

"Source : *La preuve : 1. L'habilité et la contrainte à témoigner 2. La forme de l'interrogatoire 3. La crédibilité 4. La moralité : Documents préliminaires de la section de recherche sur le droit de la preuve*, Commission de réforme du droit du Canada, 1972. Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2011."

Ces documents préliminaires ont été préparés par la section de recherche de la Commission de réforme du droit du Canada, responsable du droit de la preuve. Ils sont distribués dans le but d'obtenir des critiques et commentaires. Les recommandations qui s'y trouvent n'engagent pas la Commission.

LA PREUVE

1. L'HABILITÉ ET LA CONTRAINTE À TÉMOIGNER
2. LA FORME DE L'INTERROGATOIRE
3. LA CRÉDIBILITÉ
4. LA MORALITÉ

La Commission de réforme du droit du Canada souhaite qu'on lui fasse parvenir toute communication avant le 30 octobre 1972. Prière d'adresser toute correspondance à:
Me Jean Côté, Secrétaire
Commission de réforme du droit
du Canada

130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

AOÛT 1972
(Deuxième Tirage)



LA PREUVE

1. L'HABILITÉ ET LA CONTRAINTE À TÉMOIGNER
2. LA FORME DE L'INTERROGATOIRE
3. LA CRÉDIBILITÉ
4. LA MORALITÉ

Documents préliminaires de la
section de recherche sur le droit de la preuve

Membres de la section

Le juge R.J. Marin, Directeur

N. Brooks, B.A., LL.B.

R.J. Delisle, B.Sc., LL.B., LL.M.

Le doyen M.L. Friedland, Ph.D., LL.D., Commissaire

Le colonel H.G. Oliver (retraité), LL.B.

E.A. Tollefson, B.A., LL.B., B.C.L.

130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

INTRODUCTION AUX DOCUMENTS PRELIMINAIRES

Seules des règles de procédure susceptibles de se plier à la nature et à la complexité des litiges pourront assurer à notre droit substantiel un fonctionnement juste et efficace. Pourtant, la plupart de nos règles de preuve actuelles ont été établies en fonction d'une société et d'un genre de contestation judiciaire qui étaient différents de la société qu'elles doivent régier maintenant et des litiges actuels qu'elles doivent régler. C'est pour cette raison, et du fait qu'en matière de droit de la preuve il est impérieux de se reporter rapidement, avec autorité et de façon intelligible à la législation actuelle, que la Commission de réforme du droit a décidé d'entreprendre, en toute priorité, une étude critique sur le droit de la preuve en vue de sa codification.

NECESSITE D'UNE REFORME

Le public n'a jamais exigé la réforme du droit de la preuve d'une façon aussi marquée que pour les autres branches du droit substantiel. Il faut dire qu'en général, le droit de la preuve est en fait le droit des avocats; ceux qui ne font pas partie de la profession légale ne sont affectés qu'au moment de leur comparution devant les tribunaux. C'est pourquoi, exception faite de ces quelques règles de preuve qui se rapportent

au prévenu en raison de sa situation particulière devant le tribunal, le droit de la preuve n'a jamais constitué une question d'intérêt général. Cependant, ceux qui pratiquent le droit quotidiennement devant les tribunaux ont depuis longtemps reconnu l'urgence d'effectuer une réforme des règles actuelles du droit de la preuve. Celles-ci sont si complexes et si difficiles à définir qu'elles compromettent souvent le rôle du tribunal dans la manifestation de la vérité et ce, pour des raisons qui n'ont rien à voir avec la sauvegarde d'intérêts valables. Plusieurs de ces règles ne sont plus que des curiosités historiques maintenant que les conditions sociales ont évolué. Nous en avons plusieurs exemples: la complexité des affaires commerciales modernes et le recours toujours croissant aux enregistrements et aux ordinateurs, la tendance vers la spécialisation qui est à l'origine du rôle toujours plus grand joué par les experts, le fait qu'aujourd'hui les jurés sont mieux formés et plus avertis, le développement de la psychologie qui nous permet maintenant de mettre en doute les postulats sur le comportement humain qui sont à la base de nos règles, l'évolution de la notion de justice envers l'accusé et enfin le pressant besoin d'accélérer les procès, particulièrement dans les affaires civiles.

POURQUOI CODIFIER?

La codification s'impose dans le domaine de la preuve peut-être davantage que dans toute autre branche du droit, les

règles de la preuve devant être accessibles, compréhensibles et susceptibles d'une application sûre. L'accessibilité de ces règles évitera qu'on interrompe le déroulement méthodique du procès pour régler les questions de preuve. Le processus judiciaire risque, à défaut de règles simples, concises et intelligibles, de ne pas donner satisfaction à ceux-là qui sont touchés par les procédures devant les tribunaux. Si l'imprécision des règles et la difficulté d'en prévoir l'application raisonnablement certaine mettent l'avocat dans l'embarras lors de la préparation de sa cause pour le procès, la multiplication des appels portant sur des questions de preuve risque de compromettre l'efficacité des tribunaux.

En vertu de la pratique actuelle, plusieurs problèmes de preuve ne se rendent pas devant les tribunaux d'appel. La façon de régler ces problèmes varie d'un tribunal à l'autre, et de ce fait/^{rend} la recherche juridique harassante et insatisfaisante. Par ailleurs, les quelques questions de preuve qui sont portées en appel ont souvent trait à des points de droit de portée restreinte, de sorte que les tribunaux n'ont pas l'occasion d'énoncer des critères bien définis pour leur application. En outre, ce ne sont pas les décisions traditionnelles des cours d'appel qui peuvent apporter une réponse satisfaisante à certains problèmes de preuve.

COMMENT CODIFIER?

L'une des considérations principales qui doit inspirer la rédaction d'un nouveau code de la preuve réside dans la capacité de ses règles de fond de résoudre convenablement chaque cas d'espèce. La section de recherche est toutefois d'avis qu'il est aussi important d'avoir un droit clair, précis et complet. Ces considérations découlent nécessairement des motifs invoqués ci-haut à l'appui de la codification. Bien que la section de recherche n'envisage pas de créer un code de la preuve qui définisse jusque dans ses moindres détails toutes les étapes du procès et toutes les règles de recevabilité de la preuve, il n'en reste pas moins que ce code doit être suffisamment articulé pour servir de guide aux tribunaux, aux avocats et à tous ceux qui s'intéressent aux procédures judiciaires. De plus, si l'on veut qu'il serve à régler convenablement chaque cas d'espèce, le code ne doit pas emprisonner le droit de la preuve dans un cadre rigide, mais au contraire, il doit permettre aux tribunaux d'exercer avec modération leur pouvoir discrétionnaire, et leur confier l'interprétation de ses dispositions à la lumière des principes du common law et des objectifs fondamentaux du code.

LA METHODE SUIVIE DANS LA REFORME

Les membres de la section de recherche sur le droit de la preuve ont adopté, pour les travaux effectués à la Commission, la méthode de la réflexion collective. Ils se livrent à des

recherches approfondies dans les différents domaines du droit de la preuve, recueillent des données, préparent des études, et discutent ensemble des différentes possibilités législatives qui s'offrent à eux, jusqu'à ce qu'ils aient cerné les problèmes et que s'en dégagent des solutions d'essai. Au besoin, la section commandite aussi des recherches interdisciplinaires.

Les documents préliminaires, ainsi que la formulation des projets de loi proposée par la section, seront adressés aux différentes commissions provinciales de réforme du droit, à tous ceux que les projets de loi touchent de près et aux organisations, hauts fonctionnaires, avocats, juges et professeurs de droit qui ont manifesté le désir de revoir et de commenter les recommandations préliminaires. La section de recherche soumettra alors à la Commission ses recommandations finales, de même que les réponses qu'elle aura reçues. A son tour la Commission proposera, sous la forme d'un document de travail, un projet de code de preuve qui sera distribué à travers le Canada avec notes explicatives. Enfin, après l'étude des réponses reçues, la Commission soumettra au ministre de la Justice ses recommandations, y compris un projet de code de preuve. Il y a lieu de noter que les documents préliminaires distribués par la section de recherche n'engagent pas la Commission. Lors de la rédaction de son document de travail, la Commission considérera non seulement le point de vue de la section de recherche, mais aussi l'opinion de tous ceux

qui lui auront fait parvenir leurs observations sur les différents documents préliminaires. De cette façon, la contribution des membres de la profession juridique et celle du public exerceront toute leur influence.

Nous espérons que ce mode de discussion et de consultation nous permettra de confronter la compréhension des problèmes qui résulte soit de recherches intensives, soit de l'expérience pratique des juges, des avocats, et de tous ceux qui sont affectés par les règles. Nous espérons aussi susciter une prise de conscience des objectifs du droit et de ses limites, et qu'il en résulte une meilleure acceptation des règles proposées.

OBJECTIFS VISES PAR LA DISTRIBUTION DES DOCUMENTS PRELIMINAIRES

Les documents préliminaires que nous distribuons afin de susciter des commentaires poursuivent un double but. D'une part, ils veulent faire connaître aux personnes consultées les difficultés et les restrictions inhérentes à la réforme de ce domaine du droit, et les objectifs visés par les règles. D'autre part, ils cherchent à provoquer des commentaires et des critiques dont la Commission de réforme du droit pourra tenir compte dans la reformulation des articles proposés. En raison des objectifs qu'ils visent et de leur distribution à un public aux préoccupations et aux sphères d'activité variées, ces documents ne comportent ni autorité ni renvoi. On a tenté

de cerner simplement les postulats et les problèmes propres à chaque sujet, et d'énoncer les solutions d'essai proposées par la section. Nous espérons que cette façon de faire s'avérera profitable.

TEMOIGNAGES

La section de recherche est convaincue de l'importance d'études comparatives dans les travaux de réforme. C'est pourquoi elle a analysé des documents provenant de différents pays et y a puisé généreusement lorsqu'à son avis, la solution proposée à l'étranger pouvait s'appliquer à la situation prévalant au Canada. Dans les domaines explorés jusqu'à ce jour, elle a notamment étudié de près les travaux de "l'English Criminal Law Revision Committee", le "Draft Evidence Code (First Part) of the Scottish Law Commission", les lois sur la preuve en vigueur en Israël et dans les provinces australiennes, et les récentes codifications américaines, y compris le "Model Code of Evidence", les "Uniform Rules of Evidence", les "Proposed Rules of Evidence for the United States District Courts and Magistrates", et enfin le "California Evidence Code". En raison de différences considérables sur le plan de la procédure, les règles de preuve en vigueur dans les pays d'Europe continentale ne nous ont pas été d'un grand secours.

La section de recherche tient aussi à souligner combien lui ont été utiles les études, excellentes et bien documentées, préparées à l'intention de l'"Ontario Law Reform Commission", et que cette dernière a bien voulu lui transmettre.

PREMIERS DOCUMENTS

Ce premier groupe comprend trois documents préliminaires traitant des règles de preuve concernant les témoins: (1) qui devrait être habile à témoigner? (2) dans quel ordre et de quelle façon doit-on rendre témoignage? et (3) comment attaquer et étayer la crédibilité des témoins? Un quatrième document porte sur la recevabilité et la façon de faire la preuve de la moralité des parties.

Dans trois ou quatre mois, la section de recherche espère être en mesure de distribuer des documents portant sur: (1) la contrainte de l'accusé à témoigner, (2) la connaissance judiciaire, (3) le fardeau de la preuve, (4) les aveux, (5) les preuves d'opinion et les preuves d'experts, (6) le secret professionnel, (7) l'ouï-dire.

Document préliminaire #1

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA

Document préliminaire
préparé par

la section de recherche sur le droit de la preuve

L'HABILITE ET LA CONTRAINTE A TEMOIGNER

UNE FACON DE FORMULER LE PROJET DE LOI

L'habilité et la contrainte à témoigner

- Article 1.
- (1) En l'absence d'une disposition contraire du présent code, toute personne est habile à témoigner et peut être contrainte de le faire par l'une des parties, soit dans un procès soit dans toute autre procédure de nature pénale ou civile.
 - (2) Sont inhabiles à témoigner le juge, le président du tribunal ou quiconque doit décider des faits.
 - (3) / Comme la question de l'immunité étatique et diplomatique, ainsi que celle de la contrainte de l'accusé à témoigner, n'ont pas fait jusqu'à présent l'objet d'une étude approfondie, la législation proposée ici ne veut pas toucher à ces matières /
- Article 2.
- (1) Le témoin ne prête pas serment et ne fait pas l'affirmation solennelle; toutefois, le juge ou le président du tribunal doit lui faire la déclaration suivante:

"Vous êtes tenu de dire la vérité.
Vous commettrez une infraction grave si, de propos délibéré, vous n'agissez pas conformément à cette obligation."
 - (2) Le juge ou le président du tribunal peut, à sa discrétion, donner à un enfant, à un faible d'esprit ou à tout témoin de même calibre, les directives supplémentaires qu'il croit pertinentes.

COMMENTAIRE

ARTICLE 1 - LA REGLE GENERALE AU SUJET DE L'HABILITE ET DE LA CONTRAINTE A TEMOIGNER

Introduction

Autrefois, le common law refusait la qualité de témoin à certaines personnes, malgré leurs connaissances des faits en litige. Ainsi l'indignité, l'intérêt, la déficience mentale, l'absence de discernement en raison de l'âge, constituaient autant de causes d'incapacité à témoigner, au même titre que le fait de ne pas professer la foi chrétienne. De nos jours, on a plutôt tendance à n'empêcher personne de rendre témoignage tout en donnant au juge ou au juré la permission de faire intervenir dans l'appréciation de la force probante du témoignage les faits qui, par le passé, étaient considérés comme des causes d'incapacité à témoigner. Les modifications législatives que nous proposons ne sont que l'aboutissement logique de ce courant d'opinion. Les règles relatives à la corroboration du témoignage reflèteront, au besoin, les tempéraments apportés aux conditions entourant l'habilité à témoigner.

.../2

LA QUESTION DU DISCERNEMENT

La jurisprudence offre peu d'exemples d'incapacité à témoigner pour manque de discernement; d'ailleurs peu d'avocats citeraient de tels témoins. Si le juge est amené à s'interroger sur l'aptitude psychologique d'un témoin, il lui est extrêmement difficile de déterminer si l'incapacité du témoin porte atteinte à la crédibilité du témoignage ou entache la recevabilité. Il vaut donc mieux que les jurés, à la lumière de directives appropriées de la part du président du tribunal, tiennent compte de l'incapacité du témoin dans la détermination de la force probante qui peut être accordée au témoignage.

LES ENFANTS

La loi actuelle comporte des dispositions spéciales en ce qui concerne le témoignage des jeunes enfants. Le juge doit s'assurer que l'enfant comprend la nature du serment avant d'en permettre la prestation. Si le juge croit que l'enfant, incapable de comprendre la nature du serment, peut toutefois comprendre l'obligation de dire la vérité, il peut recevoir le témoignage, mais celui-ci ne peut être décisive à moins qu'il ne soit corroboré. La complexité des règles actuelles et les risques d'erreurs qui s'ensuivent, de même que les interprétations divergentes auxquelles elles donnent

lieu, exigent qu'elles soient modifiées sans nécessairement poser la question de savoir si elles sont justes ou injustes.

De nos jours, l'attitude des juges à l'endroit du témoignage des enfants, même de ceux qui ont prêté serment, consiste à rappeler au jury la faiblesse de l'enfant qui tient à son manque de maturité et qui peut amoindrir sa capacité d'observation, sa mémoire, sa faculté de communiquer avec autrui et sa responsabilité morale. Il n'y a donc aucune raison de poser au témoignage des enfants des obstacles additionnels qui n'existent pas lorsqu'il s'agit des adultes. De plus, comme il est difficile de distinguer entre les divers états ou degrés d'inaptitude psychologique, il vaudrait mieux tenir compte de l'infériorité de l'enfant dans l'appréciation de sa crédibilité et non à en faire une question d'habilité à témoigner. Demander à un enfant quel châtimeⁿt Dieu impose pour un mensonge proféré sous serment, c'est tenter d'obtenir une réponse qu'un adulte, même le plus savant des théologiens, ne saurait donner. Bien que les questions préliminaires présentement posées à l'enfant puissent bien lui faire comprendre le sérieux de sa déposition, on pourrait atteindre le même but, et de façon directe, en lui expliquant clairement l'importance de dire la vérité. Avant de formuler une recommandation définitive à la Commission, nous nous proposons d'attendre le résultat d'études empiriques sur la question du témoignage des

enfants; nous étudierons entre autres le système en vigueur en Israël qui, dans les procès pour infractions sexuelles, permet la communication au tribunal du témoignage des enfants par l'intermédiaire d'une personne chargée de recueillir la déposition, sans exiger la comparution de l'enfant devant le tribunal.

LE JUGE ET LES JURES

Si on demandait à un juge ou à un juré de témoigner dans la cause dans laquelle il siège, cela soulèverait de nombreux problèmes. Si l'on contredit son témoignage ou qu'on met en doute sa crédibilité, devra-t-il être lui aussi appelé à juger de la valeur de sa propre déposition? Revient-il au juge de fixer les limites de son propre contre-interrogatoire? Est-il possible à l'avocat de mener à bien un contre-interrogatoire sans craindre d'indisposer celui qui sera le juge de sa cause? Le témoignage d'un juge exercerait-il une influence indue sur les jurés? Reconnaître à un juge ou à un juré l'habilité à témoigner, ce serait battre en brèche le principe de la nécessité d'un tribunal impartial aux yeux de tous. La législation projetée qui leur nierait la capacité de témoigner, ne saurait avoir de répercussions sérieuses car il est assez rare que leur déposition soit essentielle; dans les cas où elle le serait, on pourrait prendre les mesures nécessaires pour faire appel à un autre arbitre.

LES AVOCATS

Même si dans le passé, au Canada, un grand nombre de décisions ont nié à l'avocat la capacité de témoigner, les arrêts récents affirment qu'en principe, il est habile à rendre témoignage mais qu'en pratique, cela soulève de sérieuses objections et qu'il doit s'en abstenir. D'une part, donc, il y a une foule de raisons qui militent contre la comparution de l'avocat comme témoin et ces raisons l'inciteront à s'abstenir de témoigner; d'autre part, il peut y avoir des cas où les fins de la justice seraient gravement compromises s'il lui était strictement interdit de se présenter à la barre. Nous sommes d'avis qu'il s'agit là d'un problème d'éthique professionnelle du ressort des autorités provinciales. Voilà pourquoi nous ne recommandons pas de retirer aux avocats l'habilité de témoigner dans les affaires où ils occupent.

LE TEMOIGNAGE DU CONJOINT

En vertu de l'article 4 de la "loi sur la preuve au Canada", le conjoint d'un accusé n'est pas habile à témoigner pour le compte de la poursuite mais il en a la capacité et l'obligation lorsque le procès porte sur certaines infractions que l'article énumère. Cet article prévoit aussi que le conjoint peut refuser de divulguer une communication que son conjoint

lui a faite durant le mariage. La raison pour laquelle ces deux règles de droit vont faire l'objet de la discussion qui va suivre, réside dans le fait qu'on les a conservées depuis au moins un siècle pour une seule et unique raison: la protection du lien conjugal. Nous avons l'intention de recommander à la Commission d'abolir ces deux règles et de conférer au conjoint de l'accusé la capacité et de lui imposer l'obligation de témoigner dans tous les cas, tant pour la Couronne que pour la défense. Nous suggérons également de supprimer le privilège relatif aux communications faites durant le mariage. Nous ne sommes arrivés à cette décision qu'après avoir pesé les avantages respectifs de la sauvegarde du lien conjugal d'une part et de la protection de la société contre un individu susceptible de constituer un danger public d'autre part.

L'HABILITE ET LA CONTRAINTE DU CONJOINT A TEMOIGNER

Cette règle de Common law portant qu'un conjoint est inhabile à témoigner pour ou contre son conjoint tient à ce que, historiquement, les époux étaient censés former une seule personne. Si un conjoint était partie à un procès et, de ce fait, était inhabile à témoigner en raison de son intérêt dans la cause, on considérait que l'autre conjoint était également inhabile à témoigner. Lorsque l'on a cessé de croire à cette

fiction de l'unité mystique entre mari et femme, on a justifié l'inhabilité du conjoint par son intérêt dans toute poursuite intentée contre son conjoint. Depuis que cette idée de la communauté des intérêts a cessé de justifier l'inhabilité du conjoint, on affirme que l'obligation imposée à l'un des époux de témoigner contre l'autre risquerait de mettre en péril le lien conjugal. De ce fait, la règle semble n'être rien d'autre qu'un caprice, au lieu de constituer l'aboutissement d'une décision de principe mûrement réfléchie. D'ailleurs, et cela confirme bien notre point de vue, si la règle découlait d'une décision rationnelle et fondamentale, elle ne s'appliquerait pas uniquement au couple, mais à la cellule familiale tout entière. Et pourtant, personne n'a proposé l'adoption d'une législation rendant le père et le fils ou la mère et la fille inhabiles à rendre témoignage les uns contre les autres pour le compte de la poursuite.

Au siècle dernier la société a sans doute répugné à compromettre de quelque façon le lien du mariage. Il faut se rappeler qu'en Angleterre, jusqu'en 1857, les mariages ne pouvaient être dissous que par une mesure législative spéciale. Toutefois, au Canada, l'adoption de la récente loi sur le divorce prouve que, de nos jours, on ne cherche pas à préserver un mariage à tout prix. Aussi se pourrait-il fort bien qu'après

avoir pesé le pour et le contre, notre société attache plus d'importance à la condamnation d'un coupable qu'à la sauvegarde du petit nombre de mariages que l'abolition de cette cause d'inhabilité à témoigner pourrait compromettre. Si un conjoint accepte de témoigner en faveur de la poursuite, il y a peu d'espoir, dans la plupart des cas, de sauvegarder l'harmonie conjugale. Il n'y a aucune raison pour qu'un accusé puisse interdire à son conjoint de rendre témoignage. Nous nous proposons donc de recommander qu'à tout le moins, on reconnaisse aux conjoints l'habilité à témoigner pour la poursuite.

Nous avons également l'intention de recommander que les conjoints puissent être contraints de témoigner pour la poursuite dans tous les cas, et non seulement dans les cas énumérés à l'article 4. Nous invoquons trois raisons à l'appui de cette proposition. Premièrement, alors que les crimes énumérés à l'article 4 laissent entrevoir, par leur nature même, que le mariage est sérieusement compromis et qu'il ne vaut peut-être pas la peine de le préserver, il est difficile de tracer une ligne de démarcation entre ces crimes et bien d'autres qui pourraient être ajoutés à la liste. Deuxièmement, si le conjoint est obligé de témoigner, il n'a pas à en prendre lui-même la décision, ce qui le libère des pressions dont il pourrait faire l'objet à la suite d'une telle décision. Enfin, si c'est la loi qui exige la comparution du conjoint à titre de témoin, les

risques d'animosité entre époux en seront réduits d'autant puisque l'accusé saura que son conjoint ne se porte pas témoin de sa propre initiative. Il y a également lieu de souligner que le conjoint de l'une des parties est fréquemment tenu de témoigner à la demande de l'un ou l'autre des plaideurs dans une action civile ou dans une poursuite en vertu de lois provinciales; rien ne prouve que des unions ont été brisées pour autant. Il faut toutefois reconnaître que dans certains cas il peut être cruel d'exiger des membres de sa famille qu'ils témoignent contre un accusé. On pourrait trancher ce dilemme en donnant le droit au président du tribunal, dans chaque cas d'espèce particulier, de peser les intérêts de l'harmonie familiale d'une part et de la protection de la société d'autre part et, au besoin, de mettre ce témoin à l'abri des conséquences civiles ou pénales de son refus de témoigner.

LES COMMUNICATIONS ENTRE EPOUX DURANT LE MARIAGE

Dans l'état actuel du droit, aucun témoin ne peut être contraint de divulguer une communication que son conjoint lui a faite durant le mariage. Si cette règle a pour but de protéger le lien qui unit les époux au moment du procès, on peut recourir aux mêmes arguments avancés au soutien de l'habilité et de la contrainte des conjoints à témoigner. Si la règle a pour motif d'encourager une franche communication entre mari

et femme, il n'est pas du tout certain que le droit d'un conjoint de confesser librement à l'autre la commission d'un crime soit essentiel au maintien des relations conjugales. Il n'est pas davantage certain qu'il constitue une valeur assez importante pour mériter d'être protégé pour quelque autre raison. Même si cela était, la loi actuelle n'a probablement aucune influence sur la divulgation de secrets entre époux. En effet, très peu de citoyens connaissent l'existence même de ce privilège. Réciproquement, une personne au courant de la législation actuelle ne pourrait jamais avoir la certitude de bénéficier pour toujours d'un privilège que le divorce est susceptible de réduire à néant.

Dans sa forme actuelle, la règle n'a aucun sens. S'il est vrai qu'elle a pour but d'enlever toute barrière aux communications entre époux, elle ne confère pas le privilège à la bonne personne. Aux termes de l'article 4, c'est le conjoint appelé à témoigner qui bénéficie du privilège; mais si l'on veut favoriser la spontanéité des époux, c'est à la personne qui fait la confidence, et non à celle qui la reçoit, qu'on devrait octroyer le privilège. En outre, celui-ci ne s'étend pas aux actes à caractère privé ou confidentiel posés en présence du conjoint. Il n'englobe pas la famille tout entière et ne s'applique pas aux échanges avec les mineurs ou autres enfants à charge.

En conséquence, nous nous proposons de recommander l'abolition du privilège relatif aux communications entre époux faites durant le mariage.

ARTICLE 2 - LE SERMENT

Le recours au serment dans les poursuites judiciaires, tout comme la législation relative à l'habilité des témoins, a connu des avatars au cours de son histoire. Il y eut, bien sûr, une époque où le serment était considéré comme un moyen de preuve. Ensuite il servit à empêcher de témoigner toute personne qui n'était pas chrétienne et refusait de prêter serment sur les Saints Évangiles. Au milieu du 18^e siècle, on a décidé que l'exigence du serment n'excluait que ceux qui n'avaient aucune crainte du châtement divin. Enfin, dans l'Angleterre du 19^e siècle, les athées et ceux qui refusaient de prêter serment par scrupule de conscience furent autorisés à témoigner faisant l'affirmation solennelle, comme le prévoit la loi canadienne actuelle. En vertu de l'article 14 de la "Loi sur la preuve au Canada", avant d'être autorisé à faire l'affirmation solennelle, le témoin doit s'opposer à prêter serment par "scrupule de conscience". Nous pensons qu'une personne ne devrait pas être tenue de faire état publiquement de ses croyances religieuses ou de son absence de croyance. A tout le moins, la loi devrait-elle donner à l'accusé le choix

de prêter serment ou de faire l'affirmation solennelle. Il suffirait de stipuler qu'avant de déposer, tout témoin devra prêter serment ou faire une affirmation ou déclaration de la façon prévue par la loi. Toutefois, certains juges ou jurés peuvent penser qu'une affirmation a un effet intimidant moins fort et ne permet pas d'accorder au témoin la même confiance qu'à celui qui dépose sous serment. Cette façon de voir est inadmissible car elle amoindrit injustement la valeur du témoignage précédé d'une affirmation tout en valorisant sans raison le témoignage rendu sous serment. Voilà pourquoi nous nous proposons d'aller plus loin et d'abolir complètement le serment. Plusieurs pays reconnaissent la force de l'intérêt personnel dans les causes pénales, en n'exigeant pas de l'accusé et de ses parents qu'ils prêtent serment, et même en l'interdisant. Bon nombre de gens ne prennent pas le serment au sérieux; pour beaucoup il est devenu un rite de pure forme et n'a aucun sens. De fait, il se peut que les religions constituées se sentent soulagées de la disparition de cet appel à Dieu pour ces serments dont ont sait fort bien qu'ils constituent souvent des parjures. De toute façon, il s'agit là d'une question sur laquelle nous aimerions avoir l'opinion des autorités religieuses. Nombre de croyants voient sans doute l'hypocrisie inhérente au mode actuel de l'assermentation. Dans plusieurs cas, il ne s'agit rien de moins que d'un blasphème. De plus, toutes les croyances religieuses exigent le respect de la vérité, peu importe que le témoin ait fait l'affirmation solennelle ou prêté serment.

Le serment est donc plus qu'un vestige du passé, c'est un rite qui, à sa façon, contribue dans une certaine mesure à conserver à la procédure d'audience son aspect mystique. A une époque où le respect des tribunaux doit provenir de l'impartialité de leurs débats et de l'importance de leurs fonctions, l'assermentation n'a plus sa place. L'obligation de dire la vérité doit naître chez le témoin, non pas de l'idée du châtement divin, ni de l'affirmation solennelle devant Dieu, ni même de l'obligation morale de dire la vérité, mais plutôt de sa responsabilité de citoyen vivant dans une société démocratique. La législation que nous nous proposons de recommander rappelle au témoin le but du procès et les conséquences de son témoignage: elle peut s'avérer tout aussi efficace pour lui inculquer le sens de ses responsabilités, que la simple répétition d'un serment.

Document préliminaire #2

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA

Document préliminaire
préparé par

la section de recherche sur le droit de la jeune

LA FORME DE L'INTERROGATOIRE

UNE FAÇON DE FORMULER LE PROJET DE LOI

LA FORME DE L'INTERROGATOIRE DES TEMOINS

- Article 1.
- (1) La partie qui présente une preuve détermine la forme de l'interrogatoire du témoin et le mode de présentation de la preuve. Toutefois, le juge ou le président du tribunal exerce avec modération un contrôle sur l'interrogatoire et la présentation de la preuve et veille à ce que la déposition du témoin soit juste, rapide et intelligible.
 - (2) Dans l'exercice du contrôle dont il est fait mention au paragraphe (1), le juge ou le président du tribunal décide de toute question, y compris:
 - (a) l'ordre de la citation et de l'interrogatoire des témoins et de la présentation de toute autre preuve;
 - (b) le nombre des témoins qu'une partie peut citer pour témoigner sur un fait pertinent;
 - (c) le nombre d'avocats qui, au nom d'une partie, peuvent interroger ou contre-interroger un témoin;
 - (d) les limites qui peuvent être imposées à l'interrogatoire et au contre-interrogatoire d'un témoin, afin que
 - (i) le témoin ne soit pas induit en erreur, intimidé ou importuné et que
 - (ii) dans la mesure du possible, le témoin puisse donner son témoignage d'une façon continue, sous une forme narrative;
 - (e) l'emploi par les témoins et les avocats de maquettes, cartes, plans, photographies et autres objets ou documents semblables dans le but d'illustrer la déposition d'un témoin ou l'plaidoirie d'un avocat; et

- (f) l'emploi de pièces par le jury, ou quiconque doit décider des faits, durant leurs délibérations sur le verdict.

Article 2.

- (1) Sauf les dispositions du paragraphe (2), la partie qui cite un témoin ne devrait pas formuler sa question de façon à suggérer la réponse souhaitée.
- (2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas lorsque le juge ou le président du tribunal est d'avis que:
 - (a) la question se rapporte à des matières préliminaires ou non contestées;
 - (b) toute autre façon d'interroger le témoin ferait indûment trainer en longueur sa déposition étant donné son état psychologique ou physique, la difficulté qu'il éprouve à s'exprimer dans la langue des débats, son âge ou toute autre raison analogue;
 - (c) le témoin tait délibérément une preuve relative à des questions qui lui sont connues;
 - (d) le témoin est réticent à témoigner, ou donne des réponses évasives;
 - (e) la question est de nature à faire ressortir, d'une façon équitable, compte tenu des circonstances, l'opinion que le témoin entretient de bonne foi.
- (3) La partie qui contre-interroge un témoin cité par une autre partie peut formuler sa question de façon à lui suggérer la réponse souhaitée, sauf dans les cas où le juge ou le président du tribunal décèle chez ce témoin le désir de ne donner que des réponses susceptibles de venir en aide à la partie qui l'interroge ou de nuire à une autre partie.

Article 3.

Le juge ou le président du tribunal peut:

- (a) citer un témoin, que ce soit ou non à la demande de l'une des parties; celles-ci peuvent toutefois interroger ce témoin; et
- (b) interroger un témoin de la façon et dans la mesure qu'il juge à propos.

- Article 4.
- (1) Sous réserve du paragraphe (2), une partie qui interroge un témoin peut lui poser toute question, ou se servir de tout écrit, objet ou autre moyen de nature à stimuler sa mémoire, si le juge ou le président du tribunal décide que:
 - (a) le témoin est incapable de se souvenir parfaitement d'une matière de l'interrogatoire, et que
 - (b) la question ou tout autre façon de stimuler la mémoire est de nature à l'aider à se remémorer la matière sans l'induire en erreur ou l'inciter au mensonge.
 - (2) La partie adverse a le droit de faire produire et d'examiner tout écrit, objet ou tout autre mode d'aide-mémoire qu'un témoin emploie avant ou pendant sa déposition, et elle a le droit de contre-interroger le témoin à ce sujet et de mettre en preuve les parties de l'écrit qui ont trait au témoignage. Toutefois, s'il est allégué que l'écrit, l'objet ou le mode d'aide-mémoire comporte une matière non pertinente à l'objet du témoignage, le juge ou le président du tribunal doit:
 - (a) examiner la matière en question en l'absence du jury ou de quiconque doit décider des faits;
 - (b) en retrancher les parties qui ne sont pas pertinentes à la déposition du témoin;
 - (c) conserver toute partie extraite à la suite d'une objection, aux fins d'un appel éventuel de la décision;
 - (d) ordonner que le reste de la matière soit remis à la partie qui y a droit.

- Article 5.
- (1) Sauf les dispositions du paragraphe (2), le juge ou le président du tribunal doit, à la demande d'une partie au litige, exclure de la salle d'audience ou de l'endroit où se déroulent les procédures tous les témoins qui ne sont pas en train de faire leur déposition, de façon à éviter qu'ils puissent entendre la déposition des autres témoins.
 - (2) Le juge ou le président du tribunal ne doit pas exclure de la salle d'audience ou de

l'endroit où se déroulent les procédures:

- (a) l'accusé dans une affaire pénale, une partie à une instance civile ou à tout litige;
 - (b) le dirigeant ou l'employé désigné par l'avocat d'une personne autre qu'une personne physique qui est accusée dans une affaire pénale ou qui est partie à une instance civile ou à tout litige;
 - (c) toute personne, telle un témoin expert, dont la présence est essentielle à la présentation de sa cause, selon que peut l'établir la partie;
 - (d) toute personne dont la présence de l'avis du juge ou président du tribunal ne porte pas préjudice à l'une ou l'autre partie.
- (3) Sans égard à l'exclusion des témoins prévue par le paragraphe (1), le juge peut défendre aux témoins ou aux avocats de discuter du témoignage rendu dans une cause avec un témoin qui n'a pas encore déposé.

COMMENTAIRE

ARTICLE 1 - REGLE GENERALE CONCERNANT LA MARCHE DU PROCES

Introduction

L'article proposé veut codifier les règles du droit actuel qui déterminent les pouvoirs du juge sur la conduite du procès. L'article établit clairement que le rôle du juge est plus que celui d'un arbitre passif des débats. Il lui incombe expressément tant dans les affaires pénales que dans les affaires civiles de s'assurer que le procès se déroule de façon équitable, expéditive et intelligible. L'article en question est nécessaire parce que, dans bien des cas, les juges semblent incertains quant à leur pouvoir discrétionnaire. Il va sans dire que, dans la plupart des cas, la citation et l'interrogatoire des témoins sont laissés aux avocats représentant les parties sans intervention de la part du juge. Il est nécessaire qu'il en soit ainsi non seulement parce qu'il appartient aux parties elles-mêmes, dans un système accusatoire, d'être les principaux artisans de la présentation et de la conduite de leur cause, mais aussi parce que seules les parties connaissent les éléments essentiels de leur cause, les témoins qu'il faut citer et les faits qu'elles souhaitent et doivent faire ressortir.

Le paragraphe 2 ne porte pas atteinte au caractère général de la disposition; on les a inclus à titre d'exemples

pour dissiper tout doute qui pourrait exister sur les points mentionnés. S'il surgit d'autres difficultés dans la marche du procès associées à l'incertitude où se trouveraient les juges quant à l'étendue de leur pouvoir discrétionnaire, nous aimerions qu'on les porte à notre connaissance.

Il faut signaler que cet article au Code ne traite que de la discrétion du juge sur la forme et l'ordre de l'interrogatoire. Il ne prévoit pas le pouvoir du juge de rejeter une preuve au motif qu'elle cause un préjudice, une perte de temps, ou qu'elle embrouille le procès. Un autre article du code pourra traiter de ce pouvoir.

PARAGRAPHE (2)(a) - L'ORDRE DE PRESENTATION DE LA PREUVE

Normalement, le plaignant ou la poursuite commence sa preuve et jusqu'à la clôture de celle-ci, il doit déposer toute la preuve qu'il a l'intention de présenter sur chaque point en litige, selon les besoins de sa cause. A son tour, le défendeur dépose toute la preuve qu'il a l'intention d'offrir tant pour contredire les allégations du plaignant ou de la poursuite que pour établir ses moyens de défense. Par la suite, chaque partie peut, au besoin, répondre à tout élément de preuve présentée par

l'autre. La discrétion du juge de modifier l'ordre dans lequel les parties présentent leurs preuves au soutien de leur cause ne doit s'exercer que dans les cas où une partie a été indûment prise par surprise par la preuve présentée par l'autre ou dans les cas où une partie, à la suite d'un oubli ou pour toute autre raison plausible, a omis de présenter sa preuve dans l'ordre approprié. On pense parfois que les avocats ont le droit absolu de déterminer l'ordre dans lequel leurs témoins doivent être cités et leurs preuves présentées. Toutefois, le common law avait donné au juge le pouvoir discrétionnaire de modifier cet ordre selon les intérêts de la justice; la législation proposée établit clairement que les juges conservent ce pouvoir dans les cas exceptionnels. En règle générale, le tribunal devrait intervenir le moins possible dans l'enchaînement des témoignages. Si l'on veut que le système accusatoire fonctionne efficacement, on doit permettre à chaque avocat de présenter sa cause de la manière la plus efficace possible. A cet égard, l'enchaînement des témoignages et de la preuve documentaire revêt une importance primordiale. Seules les parties et leurs avocats peuvent mesurer les problèmes et les exigences de leurs causes et de la stratégie qu'ils entendent suivre.

En Angleterre, on permet au juge d'exiger, si bon lui semble, que l'accusé soit le premier témoin de la défense

s'il se propose de témoigner dans sa cause. On estime qu'on empêche de cette façon l'accusé d'adapter son témoignage à celui des autres témoins de la défense qu'il aurait l'occasion d'entendre et aussi de l'empêcher de se préparer au contre-interrogatoire de la poursuite dont il aurait la chance de prévoir l'orientation. Au Canada, toutefois, on a jugé récemment que la décision de citer l'accusé comme premier témoin de la défense relève uniquement de son avocat. On fait valoir, au soutien de ce qui semble être la loi canadienne actuelle, que bien souvent l'avocat de la défense peut avoir des motifs sérieux et légitimes de ne pas citer l'accusé comme son premier témoin. De la même façon que la Couronne a le droit de présenter sa preuve de la manière qu'elle juge la plus efficace et la plus persuasive, la défense doit aussi avoir le même droit, lui permettant d'adopter une stratégie de défense qui n'oblige pas l'accusé à témoigner en premier. On fait aussi valoir que bien souvent l'avocat de la défense ne décide de faire témoigner son client qu'après avoir évalué l'effet des dépositions des autres témoins de la défense. De plus, comme l'avocat de la poursuite et le juge peuvent, en vertu du droit actuel, souligner au jury le fait que l'accusé a eu la chance d'entendre le témoignage des autres témoins de la défense et d'adapter sa propre déposition en conséquence, il n'y a pas de raison majeure de changer la pratique actuelle.

Selon nous, il y a au moins quatre façons de traiter cette question et nous aimerions recevoir des opinions sur chacune d'elles:

- 1) ne rien changer à la pratique actuelle et par conséquent ne pas prévoir un nouvel article sur le sujet
- 2) adopter un article imposant à l'accusé l'obligation de témoigner en premier lieu pour la défense, s'il décide de témoigner pour sa défense, sauf dans les circonstances exceptionnelles
- 3) permettre au juge d'ordonner à sa discrétion à l'accusé de témoigner en premier lieu pour sa défense, s'il décide de témoigner pour sa défense ou
- 4) comme la pratique varie d'un bout à l'autre du pays adopter une **disposition** établissant clairement que la poursuite et le juge peuvent souligner au jury le fait que l'accusé n'a pas été le premier témoin pour sa défense dans les cas où il a choisi de témoigner.

PARAGRAPHE (2)(b) - LE NOMBRE DE TEMOINS

Bien que ce ne soit qu'en de très rares occasions que le juge impose une limite au nombre de témoins oculaires d'un fait en litige, l'article proposé donne au juge une grande discrétion lui permettant d'imposer une limite au nombre de témoins experts et de témoins de moralité. La loi actuelle limite à cinq le nombre de témoins experts tout en

permettant au juge d'en entendre davantage. Etant donné l'impossibilité de prévoir le nombre d'experts qui peuvent être nécessaire à chaque cas, nous avons estimé raisonnable de supprimer toute restriction numérique.

PARAGRAPHES (2)(C) ET (2)(D) - LE NOMBRE D'AVOCATS ET LE
GENRE DE QUESTIONS

Afin de permettre au juge de remplir le devoir qui lui incombe d'assurer un procès juste, ordonné, et rapide, la législation proposée sanctionne son pouvoir de mettre les témoins à l'abri de pressions indues et de procédés déloyaux. Le juge peut restreindre le nombre des avocats qui peuvent interroger ou contre-interroger un témoin, de même qu'il peut refuser les questions ambiguës ou inintelligibles, complexes, polémiques, trop générales, insidieuses, itératives, les questions qui dénaturent la déposition d'un témoin et celles qui tiennent pour prouvés des faits non encore établis. Avant de permettre un mode particulier d'interrogatoire, le juge doit considérer l'importance de la déposition de ce témoin, la nature de la question, sa pertinence à la crédibilité, la vulnérabilité et l'attitude du témoin.

L'interrogatoire du témoin consiste habituellement en une série de questions et réponses. Cette façon de procéder s'avère souvent nécessaire parce que les règles

juridiques de fond excluent de la preuve des faits qui peuvent être pertinents aux yeux d'un profane, et parce que les règles de la preuve déclarent irrecevables certains faits pertinents sur le plan logique. Par ailleurs, une interrogation inutile peut avoir pour effet d'interrompre et de rendre inefficace une narration en tous points correcte, et d'embarrasser et de confondre le témoin. Habituellement, il relève de la stratégie de l'avocat de déterminer si les renseignements qu'il veut obtenir d'un témoin en particulier peuvent l'être plus efficacement par une série de questions portant sur des faits précis ou par une question plus générale demandant une réponse narrative. Le présent article indique clairement que le juge a pleine et entière discrétion pour décider du genre d'interrogatoire le plus apte à établir les faits clairement et promptement.

PARAGRAPH (2)(e) - L'EMPLOI DE LA PREUVE DEMONSTRATIVE

Cet article s'applique à la preuve démonstrative dont le seul but est d'illustrer la déposition des témoins ou les plaidoiries des avocats. Il n'est donc pas nécessaire que les pièces ainsi employées soient authentiques ou qu'elles soient reçues à titre de preuve indépendante. Avant de permettre la production d'une maquette aux fins d'illustrer un témoignage, le juge en mesure la valeur d'illustration en regard de la possibilité qu'elle embrouille le jury ou qu'elle l'induisse en erreur.

Lors de son étude de la preuve réelle, il est fort possible que la section de recherche doive assortir celle-ci de conditions restreignant ainsi la discrétion du juge prévue par le présent alinéa en exigeant, par exemple, que la partie adverse soit préalablement avertie et ait l'occasion d'examiner la pièce.

PARAGRAPHE (2)(f) - L'EMPLOI DES PIÈCES DANS LA SALLE DE DELIBÉRATIONS DU JURY

Dans l'exercice de la discrétion que lui confère cet alinéa, le juge mesure l'aide que la pièce peut apporter au jury dans la vérification des conclusions qu'elle suggère, et dans la compréhension de la preuve en regard du danger que la pièce mette indûment l'accent sur certains aspects de la preuve ou qu'elle embrouille le jury.

ARTICLE (2) - LES QUESTIONS SUGGESTIVES

Bien que ce projet d'article énonce en substance le droit existant, il formule par écrit la règle d'exclusion des questions suggestives et les exceptions à cette règle, conformément à la justification fondamentale. Bien qu'il exprime l'opinion traditionnelle voulant que précisément à cause de leur pouvoir suggestif, de telles questions doivent, en règle générale, être évitées de la part de la partie qui a cité un témoin, l'article établit clairement que le problème relève du pouvoir discrétionnaire qu'il incombe au juge d'exercer sur la forme de l'interrogatoire des témoins, et

c'est pour cette raison que la disposition générale est plutôt suggestive qu'impérative.

L'article n'emploie pas l'expression "question suggestive"; il définit la question prohibée de la façon suivante: "La question formulée de telle façon qu'elle suggère la réponse souhaitée. Bien qu'on ne puisse pas trouver de critères automatiques qui permettent de distinguer une question suggestive d'une question qui ne l'est pas, la définition qui précède est conforme à celle qui a été suggérée par la plupart des auteurs. De toute évidence, lorsque le juge aura à déterminer si une question est suggestive, c'est-à-dire si une question suggère la réponse souhaitée, il devra considérer non seulement la façon dont la question est formulée mais aussi les inflexions de la voix de celui qui interroge et peut-être même le comportement général de cette personne.

La raison principale qui milite en faveur de l'exclusion des questions suggestives réside dans le fait que si un témoin est bien disposé envers l'avocat qui l'interroge, et en particulier s'il a parlé à l'avocat avant l'audition de la cause et s'est entendu avec lui sur les faits, ce témoin sera tout particulièrement réceptif aux suggestions de l'avocat sur la nature des faits. Il peut ainsi obéir à une suggestion fautive en faisant sienne une

assertion à peu près exacte ou franchement inexacte parce qu'il croit que celui qui l'interroge désire qu'il en soit ainsi. De même, par le jeu des questions suggestives, l'avocat peut faire en sorte que son témoin n'aborde pas les sujets susceptibles de nuire à sa cause.

Selon le droit existant, la règle de l'exclusion des questions suggestives au cours de l'interrogatoire principal comporte quatre exceptions bien connues que le projet d'article sanctionne. Ces exceptions consistent essentiellement à permettre la question suggestive en interrogatoire principal si, de fait, une suggestion inappropriée est peu probable ou si le fait de poser des questions suggestives est de nature à gagner du temps, ou encore s'il est nécessaire d'avoir recours à ce genre de questions pour obtenir la preuve pertinente.

En vertu du paragraphe (2)(a), il serait aussi permis de poser des questions suggestives lors de l'interrogatoire principal sur des matières préliminaires tels que le nom et l'occupation du témoin de même que sur des sujets qui ne sont pas litigieux. Le danger de suggestion est inexistant dans ces cas et ce serait une perte de temps que de poser des questions non suggestives. De toute évidence, la décision d'invoquer cette exception relève avant tout du bon sens et de l'honnêteté de celui qui interroge.

Le paragraphe (2)(b) prévoit plusieurs cas où les questions suggestives s'avèrent nécessaires à l'obtention d'un témoignage pertinent. En règle générale, on accepte que la règle de l'exclusion des questions suggestives soit assouplie lorsque son application stricte aurait pour effet de priver la cour de la déposition d'un témoin. Cet article s'appliquera souvent au témoin qui n'arrive pas à répondre à une question parce que sa mémoire fait défaut, et auquel celui qui interroge veut suggérer des faits ou des circonstances susceptibles de lui rafraîchir la mémoire; il s'appliquera aussi à l'enfant ou au témoin handicapé, timide, ignorant, embarrassé, évasif, ou incapable de s'exprimer dans la langue des débats au point qu'il ne peut comprendre autrement le sens de la question. Il va sans dire que nous n'avons pas tenté d'énumérer les diverses situations qui peuvent se produire devant les tribunaux et exiger qu'on ait recours à l'application de cet article. Dans les cas qui précèdent, le danger de la suggestion est très fort et ces cas sont autant d'occasions pour le juge d'exercer son pouvoir discrétionnaire.

Les paragraphes (2) (c) et (2) (d) décrivent l'exception à la règle de l'exclusion des questions suggestives dans le cas du témoin qui se montre hostile à la partie qui l'a cité. Ces cas font exception à la relation normale qui existe entre la partie et son témoin. Loin de convenir des faits et de favoriser les intérêts de la partie qui l'a cité et de vouloir l'obliger, ce témoin lui est hostile. En vertu du droit actuel, il est arrivé souvent que les tribunaux donnent une interprétation littérale et restrictive au mot "hostile" et, partant, la portée de l'exception se trouve à être restreinte davantage que ne l'exigeraient les motifs qui l'inspirent. Le texte de la législation proposée établit clairement que le juge peut permettre que des questions suggestives soient posées au témoin qui, à son avis, ne veut pas donner un témoignage favorable à la partie qui le cite ou qui, pour toute autre raison, se montre réticent à dire ce qu'il sait. On peut prévoir que les questions suggestives seront permises d'une façon quasi automatique dans les affaires civiles lorsque la partie cite la partie adverse ou un témoin de celle-ci. En common law, le juge avait le pouvoir d'autoriser à sa discrétion les questions suggestives si les intérêts de la justice l'exigeaient. En vertu du paragraphe (2) (e) le juge peut exercer son pouvoir discrétionnaire dans tous les cas où il pense que le recours aux questions suggestives est de nature à accélérer le témoignage sans nuire à la partie adverse.

Le paragraphe (3) énonce la règle bien connue que, d'une façon générale, lors du contre-interrogatoire, la question

peut être suggestive. Toutefois, l'article prévoit aussi que dans le cas du témoin qui a un préjugé favorable à celui qui le contre-interroge et hostile à la partie qui le produit, l'exclusion des questions suggestives s'applique à ce contre-interrogatoire pour les mêmes raisons qu'il s'applique à l'interrogatoire principal dans les cas ordinaires. Dans ce cas, en effet, le danger que le témoin puisse être indûment influencé par une question suggestive est aussi présent.

ARTICLE 3 - LA CITATION ET L'INTERROGATOIRE DE TEMOINS
PAR LE JUGE

En vertu du droit actuel, bien que d'une façon générale on reconnaisse au juge le pouvoir d'interroger les témoins en tout temps, on estime que, du moins en ce qui concerne les causes civiles, le juge ne peut pas citer un témoin en tout temps, à moins que les parties y consentent ou, tout au moins, ne s'y opposent pas. Dans les causes pénales, la plupart des tribunaux ont décidé que le juge peut, à sa guise, citer un témoin en dépit même des objections des parties. Nous en sommes venus à la conclusion que cette distinction entre les causes civiles et les causes pénales n'était pas fondée et que, dans les deux types de causes, le juge devrait avoir tout pouvoir de citer et d'interroger un témoin.

On dit souvent que le procès anglo-américain est de type accusatoire et on fait valoir que permettre au juge de citer ses propres témoins serait incompatible avec cette

caractéristique fondamentale de notre système de procédure. Nous ne croyons pas qu'il en soit ainsi. Nous considérons que le système accusatoire n'est qu'un moyen qui doit être subordonné à une fin: la manifestation de la vérité et l'administration de la justice; c'est au juge qu'incombe la responsabilité ultime d'atteindre cette fin, bien que, comme il se doit, les parties assument l'obligation de rechercher et de présenter la preuve. Cependant, il est souhaitable que, dans la plupart des cas, chaque témoin susceptible d'éclairer le tribunal sur les questions en litige soit entendu et qu'au besoin l'exactitude et la véracité de sa déposition soient vérifiées minutieusement. A cette fin, le juge doit combler par un supplément d'enquête les lacunes laissées par les parties touchant les faits manifestes. Bien que le juge exerce rarement ce pouvoir d'appeler les témoins qu'il détermine ou que lui indique l'une des parties, il peut arriver des cas où les parties ne veulent pas citer un témoin qui pourrait apporter une preuve pertinente. Il pourrait se présenter des cas, tant au civil qu'au pénal, où une partie préférerait ne pas citer un témoin parce qu'elle est incertaine du témoignage que ce témoin pourrait rendre ou parce que ce témoin pourrait être favorable sur un des points en litige et défavorable sur un autre. Il pourrait arriver qu'une partie se retrouve dans cette position même si les règles relatives aux reproches et aux questions suggestives étaient élargies. De même, dans une cause pénale, il peut se présenter des cas où la défense préfère que le juge cite les

témoins de sorte que la cause de la défense ne soit pas entachée par la moralité de ce témoin ou par certaines parties de son témoignage étant donné qu'on a tendance à associer le témoin à la partie qui le cite. Il va sans dire que le pouvoir du juge de citer les témoins est général et qu'il ne doit pas être restreint aux circonstances particulières suggérées ici.

Ce pouvoir du juge de citer et d'interroger les témoins pourrait aussi répondre à deux critiques que l'on fait fréquemment du système actuel. En premier lieu, il répondrait dans une certaine mesure à ces critiques que l'on fait du système actuel à l'effet que celui-ci ressemble davantage à une joute entre antagonistes qu'à un mode de recherche de la vérité. Cet article pourra faire en sorte que le juge ne soit pas confiné au cadre de la cause tel que défini par les parties. En second lieu, le pouvoir du juge de citer et, en particulier, d'interroger des témoins peut en certains cas pallier aux inégalités des avocats des parties. Il est essentiel à l'administration de la justice que ce soit la partie qui a la meilleure cause et non celle qui a l'avocat le plus adroit qui ait gain de cause. Quelques-uns des membres de notre section étaient d'avis que le texte de l'alinéa (a) pourrait induire certains juges à usurper les fonctions de l'avocat en appelant eux-mêmes des témoins toutes les fois qu'ils le jugeraient à propos. Pour cette raison, ils auraient préféré qualifier l'article par l'addition d'une disposition semblable

à celle-ci: "Le juge peut, de son propre chef, citer un témoin une fois que les parties ont déclaré leur preuve close".

Toutefois, les autres membres de notre section pensent que la possibilité d'un abus ne devrait pas avoir pour effet de nier aux juges le pouvoir de décider, dans des situations particulières et selon les exigences de l'administration de la justice, de citer un témoin même au cours de la présentation qu'une partie fait de sa cause.

L'alinéa (b) donne au juge le pouvoir d'interroger un témoin. Le pouvoir prévu implicitement par l'alinéa (a) est clairement reconnu par le droit actuel. En effet, non seulement le juge a-t-il le droit incontestable d'interroger le témoin mais, dans certaines circonstances, il a le devoir de le faire. D'une façon habituelle le juge n'intervient dans l'interrogatoire du témoin en posant lui-même des questions qu'une fois que les deux avocats ont terminé leur interrogatoire et, même alors, ce n'est en général que dans le but de se renseigner sur un fait pertinent que l'interrogatoire n'a pas fait ressortir ou a laissé obscur ou encore dans le but de permettre au témoin d'expliquer une de ses réponses. Le juge peut aussi poser des questions au témoin pendant l'interrogatoire de l'avocat s'il croit devoir ainsi aider un témoin désorienté ou hésitant ou pour mettre en lumière un fait soulevé par l'interrogatoire ou enfin pour contraindre à répondre un témoin qui ne veut pas co-opérer ou qui est à dessein évasif.

Bien que les limites du pouvoir discrétionnaire du juge d'interroger un témoin ne soit pas susceptible d'être formulées dans une règle, le juge doit, bien entendu, ne pas abuser de son pouvoir d'interroger des témoins de la même façon qu'en vertu du droit actuel il ne doit pas abuser de son droit de commenter la preuve. Il doit aussi se montrer déférent envers les droits d'interrogation de l'avocat. Un interrogatoire abusif de la part du juge peut avoir pour effet d'affaiblir l'efficacité de l'interrogatoire de l'avocat et diminuer l'habileté du juge à observer le comportement du témoin. De même un interrogatoire soutenu peut avoir pour effet de faire apparaître les préjugés de la part du juge et ainsi causer un tort aux parties. Si dans l'interrogatoire d'un témoin, le juge cesse d'être juge pour devenir avocat, il abuse de son pouvoir discrétionnaire.

ARTICLE 4 - EMPLOI D'UN AIDE-MEMOIRE

Cet article prévoit le cas où un témoin a un blanc de mémoire total ou partiel sur un point particulier et ne peut pour cette raison donner une déposition précise que si on lui rafraîchit la mémoire. Avec la pratique actuelle selon laquelle les avocats rencontrent les témoins avant que ceux-ci ne soient invités à témoigner, il est plutôt rare que l'on doive rafraîchir la mémoire d'un témoin. Mais la chose est susceptible d'arriver au témoin qui perd ses moyens parce qu'il fait face à une première expérience devant les tribunaux, la

survenance d'un fait inattendu ou la complexité des faits dont il doit témoigner ou au témoin qui, tel l'officier de police ou le médecin, a été impliqué dans tellement de situations semblables qu'il est incapable de se remémorer les circonstances particulières à chaque situation sans se rafraîchir la mémoire.

La façon la plus usuelle d'aider un témoin à se rafraîchir la mémoire consiste à lui présenter un écrit mais puisque la mémoire fonctionne par association d'idées, l'article prévoit clairement qu'on peut avoir recours à n'importe quel objet, par exemple un dessin, pour lui rafraîchir la mémoire.

Le paragraphe (1) ne restreint d'aucune façon l'emploi que l'on peut faire d'un écrit à cette fin. On a jugé en vertu du droit actuel qu'avant qu'un témoin puisse avoir recours à un écrit pour se rafraîchir la mémoire, on fasse la preuve que cet écrit a été fait à peu près dans le même temps ou sont survenus les événements qui font l'objet du témoignage, et qu'il a été rédigé par le témoin lui-même ou par quelqu'un d'autre pour lui ou sous sa surveillance afin de consigner les événements.

Le paragraphe proposé abolit ces restrictions et prévoit qu'un témoin peut se rafraîchir la mémoire à l'aide de tout écrit dont le juge permet l'emploi à cette fin, qu'il soit contemporain ou non des événements qu'il relate, qu'il soit ou non de la main du témoin, qu'il ait été écrit ou non dans le but de consigner les événements relatés. Les

circonstances qui ont entouré la rédaction de l'écrit, de même que le temps où il a été rédigé, sont des facteurs dont le juge doit tenir compte pour décider si le témoin, ce faisant, y a recours pour se rafraîchir la mémoire d'une façon légitime. Le paragraphe clarifie ainsi la distinction qui existe entre, d'une part, les conditions relatives à l'emploi d'un écrit afin de se rafraîchir la mémoire et, d'autre part, l'emploi d'un écrit aux fins de consigner des faits passés. L'exigence que l'écrit employé à titre d'aide-mémoire soit contemporain de l'événement qu'il relate et soit approuvé par le témoin provient de la confusion de deux théories: d'une part, celle qui permet à un témoin de se rafraîchir la mémoire et, d'autre part, celle qui permet à un témoin qui, au moment de son témoignage, n'a pas la mémoire des faits dont il témoigne, de témoigner à l'aide des écrits consignants ses observations passées. Ce n'est que dans le cas de la consignation des faits passés que l'on peut logiquement exiger que l'écrit soit contemporain des événements relatés, qu'avant de s'en servir le témoin établisse qu'il n'a pas la mémoire présente de ces événements et qu'il se souvient d'avoir consigné dans l'écrit d'une façon exacte ses observations du moment. Les premières causes anglaises qui étaient familières avec cette distinction n'imposaient pas de restriction à l'emploi d'aide-mémoires.

Le rafraîchissement de la mémoire se fonde sur le principe de l'association d'idées qui, dans la vie courante, se présente sous la forme du memento. Si on montre au témoin un objet ou un écrit qui se rapporte à l'objet du témoignage, on peut ainsi stimuler sa mémoire et il pourra témoigner des faits sans avoir recours à l'écrit qu'on lui montre. De cette façon, la preuve consiste non pas dans l'écrit mais bien dans le témoignage. Bien entendu, s'il faut rafraîchir la mémoire du témoin, il n'y a pas lieu d'assortir de conditions l'emploi de l'écrit dont on se sert à cette fin, celui-ci n'ayant pour but que de raviver la mémoire. C'est là la seule fonction de l'écrit: il ne saurait constituer une preuve. Toutefois, si le témoin est incapable de raviver sa mémoire, mais déclare reconnaître l'écrit qu'on lui montre et se souvient qu'au moment où les faits étaient frais à son esprit il considérait les faits comme exacts, il faut alors prévoir des moyens qui permettent de contrôler l'exactitude de l'écrit puisque la preuve dépend de la confiance que l'on peut avoir en l'écrit et non de la mémoire du témoin. La section traitera de ces derniers points lors de son étude de la preuve par ouï-dire.

Il y a un certain danger à permettre à un témoin d'employer un écrit pour se rafraîchir la mémoire. S'il est vrai qu'à la vue de l'écrit le témoin peut d'une façon tout à fait légitime se souvenir de l'événement et ainsi raviver sa mémoire, il peut aussi être amené à penser, à

la vue de l'écrit, qu'il a conservé l'événement en mémoire. Il y a alors un danger très net que ce soit son imagination et non pas sa mémoire qui soit ainsi stimulée et que le témoin récite l'écrit comme un perroquet ou n'en fasse qu'une paraphrase. Même si ce danger est réel, il semble préférable de permettre l'emploi à titre d'aide-mémoire de tout objet susceptible de stimuler la mémoire sans imposer de conditions relatives à son authenticité, à son exactitude ou sa contemporanéité. Nous avons pensé qu'il existait des moyens adéquats pour prévenir tout abus de la règle. D'abord, l'article spécifie qu'au préalable le juge doit trancher la question de savoir si l'écrit est susceptible de rafraîchir la mémoire du témoin et si de fait il a rafraîchi la mémoire du témoin. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'en refuser l'emploi, le juge doit considérer la nature de l'écrit, la déposition du témoin, le danger de suggestions indues, le fait que le témoin dépende trop des notes et tout autre signe indiquant que le témoin relate ce que lui suggère l'écrit plutôt que sa mémoire. En second lieu, le deuxième paragraphe donne au juge le pouvoir de permettre à la partie adverse d'examiner l'écrit et de faire valoir ses objections avant qu'il soit employé. Si on a recours à l'écrit, la partie adverse a bien entendu le droit d'examiner l'écrit et de contre-interroger le témoin à ce sujet. De cette façon, dans un cas particulier, s'il apparaît impossible au juge de déterminer si de fait l'écrit est un aide-mémoire,

un contre-interrogatoire bien mené pourra faire ressortir si le témoin s'appuie sur sa mémoire ou sur l'écrit. De plus, même si la partie qui se sert d'un écrit n'est pas autorisée par l'article à le mettre en preuve, la partie adverse peut, si elle le désire, en déposer l'original ou une copie en preuve et le porter ainsi à l'attention du jury. Il faut noter que le paragraphe prévoit que la partie adverse peut examiner seulement ces parties de l'écrit qui ont de fait servi à rafraîchir la mémoire du témoin. De cette façon la question du privilège ne devrait pas être soulevée. Quelques arrêts de jurisprudence refusent à la partie adverse le droit de prendre connaissance d'un document dont un témoin se sert pour se rafraîchir la mémoire avant de témoigner. Le paragraphe proposé établit clairement que la partie adverse a le droit d'examiner tout écrit employé par un témoin afin de se rafraîchir la mémoire, que l'emploi de l'écrit ait lieu avant ou pendant le témoignage. Les raisons pour lesquelles on permet l'examen de l'écrit semblent devoir s'appliquer tant à l'écrit auquel un témoin peut avoir recours pour se rafraîchir la mémoire avant de témoigner qu'à celui dont le témoin peut se servir pendant son témoignage. Dans les deux cas, il y a lieu de prévoir un moyen de contrôle aussi grand. L'emploi de l'écrit n'est qu'accidentel et n'a rien avoir avec le motif qui justifie la règle. Bien qu'il puisse en résulter un danger que l'on

cherche à fouiller dans les dossiers de la partie adverse, l'intérêt public dans le dévoilement des sources du témoignage est une considération sensiblement supérieure.

ARTICLE 5 - L'EXCLUSION DES TEMOINS

En vertu du droit actuel, le juge peut, à sa discrétion, exclure les témoins à la demande de l'une ou de l'autre des parties. Lorsque le juge ordonne l'exclusion des témoins, il empêche ainsi chaque témoin d'entendre les dépositions des autres témoins et de changer son propre témoignage pour le rendre conforme à ceux des autres témoins. De plus, l'exclusion des témoins peut permettre de voir si les versions sont identiques ou si les mêmes mots reviennent souvent, ce qui peut être un signe que le témoignage consiste en une histoire fabriquée de toutespièces. De plus, l'exclusion des témoins empêche le témoin de voir l'orientation que le contre-interrogatoire peut prendre et de se préparer en conséquence.

Tel que proposé, le paragraphe (1) codifie le droit actuel. Bien qu'il appartienne au juge d'ordonner l'exclusion des témoins, il incombe aux parties et à leurs avocats de voir à ce que les témoins obéissent à l'ordonnance. Si un témoin demeure délibérément dans la salle d'audience contrairement à l'ordonnance du juge, en plus d'être passible d'une poursuite pour outrage au tribunal, ce témoin verra son témoignage étudié avec le plus grand soin et sa désobéissance pourra même faire l'objet de commentaires.

Le paragraphe 2(a) énonce la règle bien connue voulant que l'ordonnance d'exclusion des témoins ne s'applique pas aux parties. Ces exceptions se fondent sur le droit des parties de voir et de contredire tous les témoins et la partie adverse.

Le paragraphe 2(b) permet à l'avocat de garder près de lui dans la salle d'audience la personne la plus renseignée sur la cause dans le cas où la partie est une personne morale. En vertu des paragraphes 2(c) et 2(d), le juge peut, à sa discrétion, dispenser les témoins de l'application de la règle. Dans la plupart des cas, ce pouvoir discrétionnaire s'exercera en faveur des témoins experts ou, dans le cas des enquêtes criminelles, de l'officier enquêteur responsable de l'enquête.

Le paragraphe 3 prévoit que le juge a le pouvoir discrétionnaire d'empêcher les parties de contourner le sens de l'article en informant les témoins qui n'ont pas encore témoigné des matières qui ont fait l'objet des dépositions déjà rendues.

Document préliminaire #3

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA

DOCUMENT PRELIMINAIRE

préparé par

la Section de recherche sur le droit de la preuve

LA CREDIBILITE

Une façon de formuler le Projet de Loi

La Crédibilité

Article 1 Sauf disposition contraire à la présente partie, une partie en cause dans un procès ou tout autre litige pénal ou civil peut, en vue d'attaquer ou d'étayer la crédibilité d'un témoin cité par elle ou par une autre partie,

(a) interroger le témoin, ou

(b) présenter une preuve extrinsèque,

sur toute question se rapportant à sa crédibilité.

Article 2 Le juge ou le président du tribunal peut refuser une preuve portant sur la crédibilité d'un témoin s'il est d'avis que la valeur probante de cette preuve est de beaucoup inférieure au risque qu'elle peut comporter:

(a) de porter préjudice aux témoins ou à toute partie au procès ou autre litige,

(b) d'embrouiller les questions qui doivent être tranchées,

(c) d'induire en erreur le jury ou quiconque doit décider des faits,

(d) de retarder indûment les procédures.

Article 3 (1) La preuve relative à la réputation d'un témoin quant à sa franchise et à son intégrité auprès de ceux qui

le connaissent ou en ont entendu parler, de même que les témoignages d'opinion relatifs à la franchise et à l'intégrité d'un témoin, sont recevables

- (a) aux fins d'attaquer la crédibilité du témoin, et
- (b) aux fins d'étayer la crédibilité du témoin dans le cas où une preuve précédemment fournie avait pour but d'attaquer cette crédibilité.

(2) Sauf disposition contraire de l'article 4, est irrecevable la preuve des antécédents d'un témoin lorsqu'elle porte uniquement sur sa franchise et son intégrité.

Article 4 (1) Sous réserve du paragraphe 2, est irrecevable la preuve d'une condamnation antérieure du témoin aux fins d'attaquer sa crédibilité, sauf que le juge ou le président du tribunal peut, à sa discrétion, à la suite d'une instruction menée en l'absence du jury, dans le cas où il s'agit d'un procès avec jury, décider que la preuve est irrecevable au motif

- (a) que l'infraction antérieure comportait une fausse déclaration ou un élément de mauvaise foi,
- (b) que la date de la condamnation antérieure n'est pas trop éloignée de celle qui est portée devant lui présentement, et
- (c) que la partie qui attaque la crédibilité du témoin est en mesure de produire en preuve un certificat de cette condamnation antérieure.

(2) Dans une poursuite pénale, si le prévenu témoigne dans son propre procès, la preuve de sa condamnation antérieure pour une infraction est irrecevable si elle ne vise qu'à attaquer sa crédibilité, à moins que le prévenu n'ait au préalable présenté lui-même une preuve en vue d'étayer sa crédibilité.

Article 5 (1) Il n'y a pas lieu, au cours de l'interrogatoire d'un témoin portant sur une déclaration antérieure faite par lui,

(a) de lui donner des renseignements sur sa déclaration antérieure, ou

(b) dans le cas où la déclaration antérieure était faite par écrit, de lui montrer, lui lire ou lui révéler quelque partie de l'écrit.

(2) La preuve extrinsèque d'une déclaration antérieure faite par un témoin, lorsque cette déclaration est en contradiction avec une partie de sa déposition, n'est recevable que si au préalable ce témoin a eu l'occasion de reconnaître et d'expliquer sa déclaration ou de lui opposer un démenti.

(3) Lorsqu'une déclaration antérieure faite par un témoin est recevable, elle est admissible en preuve

(a) pour établir la véracité des faits qu'elle contient, ou

(b) pour attaquer ou étayer la crédibilité du témoin.

COMMENTAIRE

ARTICLES 1 et 2 - REGLES GENERALES TOUCHANT LA CREDIBILITE

Introduction

Ces articles se fondent sur la théorie de la recevabilité de toute preuve pertinente à la crédibilité, exception faite des cas où une question de principe justifie une exclusion inconditionnelle et de ceux où le juge doit décider, à sa discrétion, que la force probante doit effectivement passer en second lieu. Nous n'avons pas tenté de définir ou de classer les preuves qui peuvent être recevables à ce titre, du fait de leur diversité qui est fonction de l'habileté des avocats et des circonstances particulières à chaque cas d'espèce. Le juge peut former sa conviction non seulement en observant le comportement du témoin pendant que celui-ci fait sa déposition, mais aussi à partir des preuves portant sur la crédibilité de celui-ci, notamment son sens de l'observation, l'occasion qui lui a permis d'observer les faits, la force de sa mémoire, sa facilité d'expression, l'existence ou le défaut de parti pris, d'intérêt ou d'animosité, ses déclarations antérieures qui peuvent être compatibles ou incompatibles avec son témoignage et, enfin, sa réputation de franchise.

Les faits incidents

On peut attaquer la crédibilité d'un témoin par la présentation d'autres preuves visant à contredire un fait qui a fait l'objet de la déposition d'un premier témoin. Cette façon de jeter le discrédit sur une preuve consiste à démontrer

que le témoin qui a déjà fait une déposition erronée sur un point est susceptible de se tromper sur d'autres points. Dans l'état actuel du droit, cette faculté d'attaquer un témoin est tributaire de la restriction touchant les faits incidents qui empêche la contradiction de tout fait non pertinent à la question en litige. La justification de cette restriction consiste non pas dans le fait qu'une telle contradiction n'a aucun rapport avec la crédibilité, mais elle découle plutôt du danger qu'elle embrouille les questions en litige, qu'elle prenne les parties par surprise et qu'elle provoque une perte de temps. Les articles proposés ont entre autres effets celui d'abroger la présente règle absolue d'exclusion. La section de recherche en est arrivée à la conclusion qu'il valait mieux laisser à la discrétion du juge la décision de rejeter la preuve. C'est à ce dernier qu'il revient de mesurer les risques mentionnés ci-haut en regard de la force probante de la preuve visant à attaquer la crédibilité du témoin, car la solution finale du cas d'espèce en dépend.

Le désaveu de son propre témoin

De plus ces articles ont pour effet de supprimer la règle selon laquelle une partie n'a pas le droit de désavouer son témoin sur le plan de la crédibilité. La portée de la prohibition touchant le contre-interrogatoire de son propre témoin ou l'emploi de questions suggestives à son égard fait l'objet d'un autre article du code.

Bien que les parties aient actuellement la faculté de produire une preuve contraire à celle fournie par leurs témoins sur une question en litige, il leur est interdit de le discréditer au moyen d'une preuve générale de moralité, de même qu'il leur est interdit de faire la preuve d'une déclaration antérieure du témoin, à moins que ce dernier n'ait été jugé hostile et qu'une autorisation du juge n'ait été obtenue. Ces interdictions pouvaient être justifiées autrefois, alors que les témoins jouaient un rôle tout à fait différent et que les parties avaient effectivement la possibilité de choisir les témoins qu'elles voulaient citer. Maintenant, il n'est plus question pour les parties de choisir leurs témoins parmi leurs amis et de leur demander d'agir comme témoins justificateurs. Aujourd'hui, une partie ne peut choisir ses témoins que parmi les personnes qui, souvent à l'insu même de la partie adverse, ont une connaissance personnelle des faits en litige, encore que ce choix se limite à ceux qui se montrent disposés à rendre un témoignage utile. Dire que, du seul fait qu'une partie cite un témoin, elle doit répondre de la véracité de ce dernier et qu'il serait inconvenant de lui donner le droit de le désavouer, advenant le cas où il ferait une déposition défavorable, ce serait ignorer les réalités actuelles. On estime aujourd'hui que le témoin n'est la propriété de personne: aucune règle de droit ne devrait avoir pour effet de lier un témoin à une partie plutôt qu'à l'autre.

En l'absence d'une raison de principe justifiant le rejet de la preuve, le juge ou le jury devrait avoir la faculté de la considérer pour qu'il en arrive à une décision aussi juste que possible. Bien que le droit d'attaquer la moralité de son propre témoin soit exercé peu fréquemment, il n'en reste pas moins que le recours aux déclarations incompatibles peut présenter un intérêt considérable. Puisque la partie adverse ne fait pas ressortir la déclaration antérieure incompatible, la règle actuelle a pour effet de priver le tribunal d'un moyen précieux de juger de la valeur de la déposition du témoin et constitue de ce fait un obstacle important à la recherche de la vérité.

Une variante de la recommandation de la section de recherche voulait qu'une partie soit tenue d'accepter la preuve de ses témoins, que celle-ci soit favorable ou non, étant donné la latitude laissée à la partie dans le choix de ses témoins de moralité et de ses témoins experts.

La section de recherche en est arrivée à la conclusion que ce tempérament ne pouvait se fonder que sur la tradition et ne pouvait s'avérer utile au tribunal, soit pour aider celui-ci à rendre une décision juste, soit pour contribuer à une fin importante.

ARTICLE 3 - LA MORALITE DU TEMOIN

Paragraphe (1)-Opinion et réputation

Le droit, dans son état actuel, permet la réception

de preuves portant sur la réputation de menteur du témoin et l'opinion personnelle d'un témoin à cet égard est recevable pour attaquer la crédibilité. Bien qu'un témoin cité pour en discréditer un autre ne soit pas autorisé, dans une preuve directe, à indiquer les faits particuliers sur lesquels il fonde son opinion ou la réputation du témoin, il n'en reste pas moins qu'il peut être contre-interrogé à ce sujet. Dans les cas où la réputation de franchise d'un témoin est contestée, une preuve générale à l'effet que le témoin discrédité est digne de foi est recevable; mais une preuve de moralité en faveur d'un témoin est irrecevable avant que sa crédibilité ne soit attaquée. Cette règle découle évidemment de la présomption de véracité dont jouissent les témoins et de la nécessité d'éviter de soulever inutilement des questions incidentes. On a songé à abandonner cette règle pour donner au juge le pouvoir discrétionnaire de rejeter une preuve selon les nécessités de chaque cas d'espèce mais la section en est arrivée à la conclusion qu'il n'y a pas de raison d'entendre une preuve portant sur les bonnes mœurs d'un témoin à moins que sa moralité n'ait déjà été attaquée. Le paragraphe proposé ne fait que codifier le droit actuel en l'assortissant d'une légère modification qui a pour objet de permettre le recours à l'opinion d'une personne aux fins de renforcer ou d'attaquer la crédibilité d'un témoin. La question de savoir s'il y a lieu d'adopter une disposition particulière à l'égard de l'opinion psychiatrique sur la crédibilité et, le cas échéant, quelle devrait être cette disposition,

sera traitée lors de l'étude des articles du code traitant du témoignage des experts.

Paragraphe (2)-Les antécédents

Exception faite des condamnations antérieures, la loi actuelle déclare irrecevable la preuve des antécédents qui vise à attaquer ou à étayer la crédibilité. Le danger bien connu que cette preuve surprenne les parties injustement, entraîne des pertes de temps et embrouille les questions en litige, l'emporte sur sa valeur probante. Sous réserve du pouvoir discrétionnaire du juge, les questions relatives à l'inconduite passée du témoin peuvent être soulevées en contre-interrogatoire même si elles n'ont pas de rapport avec la question en litige. Il est loisible au témoin de refuser de répondre à de telles questions et ses réponses ne peuvent pas faire l'objet d'un démenti. Le paragraphe proposé déclare inadmissible toute preuve portant sur la conduite passée, y compris celle qui pourrait provenir du témoignage même du témoin. Selon la législation proposée, il n'est pas permis à une partie d'interroger un témoin sur un de ses antécédents si celui-ci ne vise qu'à révéler un trait de moralité aux fins d'attaquer ou d'étayer sa crédibilité. La section de recherche a conclu que ce genre d'interrogatoire avait si peu d'importance et qu'il pouvait se révéler tellement injuste qu'il découragerait les témoins de comparaître et qu'il valait mieux adopter une règle absolue d'exclusion plutôt que de laisser la question à la discrétion du juge.

ARTICLE 4 - CONDAMNATIONS ANTERIEURES

La loi actuelle autorise le contre-interrogatoire d'un témoin de même que celui de l'accusé sur ses condamnations antérieures, et permet d'en faire la preuve. L'article proposé fait une distinction entre celui qui n'est que témoin d'une part, et d'autre part, celui qui est en même temps témoin et accusé dans un procès pénal; des considérations différentes doivent évidemment s'appliquer à ce dernier.

Paragraphe (1) - Les témoins, y compris l'accusé

La loi actuelle se fonde évidemment sur la théorie voulant que la condamnation antérieure d'un témoin pour n'importe quel genre de crime soit pertinente à la crédibilité. La section de recherche a pensé que cette généralisation est trop large et que des restrictions s'imposent dans ce domaine. Elle s'est même penchée sur la pertinence des condamnations antérieures impliquant la malhonnêteté ou une fausse déclaration, car il se peut que les circonstances entourant la commission de la première infraction soient totalement différentes de celles dans lesquelles se trouve le témoin qui s'avance à la barre; c'est pourquoi nous nous sommes demandé s'il n'y avait pas lieu de restreindre la preuve des condamnations antérieures aux condamnations pour parjure. Mais, en définitive, nous avons été amenés à conclure qu'il valait mieux frapper d'irrecevabilité toutes les preuves relatives aux condamnations antérieures à moins que la partie qui s'attaque à la crédibilité du témoin n'arrive à convaincre le juge, en l'absence du jury, qu'il doit exercer son pouvoir

discrétionnaire et déclarer la preuve recevable. L'article énonce que les considérations relatives au genre du crime, au temps écoulé depuis sa commission et à la facilité d'en fournir la preuve, sont des critères proposés à l'usage du juge qui, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, doit soupeser la pertinence de la preuve en toute justice pour le témoin. Une conséquence souhaitable découle de ce qui précède: il ne peut être tenu compte des crimes ayant fait l'objet d'un pardon. Le paragraphe proposé exclut toute preuve des crimes passés, y compris l'interrogatoire du témoin à ce sujet, à moins que la partie qui attaque la crédibilité du témoin ne fasse la preuve exigée par le paragraphe.

Paragraphe (2) - L'accusé en tant que témoin

Selon la section de recherche, le fait que le prévenu dans une affaire pénale qui témoigne dans sa propre cause, puisse voir sa crédibilité attaquée au moyen de la preuve de ses condamnations antérieures, est un des problèmes les plus importants de l'administration de la justice pénale au Canada. L'article 12 de la Loi sur la preuve au Canada présume à tort qu'il est logique de traiter l'accusé de la même manière qu'un témoin qui n'est pas partie au procès. Dans le cas du témoin ayant un casier judiciaire, l'article a pour effet d'éliminer la règle qui décrète l'irrecevabilité d'une preuve pertinente au motif qu'elle tend à montrer que l'accusé est ce genre d'individu susceptible d'avoir commis le crime reproché. Il est impossible

au jury d'appliquer les directives du juge et de tenir compte des condamnations antérieures de l'accusé telles que révélées lors du contre-interrogatoire, dans la mesure seulement où elles ont un rapport quelconque avec la crédibilité qualifiant son témoignage, sans les rattacher à la probabilité de sa culpabilité. Des études récentes faites sur le jury semblent confirmer que la méfiance et le préjudice créés par une condamnation antérieure dépassent de beaucoup sa valeur de vérification de la crédibilité. Il est important pour la manifestation de la vérité que l'accusé soit encouragé à témoigner et à donner sa version. La doctrine actuelle du reproche du témoin crée une distinction odieuse entre les prévenus qui ont un casier judiciaire et ceux qui n'en ont pas dans l'exercice de leurs droits à témoigner. Si nous voulons vraiment enquêter à fond sur la cause d'inculpation et si nous nous soucions de déterminer la culpabilité d'après les faits plutôt que d'après les manifestations antérieures des penchants d'un prévenu, nous devons interdire l'enquête qui se fait actuellement sur les condamnations passées sous prétexte de déterminer la crédibilité. La présomption d'innocence n'en exige pas moins.

L'équilibre qui doit être maintenu entre l'obligation de renseigner totalement le juge ou le jury sur la crédibilité de la personne qu'on lui demande de croire, et le risque de faire courir un préjudice grave à l'accusé en le marquant comme un criminel, n'est rompu que dans le cas où le prévenu décide de présenter une preuve à l'appui de sa propre crédibilité. Le

paragraphe proposé permet, par conséquent, de faire la preuve de la condamnation antérieure de l'accusé témoin, sous réserve des dispositions du paragraphe (1), si le témoignage fourni par le prévenu vise uniquement à renforcer sa crédibilité de telle façon que le jury ne puisse pas être induit en erreur.

ARTICLE 5 - DECLARATIONS ANTERIEURES

Déclarations antérieures compatibles

Dans l'état actuel du droit, une déclaration antérieure du témoin qui est compatible avec sa déposition présente est irrecevable aux fins d'étayer la crédibilité sauf dans la mesure où elle répond aux exigences de certaines exceptions: par exemple, le cas de la plainte récente en matière d'infractions sexuelles, celui où le témoignage se voit qualifié d'histoire toute faite ou encore le cas où une telle preuve fait partie de l'identification du prévenu faite par le témoin. La raison d'être apparente du rejet d'une telle preuve tient à son inutilité et au danger de voir les parties forger des preuves avant le procès.

Le texte proposé ne soumet la recevabilité des déclarations antérieures compatibles à aucune restriction, sauf que le juge peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, refuser une preuve dans un cas déterminé lorsque celle-ci lui semble être inutilement cumulative et dilatoire. La section de recherche en est arrivée à la conclusion que la discrétion judiciaire est préférable à une règle absolue d'exclusion en réponse à l'argument de l'inutilité. La détermination de la force probante de la preuve en fonction des circonstances entourant la déclaration

antérieure particulière susceptible de démontrer au juge ou au jury l'intérêt que peut avoir le témoin à forger une preuve, le tout selon l'habileté de l'avocat, nous semble offrir une bien meilleure protection contre le danger de la fabrication de preuves que ne peut le faire une règle d'exclusion inflexible, assortie d'exceptions déterminées.

Paragraphe (1) et (2) - Modes de preuve

Ces paragraphes maintiennent le droit actuel relativement aux modes de preuve des déclarations antérieures ayant trait à la crédibilité. Afin de permettre au contre-interrogatoire d'être pleinement efficace, il n'est pas nécessaire que les parties révèlent à l'avance au témoin les renseignements qu'elles peuvent avoir en leur possession relativement à une déclaration antérieure. Par ailleurs, s'il s'agit de mettre le témoin en contradiction avec lui-même, au moyen de ses déclarations antérieures, il faut, en toute justice et avant que la partie fasse la preuve de la déclaration, donner au témoin l'occasion de la reconnaître, l'expliquer, l'admettre ou la nier. Cette façon de procéder peut comporter une économie de temps puisque la preuve indépendante de la déclaration ne sera plus nécessaire si le témoin la reconnaît.

Le texte proposé modifie la loi actuelle lorsqu'il supprime la condition voulant que, pour être admissible en preuve, la déclaration antérieure incompatible soit "pertinente à l'objet du litige". Cela semble être une condition excessivement étroite. De toute évidence, les mêmes considérations devraient s'appliquer

tant à la détermination du témoignage pour lequel le témoin peut être contredit à l'aide de ses déclarations antérieures qu'à la détermination du témoignage dont la contradiction peut être faite au moyen d'autres témoins. Comme dans le cas des "faits incidents", la section de recherche pense qu'il est préférable de laisser à la discrétion du juge la décision d'exclure ce genre de preuve.

Paragraphe 3 - Les déclarations antérieures en tant que preuve de leur contenu

Lorsqu'elles sont recevables en preuve sous le régime de la loi actuelle, les déclarations antérieures d'un témoin, qu'elles soient compatibles ou non avec sa déposition présente, sont admises dans le/^{seul}but de renforcer sa crédibilité ou de l'ébranler et elles ne peuvent pas être considérées comme une preuve des faits qu'elles contiennent. Il semble que cette restriction trouve sa justification dans le fait qu'une telle déclaration constitue en fait un ouï-dire.

Le paragraphe proposé apporte une modification importante et nécessaire à la loi. Bien que la justification la plus fréquemment invoquée à l'appui de la règle relative à l'ouï-dire réside dans la nécessité de maintenir les garanties de véracité découlant de l'assermentation, presque tous s'accordent à penser que l'absence de contre-interrogatoire compromettrait d'une façon encore plus critique la recherche de la vérité. De ces deux protections, seule celle du serment manque lors de la présentation,

à titre de preuve des faits qu'elle contient, d'une déclaration antérieure d'un témoin en train de déposer ou qui se tient à la disposition de la Cour. La déposition actuelle du témoin, tout comme sa déclaration antérieure, sont sujettes au même test du contre-interrogatoire et devraient être également reçues comme faisant preuve de leur contenu. Alors que certains prétendent que l'efficacité du contre-interrogatoire est en quelque sorte diminuée lorsqu'il ne suit pas directement le moment où la déclaration est faite, nous pensons que la déclaration antérieure porte en elle la promesse d'une plus grande précision puisqu'elle a été faite au moment où l'événement qui fait l'objet de la déposition était encore plus présent à la mémoire. Le droit actuel reconnaît suffisamment de force probante à une déclaration antérieure incompatible et aux circonstances qui entourent celle-ci, pour permettre au jury de ne pas donner foi à la déposition présente. Il n'est pas logique de nier qu'il existe une force probante suffisante dans la déclaration pour permettre au jury d'ajouter foi à la déclaration en elle-même.

Le droit actuel oblige le juge à donner des directives au jury restreignant la portée de la déclaration antérieure qu'il ne doit voir que sous le rapport de la crédibilité. Presque tous conviendront que ces restrictions ne sont en fait qu'un geste futile et que la plupart des jurés auront beaucoup de difficultés à les comprendre ou à les appliquer. Cette étiquette de "rituel verbal" qu'on accorde avec raison à la

pratique actuelle est en elle-même une justification suffisante pour motiver le changement proposé. Répondre que le fait d'accorder aux déclarations antérieures une valeur probante quant à leur contenu peut inciter à la fabrication de preuves, ne serait que perdre de vue que cette tentation existe également dans l'état actuel du droit puisque le jury, malgré les directives qu'il reçoit, continuera à considérer les déclarations, admises uniquement en vue de la récusation des témoins, comme une preuve de leur contenu.

Dans le cas où il s'agit de la déclaration antérieure d'un accusé que la Couronne cherche à utiliser dans un procès pénal, d'autres articles du code peuvent s'avérer nécessaires pour définir d'autres conditions touchant la détermination de son caractère volontaire et le moment où elle peut être présentée au procès.

Document préliminaire #4

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA

Document préliminaire
préparé par

la section de recherche sur le droit de la preuve

LA MORALITE

UNE FACON DE FORMULER LE PROJET DE LOI

La Moralité

- Article 1. En l'absence d'une disposition contraire du présent code, toute preuve se rapportant à la moralité ou à un trait de la moralité d'une personne est admissible et peut être offerte sous forme de:
- (a) témoignage d'opinion,
 - (b) preuve de la réputation de la personne auprès de ceux qui la connaissent ou en ont entendu parler, ou
 - (c) preuve d'antécédents.
- Article 2. Le juge ou le président du tribunal peut refuser une preuve de moralité s'il est d'avis que la valeur probante de cette preuve est de beaucoup inférieure au risque qu'elle peut comporter de:
- (a) porter préjudice à l'une ou l'autre des parties au litige,
 - (b) embrouiller les questions qui doivent être tranchées,
 - (c) induire en erreur le jury ou quiconque doit décider des faits, ou
 - (d) retarder indûment les procédures.
- Article 3. (1) Est irrecevable la preuve d'un trait de moralité qui se rapporte uniquement au penchant d'une personne à poser un acte ou à s'abstenir de poser un acte d'une façon particulière, sauf
- (a) la preuve d'un trait pertinent de la moralité de l'accusé, lorsque
 - (i) l'accusé présente cette preuve, ou
 - (ii) la poursuite présente cette preuve en réponse à la preuve apportée par l'accusé

d'un trait de sa moralité ou de celle de la victime, ou

- (b) la preuve de la part de la poursuite ou de la défense d'un trait pertinent de la moralité de la victime d'une infraction autre qu'une infraction sexuelle, ou
- (c) la preuve de la moralité d'un témoin, conformément aux articles du présent code qui traitent de la crédibilité.

(2) Rien au présent article n'empêche la réception de la preuve que le prévenu a antérieurement été trouvé coupable d'une infraction ou qu'il a commis une faute civile ou un autre acte si cette preuve est pertinente à tout fait autre que le penchant du prévenu à commettre une telle infraction, ou faute civile ou à poser un autre acte; cette preuve peut viser à établir entre autres le mobile, l'occasion, l'intention, la préparation, le dessein, la connaissance, l'identité, l'absence d'erreur ou d'accident.

(3) La preuve admissible en vertu du présent article, ne peut se faire que des façons suivantes:

- (a) l'expression d'une opinion, ou
- (b) le témoignage portant sur la réputation d'une personne, par ceux qui la connaissent ou qui en ont entendu parler, ou
- (c) la preuve de condamnations antérieures.

COMMENTAIRE

ARTICLES 1 ET 2 - REGLES GENERALES CONCERNANT LA PREUVE DE MORALITE

Le comportement ou la réputation d'une personne antérieur à l'événement qui fait l'objet du procès peut être pertinent à un fait essentiel du litige sans qu'il soit nécessaire que le juge en vienne à la conclusion que la personne s'est comportée de la même façon lors de l'événement en litige. Dans une cause de voies de fait, par exemple, le prevenu peut prétendre au droit de légitime défense du fait qu'il croyait, d'après la connaissance qu'il avait du comportement antérieur de la victime, que celle-ci était encline à la violence et que, de ce fait, le comportement de la victime a provoqué chez lui un sentiment de crainte.

Il arrive que la moralité d'une personne soit un fait pertinent au litige, un fait qui détermine les droits et les obligations. La détermination de la compétence d'un préposé dans certaines causes, le plaidoyer de véracité en matière de diffamation, l'allégation que la plaignante n'était pas de mœurs antérieurement chastes dans les accusations de relations sexuelles illicites avec une personne du sexe féminin âgée de quatorze à seize ans et, enfin, les causes où la réputation influe sur le quantum des dommages sont autant d'exemples où la moralité peut être un moyen de défense ou une justification, un

élément constitutif de l'infraction imputée, la cause d'une action ou encore un élément pertinent à la fixation de la peine ou des dommages et intérêts.

On doit permettre la preuve de moralité lorsqu'elle est directement pertinente à un fait en litige et non seulement une circonstance dont on peut déduire un comportement ou lorsqu'une règle du droit substantiel la situe au centre même du litige. C'est pour cette raison que la législation proposée en matière de moralité énonce une règle générale d'admissibilité et une attitude permissive quant aux modes de preuve. L'article 2 donne au juge le pouvoir discrétionnaire d'exclure la preuve de moralité dans les cas particuliers où la valeur probante de ce genre de preuve ne l'emporte pas sur les dangers que son emploi comporte et qui sont d'ailleurs énumérés dans l'article.

ARTICLE 3 - L'EMPLOI DE LA PREUVE DE MORALITE POUR PROUVER
LE COMPORTEMENT

Introduction

La preuve de moralité peut avoir une pertinence à titre de circonstance du fait que la moralité indique une manière d'être et le penchant d'une personne à agir, penser ou réagir d'une façon particulière et est une preuve dont on peut déduire que cette personne s'est comportée

à un moment particulier d'une façon conforme à sa manière d'être. Les règles actuelles qui défendent à la poursuite de faire la preuve des mauvaises moeurs de l'accusé lors de la présentation de sa preuve principale sont fondées non pas sur un souci de pertinence mais plutôt sur le fait que la valeur probante de cette preuve ne peut faire oublier le danger qu'elle cause un préjudice à l'accusé. Le juge ou le jury pourrait en effet prononcer une condamnation contre l'accusé pour le seul motif que l'accusé lui semble être bien capable de commettre une infraction ou un mauvais garnement qui mérite une punition. De la même façon, le juge ou le jury, après avoir entendu la preuve à l'effet que l'accusé est de mauvaises moeurs, pourrait être enclin à se montrer moins sévère dans l'analyse de la preuve de la culpabilité de l'accusé quant aux infractions reprochées étant amené à croire que de toute façon les conséquences d'une erreur de sa part ne seraient pas très sérieuses. C'est pourquoi, afin de garantir que chaque cas particulier fera l'objet d'une décision rationnelle au mérite et que toute personne aura un procès juste sans égard à son passé, l'article proposé codifie les règles d'exclusion de la preuve de moralité lorsque celle-ci est offerte seulement à titre de preuve circonstancielle tendant à approuver le comportement.

ARTICLE 3(1)(a) - LA MORALITE DE L'ACCUSE

La raison d'être de la règle empêchant la poursuite de mettre la moralité de l'accusé en litige au motif qu'une telle preuve pourrait causer un préjudice à l'accusé ne s'applique évidemment pas lorsque l'accusé cherche lui-même à faire la preuve d'un trait de moralité pour démontrer qu'il est peu probable qu'il soit l'auteur de l'infraction. L'article 3(1)(a) énonce l'exception bien connue en common law à la règle d'exclusion de la preuve de moralité lorsque celle-ci est employée à titre d'indice pour prouver le comportement. La section de recherche a mis en doute la valeur probante de la preuve de moralité et les techniques de preuve auxquelles elle se prête pour finalement se laisser convaincre que l'accusé, voyant sa liberté mise en péril dans une affaire pénale devrait bénéficier de l'exception spéciale apportée par le common law à la règle générale. La preuve de moralité peut dans certains cas suffire à susciter dans l'esprit d'une personne raisonnable un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé même s'il est difficile par ailleurs d'en définir la portée comme méthode de prédiction de la conduite. Ainsi codifiée, l'exception établit clairement que l'accusé n'est pas admis à faire une preuve générale de ses bonnes mœurs mais qu'il peut prouver seulement ces traits de moralité qui peuvent être pertinents à l'infraction reprochée.

Si l'accusé fait la preuve d'un trait de moralité afin de démontrer qu'il n'a pas commis l'infraction reprochée, le droit actuel permet à la poursuite de répliquer par une preuve contraire portant sur la moralité de l'accusé. L'article proposé codifie ce droit. De cette façon, l'accusé ne peut pas tromper le juge en faisant entendre une théorie de témoins favorables ou en donnant un faux témoignage quant à sa propre moralité. L'article modifie le droit actuel lorsqu'il restreint la preuve de moralité apportée par la poursuite à la preuve des aspects de celle-ci qui sont pertinents à l'infraction reprochée encore que ceux-ci ne soient pas nécessairement ceux que l'accusé a choisi de mettre en preuve. L'adoption de l'article proposé exigerait l'abrogation de l'article 593 du code criminel qui permet à la poursuite de répliquer par la preuve de toutes les condamnations antérieures de l'accusé à la preuve de moralité présentée par celui-ci.

ARTICLE 3(1)(b) - LA MORALITE DE LA VICTIME

Ce paragraphe ne traite que de l'admissibilité de la preuve de moralité apportée à titre de preuve circonstancielle visant à prouver le comportement. En vertu du droit actuel, la plaignante dans une cause de viol où la défense en est une de consentement peut être contre-interrogée quant à d'autres actes immoraux qu'elle a pu

poser avec l'accusé et, si elle nie avoir poser de tels actes, la poursuite peut en faire une preuve indépendante. Cette preuve est pertinente au motif qu'elle tend à établir une relation psychologique entre la plaignante et l'accusé, relation susceptible de permettre à l'accusé de se croire autorisé à réitérer les privautés. Elle peut aussi être pertinente du fait qu'elle tend à prouver qu'en cette occasion particulière l'accusé croyait raisonnablement avoir encore le consentement de la plaignante. Dans une poursuite pour homicide ou voies de fait où la légitime défense est invoquée, le fait que l'accusé ait connu les prédispositions de la victime à la violence peut être établi à titre de preuve que l'accusé croyait raisonnablement être en danger. Les présentes recommandations de la section de recherche ne veulent empêcher en rien la réception de ce genre de preuve.

En vertu du droit actuel, la moralité de la victime, qu'il s'agisse de bonnes ou de mauvaises moeurs, est, en général, irrecevable à titre de preuve circonstancielle de sa conduite lors de l'événement en litige. L'unique exception a trait aux infractions sexuelles. Par exemple, dans une affaire de viol, le fait que la victime ait une réputation de prostituée peut être admis à titre de preuve qu'elle a consenti aux relations sexuelles

qui font l'objet de la plainte et, de la même façon, une preuve de moralité peut être admise en réplique. En effet, dans certains cas, c'est la réputation de la femme et non son consentement qui devient le centre du litige. En plus de mettre en doute la valeur probante d'une telle preuve, la section de recherche s'est préoccupée très sérieusement des effets que peuvent avoir les abus dont ce genre de preuve fait actuellement l'objet. Les victimes de viols sont souvent réticentes à porter des accusations du fait qu'elles peuvent être placées dans une situation indûment gênante et se voir causer un tort et, de même, les femmes de mauvaises mœurs ne reçoivent que peu de protection contre le viol. C'est pour cette raison que la section de recherche recommande maintenant que dans toutes les causes qui impliquent des infractions sexuelles, il ne soit pas permis à la défense de faire la preuve de la moralité de la victime que ce soit en contre-interrogatoire ou en preuve principale. Tout le problème de la preuve des infractions sexuelles, y compris l'opportunité de porter à la connaissance du juge le dossier de personnalité de la plaignante du sexe féminin tel qu'établi à la suite d'un examen psychiatrique de même que le problème de la corroboration, feront l'objet d'une étude spéciale de la section de recherche. Nous souhaitons recevoir des commentaires sur cette question.

Nous ne croyons pas que ces questions revêtent autant d'importance dans les procès portant sur les autres infractions et, pour cette raison, la section de recherche recommande que la preuve de la moralité de la victime soit recevable lorsqu'elle est pertinente au crime reproché ou au moyen de défense invoqué même si l'accusé en ignorait l'existence au moment de l'incident. Par exemple, dans une poursuite pour un homicide ou voies de fait, les prédispositions de la victime à la violence peuvent avoir une valeur probante considérable pour montrer qu'il était l'agresseur. Les moyens de contrôle dont on entoure la décision de l'accusé de recourir à ce type de preuve consistent dans le fait que la poursuite peut alors réfuter la preuve ainsi proposée et offrir elle-même une preuve démontrant un aspect pertinent de la moralité de l'accusé. Ce pouvoir que l'article 3(2)(b) confère à la poursuite nous semble nécessaire si on ne veut pas que le juge ou le jury soit induit en erreur; par exemple, le juge devrait pouvoir tenir compte des prédispositions à la violence de l'accusé et de la victime lorsqu'il doit déterminer lequel est le plus susceptible d'avoir été l'agresseur lors d'une altercation.

L'article proposé permet aussi à la poursuite d'offrir une preuve des bonnes mœurs de la victime même

dans les cas où l'accusé n'a pas d'une façon directe présenté une preuve des mauvaises moeurs de celle-ci. Par exemple, dans une cause d'homicide dans laquelle l'accusé prétend avoir agi en légitime défense sans toutefois offrir de preuve de la propension de la victime à la violence, la poursuite devrait néanmoins pouvoir faire la preuve des prédispositions de la victime à la non-violence. Il va sans dire que cette recommandation comporte un risque de préjudice pour le prévenu du fait que le juge ou le jury éprouve trop de sympathie pour la victime et que la cause soit décidée sur un plan émotif à partir de sentiments de pitié ou de vengeance. Toutefois, la section de recherche en est arrivée à la conclusion qu'il valait mieux laisser à la discrétion du juge la question de savoir si une telle preuve devrait être exclue puisque le juge est en mesure de soupeser la valeur probante de cette preuve en regard de la possibilité qu'elle cause un préjudice dans un cas particulier.

Les affaires civiles

En vertu du droit actuel, la preuve de moralité ne peut servir de preuve circonstancielle dans une cause civile aux fins de prouver la conduite des parties. De toute évidence, on constate que la preuve de moralité a

si peu de valeur probante qu'elle devrait être exclue des causes civiles tout spécialement lorsqu'on pense aux préjudices qu'elle peut causer, le temps qu'il faudrait y consacrer, les digressions qu'elle entraînerait et les imprévus auxquels elle donnerait lieu. Toutefois, dans les causes civiles, l'imputation d'une conduite criminelle, immorale ou frauduleuse, comme ce peut être le cas dans les actions pour voies de fait, séduction, fraude, faux prétextes, ou conversion malhonnête, peut mettre la réputation et les biens du défendeur en péril tout autant qu'une action criminelle fondée sur les mêmes faits. Les imputations et même les sanctions peuvent être identiques. Comme la législation proposée cherche à codifier les prohibitions actuellement reconnues par le droit et à restreindre la preuve de moralité au rôle circonstanciel qu'elle peut jouer dans les causes pénales, la section de recherche sur la preuve souhaite tout particulièrement recevoir des commentaires sur cette question. La loi devrait-elle donner au juge le pouvoir discrétionnaire d'accepter une telle preuve dans les causes civiles et lui permettre de soupeser dans chaque cas d'espèce la valeur probante de la preuve offerte en fonction des dangers énumérés ci-haut? La loi devrait-elle étendre aux actions civiles impliquant une allégation de turpitude morale les

règles du droit pénal relatives à la preuve de moralité? Les recommandations qui viendront des Commissions provinciales de réforme du droit quant aux causes civiles qui sont de leur compétence présenteront un intérêt particulier.

ARTICLE 3(2) - LA PREUVE DES COMPORTEMENTS SIMILAIRES

L'article 3(1) tout en prévoyant certaines exceptions rend inadmissible la preuve des comportements similaires aux seules fins d'établir une prédisposition de l'accusé et d'inviter le juge ou le jury à déduire que dans le cas en litige l'accusé a de fait agi selon cette prédisposition. L'article 3(1) ne s'applique pas à la preuve des comportements antérieurs ayant trait à des facteurs autres que la prédisposition de l'accusé et qui peut démontrer par exemple le mobile, l'intention, la connaissance, l'identité, etc; une telle preuve serait donc admissible. Sur un plan technique le projet d'article 3(2) n'est pas vraiment nécessaire; son insertion a pour seul but de codifier le droit actuel et d'éviter tout malentendu et toute confusion. La preuve du comportement similaire est admissible sous réserve du pouvoir discrétionnaire codifié par le projet d'article 2. L'énumération des critères contenue dans cet article ne donne que des exemples. En effet, nous avons pensé qu'il serait impossible d'énumérer d'une façon exhaustive tous les usages possibles

de ce genre de preuve et que toute tentative en ce sens ne pourrait résulter que dans l'établissement d'une liste des genres de preuve dont on pourrait penser que leur réception devrait toujours prévaloir sur leur caractère préjudiciable.

ARTICLE 3(3) - LA FACON DE FAIRE LA PREUVE DE MORALITE

Voici la liste, par ordre décroissant de leur force de persuasion, des divers modes auxquels se prête la preuve de moralité: (1) la preuve des antécédents d'une personne qui démontrent ses penchants, (2) les témoignages d'opinion fondés sur l'observation personnelle faite par le témoin des penchants d'une personne et (3) le témoignage portant sur la réputation d'une personne. Dans l'état actuel du droit, on doit recourir à la preuve de réputation pour établir la moralité à titre de preuve circonstancielle. Tout en constituant un jugement collectif, ce qui est certes un avantage, la preuve de réputation n'en n'est pas moins une preuve de ouï-dire et peut n'être rien d'autre qu'un commérage de quartier. La preuve de moralité qui se fonde sur un témoignage d'opinion se trouve affaiblie du fait qu'il est toujours possible que l'évaluation personnelle du témoin soit faussée par ses propres sentiments et préjugés encore qu'elle ait plus de valeur que le "résultat invérifiable et irresponsable de multiples intuitions".

La section de recherche recommande la codification de ce pouvoir de faire la preuve de moralité au moyen de la réputation, de même qu'un amendement à la loi autorisant aussi le témoignage d'opinion à cette fin. Il a semblé à la section de recherche que la véracité de l'un ou l'autre des modes de preuve pouvait également faire l'objet de vérification et que le danger de voir surgir des faits non pertinents au litige n'était pas plus grand avec le témoignage d'opinion qu'avec la preuve de réputation. Conscient du fait que la complexité de l'organisation sociale et la mobilité des personnes au sein de la société actuelle peuvent empêcher certains individus de se faire une réputation dans leur milieu, la section recommande que la moralité puisse aussi se prouver par le biais de la réputation de la personne auprès de ceux qui la connaissent ou en ont entendu parlé. Certains problèmes naissant du recours aux témoignages de spécialistes en matière de preuve de moralité feront l'objet d'un texte traitant de la preuve d'opinion et de l'expertise.

En dépit du fait que le recours à la preuve des antécédents constitue peut-être la façon la plus efficace d'établir la moralité d'une personne, en particulier si une constante s'en dégage, la section de recherche a décidé de codifier le droit actuel selon lequel une telle preuve,

exception faite de la preuve des condamnations antérieures, ne doit pas être admise à titre de preuve circonstancielle du comportement. La preuve d'un comportement particulier s'étendant sur une période importante de la vie de l'accusé ou de la victime rendrait très difficile, pour ne pas dire impossible, la réfutation des allégations; de plus, la présentation de la preuve au soutien ou à l'encontre de ces faits prendrait beaucoup de temps et embrouillerait le litige sur des faits non directement pertinents. En outre, il existe un danger que le juge ou le jury donne une importance excessive à des cas particuliers de comportements antérieurs. Il y a moins de risques de surprise, de perte de temps et de confusion avec la preuve de condamnations antérieures et leur valeur probante compense le préjudice qu'elles peuvent causer. Selon l'article 3(1)(a), les condamnations antérieures qui peuvent être prouvées au soutien d'une preuve de moralité sont restreintes à celles qui ont trait à des infractions pertinentes à l'infraction reprochée ou au moyen de défense invoqué.

L'article proposé déclare admissible uniquement la preuve des condamnations antérieures et rend inadmissible toute preuve portant sur d'autres comportements; ceci, bien entendu, prohibe non seulement la preuve directe des comportements antérieurs mais aussi le contre-interrogatoire

qui y a trait lorsque les questions ont pour but de montrer la moralité de la victime ou de l'accusé à titre de preuve circonstancielle de sa conduite. Cependant, le droit actuel, tel que codifié par les articles du projet de code traitant de la crédibilité, rend admissible la preuve de la réputation et la preuve d'opinion de la franchise d'un témoin; bien que le témoin qui donne son opinion sur l'accusé ou qui témoigne de la réputation de celui-ci puisse ne pas indiquer pendant l'interrogatoire principal les faits particuliers, circonstances ou incidents justifiant son opinion sur la réputation de l'accusé, il peut être contre-interrogé sur ces faits. Bien entendu, le contre-interrogatoire est alors permis aux fins de vérifier les moyens de connaissance et, partant, la crédibilité du témoin; en vertu de l'article proposé, les réponses données en contre-interrogatoire peuvent à la discrétion du juge faire l'objet d'une contradiction. En conséquence, le contre-interrogatoire d'un témoin de moralité peut comporter une enquête sur la connaissance que ce témoin peut avoir des exemples précis du comportement de la victime ou de l'accusé afin de vérifier la crédibilité du témoin et les réponses ainsi obtenues peuvent faire l'objet d'une preuve contraire. Le contre-interrogatoire de la victime ou de l'accusé sur les incidents antérieurs

de leur propre comportement, dans la mesure où ils tendent à montrer un trait pertinent de leur moralité et, ainsi, à attaquer ou à appuyer leur crédibilité n'est évidemment pas permis par le projet de loi traitant de la crédibilité. Il importe tout particulièrement que le juge se montre vigilant en cette matière et qu'il soit prêt à exercer la discrétion que lui reconnaît le projet de loi sur la crédibilité d'exclure la preuve pertinente à la crédibilité lorsque la force probante en est considérablement amoindrie en regard des autres considérations inscrites au projet de loi. L'article 1 de ce projet de loi permettrait aussi que soit admise la preuve visant à démontrer que le témoin de moralité est animé de préjugés ou de sentiments hostiles à l'égard de l'accusé ou de la victime.