
CASE COMMENTS

CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités ? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac

Danielle Pinard*

À l'occasion de l'affaire du tabac, présentement en appel devant la Cour suprême du Canada, l'auteure s'intéresse à certaines questions relatives à la preuve en contexte constitutionnel. Elle discute d'abord l'approche formaliste ayant traditionnellement animé la jurisprudence en la matière, puis évoque ce qu'on a désigné comme le tournant empirique opéré par le *Renvoi anti-inflation*. Rappelant que dans la jurisprudence relative à la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême semble maintenant appliquer le langage traditionnel des règles de preuve, l'auteure s'interroge sur les adaptations que nécessitent vraisemblablement les faits sociaux pertinents dans le contentieux constitutionnel. Elle distingue à cet égard *l'objet de la preuve*, soit la réalité même de ces faits ou encore la simple croyance législative raisonnable en leur existence, du *degré de persuasion* que doit susciter cette preuve. L'affaire du tabac illustre ici on ne peut mieux la confusion que peut engendrer une mauvaise compréhension analytique de cette distinction. L'auteure conclut en insistant sur la nécessité qu'une cohérence conceptuelle soit rétablie. Elle voit en l'affaire du tabac une occasion offerte à la Cour suprême de se prononcer sur cette question et en profite pour rappeler certaines considérations qui pourraient l'éclairer.

In light of the Tobacco case, currently under appeal before the Supreme Court of Canada, the author addresses certain issues concerning the rules of evidence in the constitutional context. She begins with an analysis of the formalistic approach traditionally taken in Canadian constitutional cases, followed by a discussion of the empirical turn taken in the *Anti-Inflation Reference*. The author notes that the Supreme Court has applied the traditional language of the rules of evidence to cases decided under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and she analyzes the changes to the traditional rules which are necessitated by the social facts relevant in constitutional cases. To this end, she distinguishes the *object of proof*, which is the actual existence of these facts or the reasonable legislative belief in their existence, from the *degree of persuasion* to which such evidence should give rise. The Tobacco case is an excellent example of the confusion which a misunderstanding of this distinction could create. The author concludes with a call for conceptual coherence. She highlights the opportunity to achieve this goal which is afforded to the Supreme Court by the Tobacco case and emphasizes certain considerations which may assist the Court in its deliberations.

* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal. Le Fonds Marcel-Faribault de l'Université de Montréal a facilité la recherche nécessaire à la préparation de ce commentaire.

Sommaire

Introduction

- I. La tradition : le formalisme du droit constitutionnel canadien et la relative absence de préoccupations relevant du domaine de la preuve
- II. La dite révolution du *Renvoi anti-inflation*
- III. La question de l'intensité du fardeau de preuve dans les affaires constitutionnelles
- IV. Les fondements des règles relatives à l'objet et à l'intensité du fardeau de preuve
- V. Les faits pertinents en contexte constitutionnel : les faits sociaux
- VI. L'inadéquation des règles traditionnelles de preuve à l'égard des faits sociaux : les aménagements nécessaires
- VII. Certaines adaptations postérieures à l'arrêt *Oakes* et les incertitudes de l'affaire du tabac à propos du volet «rationalité»

Conclusion

* * *

Introduction

Le 14 octobre 1993, la Cour suprême du Canada acceptait d'entendre un appel formé par des compagnies de tabac à l'encontre d'une décision de la Cour d'appel du Québec¹. Cette dernière avait accueilli l'appel d'un jugement de la Cour supérieure de la province, et prononcé, à la majorité, la validité constitutionnelle d'une réglementation fédérale, en fait d'une interdiction fédérale de publicité relative aux produits du tabac².

Dans cette cause, qu'il est maintenant courant d'appeler «l'affaire du tabac», la décision de la Cour supérieure de même que les opinions des juges de la Cour d'appel soulèvent une multitude de questions de droit. On y aborde

¹*R.J.R.-Macdonald Inc. c. Canada (P.G.)* (permission d'appeler accordée, 14 octobre 1993), dossier 23460 (C.S.C.) ; *Imperial Tobacco Ltd. c. Canada (P.G.)* (permission d'appeler accordée, 14 octobre 1993), dossier 23490 (C.S.C.). La décision de la Cour d'appel est citée à : *Canada (P.G.) c. R.J.R.-Macdonald Inc.*, [1993] R.J.Q. 375, 102 D.L.R. (4^e) 289 (C.A.) [ci-après *R.J.R.-MacDonald Inc.*], et celle de la Cour supérieure à : *Imperial Tobacco Ltd. c. Canada (P.G.)*, [1991] R.J.Q. 2260, 82 D.L.R. (4^e) 449 (C.S.) [ci-après *Imperial Tobacco Ltd.*].

²Étaient en fait contestées certaines interdictions prévues par la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, c. 20.

en effet la constitutionnalité de la loi fédérale sous l'angle du partage des compétences législatives, en particulier à l'égard du pouvoir du Parlement fédéral de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, puis sous celui de la liberté d'expression constitutionnellement protégée et des limites que le Parlement peut légitimement y apporter.

Ma contribution au débat se situe en marge de ces questions fondamentales. Ou plutôt, pourrais-je avancer, elle porte sur un élément qui en constitue en fait le cœur. C'est une affaire de perspective. Je m'intéresse en réalité ici à certaines des fascinantes questions de preuve que soulèvent ces décisions judiciaires.

Les problèmes complexes de preuve qui se présentent en matière constitutionnelle sont relativement négligés par la doctrine, et même, oserais-je dire, par la jurisprudence. En effet, ils n'y sont souvent qu'effleurés ou encore ils sont réglés de façon implicite. Et pourtant, ces questions sont cruciales.

L'affaire du tabac a, à ce jour, le mérite premier d'avoir nommé, à défaut de les avoir réglées, certaines de ces importantes questions de preuve en matière constitutionnelle. Particulièrement, dans le contexte du contentieux fondé sur les droits et libertés, y est illustrée l'importance de la distinction entre, d'une part, l'objet à prouver et, d'autre part, l'intensité de persuasion que doit susciter cette preuve chez la juge des faits. Dans le cadre de l'étude du caractère raisonnable des limites apportées aux droits, et à propos de la question spécifique du lien rationnel entre un moyen législatif et une fin légitimement poursuivie³, on s'embrouille, on se perd entre le possible et le probable. Une chatte y perdrait ses petits.

La Cour suprême du Canada a ici une occasion privilégiée de mettre de l'ordre dans un secteur de droit relativement invisible, et qui est pourtant le fondement premier de tout l'édifice du contentieux constitutionnel. D'abord et avant tout, il faut savoir ce qui doit être prouvé (objet du fardeau de preuve), et connaître le degré de certitude que doit susciter la preuve apportée (intensité du fardeau de preuve).

I. La tradition : le formalisme du droit constitutionnel canadien et la relative absence de préoccupations relevant du domaine de la preuve

On a depuis longtemps remarqué que le contentieux constitutionnel au Canada était marqué au coin du formalisme. Les faits y ont généralement joué un rôle extrêmement limité. On y traitait de concepts abstraits, et la constitutionnalité d'une loi pouvait facilement relever, en dernier ressort, d'une question d'ordre sémantique.

Historiquement, les tribunaux canadiens ont en effet été réfractaires au traitement des faits sociaux. Ils se rattachent à une tradition britannique de formalisme judiciaire et de respect de la souveraineté parlementaire. L'analyse des

³Il s'agit du volet «rationalité» du test des limites raisonnables développé par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4^e) 200 [ci-après *Oakes* avec renvois aux R.C.S.].

textes mêmes de la loi ou de la Constitution a longtemps constitué leur seul objet d'intérêt⁴. On a parlé abondamment de l'approche conceptuelle des juges canadiens⁵.

Cette attitude a dominé dans la jurisprudence relative au partage des compétences⁶. La Cour suprême aurait même, semble-t-il, été hostile à la réception de preuves dans ce contexte⁷. Cela se serait manifesté par l'élaboration de tests abstraits et formels pour la détermination de la constitutionnalité des lois⁸, ou même par l'imposition de sanctions à qui aurait tenté d'insuffler de l'empirisme dans les décisions judiciaires. Ainsi, dans l'arrêt *Saumur*, la Cour suprême a expressément refusé d'accorder à une partie les frais de préparation d'une importante preuve documentaire apportée en l'espèce⁹.

⁴Voir par ex. F.L. Morton, dir., *Law, Politics and the Judicial Process in Canada*, 2^e éd., Calgary, University of Calgary Press, 1992 à la p. 276 :

The adjudicatory view of the judicial function, the influence of the decisions and style of the British Privy Council, and a deference to the tradition of parliamentary supremacy have all led Canadian judges to use a textually-oriented form of judicial reasoning.

Voir, dans le même sens, K.E. Swinton, *The Supreme Court and Canadian Federalism: The Laskin-Dickson Years*, Toronto, Carswell, 1990 aux pp. 75-76. On a déjà dénoncé le caractère fictif de la distinction entre une approche (judiciaire) formaliste ou conceptuelle et une approche dite pragmatique. Dans la première, la pondération des intérêts en cause présidera inévitablement à la délimitation des contours définitionnels des concepts utilisés. Cette opération aura le plus souvent lieu dans l'ombre des processus mentaux des juges qui pourront n'exprimer qu'une définition apparemment formelle et abstraite. La seconde approche, dite pragmatique, explicite tout simplement le processus, et pondère expressément des intérêts et des valeurs à propos desquels les parties auront préalablement eu l'occasion de se prononcer. Cette dernière ouverture constitue, du moins à première vue, un avantage indéniable.

⁵Voir par ex. P. Russell, «The *Anti-Inflation Case: The Anatomy of a Constitutional Decision*» dans Morton, dir., *ibid.*, 359 à la p. 369 :

In constitutional interpretation, as in other areas, Canadian jurists have been most comfortable with a highly conceptual approach in which the focus is on applying definitions of legal categories to the words of the statute with little or no reference to the empirical meaning of this exercise.

⁶Swinton, *supra* note 4 à la p. 77 :

For many years, the Supreme Court of Canada was not receptive to evidence of «legislative» facts. While there were cases where the Court admitted evidence of the immediate impact of impugned legislation, more commonly the Court reached its decisions through consideration of the legislation, the terms of the constitution, and decisions in past cases.

Et à la p. 81 :

But even though the Court has been willing to accept extrinsic evidence, too often federalism cases still come forward without an adequate factual base and are argued on the basis of precedent and statutory language without a systematic effort to present the context of the legislation.

⁷*Ibid.* aux pp. 75-76.

⁸*Ibid.* à la p. 77. L'auteure y donne comme exemple la définition judiciaire de la taxation directe et indirecte.

⁹*Saumur c. Quebec (City of)*, [1953] 2 R.C.S. 299 à la p. 325, [1953] 4 D.L.R. 641 :

He [the appellant] is also entitled to his costs of the present appeal except that nothing should be allowed for the preparation of a factum. Rule 30 of the Rules of this Court provides for the contents of the factum or points of argument of each party, Part 3 whereof is to consist of «A brief of the argument setting out the points of law or fact to be discussed.» This Rule was not complied with by the appellant filing two volumes

Il n'est donc pas surprenant que l'idée même de *preuve* en contexte constitutionnel soit relativement nouvelle.

II. La dite révolution du *Renvoi anti-inflation*

On a maintes fois fait référence à l'opinion de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*¹⁰ comme à un tournant majeur vers un nouvel empirisme dans le traitement judiciaire des questions constitutionnelles au Canada. À l'occasion de la contestation de la constitutionnalité d'une réglementation fédérale de prix et de salaires, la Cour suprême a admis en preuve des données de sciences économiques portant sur la gravité de la situation d'inflation prévalant à l'époque et sur l'à-propos de la solution législative proposée.

On peut certes considérer le *Renvoi anti-inflation* comme la manifestation d'une certaine ouverture de la Cour à l'égard d'une preuve de faits sociaux dans un contexte constitutionnel. Deux remarques s'imposent cependant, qui limitent les conséquences que l'on peut tirer de ce renvoi. Tout d'abord, il faut bien remarquer le caractère ponctuel de ce qui y a été écrit à l'égard d'une preuve factuelle : si une porte est ouverte, la Cour prend bien soin de préciser qu'il s'agira toujours de cas d'espèce¹¹. Il faut de plus remarquer que cette nouveauté qu'était l'admission en preuve d'études de sciences économiques n'a, semble-t-il, eu qu'un impact relativement mitigé sur l'issue du renvoi¹². En effet, deux des neuf juges ayant rendu jugement dans cette cause ont à toutes fins pratiques ignoré cette preuve¹³ ; trois autres n'ont expressément fait référence qu'à certains documents gouvernementaux mis en preuve¹⁴ ; et, enfin, quatre juges ont utilisé une partie importante de la preuve à l'encontre de la partie l'ayant présentée¹⁵. Le radicalisme de cette admission en preuve de données de sciences

containing 912 mimeographed pages together with an appendix thereto of 86 mimeographed pages.

Voir la discussion de cet arrêt dans Swinton, *ibid.* à la p. 78 ; F. Chevrette et H. Marx, *Droit constitutionnel : Notes et jurisprudence*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982 à la p. 171 ; P. Weiler, «Two Models of Judicial Decision-Making» (1968) 46 R. du B. can. 406 à la p. 450.

¹⁰[1976] 2 R.C.S. 373, 68 D.L.R. (3^e) 452 [ci-après *Renvoi anti-inflation* avec renvois aux R.C.S.].

¹¹*Ibid.* à la p. 389, M. le juge Laskin :

Cette acceptation de la preuve extrinsèque «quand les circonstances s'y prêtent» (lord Maugham) ou «dans certains cas» (le juge Taschereau) étaye mon opinion sur la question : La Cour doit s'abstenir de formuler un principe général sur l'admissibilité de la preuve extrinsèque, et le droit d'y avoir recours ainsi que le genre d'éléments de preuve susceptibles d'être reçus dépendent des questions constitutionnelles au sujet desquelles on veut les présenter.

¹²Voir, pour une telle analyse, P.W. Hogg, «Proof of Facts in Constitutional Cases» (1976) 26 U.T.L.J. 386 à la p. 402 ; K.E. Swinton, «What Do the Courts Want from the Social Sciences?» dans R.J. Sharpe, dir., *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1987, 187 à la p. 204.

¹³Voir l'opinion de M. le juge Beetz, à laquelle souscrit M. le juge de Grandpré, *supra* note 10 à la p. 440.

¹⁴Voir l'opinion de M. le juge Ritchie, appuyée par MM. les juges Martland et Pigeon, *ibid.* à la p. 436.

¹⁵Voir l'opinion de M. le juge Laskin, à laquelle souscrivent MM. les juges Judson, Spence et Dickson, *ibid.* à la p. 380.

sociales afin de déterminer la constitutionnalité d'une loi (radicalisme ultérieurement magnifié par la doctrine) y contraste donc avec la timide utilisation qui en a été faite concrètement.

Si le *Renvoi anti-inflation* a ouvert la porte à une éventuelle pertinence d'une preuve de faits sociaux en contexte constitutionnel, il n'a certes pas posé les jalons d'une systématisation des règles du jeu qui seraient alors applicables. C'est en fait la mise en œuvre judiciaire de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁶, adoptée en 1982, qui ouvrira cette boîte de Pandore.

III. La question de l'intensité du fardeau de preuve dans les affaires constitutionnelles

Le traditionnel formalisme des décisions constitutionnelles a donc freiné l'émergence de standards de preuve applicables en la matière.

Le contentieux relatif au partage fédéral des compétences législatives n'a pas donné lieu à l'explicitation de l'intensité du fardeau de preuve requis afin d'obtenir un prononcé d'inconstitutionnalité. Tout au plus, rappelait Magnet dans un article publié en 1980¹⁷, les tribunaux ont-ils en pratique demandé qu'on leur présente une preuve claire et évidente des faits démontrant l'inconstitutionnalité alléguée. Par exemple, dans le *Renvoi anti-inflation*, M. le juge Ritchie s'est exprimé dans ce sens général à propos du fardeau de preuve imposé à la partie alléguant l'inconstitutionnalité de la loi :

Par conséquent, je suis convaincu que le dossier démontre que le Parlement en adoptant la *Loi anti-inflation* a voulu agir pour faire face à une situation d'urgence créée par des circonstances très exceptionnelles et qu'un jugement statuant que la Loi est inconstitutionnelle ne pourrait se justifier que *si la preuve démontrait clairement* qu'il n'y avait pas de situation d'urgence lorsque la loi a été adoptée [mes italiques]¹⁸.

Les décisions constitutionnelles fondées sur les règles du partage des compétences législatives n'ont donc pas explicité le degré de persuasion requis dans les termes utilisés en matières civile ou pénale, ce qui, pour Magnet, était très bien ainsi¹⁹.

¹⁶Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*].

¹⁷J.E. Magnet, «The Presumption of Constitutionality» (1980) 18 *Osgoode Hall L.J.* 87 à la p. 143 :

Putting to one side for the moment the strange character of certain constitutional facts, it is useful to ask exactly what standard of proof must be met in order to establish constitutional facts as against the presumption [of constitutionality]. Canadian case law supplies an answer : «[T]he evidence must be clear and unmistakable».

¹⁸*Supra* note 10 à la p. 439.

¹⁹*Supra* note 17 à la p. 143 :

While a desire for precision and neatness in academic classification tempts one to reformulate this phrase into the known categories of proof on the probabilities or beyond a reasonable doubt, this is undesirable.

It is apparent what the judges are saying when they call for very clear and unmistakable evidence. It is not clear, however, whether transposition of civil and criminal evidence categories to a constitutional context will create more problems than are solved. The standard in the constitutional cases is sufficiently high so as to signal caution

Depuis l'adoption de la *Charte*, cependant, la Cour suprême a commencé à traduire les questions constitutionnelles en langage classique de preuve. Ainsi, on a précisé l'existence d'éléments factuels à prouver (objet de la preuve), et on a référé à un fardeau de preuve à propos de l'établissement de la violation de droits et libertés et, surtout, à l'égard de la justification du caractère raisonnable des limites qui leur sont éventuellement apportées. Je ne reprendrai pas ici les détails maintes fois relatés de la désormais célèbre affaire *Oakes*. La Cour y a élaboré un test d'évaluation du caractère raisonnable des limites apportées aux droits et libertés. Elle y a de plus précisé, dans les termes suivants, que la partie au litige qui souhaite justifier une limite apportée aux droits et libertés constitutionnellement protégés doit pour ce faire apporter une preuve prépondérante :

La norme de preuve aux fins de l'article premier est celle qui s'applique en matière civile, savoir la preuve selon la prépondérance des probabilités. [...] Néanmoins, le critère de la prépondérance des probabilités doit être appliqué rigoureusement. [...] [U]n degré très élevé de probabilités sera [...] «proportionné aux circonstances»²⁰.

Afin de ne laisser subsister aucune équivoque quant à ce qui se présentait comme un tournant empirique, la Cour a de plus affirmé qu'une preuve serait généralement nécessaire pour établir la justification de la limite apportée aux droits et libertés :

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 [mes italiques]²¹.

On se retrouve donc clairement ici sur un terrain de faits à prouver en vertu d'un type de fardeau traditionnellement propre au droit civil.

Or il se peut que, par nature, les faits pertinents en contexte constitutionnel se prêtent mal au jeu des règles de preuve.

IV. Les fondements des règles relatives à l'objet et à l'intensité du fardeau de preuve

De façon générale, le droit substantif définit l'objet du fardeau de preuve, c'est-à-dire qu'il détermine les faits en litige dont on devra convaincre le tribunal. Le droit de la preuve prévoit quant à lui les règles relatives à la façon de prouver cet objet, notamment la répartition du fardeau de preuve et l'intensité de ce dernier.

Il semble que le présent *corpus* de règles de preuve ait été élaboré en fonction de leur objet traditionnel : des faits particuliers, passés, relatifs aux parties immédiates au litige et connus de celles-ci²². Le procès devient le lieu de recons-

to the courts in interfering with the legislature. On the whole, it seems better to let classificatory niceties lie – at least while the courts have a workable and useful tool.

²⁰*Supra* note 3 à la p. 137-38.

²¹*Ibid.* à la p. 138.

²²On parlera parfois de «faits adjudicatifs» :

The paradigm of an adjudicative fact is a description of a past, individual physical or mental phenomenon, the proof of which is in the record. The retrospective and discrete

titution de ces événements historiques, et le droit de la preuve détermine les règles du jeu de cette reconstitution *ex post facto*. On cherche à établir ce qui s'est réellement produit, et la vérité doit prévaloir²³.

Bien sûr, il s'agira ici d'une vérité relative, contradictoire, de la vérité judiciaire qui obéit à ses règles propres, qui «énonce le moment juridiquement juste d'une contradiction»²⁴.

Puisque les faits en litige ont ou n'ont pas eu lieu en réalité, on estime que des allégations à leur égard seront vraies ou fausses. Les limites inhérentes à la reconstitution d'événements passés, alliées aux contraintes propres au contexte judiciaire dans un système contradictoire, font cependant en sorte que l'on évoluera inévitablement dans une relative incertitude. Si la vérité ou la fausseté d'affirmations relatives à des événements passés peut fonder le droit de la preuve, en en constituant l'objet, l'intensité de croyance que l'on cherchera à susciter à cet égard ne pourra être celle de la certitude absolue. Il faudra se satisfaire d'un degré moindre, soit la conviction par prépondérance des probabilités, ou encore au-delà du doute raisonnable. L'intensité du fardeau de preuve est ainsi étroitement liée à l'objet de ce fardeau.

nature of the inquiry gives a sense that there is one true version of the happening, even if the truth-finding process necessarily consists in an ad hoc assessment of probability (A. Woolhandler, «Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts» (1988) 41 Vand. L. Rev. 111 à la p. 113).

²³On doit remarquer que, même dans le contexte traditionnel des faits «adjudicatifs», la vérité, si elle constitue une valeur fondamentale du droit de la preuve, ne peut prétendre à cet égard à l'exclusivité. D'autres considérations, comme celles relatives à l'équité, à la protection des droits et libertés ou de la sécurité juridique joueront aussi. Voir par ex. W. Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1985 à la p. 16 ; P.B. Carter, «Do Courts Decide According to the Evidence?» (1988) 22 U.B.C. L. Rev. 351.

²⁴B. Edelman, «Le droit, les 'vraies' sciences et les 'fausses' sciences» (1991) 36 Arch. phil. dr. 55 à la p. 56. Il écrit aussi, à la p. 55, à propos de la vérité judiciaire : «C'est, tout à la fois, une vérité relative, *contradictoire*, et conforme à l'objet même du droit. Cette vérité est *relative* en ce qu'elle ne prétend pas valoir en tous temps, en tous lieux, mais seulement au regard de la demande des parties». Il ajoute, à la p. 56 :

Par ailleurs, la vérité judiciaire est *contradictoire*, en ce qu'elle naît d'un débat. Il s'agit de dire, à propos d'une cause, non pas qui détient la *vérité* mais qui a *raison* dans l'ordre du droit. Or, «avoir raison» n'implique pas qu'on soit dans le vrai : tout au plus – et même cela est sujet à caution – serions-nous dans le juste. C'est pourquoi la vérité judiciaire, née de la contradiction, est elle-même contradictoire.

Voir également E.M. Morgan, «Judicial Notice» (1944) 57 Harv. L. Rev. 269 aux pp. 271-72 :

It is not the function of the trier of fact either to know or to discover the truth, or even to discover what the truth appears to be as disclosed by all available data, but merely to find, for the sole purpose of settling the dispute between the litigants, what the facts appear to be as disclosed by the materials submitted.

Voir enfin D. Ammar, «Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique» (1993) 3 Rev. trim. dr. civ. 499 à la p. 501 :

Pourtant, si la vérité arbitraire doit être rejetée par l'ordre juridique, celui-ci ne peut pour autant se satisfaire seulement de certitudes, c'est pourquoi entre le certain et l'arbitraire se trouve une large zone réservée au vraisemblable et à l'invraisemblable, au probable et à l'improbable. Dans cette sphère, la part d'appréciation du juge est bien plus décisive que lorsque la démonstration paraît certaine. À la limite du vrai et du faux, le juge devra déclarer judiciairement vrai ce qui en fait lui paraît au moins vraisemblable.

William Twining a bien énoncé certains des postulats épistémologiques du droit de la preuve en système anglo-américain. Je retiendrai ici les suivants :

- la connaissance actuelle de faits passés est en principe possible ; dans ce contexte, «connaissance» signifie croyances justifiées satisfaisant aux fardeaux de preuve relatifs à la *vérité* d'affirmations à propos de faits réels ;
- la connaissance actuelle de faits passés est la plupart du temps fondée sur une preuve incomplète ; il s'ensuit dès lors que l'établissement de la *vérité* à propos de prétendus faits passés est généralement une question de probabilités ou de vraisemblance, en deçà de la certitude complète [mes italiques ; traduction libre]²⁵.

On voit bien ici que l'idée de la *vérité* d'allégations relatives à des faits passés est au cœur du droit de la preuve. On se préoccupe de la *vérité* de ces allégations, puisque les faits contestés ont ou n'ont pas eu lieu. On le fait cependant dans un contexte de relative incertitude, de telle sorte qu'il faudra généralement se satisfaire d'un degré de persuasion de l'ordre des probabilités, et non de la certitude absolue. Tout se tient²⁶.

V. Les faits pertinents en contexte constitutionnel : les faits sociaux

Il est vrai que des faits précis peuvent donner lieu au litige constitutionnel. Une personne pourra alléguer que l'application d'une loi, dans des circonstances particulières, porte atteinte à ses droits ou libertés constitutionnellement protégés. Une entreprise plaidera avoir un caractère fédéral afin d'échapper, à certaines conditions, à l'application constitutionnelle d'une loi provinciale. Les faits précis relatifs aux parties sont alors déterminants, ils deviennent des «faits constitutionnels» au sens où il permettront d'évaluer la constitutionnalité de la loi contestée ou de certaines de ses applications²⁷.

Or le contrôle judiciaire de constitutionnalité mettra en lumière le traitement de faits par nature différents de ceux qui semblent avoir fondé les développements du droit de la preuve²⁸. On y référera ici par le vocable de

²⁵Supra note 23 à la p. 13.

²⁶Tout comme Twining (*ibid.*), je comprends que la *vérité* d'allégations relatives aux faits en litige fonde les règles de preuve, et que, dès lors, vu le contexte de relative incertitude des procès, la conviction suscitée à cet égard ne pourra être que relative. Je n'adopte donc pas une autre approche possible, en vertu de laquelle c'est la *probabilité* du fait litigieux qui est en litige. Voir par ex. J.-C. Royer, *La preuve civile*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1987 à la p. 63 :

Pour remplir son obligation de convaincre, un plaideur doit établir suffisamment d'éléments pour rendre non seulement possible mais probable l'acte ou le fait juridique litigieux. Dans l'appréciation globale d'une preuve, il n'est pas toujours facile de tracer la ligne de démarcation entre la possibilité et la probabilité.

Cette approche crée, selon moi, une inutile confusion entre l'objet de la preuve et le degré ou l'intensité de la preuve.

²⁷H.P. Monaghan, «Constitutional Fact Review» (1985) 85 Colum. L. Rev. 229 à la p. 231, n. 16 : «The adjudicative facts decisive of constitutional claims usually pertain to the concrete application of a statute or regulation being challenged on constitutional grounds».

²⁸Sur la tension inhérente au traitement judiciaire de faits distincts, voir D.C. Horowitz, «Fact Finding in Adjudication» dans Morton, dir., supra note 4, 282 aux pp. 283-84 :

There is tension between two different judicial responsibilities : deciding the particular case and formulating a general policy. Two different kinds of fact finding processes are required for these two different functions. The adversary system of presentation and the

«faits sociaux»²⁹.

Fréquemment, la constitutionnalité de la loi contestée n'apparaîtra en effet qu'à la lumière de faits sociaux, la plupart du temps d'un ordre général plutôt que spécifique. Ces faits sociaux pourront être directement en litige³⁰, ou encore seront pertinents quant à l'interprétation et l'évaluation à la fois de la loi³¹ et des dispositions constitutionnelles pertinentes³².

En principe, ces faits se situent au-delà de l'expérience immédiate des parties et sont d'une nature infiniment variée³³. Ce sont des faits à caractère social, économique, politique ou scientifique³⁴, des faits qui servent parfois à expliquer les causes ou les effets de certains phénomènes³⁵. L'existence d'une situation d'urgence, les effets de la pornographie sur le comportement humain³⁶, le rapport entre la consommation d'alcool et les accidents de la route³⁷, l'existence

rules of evidence were both developed for the former, and they leave much to be desired for the latter.

²⁹M.T. MacCrimmon, «Developments in the Law of Evidence: The 1990-91 Term. Social Science, Law Reform and Equality» (1992) 3 Sup. Ct. L. Rev. 269 à la p. 276 : «Social science data can provide information on social facts, *i.e.*, facts that are descriptive or causal propositions about persons or things beyond the personal knowledge of the parties or any single witness». Et à la p. 277 : «Social facts are a necessary foundation for an understanding of the operation and social effects of a legal rule».

³⁰C'est donc sur ces faits en litige que portera le fardeau de la preuve. Ils pourront faire l'objet d'une preuve directe, ou encore indirecte. Dans ce dernier cas, ce sont des faits tout simplement pertinents qui seront présentés en preuve, et à partir desquels on demandera au tribunal d'inférer une certaine conviction à l'égard de l'existence des faits en litige.

³¹Sur le recours aux faits pour l'interprétation des lois, voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1990 à la p. 392 et s.

³²Sur l'utilisation des faits pour l'interprétation de la constitution, voir généralement D.L. Faigman, «Normative Constitutional Fact-Finding: Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation» (1991) 139 U. Pa. L. Rev. 541.

³³Davis a proposé les critères suivants pour illustrer le caractère variable des exigences de l'équité lors de l'utilisation judiciaire de ce qu'il appelle les «faits législatifs» :

[L]egislative facts come in so many varieties. Such facts may be lined up on at least six scales: (1) from narrow and specific facts to broad and general facts, (2) from central or critical facts to background or peripheral facts, (3) from readily accepted assumptions or facts to controversial assumptions or facts, (4) from factual propositions that are almost entirely factual to somewhat factual propositions that are mixed with judgment, policy, or political preference, (5) from provable facts to facts that can be neither proved nor disproved and therefore must be found through legislating the facts, presuming them, imposing the burden on one party, or making an informed or uninformed guess, and (6) from facts about immediate parties or facts that are known only or mainly by them to facts having no relation to immediate parties (K.C. Davis, «Facts in Lawmaking» (1980) 80 Colum. L. Rev. 931 à la p. 932).

Cet auteur a cependant écrit que, la plupart du temps, ces faits seront d'un ordre général, et extérieurs aux parties : «Legislative facts are ordinarily general and do not concern the immediate parties» («Judicial Notice» (1955) 55 Colum. L. Rev. 945 à la p. 952).

³⁴B.G. Morgan, «Proof of Facts in Charter Litigation» dans Sharpe, dir., *supra* note 12, 159 à la p. 163.

³⁵P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992 à la p. 1292.

³⁶*Butler c. R.*, [1992] 1 R.C.S. 452, 89 D.L.R. (4^e) 449.

³⁷Hogg, *supra* note 35 at 1292. Voir aussi M.T. MacCrimmon, «Developments in the Law of Evidence: The 1987-88 Term» (1989) 11 Sup. Ct. L. Rev. 275 à la p. 332, qui réfère aux conclusions factuelles de la Cour suprême du Canada dans les affaires *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621,

d'une corrélation entre la publicité d'un produit et sa consommation³⁸, l'effet de l'élimination de la retraite obligatoire pour les professeurs d'université sur les évaluations de ces derniers et les tentatives de renvoi motivé³⁹, ou encore l'effet des dépenses des candidats sur le comportement électoral de la population⁴⁰ sont des exemples de faits sociaux.

Le traitement judiciaire de ces faits n'est pas entièrement nouveau⁴¹. L'interprétation des lois, par exemple, et particulièrement l'identification de la situation problématique à laquelle le législateur souhaitait apporter une solution, nécessitent la prise en considération de tels faits sociaux⁴².

Dans le contexte particulier du contrôle judiciaire de constitutionnalité, il s'agit de faits qui explicitent la loi contestée, apportant des informations sur le contexte de son adoption, l'objectif poursuivi, ses effets escomptés ou réels. Il peut s'agir aussi de faits qui nous éclairent sur certaines qualités de cette loi, comme l'existence d'autres options, la rationalité de la solution législative ou encore la proportionnalité entre l'objectif poursuivi et les moyens utilisés. On a parfois utilisé l'expression «fait législatif» pour référer à ce genre d'informations factuelles certes pertinentes lors de l'élaboration de politiques législatives⁴³. L'appellation est cependant trompeuse, en ce qu'elle peut être comprise

40 C.C.C. (3^e) 398 et *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, 40 C.C.C. (3^e) 411, dans lesquelles on a considéré comme établi un lien direct entre la conduite en état d'ébriété et les accidents d'automobiles, et entre la quantité d'alcool consommé et la gravité des accidents.

³⁸L. Walker et J. Monahan, «Social Frameworks: A New Use of Social Science in Law» (1987) 73 *Va. L. Rev.* 559 à la p. 561.

³⁹«L'élimination de la retraite obligatoire aurait donc un effet préjudiciable à cet égard, car il pourrait fort bien y avoir augmentation des évaluations et des tentatives de renvoi motivé, bien qu'il faille dire qu'à cet égard la preuve est malencontreusement déficiente» (*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 à la p. 283, 76 D.L.R. (4^e) 545, M. le juge LaForest [avec renvois aux R.C.S.]).

⁴⁰Dans *Somerville c. Canada (P.G.)* (25 juin 1993), Calgary 9301-05393, M. le juge MacLeod de la Cour du Banc de la Reine d'Alberta prononçait l'inconstitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi modifiant la Loi électorale du Canada*, L.C. 1993, c. 19, qui limitent les dépenses des tiers dans le cadre d'élections fédérales. Il a jugé que ces dispositions violaient certains droits et libertés (expression, association, vote) et n'étaient pas justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*, notamment au motif qu'on ne lui avait pas démontré l'existence d'un impact de la publicité sur le comportement des électeurs.

⁴¹Horowitz, *supra* note 28 à la p. 282 : «Social facts are nothing new in litigation. Courts have always had to make assumptions or inferences about general conditions that would guide their decisions». Sur la nécessaire considération judiciaire des faits sociaux, même en dehors du contexte constitutionnel, et notamment pour le développement des règles de *common law* et l'interprétation des lois, voir Note, «Social and Economic Facts – Appraisal of Suggested Techniques for Presenting Them to the Courts» (1948) 61 *Harv. L. Rev.* 692 à la p. 693 et s.

⁴²D. Alfange, «The Relevance of Legislative Facts in Constitutional Law» (1966) 114 *U. Pa. L. Rev.* 637 à la p. 640 :

In cases involving questions of statutory interpretation, courts should understand the nature of the evil that the legislature was seeking to correct and the manner in which it was seeking to correct it. [...] Furthermore, to the extent that the legislature employs vague language in its enactments, achievement of the public purpose would seem to require judicial familiarity with legislative facts.

Voir aussi Côté, *supra* note 31.

⁴³Je dois avouer l'avoir fait aussi dans D. Pinard, «Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés*» (1989) 30 *C. de D.* 137.

comme postulant l'existence d'un seul forum institutionnel de traitement légitime de ces faits, soit les législatures, alors que d'autres, y compris les tribunaux, sont de plus en plus appelés à les traiter. On s'en tiendra ici à l'appellation «fait social»⁴⁴.

Si des faits directement relatifs aux parties au litige peuvent donc présenter une pertinence certaine dans le contexte du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, ce sont plutôt des faits sociaux qui bien souvent constitueront les données fondamentales du débat⁴⁵.

Si la contestation est fondée sur les règles du partage des compétences législatives, le caractère véritable de la loi sera mis en cause. Il faudra s'interroger sur l'objet authentique de la loi. Pour ce faire, on devra considérer le contexte général d'adoption de la loi, notamment le problème social auquel le législateur souhaitait apporter une solution. On évaluera éventuellement une certaine forme de rationalité de la solution législative, au sens d'un lien entre le problème identifié et le moyen législatif retenu⁴⁶. La recherche de l'objet véritable

La Cour suprême du Canada a utilisé ce vocabulaire dans *Danson c. Ontario (P.G.)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, 73 D.L.R. (4^e) 686 [avec renvois aux R.C.S.]. Elle y a ainsi défini la notion de «fait législatif» à la p. 1099 : «Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale [...]». En l'espèce, elle a considéré que «l'objet et l'historique des règles contestées ainsi que la perception qu'en [avaient] les membres de la profession [...]» (*ibid.* à la p. 1101) constituaient des faits législatifs pertinents. La Cour a opposé ces «faits législatifs» aux *adjudicative facts*, expression traduite dans le jugement par «faits en litige». Cette traduction semble malheureuse. En effet, «les faits litigieux sont ceux que les parties doivent prouver pour gagner leur procès» (Royer, *supra* note 26 à la p. 50). Or, selon les causes, ces faits en litige seront ou bien relatifs aux parties immédiates ou encore d'un ordre plus général. Autrement dit, des faits législatifs, tout autant que des faits adjudicatifs, pourront être en litige.

⁴⁴Une étude même sommaire de la doctrine américaine relative aux faits pertinents en contexte constitutionnel démontre rapidement un danger de confusion terminologique. On doit, semble-t-il, à K.C. Davis la formulation initiale des termes *adjudicative facts* et *legislative facts*, qu'il a énoncée dans un article publié en 1942 et intitulé «An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process» (1942) 55 Harv. L. Rev. 364 aux pp. 402-403. Pour Davis, et initialement dans un contexte de droit administratif, les «faits adjudicatifs» sont les faits relatifs aux parties immédiates, le «qui-a-fait-quoi», les faits propres au litige particulier. Les «faits législatifs» transcendent l'espèce et sont des faits utiles à l'analyse juridique et à l'élaboration du droit (cette notion est essentiellement la même que celle de «fait social» retenue dans ce texte). L'expression «fait constitutionnel» que l'on retrouve en doctrine semble chevaucher ces deux notions. Elle pourra parfois référer aux «faits adjudicatifs» pertinents lors d'un litige constitutionnel (Monaghan, *supra* note 27 aux pp. 230-31), aux «faits législatifs» présentant une telle pertinence (P. Brest, *Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials*, Boston, Little, Brown, 1975 à la p. 894), ou encore aux deux dernières catégories (Faigman, *supra* note 32 aux pp. 551-53, pour qui il y a des «faits adjudicatifs» constitutionnels et des «faits législatifs» constitutionnels. Pour Faigman, les «faits législatifs» constitutionnels se divisent même en deux sous-catégories, les *constitutional-rule facts*, utiles à l'interprétation de la constitution, et les *constitutional-review facts*, servant à la détermination de la constitutionnalité d'une action).

⁴⁵Pour une classification différente des faits pertinents en contexte constitutionnel, voir Swinton, *supra* note 4 à la p. 76 et s.

⁴⁶La nécessité de l'établissement d'un tel lien rationnel entre le problème identifié (fléau du tabagisme) et la solution législative retenue (interdiction de publicité relative aux produits du tabac), dans un contentieux constitutionnel fondé sur les règles du partage des compétences législatives, est l'une des questions litigieuses de l'affaire du tabac (*supra* note 1). Le juge de première instance semble avoir considéré comme fatale l'absence de preuve positive de l'existence d'un tel

de la loi pourra aussi nécessiter une analyse de ses effets⁴⁷. Dans certains cas, l'existence d'un contexte factuel particulier sera nécessaire à l'exercice du pouvoir législatif allégué, comme lorsque le Parlement fédéral invoque son pouvoir d'adopter des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada. Il faudra alors déterminer l'existence d'une situation d'urgence nationale ou encore d'un problème de dimension nationale⁴⁸.

lien (voir *Imperial Tobacco Ltd.*, *supra* note 1 aux pp. 2280-81, et notamment à la p. 2281 : «La réponse législative proposée au fléau du tabagisme ne s'adresse pas à ce problème»). Pour M. le juge Brossard de la Cour d'appel du Québec, le simple établissement d'un lien rationnel théorique et abstrait répond aux exigences des règles du contentieux constitutionnel fondé sur le fédéralisme. Il écrira :

[C]ependant, il me semble exister un *lien rationnel*, tout abstrait et théorique soit-il, entre, d'une part, publicité positive et incitation à la consommation et, d'autre part, messages négatifs [...] et diminution de consommation ; [...] bref, *les effets directs et immédiats de la loi me paraissent rationnellement et théoriquement liés* au problème plus vaste de la santé publique. [...] [D]ans la détermination de la caractéristique essentielle ou la plus importante d'une loi, aux fins de sa qualification constitutionnelle, un lien purement rationnel, même abstrait et théorique, entre les effets et le but devrait suffire, sans qu'il soit nécessaire, à ce stade, d'établir dans les faits un tel lien (*R.J.R.-Macdonald Inc.*, *supra* note 1 à la p. 407).

Il ajoute, à la p. 408 : «[E]n ce qui concerne [...] l'aspect du partage des compétences, c'est l'intention législative qui compte, dans la mesure où le Parlement a des motifs rationnellement et théoriquement justifiés de croire que les effets obtenus rejoignent le but recherché», et à la p. 414 : «[I]l existe un lien rationnel théorique entre l'interdiction de la publicité et la consommation».

On ne peut résister ici à la tentation de rappeler l'opinion de M. le juge en chef Laskin, dans le *Renvoi anti-inflation* (*supra* note 10). Il est vrai qu'il a d'abord accepté comme suffisante la preuve de l'existence d'un lien rationnel théorique et abstrait entre la solution législative retenue (le contrôle des prix et des salaires) et l'habilitation constitutionnelle (l'existence d'un contexte d'inflation constituant une situation d'urgence). De plus, il a rappelé le principe de la non-pertinence de l'efficacité réelle d'un moyen législatif aux fins de la qualification constitutionnelle de la loi : «Rien dans les motifs [analyse de la jurisprudence] ne laisse entendre que les chances de succès du moyen choisi aient quelque chose à voir avec la validité de la Loi» (à la p. 397) et quant à la jurisprudence établie et à l'argument de l'efficacité de la mesure législative :

[L]a sagesse, l'opportunité ou les chances de succès d'une politique exprimée dans une loi ne sont pas sujets à examen judiciaire. Par conséquent, il n'appartient pas à la Cour de dire en l'espèce que, parce que les moyens adoptés pour réaliser un objectif souhaitable, c'est-à-dire la réduction et l'endiguement de l'inflation au Canada, peuvent ne pas s'avérer fructueux, ils outrepassent la compétence législative du Parlement (aux pp. 424-25).

Il a cependant précisé que les moyens choisis pouvaient parfois être un indice de l'existence du mal visé : «Je n'exclus pas la possibilité que les moyens choisis pour remédier un mal présumé puissent servir à indiquer si ce mal existe aux fins de justifier la loi contestée» (à la p. 425).

⁴⁷Voir par ex. *Alberta (A.G.) c. Canada (A.G.)*, [1939] A.C. 117 (C.P.), affaire dans laquelle l'importance de l'effet de la loi provinciale fiscale sur les banques était telle que l'on en a conclu qu'il s'agissait d'une loi relative aux banques. Voir aussi *Central Canada Potash Co. c. Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42, 88 D.L.R. (3^e) 609. Sur cette question de l'étude des effets d'une loi pour la détermination de son caractère véritable, voir généralement Hogg, *supra* note 12 à la p. 388. Sur l'utilité, à cet égard, du recours aux sciences sociales, voir par ex. Faigman, *supra* note 32 à la p. 565 et s.

⁴⁸Par ex., dans le *Renvoi anti-inflation*, M. le juge Laskin a écrit (*supra* note 10 à la p. 391) :

[L]es arguments [...] portent surtout sur la question de savoir si les conditions sociales et économiques qui auraient amené le Parlement à l'adopter étaient telles qu'il se trouvait habilité à prendre cette mesure en vertu de son pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada.

À ce sujet, Hogg écrira : «In most of the peace, order, and good government cases the court has

Lorsque la constitutionnalité d'une loi ou d'une action gouvernementale est contestée au motif d'une violation de droits et libertés, on devra d'abord déterminer si on peut conclure *prima facie* à l'existence d'une telle violation. Cette dernière peut être le fait, non pas d'une application particulière, mais bien du fonctionnement, des effets généraux de la loi ou de l'acte contesté⁴⁹. Dans l'affaire *Morgentaler*⁵⁰, par exemple, c'était le fonctionnement général des dispositions du *Code criminel* ne permettant que dans certains cas l'obtention d'un avortement légal qui était en litige comme étant une atteinte alléguée aux droits constitutionnels des femmes. De même, dans l'affaire *Operation Dismantle*⁵¹, les effets sociaux généraux de la décision gouvernementale contestée constituaient la violation alléguée.

La Cour suprême du Canada elle-même, dans son interprétation de l'article premier de la *Charte*⁵², a sanctionné la pertinence de faits sociaux pour l'évaluation du caractère raisonnable des limites apportées aux droits et libertés constitutionnellement protégés. Elle a en effet prévu que des considérations relatives à l'importance de l'objectif législatif, aux moyens utilisés pour l'atteindre, à l'existence d'autres moyens disponibles et à la gravité de la violation doivent y prévaloir. C'est ainsi que l'on retrouve des décisions dans lesquelles la légitimité des restrictions aux droits et libertés dépend de questions telles que la capacité des enfants de moins de treize ans de faire des choix et des distinctions en ce qui concerne des produits annoncés⁵³, l'ampleur des problèmes sociaux causés par la consommation de tabac, ou encore le lien entre la protection de la santé et l'interdiction de la publicité des produits du tabac⁵⁴.

VI. L'inadéquation des règles traditionnelles de preuve à l'égard des faits sociaux : les aménagements nécessaires

La nature des faits sociaux, lesquels jouent un rôle de premier plan en matière constitutionnelle, limite le degré de certitude que l'on peut entretenir à leur égard. Ces faits donnent lieu, on le sait, à des raisonnements et à des évaluations plus qu'à de simples observations ou à des certitudes⁵⁵. En droit cons-

recognized the need for evidence or information on the question whether there existed the necessary preconditions for the exercise of parliament's power» (*ibid.* à la p. 386).

⁴⁹On peut se demander si la reconnaissance judiciaire d'une notion large d'intérêt en matière constitutionnelle, ainsi que du droit de plaider, dans certaines circonstances, l'inconstitutionnalité pour violation des droits d'autrui n'augmentera pas la présence et la pertinence de faits abstraits et généraux en contexte de contrôle judiciaire de constitutionnalité, faits qui seront au-delà de l'expérience immédiate des parties au litige.

⁵⁰*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 44 D.L.R. (4^e) 385.

⁵¹*Operation Dismantle c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441, 18 D.L.R. (4^e) 481 [ci-après *Operation Dismantle* avec renvois aux R.C.S.].

⁵²1. 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.

⁵³*Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927 à la p. 985, 58 D.L.R. (4^e) 577 [ci-après *Irwin Toy* avec renvois aux R.C.S.].

⁵⁴*R.J.R.-MacDonald Inc.*, *supra* note 1 ; *Imperial Tobacco Ltd.*, *supra* note 1.

⁵⁵A. Binette, «La mise en œuvre judiciaire de l'article 1 de la Charte canadienne et le droit de

titutionnel, les faits en litige sont essentiellement des faits à importante connotation normative et évaluative. Il s'agit de questions à propos desquelles l'opinion joue un rôle fondamental. Bien souvent, les faits sociaux n'ont pas eu lieu en réalité. Ce sont des approximations. Les allégations à leur égard entreront rarement dans les catégories du vrai et du faux. On pourra difficilement avancer qu'il est vrai ou qu'il est faux qu'une situation d'urgence soit survenue, qu'il existe un problème de dimension nationale, ou encore, par exemple, que l'interdiction de la publicité relative au tabac aura pour effet de réduire la consommation de ce produit.

Par nature, donc, les faits sociaux se prêtent mal aux exigences des règles traditionnelles de preuve. Ils sont difficilement conciliables avec la logique du postulat fondateur selon lequel il est possible de prouver la vérité ou la fausseté d'allégations relatives à la réalité d'événements passés⁵⁶.

On a écrit, à propos des faits pertinents dans le contexte d'une évaluation du caractère raisonnable d'une limite apportée aux droits, qu'il s'agissait

d'un type de faits nouveau, qui repose sur la vraisemblance et la crédibilité plutôt que sur la certitude, et qui s'attache à une évaluation nécessairement provisoire, plutôt que définitive, de la réalité sociale⁵⁷.

Il est d'ailleurs significatif que la Cour suprême ait elle-même, dans un autre contexte cependant, reconnu qu'il était tout simplement impossible de démontrer la véracité d'allégations relatives à certains faits sociaux. En effet, dans l'affaire *Operation Dismantle*, la Cour a évalué que la violation de droits alléguée, soit l'augmentation d'un risque nucléaire causée par les essais de missiles de croisières au Canada, était conjecturale, hypothétique et ne saurait par nature être prouvée devant un tribunal⁵⁸.

D'ailleurs, à l'exception du contexte constitutionnel récent, on n'a traditionnellement pas conceptualisé les faits sociaux en termes de fardeau de preuve. En matière d'interprétation des lois, par exemple, on n'a pas exigé la

la preuve» (1986) 27 C. de D. 939 à la p. 942 :

La démonstration du caractère raisonnable d'une limite législative ne peut donc reposer sur l'établissement d'une certitude, mais seulement sur la construction d'une vraisemblance ou sur l'apparence de raisonabilité («reasonableness»), qui se dégage d'un consensus chez un groupe de personnes crédibles et respectées.

⁵⁶Voir le texte correspondant à la note 33 et s.

⁵⁷Binette, *supra* note 55 à la p. 963.

⁵⁸M. le juge Dickson y a écrit :

Comme les décisions en matière de politique étrangère de pays indépendants et souverains ne sauraient être prédites, à partir de la preuve, avec un degré de certitude qui approcherait de la probabilité, la nature de ces réactions ne peut être que conjecturale ; on ne pourrait jamais établir le lien de causalité entre la décision du gouvernement canadien de permettre les essais du missile de croisière et les résultats allégués par les appelants (*supra* note 51 à la p. 452).

Puis à la p. 454 :

[I]ls soulèvent des questions qui, à mon avis, tiennent de la conjecture plutôt que des faits. En bref, il n'est tout simplement pas possible pour une cour de justice, même avec les meilleures preuves disponibles, de faire autre chose que de spéculer sur la possibilité que la décision du cabinet fédéral de procéder aux essais du missile de croisière accroisse le danger de guerre nucléaire.

preuve, par prépondérance ou autrement, de l'existence d'une situation problématique à laquelle le législateur souhaitait apporter une solution. On a plutôt admis en preuve certains éléments, non pas afin d'en prouver la vérité, mais afin de jeter un éclairage sur l'information dont disposait le législateur au moment de son intervention⁵⁹. Par exemple, dans l'arrêt *Ladore c. Bennett*⁶⁰, le Conseil Privé a admis le rapport d'une commission d'enquête non pas «comme preuve des faits qu'on y trouvait énoncés, mais comme indication des données que le gouvernement de la province avait devant les yeux avant de présenter à la Législature la loi aujourd'hui contestée»⁶¹.

On peut donc difficilement concevoir cette notion d'un degré de persuasion, du type de la prépondérance des probabilités ou autre, quant à la *vérité* d'allégations relatives à des faits sociaux⁶².

Cela explique peut-être en partie que, à tout le moins jusqu'à l'arrêt *Oakes*, les tribunaux n'aient pas formulé avec précision le degré du fardeau de preuve relatif aux faits sociaux en contexte constitutionnel⁶³.

Cela explique peut-être aussi le développement d'un objet de preuve différent à propos de ces faits sociaux en contexte constitutionnel, soit, non pas l'existence ou la réalité même de ces faits, mais bien le caractère rationnel ou raisonnable de l'évaluation que le législateur a faite de leur existence⁶⁴.

⁵⁹À propos du recours aux travaux préparatoires, voir par ex. Hogg, *supra* note 35 à la p. 1292 : Legislative history [...] is an exception to the general rules of proof. It is admitted, not to prove the truth of the facts contained therein, but to prove what considerations were taken into account in the process of enactment of a statute. The courts will receive legislative history without formal proof.

⁶⁰[1939] A.C. 468, [1939] 3 D.L.R. 1 (C.P.) [avec renvois aux A.C.].

⁶¹*Ibid.* à la p. 477. La traduction est de Chevrette et Marx, *supra* note 9 à la p. 205.

⁶²Voir K.L. Karst, «Legislative Facts in Constitutional Litigation» (1960) Sup. Ct. L. Rev. 75 aux pp. 84-85 : «There is common agreement that a court normally examines legislative facts not to determine their 'truth', but to determine whether a reasonable legislative judgment could have been made supporting the statute in its enacted form», et à la p. 85 : «The reasonableness of governmental action thus resembles other 'ultimate' facts such as monopoly, or insanity, or negligence, in that it is only partly determined by a factual inquiry. The other aspects of the issue are questions of values – or, in more familiar terms, questions of law [...]».

⁶³Voir le texte correspondant à la note 19 et s. Même après *Oakes*, on s'est interrogé sur l'à-propos du concept de fardeau de preuve dans un tel contexte. Voir par ex. Swinton, *supra* note 12 à la p. 206 :

Indeed, one might take issue with the appropriateness of burden of proof language in the application of s. 1, where the inquiry is not into the factual issues of whether a particular event occurred, but rather the justifiability of a legislative measure, a matter that cannot be determined on the balance of probabilities. The issue is one that requires a determination of the meaning of rights and the appropriate balance between individual and collective interests in a society (as the Chief Justice acknowledges).

⁶⁴L'objet de la preuve étant ainsi défini, en fonction de la nature particulière des faits sociaux, la question de l'intensité du fardeau de preuve n'aurait plus à se poser en termes de probabilités. Les fardeaux de preuve ont traditionnellement été formulés en ces termes parce que l'on se préoccupait de la *vérité* des allégations relatives aux faits en litige. Si l'on s'intéresse plutôt au caractère raisonnable ou rationnel d'une détermination législative, on pourrait à la rigueur exiger un fardeau de persuasion du type de la certitude absolue ! On *peut*, en effet, être convaincu à 100% du caractère rationnel de la détermination législative de l'existence d'un certain fait. Mieux encore, on pourrait éviter l'écueil des traditionnels fardeaux de preuve formulés en fonction d'un tout autre

Il semble d'ailleurs qu'à l'origine, ce soit justement des préoccupations relevant du domaine de la preuve qui aient donné lieu au concept même de *legislative fact*. Pour Davis, en effet, l'incidence principale de cette qualification était de permettre un assouplissement des règles traditionnelles de preuve de ces faits d'une nature différents destinés à jouer un rôle, lui aussi différent de celui des faits traditionnellement mis en preuve dans le forum judiciaire ou administratif⁶⁵.

Plus particulièrement en matière constitutionnelle, on a justifié une mise en preuve plus facile de ces faits par son *objet* limité : on ne prouvera pas l'existence de ces faits sociaux, ou encore la vérité d'allégations à leur égard, on tentera plutôt de démontrer le caractère raisonnable ou rationnel de la croyance législative en leur existence⁶⁶.

On a ainsi écrit, dès 1954, qu'il était établi que, par définition, ces faits ne pouvaient se prêter aux rigueurs des règles traditionnelles de preuve et qu'on ne pouvait évaluer que le caractère rationnel d'une croyance législative en leur existence :

A conventional formulation is that legislative facts — those facts which are relevant to the legislative judgment — will not be canvassed save to determine whether there is a rational basis for believing that they exist, while adjudicative facts — those which tie the legislative enactment to the litigant — are to be demonstrated and found according to the ordinary standards prevailing for judicial trials⁶⁷.

Cette approche était aussi celle de Peter Hogg en 1976, quand il écrivait qu'à propos des faits sociaux (*legislative facts*), de façon réaliste, un tribunal pouvait tout au plus s'enquérir du fondement rationnel de la croyance législative en leur existence. Voici l'essentiel de son propos d'alors :

The nature of judicial review is such that it is not necessary to prove legislative facts as strictly as adjudicative facts. While a court must reach a definite conclusion on the adjudicative facts which are relevant to the disposition of litigation, the court need not be so definite in respect of legislative facts in constitutional cases. *The most that the court can ask in respect of legislative facts is whether there is a rational basis for the legislative judgment that the facts exist.* The rational-basis test involves restraint on the part of the court in finding legislative facts. [...] *The most that can realistically be expected of a court is a finding that there is, or is not, a rational basis for a particular position on the disputed issue.* [...] That should be enough to determine whether or not there was a rational basis in fact for the impugned legislation [mes italiques]⁶⁸.

objet, et tout simplement demander à la partie qui supporte le fardeau d'apporter une preuve claire et évidente. Voir le texte correspondant à la note 17 et s.

⁶⁵*Supra* note 44.

⁶⁶Hogg, *supra* note 35 à la p. 1297 :

The rational basis test enables a court to uphold the validity of legislation without the necessity for strict proof of the underlying facts. It enables a court to resolve conflicting evidence without the need to make a definitive ruling on the conflict. Therefore, the rational basis test could be regarded as a justification for the reception of unsworn factual material.

⁶⁷P.A. Freund, «Review of Facts in Constitutional Cases» dans E. Cahn, dir., *Supreme Court and Supreme Law*, Bloomington, Ind., Indiana University Press, 1954, 47 aux pp. 47-48.

⁶⁸*Supra* note 12 aux pp. 396-97. Sur une approche différente de cet auteur, voir ses commentaires dans l'édition de 1992 de son ouvrage, *infra* note 79.

Dans l'article d'où provient ce passage, Hogg commentait l'opinion de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi anti-inflation*. Dans ce renvoi, on l'a vu, la Cour était appelée à se prononcer sur la constitutionnalité d'une réglementation fédérale de prix et de salaires adoptée en vue d'endiguer une situation d'inflation grave au pays. Dans ce contexte constitutionnel où étaient en cause des faits sociaux, la Cour a affirmé qu'on ne devait la convaincre que du fondement rationnel de la loi, et non pas aller jusqu'à lui démontrer l'existence réelle des faits allégués. Il semble cependant que les juges de la Cour qui ont traité de cette question n'aient pas utilisé une conception uniforme de cette notion de fondement rationnel⁶⁹. Pour M. le juge Laskin, il s'agissait apparemment d'une forme de rationalité des moyens législatifs à l'égard de l'habilitation constitutionnelle, soit, en quelque sorte un critère de vraisemblance d'efficacité, ou à tout le moins d'opportunité théorique et abstraite du moyen législatif utilisé. Il a écrit :

Lorsque, comme en l'espèce, des circonstances exceptionnelles sont à la base du pouvoir législatif en litige, on peut demander à la Cour d'examiner des éléments de preuve extrinsèque des circonstances alléguées, soit à l'appui soit à l'encontre de la validité de la législation contestée. En examinant ces éléments de preuve et en appréciant leur poids, la Cour ne se demande pas s'ils démontrent l'existence des circonstances exceptionnelles comme on prouve un fait dans une cause ordinaire. Elle est appelée à prononcer sur une question de politique sociale et économique, c'est-à-dire sur le jugement exercé par le gouvernement et le Parlement. Il est possible que les circonstances exceptionnelles soient d'une telle notoriété que la Cour puisse en prendre connaissance d'office sans recourir à des éléments de preuve extrinsèque. Lorsque la situation n'est pas aussi claire, *les éléments de preuve extrinsèque ne sont requis que pour convaincre la Cour que la loi contestée a un fondement rationnel dans le pouvoir législatif invoqué à l'appui de sa validité* [...].

À mon avis, cette Cour ne serait pas justifiée de conclure, selon les arguments soumis en l'espèce ainsi que tous les éléments de preuve mis devant elle, que le Parlement du Canada n'a pas agi rationnellement en considérant la *Loi anti-inflation* comme une mesure, qui, selon lui, s'avérait temporairement nécessaire pour faire face à une situation de crise économique [...] [mes italiques]⁷⁰.

Pour M. le juge Laskin, on n'avait donc pas à démontrer en cette cause l'existence des faits sociaux «comme on prouve un fait dans une cause ordinaire»⁷¹. Il s'agissait plutôt d'apporter à leur égard des éléments de preuve permettant à la Cour de conclure à l'existence d'un lien rationnel entre la solution législative (ici, le contrôle des prix et des salaires) et le fondement factuel nécessaire à l'habilitation constitutionnelle (ici, l'existence d'une situation d'inflation atteignant des dimensions nationales ou constituant une situation d'urgence). La conclusion judiciaire ne porte donc pas ici sur l'existence, en réalité, des faits allégués, mais plutôt sur la rationalité de la solution législative à la lumière de l'information alors disponible⁷².

⁶⁹Sur l'ambiguïté de la notion de fondement rationnel, et sur les diverses acceptions utilisées par les juges de la Cour suprême dans le *Renvoi anti-inflation*, voir Magnet, *supra* note 17 à la p. 113.

⁷⁰*Supra* note 10 aux pp. 422-25.

⁷¹*Ibid.* à la p. 423.

⁷²Voir le texte correspondant à la note 90 et s. L'incertitude quant au rapport exact entre cette conception de la rationalité législative et le volet «rationalité» du critère des limites raisonnables de l'arrêt *Oakes* n'est pas aujourd'hui sans susciter de confusion.

Pour M. le juge Beetz, qui a écrit une opinion distincte et en partie dissidente dans le *Renvoi anti-inflation*, il s'agissait plutôt de vérifier s'il y avait un fondement rationnel à la croyance législative en l'existence des faits sociaux autorisant le Parlement à intervenir constitutionnellement. Il écrit :

On nous a soumis de nombreux éléments de preuve extrinsèques dont l'examen, espérait-on, nous permettrait de tirer des faits une conclusion en vue de déterminer si l'inflation a, oui ou non, atteint un niveau qui permet au Parlement d'invoquer son pouvoir extraordinaire ou s'il existe une base rationnelle à la décision du Parlement d'y recourir⁷³.

Des doutes subsistent quant à l'ampleur du champ d'application de ces principes. Il semble que pour Hogg, ce test de fondement rationnel comme objet de la preuve des faits sociaux s'applique dans tous les cas de contestation constitutionnelle fondée sur les règles du partage fédéral des compétences⁷⁴. Certains doutent cependant du caractère systématique de l'utilisation de ce test et ce, même dans le seul contexte du contentieux du fédéralisme⁷⁵.

Quoi qu'il en soit, on peut généralement affirmer que la jurisprudence constitutionnelle antérieure à la *Charte* a aménagé avec beaucoup de souplesse les règles traditionnelles de preuve à l'égard des faits sociaux.

VII. Certaines adaptations postérieures à l'arrêt *Oakes* et les incertitudes de l'affaire du tabac à propos du volet «rationalité»

Dans l'histoire de la preuve des faits sociaux, la rigueur des exigences posées dans l'arrêt *Oakes* surprend. Elle contraste avec l'approche antérieure. Et avec celle qui a suivi.

L'arrêt *Oakes*, cause dans laquelle la constitutionnalité d'une loi était contestée au motif, cette fois, d'une violation de droits et libertés constitutionnellement protégés, a posé différemment les paramètres des règles du jeu en matière de preuve. Tout d'abord, on l'a vu, la Cour suprême a clairement utilisé un langage de fardeau de preuve, affirmant que la justification des limites apportées aux droits et libertés devait être démontrée selon une nette prépondérance des probabilités. De plus, dans la présentation des éléments à établir (objet de preuve), la Cour a soigneusement évité l'expression «fondement rationnel», semblant plutôt exiger une preuve de l'existence réelle de ces éléments. On avait donc ici deux nouveautés, soit : 1° l'explicitation de l'*intensité d'un fardeau de preuve* en matière constitutionnelle, et 2° l'élaboration d'*objets de*

⁷³*Renvoi anti-inflation*, supra note 10 à la p. 470.

⁷⁴Supra note 35 à la p. 1296 : «The *Anti-Inflation Reference* (1976) decides that, in distribution-of-powers (or federalism) cases, the proponent of legislation need show no more than a rational basis for legislative facts that are prerequisite to the validity of the legislation».

⁷⁵D'après Swinton, qui écrivait à ce sujet en 1990, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada démontre encore une certaine confusion quant à l'objet du fardeau de preuve dans les affaires de partage fédéral des compétences législatives. Elle écrit :

Yet there still remains some confusion about the weight to be given to evidence, for the Supreme Court of Canada does not always appear willing to adopt a rational basis test to support legislation. Indeed, dicta in some cases suggest that there must be some cogency to the evidence on which a government wishes to rely in supporting its laws (supra note 4 à la p. 83).

preuve de la nature de faits sociaux, mais à propos desquels on ne se satisfait plus de la rationalité de la croyance législative, puisqu'on exige apparemment, cette fois, une preuve de l'existence de ces faits.

Or les faits sociaux, on l'a vu, se prêtent mal à l'essentielle rigidité de ces standards de preuve⁷⁶. Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence ultérieure ait en quelque sorte eu à assouplir ces exigences⁷⁷.

M. le juge Lebel, de la Cour d'appel du Québec, évoque de quelle façon le contexte d'incertitude inhérent à l'élaboration des décisions législatives se prête parfois mal à certaines exigences de preuve. Il écrit, dans l'affaire du tabac :

Nous ne sommes pas placés devant un dossier où un plaideur particulier tenterait, par hypothèse, de démontrer que, dans son cas, sa consommation de tabac et la publicité faite par tel manufacturier dont il consommait les cigarettes ont causé son cancer du poumon ou son emphysème. Il s'agit plutôt de déterminer sur quelle base un législateur peut choisir d'agir, dans des perspectives incertaines.

Il faut comprendre les limites et la nature des choix politiques. Il est souvent difficile de prévoir l'avenir et d'anticiper les conséquences bénéfiques ou néfastes d'une politique gouvernementale. Bien conçue, une politique peut être mal appli-

⁷⁶Une des justifications de l'assouplissement des modes de présentation en preuve des faits sociaux a été l'objet limité de leur mise en preuve, soit l'établissement de la rationalité de la détermination législative qui sous-tend leur existence. Maintenant, la difficulté est donc que la rigueur du test judiciairement imposé est telle que l'on devrait logiquement avoir à rendre plus difficile la preuve des faits sociaux. Le résultat est ironique : la rigueur du test judiciairement imposé est si grande qu'elle sape la raison d'être de l'assouplissement judiciaire des règles d'admissibilité en preuve des faits sociaux, pourtant rendus plus nécessaires que jamais au processus décisionnel. Si on les a acceptés en preuve malgré qu'ils n'aient pas subi le test des règles de preuve traditionnelles, c'est que l'on n'avait qu'à analyser le fondement rationnel de leur évaluation par le législateur. Si on les utilise maintenant pour vérifier concrètement, *de novo* et de façon autonome, l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif poursuivi et le moyen utilisé, ainsi que l'absence d'autres moyens moins attentatoires, ils devront être prouvés avec beaucoup plus de rigueur et d'exhaustivité, ce qui, vu leur nature, est à toutes fins pratiques impossible. C'est en quelque sorte comme si la Cour, explicitant ce qu'elle souhaitait être un contrôle strict des limites apportées aux droits et libertés, s'était en fait privée des moyens de l'exercer.

⁷⁷La Cour suprême du Canada a elle-même rapidement rappelé la nécessaire marge de manœuvre législative que devaient respecter les tribunaux, même dans le contexte du contrôle judiciaire de constitutionnalité fondé sur la *Charte*. On se souviendra de l'affaire *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 35 D.L.R. (4^e) 1 [avec renvois aux R.C.S.], dans laquelle plusieurs juges se sont prononcés dans ce sens. M. le juge Dickson y a écrit, aux pp. 781-82 :

En évaluant les intérêts qu'ont les salariés du commerce de détail à bénéficier d'un jour commun de congé avec leurs familles et leurs amis par rapport aux droits que possèdent les personnes touchées en vertu de l'al. 2a), le législateur s'est engagé dans le processus envisagé par l'article premier de la *Charte*. Une «limite raisonnable» est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer la ligne de démarcation.

Et M. le juge LaForest ajoute, à la p. 795 : «[E]n cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées», et à la p. 801 : «[D]es décisions de ce genre [prévoir ou non des exemptions] appellent le jugement éclairé du législateur. Les juges ne disposent pas de l'information pertinente nécessaire pour décider où la ligne de démarcation doit être tracée».

quée. Les ressources institutionnelles nécessaires peuvent faire défaut, des obstacles imprévus survenir⁷⁸.

On voit donc se dessiner en jurisprudence une certaine reformulation du test des limites raisonnables, qui le replace en partie dans le contexte d'une analyse judiciaire du caractère rationnel de l'évaluation législative des faits, par opposition à celui d'une analyse judiciaire directe de l'existence de ces mêmes faits. Partant, cette adaptation porte sur l'objet de la preuve, et non sur l'intensité du fardeau de preuve. On pourra en effet demander la preuve, par prépondérance des probabilités, du caractère rationnel de l'évaluation législative de la réalité de certains faits.

Le malaise à opérer ce qui pouvait apparaître à d'aucuns comme un recul s'est cependant manifesté dans une certaine confusion conceptuelle. De plus, s'il semble aujourd'hui que l'on n'ait pas à prouver l'existence de *certain*s des faits sociaux allégués au soutien de la justification de limites apportées aux droits et libertés constitutionnellement protégés, et que la démonstration d'une croyance législative rationnelle à l'égard de ces faits suffira⁷⁹, il reste cependant à systématiser les paramètres de cet assouplissement⁸⁰.

L'évaluation du caractère raisonnable des limites apportées aux droits et libertés, telle que discutée dans l'arrêt *Oakes*, porte sur l'objectif législatif poursuivi, la rationalité des moyens législatifs choisis, l'existence d'autres moyens disponibles et enfin sur la proportionnalité en tant que telle entre l'atteinte aux droits et l'objectif social à protéger.

Lorsqu'une mesure est évaluée en vertu de l'article premier de la *Charte*, les tribunaux ont accepté que la preuve du caractère rationnel de l'appréciation législative de l'importance de l'objectif poursuivi pouvait parfois suffire. Certains juges de la Cour suprême du Canada l'ont fait dans *Irwin Toy*. On y a rappelé avoir déjà reconnu que «le gouvernement disposait d'une certaine latitude pour formuler des objectifs légitimes fondés sur des études de sciences humaines qui n'étaient pas totalement concluantes»⁸¹. En l'espèce, la Cour a respecté l'évaluation raisonnable qu'avait faite le législateur dans la détermination d'un important objectif législatif, soit la protection des enfants de moins de treize ans contre la publicité⁸².

⁷⁸R.J.R.-MacDonald Inc., *supra* note 1 à la p. 391.

⁷⁹Dans l'édition de 1992 de son ouvrage *Constitutional Law of Canada*, Hogg écrit (*supra* note 35 à la p. 1294, n. 53), à propos des justifications à la recevabilité des *Brandeis Briefs* : «[O]n some constitutional issues it is not necessary to prove legislative facts as strictly as adjudicative facts. In order to support legislation, a court may require no more than a showing that there was a rational basis for any underlying premise of legislative fact» [mes italiques]. On remarque ici la formulation beaucoup plus nuancée que celle qu'il utilisait en 1976, quand il semblait déduire de la nature des faits sociaux et du contrôle judiciaire la seule possibilité réaliste d'une évaluation du caractère raisonnable de la croyance législative en leur existence (voir le texte correspondant à la note 68).

⁸⁰Je n'aborderai pas ici la question de fond, soit l'analyse du type de secteur d'activités législatives à propos duquel les tribunaux se montrent prêts à assouplir les exigences du test de l'arrêt *Oakes*.

⁸¹*Supra* note 53 à la p. 990, rappelant l'arrêt *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712 aux pp. 777-79, 54 D.L.R. (4^e) 577.

⁸²M. le juge Dickson écrit (*Irwin Toy, ibid.* aux pp. 989-90) :

Il [le législateur] était tenu seulement d'exercer un jugement raisonnable dans l'iden-

Il est intéressant de remarquer que le juge de première instance, dans l'affaire du tabac, était lui aussi prêt à se satisfaire en l'espèce de la preuve du caractère raisonnable de la conclusion législative quant à l'importance de l'objectif poursuivi. Il s'exprime en ces termes :

[I] faut se demander si l'État était raisonnablement justifié, en regard de la documentation sociale et scientifique existant alors, à conclure à l'existence d'un problème législatif réel et urgent. L'État n'a pas à attendre une «certitude» scientifique avant d'agir, autrement il n'agirait pratiquement jamais⁸³.

Cette préoccupation du juge de première instance à l'égard de la capacité d'action législative contraste avec le reste de son opinion qui, au contraire, la limite considérablement. Il faut donc conclure que le souci qu'il manifeste porte sur les objectifs que peut viser un parlement et non sur les moyens que ce dernier peut utiliser à cet égard. Si, pour ce juge de première instance, l'état de développement scientifique ne doit pas paralyser le choix d'objectifs législatifs, l'analyse à laquelle il procède ultérieurement démontre que cet état pourra cependant considérablement entraver celui des moyens utilisés. La terminologie de fins et de moyens ne doit pas faire oublier que le «moyen» n'est ici autre chose que la loi contestée elle-même. Quant à l'«objectif», ce n'est peut-être que le rêve parlementaire l'ayant précédé⁸⁴.

Certaines décisions judiciaires ont aussi accepté de se satisfaire d'une conclusion législative voulant que le moyen choisi pour atteindre l'objectif portait le moins possible atteinte aux droits et libertés limités. Ainsi, dans l'arrêt *Irwin Toy*, la Cour suprême a fait ressortir l'inévitable compromis auquel devait en l'espèce procéder le législateur entre des revendications opposées, dans un contexte de ressources rares. Elle a souligné que ce genre de décisions exigeait «souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires [...]»⁸⁵. La Cour a fait confiance au choix législatif quant au point d'équilibre :

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 gouvernement⁸⁶.

tification du groupe vulnérable. [...] Lorsque le législateur arbitre entre les revendications divergentes de différents groupes de la collectivité, il est obligé de tracer une ligne de démarcation qui est à la fois le point de départ légitime des uns et le point où les autres disparaissent, sans être en mesure de savoir exactement où cette ligne se trouve. 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.

⁸³*Imperial Tobacco Ltd.*, *supra* note 1 à la p. 2293.

⁸⁴Sur l'importance et l'arbitraire de la qualification d'un objet comme une fin ou comme un moyen, voir par ex. *MacCrimmon*, *supra* note 29 à la p. 308, qui écrit : «One method of placing issues in context is to recognize the interconnectedness of goals. Goals can be means to other goals. Intermediate goals can be identified by asking under what conditions will this means achieve this end».

⁸⁵*Irwin Toy*, *supra* note 53 à la p. 993.

⁸⁶*Ibid.* à la p. 994.

De même, dans l'affaire *McKinney c. Université de Guelph*⁸⁷, où il était question de mise à la retraite obligatoire de professeurs d'université, la Cour suprême a respecté, quant au critère de l'atteinte minimale, l'évaluation faite par le législateur quant à une importante question socio-économique. M. le juge LaForest y a écrit :

Bref, [...] la question est de savoir si le gouvernement était *raisonnablement fondé* à conclure qu'il portait le moins possible atteinte au droit pertinent, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement [mes italiques]⁸⁸.

Il ajoute :

[L]es incidences de la retraite obligatoire sur l'organisation du milieu du travail et ses répercussions sur la société en général ne sont pas des questions susceptibles d'être évaluées précisément, et l'effet de sa suppression par autorisation judiciaire est encore moins certain. Dans ces domaines, les décisions découlent inévitablement de la combinaison d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ainsi que d'autres éléments. Ce sont des décisions où ceux qui participent aux activités politiques et législatives de la démocratie canadienne possèdent des avantages manifestes sur les membres du pouvoir judiciaire [...]⁸⁹.

Il a aussi rappelé, dans cette discussion de l'atteinte minimale, l'importance d'un tel respect de l'évaluation législative dans un secteur d'activités où les preuves de sciences sociales sont souvent contradictoires :

Comme notre Cour, le législateur avait devant lui des théories socio-économiques concurrentes à l'égard desquelles d'éminents professeurs ont naturellement des opinions divergentes. À mon avis, le législateur peut faire un choix entre elles et agir certainement avec prudence en apportant des modifications à des questions socio-économiques si importantes. Au sujet de ce genre de questions où il existe des éléments de preuve opposés en matière de sciences sociales [...] la question que doit trancher notre Cour est de savoir si le gouvernement était *raisonnablement fondé* à conclure que la Loi portait le moins possible atteinte au droit visé, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement⁹⁰.

On remarquera ici que ces décisions n'ont semble-t-il adapté le test de *Oakes* qu'en ce qui concerne l'objet à prouver, soit en substituant le caractère raisonnable de la conclusion législative à l'égard de certains faits sociaux à l'existence même de ces faits. L'intensité du fardeau développé dans l'arrêt *Oakes*, soit l'obligation de démontrer ces objets par prépondérance des probabilités, n'a pas, du moins expressément, été remise en question.

L'affaire du tabac met particulièrement en cause, également dans le contexte d'une question de politique sociale et économique, les modalités d'une éventuelle adaptation du volet «rationalité» du test de l'arrêt *Oakes*. On se souvient que la Cour suprême y a prévu à cet égard que, aux fins de la justification d'une mesure législative qui porte atteinte aux droits et libertés, on doit établir que cette mesure est rationnellement reliée à la fin légitimement poursuivie. Dans le contexte précis de l'affaire du tabac, cette question prend une

⁸⁷*Supra* note 39.

⁸⁸*Ibid.* à la p. 286.

⁸⁹*Ibid.* aux pp. 304-305.

⁹⁰*Ibid.* à la p. 309.

importance déterminante : le contrôle de la publicité des produits du tabac est-il rationnellement relié à un objectif de protection de santé publique ? Plusieurs conceptions s'affrontent ici, créant une confusion certaine.

Pour le juge de première instance, ce volet exige apparemment la preuve de l'existence réelle de la *probabilité* de l'efficacité du moyen législatif choisi. Selon lui, une simple *possibilité* d'efficacité ne suffirait pas⁹¹. À propos d'éléments de la preuve du procureur général tentant de démontrer la rationalité du choix législatif, éléments que par ailleurs il rejetait, il écrit en effet :

[I]ls n'établiraient qu'une possibilité que le bannissement de la publicité influence la consommation, rien de plus. [...] Confrontée avec toute la documentation existant avant l'adoption de la loi, cette possibilité ne dépasse pas le stade de la spéculation et elle ne s'élève certainement pas au rang de probabilité⁹².

Dans le jugement de la Cour supérieure, la référence au caractère raisonnable de l'évaluation législative ne se retrouve que dans la discussion de l'importance de l'objectif législatif visé⁹³. Il semble donc que, pour cette Cour, le contrôle judiciaire porte ici directement sur la rationalité du moyen choisi plutôt que sur le caractère raisonnable de l'appréciation législative.

On remarque avec intérêt que dans cette discussion d'un nécessaire assouplissement des exigences judiciaires à l'égard de la preuve de la rationalité de la solution législative, M. le juge Lebel, qui écrit le jugement majoritaire de la Cour d'appel, réfèrera souvent à l'inadéquation d'une stricte application du fardeau de preuve civile selon la prépondérance des probabilités. Il écrit notamment :

Si l'on applique rigoureusement le critère de la preuve civile, selon la balance des probabilités, on ne gouvernera pas [...].

On remarque aussi que le concept courant de preuve s'applique mal à ces débats [...]. [E]lle [la Cour suprême du Canada, dans certaines circonstances] paraît rejeter le concept civil strict de preuve pour exiger plutôt la démonstration d'un fondement raisonnable à l'action gouvernementale, tant lorsqu'il s'agit de justifier l'importance de l'objectif que de défendre la proportionnalité des moyens utilisés pour les atteindre⁹⁴.

Il ajoute :

Il importe de démontrer que le choix retenu par le législateur se situe dans le domaine des possibilités. Il ne s'agit pas d'une véritable probabilité. [...] La notion pure de preuve civile s'adapte mal à l'évaluation du caractère rationnel de l'action gouvernementale⁹⁵.

Or l'assouplissement qu'il propose concrètement porte sur l'objet du fardeau de la preuve, et non sur l'intensité de persuasion que doit susciter la preuve présen-

⁹¹Cette distinction entre possibilité et probabilité n'est pas sans rappeler la décision dans *Operation Dismantle* (*supra* note 51), où la Cour suprême a établi que, pour démontrer l'existence d'une violation des droits ou libertés, des spéculations sur des possibilités ne suffisaient pas.

⁹²*Imperial Tobacco Ltd.*, *supra* note 1 à la p. 2310.

⁹³*Ibid.* à la p. 2293.

⁹⁴*R.J.R.-MacDonald Inc.*, *supra* note 1 aux pp. 391-92.

⁹⁵*Ibid.* à la p. 396.

tée. Il écrit en effet que, aux fins de la justification de la rationalité de l'atteinte, le procureur général ne devait démontrer que la simple existence d'un *fondement raisonnable* à la conclusion législative quant à la *possibilité* d'efficacité de la mesure législative adoptée. Il n'avait pas à démontrer la *probabilité* d'efficacité de cette mesure *dans les faits*.

Celle-ci [la jurisprudence de la Cour suprême en matière de choix de politique sociale] suggère de rechercher si, dans sa défense de la limitation à un droit garanti par la Constitution, spécialement en matière de politique socio-économique et d'arbitrage entre des intérêts sociaux opposés, l'État a présenté une preuve qui indique l'existence d'un fondement raisonnable pour l'action choisie. Il importe de démontrer que le choix retenu par le législateur se situe dans le domaine des possibilités. Il ne s'agit pas d'une véritable probabilité [...]. Il faut plutôt déterminer si, sur la base de l'information disponible, le choix adopté fait partie des mesures qui, possiblement, pour un législateur agissant raisonnablement, permettront d'atteindre l'objectif recherché [...].

Sur ce point, l'on reconnaîtra volontiers qu'il n'existe pas, dans le dossier, de preuve démontrant que, suivant le critère de la preuve civile de la balance, l'interdiction de ces formes de publicité réussirait à atteindre cet objectif. Il en va tout autrement de conclure qu'il n'existe pas de telle possibilité et que toute base raisonnable fait défaut pour le choix législatif arrêté par le Parlement fédéral [...].

Dans l'ensemble, il me paraît que l'on se trouve devant une mesure législative dont l'utilité se discute, certes. Elle représente un choix politique et implique une expérience dont seul l'avenir permettra de dégager les conclusions. [L]e Procureur général du Canada avait présenté des éléments de preuve suffisants pour constituer une base raisonnable à l'action législative et justifier le lien rationnel entre l'objectif recherché et les moyens utilisés⁹⁶.

M. le juge Lebel s'appuie ici en partie sur certains passages d'une opinion dissidente de M. le juge Sopinka de la Cour suprême du Canada. Dans l'affaire *Dickason*⁹⁷, était discutée cette fois une loi provinciale de protection des droits. M. le juge Sopinka y a comparé l'analyse de ce type de loi à celle de la *Charte*, notamment quant aux degrés respectifs de déférence requise face aux limites apportées aux droits. Dans ce contexte, et rappelant certains arrêts antérieurs de la Cour suprême, M. le juge Sopinka a apparemment accepté que dans leur évaluation du volet «rationalité» de l'arrêt *Oakes*, les tribunaux puissent se satisfaire du caractère raisonnable de la détermination législative quant à l'existence d'un lien rationnel entre la mesure et l'objectif gouvernemental. Il s'exprime ainsi :

[D]ans le cas d'acteurs gouvernementaux, il est souvent difficile, voire impossible, d'établir de la façon habituelle qu'une mesure donnée atteindra effectivement son objectif. Par conséquent, si le législateur (fédéral ou provincial) ou un organisme gouvernemental avait un motif raisonnable de conclure que la mesure atteindrait son objectif, cela permet ordinairement de conclure à l'existence d'un lien rationnel entre la mesure et l'objectif gouvernemental⁹⁸.

On remarquera que l'on ne retrouve dans ce propos aucune indication sur la question de savoir si ce lien rationnel, objet de l'évaluation du législateur, sera

⁹⁶*Ibid.* aux pp. 396-400.

⁹⁷*Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, 95 D.L.R. (4^e) 439 [avec renvois aux R.C.S.].

⁹⁸*Ibid.* aux pp. 1195-96.

établi par la simple possibilité, ou encore par la probabilité d'efficacité du moyen législatif. De prime abord, le langage utilisé, soit «que la mesure atteindrait son objectif», peut être compris comme référant à une conclusion législative de l'ordre de la certitude quant à l'efficacité de la mesure adoptée.

M. le juge Brossard, de la Cour d'appel, qui écrit dans l'affaire du tabac une opinion en partie dissidente à propos de la compatibilité de certaines dispositions de la loi contestée avec la *Charte*, est apparemment le seul à avoir expressément pris soin de distinguer conceptuellement la question de l'objet du fardeau de preuve de celle de l'intensité de conviction que doit susciter cette preuve chez la juge des faits⁹⁹. Pour lui, dans l'analyse du volet «rationalité», on doit prouver la *possibilité* d'efficacité du moyen législatif (et non pas simplement le caractère raisonnable de la détermination législative d'une telle possibilité) et ce, en vertu de la *prépondérance des probabilités* :

En d'autres mots, je n'interprète pas *Oakes* et la jurisprudence subséquente comme signifiant nécessairement qu'il doit être au moins probable que le moyen choisi par le législateur va atteindre le but recherché. Je suis d'opinion que le test [*Oakes* et lien rationnel] sera rempli si, suivant la balance des probabilités, il est démontré qu'il est *au moins possible* que le but recherché sera atteint par le biais du moyen choisi [mes italiques]¹⁰⁰.

Il ajoute :

[L]e Procureur général ne s'est pas déchargé du fardeau qui lui incombait de démontrer, par prépondérance de preuve ou balance des probabilités, que la loi en litige était de nature, que ce soit probablement ou possiblement, dans tous ses aspects relatifs à la suppression de la publicité positive, à entraîner soit une diminution de la consommation des produits du tabac, soit à empêcher un consommateur de cesser de l'être s'il le désire, c'est-à-dire d'avoir un effet sur la consommation des produits du tabac¹⁰¹.

À la lecture de l'ensemble de ces opinions, la confusion semble ici importante quant à la preuve requise pour respecter le critère de rationalité posé dans l'affaire *Oakes*. Malgré certaines affirmations, il semble que le degré de preuve requis — soit la prépondérance des probabilités — demeure intact. Les divergences portent plutôt sur ce qui doit être prouvé par prépondérance des probabilités. L'objet de preuve, soit le fait social, pourrait être l'efficacité certaine, probable ou tout simplement possible de la mesure législative, ou encore la présence d'un lien de rationalité théorique et abstrait¹⁰². De plus, on pourrait exiger une preuve positive de l'existence de ce fait, ou encore se satisfaire de la preuve du caractère raisonnable de l'évaluation qu'en a faite le législateur. Les trois juges qui ont écrit dans l'affaire du tabac ont sur cette question des positions différentes. Une clarification s'impose.

⁹⁹*R.J.R.-MacDonald Inc.*, *supra* note 1. Il écrira en effet, à la p. 436 : «Je crois qu'il y a lieu, en amorçant ce sujet, de faire une distinction préliminaire entre le degré requis de preuve, suivant le test établi par l'arrêt *Oakes*, soit une prépondérance de la preuve, et la nature de la preuve requise».

¹⁰⁰*Ibid.*

¹⁰¹*Ibid.* à la p. 442.

¹⁰²Sur l'adéquation d'un tel lien de rationalité théorique et abstrait aux fins du contrôle constitutionnel fondé sur les règles du partage fédéral des compétences législatives, voir *supra* note 46.

Des considérations relevant de plusieurs ordres prévaudront à l'arbitrage ultime de cette question par la Cour suprême. Je n'en effleurerai ici que deux.

La Cour s'est déjà montrée sensible aux difficultés que posent les prises de décision législative sur des questions de politiques sociales et économiques. Elle sera probablement aussi réceptive à des arguments relatifs à la difficulté, voire à l'impossibilité de prouver la vérité d'allégations relatives à des faits sociaux, objets de spéculations et d'approximations et rarement de certitudes. À cause de l'incertitude inhérente à ces secteurs de connaissance, des règles de preuve devant les tribunaux, de la relative incapacité institutionnelle des tribunaux quant à l'établissement des faits, des coûts socialement inacceptables de certaines batailles scientifiques dans le forum judiciaire, et ce ne sont là que quelques exemples, personne ne pourra jamais prouver à un tribunal, par prépondérance des preuves ou autrement, que la consommation d'un produit cause certainement des dommages importants en termes de santé publique, et qu'une interdiction de publicité de ce produit entraînera certainement une diminution de sa consommation. Il se pourrait donc que, dans certains cas, on ait d'excellentes raisons de se satisfaire de la preuve du caractère raisonnable de la détermination législative quant à la possibilité d'efficacité de la solution législative adoptée.

Mais la Cour sera certainement aussi sensible à certains arguments d'équité. Si l'objet de la preuve de la rationalité de mesures qui portent atteinte aux droits est celui qui vient d'être évoqué, est-il encore utile de présenter une quelconque preuve contraire, à défaut de pouvoir démontrer l'irrationalité totale de ces mesures¹⁰³ ? La preuve de l'absence de lien rationnel deviendrait extrêmement difficile à faire.

Il est cependant possible qu'en matière de réglementation sociale et économique, cette difficulté de la démonstration d'inconstitutionnalité soit à la fois légitime et nécessaire.

Conclusion

Le nouvel empirisme que l'on retrouve dans la jurisprudence constitutionnelle exigera une adaptation des règles traditionnelles de preuve. Il met en jeu un type de faits étrangers à l'expertise traditionnelle des juges. J'ai discuté ici de questions relatives à l'objet et au degré du fardeau de preuve. D'autres questions se soulèvent aussi, à propos, cette fois, des modes de présentation des faits sociaux. L'affaire du tabac, au-delà de l'indéniable intérêt des questions de fond qu'elle soulève, fournit à la Cour suprême l'occasion de rétablir un peu de cohérence conceptuelle quant à d'importantes questions de preuve. Quant au reste, en ces matières, la rhétorique du possible et du probable ne fera oublier à per-

¹⁰³P. Freund, *On Understanding the Supreme Court*, cité dans Brest, *supra* note 44 à la p. 1006 : [T]he data are offered not for the truth of the facts asserted but only to establish that responsible persons have made the assertions and hold the opinions which are disclosed. [...] Consequently, the introduction of countervailing evidence would be immaterial. [...] The opponents must show that the opinion in support of the legislation is wholly untenable.

sonne qu'il s'agit surtout de la justice d'un arbitrage judiciaire dans un contexte d'incertitude factuelle et de relativité normative¹⁰⁴.

¹⁰⁴Voir C. Nesson, «Agent Orange Meets the Blue Bus: Factfinding at the Frontier of Knowledge» (1986) 66 Boston U. L. Rev. 521 à la p. 521 :

«[P]robability» as we use the term in law, particularly in the civil standard of proof, is not a hard-edged mathematical concept. It is, rather, a concept that incorporates less rigid ideas of justice and reflects the judicial function of resolving disputes in the real world, where values shift and knowledge is uncertain. An outcome is «probable» if it best accomplishes a just and acceptable resolution of the dispute. Probability, as a legal concept in the law of proof, suggests wisdom, probity, and approbation – not favorable betting odds.

Il ajoute à la p. 522 : «[T]he acceptability of a conclusion is not a simple function of mathematical probability, but rather is a complex matter of communication that depends on the nature of the issue, the process of decision and the purposes and audiences the conclusion serves».