

Incertitude et risques : la preuve en matière constitutionnelle

Danielle PINARD*

INTRODUCTION	67
I. LA GESTION DES RISQUES PAR LES TRIBUNAUX : DES TENDANCES	71
1. La position de départ : l'établissement des fardeaux de preuve	71
2. De nécessaires reculs stratégiques	74
2.1 Laisser une marge de manœuvre au législateur en contexte d'incertitude scientifique	75
2.2 Se satisfaire d'un « fondement rationnel »	77
2.3 Recourir au sens commun	81
II. LA GESTION DES RISQUES PAR LES TRIBUNAUX : DES EXEMPLES PONCTUELS	85
1. Les délinquants dangereux : R. c. Lyons, [1987] 2 R.C.S. 309	85
2. Les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles qui flânent dans un parc : R. c. Heywood, [1994] 3 R.C.S. 761	87
3. Les accusés non criminellement responsables pour causes de troubles mentaux : Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute), [1999] 2 R.C.S. 625	88
4. Les possesseurs de pornographie infantile : R. v. Sharpe, [1999] 136 C.C.C. (3d) 97 (C.B.C.A.)	91
CONCLUSION	93

* Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Le présent texte se veut une analyse du contentieux constitutionnel vu comme exercice de gestion de risque. Il est produit par une profane en matière de gestion de risques, ce qui peut présenter des inconvénients évidents, et peut-être aussi, dans la meilleure des hypothèses, des avantages, dont celui de ne pas se laisser distraire par les subtilités (d'ailleurs ignorées!) des théories des risques pour pouvoir aller au cœur de la question.

J'ai essayé de penser le droit constitutionnel en termes de risques. L'exercice a été pour moi fascinant. J'ai dû revoir sous un éclairage différent des matériaux que je pensais bien connaître. Tout semble désormais nouveau. Des angles jusqu'à présent invisibles prennent maintenant tout leur relief. J'espère que je pourrai, par le présent texte, faire partager la richesse de cette expérience intellectuelle.

La découverte de l'ampleur des publications portant sur la gestion des risques a surpris la juriste que je suis. Que l'on pense aux disciplines de la psychologie, de l'épidémiologie et de la santé publique, de la gestion des affaires ou de la gestion environnementale, la documentation sur les risques y est considérable. Il semble cependant que le droit se soit relativement peu intéressé à la question.

On retiendra ici une définition minimale et fonctionnelle de la notion de risque, qui semble d'ailleurs servir de dénominateur commun à l'ensemble des définitions dont elle fait l'objet. Le risque sera ici compris comme la possibilité de survenance d'un événement dommageable, nuisible ou indésirable¹.

¹ À propos de la notion de risque, le *Robert historique* réfère à un danger, à un inconvénient plus ou moins prévisible. On y apprend par ailleurs que « le mot est d'abord féminin, le genre masculin (1657) l'emportant au XVII^e siècle ». Que s'est-il donc passé en 1657? Voici certains essais de définition de la notion de risque : « If the distinction between reality and possibility is accepted, the term risk denotes the possibility that an undesirable state of reality (adverse effects) may occur as a result of natural events or human activities » : Ortwin RENN, « Concepts of Risk: A Classification », dans Sheldon KRIMSKY et Dominic GOLDING (dir.), *Social*

À première vue, cette notion contient, me semble-t-il, deux volets, un premier factuel et un second normatif. Le premier concerne la possibilité de survenance d'un événement. L'événement se produira, ou ne se produira pas. L'état limité de nos connaissances ne nous permet cependant pas de le savoir avec certitude. On utilise donc un langage de possibilités, ou parfois de probabilités, pour référer à la survenance de cet événement. Il s'agit en fait cependant de la mesure de notre ignorance, et non pas d'une caractéristique de l'événement². La notion de risque évoque la mesure de la distance entre la réalité et notre perception. On parle ici de questions à propos desquelles règne l'incertitude scientifique³. L'incertitude est donc inhérente à la notion de risque⁴. Qui parle de risque parle d'incertitude scientifique. C'est là le volet factuel de la notion.

Theories of Risk, London, Praeger, 1992, p. 56; « As I use the term, risk simply means the possibility of injury or loss. » Voir Kenneth S. ABRAHAM, *Distributing Risk, Insurance, Legal Theory and Public Policy*, New Haven/Londres, Yale University Press, 1986, p. 1 et 2; « A problem within the risk literature is that the word “risk” may be used to imply a measurement of the chance of an outcome, the size of that outcome, or the product of both of these factors. A general working definition, however, sees risk as the probability that a particular adverse event will occur during a stated period of time, or result from a particular challenge. » Voir Robert BALDWIN, « Introduction—Risk: The Legal Contribution », dans Robert BALDWIN (dir.), *Law and Uncertainty, Risks and Legal Processes*, London, Kluwer Law International, 1997, p. 1 et 2 .

- ² Voir, sur cette distinction entre la réalité extérieure et la mesure de notre ignorance, les propos lumineux de Bernard ROBERTSON et G.A. VIGNAUX, « Probability—The Logic of Law », (1993) 13 *Oxford Journal J.Legal Stud.* 457, qui écrivent, à la page 460 : « The adoption of any of the definitions of probability other than as a measure of strength of belief can lead to an unfortunate effect known as The Mind Projection Fallacy. This is the fallacy of regarding probability as a property of objects and processes in the real world rather than a measure of our own uncertainty. » Ils ajoutent : « [P]robability is simply a measure of our ignorance of the factors that will influence the outcome of a coin toss » (page 461), et encore : « Things either happen or they don't happen: they don't probably happen. [...] The idea that the sorts of events measured by probably “happen is an example” of the Mind Projection Fallacy » (page 468).
- ³ On remarquera que l'on utilise ici une notion très souple de « science », de façon à y inclure les sciences dites sociales, la psychologie ou l'histoire. C'est d'ailleurs la conception apparemment retenue par les tribunaux canadiens. On évite ainsi la discussion de la méthode dite scientifique, ou encore la difficile évaluation du caractère réellement « scientifique » de certaines études. Voir, pour une illustration de telles préoccupations : David L. FAIGMAN, « To Have and Have Not: Assessing the Value of Social Science to the Law as Science and Policy », (1989) 38 *EMORY L. J.* 1005.
- ⁴ On réfèrera, en littérature de risque, aux conditions requises aux fins de l'élaboration de « legitimate decisions under conditions of uncertainty » : R. BALDWIN, *loc. cit.*, note 1, 11.

Le caractère dommageable ou indésirable de l'événement constitue le volet normatif de la notion de risque. On ne souhaite pas la survenance de cet événement. Un jugement de valeur est porté. Cet événement serait mauvais. On verra que si, dans l'étude du contentieux constitutionnel en termes de gestion de risques, cette qualification du caractère indésirable de certains événements est relativement non controversée (par exemple la violence faite aux femmes ou aux enfants ou encore la consommation de produits dangereux pour la santé), c'est cependant le degré relatif de malignité de l'événement qui donnera lieu à controverse et pondération, et qui dictera jusqu'où l'on est prêt à agir pour en prévenir la survenance.

Certaines situations de risque présentes dans la société peuvent donner lieu à une intervention législative et, éventuellement, au contrôle de constitutionnalité. Parmi ces situations de risque, on retrouve par exemple les suivantes : la diffusion de pornographie entraîne possiblement des comportements violents; la propagande haineuse donne peut-être lieu à des conséquences sociales inacceptables; les personnes déjà déclarées coupables d'infractions sexuelles qui flânent dans un parc présentent peut-être un danger pour les enfants qui s'y trouvent; la publicité relative à un produit dangereux en augmente éventuellement la consommation.

Face à de tels risques présents dans la vie sociale, libre, non réglementée, le législateur a en principe le choix d'intervenir ou non. Il bénéficie de la légitimité démocratique. Il procédera ainsi à une décision politique, et non à une décision scientifique. Selon sa perception de l'ampleur et de la gravité du risque, ainsi que du degré de tolérance de la société à cet égard, il peut choisir de ne rien faire. Ou encore, il peut décider d'agir, le plus souvent en réglementant, ou en interdisant tout simplement la cause potentielle du risque. Il pourra interdire la diffusion de pornographie, la propagande haineuse, le fait de flâner dans un parc ou encore la publicité relative à certains produits. Il distribue ainsi les inconvénients, en imposant une limite certaine à la liberté d'action de certains individus, pour éviter la réalisation de possibles résultats dommageables⁵.

C'est cette intervention législative qui donnera ouverture au contrôle judiciaire de constitutionnalité, le plus souvent suite à une

⁵ On pourrait aussi prétendre que le législateur crée ainsi un autre risque, soit celui de limiter inutilement la liberté des individus, si le lien de causalité supposé entre un comportement et un résultat dommageable n'existe pas.

contestation alléguant violation de la liberté d'expression⁶. Les juges doivent alors revoir cette pondération d'inconvénients, cette gestion de risques, à la lumière de nouveaux paramètres, soit les droits constitutionnellement protégés⁷.

Au-delà des questions dites de droit, l'aspect de la décision judiciaire qui compose avec la gestion de risque est alors celui des faits, des faits sociaux aux contours flous et à propos desquels nos connaissances sont incertaines, et qui sont par ailleurs de plus en plus visibles dans le contentieux constitutionnel⁸.

Le concept de gestion de risque est cependant relativement absent du vocabulaire judiciaire, peut-être en partie parce qu'il obligerait les tribunaux à dévoiler leur propre pouvoir, et à admettre qu'eux aussi, à leur tour, participent à cet exercice de distribution étatique des risques. Un élément de visibilité non souhaité. On le sait, la discussion de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité fait couler beaucoup d'encre.

Le défi consistera donc ici, dans la mesure du possible, à dépouiller les décisions judiciaires de leurs arguments strictement juridiques pour les concevoir comme exercices de gestion de risque.

⁶ On remarque donc que c'est l'action législative et non l'inaction, qui donne lieu au contrôle de constitutionnalité. Or, on sait très bien que dans le cas de certains risques présents dans la vie sociale, c'est l'inaction étatique qui est porteuse des plus grands dangers pour la collectivité.

⁷ De plus en plus, il est cependant fort probable que le législateur ait déjà intégré une considération des droits et libertés constitutionnellement protégés dans sa décision d'intervenir à l'égard de certaines situations de risques. En effet, quoique certains aient déjà maintenu que le législatif était, parmi les organes de l'État, celui qui était le moins limité par l'état des faits (Selon K.C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, 2^e éd., vol. 3, University of San Diego, K.C. Davis Pub. Col, n° 15, p. 160, « [L]egislators have more freedom than either judges or administrators to ignore facts or to use untested or erroneous facts [...] ») et pouvait intervenir « with a bull in a China shop ignorance », on peut supposer que l'anticipation du contrôle judiciaire, avec ses exigences de justification en vertu de l'article premier de la Charte, fait maintenant partie de la stratégie législative fondamentale. (*Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), c. 11 [ci-après *Charte*].

⁸ On peut aussi référer aux faits qui portent sur le fonctionnement du monde, par opposition aux faits relatifs aux parties. Voir, par exemple, Robert E. KEETON, « Legislative Facts and Similar Things: Deciding Disputed Premise Facts », (1988) 73 *Minnesota L.Rev.* 1, 19, note 50 : « The distinction between facts about the particular case and facts about the state of the world is an underlying theme of the contrasts between adjudicative and premise facts. »

La première partie de ce texte sera consacrée à l'étude de stratégies judiciaires de gestion de risques développées en matière constitutionnelle. On y discutera la question fondamentale de la répartition initiale des fardeaux de preuve, puis certains reculs, comme la reconnaissance d'une nécessaire marge de manœuvre législative, l'acceptation d'un simple fondement rationnel ou encore le recours au sens commun pour compléter le raisonnement factuel. La seconde partie examinera certains exemples de traitement judiciaire de risques, notamment en matière de personnes dangereuses.

I. LA GESTION DES RISQUES PAR LES TRIBUNAUX : DES TENDANCES

La révision de la décision législative, inhérente au contrôle judiciaire de constitutionnalité, implique la révision de la gestion de risques opérée par la loi.

En contexte de gestion de risques, le paradigme du contrôle de constitutionnalité consiste en la contestation de l'action législative au nom de la liberté individuelle constitutionnellement protégée.

Les tribunaux ne procèdent pas explicitement à une pondération des inconvénients en termes de risques. Mais si on va au-delà de la rhétorique juridique, il est possible de concevoir le contrôle de constitutionnalité comme un exercice de gestion de risques.

1. La position de départ : l'établissement des fardeaux de preuve

Le formalisme a longtemps caractérisé le contentieux constitutionnel canadien, qui mettait essentiellement en jeu un exercice d'interprétation, tant des dispositions constitutionnelles pertinentes que de la loi dont la constitutionnalité était contestée⁹. Pour rappeler les termes d'une distinction classique, le contentieux constitutionnel était plus préoccupé de questions de droit que de questions de fait.

À cause de facteurs multiples, dont l'appréciation dépasse certes l'objet du présent texte, les faits de société y sont cependant de plus en plus visibles, et expressément discutés. Ce sont ces mêmes faits de société

⁹ Voir Danielle PINARD, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac », (1994) 39 *R. D. McGill* 401.

qui nous obligent à considérer l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle sous l'angle de la gestion de risques. La notion de risque se rattache au volet factuel de la décision judiciaire et, particulièrement, à la question des fardeaux de preuve.

La répartition initiale des fardeaux de preuve relève de l'application d'une politique judiciaire à première vue logique : on présume l'innocence, la normalité, la bonne foi et la constitutionnalité, et il revient à la partie qui conteste ces prémisses fondamentales de faire la démonstration des fondements de sa contestation¹⁰.

En fait, un calcul de coûts/bénéfices préside implicitement à la répartition des fardeaux de preuve : on impose le fardeau à une partie lorsque l'on décide que l'erreur judiciaire à l'égard de cette partie serait moins grave qu'une erreur à l'égard de l'autre partie¹¹.

Si la répartition des fardeaux n'est jamais formulée dans un langage de risques et d'incertitude, elle a toujours un impact sur la question. Cette répartition des fardeaux de preuve détermine en effet directement la responsabilité des coûts de l'incertitude scientifique. Si les faits qui fondent une contestation ne peuvent être établis avec une relative certitude, la contestation échouera et la partie à qui incombe le fardeau de preuve assumera le coût de l'incertitude. Dans la meilleure des hypothèses, cette partie aura des études scientifiques à fournir au tribunal, qui risquera cependant de commettre certaines erreurs, soit de refuser l'admission d'une étude pourtant valide, ou encore d'admettre une étude inadéquate¹². Dans la pire des hypothèses, ces études ne seront pas disponibles, ou encore ne le seraient qu'à un coût prohibitif.

¹⁰ Voir, par exemple, *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 120 [ci-après *Oakes*], à propos de la présomption d'innocence : « Vu la gravité de ces conséquences [d'une accusation d'avoir commis une infraction criminelle], la présomption d'innocence revêt une importance fondamentale. Elle garantit qu'un accusé est innocent tant que l'État n'a pas prouvé sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Voilà qui est essentiel dans une société qui prône l'équité et la justice sociale. La présomption d'innocence confirme notre foi en l'humanité; elle est l'expression de notre croyance que, jusqu'à preuve du contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois. »

¹¹ Voir, pour une analyse semblable, Silvio O. FUNTOWICZ et Jerome R. RAVETZ, « Three Types of Risk Assessment and the Emergence of Post-Normal Science », dans S. KRIMSKY et D. GOLDING (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 265.

¹² Voir par exemple, sur cette question des erreurs de type I (admettre une preuve scientifique invalide) ou de type II (exclure une preuve scientifique valide), R. BALDWIN, *loc. cit.*, note 1, qui écrit, aux pages 11 et 12 : « [A] key question is whether risk managers, if they are to err, should choose, where possible to err by rejecting true hypotheses rather than by accepting false hypotheses. » Faigman écrit :

La jurisprudence constitutionnelle fondée sur la *Charte*¹³ a rapidement délimité les fardeaux de preuve : la partie qui allègue la violation de droits et libertés devra démontrer cette allégation, et c'est à celle qui souhaite invoquer le caractère raisonnable de l'atteinte, au sens de l'article premier de la *Charte* – généralement l'État – de prouver les faits requis au soutien de sa prétention¹⁴. Dans ce dernier cas, la Cour suprême du Canada a clairement énoncé les éléments à établir : l'État devra démontrer l'importance de l'objectif poursuivi, le lien rationnel entre l'objectif poursuivi et le moyen utilisé, l'absence de moyens moins attentatoires, et la proportionnalité entre le moyen et l'objectif¹⁵.

La structure du test ainsi élaboré semble fondée sur un postulat selon lequel l'État n'agit qu'en toute connaissance de cause, lorsque tant le mal à prévenir que l'efficacité du moyen choisi font l'objet de certitudes. Le test paraît, de prime abord, incompatible avec l'essence même de toute intervention en contexte de risque où, par définition, tant le mal à prévenir que la causalité entre l'acte interdit et cet éventuel dommage ne peuvent être établis avec certitude¹⁶. Appliqué avec rigidité, ce test des limites raisonnables empêche l'État d'intervenir en contexte de risque, et protège ainsi le libéralisme, imposant à la communauté dans son

« There is no functional difference, however, between making a mistake to admit evidence and making a mistake to exclude evidence. Only the identity of the injured party changes. The costs associated with making these errors depends on the circumstances of the particular context. This is a subtle judgment that presents a substantial challenge if faithfully carried out. It means that judges would do an explicit evaluation of the costs associated with making a mistake in the legal context in which the science is offered. » Voir David L FAIGMAN, « The Evidentiary Status of Social Science under Daubert: Is It “Scientific”, or “Other” Knowledge? », (1995) *Psychology, Public Policy and Law* 960, 973.

¹³ Précitée, note 7.

¹⁴ Voir *R. c. Oakes*, précité, note 10, 136-137 : « La charge de prouver qu'une restriction apportée à un droit ou à une liberté garantis par la Charte est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique incombe à la partie qui demande le maintien de cette restriction. », et à la page 138 : « Lorsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction [...]. »

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Cette exigence de certitude a cependant aussi été imposée à l'étape initiale du contentieux constitutionnel fondé sur les droits et libertés, lorsque l'on a demandé à la partie qui allègue la possibilité d'une violation de droits et libertés de démontrer plus que de simples et improbables conjectures. Voir *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441.

ensemble le risque que se produise dans le monde libre (*i.e.* non réglementé) le résultat dommageable dont l'État, par son intervention, souhaitait empêcher la survenance.

Il est intéressant de noter ici une analogie avec le monde de la responsabilité civile en situation de risque où, par exemple, les demandeurs en matière de dommages environnementaux dénoncent le fait que les exigences de certitude scientifique que leur imposent les tribunaux quant au lien de causalité entre certains dommages et l'émission de produits dans l'environnement équivalent à nier tout droit à la réparation et à assurer un sauf-conduit aux entreprises commerciales qui peuvent ainsi et impunément faire assumer par la communauté le risque de dommages environnementaux dont elles seraient responsables.

Tant en matière de responsabilité environnementale qu'en contexte constitutionnel, l'exigence de certitude scientifique imposée par les tribunaux a pour effet de protéger l'entreprise privée et d'imposer à la communauté le fardeau du risque, dans le premier cas en rejetant des poursuites civiles, et dans le second en amenant un prononcé d'inconstitutionnalité de la réglementation étatique.

2. De nécessaires reculs stratégiques

Cette forme de gestion de risques prévue par l'aménagement initial des fardeaux de preuve n'a pu survivre à l'épreuve de l'expérience. Rapidement, la Cour suprême du Canada, réalisant que le produit net de cette répartition initiale des fardeaux avait pour effet d'empêcher toute intervention législative en situation de risque, a procédé à certains assouplissements. Elle a reconnu la nécessaire marge de manœuvre législative en contexte d'incertitude (2.1), s'est satisfaite, à l'occasion, de la démonstration d'un « fondement rationnel » à l'action législative (2.2), et a parfois recouru à des arguments de sens commun (2.3)¹⁷. On verra ici certains exemples de ces techniques d'assouplissement.

2.1 Laisser une marge de manœuvre au législateur en contexte d'incertitude scientifique

¹⁷ On pourrait s'interroger aussi sur le recours à la connaissance d'office comme stratégie judiciaire d'assouplissement du contrôle de constitutionnalité dans le cas d'interventions en situation de risque. Voir Danielle PINARD, « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel », (1997) 31 *R.J.T.* 315.

Assez tôt dans l'histoire jurisprudentielle de la *Charte*, la Cour suprême a reconnu l'impossibilité de satisfaire aux exigences de preuve énoncées dans l'arrêt *Oakes* dans les cas où le législateur intervient en contexte d'incertitude scientifique. La nécessité de laisser une marge de discrétion à l'action législative a rapidement été reconnue, quoique de façon ponctuelle. Il s'agit aujourd'hui incontestablement d'un facteur contextuel à considérer dans l'évaluation du caractère raisonnable de limites apportées aux droits et libertés¹⁸.

Ainsi, dès l'arrêt *Irwin Toy*¹⁹, à propos de la détermination législative de l'âge de 13 ans comme critère de l'enfance visée par l'interdiction de publicité commerciale, la Cour souligne en ces termes le nécessaire respect judiciaire des décisions législatives prises en contexte d'incertitude scientifique :

« Si le législateur a fait une évaluation raisonnable quant à la place appropriée de la ligne de démarcation, surtout quand cette évaluation exige l'appréciation de preuves scientifiques contradictoires et la répartition de ressources limitées, il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer après coup. Ce serait seulement substituer une évaluation à une autre. »²⁰

¹⁸ Selon le juge Bastarache, qui écrit pour la majorité dans *Thomson Newspapers Co. c. Procureur général du Canada*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 90 : « l'incapacité de mesurer scientifiquement le préjudice particulier en cause ou l'efficacité d'une réparation » constitue un facteur pertinent pour l'analyse en vertu de l'article premier de la *Charte*.

¹⁹ *Irwin Toy c. Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927.

²⁰ *Id.*, p. 990.

Dans cette même affaire, la Cour souligne d'ailleurs l'importance de la légitimité démocratique du décideur, lorsque la décision de politique publique requiert l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires :

« Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. »²¹

Dans l'arrêt *Keegstra*²², on a aussi fait preuve de souplesse en reconnaissant la difficulté d'établir scientifiquement les effets dommageables directement causés par un discours de propagande haineuse²³.

Rappelons enfin les propos du juge Gonthier, minoritaire dans l'affaire *Winko*²⁴, où, discutant de l'incertitude inhérente à la prévision de dangerosité future, il affirme en ces termes que l'on ne peut prétendre avoir un droit constitutionnel à quelque chose d'impossible à prouver au plan scientifique :

« L'article 7 de la Charte ne peut tout simplement pas reconnaître à l'accusé non responsable criminellement un droit constitutionnel à quelque chose d'impossible sur le plan médical. »²⁵

Autrement dit, on ne peut imposer au législateur une obligation constitutionnelle impossible à exécuter à cause de l'état incertain de nos connaissances.

²¹ *Id.*, p. 993.

²² *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

²³ *Id.* Voir l'opinion du juge Dickson, à la page 776 : « [I] est manifestement difficile d'établir l'existence d'un lien causal entre une déclaration donnée et la haine pour un groupe identifiable [...] », et celle, dissidente, de la juge McLachlin, à la page 857 : « [I] n'est simplement pas possible de déterminer avec exactitude les effets que l'expression d'un message donné aura sur tous ceux qui finiront par l'entendre. »

²⁴ *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatry Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625. Il s'agissait dans cette affaire de décider de la constitutionnalité de dispositions législatives prévoyant les conditions de mise en liberté de personnes déclarées non criminellement responsables pour cause de troubles mentaux.

²⁵ *Id.*, par. 130.

Une fois acceptée cette nécessité de faire preuve de souplesse à l'occasion du contrôle judiciaire d'une intervention législative élaborée en contexte d'incertitude scientifique, la voie était pavée pour l'étape suivante : le développement d'un objet de preuve différent, qui tienne compte de ce contexte.

2.2 Se satisfaire d'un « fondement rationnel »

L'impossibilité de répondre aux exigences du test de l'arrêt *Oakes* en situation de risque tient au fait que le législateur ne peut alors établir avec certitude ni la survenance future d'un événement non souhaité, ni le fait que le comportement réglementé ou interdit serait la cause de cet événement²⁶.

Or, en matière constitutionnelle, les tribunaux se sont parfois satisfaits d'un objet de preuve différent, soit le caractère raisonnable de l'évaluation législative de l'existence de certaines possibilités, par opposition à la preuve de faits réels en tant que tels²⁷. On l'a fait par exemple dans la célèbre affaire *Anti-inflation*²⁸, à propos de la détermination législative de l'existence d'une grave situation de crise économique.

Cet objet de preuve semble tout indiqué pour le contrôle constitutionnel en contexte de risque. Il semble en effet que tout ce que l'on peut établir, en matière de risque, soit le caractère rationnel ou raisonnable de l'évaluation qu'a faite le législateur de l'existence du risque, qui consiste en la possibilité de dommages résultant d'un type d'activité que l'on va dès lors réglementer ou interdire. C'est l'objet de preuve qui a été utilisé dans plus d'une affaire, où l'on s'est satisfait de la preuve, non pas de la réalité d'un dommage à éviter, mais bien de l'existence d'un risque, soit du caractère rationnel de l'évaluation législative de l'existence d'un dommage possible.

²⁶ Il existe évidemment différentes approches de causalité. Voir, par exemple, le propos suivant : « It [the concept of risk] includes the analysis of cause-effect relationships, which may be scientific, anecdotal, religious or magical. » Voir O. RENN, *loc. cit.*, note 1, 56-58.

²⁷ Voir D. PINARD, *loc. cit.*, note 9.

²⁸ Renvoi relatif à la Loi Anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373.

Le fait pour un tribunal de se satisfaire de la démonstration du caractère raisonnable de l'évaluation législative, en contexte de risque, a cependant un impact direct sur la répartition des risques. En effet, le tribunal a alors de fortes chances de confirmer la décision législative, et d'accepter que le prix de l'incertitude scientifique soit assumé par ceux dont on réglemente ou interdit certains comportements, pour éviter la possible réalisation de résultats jugés non souhaitables.

L'affaire de principe est ici l'arrêt *Butler*²⁹, où était contestée la criminalisation de la vente, ou de la possession à des fins de distribution ou de vente, de matériel obscène³⁰. Le risque en cause était celui du préjudice causé à la société par la pornographie. Le gouvernement ne disposant d'aucune étude déterminante sur la question³¹, la Cour s'est dite satisfaite de la démonstration d'une « appréhension raisonnée de préjudice ». Le juge Sopinka y écrit, pour la majorité :

« Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance [...]. »³²

« [L]e Parlement avait le droit d'avoir “une appréhension raisonnée du préjudice” résultant de la désensibilisation des personnes exposées à du matériel représentant des relations

²⁹ *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452. La Cour s'était déjà, dans d'autres causes, satisfaite de la preuve du fondement raisonnable de l'action législative. Voir, par exemple, *Irwin Toy c. Procureur général du Québec*, précité, note 19, p. 994 : « En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement. »

³⁰ La définition de l'obscénité se lisait ainsi : « est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir : le crime, l'horreur, la cruauté et la violence. » (*Code criminel*, L.R.C. (1985) c. C-46, art. 163(8)).

³¹ À cet égard, la Cour rappelle qu'« il est évident que les ouvrages dans le domaine des sciences humaines peuvent toujours faire l'objet d'une controverse. » Voir *R. c. Butler*, précité, note 29, 501.

³² *Id.*, 502.

sexuelles dans un contexte de violence, de cruauté et de déshumanisation. »³³

Le juge La Forest, alors qu'il était en partie dissident dans l'arrêt *RJR MacDonald*³⁴, a probablement écrit l'opinion la plus éloquente sur la nécessité pour les tribunaux de se satisfaire parfois de la démonstration du caractère raisonnable de l'action législative. Dans cette cause où était contestée la constitutionnalité d'une interdiction législative de publicité relative aux produits du tabac, il aurait estimé qu'il s'agissait là d'une limite raisonnable à la liberté d'expression, considérant que le Parlement avait établi le fondement rationnel de sa loi³⁵.

Il rappelle d'abord en ces termes l'incertitude qui règne toujours à propos de la dépendance au tabac :

« À cet égard, il est essentiel de rappeler que la dépendance au tabac est un phénomène unique et assez compliqué. Même si les effets nocifs du tabac sont de plus en plus connus, près du tiers de la population continue de fumer de façon régulière. On ne peut actuellement pas donner d'explication scientifique concluante de la dépendance au tabac, ni établir un lien causal bien compris entre la publicité, ou tout autre facteur environnemental, et l'usage du tabac. Cela n'est pas étonnant. En effet, on ne saurait comprendre le lien causal entre la publicité et la consommation ou entre le tabac et la dépendance sans procéder à une analyse approfondie des mystères de la psychologie humaine. Un grand nombre des

³³ *Id.*, 504. Un autre aspect de l'arrêt *Butler* soulève d'intéressantes questions à l'égard de la gestion de risques par les tribunaux. En effet, la Cour y précise, à propos de la norme sociale de tolérance, qui constitue un des tests de l'obscénité, qu'« [u]ne preuve d'expert n'est pas nécessaire et [qu'] il ne s'agit pas d'un fait que le ministère public est tenu de prouver. » (pages 476 et 477). Or, quoiqu'on en dise, la norme sociale de tolérance est un fait, un fait de société, dont la Cour conserve le plein contrôle de la détermination. C'est peut-être ici une autre forme de gestion de l'incertitude scientifique par les tribunaux, que de décider qu'une question par essence factuelle n'est pas une question de fait, de façon à conserver le pouvoir de décider librement et en toute légitimité, et ce, quel que soit l'état des connaissances empiriques sur la question.

³⁴ *RJR-MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199. On référera ici à l'opinion dissidente du juge La Forest, qui reçoit l'appui des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier.

³⁵ Voici ce qu'il écrit, à propos de l'objet à prouver : « Par conséquent, je conclus qu'il convient en l'espèce de faire preuve de souplesse dans la justification au regard de l'article premier. [...] [L]e procureur général n'avait qu'à établir que le Parlement avait un motif rationnel de déposer les mesures contenues dans la loi [...] », *id.*, par. 77.

rouages du cerveau humain et des causes du comportement humain demeurent un mystère pour nous, et le demeureront sans doute pendant encore longtemps. »³⁶

Il insiste ensuite sur le problème des rapports institutionnels entre les pouvoirs législatif et judiciaire lorsque le premier souhaite intervenir dans un tel contexte d'incertitude, et sur les dangers de paralysie parlementaire qu'entraînerait une exigence de preuve trop rigoureuse par le second :

« Il paraît alors y avoir un écart important entre ce que nous comprenons des effets de l'usage du tabac sur la santé et des principales causes de cet usage. À mon avis, cet écart soulève un problème institutionnel fondamental dont il faut tenir compte dans la pondération effectuée en application de l'article premier. Bref, une application stricte de l'analyse de la proportionnalité dans les affaires de cette nature imposerait un fardeau impossible au Parlement puisqu'il serait alors tenu de produire des éléments de preuve socio-scientifiques concluants relativement aux causes fondamentales d'un problème urgent d'intérêt social chaque fois qu'il désire s'attaquer à ses effets. Cela aurait pour effet de pratiquement paralyser le fonctionnement de l'appareil gouvernemental dans la sphère socio-économique. [...] Si l'on exigeait du Parlement qu'il attende les données concluantes des études dans le domaine des sciences humaines chaque fois qu'il désire adopter une politique sociale, on restreindrait de façon injustifiable la compétence législative en attribuant un degré de précision scientifique à l'art de gouverner, ce qui, à mon avis, n'est tout simplement pas conforme à la réalité. »³⁷

En termes de gestion de risques, on comprend que le résultat immédiat de l'approche de souplesse préconisée par le juge La Forest aurait été de faire assumer aux fabricants de tabac le coût de l'incertitude scientifique, un coût consistant en l'espèce en l'impossibilité de faire de la publicité à cause du risque d'accroissement du problème de santé publique relié au tabagisme.

2.3 Recourir au sens commun³⁸

³⁶ *Id.*, par. 66.

³⁷ *Id.*, par. 67.

³⁸ Voir Danielle PINARD, « Le recours à des arguments de sens commun dans le raisonnement judiciaire en contexte constitutionnel », dans *Gérald V. La Forest at the*

Le recours au sens commun constitue une autre des positions de repli utilisées afin d'assouplir les rigueurs du contrôle de constitutionnalité en contexte de risque.

Les arguments de sens commun servent en fait à compléter le raisonnement sur les faits, lorsque l'état incertain des connaissances scientifiques ne permet pas d'élaborer un raisonnement factuel complet.

Lorsque l'on ignore si un dommage est réellement causé, ou si le dommage peut être directement relié à l'activité que le législateur interdit, des arguments de sens commun permettent parfois de compléter le raisonnement factuel.

Dans l'affaire du tabac, concernant la contestation constitutionnelle de l'interdiction fédérale de publicité relative au tabac³⁹, plusieurs juges de la Cour suprême du Canada ont eu recours à des arguments de sens commun pour justifier leur conclusion quant à l'existence d'un lien rationnel entre l'interdiction de la publicité des produits du tabac et la protection de la santé publique. La preuve de nature scientifique n'avait apparemment pas réussi à établir ce lien. Il est cependant remarquable que l'on ait eu à recourir à un tel palliatif, dans une cause où une preuve scientifique considérable avait été présentée au juge de première instance⁴⁰.

Le fait de compléter le raisonnement factuel par ces arguments de sens commun avait ici pour effet immédiat et temporaire de faire assumer aux compagnies de tabac le coût de l'incertitude scientifique, puisqu'elles devaient renoncer à la possibilité de faire de la publicité parce que cette dernière risquait d'accentuer un important problème de santé publique,

Supreme Court of Canada 1985-1997, second volume d'une série publiée par le Canadian Legal History Project de la Supreme Court of Canada Historical Society, Winnipeg, 2000, p. 381-398.

³⁹ *RJR-MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada*, précité, note 34.

⁴⁰ Le juge de première instance a en effet référé en ces termes à l'importance de la preuve lui ayant été présentée : « [C]e procès a duré plus d'un an. Vingt-huit témoins ont été entendus, dont la très grande majorité étaient des experts dans des domaines aussi vastes que la publicité et le marketing, l'épidémiologie, la santé publique, l'oncologie, les maladies cardiorespiratoires, la périnatalité, la psychologie, la neurologie, la statistique et l'économétrie. Cinq cent soixante pièces (*exhibits*) ont été déposées de part et d'autre, totalisant des dizaines de milliers de pages, sur toutes les facettes imaginables et inimaginables du problème. » Voir *Imperial Tobacco Ltd c. Procureur général du Canada*, [1991] R.J.Q. 2261, 2265 (C.S.). Il se peut cependant que le juge de première instance n'ait formellement élaboré que très peu de conclusions factuelles : voir l'opinion du juge La Forest, dans la décision de la Cour suprême, aux pages 294 et 295.

soit le tabagisme. On ne parle ici bien sûr que du volet de la rationalité. On sait en effet que la Cour a déclaré que les mesures législatives ne constituaient pas une limite raisonnable à la liberté d'expression, échouant le test au stade de l'atteinte minimale.

Le juge La Forest s'est expressément dit satisfait de l'existence d'un lien rationnel entre la publicité et la consommation, sur le fondement du « bon sens » :

« Le pouvoir du lien établi par le bon sens entre publicité et consommation est suffisant pour satisfaire l'exigence d'un lien rationnel. »⁴¹

Il avait en effet énoncé que le simple bon sens portait à croire que les compagnies de tabac ne dépenseraient pas autant en publicité si cela n'avait pas pour effet d'augmenter leurs profits. Ainsi, le juge La Forest poursuit :

« Je commence par ce que je considère être une observation relevant du plus gros bon sens. Il est tout simplement difficile de croire que les compagnies de tabac dépenseraient plus de 75 000 000 \$ chaque année pour la publicité si elles ne savaient pas qu'il en résultera une augmentation de l'usage de leurs produits. »⁴²

La juge McLachlin, qui écrit à cet égard l'opinion de la majorité, accepte aussi le recours au sens commun pour établir un lien de rationalité, dans certains cas d'incertitude scientifique. Voici son propos :

« À l'instar du juge La Forest, j'estime que la preuve n'a pas à satisfaire à la norme requise en matière scientifique. [...] Pour satisfaire à la norme de preuve en matière civile, on n'a pas à faire une démonstration scientifique; la prépondérance des probabilités s'établit par application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique [...]. »⁴³

« Le lien causal entre l'atteinte aux droits et l'avantage recherché peut parfois être établi par une preuve scientifique démontrant à la suite d'une observation répétée que l'un influe sur l'autre. Par

⁴¹ *RJR-MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada*, précité, note 34, par. 86.

⁴² *Id.*, par. 84.

⁴³ *Id.*, par. 137.

contre, dans les cas où une loi vise une modification du comportement humain, comme dans le cas de la *Loi réglementant les produits du tabac*, le lien causal pourrait bien ne pas être mesurable du point de vue scientifique. Dans ces cas, notre Cour s'est montrée disposée à reconnaître l'existence d'un lien causal entre la violation et l'avantage recherché sur le fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif. »⁴⁴

Le juge Iacobucci réfèrera aussi au sens commun. Dans un propos qui est passé relativement inaperçu, c'est peut-être celui qui va le plus loin quant au rôle de ce type d'argument. En effet, selon lui, la raison, la logique ou le simple bon sens sont les ingrédients du raisonnement quant à l'existence d'un lien rationnel. La preuve scientifique n'aurait à cet égard qu'un rôle d'appoint, de soutien. Il écrit :

« Le lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens. L'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens. Elle n'est en aucune façon déterminante. »⁴⁵

Dans *Thomson Newspapers*⁴⁶, le juge Bastarache réfère à la légitimité du recours à des arguments de sens commun dans l'analyse des limites raisonnables aux droits et libertés, en soulignant que le sens commun se trouve en réalité à la croisée des chemins, entre les questions de fait et les questions de valeur. Il écrit :

⁴⁴ *Id.*, par. 154.

⁴⁵ *Id.*, par. 184.

⁴⁶ *Thomson Newspapers Co. c. Procureur général du Canada*, précité, note 18.

« Même si les tribunaux ne doivent pas invoquer le sens commun pour masquer des suppositions sans fondement ou controversées, ils peuvent toutefois l'utiliser à juste titre dans leur raisonnement lorsque la possibilité de préjudice relève des connaissances et expériences quotidiennes des Canadiens ou lorsqu'il y a chevauchement de constatations des faits et des jugements de valeur. [...] Le sens commun reflète les perceptions communes. Dans les affaires portant sur la pornographie et la propagande haineuse, la Cour a accepté les perceptions communes parce qu'elles sont largement considérées par les Canadiens comme des faits et parce qu'elles font partie intégrante de nos valeurs, qui sont le fondement de toute justification conformément à l'article premier. »⁴⁷

Le recours à des arguments de sens commun a cependant des limites certaines. Le sens commun est un outil indispensable, mais il est aussi une construction sociale qui n'échappe ni aux généralisations abusives ni aux mythes ou aux stéréotypes⁴⁸.

J'en prendrai ici comme exemple l'affirmation suivante du juge La Forest dans *Lyons*⁴⁹, une affaire où étaient contestées les anciennes dispositions du Code criminel relatives aux délinquants dits dangereux :

« La partie XXI ne fait que permettre à la Cour d'adapter la peine à la réalité bien évidente [*to the common sense reality*] que la situation actuelle du délinquant est telle que sa conduite n'est pas soumise aux contraintes normales, de sorte qu'on peut s'attendre avec un grand degré de certitude à ce que cette personne commette des actes de violence dans l'avenir. »⁵⁰

⁴⁷ *Id.*, par. 116.

⁴⁸ On a tenu ce propos éclairant sur les imperfections inhérentes au sens commun : « Common sense is frequently wrong. [...] Our everyday experience of the world comes in crude, unrepresentative chunks, with causal relations hopelessly obscured, and with prejudice, superstition, and self-interest inextricably intertwined in perception. » Voir BITTERMAN, « The evaluation of Psychological Propositions », dans A. Leo LEVIN, *Evidence and the Behavioural Sciences* A-16 [mimeo 1956], cité dans A. Leo LEVIN et Robert J. LEVY, « Persuading the Jury with Facts not in Evidence: The Fiction-Science Spectrum », (1956) 105 *U.Pa.L.Rev.* 139, 141.

⁴⁹ *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.

⁵⁰ *Id.*, p. 329.

Le juge La Forest se fonde ici sur ce qu'il estime être l'incontestable bon sens pour affirmer « avec un grand degré de certitude » la dangerosité future de certains individus, dans un contexte où les études scientifiques sont à peu près unanimes à déplorer l'impossibilité de prévision de la dangerosité. Si des arguments de sens commun peuvent à la rigueur compléter un raisonnement factuel en contexte d'incertitude scientifique, ils ne peuvent contredire l'état des connaissances objectives qu'au prix de la légitimité de la décision qu'ils fondent.

II. LA GESTION DES RISQUES PAR LES TRIBUNAUX : DES EXEMPLES PONCTUELS

Quand on s'intéresse à la jurisprudence constitutionnelle comme exercice de gestion de risques, il peut être utile de considérer, outre ce que l'on a pu identifier comme des tendances ou des mécanismes, certaines décisions judiciaires, à titre d'exemples ponctuels.

1. Les délinquants dangereux : *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309

Lyons constitue une des rares causes constitutionnelles où la notion de risque est expressément discutée. Il s'agissait, dans cette affaire, de la contestation des dispositions du Code criminel qui prévoyaient à l'époque la détention pour une période indéterminée de personnes déclarées délinquants dangereux. Le risque consistait ici en la possible dangerosité de ces personnes, et la décision législative avait imposé aux délinquants dits dangereux, par opposition à la collectivité en général, le coût de l'incertitude en la matière. La Cour suprême du Canada a confirmé cette distribution législative de risques.

Alors qu'il s'exprimait au nom de la majorité, le juge La Forest a référé à quelques reprises à la question des risques, écrivant notamment que « tout ce qu'on peut établir concernant l'avenir est une probabilité que certains événements se produiront »⁵¹, que « le risque, mais non la certitude, d'un préjudice est inhérent à la notion de dangerosité »⁵², ou encore qu'« exiger qu'il y ait certitude dans de tels cas aurait pour conséquence de rendre inefficace le processus tout entier »⁵³.

⁵¹ *Id.*, par. 59.

⁵² *Id.*, par. 92.

⁵³ *Id.*, par. 93.

Il citera avec approbation une certaine doctrine ayant abordé en ces termes la notion de dangerosité, sous l'angle de la distribution de risques :

« On doit plutôt se demander : “Entre deux risques, quel est le choix moral : le risque de préjudice à des victimes éventuelles ou le risque de détenir inutilement des délinquants jugés dangereux?” »⁵⁴

Ce problème [de la prévention du préjudice intentionnel] consiste en fait à effectuer une redistribution équitable du risque dans des circonstances qui ne permettent pas sa réduction. Il y a un risque que des personnes innocentes subissent un préjudice de la part d'un délinquant qu'on a jugé susceptible d'infliger ce préjudice, intentionnellement ou avec insouciance – et en tout état de cause de manière coupable –, et au mépris des contraintes normales ou sans en tenir compte. C'est le fait que le délinquant soit dans son tort en raison du risque qu'il présente qui nous autorise à envisager, pour éviter que des victimes innocentes ne soient exposées au risque de préjudice, de lui faire prendre le risque que les mesures prises se révéleront inutiles. »⁵⁵

Le juge La Forest endosse ici une réflexion sur une répartition de risques en matière de choix de politique publique. On doit cependant remarquer que l'enchâssement des droits et libertés a en principe pour effet d'exiger plus que ce genre de démonstration pour justifier des atteintes aux droits et libertés. En effet, c'est l'imposition des coûts du risque à des individus ciblés, par opposition à la communauté en général, qui requiert maintenant une justification au sens de la *Charte*. La communauté, elle, ne jouit en principe pas de droits constitutionnels. Dans l'état actuel de la jurisprudence, l'inaction de l'État, en situation de risques, ne semble donc pas soulever de problèmes d'ordre constitutionnel.

⁵⁴ *Id.*, par. 100, citant Jean FLOUD et Warren YOUNG, *Dangerousness and Criminal Justice*, Londres, Heinemann, 1981, p. 48 et 49.

⁵⁵ *Id.*

2. Les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles qui flânent dans un parc : *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761

Est-ce que les personnes qui ont fait l'objet d'une déclaration de culpabilité pour une infraction sexuelle et qui flânent dans un parc constituent un danger pour la sécurité des enfants qui s'y trouvent? C'est le risque discuté dans l'affaire *Heywood*, où était contestée la constitutionnalité de la disposition législative ayant imposé aux accusés le coût de l'incertitude liée à ce risque en criminalisant le fait pour ces personnes de flâner dans un parc.

La Cour suprême du Canada, à la majorité, a prononcé l'inconstitutionnalité des dispositions qu'elle a jugé avoir une portée trop large, notamment quant aux personnes visées⁵⁶. La Cour a cependant reconnu en ces termes la rationalité de la décision législative, eu égard à la gestion de risques impliquée :

« Cette disposition vise à protéger les enfants contre les infractions sexuelles [...]. L'objet de l'interdiction de flâner est de tenir loin de ces endroits les *personnes qui sont susceptibles de présenter un risque pour les enfants*. Interdire à ces personnes toute présence prolongée dans ces endroits – ce qui correspond au sens ordinaire du terme flâner – permet d'atteindre cet objectif. »⁵⁷

En prononçant l'inconstitutionnalité de la disposition, la Cour a donc révisé la répartition de risques initialement prévue par le législateur, en imposant à la communauté en général, plutôt qu'aux personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles, le coût de l'incertitude quant à la dangerosité de ces dernières. On doit cependant noter que la Cour pouvait juger ici en toute liberté, sans avoir à se soucier de l'impact de sa décision sur la sécurité du public, puisque le législateur fédéral avait déjà, pendant l'instance, modifié la disposition législative de façon à préciser les contours de l'interdiction⁵⁸.

⁵⁶ *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, par. 61.

⁵⁷ *Id.*, par. 37 [nous soulignons].

⁵⁸ Voir notamment le paragraphe 31.

Le juge Gonthier a écrit dans cette affaire une opinion dissidente dans laquelle, interprétant l'interdiction criminelle comme exigeant la preuve d'une quelconque intention malveillante⁵⁹, il en aurait prononcé la validité constitutionnelle. Après avoir rappelé la situation de risque, soit l'incertitude relative à la dangerosité de personnes ayant été déclarées coupables d'agressions sexuelles⁶⁰, il entérinera ainsi expressément la distribution de risques décidée par le législateur, considérant « l'état actuel de nos connaissances » :

« Les préoccupations concernant la diversification [par. 80 : “la situation où le délinquant sexuel qui récidive commet un autre genre d'infraction”], conjuguées à la difficulté de prédire qui commettra une infraction d'un autre genre ou récidivera, semblent en conséquence justifier, compte tenu de l'état actuel de nos connaissances, que certaines restrictions soient apportées à la liberté des personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles. »⁶¹

3. Les accusés non criminellement responsables pour causes de troubles mentaux : *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625

L'affaire *Winko* soulève aussi la difficulté d'évaluation de la dangerosité de certaines personnes, dans ce cas-ci de personnes accusées, mais tenues non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux⁶².

⁵⁹ Il interprète en effet l'interdiction comme intégrant l'exigence d'être à l'endroit interdit « dans un but malveillant ou inavoué se rapportant aux infractions sous-jacentes » (*id.*, par. 75).

⁶⁰ Il écrira par exemple : « Il semble en conséquence, d'après ce que nous savons actuellement, qu'une personne qui manifeste un certain type de comportement sexuel déviant peut présenter un risque plus général » (*id.*, par. 80 *in fine*).

⁶¹ *Id.*, par. 81 *in fine*.

⁶² Pour une analyse plus détaillée de cette affaire, voir Danielle PINARD, « Activisme ou retenue dans la méthode : démarche en quête de points de repères », dans Ghislain OTIS et Mary Jane MOSSMAN, *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Institut canadien d'administration de la justice, Actes du Congrès annuel de 1999, Montréal, Éditions Thémis, 1999.

Tous les juges de la Cour suprême ont reconnu dans le jugement l'incertitude inhérente à la question de la dangerosité, la qualifiant de question de probabilités et non de faits⁶³, ou encore d'élément de risque imparable⁶⁴.

Face au risque présent, le législateur fédéral avait adopté une disposition prévoyant la libération inconditionnelle de celui tenu non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, uniquement « si le tribunal [...] est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public »⁶⁵. Selon ce texte, l'accusé ne sera donc libéré inconditionnellement que suite à une conclusion positive selon laquelle il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public. En cas de doute quant à l'existence d'un risque important pour la sécurité du public, il ne sera pas libéré inconditionnellement. Si le tribunal conclut que l'accusé représente un risque, mais qu'il ne s'agit pas d'un risque important, l'accusé est libéré inconditionnellement.

De prime abord, la distribution de risques opérée par le législateur semble donc être que le simple risque pour la sécurité du public doit être assumé par la collectivité, alors que le risque important ou un doute à cet égard doit être assumé par l'accusé non responsable.

Dans un jugement divisé quant aux motifs, la Cour suprême a confirmé à l'unanimité la validité constitutionnelle des dispositions contestées. Les juges ne les ont cependant pas interprétées de la même façon. On serait spontanément tenté de croire que la Cour a ainsi confirmé

⁶³ La juge McLachlin écrit, au paragraphe 56 : « Elle [la dangerosité] s'intéresse aux probabilités, et non aux faits, et elle suppose des estimations fondées sur des critères moraux, interpersonnels, politiques et parfois arbitraires. » Voir *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, précité, note 24.

⁶⁴ « L'incertitude inhérente à l'évaluation du risque est en soi un élément de risque imparable. » Voir l'opinion du juge Gonthier, *id.*, par. 190.

⁶⁵ Voici le texte de la disposition : « [L]e tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale : a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public; b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées; c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées. » C. cr., art. 672.54.

la distribution de risques opérée par le législateur. Or, il semble que ce ne soit pas tout à fait le cas.

La juge McLachlin, avec l'appui de la majorité, a interprété les dispositions comme imposant la libération inconditionnelle, à moins d'une conclusion positive de risque important pour la sécurité du public⁶⁶. Ainsi, selon la Cour, c'est la collectivité qui devra assumer le risque de danger important pour la sécurité du public, puisque seule une conclusion positive à cet égard aura pour effet de transférer le fardeau vers l'accusé, sous la forme d'une limite à sa liberté. La Cour répond ainsi en droit à une question factuelle de risque. Elle interprète le droit de façon à éviter le problème constitutionnel allégué, soit celui d'avoir imposé à un accusé le fardeau de prouver un fait scientifiquement improuvable, soit sa non-dangerosité. Le coût de l'incertitude scientifique est transféré à la collectivité qui, elle, n'a en principe aucun droit constitutionnel à invoquer. La juge McLachlin précisera que, selon elle, l'interprétation retenue « n'expose pas indûment la collectivité à des risques pour ce qui est de sa sécurité et de son bien-être »⁶⁷.

Le juge Gonthier écrit des motifs distincts à l'appui d'une même conclusion de validité constitutionnelle. Dans un plus grand respect de la lettre de la loi, cependant, il l'interprète comme n'autorisant la libération inconditionnelle que suite à une conclusion d'absence de risque important pour la sécurité du public⁶⁸. L'interprétation qu'il retient confirme donc la distribution initiale de risque apparente à la lecture de la disposition. Il doit dès lors s'expliquer sur le problème constitutionnel allégué, eu égard à la difficulté de démonstration de la non-dangerosité d'un accusé. Il écrira qu'il s'agit d'un « exercice de gestion du risque »⁶⁹, et que les principes de justice fondamentale « permettent que toute incertitude quant à l'étendue du risque que représente l'accusé, par opposition à l'existence du risque comme telle, soit tranchée au bénéfice de la sécurité du public »⁷⁰ et n'exigent pas « que le public assume entièrement le risque lié à l'incertitude inhérente à l'évaluation de la dangerosité »⁷¹.

⁶⁶ *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, précité, note 24, par. 47.

⁶⁷ *Id.*, par. 51.

⁶⁸ *Id.*, par. 103.

⁶⁹ *Id.*, par. 166.

⁷⁰ *Id.*, par. 154.

⁷¹ *Id.*, par. 175.

4. Les possesseurs de pornographie infantile :

R. v. Sharpe, [1999] 136 C.C.C. (3d) 97 (C.B.C.A.)⁷²

Le risque au cœur de cette affaire fort médiatisée⁷³ est celui que causent les possesseurs de pornographie infantile. Présentent-ils un danger pour la sécurité des enfants? Le législateur fédéral a, semble-t-il, répondu oui à cette question, en criminalisant la simple possession de pornographie infantile, imposant de la sorte le coût de l'incertitude quant à cette question aux possesseurs plutôt qu'à la collectivité en général. Les dispositions législatives ont été contestées comme contraires à la liberté d'expression, et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, en a prononcé l'inconstitutionnalité.

Selon la Cour, l'interdiction était trop vaste, couvrant du matériel dont la fabrication n'avait impliqué aucun enfant, comme, par exemple, un dessin effectué par le possesseur lui-même. La juge Southin estime que la criminalisation de possession de matériel d'expression ne pourra être justifiée qu'en présence d'une importante preuve de nécessité, qu'elle ne retrouve évidemment pas en l'espèce⁷⁴. Le juge Rowles, s'il accepte de se satisfaire d'une appréhension raisonnée de préjudice pour conclure à la rationalité de la mesure⁷⁵, conclut cependant que la criminalisation de la simple possession de matériel d'expression constitue une violation considérable des valeurs de liberté, d'autonomie et de vie privée protégées par la *Charte*⁷⁶, pour empêcher un dommage fort relatif et très difficile à évaluer⁷⁷. Le juge Rowles souligne en effet la controverse qui

⁷² En date du 1^{er} janvier 2001, la cause est toujours en délibéré à la Cour suprême du Canada.

⁷³ Voir, pour une référence expresse au caractère médiatisé de l'affaire, les opinions des juges Southin (par. 5) et McEachern (par. 224), dans *R. v. Sharpe*, [1999] 136 C.C.C. (3d) 97 (C.B.C.A.).

⁷⁴ *Id.*, par. 95.

⁷⁵ Il écrit, au paragraphe 158 : « To use the words of *Butler* [...], what the Crown has succeeded in showing is a “reasoned apprehension of harm” to children resulting both from the potential use of child pornography by paedophiles and from the desensitization of society to the use of children as sexual objects. Having a reasoned apprehension of harm based on the available social science evidence, Parliament is not constitutionally obligated to await exact proof on these issues before taking legislative action to protect children from these risks. »

⁷⁶ *Id.*, par. 171.

⁷⁷ Il écrit, au paragraphe 175 : « The fact that s. 163.1(4) is directed only to the private possession of expressive material, as opposed to some form of dissemination to others, reduces substantially the likelihood that any potential harm to children will be prevented through the imposition of criminal sanctions. »

règne en sciences sociales à propos d'un dommage indirect causé aux enfants par la simple possession de pornographie infantile, comme son utilisation éventuelle par des pédophiles, ou encore la banalisation de l'idée des enfants comme objets sexuels⁷⁸. Le jugement majoritaire semble donc essentiellement fondé sur une évaluation comparative d'une importante atteinte aux droits par rapport à la prévention d'un préjudice estimé limité. Il a pour effet d'imposer à la collectivité le coût de l'incertitude de nos connaissances quant aux risques engendrés par la simple possession de pornographie infantile.

Le juge en chef McEachern écrit une opinion dissidente expressément fondée sur une évaluation comparative des mêmes éléments, qu'il pondère cependant de façon différente, avec, semble-t-il, une politique de tolérance zéro à l'égard de tout risque créé à l'égard de la sécurité des enfants. Il écrit :

« [T]he balancing is between the risk of harm to both children and society as a whole by simple possession, against the right of every person, innocent or nefarious, to possess any kind of child pornography for innocent, predatory or commercial purposes. [...] Any real risk of harm to children is enough to tip the scales in favour of the legislation in the context of this case. »⁷⁹

Selon lui, ce sont les possesseurs qui doivent assumer le coût de l'incertitude quant au risque créé par la simple possession de pornographie infantile.

À la lumière d'une même information factuelle, ou plutôt d'une même incertitude scientifique, c'est donc un désaccord sur un jugement de valeur, soit sur la gravité, ou l'acceptabilité sociale du risque présent, qui fonde les opinions majoritaires et dissidentes.

⁷⁸ Il écrit, au paragraphe 157 : « While the harm caused to young children who are used in the making of child pornography is undisputed, the social science evidence is inconclusive with regard to some aspects of the indirect harm said to flow from child pornography. As the appellant points out in its factum, the debate on some of these issues has existed among behavioural scientists for many years and is very likely to continue in the future. »

⁷⁹ *Id.*, par. 291. Le juge en chef McEachern avait d'ailleurs formulé la question en litige en des termes comparables, au paragraphe 232 : « The underlying question on this appeal is whether the simple possession of child pornography (as defined) that may have been created without abusing children and which may never be published, distributed or sold creates a sufficient risk of harm to children that it should be an offence for anyone to possess such material, for any purpose or for no purpose at all. »

CONCLUSION

L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle vue sous l'angle de la gestion de risques révèle une approche judiciaire très pragmatique. Les outils conceptuels sont développés et évoluent au fil des besoins et des causes. La rigueur semble toute relative, et la prévisibilité bien souvent sacrifiée.

L'hypothèse suivante semble plausible : même en contexte de risques, où la question factuelle est par définition importante, ce sont en fait des jugements de valeur fondés sur des *a priori* factuels implicites qui structurent la décision judiciaire. C'est en réalité le jugement que l'on porte sur l'importance de la sécurité des enfants, de la liberté et de la vie privée, de la dangerosité de certaines personnes, ou encore du seuil acceptable de certains risques, qui fonde la décision judiciaire.

Malgré un discours contraire, la preuve factuelle, même scientifique, ne semble jouer qu'un rôle tout à fait relatif.

On peut-être ici une illustration de l'ambivalence du rapport que le droit entretient avec la réalité.

K.C. Davis l'a écrit fort éloquemment :

« Law is often contrary to fact [...]. Such law may be desirable law even if it is known to be contrary to fact. Law answers some questions on the basis of science, answers some questions in spite of science, and answers many questions that science cannot answer. »⁸⁰

La vérité est certes une valeur importante pour le droit, mais ce n'est pas la seule.

La découverte de la vérité a toujours été une finalité fondamentale du droit⁸¹. Le droit ne peut fonctionner à partir de prémisses factuelles

⁸⁰ K.C. DAVIS, *Administrative Law of the Eighties*, 1989 Supplement to Administrative Law Treatise, University of San Diego, K.C. Davis Pub. Co., 1989, p. 371. Voir, dans le même sens, David L. FAIGMAN, « Mapping The Labyrinth Of Scientific Evidence », (1995) *Hast.L.J.* 555, qui écrit, à la page 566 : « The law works under extraordinary time pressure and is limited by the ignorance of the age. The law desires truth but realistically settles for justice and fairness. »

⁸¹ Voir par exemple, pour un éloge de la recherche de la vérité dans le monde du droit : Ronald J. ALLEN, « Truth And Its Rivals », (1998) 49 *Hast.L.J.* 309, qui écrit notamment, à la page 318 : « [T]he truth is an irritant. It brings people up short, makes them justify what they have to say, and shift focus from elegance and creativity to truth and facts. By doing so, it makes it considerably more difficult to

évidemment contredites par l'état des connaissances objectives. Comme institution sociale, le droit doit avoir le même rapport au réel que le commun des mortels. Il ne peut reposer sur des mensonges qu'au prix de sa légitimité. Si les scientifiques s'intéressent de plus en plus au monde du droit et à ses prémisses factuelles, ce que d'aucuns prétendent⁸², plus les mensonges du droit seront démasqués, et plus l'institution juridique sera fragilisée.

L'accès au « réel », à la « vérité », est cependant limité de bien des façons. D'une part, on doit se mettre en garde contre la pensée magique entretenue par bien des profanes, pour qui la science sait tout, peut expliquer tous les phénomènes et nous renseigner sur tous les liens de causalité pertinents pour le monde du droit. D'autres avant moi ont dénoncé cette conception de la science qui relève de la légende⁸³. Le monde de la connaissance scientifique ne peut en fait qu'aspirer à l'objectivité, sur un chemin parsemé d'embûches, de subjectivité et d'erreurs⁸⁴.

argue for certain desired outcomes. This is as it should be. One of the key ingredients to expansion of knowledge is the irritation that comes from the requirements of justification and evidential support. »

⁸² Voir, par exemple, Richard O. LEMPert, « Built on Lies: Preliminary Reflections on Evidence Law as an Autopoietic System », (1998) 49 *Hast.L.J.* 343, qui écrit à la page 343 : « The system's legitimacy is threatened when the spotlight is cast on the lies at its core. Thus, the attention that social scientists are now giving evidence rules is not entirely a good thing from the system's point of view, because science can undercut the claimed factual basis of an evidentiary rule without offering a substitute basis that articulates well with other evidentiary rules, is politically feasible, and promotes verdict accuracy. »

⁸³ Voir, par exemple, George W. CONK, « Legend versus Pragmatism », dans Cynthia H. CWIK et John L. NORTH, (dir.), *Scientific Evidence Review*, Monograph N° 3, American Bar Association, Section of Science and Technology, 1997, qui écrit : « According to Legend, science proceeds by universally accepted canons of evaluation. When used to test novel or controversial ideas, science brings a relentless advance toward the complete true story of the observable part of the world, but with an occasional mistake to its credit » (pages 2 et 3).

⁸⁴ Voir, par exemple, le propos de Popper : « Objective knowledge, for example, scientific knowledge [...] consists of conjectural theories, open problems, problem situations and arguments. All work in science is directed towards the growth of objective knowledge. We are workers who are adding to the growth of objective knowledge as masons work on a cathedral. Our work is fallible, like all human work. We constantly make mistakes, and there are objective standards of which we may fall short—standards of truth, of content, of validity, and other standards. » Voir Karl POPPER, *Objective Knowledge: An Evolutionary Approach* (rev. ed. 1979), cité dans G. W. CONK, *loc. cit.*, note 83, 3 note 6.

D'autre part, une fois que l'on admet que la connaissance objective n'est pas nécessairement disponible, même chez les scientifiques, on doit de plus accepter que les structures du droit sont telles que l'on est bien loin de la libre recherche de la vérité. Le processus de reconstruction de la réalité devant les tribunaux fait l'objet de limites inhérentes qui sont telles que l'on n'arrive au mieux qu'à une approximation.

Enfin, et au-delà de la recherche de la vérité, le droit a d'autres missions à réaliser, poursuit d'autres finalités. La protection de la dignité de la personne, de la sécurité juridique ou de l'image de l'administration de la justice l'emporte parfois sur toute autre considération.

Le jugement de valeur est au cœur de l'acte de juger. Pour le meilleur ou pour le pire, les scientifiques ne peuvent pas ici nous aider.