des valeurs dominantes ». Elle ajoute, à la p. 76: « Il est illusoire, même en recourant aux pédagogues, aux médecins, aux psychiatres, aux psychologues, même avec le renfort de toutes les sciences du "psy" et bientôt de la sociologie, de vouloir trancher scientifiquement des questions qui, quoi qu'on fasse, demeurent à haute teneur idéologique [...] ».

9. Voir, par exemple, George W. Conk, « Legend vs. Pragmatism », dans Cynthia H. Cwik et John L. North (dir.), *Scientific Evidence Review*, Monograph N° 3, American Bar Association, Section of Science and Technology, Chicago, 1997.
10. Sur cette question, voir, par exemple, M. Douglas, *op. cit.*, note 7, p. 48: « Even if it [probability analysis] were still representing a form of scientific analysis, it arrives just at the moment in which it cannot deliver what politics most want of it. Politics requires from science its authority – certainty. [...] Superbia is gone; the mood is modest, cautious, insisting on vast areas of uncertainty. » Elle avait écrit, en 1983: « For anyone disposed to worry about the unknown, science has actually expanded the universe about which we cannot speak with confidence. [...] », se référant notamment à « the double-edged thrust of science, generating new ignorance with new knowledge »: Mary Douglas et Aaron Wildavsky, *Risk and Culture, An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, Berkeley, University of California Press, 1983, p. 49. Voir enfin Georges M. Von Furstenberg, *Acting Under Uncertainty: Multidisciplinary Conceptions*, Boston, Kluwer Academic Publisher, Theory and Decision Library, 1990, p. xi: « [R]esearch creates uncertainty [...] An addition to knowledge is won at the expense of an addition to ignorance. »
11. « Bad science is easier than good. Faster and cheaper »: Peter W. Huber, « Pathological Science in Court », dans E. J. Burger, *op. cit.*, note 3, 99, 115.

l'occasion de se faire entendre celles et ceux à qui on demandera d'assumer un risque<sup>12</sup>.

Quoi qu'il en soit de sa relative inefficacité, cette tentative d'occultation de la discussion de choix de société par des débats scientifiques sur des questions empiriques sert évidemment les intérêts de ceux qui contrôlent les moyens de production de la connaissance, et de ceux dont la position normative ne pourrait, à elle seule, convaincre<sup>13</sup>.

## II. Le contrôle de constitutionnalité

Quelle est donc la pertinence, l'utilité de cette notion de risque, dans le contexte du contrôle judiciaire de constitutionnalité fondé sur des allégations de violations de droits et libertés ?

On doit, pour tenter de répondre à cette question, rappeler un aspect de l'évolution historique du contrôle de constitutionnalité, soit le passage d'une approche conceptuelle et abstraite à une autre, celle-là concrète et factuelle.

Les tribunaux canadiens ont longtemps traité les questions constitutionnelles qui leur étaient présentées comme de pures questions de droit<sup>14</sup>, appelant une analyse de textes législatifs et constitutionnels, une interprétation, un raisonnement, et, à la rigueur, une étude de travaux préparatoires<sup>15</sup>.

12. Voir, par exemple, K.S. Shrader-Frechette, *Risk and Rationality, Philosophical Foundations for Populist Reforms*, Berkeley, University of California Press, 1991, p. 135, qui discute, à propos de la prise de décision en contexte d'incertitude, de la rationalité épistémologique des décisions de « science pure », et de la rationalité éthique, culturelle et procédurale des décisions sociales.
13. « Risk is assumed to have an intrinsic, objective natural meaning that everyone should share, rather than a meaning that has been created and imposed by particular dominant social institutions with their own interests and anxieties, and that systematically conceals certain issues and questions from public attention » : B. Wynne, *loc. cit.*, note 6, 284.
14. Voir Danielle Pinard, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités ? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac », (1994) 39 *McGill L.J.* 405.
15. On pourrait d'ailleurs se demander si une telle approche jurisprudentielle, essentiellement préoccupée de questions de droit et de principes, n'est pas la seule qui soit constitutionnellement permise. Ne pourrait-on pas en effet arguer qu'une exigence jurisprudentielle de démonstration du support empirique d'une loi, aux fins de la confirmation de sa validité, est elle-même inconstitutionnelle ? Ne s'agit-il pas d'une immixtion interdite du pouvoir judiciaire dans le fonctionnement parlementaire ?

Des préoccupations relatives à un quelconque aspect factuel n'ont émergé que lentement et progressivement. De façon générale, le *Renvoi Anti-inflation*<sup>16</sup> de 1976, avec sa discussion de la situation économique canadienne, est considéré à cet égard comme un moment clé.

Peu de temps après, en 1982, l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>17</sup> a confirmé et accru cette exigence judiciaire de démonstration du fondement empirique des lois, aux fins de la confirmation de leur validité constitutionnelle. La constitutionnalisation des droits et libertés a en effet suscité un débat sur la légitimité de sa mise en œuvre par les tribunaux. On s'est notamment inquiété de l'énorme pouvoir inhérent à la détermination, par les juges, de la conformité de lois démocratiquement adoptées, avec des droits libellés de façon floue, comme la « liberté d'expression », ou encore la « sécurité de sa personne ».

Vraisemblablement consciente de l'existence de ce débat, et probablement elle-même inquiète de l'énorme responsabilité qui devenait sienne avec la constitutionnalisation de la *Charte*, la Cour suprême du Canada a rapidement élaboré des fardeaux de preuve qui serviraient de paramètres aux débats: c'est à la partie qui invoque une violation des droits ou libertés d'en faire la démonstration, et c'est à celle qui allègue qu'il s'agit, le cas échéant, d'une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*<sup>18</sup>, de prouver les faits requis pour établir cette prétention<sup>19</sup>.

La défense du caractère raisonnable d'une limite apportée aux droits et libertés exigera, selon la Cour, la preuve de l'importance de l'objectif poursuivi par la mesure attentatoire aux droits et libertés, et celle de la proportionnalité entre l'objectif poursuivi et les moyens utilisés. Cette proportionnalité sera elle-même établie par la démonstration d'un lien rationnel entre l'objectif et le

16. *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

17. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, R.U., 1982, ch. 11, ci-après: la *Charte*.

18. Cet article premier de la *Charte* prévoit: « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

19. La Cour suprême du Canada a précisé cette répartition des fardeaux dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; ci-après *Oakes*.

moyen, de l'absence de moyens moins attentatoires, et d'une pondération entre les effets attentatoires et les avantages de la mesure, favorable à ces derniers<sup>20</sup>. Et la Cour de préciser qu'une preuve sera généralement nécessaire « pour établir les éléments constitutifs » d'une telle analyse<sup>21</sup>.

La Cour prescrit ainsi une jurisprudence constitutionnelle essentiellement empirique, enjoignant le Parlement à asseoir sur un fondement factuel explicite ses choix législatifs susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés.

Paradoxalement, cette quête de faits, que certains peuvent voir comme un indice d'activisme judiciaire<sup>22</sup>, pourra donner lieu à une jurisprudence qui se présente comme passive. Alimentée d'une telle preuve, la Cour pourra juger qu'on lui a, ou non, démontré le caractère raisonnable de l'atteinte. Elle peut ainsi se distancier de la décision, voire s'en déresponsabiliser : ce n'est pas qu'elle *juge* qu'il s'agit ou ne s'agit pas d'une limite raisonnable, le cas échéant, c'est plutôt qu'elle le *constate*, à la lumière de la preuve apportée<sup>23</sup>.

Outre cette apparence d'extériorité et de distanciation, le recours à un langage de faits à établir, de preuve et de fardeaux, crée aussi une illusion de certitude<sup>24</sup>. L'évaluation du caractère

20. Ce test a été énoncé pour le première fois dans l'arrêt *Oakes, id.*

21. *Oakes*, précité, note 19, p. 138.

22. Rogovin se réfère à une tendance jurisprudentielle qui requiert une justification constitutionnelle de l'ordre des faits comme à une forme d'activisme judiciaire. Voir Wendy M. Rogovin, « The Politics of Facts: The Illusion of Certainty », (1995) 46 *Hastings Law Journal* 1723, 1726.

23. Laurence Tribe critique ainsi une certaine jurisprudence conçue en termes de coûts / bénéfices, qui donne aussi une impression d'inexorabilité : « That leads to the sixth deadly sin committed by those who take this cost-benefit perspective: abdicating responsibility for choice. 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". They create an illusion, a comforting illusion, of inexorability », Laurence H. Tribe, « Seven Deadly Sins of Straining the Constitution Through a Pseudo-Scientific Sieve », (1984) 36 *The Hastings Law Journal* 155, 168. Danièle Loshak se réfère, quant à elle, à l'occasion d'une discussion des relations entre le normatif et la normalité, à « [l]'irruption de la science dans le droit et [à] la réduction corrélatrice de la règle juridique à la pure objectivité du constat » : Danièle Loshak, *loc. cit.*, note 8, 74.

24. L'expression « Illusion of Certainty » serait de Oliver Wendell Holmes, Jr, « Privilege, Malice and Intent », (1894) 8 *Harvard Law Review* 1, p. 7, cité dans W. M. Rogovin, *loc. cit.*, note 22, 1723. Laurence Tribe a bien exprimé une préoccupation face aux dangers

raisonnable des limites apportées aux droits et libertés est présentée, non pas comme une pondération subjective des valeurs sociales en cause, mais bien comme un exercice objectif d'évaluation de données empiriques, de corrélations et de liens de causalité établis par des études scientifiques<sup>25</sup>. Ce recours à un langage factuel crée une illusion de neutralité : les valeurs des juges n'ont aucun rôle à jouer dans cette pondération de données objectives.

Le test des limites raisonnables, tel qu'élaboré par la Cour suprême, semble par ailleurs fondé sur deux postulats : les lois peuvent systématiquement être conçues comme des moyens destinés à assurer la réalisation de fins concrètes, et les Parlements n'agissent qu'en contexte de certitude factuelle absolue.

En effet, les diverses étapes élaborées dans *Oakes* présument un problème dont l'existence et les causes sont bien documentées, et l'élaboration de moyens de solution dont l'efficacité est, elle aussi, démontrable par des données empiriques existantes et disponibles.

Elles semblent de plus tenir pour acquis que le législateur n'intervient que dans des circonstances de certitude, tant en ce qui concerne l'identification d'un problème et de sa source que l'efficacité de la solution choisie.

Or, l'utilité de l'action législative relève parfois plus de l'ordre du symbolique que de celui de l'efficacité utilitaire concrète. L'interdiction de la publicité relative à un produit dangereux peut n'avoir comme objet que l'affirmation d'un consensus social sur le caractère nocif du produit. Le Code criminel a certainement, en partie du moins, un objet purement symbolique, soit l'expression de valeurs fondamentales de la société canadienne.

---

créés par cette illusion de certitude : « The general danger illustrated by both of these decisions is a danger well put by Justice Brennan in his dissent in *Leon*. He speaks there of the “narcotic effect”, the “illusion of technical precision and ineluctability”, which comes when we allow ourselves to talk like little scientists about the costs and benefits of these various rules. It is well put by Justice Marshall in his dissent in the *Quarles* case when he speaks of the “pseudo-scientific precision” of cost-benefit rhetoric in this realm », L. H. Tribe, *loc. cit.*, note 23, 158.

25. On a écrit à cet égard, en 1995, dans un contexte de droit américain : « The ideological call for facts is cloaked in the apolitical, apparently objective nature of the facts and so it mystifies the decisionmaking process », W. M. Rogovin, *loc. cit.*, note 22, 1727. Danièle Loshak se réfère à des « valeurs camouflées sous l'objectivité du constat scientifique », et écrit : « le droit, lorsqu'il s'appuie sur un tel constat, ne peut qu'en tirer un surcroît de légitimité », *loc. cit.*, note 8, 75.

De plus, l'intervention législative n'est pas systématiquement fondée sur des connaissances factuelles certaines. En effet, l'incertitude marque bien souvent les mesures législatives qui seront contestées au nom de la violation de droits et libertés. D'une part, toute loi n'est pas nécessairement fondée sur des faits. Certaines peuvent à la rigueur être ancrées dans des légendes urbaines<sup>26</sup>. D'autre part, les scientifiques ne savent pas tout. Le législateur ne sait pas nécessairement tout ce que savent les scientifiques. Et les limites institutionnelles du forum judiciaire, de même que les règles de preuve, font en sorte que la cour ne saura pas nécessairement tout ce que savait le législateur.

L'aide sociale inconditionnelle pour les moins de 30 ans incite *peut-être* moins au retour sur le marché du travail que ne le fait l'aide conditionnelle<sup>27</sup>.

Il se *peut* que la possession de pornographie juvénile soit dangereuse pour les enfants<sup>28</sup>.

La publicité relative aux produits du tabac en augmente *peut-être* la consommation<sup>29</sup>.

Il est *possible* que l'usage de la marijuana cause un préjudice à l'usager, ou à la société en général<sup>30</sup>.

On parle ici de situations de risques, soit de possibilités de survenance d'événements jugés néfastes, préjudiciables. Le monde « libre », non réglementé, donne lieu à l'existence de certains risques. Une réglementation législative de ces risques en réorganise la distribution. Le contrôle judiciaire de constitutionnalité de cette réglementation législative revoit cette dernière distribution.

Le législateur est intervenu dans ces contextes de risque. Il a fait des choix, il a réparti le coût de l'incertitude en brimant éven-

26. W.M. Rogovin, *loc. cit.*, note 22, 1742: « It is possible to enact a piece of legislation without reference to or reliance upon scientific facts. Such a law might be rooted in urban myth or popular desires. »

27. Voir *infra*, la discussion de l'arrêt *Gosselin c. Québec (P.G.)*, 2002 CSC 84.

28. Voir *infra*, la discussion de l'arrêt *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

29. Voir *infra*, la discussion de l'arrêt *J.T.I. Macdonald Corporation c. P.G. Canada*, [2003] R.J.Q. 181 (C.S.).

30. Voir *infra*, la discussion de la décision interlocutoire dans *Malmo-Levine c. R.*, Cour suprême du Canada, 13 décembre 2002.

tuellement les droits de certains au nom de la protection d'autres intérêts, ceux-là jugés supérieurs. Ce sont ces choix qu'expriment les lois adoptées, dont la constitutionnalité est ensuite contestée, au nom de la violation de droits et libertés.

Le contrôle judiciaire évalue cette distribution législative de risques à la lumière de nouveaux paramètres, soit les droits et libertés constitutionnellement protégés.

L'analyse du discours des juges lors du contrôle de constitutionnalité révèle, entre autres choses, un effort désespéré de convaincre qu'il ne s'agit que d'un exercice objectif d'évaluation de faits. On y prétend que les faits dictent la décision. Mais l'incertitude inhérente aux faits sociaux complique cette tentative d'occultation du pouvoir réel de décision, de choix, qui est exercé.

Puisque les connaissances disponibles, relativement incertaines, ne peuvent donner lieu à l'élaboration d'un raisonnement factuel complet, solide et sans faille, on a recours à divers aménagements qui permettent d'intervenir dans la gestion législative de risques tout en prétendant demeurer sur un terrain factuel.

On a évalué certains de ces aménagements en 2000 : le respect d'une marge de manœuvre législative en contexte d'incertitude scientifique, l'acceptation de l'établissement d'un simple fondement rationnel, et le recours au sens commun<sup>31</sup>.

La deuxième partie de ce texte est consacrée à l'analyse de stratégies de gestion de faits développées par la Cour suprême du Canada à l'occasion de récents contrôles de constitutionnalité réalisés en contexte d'incertitude.

## DEUXIÈME PARTIE QUELQUES CAS D'APPLICATION

On abordera, dans cette partie, des jugements respectivement fondés sur la contestation de mesures d'aide sociale (I), la criminalisation de la possession de pornographie juvénile (II), l'interdiction de la publicité relative aux produits du tabac (III) et l'interdiction de possession de marijuana (IV).

31. Voir D. Pinard, *loc. cit.*, note 5.

Il s'agira ici de se préoccuper du traitement judiciaire des faits, à l'exclusion de toute considération sur le droit applicable. Et de démontrer de quelle façon, souhaitant légitimer leurs opinions par une justification objective, les juges de la Cour suprême du Canada ont recours à des expédients afin de combler les lacunes d'un raisonnement factuel en contexte de risque, donc d'incertitude.

### I. L'aide sociale

Le régime d'aide sociale au Québec a prévu, pendant quelques années, que les prestataires de moins de trente ans ne recevraient qu'une fraction du montant de la prestation de base, à moins de participer à des programmes de stages ou de perfectionnement.

La Cour suprême du Canada a rendu en décembre 2002 un jugement, l'affaire *Gosselin*<sup>32</sup>, dans lequel elle a confirmé la conformité du régime aux droits à l'égalité protégés par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ayant conclu à l'absence de violation des droits et libertés, la Cour n'a pas eu à discuter de l'éventuel caractère raisonnable d'une atteinte<sup>33</sup>. Quatre juges dissidents auraient conclu à l'inconstitutionnalité du régime contesté<sup>34</sup>.

Le risque identifié par le législateur peut être conçu comme suit : dans une période économique difficile, marquée notamment par un taux de chômage important, il y a un risque que les jeunes assistés sociaux de moins de trente ans que l'on ne contraint pas d'une quelconque manière à se doter de moyens utiles à une intégration dans le marché du travail ne dépendent à long terme de l'aide sociale.

Les connaissances disponibles à l'égard de cette question de fait de société sont parcellaires. L'intervention législative se réalise en contexte d'incertitude.

32. *Gosselin c. Québec (P.G.)*, 2002 CSC 84, ci-après : *Gosselin*.

33. La juge en chef McLachlin écrit l'opinion majoritaire de la Cour, à laquelle adhèrent les juges Gonthier, Iacobucci, Major et Binnie.

34. Il s'agit des juges L'Heureux-Dubé, Bastarache, Arbour et Lebel, qui écrivent quatre opinions dissidentes distinctes.

Le législateur impose aux assistés sociaux de moins de trente ans le coût de cette incertitude : ce sont eux qui assumeront les coûts du risque. Ils seront placés dans une situation immédiate extrêmement difficile, dans l'espoir de jours meilleurs au mieux incertains.

Cette distribution législative de risque est contestée comme étant une source de violation des droits à l'égalité constitutionnellement protégés à l'article 15 de la *Charte*.

La Cour suprême confirme la répartition de risques opérée par le législateur.

On s'intéressera à la façon dont la Cour gère ici l'incertitude factuelle inhérente aux questions de faits sociaux pertinentes. On retrouvera, parmi les stratégies utilisées, le choix du lieu du débat (A), l'accent sur la philosophie du régime (B), la déférence à l'égard du juge de première instance (C) et la confusion du normatif et du factuel (D). Le jugement démontre aussi une importance considérable conférée à la preuve (E), un refus d'interpréter les faits (F), une acceptation des hypothèses factuelles du législateur (G), l'application du principe du *stare decisis* à des questions factuelles (H), et enfin l'utilisation d'outils conceptuels divers destinés à compléter le raisonnement factuel (I).

- A. Déterminer le lieu du débat sur les risques : l'établissement de la violation du droit en tant que telle, plutôt que l'évaluation du caractère raisonnable d'une éventuelle atteinte

La Cour suprême du Canada a déterminé depuis longtemps la répartition des fardeaux de preuve qui servent de paramètres à tout débat sur la compatibilité d'une loi avec la *Charte canadienne des droits et libertés* : la partie qui invoque la violation de droits et libertés doit en faire la démonstration, et la partie qui allègue le caractère raisonnable d'une éventuelle atteinte doit apporter les faits pertinents au soutien de cette prétention.

Or, la distinction entre le contenu respectif de chacune des étapes, soit celle de la détermination de la violation d'un droit et celle de la considération des limites raisonnables que l'État peut lui apporter n'est pas dictée par un ordre naturel et préexistant des choses. Les juges, interprètes légitimes de la Constitution,

décideront de ce qui doit être prouvé pour établir une violation et de ce qui doit être établi pour en démontrer le caractère raisonnable, le cas échéant. Il s'agit d'une décision normative et d'une détermination fondamentale pour la question de la gestion des risques : c'est la partie à qui incombe le fardeau de preuve d'un fait qui assumera le coût de l'incertitude scientifique relative à ce fait.

Dans *Gosselin*, la Cour a estimé qu'elle ne pouvait conclure à une violation des droits à l'égalité, les éléments requis pour une telle conclusion ne lui ayant pas été démontrés. Le jugement majoritaire n'aborde donc pas la question des limites raisonnables permises par l'article premier. Ce jugement est entièrement consacré à une analyse de la violation alléguée de l'article 15, dont la victime a le fardeau d'établir les éléments constitutifs.

La Cour y a confirmé des propos constants depuis l'affaire *Law*<sup>35</sup> : on ne pourra conclure à l'existence d'une violation des droits à l'égalité que si la victime démontre, entre autres choses, une atteinte à la dignité humaine essentielle. Elle a estimé que la victime n'avait pas, en l'espèce, réussi à faire cette démonstration.

Or, il s'agit d'un fardeau énorme imposé à la victime, qui se devait apparemment, dans cette affaire, d'informer la Cour non seulement de sa propre situation, mais aussi de l'impact global de la mesure contestée. La Cour écrit en effet :

Cependant, même si nous sommes disposés à reconnaître que certains jeunes bénéficiaires ont dû se retrouver bien en dessous du seuil de pauvreté, nous ne savons pas combien ont connu ce sort, ni pendant combien de temps<sup>36</sup>.

Pourtant, le juge Iacobucci avait bien écrit, pour une Cour unanime cette fois, dans l'affaire *Law*, que, si des études de sciences sociales pouvaient « s'avérer très utiles au tribunal chargé de déterminer si un demandeur a démontré que les dispositions en cause sont discriminatoires<sup>37</sup> », elles n'étaient cependant pas obligatoires<sup>38</sup>,

35. *Law c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, ci-après : *Law*.

36. *Gosselin*, par. 64. On doit comparer cette approche à l'opinion dissidente du juge Bastarache, qui écrit, au par. 249, que la victime n'a qu'à démontrer le préjudice qu'elle a elle-même subi.

37. *Law*, par. 77.

38. *Id.*

et qu'il n'y avait pas d'exigence, en vertu de l'article 15, que le demandeur «doive faire la preuve de questions qu'on ne peut pas raisonnablement supposer être de sa connaissance<sup>39</sup>». Il ajoutait :

Un tribunal peut souvent, dans les cas opportuns, s'appuyer uniquement sur la connaissance d'office et sur le raisonnement logique pour trancher la question de savoir si les dispositions contestées violent le par. 15(1<sup>40</sup>).

Cependant, comme Mme Gosselin l'apprendra à ses dépens, l'absence d'études de sciences sociales, alliée à un refus judiciaire de compenser cette absence par l'utilisation de la connaissance d'office ou du raisonnement logique, l'amènera à perdre sa cause. Peut-on vraiment parler, alors, d'une preuve qui n'est pas obligatoire ?

Le fait que toute la discussion de la mesure sociale contestée ait lieu dans le cadre de l'analyse de la violation des droits, dont la victime assume le fardeau de preuve, illustre la lourdeur de ce fardeau. Ainsi, on écrira que :

[L]e dossier en l'espèce n'établit pas l'absence de lien, quant à l'objet ou à l'effet de la distinction, entre le motif de l'âge et les besoins et la situation des bénéficiaires de l'aide sociale de moins de 30 ans au Québec.<sup>41</sup>

On se souvient que *Law* avait établi que la correspondance entre le motif de distinction et les besoins réels d'un groupe d'individus constituait un facteur contextuel pertinent aux fins de l'établissement du caractère discriminatoire d'une distinction. *Gosselin* met en relief le fait que le fardeau de la victime porte aussi sur la preuve de ces facteurs, et que cette victime pourra être appelée à établir une « absence de lien », information difficile à démontrer, reposant vraisemblablement sur des études de sciences sociales sur le statut socio-économique des jeunes de moins de trente ans au Québec, et à propos de laquelle l'État est vraisemblablement mieux informé que la demanderesse.

À ce propos, d'ailleurs, le juge Bastarache rappellera, dans une opinion dissidente, la supériorité des ressources dont dispose le gouvernement, et le fait que ce dernier est plus à

39. *Id.*, par. 80.

40. *Id.*, par. 77.

41. *Gosselin*, par. 58.

même de « faire la preuve de l'objet et de l'importance de son programme<sup>42</sup> ».

Le fait que l'analyse de la mesure sociale contestée ait exclusivement lieu dans le cadre de l'établissement de la violation, dont la victime assume le fardeau de preuve, facilite à bien des égards la tâche de l'État, qui n'a en principe à intervenir qu'au moment de la justification des limites en vertu de l'article premier. Ainsi, on se satisfera sous l'article 15 d'hypothèses législatives « raisonnablement fondées sur le quotidien et le sens commun<sup>43</sup> », alors qu'il est loin d'être certain qu'il s'agirait de justifications recevables dans le cadre de l'analyse du caractère raisonnable de limites apportées aux droits et libertés<sup>44</sup>.

La reconnaissance réaliste de l'incertitude factuelle dans laquelle de nombreuses lois voient le jour avait déjà amené la Cour suprême du Canada à tempérer certains critères. Face à l'impossibilité de répondre aux exigences de preuve rigoureuses énoncées dans *Oakes*, la Cour avait développé, de façon ponctuelle, des aménagements permettant à l'État de justifier des mesures adoptées en contexte d'incertitude factuelle<sup>45</sup>.

Transférer à l'étape de l'établissement de la violation la discussion des faits de société à propos desquels règne inévitablement une telle incertitude factuelle est, à cette fin, un procédé beaucoup plus drastique et efficace : une victime ne pourra qu'exceptionnellement satisfaire aux exigences de preuve qui lui sont ainsi imposées. Et le seul rôle qui incombe à l'État sera de miser sur l'ignorance de la victime pour valider la constitutionnalité de sa loi. L'État n'a rien à justifier, c'est maintenant la violation qui est devenue quasiment impossible à démontrer.

Concrètement, Mme Gosselin a assumé le coût de l'incertitude relative aux effets sociaux concrets de la mesure contestée sur les bénéficiaires d'aide sociale de moins de trente ans.

42. *Id.*, par. 259.

43. *Id.*, par. 56.

44. Sur cette question des hypothèses sur lesquelles se fonde le législateur, voir « Accepter les hypothèses factuelles non vérifiées du législateur », plus loin dans ce chapitre.

45. Voir D. Pinard, *loc. cit.*, note 5.

## B. Mettre l'accent sur la « philosophie du régime »

Dans *Gosselin*, les intentions louables du législateur font leur apparition dans le cadre de l'analyse de la violation des droits à l'égalité. Il s'agit d'un argument dont on aurait pu croire la pertinence réservée au contexte de l'analyse des justifications faite en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il s'agit de plus d'un élément qui peut ne requérir aucune preuve, et dont la Cour se sert pour contrer des arguments d'effets dommageables invoqués en l'espèce par la victime.

Une autre stratégie en vue de contourner les difficultés de preuve inhérentes aux situations d'incertitude factuelle consiste ainsi à confondre subtilement et sciemment l'objet et les effets d'une mesure législative, de façon à ce que les bonnes intentions finissent par colorer positivement l'analyse des effets, ceux-là incertains.

La majorité de la Cour insiste en effet sur « la philosophie qui sous-tendait le nouveau régime<sup>46</sup> », soit l'intégration des jeunes au marché du travail.

Cette assimilation subtile d'un but louable à des effets favorables se manifeste notamment dans le traitement de certains facteurs contextuels. Le facteur contextuel de la correspondance entre le motif de distinction et la situation réelle du groupe, élaboré dans l'arrêt *Law*, concernait, lors de son énonciation dans cette affaire, « le rapport entre le motif sur lequel est fondée l'allégation et la nature de la différence de traitement<sup>47</sup> ». Dans le contexte d'un contentieux constitutionnel de droits et libertés fondé sur les effets plutôt que sur les intentions, où l'on a reconnu un concept d'égalité matérielle et l'existence de discrimination causée par des effets préjudiciables, on pouvait comprendre ce facteur comme étant essentiellement préoccupé par les effets imposés par la mesure contestée. Or, le facteur de correspondance est évalué dans *Gosselin* en fonction de l'objectif législatif louable poursuivi, et non pas en fonction du traitement concrètement et immédiatement imposé. Ainsi, on écrit :

46. *Gosselin*, par. 7.

47. *Law*, par. 69.

[...] loin d'être stéréotypé ou arbitraire, *l'objet* de la distinction contestée correspondait aux besoins et à la situation véritables des personnes de moins de 30 ans<sup>48</sup> [je souligne].

À un argument relatif à l'impact immédiat désastreux du régime imposé aux personnes de moins de 30 ans, la Cour opposera ainsi l'importance des effets à long terme, qu'elle semble cependant aborder plus sous l'angle de l'intention que de la réalisation concrète<sup>49</sup> :

On avance que ce régime créait une situation pénible à court terme. Cependant, le gouvernement était d'avis que le régime profiterait à long terme aux bénéficiaires de moins de 30 ans en les incitant à obtenir une formation et à trouver du travail<sup>50</sup>.

De la même façon, on semble sciemment confondre un objectif louable en ce qu'il est conforme aux valeurs sous-tendant l'égalité, comme l'autodétermination, l'autonomie personnelle et la prise en charge de sa destinée, et la réalisation d'effets positifs :

Pour apprécier la gravité des conséquences, il faut également tenir compte de *l'effet positif* de la mesure législative sur les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans. La preuve démontre que le régime établi en vertu de la Loi sur l'aide sociale *visait à favoriser* l'autonomie et l'indépendance financière des jeunes bénéficiaires d'aide sociale par leur intégration dans la population active [...] <sup>51</sup> [je souligne].

Et on fait prévaloir l'« idée maîtresse » du régime sur ses « conséquences négatives à court terme<sup>52</sup> ».

Des juges dissidents insistent sur l'importance des effets concrets et dénoncent le recours aux objectifs législatifs dans le cadre de la détermination d'une violation des droits à l'égalité<sup>53</sup>. Le juge Bastarache écrit :

48. *Gosselin*, par. 38.

49. La Cour souligne d'ailleurs en ces termes son incertitude face à la réalisation concrète de l'intention : « Nous ignorons si le régime a atteint cet objectif, mais les modifications ultérieures apportées au régime pourraient laisser croire le contraire » (par. 53). Le juge Bastarache, dissident, se serait satisfait d'un simple fondement rationnel à l'espoir législatif d'amélioration du bien-être des jeunes, mais ce dans le cadre de l'article premier.

50. *Gosselin*, par. 53.

51. *Id.*, par. 65.

52. *Id.*, par. 66.

53. La juge L'Heureux-Dubé écrira, par exemple : « Affaiblir le cloisonnement entre les dispositions constitutives de droits et l'article premier de la *Charte canadienne*, par une

Un groupe qui fait l'objet d'un traitement différent et moins favorable, fondé sur un motif énuméré ou un motif analogue, n'est pas traité avec dignité du seul fait que le gouvernement prétend avoir pris ses dispositions préjudiciables « pour le bien du groupe »<sup>54</sup>.

La considération des intentions législatives dans le cadre de la détermination de l'existence de la violation des droits, et la subtile confusion, à cet égard, entre l'intention et sa réalisation, constituent des moyens aptes à assurer la confirmation judiciaire de la distribution législative de risques.

C. Faire preuve d'une déférence extrême à l'égard des conclusions factuelles du juge de première instance

La confirmation de la gestion de risques opérée par le législateur passe aussi, dans *Gosselin*, par la manifestation d'une déférence inhabituelle de la part de la Cour suprême du Canada à l'égard des conclusions de fait élaborées par le juge de première instance, en l'espèce le juge Paul Reeves de la Cour supérieure du Québec. Jamais, semble-t-il, les conclusions de fait d'un juge de première instance n'ont-elles été à ce point respectées. Ce dernier, on comprendra, avait confirmé la validité constitutionnelle du régime législatif<sup>55</sup>.

La majorité de la Cour suprême va en effet insister, à maintes reprises, sur les limites au débat imposées par les conclusions factuelles du juge de première instance, notamment celle relative à l'absence de preuve « de l'existence d'un véritable effet préjudiciable<sup>56</sup> » pour les bénéficiaires de moins de 30 ans.

---

prise en considération du point de vue du législateur dans l'analyse fondée sur l'art. 15, va à l'encontre de l'approche que la Cour a adoptée en matière d'égalité et ne sert certainement pas les objectifs de l'art. 15 », *id.* par. 104. Voir aussi, dans le même sens, les propos du juge Bastarache, au par. 244 : « De fait, accorder un poids trop grand ici aux prétentions du gouvernement quant à l'objectif qu'il poursuivait lorsqu'il a conçu le régime en litige reviendrait à accepter une justification au regard de l'article premier avant même qu'elle ne soit requise. »

54. *Id.*, par. 250.

55. *Gosselin c. P.G. Québec*, [1992] R.J.Q. 1647 (C.S.).

56. *Gosselin*, par. 46.

En toute déférence, écrira la juge McLachlin pour la majorité, je suis d'avis qu'il n'appartient pas à la Cour de ré-examiner la conclusion du juge de première instance en l'absence d'une erreur établie<sup>57</sup>.

La déférence porte donc sur une conclusion factuelle essentielle, qui forclôt toute conclusion de violation des droits à l'égalité.

Or, en contexte d'incertitude factuelle relative à des faits de société, la Cour ne nous a pas habitués à une telle retenue.

On accepte en effet maintenant que ces faits sociaux généraux, pertinents en contexte constitutionnel, se prêtent difficilement à une application rigide des règles et principes traditionnels du droit de la preuve. Et qu'une déférence à l'égard des conclusions de première instance pourra n'être que relative, lorsqu'il s'agit d'évaluer des effets sociaux généraux<sup>58</sup>.

Le recours à une telle déférence peut cependant être utile, comme argument de justification d'une décision de non-intervention. Il crée de plus une illusion de non-responsabilité : ce n'est pas la Cour suprême qui a décidé de confirmer la validité du régime, elle n'avait pas le choix, placée dans une situation de contrainte par les conclusions de fait du juge de première instance.

#### D Confondre le normatif et le factuel

La Cour suprême a placé la notion de dignité au cœur de la détermination de l'existence d'une violation des droits à l'égalité constitutionnellement protégés<sup>59</sup>.

Selon la Cour, l'article 15 a pour objet de protéger la dignité humaine essentielle, et une allégation de violation des droits à l'égalité doit absolument, pour réussir, démontrer une atteinte à cette dignité. On a écrit, dans *Law*:

On pourrait affirmer que le par. 15(1) a pour objet d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaine essentielles par l'imposition de

57. *Id.*, par. 50. Voir aussi les par. 54 et 64.

58. Voir, par exemple, *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, ci-après *R.J.R.*, l'opinion du juge La Forest aux par. 79 et ss., et celle de la juge McLachlin, aux par. 140 et ss.

59. Voir, sur cette question, l'affaire de principe *Law*, précitée, note 35.

désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération<sup>60</sup>.

La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle<sup>61</sup>.

La nature d'une atteinte à la « dignité » est cependant ambiguë : s'agit-il d'une question de fait, observable d'une façon empirique et assujettie aux fardeaux de preuve, ou ne s'agit-il pas plutôt d'une évaluation normative, d'un jugement de valeur auquel on procède logiquement, par raisonnement ?

La majorité de la Cour insiste en ces termes, dans *Gosselin*, sur l'aspect factuel de la notion de dignité, et sur le fardeau de preuve qui préside à son établissement :

Nous partageons l'opinion qu'il incombe à la demanderesse de démontrer en vertu du par. 15(1), suivant la norme de preuve en matière civile, qu'une distinction contestée est discriminatoire en ce qu'elle porte atteinte à sa dignité et ne la respecte pas en tant que membre à part entière de la société<sup>62</sup>.

La demanderesse avance que le versement du montant inférieur a été préjudiciable aux bénéficiaires de moins de 30 ans et a porté atteinte à leur dignité humaine essentielle en les marginalisant et en les empêchant de participer pleinement dans la société. Il n'existe encore une fois aucun élément de preuve qui étaye cette allégation<sup>63</sup>.

Cette insistance sur le volet factuel de la question, et donc sur la nécessité de preuve, permet à la Cour de rejeter l'allégation d'atteinte à la dignité présentée par la victime.

La Cour tient cependant d'autres propos, qui laissent supposer qu'elle est par ailleurs prête à se prononcer sur cette question normative de dignité en dehors de tout contexte factuel :

À plus long terme, le gouvernement visait à offrir aux jeunes bénéficiaires précisément les cours de rattrapage et les compétences qui leur manquaient

60. *Id.*, par. 51.

61. *Id.*, par. 53.

62. *Gosselin*, par. 18.

63. *Id.*, par. 64.

et dont ils avaient besoin pour réussir à s'intégrer dans la population active et à devenir autonomes. [...] Cette mesure ne constituait pas une négation de la dignité des jeunes adultes, mais bien au contraire la reconnaissance de leur potentiel<sup>64</sup>.

Je ne crois pas que le fait d'assujettir ainsi les paiements à une condition porte atteinte à la dignité ou à la valeur humaine des personnes de moins de 30 ans. Cette condition n'a pas été imposée en conséquence de stéréotypes négatifs<sup>65</sup>.

À mon avis, l'intérêt favorisé par la différence de traitement en litige est intimement et inextricablement lié à la dignité humaine essentielle qui anime la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) de la Charte canadienne<sup>66</sup>.

Ironiquement, cette approche permet à la Cour de confirmer la compatibilité du régime avec la dignité de la personne, sans s'appuyer sur la preuve, en invoquant les objectifs du régime.

Une conclusion d'atteinte à la dignité est donc refusée, faute de preuve, alors que la compatibilité du régime avec cette même dignité est par ailleurs affirmée, apparemment comme question de principe et de valeur. L'ambiguïté de la notion de dignité la rend donc fort utile<sup>67</sup>.

Les juges dissidents concluront facilement, à partir de la même information factuelle, à une atteinte à l'intégrité physique et psychologique, suffisante pour conclure à la violation de la dignité de la personne<sup>68</sup>.

64. *Id.*, par. 42.

65. *Id.*, par. 52.

66. *Id.*, par. 65.

67. Cette utilité d'une ambiguïté rappelle celle de la distinction des questions de droit et des questions de faits, à propos de laquelle on a écrit : « No two terms of legal science have rendered better service than "law" and "fact". They are basic assumptions; irreducible minimums and the most comprehensive maximums at the same instant. They readily accommodate themselves to any meaning we desire to give them [...] What judge has not found refuge in them? The man who could succeed in defining them would be a public enemy », L. Green, *Judge and Jury*, 270 (1930), cité dans Henry P. Monahan, « Constitutional Fact Review », (1985) 85 *Columbia Law Review* 229, 233, note 25. Sur cette même question, voir aussi Danielle Pinard, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés* », (1989) 30 *Les Cahiers de droit* 137.

68. Voir, par ex., *Gosselin*, les par. 130, 132, 134 et 258.

### E. Fonder le jugement sur la preuve

La Cour suprême a aussi justifié sa confirmation de la gestion de risques décidée par le législateur en affirmant que « la preuve n'établi[ssait] le bien-fondé d'aucun des moyens plaidés par Mme Gosselin à l'appui de sa demande<sup>69</sup> ». « Nous devons trancher le présent pourvoi en fonction de la preuve qui nous a été soumise et non en fonction d'hypothèses ou de ce que nous croyons que la preuve devrait démontrer<sup>70</sup> », retrouve-t-on dans le jugement majoritaire.

La gestion de risque opérée par le législateur est donc confirmée pour un motif formel et objectif : la partie à qui incombait le fardeau de preuve ne s'en est pas convenablement acquittée.

La Cour constate ce « fait », ne pose aucun jugement, n'y est pour rien. Et pourtant.

C'est certes un truisme en droit que d'affirmer que tout jugement doit être fondé sur la preuve.

Il demeure qu'il arrive que la référence à la preuve, aux conclusions dictées par la preuve, puisse parfois être un procédé rhétorique qui opère à la fois de façon à justifier la décision, et à disqualifier toute vision profane sur la question.

La justification tient à ce que l'impression est donnée que la conclusion se forme en quelque sorte toute seule, de façon autonome, que c'est la preuve elle-même qui l'élabore. La juge ne fait qu'observer, n'est plus un acteur agissant. Or, on sait bien que la preuve ne « décide » rien ; on a besoin d'un Salomon<sup>71</sup>.

La disqualification agit par exclusion : on n'était pas là, on n'a ni lu ni entendu la preuve, or la preuve, semble-t-il, « révèle que... ». On n'a aucune emprise critique sur la « constatation », notre point de vue profane et « ignorant » est disqualifié.

69. *Id.*, par. 5.

70. *Id.*, par. 66.

71. « There has to be a Solomon to judge ; the evidence does not provide the judgment by itself », Mary Douglas, « Risk as a Forensic Resource », dans E. J. Burger, *op. cit.*, note 3, 12.

Celle qui lit un jugement de la Cour suprême du Canada n'est en principe informée que des renseignements qu'elle y retrouve. Elle n'a pas un accès direct et indépendant à la preuve présentée, n'a pas assisté à l'audition de la cause, et n'a souvent pas lu les jugements des instances inférieures.

Or, on retrouve ça et là dans le jugement des références à certaines données, à certains faits, dont la source est le plus souvent tue.

L'adhésion à un jugement qui se dit essentiellement fondé sur un défaut de preuve repose donc sur un acte de foi. On n'était pas là, on ne le sait pas, on n'a pas vu, on doit y croire.

L'absolu inhérent à l'acte de foi s'accommode cependant mieux d'un jugement rendu par un juge seul, qui ne contient qu'une seule opinion. Une multitude d'opinions risque de semer le doute.

De fait, les diverses opinions que l'on retrouve dans l'affaire *Gosselin* alimentent un sain scepticisme en relativisant les propos de l'opinion majoritaire, et mettent ainsi notre foi à l'épreuve.

#### F Refuser d'interpréter les faits

L'absence d'interprétation des faits qui sont devant elle appuie aussi le refus de la majorité de la Cour d'intervenir dans la gestion législative de la situation incertaine des jeunes assistés sociaux.

L'incertitude factuelle relative à ces derniers, tant en ce qui concerne les causes de leur situation et leurs conditions de vie actuelles que les possibilités et les moyens de leur intégration sur le marché du travail, est certes au cœur de l'espèce.

Il demeure cependant que certaines données brutes semblent présentes devant la Cour, dont les suivantes :

- en 1987, le seuil de pauvreté pour une personne seule vivant dans une zone métropolitaine était de 914\$ par mois<sup>72</sup> ;
- l'allocation de base payable aux 30 ans et plus ne représentait que 55% du seuil de pauvreté pour une personne seule<sup>73</sup> ;

72. *Gosselin*, par. 7.

73. *Id.*

- en 1987, les bénéficiaires de moins de 30 ans qui ne participaient à aucun programme avaient droit à 170 \$ par mois, et ceux de 30 ans et plus recevaient 466 \$<sup>74</sup> ;
- 30 000 places de stages et d'études étaient disponibles, pour plus de 75 000 assistés sociaux de moins de 30 ans<sup>75</sup> ;
- en 1982, 14,4 % de la population active étaient en chômage<sup>76</sup> ;
- en 1982, 23 % des « jeunes » étaient en chômage<sup>77</sup> ;
- le pourcentage des prestataires de moins de 30 ans qui ont réussi à hausser leurs prestations au tarif régulier : « le juge Michel Robert de la Cour d'appel cite un pourcentage de 11,2 p. 100, apparemment tiré d'un rapport d'économiste datant de 1988<sup>78</sup> » ;
- « environ un tiers seulement des bénéficiaires d'aide sociale admissibles ont participé aux programmes<sup>79</sup> ».

La majorité rappelle « qu'il n'existe aucune preuve expliquant pourquoi environ un tiers seulement des bénéficiaires d'aide sociale admissibles ont participé aux programmes<sup>80</sup> », et qu'on ne lui a pas présenté « d'éléments de preuve quant au revenu réel des moins de 30 ans qui n'ont pas participé<sup>81</sup> », notant que, « de toute évidence l' "aide reçue" n'équivaut pas nécessairement au "revenu total"<sup>82</sup> ». Elle estime que « le dossier en l'espèce n'appuie tout simplement pas la prétention que le régime produisait des effets préjudiciables sur les bénéficiaires plus jeunes<sup>83</sup> ». Elle refuse d'inférer « de l'absence apparente d'une forte participation aux programmes que certains bénéficiaires de moins de 30 ans ont nécessairement été réduits à vivre dans la plus grande pauvreté à un moment quelconque<sup>84</sup> ».

---

74. *Id.*

75. *Id.*

76. *Id.*, par. 38.

77. *Id.*

78. *Id.*, par. 51.

79. *Id.*

80. *Id.*

81. *Id.*

82. *Id.*

83. *Id.*, par. 54.

84. *Id.*, par. 71.

La majorité de la Cour refuse donc de donner une quelconque interprétation aux faits qui sont devant elle.

Les juges dissidents, quant à eux, interprètent allègrement ces faits « bruts ». Le faible taux de participation est le signe que les programmes « ne fonctionnaient tout simplement pas<sup>85</sup> », et « dans ces conditions, la sécurité physique et psychologique des jeunes adultes a été sérieusement compromise au cours de la période en question<sup>86</sup> ».

#### G. Accepter les hypothèses factuelles non vérifiées du législateur

Une autre stratégie judiciaire permettant de confirmer l'intervention législative élaborée en contexte de risque consiste à accepter comme telles les hypothèses factuelles non vérifiées qui ont servi de fondement à l'action du législateur. Il s'agit en quelque sorte de valider l'évaluation des faits élaborée par le législateur en contexte d'incertitude factuelle.

La majorité de la Cour semble en effet tenir pour justifiée la position du gouvernement, qui a élaboré des « mesures d'aide sociale *susceptibles [that might help]* d'aider les bénéficiaires [...] à devenir autonomes à long terme<sup>87</sup> » [je souligne]. Elle estime que ces mesures sont « ancrées dans la réalité et le sens commun<sup>88</sup> », qu'elles sont appuyées par « la logique et le sens commun<sup>89</sup> », qu'elles sont « raisonnablement fondées sur le quotidien [*every day experience*] et le sens commun<sup>90</sup> ». Elle écrit que le « législateur peut légitimement s'appuyer sur des hypothèses générales documentées [*informed general assumptions*]<sup>91</sup> ».

On laisse ainsi une marge de manœuvre considérable au législateur.

Cette approche contraste évidemment avec celle des juges dissidents. Le juge Bastarache, par exemple, dénonce notamment

85. *Id.*, par. 371.

86. *Id.*

87. *Id.*, par. 44.

88. *Id.*

89. *Id.*

90. *Id.*, par. 56.

91. *Id.*

l'absence de recherche sur les conditions de vie des personnes de moins de 30 ans<sup>92</sup>, la présomption non fondée selon laquelle « ces dernières recevaient toutes de l'aide de leur famille<sup>93</sup> », et « l'hypothèse invérifiable selon laquelle les personnes de moins de 30 ans ont des besoins moins grands que leurs aînés et de meilleures chances que ceux-ci de se trouver un emploi<sup>94</sup> ».

Il élabore en ces termes ce qui lui apparaît comme « la seule inférence logique qu'il est possible de tirer de la différence de traitement<sup>95</sup> » imposée par le législateur :

[L]es jeunes bénéficiaires d'aide sociale ne répondent pas aussi favorablement aux occasions de formation que leurs aînés et [ils] doivent être contraints à y participer [...] <sup>96</sup>.

Le juge Bastarache estime aussi non établie par le dossier en l'espèce cette hypothèse, qu'il croit être à la base du régime législatif, selon laquelle « l'incitation à joindre les rangs de la population active ou à participer à des programmes n'est pas aussi grande si le plein montant des prestations est versé sans condition<sup>97</sup> ».

Il déplore l'utilisation par le gouvernement d'une hypothèse non vérifiée relative à un certain effet d'attraction qu'exerceraient les pleines prestations d'aide sociale pour les personnes de moins de 30 ans<sup>98</sup>.

Le juge LeBel semble encore plus véhément, dans sa dénonciation de la « vision stéréotypée » à la base du régime législatif,

selon laquelle la plupart des jeunes assistés sociaux choisissent de vivre de façon permanente aux crochets de la société sans désir aucun de quitter cette situation fort confortable. Or cette conception du jeune assisté social comme « individu-parasite » est sans fondement<sup>99</sup>.

92. « De fait, aucun effort n'a été déployé pour déterminer les conditions de vie des personnes de moins de 30 ans [...] », *id.*, par. 247.

93. *Id.*

94. *Id.*, par. 248.

95. *Id.*, par. 250.

96. *Id.*

97. *Id.*, par. 272.

98. « Les témoins de l'intimée ont à maintes reprises invoqué « l'effet d'attraction » qui résulterait de l'accroissement des prestations versées aux moins de 30 ans, mais ils n'ont présenté en preuve aucune étude ou expérience antérieure pour étayer cette hypothèse », *id.*, par. 272.

99. *Id.*, par. 407.

Il ajoute que rien ne permet de présumer que la participation au programme aurait été moindre en l'absence d'incitatif financier<sup>100</sup>.

Il est tentant d'affirmer que les juges n'acceptent comme telles que les hypothèses factuelles du législateur qui correspondent à leur propre vision du monde.

C'est cette correspondance, ou au contraire cette absence de correspondance, qui fera en sorte que l'on validera certaines hypothèses comme fondées sur le sens commun, ou encore qu'on les dénoncera comme non appuyée par de la preuve.

Mais il demeure que l'acceptation judiciaire des hypothèses factuelles non vérifiées est un moyen efficace de valider la gestion de risques opérée par le législateur.

#### H. Reconnaître une valeur de précédent à des conclusions factuelles élaborées dans des jugements antérieurs

La validation judiciaire la plus convaincante de la gestion de risque réalisée par le législateur sera celle qui utilise des techniques juridiques acceptées et reconnues.

Ainsi en est-il du recours au *stare decisis*.

Si cette technique est traditionnellement réservée aux questions de droit, elle semble être doucement et progressivement étendue à certaines conclusions judiciaires relatives à des faits de société<sup>101</sup>.

Le refus de la majorité de la Cour de considérer que les personnes de moins de 30 ans constituent un groupe désavantagé de la société prend en partie appui, dans l'affaire *Gosselin*, sur des propos du juge Iacobucci qui écrivait, dans l'arrêt *Law*:

Relativement parlant, les adultes de moins de 45 ans n'ont pas continuellement subi le genre de discrimination à laquelle ont fait face certaines minorités distinctes et isolées du Canada. [...] Il semble qu'un tribunal

100. *Id.*, par. 410.

101. Voir, par exemple, *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 54, à propos de prononcés judiciaires sur l'existence de préjugés raciaux dans une communauté.

peut à bon droit prendre connaissance d'office du fait que plus l'on vieillit, plus il est difficile de trouver et de conserver un emploi<sup>102</sup>.

La technique utilisée est intéressante, en ce qu'elle valide des suppositions factuelles, non pas par un rattachement au réel, par leur confirmation par des données empiriques, mais bien par leur affirmation antérieure par un tribunal supérieur. Il s'agit d'un argument d'autorité : un fait existe, parce qu'un tribunal a déjà affirmé qu'il existait.

On invoquera de la même façon le précédent de l'arrêt *Law* pour fonder la prétention selon laquelle un « législateur peut légitimement s'appuyer sur des hypothèses générales documentées sans contrevenir à l'art. 15<sup>103</sup> ».

Il est encore une fois intéressant de comparer cette approche privilégiée par les juges majoritaires avec celle déployée par la dissidence pour appuyer des conclusions de fait opposées. Qu'il suffise de rappeler ici la conclusion de la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, pour qui, en s'appuyant sur la preuve, il semble incontestable que les jeunes adultes étaient victimes d'un désavantage préexistant :

Si le taux de chômage chez les jeunes adultes était de 23 p. 100 contre 14 p. 100 pour l'ensemble de la population active et si un nombre record de jeunes entrait sur le marché du travail à une époque où les programmes fédéraux d'aide sociale étaient chancelants, je ne vois pas comment on peut conclure que les jeunes n'étaient pas victimes d'un désavantage préexistant<sup>104</sup>.

De la même façon, en s'appuyant sur des données mises en preuve, le juge Bastarache qualifiera de « vieille prémisse » et de « stéréotype » la conclusion selon laquelle les jeunes ne souffraient d'aucun désavantage économique particulier<sup>105</sup>.

102. *Law*, par. 95 et 101.

103. *Gosselin*, par. 56. Voir aussi le par. 73, pour des analogies élaborées par la Cour entre l'affaire *Law* et l'affaire *Gosselin*.

104. *Id.*, par. 137.

105. « Par conséquent, le stéréotype sur lequel était fondée la distinction, savoir que les jeunes ne souffraient d'aucun désavantage économique particulier, ne reposait pas sur des faits, mais plutôt sur de vieilles prémisses relatives à l'aptitude des jeunes au travail », *id.*, par. 235.

I. Utiliser des outils conceptuels divers pour compléter le raisonnement factuel

L'intervention législative en contexte de risque se réalise, par définition, en situation d'incertitude factuelle. Aucune des parties à la contestation constitutionnelle ne pourra donc apporter une preuve factuelle décisive et complète à l'appui de ses prétentions. Une décision judiciaire qui prétend s'appuyer sur un support factuel sans faille devra donc user d'expédients.

L'opinion majoritaire dans l'affaire *Gosselin* l'illustre on ne peut mieux.

On y appuie des affirmations factuelles sur des règles générales<sup>106</sup>, sur « notre conception de la société<sup>107</sup> », sur un ancrage dans la réalité<sup>108</sup>, sur une perception législative<sup>109</sup>, ou encore sur la logique<sup>110</sup>.

Le quotidien [*every day experience*]<sup>111</sup> et l'évidence<sup>112</sup> sont apparemment aussi sources d'information.

106. « En règle générale, mais aussi selon la preuve et notre conception de la société, il ne semble pas vraiment que, en tant que groupe, les jeunes adultes soient particulièrement vulnérables ou sous-estimés. Il n'y a aucune raison de penser que les personnes âgées de 18 à 30 ans au Québec sont ou étaient particulièrement vulnérables aux préjugés négatifs. Aucune preuve en ce sens n'a été présentée, et je suis incapable de prendre connaissance d'office d'une telle proposition contraire au sens commun. De fait, la conclusion inverse semble plus plausible, tout particulièrement du fait que l'élément de participation aux programmes d'aide sociale reposait sur la perception de la meilleure employabilité à long terme des personnes de moins de 30 ans par rapport à leurs aînés », *id.*, par. 33.

107. *Id.*

108. « [O]n ne saurait affirmer [...] que les mesures prises par le législateur n'étaient pas suffisamment ancrées dans la réalité et le sens commun pour être considérées comme relevant de l'exercice légitime de son pouvoir discrétionnaire d'établir un régime complexe d'aide sociale et de l'ajuster dans ses moindres détails. La logique et le sens commun appuient la décision du législateur de structurer ses programmes d'aide sociale de façon à inciter les jeunes adultes – qui ont un plus grand potentiel d'intégration à long terme dans la population active que leurs aînés – à participer à des programmes spécialement conçus pour leur permettre d'acquérir formation et expérience » *id.*, par. 44.

109. *Id.*, par. 33.

110. *Id.*, par. 44.

111. *Id.*, par. 56.

112. *Id.*, par. 51 : « De toute évidence [*clearly*], l'« aide reçue » n'équivaut pas nécessairement au « revenu total » ».

La connaissance d'office constitue de plus une source d'information certaine, mais dont l'usage est imprévisible. La majorité estime impossible de prendre connaissance d'office du fait que les jeunes adultes puissent constituer un groupe vulnérable<sup>113</sup>, mais pourrait prendre connaissance d'office « des difficultés accrues auxquelles les personnes plus âgées risquent de se heurter dans la recherche d'un emploi<sup>114</sup> ». La juge Arbour, dans une opinion dissidente, estime qu'il aurait été possible de prendre connaissance d'office du fait que « l'État providence moderne a vu le jour par suite de l'incapacité évidente du régime de la libre entreprise de pourvoir aux besoins essentiels de chacun<sup>115</sup> ».

On l'a vu, le recours au sens commun justifie aussi certaines affirmations factuelles. Ainsi, les juges majoritaires estiment que considérer les jeunes comme vulnérables est contraire au sens commun<sup>116</sup>. Ils affirment que le sens commun appuyait le mécanisme d'incitation prévu au régime<sup>117</sup>.

On utilise aussi des présomptions de fait. Les juges majoritaires acceptent de présumer « que le fait de toucher un montant inférieur a aggravé à court terme *l'anxiété financière* éprouvée par les bénéficiaires de moins de 30 ans<sup>118</sup> » [je souligne], alors que la juge L'Heureux-Dubé affirme, dans sa dissidence, qu'« il devrait exister une forte présomption voulant qu'un régime législatif qui menace sérieusement l'intégrité physique et psychologique de certaines personnes, simplement parce qu'elles possèdent un attribut qui ne peut être changé, ne tienne pas adéquatement compte des besoins, des capacités et de la situation de la personne ou du groupe en cause<sup>119</sup> ».

## II. La pornographie juvénile

La possession de matériel pornographique qui implique des enfants est peut-être préjudiciable à ces derniers. C'est une question

113. *Id.*, par. 33.

114. *Id.*, par. 60.

115. *Id.*, par. 383.

116. *Id.*, par. 33.

117. *Id.*, par. 44 et 56.

118. *Id.*, par. 64.

119. *Id.*, par. 135.

à propos de laquelle toutes et tous ont généralement des opinions plutôt arrêtées. Mais les connaissances empiriques sur la question sont encore à ce jour incomplètes. On se retrouve ici aussi en contexte d'incertitude scientifique, en contexte de risque.

Le législateur fédéral a criminalisé la possession de pornographie juvénile, imposant ainsi aux possesseurs le coût de cette incertitude.

On a contesté la constitutionnalité de cette disposition législative au nom de la liberté d'expression protégée par la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>120</sup>.

La majorité des juges de la Cour suprême du Canada a prononcé, dans l'affaire *Sharpe*<sup>121</sup>, la validité de cette criminalisation de la pornographie juvénile, sauf deux cas d'application particuliers qu'elle a estimé ne pas constituer une limite raisonnable à la liberté d'expression<sup>122</sup>. Elle a ainsi essentiellement confirmé la répartition des risques opérée par le législateur.

Cette affaire est un des cas peu fréquents où la Cour utilise expressément un vocabulaire de risque. D'emblée, la majorité affirme en effet qu'une fois correctement interprétées, les dispositions contestées ne visaient pas à interdire « tout matériel susceptible de causer un préjudice aux enfants<sup>123</sup> », mais seulement celui « qui expose les enfants à un risque raisonné de préjudice [*a reasoned risk of harm*]<sup>124</sup> ».

On s'intéressera aux divers arrangements de l'ordre du factuel auxquels procède ici la Cour, de façon à valider la répartition de risques décidée par le législateur en contexte d'incertitude, mais sans toutefois reconsidérer le test d'évaluation du caractère raisonnable des limites apportées aux droits et libertés établi dans l'arrêt *Oakes*, test fondé sur un postulat de certitude. On observera dans le jugement l'affirmation de faits et la conception de scénarios

120. Pour une brève considération du jugement de la Cour d'appel, voir D. Pinard, *loc. cit.*, note 5.

121. R. c. *Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, ci-après: *Sharpe*.

122. Il s'agit du matériel expressif créé par l'intéressé et d'enregistrements privés d'une activité sexuelle légale. Voir le par. 115.

123. *Sharpe*, par. 34.

124. *Id.*

hypothétiques (B), l'assouplissement de certaines exigences de preuve (C), la simplification de l'objet de preuve (D) et l'application du principe du *stare decisis* à des questions factuelles (E).

Contrairement à l'affaire *Gosselin*, entièrement consacrée à la détermination de l'existence d'une violation de droits, dont le fardeau de preuve incombait à la victime, l'affaire *Sharpe* porte sur l'évaluation du caractère raisonnable de l'atteinte, concédée<sup>125</sup>, à la liberté d'expression. C'est donc l'État qui assume ici le fardeau de preuve, et c'est donc l'État qui bénéficiera des aménagements auxquels procède la Cour.

Mais avant d'aborder les stratégies de gestion de fait déployées par la Cour, quelques remarques s'imposent, sur la manifestation d'un inévitable retour du refoulé, soit celui du monde des valeurs (A).

#### A Le retour du refoulé : le recours à une pondération de « valeurs »

Des considérations de l'ordre des valeurs sont au cœur de la gestion de tout risque. C'est bien souvent la gravité que l'on attribue à la survenance d'un événement qui sera déterminante dans la prise de décision. Mais le jugement de valeur, avec son inéluctable apparence de subjectivité, de relativité, risque d'emporter plus difficilement l'adhésion.

L'illusion de certitude qu'ils peuvent quant à eux créer explique ainsi en grande partie l'appel aux faits, dans le cadre de décisions relatives à des situations de risque. Le rattachement aux faits pare aussi la décision ainsi rendue d'une certaine légitimité.

Or, on assiste bien souvent à un « retour du refoulé ». On a beau vouloir justifier le plus possible la décision prise par des données empiriques convaincantes, la situation de risque, par définition, ne peut être entièrement appréhendée sous cet angle.

Le traitement de la pornographie juvénile est un exemple paradigmatique de ce type de situation de risques, irréductible à un pur aspect factuel. Les valeurs sous-tendant la question ne peuvent être tues.

Preuve en est le fait que, chose maintenant inhabituelle dans les analyses du caractère raisonnable des limites apportées aux

125. *Id.*, par. 5.

droits et libertés, parées de données factuelles, la toute première partie du jugement majoritaire dans l'affaire *Sharpe* est consacrée à une discussion des valeurs en présence. On y aborde l'importance de la liberté d'expression, son aspect relatif à l'épanouissement personnel, ainsi que l'importance tout aussi grande de protéger les enfants contre toute forme d'exploitation. C'est essentiellement la pondération de ces valeurs qui, semble-t-il, justifiera en réalité à la fois la validation de la constitutionnalité de l'interdiction criminelle et la création des deux cas d'exception.

On conclut en effet que :

La plupart du temps, le risque qu'un préjudice soit causé à des enfants l'emporte sur les inconvénients que l'application de la disposition présente pour la liberté d'expression<sup>126</sup>.

Et l'on exclura de la validité de l'interdiction criminelle deux cas qu'on estimera marqués par une pondération favorable à la liberté d'expression.

On a nettement l'impression que, au-delà de toutes les étapes de tous les tests et au-delà de toutes les données factuelles disponibles, c'est en réalité cette simple pondération de valeurs qui fonde le jugement sur la distribution de risques. À propos de cette question de la pornographie juvénile, il semble bien que l'illusion de certitude reliée aux assises factuelles soit inefficace.

L'opinion dissidente confirme cette impression : le recours explicite aux valeurs y semble encore plus clair et véhément. On y affirme d'emblée, et péremptoirement, que :

L'existence même de la pornographie juvénile [...] est fondamentalement préjudiciable aux enfants et à la société<sup>127</sup>.

La possession de pornographie juvénile n'a aucune valeur sociale [...]<sup>128</sup>.

De plus, on y minimise l'importance relative de l'aspect pertinent de la liberté d'expression, affirmant qu'il s'agit de l'« aspect le moins digne » de l'épanouissement personnel, soit « celui de la simple stimulation physique<sup>129</sup> ».

126. *Id.*, par. 103.

127. *Id.*, par. 158.

128. *Id.*, par. 186.

129. *Id.*, par. 185.

Les dissidents auraient intégralement confirmé la « politique sociale » du législateur « établie en fonction de certaines valeurs morales<sup>130</sup> ».

Il est dès lors difficile de concevoir en quoi une quelconque preuve empirique aurait pu influencer sur une telle décision, essentiellement morale.

#### B Affirmer des faits – Élaborer des scénarios hypothétiques

Des considérations d'un ordre axiologique semblent donc fonder la confirmation de la validité constitutionnelle de la gestion de risques exprimée par la criminalisation de la possession de pornographie juvénile.

L'élaboration des deux cas d'exception que l'on dit inconstitutionnellement interdits ne semble pas non plus reposer sur la preuve. En effet, si la majorité de la Cour estime que la possession de matériel expressif créé par l'intéressé ou encore d'enregistrements privés d'une activité sexuelle légale est constitutionnellement protégée, il semble que ce soit en vertu de faits tout simplement affirmés ou de scénarios imaginés, et non pas en fonction de conclusions factuelles inférées de la preuve.

Sans se rattacher expressément à la preuve, la majorité de la Cour affirme que ces activités ne créent « que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants<sup>131</sup> ». Elle ajoute :

[B]ien qu'il ne soit pas complètement éliminé, le risque de préjudice découlant de la création et de la possession à des fins personnelles de matériel de cette nature est peu élevé<sup>132</sup>.

La Cour nuance son propos, lorsqu'elle énonce qu'il s'agit de « matériel dont on pourrait prétendre qu'il ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants [*that arguably pose little or no risk*]<sup>133</sup> ». Le registre est ici celui des suppositions, et non plus celui des faits.

130. *Id.*, par. 191.

131. *Id.*, par. 75. Voir aussi les par. 99 et 100.

132. *Id.*, par. 75.

133. *Id.*, par. 105.

La Cour reconnaît de plus expressément que les exceptions qu'elle juge bon de protéger constituent des applications hypothétiques<sup>134</sup>, des scénarios hypothétiques qui ne se sont pas encore présentés<sup>135</sup>.

On retrouve donc, dans le contexte d'un risque social insuffisamment documenté de façon empirique, un jugement fondé en partie sur une pondération de valeurs, et en partie sur des faits affirmés et imaginés.

C. Un assouplissement des exigences de preuve pour établir le caractère raisonnable d'une restriction : une ouverture à d'autres sources d'information

On a déjà souligné la rigidité du test développé dans l'arrêt *Oakes*, et l'impossibilité d'en rencontrer les exigences de preuve lors de la contestation d'un régime législatif élaboré en contexte de risque, donc d'incertitude factuelle.

Dans la continuité d'un mouvement en cours<sup>136</sup>, l'affaire *Sharpe* assouplit les exigences de preuve requise pour la démonstration du caractère raisonnable des limites apportées aux droits et libertés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Ainsi, on n'exigera pas nécessairement « une preuve scientifique fondée sur des éléments de preuve concrets<sup>137</sup> ». On acceptera que le comportement humain ne se prête pas nécessairement, en soi, à une évaluation qui présente une pure précision scientifique. La majorité écrit, dans *Sharpe*:

L'absence d'opinion scientifique unanime n'est pas fatale. Il se peut qu'un comportement humain complexe ne se prête pas à une démonstration scientifique précise, et les tribunaux ne peuvent pas astreindre le législateur à une norme de preuve plus rigoureuse que ne le permet le sujet en question<sup>138</sup>.

134. *Id.*, par. 111.

135. *Id.*, par. 112.

136. Voir D. Pinard, *loc. cit.*, note 5, pour une discussion de certains des assouplissements développés par la jurisprudence.

137. *Sharpe*, par. 85. Voir aussi l'opinion dissidente, par. 167.

138. *Id.*, par. 89. Voir, dans le même sens, l'opinion dissidente, par. 167.

On n'exigera pas non plus que la « preuve » présentée couvre tout le champ : d'autres composantes du registre factuel seront prises en compte dans le raisonnement judiciaire portant sur les faits de société pertinents.

La majorité rappelle en effet que cette démonstration du caractère raisonnable des limites sera faite « au moyen d'une preuve complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction [*inferential reasoning*]<sup>139</sup> », ainsi que par « l'expérience<sup>140</sup> ».

La preuve constitue le moyen d'information traditionnellement privilégié par le monde du droit. On en connaît relativement bien les tenants et aboutissants.

Le raisonnement par déduction va un peu comme suit :

Des enfants sont utilisés et exploités pour produire une grande partie de la pornographie juvénile [...]. La production de pornographie juvénile est stimulée par l'existence d'un marché qui, à son tour, est stimulé par les gens qui désirent posséder ce matériel. La criminalisation de la possession peut réduire le marché de la pornographie juvénile et l'exploitation des enfants qui y est souvent associée<sup>141</sup>.

Le « bon sens » est quant à lui une notion floue. S'il est inévitable et joue systématiquement dans tout raisonnement, il est loin d'être objectif, intemporel ou universel. Lui conférer des titres de noblesse en l'élevant expressément au rang des sources d'information admissibles et utiles pour la détermination du caractère raisonnable de limites apportées aux droits et libertés semble au mieux inutile, et au pire, dangereux. Ne pourrait-on pas s'en autoriser à l'avenir comme source légitime d'affirmations factuelles totalement erronées ?

L'assouplissement des exigences de preuve ne touche pas que les moyens, elle touche aussi l'objet de preuve, la chose à prouver.

139. *Id.*, par. 78.

140. *Id.*, par. 94.

141. *Id.*, par. 92.

D. Élaborer un nouvel objet de preuve : se satisfaire de la démonstration de « risques »

En plus de requérir une certaine ouverture quant aux sources d'informations admissibles pour la gestion de risques en contexte de contrôle de constitutionnalité, l'incertitude factuelle inhérente aux situations de risque donne lieu au développement d'un nouvel objet de preuve.

Au lieu d'exiger la preuve de l'existence d'un fait, on se satisfera de la preuve d'un fondement rationnel à l'évaluation législative de ce fait.

1. Pour établir la suffisance de l'objectif

Ainsi, pour déterminer l'importance de l'objectif poursuivi par la mesure qui porte atteinte aux droits et libertés, on n'exigera pas la preuve de dommages réellement causés par la possession de pornographie juvénile ; on se satisfera de l'existence d'une « crainte raisonnée de préjudice ». Ainsi, remédier à l'existence d'un risque, plutôt qu'à un dommage prouvé, pourra être considéré comme un objectif suffisamment urgent et réel pour justifier une atteinte aux droits et libertés.

La Cour jugera en l'espèce que l'objectif de « criminaliser la possession de pornographie juvénile suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé aux enfants [*that poses a reasoned risk of harm to children*] » est suffisamment urgent et réel pour justifier des limites à la liberté d'expression<sup>142</sup>.

2. Pour établir le lien rationnel

De la même façon, à propos de la rationalité du lien entre l'objectif poursuivi et le moyen utilisé, on se satisfera d'une appréhension raisonnée de préjudice causé aux enfants par la possession de pornographie juvénile<sup>143</sup>. On n'exigera pas la preuve d'un lien

142. *Id.*, par. 82.

143. *Id.*, par. 85. Voir, dans le même sens, l'opinion dissidente, par. 198.

certain, établi par des preuves scientifiques<sup>144</sup>. On se contentera ici aussi de la démonstration d'une possibilité de lien, donc d'un risque<sup>145</sup>.

E. Reconnaître une valeur de précédent à des conclusions factuelles élaborées dans des jugements antérieurs

Comme dans l'affaire *Gosselin*, certaines des propositions factuelles utilisées dans *Sharpe* prennent appui sur le principe du *stare decisis*, dont on élargit la portée pour couvrir des conclusions factuelles.

La majorité de la Cour justifiera le fait qu'elle se satisfait de la démonstration raisonnée de préjudice en s'appuyant, de façon laconique, sur le précédent de l'arrêt *Butler*<sup>146</sup>.

De même, les juges dissidents se fonderont-ils sur ce même arrêt *Butler* pour affirmer que « certaines formes de pornographie causent un préjudice comportemental<sup>147</sup> ».

Rappelons-le, le recours au *stare decisis* pour justifier l'existence d'une conclusion factuelle relève de la fiction. Une proposition factuelle n'est pas plus vraie, ne correspond pas plus au réel, parce qu'elle a déjà été acceptée par un tribunal. Elle est cependant plus acceptable à l'intérieur du monde du droit, pour les juristes. Ce qui n'est pas rien, mais qui est autre chose.

### III. La publicité du tabac

La publicité relative aux produits du tabac en augmente peut-être la consommation. Il y a là un risque.

Le Parlement fédéral a interdit une telle publicité, imposant dès lors aux fabricants de ces produits le coût de l'incertitude en la matière.

144. *Id.*

145. « La possession de pornographie juvénile accroît le risque que des enfants soient exploités » (*id.* par. 94). Voir aussi le par. 88.

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

147. *Sharpe*, par. 161.

Des fabricants de produits de tabac ont contesté la constitutionnalité de cette intervention législative, au nom de leur liberté d'expression constitutionnellement protégée.

Rendant la première décision de la deuxième génération de contestation<sup>148</sup>, la Cour supérieure du Québec a confirmé, en décembre 2002, cette répartition législative de risques, en prononçant le caractère raisonnable de la limite apportée à la liberté d'expression<sup>149</sup>.

La gestion de risque, avec son incertitude inhérente, implique ici aussi des tempéraments aux critères de justification de *Oakes*, fondés sur un postulat de certitude. Après avoir remarqué ici aussi une inexorable manifestation de jugements de valeurs (A), on abordera la confirmation de principes de preuve incertains (B), la reconnaissance d'une valeur de précédent à des conclusions factuelles (C) et l'élaboration d'un nouvel objet de preuve (D). Suivront des considérations sur le recours au raisonnement logique (E), et au sens commun (F), et sur l'importance expressément accordée à la preuve présentée (G).

#### A. Encore le retour du refoulé : le recours à une pondération de « valeurs »

Dans cette décision de première instance, où le juge a entendu une preuve factuelle considérable, on a encore une fois l'impression qu'une pondération de valeurs joue un rôle central.

Le juge énonce en effet d'emblée les valeurs fondamentales qui s'opposent dans le débat, soit « la liberté d'expression et la préservation de la santé publique<sup>150</sup> ». Il écrit :

Le présent dossier oppose deux droits fondamentaux : liberté d'expression et droit à la santé publique et individuelle. Deux domaines où toute forme de manichéisme doit être évitée. Deux domaines où l'on tente d'établir un équilibre entre des valeurs sociales légitimes mais opposées<sup>151</sup>.

148. Concluant la première génération de contestation, la Cour suprême du Canada a prononcé, en 1995, l'inconstitutionnalité de la précédente interdiction de publicité des produits du tabac, dans *R.J.R.*, *supra*, note 58.

149. *J.T.I. MacDonald c. P.G. Canada*, [2003] R.J.Q. 181 (C.S.), ci-après : *J.T.I.*

150. *Id.*, par. 7.

151. *Id.*, par. 63.

Ces valeurs constituent de plus les premières considérations de l'analyse contextuelle à laquelle se livre le juge de première instance<sup>152</sup>.

Et à la fin d'un très long jugement, qui présente et analyse en détail l'importante preuve factuelle entendue, l'impression demeure, d'un jugement essentiellement fondé sur la pondération de ces valeurs. On lit :

Compte tenu de ce qui précède et de la preuve versée au dossier, l'objectif de la loi est tellement important dans l'effort global des autorités gouvernementales pour enrayer le tabagisme que les avantages de la loi l'emportent sur les inconvénients des cigarettiers<sup>153</sup>.

Une personne raisonnable peut avoir la nette impression que la décision ultime aurait été la même, quelles que soient les informations factuelles présentées à la Cour, et nonobstant la mise en contexte prévue en début de citation.

#### B. Confirmer des principes de preuve incertains, applicables à des faits eux-mêmes incertains

L'absence de règles générales, de principes clairs régissant l'admission de la preuve extrinsèque en contexte constitutionnel, garantit une marge de manœuvre judiciaire considérable dans le traitement des situations de risque.

Les propos de la Cour sur ces principes, propos qui ont d'ailleurs fait l'objet d'un jugement distinct, en illustrent la très grande relativité.

Ainsi, on lit par exemple, dans le jugement, que la preuve extrinsèque est « souvent essentielle<sup>154</sup> », que « l'unanimité est rarement au rendez-vous<sup>155</sup> » quand il s'agit d'apprécier la preuve de faits sociaux, et que seront admissibles les documents « qui ne sont pas douteux en soi et qui ne pèchent pas contre l'ordre public<sup>156</sup> ».

152. *Id.*, par. 217.

153. *Id.*, par. 285.

154. *Id.*, par. 62.

155. *Id.*

156. *Id.*

Et l'on précisera que ces remarques ne s'appliquent que « dans les dossiers qui s'y prêtent<sup>157</sup> ».

La Cour semble donc avoir un pouvoir relativement discrétionnaire quant à l'admission et à l'appréciation de la preuve de faits sociaux pertinents dans les situations de risques, pouvoir dont l'exercice sera extrêmement difficile à contrôler.

C. Élaborer un nouvel objet de preuve : se satisfaire de la démonstration de « risques »

Le jugement dans *J.T.I.* semble tenir pour acquis que l'objet de preuve, dans ce type de cause constitutionnelle portant essentiellement sur la question de la justification, est le fondement rationnel de la loi contestée<sup>158</sup>.

On est loin ici du postulat de certitude ayant initialement prévalu à l'élaboration du test de l'arrêt *Oakes*. Se satisfaire de la démonstration du fondement rationnel de la loi contestée, c'est en quelque sorte se satisfaire de la démonstration de l'existence d'une situation de risque.

D. Reconnaître une valeur de précédent à des conclusions factuelles élaborées dans des jugements antérieurs

La Cour suprême du Canada avait déjà, en 1995, prononcé l'inconstitutionnalité de la criminalisation de la publicité relative aux produits du tabac en vigueur à l'époque<sup>159</sup>.

Le juge de première instance, dans *J.T.I.*, puisera dans cette décision des conclusions de fait jouissant, selon lui, de la valeur de précédent<sup>160</sup>.

157. *Id.*

158. *Id.*

159. *R.J.R.*, *supra*, note 58.

160. « La Cour est liée par les conclusions de droit et certaines conclusions de fait de la Cour suprême, dans le premier dossier, à moins qu'une preuve différente n'ait été apportée », *J.T.I.*, par. 105.

On retrouve donc ici encore ce recours au *stare decisis* dans le contexte de la gestion judiciaire de situations de risque. Étendre ce principe de la valeur de précédent aux questions de faits sociaux facilite le traitement judiciaire des questions de risque, en ce qu'il permet de valider des affirmations factuelles, non pas par leur rattachement au réel, mais par l'autorité de prononcés judiciaires.

Ainsi, l'établissement d'un lien rationnel entre l'interdiction de la publicité et la protection des jeunes contre les incitations à fumer sera grandement facilitée par ce recours au précédent. On estimera la chose déjà établie :

La Cour suprême dans *RJR-MacDonald* a reconnu qu'il existait un lien rationnel entre l'objectif de la LRPT et l'interdiction de la publicité<sup>161</sup>.

**E Le recours au raisonnement logique : se satisfaire d'un lien logique, non empiriquement démontré.**

Le juge de la Cour supérieure puisera aussi dans *R.J.R.* des appuis au soutien de la position voulant que, à défaut de certitude scientifique sur l'existence d'un lien empirique, l'existence d'un simple lien logique entre l'objectif poursuivi et les moyens utilisés pourra s'avérer suffisant<sup>162</sup>.

**F Le recours au sens commun**

Au-delà de la preuve, la Cour supérieure a aussi recours au sens commun, comme ingrédient dans le raisonnement sur les faits. Elle écrit :

Les cigarettiers dépensent des millions de dollars annuellement pour leurs campagnes de publicité. Le sens commun veut que ces campagnes de mise en marché sophistiquées, utilisant les meilleurs publicistes, vérifiant régulièrement leur impact sur les consommateurs aient un effet déterminant sur l'imaginaire collectif et incitent les jeunes à commencer à fumer et les autres à continuer à le faire<sup>163</sup>.

161. *J.T.L.*, par. 261. Voir aussi le par. 272.

162. *Id.*, par. 24.

163. *Id.*, par. 273. Voir aussi le par. 519.

Le juge clôt d'ailleurs son jugement avec l'affirmation suivante :

La preuve faite en l'instance oblige la Cour à faire preuve d'une retenue que le sens commun impose<sup>164</sup>.

Le sens commun ne servirait donc pas qu'à compléter la preuve, il justifierait aussi des approches de contrôle judiciaire, dans ce cas-ci la retenue.

#### G. Fonder le jugement sur la preuve

Le jugement dans *J.T.I.* en est un de première instance, là où la preuve est en principe entendue.

Il ne faut donc pas se surprendre du fait que, plus encore que dans l'affaire *Gosselin*, des efforts soient ici déployés pour démontrer que le jugement rendu est complètement tributaire de la preuve entendue, sinon dicté par elle.

On nous informe donc du fait que « [l]'audition a nécessité près de 10 000 pages de notes sténographiques et la production de 988 pièces au dossier totalisant des centaines de milliers de pages<sup>165</sup> ». La Cour a joint au jugement, précisant qu'ils en faisaient partie, 435 paragraphes de résumés des témoignages entendus, qu'elle commente par ailleurs tout au long de plus de 100 paragraphes<sup>166</sup>.

Les effets de justification et de disqualification discutés plus haut sont donc appelés à jouer pleinement : un jugement aussi bien documenté ne peut qu'être objectif, et le profane n'a certes pas les connaissances requises pour le remettre en question. La disqualification pourrait jouer en l'espèce à l'égard d'une instance d'appel qui souhaiterait ne pas intervenir. Les conclusions du juge de première instance sont en effet suffisamment liées aux éléments de preuve pour limiter la marge de manœuvre du juge d'appel.

164. *Id.*, par. 538.

165. *Id.*, par. 101.

166. *Id.*, par. 112 à 216 du jugement.

#### IV. LA POSSESSION DE MARIHUANA

La consommation de la marihuana cause peut-être des dommages, aux utilisateurs ou à l'ensemble de la société.

Face à ce risque, le législateur a prohibé la possession de la marihuana, imposant ainsi à certains individus, soit à celles et ceux qui en consomment ou souhaitent en consommer, le coût de l'incertitude en la matière.

On a contesté la constitutionnalité de cette interdiction.

Le 13 décembre 2002, la Cour suprême du Canada a entendu cette cause, et l'a ajournée jusqu'au printemps 2003<sup>167</sup>.

La Cour utilise ici une stratégie inusitée, soit celle qui consiste à ne pas décider, à attendre que les parlementaires débattent de la question, et produisent à cet égard un certain nombre de données factuelles.

La juge en chef du Canada, dans un court jugement rendu oralement, fait référence à une déclaration, de la part du ministre de la Justice du Canada, faisant part de son intention de déposer un projet de loi qui décriminaliserait en partie la possession de marihuana. Estimant que ce projet parlementaire entraînera des analyses, des examens et des débats qui pourraient s'avérer utiles en l'espèce, la Cour décide de reporter l'audition de l'appel dont elle est saisie.

Cette décision est lourde de signification, dans le contexte des interactions entre les instances judiciaire, gouvernementale et parlementaire à propos des situations de risque.

167. Certaines remarques s'imposent ici. Tout d'abord, il s'agit en fait de trois causes : *Malmo-Levine c. R.*, *Caine c. R.*, et *Clay c. R.*, Cour suprême du Canada, 13 décembre 2002, ci-après *Malmo-Levine*. Lors de cette décision de décembre 2002, la Cour a décidé d'ajourner ces causes à la session de printemps 2003. Or, la Cour en a en fait continué l'audition le 6 mai 2003. « Dix mois se sont écoulés depuis que M. Cauchon [ministre de la Justice] a révélé son intention de punir par une simple amende les Canadiens pris à fumer de l'herbe interdite. Le projet traîne toujours sur la table à dessin, et il n'y a aucune trace d'un quelconque débat au Parlement » : Brian Myles, *Le Devoir*, 6 mai 2003, p. A3, « La Cour suprême ira-t-elle plus vite que le Parlement ? » En août 2003, les causes sont en délibéré à la Cour suprême du Canada. Finalement, le projet de loi C-38, *Loi modifiant la Loi sur les contraventions et la Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, a été déposé en première lecture le 27 mai 2003.

Puisque la prise de décision en contexte de relative incertitude scientifique nécessite un éclairage factuel minimal, le décideur doit s'informer. Or, à cet égard, les capacités institutionnelles respectives des instances politique et judiciaire présentent des avantages et des inconvénients relatifs.

Ainsi, on s'est interrogé sur la capacité institutionnelle des tribunaux à établir et à évaluer les faits sociaux pertinents.

Pour certains, les législatures seraient seules aptes à jouer un tel rôle. Il est indéniable que les législatures jouissent à première vue d'une capacité de cueillette de données beaucoup plus vaste que les tribunaux. Leur supériorité institutionnelle, à cet égard, se manifeste en ressources de temps et d'argent. Les législatures peuvent commander des études et des recherches d'experts. Des comités et des commissions parlementaires peuvent tenir des audiences publiques, et ainsi recevoir des informations nécessaires à l'élaboration d'une politique informée.

Les règles traditionnelles de preuve légale, en système contradictoire, entravent considérablement l'accès judiciaire aux faits. Au départ, les tribunaux ne reçoivent en principe que l'information factuelle qui leur est présentée par les parties. Les limites financières de ces dernières pourront, à l'occasion, restreindre indûment le débat et priver la cour d'une preuve importante. De plus, certaines règles d'exclusion font en sorte que toute l'information disponible n'est pas nécessairement considérée.

Il n'est cependant pas certain que toutes les ressources législatives d'évaluation des faits sociaux soient efficacement utilisées préalablement à l'élaboration de politiques. Tout d'abord, il se peut que les Parlements n'aient à cet égard aucune obligation constitutionnelle, du moins *a priori*. L'action législative tire sa légitimité de son fondement démocratique, et non de sa rigueur ou de son objectivité scientifique.

Au demeurant, les Parlements font des choix politiques, qui ne sont pas nécessairement ceux que dicterait une analyse rationnelle et froide d'un contexte factuel particulier. On peut même douter qu'une telle analyse puisse « dicter » quoi que ce soit, dans le monde des choix et des décisions politiques. Ainsi, il se peut fort bien qu'une législature provinciale limite les sommes que peuvent dépenser les candidats au cours d'une campagne électorale, au

nom de principes d'égalité et de démocratie, sans pour autant conduire une étude empirique préalable sur les effets réels du montant de ces dépenses sur le comportement des électeurs.

De plus, on pourrait être tenté de croire que ces mécanismes de cueillettes de données sont parfois utilisés à des fins politiques, plutôt que scientifiques. Point n'est besoin d'être cynique pour comprendre que consultation et participation ont maintes fois servi à légitimer des décisions unilatérales.

Finalement, la vulnérabilité (ou plutôt la « responsabilité » ?) politique des Parlements rend souvent illusoire cette conception d'une action législative rationnelle et fondée sur une évaluation objective de l'ensemble des faits pertinents. On a plus d'une fois assisté à l'enterrement d'un projet politique, non pas à cause d'un manque d'à-propos eu égard au contexte, mais plutôt faute d'appuis dans certaines communautés.

Il se peut donc qu'à défaut d'utilisation concrète et efficace, la plus grande capacité d'analyse des faits dont jouissent les législatures ne les place pas dans une réelle position de supériorité à l'égard des tribunaux.

Quoi qu'il en soit, les tribunaux ont l'obligation de juger. Si la question de la constitutionnalité d'une loi leur est correctement posée, ils doivent répondre, et ce, quelle que soit la complexité des faits sociaux sur lesquels ils devront alors inévitablement se prononcer.

La Cour suprême du Canada, dans *Malmo-Levine*, prend une position tout à fait inhabituelle. Elle ne refuse pas de juger, mais elle retarde son jugement. Sachant que les parlementaires se pencheront bientôt sur la question de faits de société qui l'intéresse en l'espèce, elle attend leurs conclusions. Les tenants de la métaphore du dialogue entre les Parlements et les tribunaux, en contexte de contrôle de constitutionnalité<sup>168</sup>, pourront en voir ici une application, une forme de discussion entre les institutions, à propos cette fois de la cueillette des faits.

168. Pour des discussions jurisprudentielles récentes de ce que l'on dit être cette « métaphore » du dialogue, voir notamment *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 C.S.C. 42, *R. c. Hall*, 2002 C.S.C. 64, et *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68.

Aux fins de la présente étude, *Malmo-Levine* illustre une voie judiciaire novatrice dans la gestion des situations de risques : attendre l'évaluation législative des faits.

## CONCLUSION

Le contrôle de constitutionnalité donne lieu à l'exercice d'un pouvoir judiciaire considérable.

Fort du préjugé mentionné en exergue, le monde des juristes a longtemps estimé que seuls les principes et les règles de droit discutés dans cette jurisprudence méritaient qu'on leur porte une quelconque attention.

Or, le traitement des faits par les juges est peut-être devenu le lieu de leur véritable pouvoir en matière constitutionnelle. C'est un lieu de pouvoir occulte et puissant.

Occulte, parce que l'on a rarement un accès direct aux sources d'information auxquelles les juges puisent ce qui nous est par la suite présenté comme « conclusion de fait ».

Puissant, puisque le recours aux faits permet de justifier des décisions judiciaires essentiellement contestables en les présentant comme de simples constatations factuelles.

« On ne nous a pas fait la preuve » est un type d'affirmation qu'il est extrêmement difficile de contester.

Le discours judiciaire sur les faits mérite une attention sérieuse.

La conceptualisation du contrôle de constitutionnalité sous l'angle d'un exercice de gestion de risque permet de mieux en appréhender le volet factuel. Elle jette un éclairage cru sur les stratégies développées par les tribunaux pour élaborer les raisonnements factuels essentiels à leurs conclusions de droit.

Les juristes du droit constitutionnel quittent certes leur champ d'expertise étroit lorsqu'elles délaissent le monde des questions de droit pour s'intéresser à celui des questions de fait. Mais une grande aventure s'ouvre alors à elles.

On ne peut, d'ailleurs, faire l'économie de cet exercice.

## BIBLIOGRAPHIE

## Livres

- DOUGLAS, Mary. *Risk and Blame, Essays in Cultural Theory*, London et New York, Routledge, 1992.
- DOUGLAS, Mary et Aaron WILDAVSKY, *Risk and Culture, An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, Berkeley, University of California Press, 1983.
- FRANK, Philipp. *Philosophy of Science: The Link Between Science and Philosophy*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1957.
- LE BRETON, David. *La sociologie du risque*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.
- SHRADER-FRECHETTE, K.S. *Risk and Rationality. Philosophical Foundations for Populist Reforms*, Berkeley, University of California Press, 1991.
- VON FURSTENBERG, Georges M. *Acting Under Uncertainty: Multidisciplinary Conceptions*, Boston, Kluwer Academic Publisher, Theory and Decision Library, 1990.

## Articles publiés dans des ouvrages collectifs

- CONK, George W. « Legend vs. Pragmatism », dans Cynthia H. CUIK et John L. NORTH (sous la direction de), *Scientific Evidence Review*, Monograph N° 3, American Bar Association, Section of Science and Technology, Chicago, 1997.
- DOUGLAS, Mary. « Risk as a Forensic Resource », dans Edward J. BURGER (sous la direction de), *Risk*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993, p. 12.
- HUBER, Peter W. « Pathological Science in Court », dans Edward J. BURGER (sous la direction de), *Risk*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993, p. 99.
- KRIMSKY, Sheldon. « The Role of Theory in Risk Studies », dans S. KRIMSKY et D. GOLDING (sous la direction de), *Social Theories of Risk*, Praeger, Westport, Connecticut, London, 1992, p. 1.
- LOSHAK, Danièle. « Droit, normalité et normalisation », dans Jacques CHEVALLIER *et al.*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Le droit en procès*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, p. 51.

- PINARD, Danielle. « Incertitude et risques: la preuve en matière constitutionnelle », H. DUMONT et J. BLOOM (sous la direction de), *Science, vérité et justice*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, p. 65-95 (« Uncertainty and Risks: Evidence in Constitutional Law », p. 97-125).
- WYNNE, Brian. « Risk an Social Learning: Reification to Engagement », dans S. KRIMSKY et D. GOLDING (sous la direction de), *Social Theories of Risk*, Praeger, Westport, Connecticut, London, 1992, p. 275.

### Reuves et articles de revues

- HOLMES, Oliver Wendell, Jr. « Privilege, Malice and Intent », (1894) 8 *Harvard Law Review* 1.  
*Journal on Risk and Uncertainty*, Kluwer Online, <http://www.kluweronline.com/issn/0895-5646/contents>.  
*Law, Probability and Risk*, Oxford University Press.
- MONAHAN, Henry P. « Constitutional Fact Review », (1985) 85 *Columbia Law Review* 229.
- PINARD, Danielle. « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés* », (1989) 30 *Les Cahiers de droit* 137.
- PINARD, Danielle. « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac », (1994) 39 *McGill L.J.* 405.
- ROGOVIN, Wendy M. « The Politics of Facts: The Illusion of Certainty », (1995) 46 *Hastings Law Journal* 1723.
- TRIBE, Laurence H. « Seven Deadly Sins of Straining the Constitution Through a Pseudo-Scientific Sieve », (1984) 36 *The Hastings Law Journal* 155.

### Table de jurisprudence

- Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 C.S.C. 42.  
*Gosselin c. P.G. Québec*, [1992] R.J.Q. 1647 (C.S.).  
*Gosselin c. Québec (P.G.)*, 2002 CSC 84.  
*J.T.I. Macdonald Corporation c. P.G. Canada*, [2003] R.J.Q. 181 (C.S.).  
*Law c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.  
*Malmo-Levine c. R., Caine c. R., et Clay c. R.*, Cour suprême du Canada, 13 décembre 2002.

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

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

*R. c. Hall*, 2002 C.S.C. 64.

*R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

*R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128.

*Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

*Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68.

