

"Source : *La preuve : 9. Oüi-dire. Document préliminaire de la Section de recherche sur le droit de la preuve*, 22 pages, Commission de réforme du droit du Canada, 1973. Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2011."

Ce document préliminaire a été préparé par la section de recherche de la Commission de réforme du droit du Canada, responsable du droit de la preuve. Il est distribué dans le but d'obtenir des critiques et commentaires. Les recommandations qui s'y trouvent n'engagent pas la Commission.

LA PREUVE

9. OUI-DIRE

*La Commission de réforme du droit du Canada souhaite qu'on lui fasse parvenir toute communication avant le 1^{er} août 1974. Prière d'adresser toute correspondance à:
Me Jean Côté, Secrétaire,
Commission de réforme du droit du Canada,
130, rue Albert,
Ottawa, Ontario.
K1A 0L6*

Mai 1973



LA PREUVE

9. OUI-DIRE

Document préliminaire de la
Section de recherche sur le droit de la preuve

Mai 1973

130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

©
Information Canada
Ottawa, 1974
N° de cat.: J32-5/1974
Contract No. 03KT-19158-4-5003
Richelieu Graphics

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
INTRODUCTION	5
UNE FAÇON DE FORMULER LE PROJET DE LOI	9
COMMENTAIRE	11

INTRODUCTION

La règle de la preuve par ouï-dire a pour effet d'exclure la preuve de déclarations faites hors de la présence du tribunal lorsque cette preuve est offerte dans le but d'établir la véracité du fait sur lequel portent ces déclarations. La tradition du *common law* veut que celui qui a eu personnellement connaissance d'un événement en témoigne sous serment en présence du juge des faits et de la partie adverse, et puisse ainsi être contre-interrogé par cette dernière. On considère que ce témoignage a une plus grande valeur probante que le simple rapport d'un compte rendu des déclarations antérieurement faites en dehors du tribunal, par celui qui a personnellement eu connaissance du fait en question. La menace d'une poursuite pour parjure, la solennité de l'atmosphère de l'audience et la présence de la partie contre laquelle la déposition est rendue sont des garanties supplémentaires de la confiance à accorder à ce témoignage. De plus, l'observation du comportement du témoin lors de sa déposition permet d'aider le juge des faits dans son évaluation de la preuve.

La règle de la preuve par ouï-dire trouve son fondement dans la théorie du système accusatoire, qui reconnaît le droit de contre-interroger les témoins appelés par la partie adverse et de mettre ainsi leur crédibilité à l'épreuve. La description par un individu d'un événement passé peut être entachée d'inexactitude parce que soumise à cinq dangers: le danger qu'il n'ait pas eu personnellement connaissance de l'événement; le danger que sa perception de l'événement soit incorrecte; le danger que sa description de l'événement ne donne pas une impression fidèle de ce qu'il a perçu; le danger que les termes qu'il utilise pour le décrire soient ambigus et trompeurs; enfin, le danger qu'il ne donne pas une description sincère de celui-ci (Morgan, *Hearsay Danger and the Application of the Hearsay Concept* (1948), 62 Harv. L. Rev. 177). La réalité de ces dangers peut être établie au cours d'un contre-interrogatoire efficace. Or, l'adversaire n'a pas l'occasion de souligner le défaut de perception, de mémoire, de communication, le manque de sincérité du témoin ni de contester ses qualités à déposer sur des faits dont il a personnellement eu connaissance, si la description de ces faits n'est pas donnée au procès par celle-là même qui est censée en avoir eu personnellement connaissance, mais par une autre personne qui ne fait que rapporter la description qu'en a donnée la première.

De cette analyse du fondement de la règle de l'ouï-dire, on pourrait logiquement déduire que toute déclaration faite hors de la présence du tribunal devrait être exclue, si elle est présentée pour établir la véracité du fait en question. Tel n'est toutefois pas le cas puisqu'il existe à l'heure actuelle trente et une exceptions à cette règle. Aucune de ces dernières n'offre d'ailleurs de garanties suffisantes quant à la crédibilité de la preuve pour que l'on puisse affirmer que l'adversaire

est pleinement protégé contre les dangers mentionnés plus haut. Dès le 19^{ième} siècle, on a rationalisé l'existence de la plupart de ces exceptions, en invoquant d'une part la garantie indirecte qu'elles offraient du bien-fondé de la déclaration, et d'autre part la non-disponibilité de la personne qui a fait la déclaration. Ces exceptions existaient toutefois bien avant que l'on ne songe à les rationaliser. On soutenait que la règle de la preuve par ouï-dire visait à exclure les preuves dont la crédibilité ne pouvait être adéquatement évaluée par le jury. Lorsque la déclaration était faite dans des conditions favorisant sa crédibilité à un point qui, selon le juge des faits, pouvait lui conférer une valeur probante suffisante, il demeurait possible alors de l'admettre indépendamment de l'impossibilité pour l'adversaire de contre-interroger le témoin, et de montrer ses défauts de perception de mémoire, de communication. On considère à l'heure actuelle que la règle de l'ouï-dire, avec ses nombreuses exceptions, est le produit de théories contradictoires: le système accusatoire et la méfiance à l'égard de l'aptitude du juge des faits à bien apprécier la preuve. Aucun principe ne suffit à justifier à lui seul toutes les exceptions existantes. De plus, les raffinements jurisprudentiels apportés à la règle au cours des ans ont peu contribué à la rendre logique. Nombre d'exceptions n'ont qu'une valeur historique, et les tribunaux ont eu tendance à limiter leur application aux seules circonstances de faits dans lesquelles elles sont d'abord apparues et à considérer ainsi leur liste comme limitative. (Mais voir *Ares v. Venner* (1970), R.C.S. 608.) La création de ces exceptions par les tribunaux indique qu'ils croient malgré tout en la valeur probante de l'ouï-dire et que celui-ci doit être admis même s'il va à l'encontre des règles du système accusatoire. Toutefois, le développement aléatoire et byzantin des exceptions a eu pour effet de créer un ensemble de règles hautement techniques, parfois discordantes qui nécessite une réforme urgente.

Les désavantages de la règle de l'ouï-dire ont été bien énoncés par le Law Reform Committee anglais, dans son 13^{ième} rapport intitulé *Hearsay Evidence in Civil Proceedings*: Cmnd. 2694 (1967), p. 18, et repris par le 11^{ième} rapport du Criminal Law Revision Committee anglais, intitulé *Evidence in Criminal Cases*: Cmnd. 4991 (1972): (traduction)

«La règle interdisant l'ouï-dire comporte cinq désavantages. Premièrement, elle aboutit à une injustice, lorsque la personne qui aurait pu établir le fait en litige est décédée, ou ne peut être appelée comme témoin; deuxièmement, elle impose un fardeau additionnel dans la preuve de faits qui ne sont pas véritablement en litige; troisièmement, elle contribue grandement à technicaliser les règles de la preuve, compte tenu des nombreuses exceptions qui viennent s'ajouter à celles établies par le Evidence Act de 1938; quatrièmement, elle prive le tribunal d'éléments susceptibles de l'aider dans la découverte de la vérité; enfin, cinquièmement, elle embrouille souvent les témoins et les empêche de déposer d'une façon naturelle. Ces désavantages sont reconnus depuis longtemps. Il est grandement temps de s'y attaquer courageusement.»

Certes, il existe des divergences d'opinions sur l'orientation de la réforme de la règle de l'ouï-dire. Les règles de la preuve poursuivent des objectifs multiples, tels que la recherche de la vérité, la certitude des résultats, l'efficacité administrative du procès et la justice envers les parties. Puisque ces objectifs semblent entrer directement en conflit avec la règle de l'ouï-dire, les divergences d'opinions à ce sujet ne seront peut-être jamais résolues. (Voir Murray, *The Hearsay Maze: A Glimpse at Some Possible Exits* (1972), 50 C.B. Rev. 1.)

En tentant de justifier la règle et ses exceptions, nous nous sommes fondés sur le principe qu'un témoignage qui découle de la connaissance personnelle devrait toujours avoir préférence. La preuve par ouï-dire devrait malgré tout être admise lorsqu'elle constitue la seule preuve disponible, lorsqu'elle a été faite dans des circonstances qui tendent à assurer sa crédibilité, ou encore, lorsque le déclarant est présent et peut être contre-interrogé.

L'une des conséquences prévisibles de cette prise de position serait évidemment l'accroissement considérable des cas d'admissibilité de la preuve par ouï-dire. On peut avancer deux arguments contre la libéralisation de la règle, même lorsque cette preuve est la seule disponible et qu'elle peut être considérée comme aussi digne de foi que bien des preuves actuellement admises en vertu des exceptions à la règle.

On peut soutenir en premier lieu que le jury ne serait pas en mesure d'apprécier la valeur de la preuve et, qu'induit en erreur, il pourrait donc rendre un verdict de culpabilité en se fondant uniquement sur la valeur tenue de celle-ci. Lorsque la règle de l'ouï-dire a fait son apparition, les jurés étaient peut-être des illettrés et des ignorants, pour lesquels il était important d'avoir recours à des règles "mécaniques" leur permettant d'apprécier la preuve. De nos jours, ils sont habituellement des gens expérimentés et instruits, et certainement plus évolués dans leur façon d'apprécier la preuve et de prendre des décisions qu'ils ne l'étaient il y a 150 ans. Il est probable qu'ils se fondent eux-mêmes parfois dans leur vie quotidienne sur l'ouï-dire et qu'ils connaissent donc la différence entre la valeur à attacher à celui-ci et celle qui s'attache à des déclarations faites en leur présence, et dont ils peuvent personnellement vérifier la source. D'autre part, lorsque la preuve par ouï-dire est particulièrement peu digne de foi et de nature à induire le jury en erreur, le juge reste libre de l'exclure. Comme nous l'avons déjà noté dans d'autres études préliminaires, la section de recherche reconnaît l'existence, et propose la codification du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'exclure une preuve ayant une valeur probante minimale en comparaison des risques que comporterait sa réception. En matière criminelle, si la preuve contre l'accusé repose seulement sur le "mince fil" d'une preuve par ouï-dire, le juge de première instance accueillera une requête de verdict dirigé. Si d'autre part le verdict du jury repose uniquement sur celle-ci, il sera sans doute infirmé en appel pour insuffisance de preuve.

Le raisonnement et les conclusions du Criminal Law Revision Committee anglais, viennent appuyer nos conclusions sur l'aptitude du jury à évaluer la preuve par ouï-dire: (*traduction*)

«Nous ne souscrivons absolument pas à l'opinion selon laquelle les jurés et les magistrats risqueraient d'accorder une importance démesurée à la preuve par ouï-dire et seraient ainsi trop portés à déclarer coupable ou à acquitter un accusé en se fondant sur celle-ci. Toute personne sensée comprend facilement qu'une preuve qui ne peut être soumise à l'épreuve d'un contre-interrogatoire a des chances d'être moins digne de foi qu'une preuve qui peut l'être. De toute façon, le juge peut toujours rappeler cette vérité aux jurés à propos de la preuve par ouï-dire, et, à l'occasion jugera peut-être utile de le faire au moment même où cette preuve est reçue. D'autre part, certaines preuves par ouï-dire convaincraient de toute façon, avec raison, n'importe qui. De plus, les jurés peuvent avoir à apprécier certaines preuves recevables en vertu des règles actuelles et qui sont peut-être plus difficiles à évaluer que la preuve par ouï-dire, par exemple, la preuve d'un comportement fautif antérieur». (11ième rapport, *Evidence (General)*: Cmnd. 4991 (1972).)

En second lieu, on peut s'opposer à l'extension des conditions de recevabilité de la preuve par ouï-dire en soutenant qu'elle augmenterait indûment les risques de préconstitution d'une preuve falsifiée. Ce risque est plus inquiétant dans le domaine pénal, où, soutient-on, la libéralisation de la règle de l'ouï-dire permettrait plus facilement à l'accusé de présenter une fausse preuve. Étant donné l'importance des intérêts en jeu pour l'accusé et le fait qu'il lui suffit de soulever un doute raisonnable au sujet de sa culpabilité, on argumente qu'il pourrait se montrer peu scrupuleux dans ses manœuvres pour obtenir un acquittement. L'extension de la règle de l'ouï-dire lui permettrait ainsi de présenter le faux aveu d'une personne qui n'est pas disponible pour témoigner, ou d'invoquer un alibi uniquement fondé sur l'ouï-dire. La difficulté que soulève ce genre d'argument est que les règles de la preuve ne sont pas suffisamment raffinées pour protéger efficacement les tribunaux contre les dangers d'une preuve falsifiée. Dans l'évolution récente du droit de la preuve, on note une tendance de plus en plus marquée à s'éloigner du principe selon lequel les règles d'exclusion peuvent avoir un effet de prévention sur le parjure. De fait, la nécessité de protéger l'innocent dans les affaires criminelles, plaide fortement en faveur d'un rejet total de l'application de la règle de l'ouï-dire contre l'accusé. Cette conclusion est d'ailleurs conforme à l'opinion du professeur Morgan: *(traduction)*

«Si, à un moment donné de l'histoire, les règles d'exclusion ont empêché le parjure, ce n'est sûrement plus le cas aujourd'hui. Lorsqu'une partie est déterminée à commettre ou à se rendre complice d'un parjure et que son avocat est disposé à lui donner son appui ou à fermer les yeux, aucune règle d'exclusion ne réussira à les dissuader . . . Pareilles règles ne nuiraient qu'aux parties honnêtes; elles seules seraient privées de l'avantage qu'offre une preuve convaincante. Aucune méthode rationnelle ne peut sanctionner une règle d'exclusion destinée uniquement à entraver ou à empêcher les faux témoignages». (A.L.I. Model Code of Evidence (1942), p. 4.)

UNE FAÇON DE FORMULER LE PROJET DE LOI

Article 1. Définitions

(1) Déclaration

La déclaration est tout acte verbal ou tout comportement par lequel le déclarant entend communiquer sa conviction au sujet de l'existence d'un fait.

(2) Ouï-dire

L'ouï-dire est une déclaration, autre que celle faite par une personne rendant témoignage à son procès ou à l'audition, et présentée en preuve pour établir la véracité de la déclaration.

Article 2. Règle de la preuve par ouï-dire

La preuve par ouï-dire n'est pas recevable, en dehors des cas prévus par l'article 3 ou par quelque autre loi du Parlement du Canada.

Article 3. Exceptions à la règle de la preuve par ouï-dire

La règle de la preuve par ouï-dire n'exclut pas la preuve des déclarations suivantes:

(1) Non-disponibilité de l'auteur de la déclaration

La déclaration faite par une personne (1) décédée depuis ou qui n'est pas apte, en raison de son état physique ou mental, à comparaître comme témoin, ou (2) qui n'est pas présente à l'audition, lorsque celui qui veut présenter sa déclaration n'a pas pu s'assurer de sa présence par sommation ou par d'autres moyens raisonnables, ou (3) qui, présente à l'audition et pouvant être contrainte à témoigner pour le compte de la partie qui entend présenter sa déclaration en preuve, refuse d'être assermentée, à condition que cette inaptitude ou ce refus ne soit pas le fruit d'une tactique injuste de la part de celui qui veut présenter la déclaration, visant à empêcher la personne en question d'être présente ou de rendre témoignage.

(2) Disponibilité de l'auteur de la déclaration

La déclaration faite par une personne qui a été appelée ou doit être appelée à comparaître comme témoin à un procès ou à une audition, à moins que la déclaration ne soit faite dans le but de divulguer le témoignage que cette personne rendrait probablement dans une instance judiciaire en cours ou future.

(3) Admissions

La déclaration présentée contre une partie et qui constitue
a) sa propre déclaration,

- b) une déclaration que la partie a fait sienne ou à laquelle elle a souscrit par ses propres paroles ou par son comportement,
- c) une déclaration d'une personne autorisée par la partie à faire une déclaration sur la question,
- d) une déclaration du mandataire ou du préposé de la partie, relative à son mandat ou à ses fonctions, et faite pendant la durée du mandat ou de l'emploi, ou
- e) une déclaration d'une personne engagée dans une entreprise commune avec la partie, si elle est faite dans la poursuite de cette entreprise.

(4) Registres

- a) Une note de service, un rapport, un registre ou une compilation de données, portant sur des actes, événements, conditions, opinions ou évaluations, faits dans le cadre de l'accomplissement d'un devoir ou à une époque contemporaine de l'accomplissement d'un devoir, au cours d'activités régulières.
- b) Lorsque des renseignements ayant trait à un événement ne se trouvent pas dans les notes de service, rapports, dossiers ou compilations de données faits au cours d'activités régulières et que l'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'ils s'y trouvent, le tribunal peut, sur production de ceux-ci, les recevoir pour établir ce fait et en déduire que l'événement ne s'est pas produit ou n'existe pas.
- c) Il est possible de démontrer que les circonstances dans lesquelles ces notes de service, rapports, dossiers ou compilations de données ont été faits, y compris le défaut de connaissance personnelle de celui qui les a faits, influent sur leur valeur probante, mais ces circonstances ne peuvent avoir d'effet sur leur recevabilité en preuve.

(5) Ouvrages de doctrine

Les déclarations contenues dans des traités, périodiques ou revues, si elles sont reconnues comme faisant autorité par un témoin-expert dans le domaine auquel se rapporte cette documentation; sous réserve de la possibilité de demander à tout expert en ce domaine d'expliquer ces déclarations. Les déclarations ainsi reçues peuvent être versées au dossier mais ne constituent pas des pièces.

(6) Réputation

- a) Le renom antérieur d'une personne parmi ceux qui la connaissent personnellement ou de réputation, et,
- b) La commune renommée d'une personne, parmi les membres de sa famille, par le sang, par l'adoption, ou le mariage, parmi ses relations ou dans la communauté, relativement à sa naissance, son adoption, son mariage, son divorce, son décès, sa légitimité, sa parenté par le sang, par adoption ou par mariage, son ascendance ou quelque autre fait semblable ayant trait à son passé ou à celui de sa famille, et
- c) La notoriété antérieure dans une communauté concernant le bornage de biens fonciers ou les coutumes y afférentes et la notoriété d'événements de caractère historique d'importance pour la communauté, l'état ou la nation où ils se sont produits.

COMMENTAIRE

Article 1. Définitions

Article 1 (1) Déclaration

La règle de la preuve par ouï-dire dans son état actuel n'exclut pas seulement certaines déclarations orales et écrites. Elle permet également d'exclure la preuve du geste d'une personne, si par cet acte elle entendait affirmer quelque chose. Ainsi, un hochement de tête en réponse à une question comporte, sur le plan de la preuve, les mêmes dangers dont nous avons fait état plus haut qu'une déclaration orale négative faite par cette même personne en réponse à cette question. Dans ces conditions, la preuve d'un geste destiné à remplacer des paroles doit de toute évidence être traitée de la même façon que la preuve d'une déclaration verbale.

Toutefois, un acte ou un geste peut également tendre à prouver un fait, même si son auteur n'entendait pas par là confirmer l'existence de ce fait. Ainsi, un témoin peut déclarer, pour établir qu'il pleuvait à un moment donné, qu'il a vu "X" ouvrir son parapluie. Dans un tel cas, en général, le geste de "X" n'est pas posé dans le but d'affirmer qu'il pleut. Il constitue bien plus une réaction de "X" à la perception de son environnement.

Il est une question fort difficile sur laquelle la section des recherches espère avoir des commentaires: c'est celle de savoir si la preuve d'un acte ou d'un geste qui n'est pas posé dans le but de confirmer l'existence d'un fait doit être considérée comme du ouï-dire, lorsque présentée pour établir la croyance de cette personne quant à un fait particulier, et permettre ensuite que de cette croyance on tire comme déduction la véracité de ce fait. L'analyse classique de ce problème se retrouve dans l'arrêt *Wright v. Doe d. Tatham* (1837), 112 E. R. 488, qui a considéré cette preuve comme du ouï-dire. Étant donné toutefois la difficulté à l'identifier comme tel, avocats et juges sont rarement conscients du problème. (Comparer avec *Lloyd v. Powell Duffryn*, [1914] A. C. 733.)

Nous sommes arrivés à la conclusion que pour les fins de la présente étude, tout acte verbal ou non verbal qui n'était pas posé dans un but de communication ne doit pas être considéré comme un ouï-dire, même si la sincérité, la perception ou la mémoire de la personne en cause ne peut pas être mise à l'épreuve par le contre-interrogatoire. Cette absence d'intention minimise en effet les risques d'un manque de sincérité. Nous reconnaissons toutefois que la détermination de cette absence d'intention peut dans certains cas, soulever des difficultés, (voir Finman, *Implied Assertions as Hearsay: Some Criticism of the Uniform Rules of Evidence*

(1962), 14 Stan. L. Rev. 682). Le texte de loi proposé est donc formulé de façon à permettre la preuve de l'acte à moins que la partie adverse ne démontre que son auteur n'entendait, en agissant de la sorte, le poser dans un but de communication. Les risques d'erreur de perception et de mémoire sont réduits dans le cas d'un geste, puisque la personne fonde son comportement, et non simplement ses paroles, sur l'exactitude de sa conviction. Notre définition montre clairement que l'acte verbal qui n'est pas destiné à servir de communication (par exemple, le cri de douleur d'un homme qui souffre) est exclu du cadre de la règle proposée. Notons également que l'acte verbal destiné à servir de communication n'est pas visé par la définition lorsqu'il n'est pas destiné à confirmer le fait que l'on cherche ainsi à établir (voir *Ratten v. R.*, [1972] Cr. App. Rep. 18 (C. P.) et *Lloyd v. Powell Duffryn, Supra*). Selon notre proposition, l'acte qui n'est pas posé dans le but de confirmer un fait sera considéré comme une preuve circonstancielle de la conviction de la personne en question quant à l'existence de ce fait, et la force de la déduction à en tirer dépendra de la valeur probante de l'acte (voir McCormick, *Evidence* (1954), p. 479). Le juge de première instance jouit en plus du pouvoir discrétionnaire d'exclure cette preuve lorsqu'à son avis, le risque de créer un préjudice injuste l'emporte sur la valeur probante de l'acte.

Article 1 (2) Ouï-dire

Selon la définition, conforme au droit actuel, seules les déclarations présentées en preuve pour établir l'existence même du fait sur lequel elles portent sont considérées comme un ouï-dire. C'est seulement dans ce cas que la sincérité du déclarant, sa perception, sa mémoire ou sa relation du fait ont suffisamment d'importance pour pouvoir donner un caractère trompeur à la déclaration, lorsqu'elles ne peuvent pas être vérifiées par un contre-interrogatoire. Ainsi la preuve d'une déclaration extrajudiciaire, présentée à toute autre fin que celle d'établir la véracité du fait affirmé, ne constitue pas de l'ouï-dire. Aux termes de la définition législative proposée, conforme au droit actuel, les déclarations suivantes ne constitueraient pas un ouï-dire, étant présentées seulement pour établir que la déclaration a été effectivement faite: les déclarations portant sur les droits des parties; celles qui accompagnent et expliquent une transaction; celles qui tendent à prouver la connaissance de l'interlocuteur; et enfin, celles soumises comme preuve circonstancielle pour démontrer les sentiments ou l'état d'esprit du déclarant.

De plus, la définition et les exceptions proposées n'établissent aucune distinction entre l'ouï-dire au premier, au second ou au troisième degré. Les dangers bien connus inhérents à la répétition d'une déclaration orale, relatifs à la fidélité de la mémoire et du récit peuvent, sans nul doute, affecter la valeur probante d'une preuve par ouï-dire au second degré. Toutefois, comme notre façon d'aborder le problème le montre clairement, nous ne pensons pas que le droit de la preuve devrait, d'une façon générale, traiter de la question de la force probante, sauf lorsqu'il est absolument impossible de la déterminer. (Voir Glanville Williams, *The New Proposals in Relation to Double Hearsay and Records*, [1973] Crim. L. Rev. 139.)

Article 3. Exceptions

Article 3 (1) Non-disponibilité du déclarant

L'article 3 (1) change fondamentalement le *common law*. En effet, en *common law*, une déclaration faite par une personne qui ne peut témoigner au procès ne peut être reçue que si elle entre dans le cadre spécifique de l'une des exceptions à la règle de l'ouï-dire. En vertu du nouvel article au contraire, lorsque le déclarant n'est pas disponible pour rendre témoignage, toutes les déclarations pertinentes qu'il a faites sont recevables.

Lorsque celui qui a fait la déclaration n'est pas disponible pour rendre témoignage, sa déclaration qui constitue du ouï-dire reste souvent la meilleure et de fait l'unique preuve. Aucun des motifs traditionnellement invoqués pour exclure la preuve par ouï-dire ne nous paraît suffisamment convaincant pour justifier dans ce cas une exclusion absolue. Nous pensons également qu'il serait impossible d'énumérer les circonstances dans lesquelles la nécessité de recevoir une déclaration faite par une personne non disponible à rendre témoignage, doit contrebalancer la possibilité que la déclaration ne soit pas digne de foi. Nous sommes donc arrivés à la conclusion qu'il est préférable d'admettre en preuve toutes ces déclarations. Les dangers relatifs au témoignage ou autres dangers déjà mentionnés pourront sans doute avoir un effet sur le poids à accorder à la déclaration. L'impact de ces facteurs sur chaque cas particulier peut être mesuré avec plus de précision au moment de la réception de la preuve et, en tout cas, plus fidèlement que selon la règle actuelle qui tente de diagnostiquer à l'avance des événements futurs.

En Angleterre, le droit actuel admet dans les affaires civiles, les déclarations faites par une personne non disponible à rendre témoignage. Une recommandation semblable à la nôtre et visant à étendre cette règle aux affaires criminelles a été faite dans ce pays, sous réserve de deux restrictions:

1. Dans un procès par voie de mise en accusation, une déclaration n'est pas recevable en preuve en raison de la seule impossibilité de produire comme témoin celui qui l'a faite, à moins que la partie qui cherche à l'introduire ne donne avis de son intention de le faire et n'énonce les détails de la déclaration ainsi que le motif pour lequel le déclarant ne peut venir témoigner. English Criminal Law Revision Committee 11^{ème} rapport, *Evidence (General)*: Cmnd. 4991 (1972), para. 237, et 240 à 242.

2. Une déclaration prétendument faite par l'accusé après sa mise en accusation, à une personne qui n'est pas disponible comme témoin au procès, n'est jamais admissible en preuve. English Criminal Law Revision Committee, 11^{ème} rapport, *Evidence (General)*: Cmnd. 4991 (1972), para 237, et 240 à 242.

Ces deux exceptions ont été recommandées par le Criminal Law Revision Committee anglais à titre de garanties contre l'utilisation possible d'une preuve préfabriquée. Nous avons décidé cependant de ne pas en recommander l'adoption.

L'exigence de l'avis se justifie pour le comité anglais par le fait (traduction)... "qu'il permet aux autres parties d'enquêter à la fois sur l'identité (et la crédibilité) de la personne qui aurait fait la déclaration et sur le contenu de celle-ci, et de déterminer s'il est vraiment impossible de la faire comparaître comme témoin"... Para. 241.

Nous ne croyons pas utile de recommander l'adoption de cette règle, estimant plus sage d'attendre le rapport de la section de recherche sur la procédure pénale concernant la communication préalable de la preuve. Nous accueillerions cependant avec plaisir toute suggestion portant sur l'utilité pratique et l'opportunité d'adopter cette règle dans le contexte du droit pénal.

Nous ne pensons pas non plus que la seconde restriction mentionnée ci-haut devrait être retenue. Dans nos recommandations, nous avons toujours tenté d'éviter qu'une preuve ne soit irrecevable simplement parce qu'elle pourrait être fautive. Le Criminal Law Revision Committee anglais s'est inquiété du fait qu'un professionnel du crime, une fois accusé, pourrait fabriquer de toutes pièces une preuve tendant à le disculper, en faisant par exemple déclarer, par une personne, qu'elle a vu un autre individu que l'accusé commettre le crime et en s'arrangeant par la suite pour que cette personne ne soit pas disponible pour venir témoigner lors du procès. Mais cette seconde restriction peut donner naissance à de graves injustices. Dans certains cas, l'accusé peut en effet être vraiment obligé de fonder sa défense sur ce genre de déclarations. Il paraît plus logique dès lors d'admettre cette preuve tout en laissant au juge des faits le soin d'apprécier leur valeur probante, compte tenu de l'époque où elles ont été faites et des circonstances, plutôt que de décider a priori qu'elles sont toutes le fruit d'une préfabrication.

Notre règle générale d'exception étant acceptée, il apparaît alors inutile de codifier séparément les cas d'exceptions du *common law* dont la recevabilité dépend dans le droit actuel de la non-disponibilité du déclarant: déclarations d'une personne décédée depuis; déclarations contre l'intérêt de celui qui les fait; déclarations faites dans l'exercice d'une fonction; déclarations ayant trait à des droits publics ou généraux; déclarations ayant trait à la réputation; déclarations d'une personne quant au contenu de son testament et déclarations portant sur des témoignages antérieurs.

Si notre proposition n'est pas jugée acceptable, nous aimerions que le lecteur nous donne son avis sur la solution de rechange suivante: les exceptions présentement admises par le *common law*, dont la recevabilité dépend de la non-disponibilité du déclarant comme témoin seraient codifiées. De plus, le juge de première instance aurait le pouvoir d'apprécier les dangers de la preuve par ouï-dire en se plaçant dans la perspective de la partie adverse, et de les évaluer par rapport à l'intérêt qu'a l'autre partie de le faire admettre dans chaque cas particulier. Il aurait alors le pouvoir d'admettre une preuve par ouï-dire lorsque, compte tenu des conditions dans lesquelles la déclaration a été faite, les dangers de son admission sont minimes, eu égard à la nécessité d'entendre cette preuve.

Article 3 (2) Disponibilité de l'auteur de la déclaration

Dans l'état actuel du droit, les déclarations extrajudiciaires antérieures au procès peuvent être reçues pour étayer ou contester la crédibilité de celui qui les a faites. Elles ne peuvent pas toutefois être utilisées pour prouver la vérité du fait en question. Nous croyons qu'à cet égard la règle du ouï-dire est trop stricte et ne tient pas suffisamment compte des motifs qui la justifient. Elle ne constitue de plus qu'une aide très restreinte au juge des faits quant à l'utilité de la déclaration, aide qui n'est tout au plus que le fruit d'un simple rituel verbal (voir le Document préliminaire no 3 sur la crédibilité). Celui qui a fait la déclaration est présent comme témoin

et peut être contre-interrogé. Comme l'a fait remarquer le savant juge Hand, s'il admet se rappeler du fait relatif à la déclaration, le contre-interrogatoire portant sur la déclaration antérieure et sur le témoignage qu'il donne au procès sont suffisants pour exposer les risques que comporte normalement l'ouï-dire.

«Lorsque, ayant entendu la déposition de témoin, le jury conclut que le témoin ne dit pas la vérité, mais que c'est la déclaration antérieure qui est véridique, il se fonde néanmoins sur ce qu'il voit et entend devant le tribunal». (*DiCarlo v. U.S.* (1925) 6 F. 2d 364, 368).

Lorsque le témoin nie avoir eu connaissance du fait sur lequel porte la déclaration, la nécessité d'entendre cette preuve est tout aussi grande que s'il n'était pas disponible. Dans ce cas, cependant, le juge des faits est mieux placé pour évaluer la déclaration puisqu'il a devant lui non seulement le témoin qui donne un compte rendu de la déclaration, mais également la personne qui l'aurait faite; le juge des faits peut ainsi décider lequel des deux il doit croire.

En vertu de l'exception à la règle de l'ouï-dire énoncée à l'article 3 (2), toute déclaration antérieure d'une personne qui a été ou doit être appelée comme témoin peut être admise comme preuve de son contenu, et pas seulement comme preuve tendant à attaquer ou appuyer la crédibilité du témoin. Le juge de première instance a naturellement le pouvoir discrétionnaire d'exclure une déclaration lorsqu'il estime que des considérations tenant à l'époque où elle a été faite, au préjudice qu'elle cause ou à son caractère superflu, l'emportent sur sa valeur probante. (voir Document préliminaire no 3 sur la crédibilité). On peut également invoquer les raisons suivantes à l'appui du changement proposé: la règle actuellement en vigueur aboutit souvent à l'exclusion d'une preuve pertinente; la règle proposée protège la partie contre les témoins "girouettes"; une déclaration extrajudiciaire est souvent plus digne de foi qu'une déclaration faite au cours du procès, puisque la première est faite à une époque plus rapprochée de l'événement qui est donc plus frais à la mémoire du témoin, et qu'elle a pu être faite avant que le témoin ne puisse être influencé par les parties ou par des événements subséquents; le déclarant étant devant le tribunal, sa crédibilité et la valeur de sa déclaration antérieure peuvent être appréciées par le juge des faits; il n'est pas réaliste de croire que le juge des faits puisse se conformer à la directive voulant que la déclaration ne doit être utilisée que pour réfuter la crédibilité du témoin, et non pas à titre de preuve du contenu de la déclaration; la règle actuelle défavorise uniquement la partie qui a le fardeau de la preuve; le juge peut toujours apprécier la suffisance de la preuve et veiller ainsi à ce que le jury n'accorde pas trop d'importance à une déclaration antérieure contradictoire; enfin, le droit dans son état actuel peut porter le juge des faits à se baser sur des déclarations extrajudiciaires moins dignes de foi que celles qui seraient admises en vertu du nouveau droit.

Nous avons, dans le Document préliminaire no 2 (la forme de l'interrogatoire) établi la distinction entre l'écrit utilisé en vue de rafraîchir la mémoire et celui qui constitue la consignation d'un événement passé. Selon l'article 3 (2) proposé, lorsqu'un témoin identifie un écrit comme ayant été antérieurement fait par lui mais avoue qu'il ne lui est d'aucune utilité pour raviver ses souvenirs, la déclaration antérieure est néanmoins admissible comme preuve de la véracité de l'événement en question, sans qu'il y ait nécessité de s'en remettre à la fiction voulant que l'écrit serve à rafraîchir la mémoire.

Ainsi, un témoin peut déposer qu'auparavant, à un moment où les faits étaient frais à sa mémoire, il a noté le numéro de la plaque minéralogique du véhicule impliqué dans l'accident; même s'il ne parvient pas à se le rappeler lors du procès, la preuve de ce numéro serait admise en vertu de l'article proposé. Le témoin peut être contre-interrogé quant à l'exactitude avec laquelle il a noté le numéro. Les circonstances entourant la déclaration antérieure pourront avoir un effet sur le poids à accorder à cette preuve, mais non à sa recevabilité.

L'article proposé permet également de prouver une conversation extra-judiciaire entre le témoin et un autre témoin, et ce, d'une façon beaucoup plus naturelle et significative qu'à l'heure actuelle. En vertu des règles actuelles, le témoin est généralement autorisé à déposer au sujet de ce qu'il a dit à "X" et de son comportement à la suite de ce que lui a dit "X", mais n'est pas autorisé à rapporter ce que "X" lui a dit; c'est ce dernier seul qui peut témoigner à ce sujet. Les objections formulées au cours du procès sont souvent source de confusion pour le témoin et entraînent des interruptions inutiles.

L'un des dangers de la réception au cours du procès de déclarations antérieures est que le témoin ne prépare minutieusement, avant le procès, une déclaration écrite et ne se serve ensuite exclusivement de celle-ci. Cet état de chose irait à l'encontre du principe du "déroulement oral" du débat judiciaire. Il permettrait aussi d'éviter la règle relative à l'interdiction de poser des questions suggestives à l'interrogatoire principal et permettrait à un témoin de mauvaise foi de présenter une histoire cohérente et plausible qu'il lui aurait été souvent impossible de soutenir au cours d'un interrogatoire principal. Pour éviter ces dangers, nous avons prévu que cet article ne s'appliquerait pas à une déclaration faite dans le but d'exposer ce qu'une personne aurait normalement dit lors de sa comparution dans l'instance en cours ou dans une instance éventuelle.

Article 3 (3) Admissions

Le droit actuel admet en preuve des déclarations extrajudiciaires faites par l'une des parties, lorsqu'elles sont offertes par l'adversaire pour réfuter la preuve présentée par le déclarant. Ces déclarations sont connues sous le nom d'admissions et sont considérées comme constituant une exception à la règle du oui-dire.

Le nouveau texte de loi proposé a conservé l'expression «admissions». Toutefois, contrairement aux autres exceptions à la règle de l'oui-dire, leur admissibilité en preuve n'a jamais été justifiée en se basant uniquement sur un argument de nécessité ou sur le fait qu'elles ont été faites dans des conditions qui garantissent leur bien-fondé. De fait, dans l'état du droit actuel, ces admissions peuvent être reçues en preuve, même si elles n'allaient pas à l'encontre des intérêts de la partie au moment où elles ont été faites (4 Wigmore, *Evidence*, sec. 1048; *Falcon v. Famous Players Film Co.*, [1926] 2 K. B. 474, 489 et même si la partie n'a pas eu personnellement connaissance du fait ainsi admis. (*Stowe v. Grand Trunk Ry.* (1918), 39 D. L. R. 127 (Alta C. A.)) Ces admissions sont donc reçues non pas parce qu'elles apparaissent dignes de foi, en l'absence d'un témoignage sous serment et d'un contre-interrogatoire, mais plutôt à cause de la nature même du système accusatoire. Selon ce système, en effet, une partie peut difficilement se plaindre qu'elle n'a

pas eu l'occasion d'être contre-interrogée au sujet d'une déclaration qu'elle a faite, ou exiger que sa propre déclaration soit faite sous serment, ou encore affirmer que celle-ci n'est pas digne de foi.

Le paragraphe a) contient la règle fondamentale en la matière. L'aveu n'est qu'une espèce particulière d'admission et les autres conditions de son admissibilité en preuve seront examinées dans un autre document. Les quatre autres paragraphes énumèrent quatre genres de déclarations qui, en *common law*, peuvent être reçues en preuve à titre d'admissions, en raison de la suffisance des garanties entourant la personne de celui qui les fait.

Le paragraphe b) énonce les règles du droit positif actuel (*R. v. Christie*, [1914] A. C. 545; *Chapdelaine v. The King*, [1935] R. C. S. 53). Peut être traitée comme admission la déclaration émanant d'une partie qui, expressément ou tacitement, la fait sienne. Le fait de garder le silence, à l'égard d'une accusation, peut être considéré comme une reconnaissance du bien-fondé de celle-ci et motiver ainsi la réception en preuve de la déclaration. Le silence peut cependant se justifier par d'autres considérations et l'accusé qui exerce son droit de ne rien dire devant la police en présence d'accusations portées contre lui ne devrait en subir aucun préjudice (voir *R. v. Eden*, [1970] 2 O. R. 161 (C. A.); *Miranda v. Arizona* (1966), 384 U. S. 436, 468 et *Cross, Evidence*, 3d ed., 40; mais voir *R. v. Fagnoli*, [1957] O. R. 140 (C.A.) et *R. v. Cripps* (1968), 3 C. R. N. S. 367 (B. C. C. A.)). Pour qu'une déclaration soit recevable, il doit exister une preuve permettant de soutenir le fait qu'elle a été acceptée par la partie, même si depuis l'arrêt *Christie* (*Supra*), les tribunaux n'ont pas toujours exigé la présentation de cette preuve avant la réception de cette déclaration. Le texte proposé est formulé de façon à refléter toutefois ce qui nous semble être la meilleure règle à suivre. (*Chapdelaine v. The King, Supra* et *R. v. Harrison*, [1946] 3 D. L. R. 690 (B. C. C. A.)), à savoir qu'une preuve de soutien préalable soit présentée antérieurement à la réception de la déclaration, pour éviter que l'accusé n'en souffre préjudice.

Lorsqu'une partie autorise expressément une autre personne à faire une admission en son nom, il est logique de considérer celle-ci comme une admission faite par la partie elle-même. C'est la règle qu'édicte le paragraphe c). A l'heure actuelle, l'autorisation implicite de faire une admission est parfois déduite de l'existence d'une relation de mandant à mandataire ou de commettant à préposé, mais elle reste soumise à des conditions tellement strictes que celles-ci ont pour effet la plupart du temps, d'exclure la déclaration. Pour être admise en preuve contre le commettant, la déclaration doit avoir été faite par un préposé agissant dans l'exercice de ses fonctions et au cours de la durée de son emploi. Parfois les tribunaux ont également exigé, que la déclaration de l'agent fasse partie du *res gestae*, ou de l'acte posé (*Confed. Life v. O'Donnell* (1886), 13 S. C. R. 218; *Bourgoin v. Sullivan*, [1942] B. R. (Qué.) 593 (C.A.)), bien que selon certains, il s'agisse là d'une confusion entre deux principes distincts. (4 Wigmore, *Evidence*, sec. 1078.) L'évolution du droit en ce domaine s'est faite en maintenant une analogie avec les règles de fond de la représentation. Selon celles-ci, le représenté est responsable des actes de son représentant; le maintien de cette analogie a empêché la réception en preuve de descriptions données par le premier au sujet d'actes accomplis dans le passé, au prétexte qu'elles ne constituaient qu'un "simple compte rendu" (*Confed. Life v. O'Donnell, Supra*). Il en a été

de même quant aux déclarations d'un représentant au représenté, par opposition à celles que ce dernier aurait faites pour le compte du premier (Cross, *Evidence*, 3d ed. 442). La tendance actuelle aux États-Unis, est d'écarter ces diverses restrictions (McCormick, *Evidence*, 2d ed., 639, *Proposed Federal Rules of Evidence*, R. 801, (d) (2) (iv); et voir le juge Laskin, dissident, dans l'arrêt *R. v. Shand Electric Ltd.*, [1969] 1 O. R. 190 (C.A.)). La section de recherche sur la preuve souhaite une libéralisation de la règle de l'ouï-dire et c'est dans cet esprit qu'elle a conçu les paragraphes c) et d) du Projet. Analysant un arrêt ancien qui avait décidé que l'exception ne s'appliquait qu'aux déclarations faites par le représentant; (*traduction*)... «dans les limites du pouvoir du représenté de parler au nom du représentant», Wigmore fait le commentaire suivant:

«... il est absurde de décider qu'un surintendant peut rendre son employeur responsable s'il gère mal l'usine de celui-ci, mais que les tribunaux ne peuvent pas admettre en preuve des déclarations relatives à sa mauvaise gestion. L'absurdité de cette règle, telle qu'elle est actuellement universellement appliquée, jette le ridicule sur les méthodes employées par les tribunaux». (4 Wigmore, *Evidence*, sec. 1078, p. 166, n. 2.)

La connaissance habituelle des actes accomplis dans l'exécution de ses fonctions par le représentant, constitue une garantie suffisante du caractère fiable des déclarations qu'il peut faire relativement à des événements antérieurs.

Entrent également en ligne de compte à cet égard, le fait que ces déclarations sont normalement contre l'intérêt de celui qui les fait et que, lorsqu'elles sont faites pendant qu'il est en fonction, elles ont de fortes chances d'être sincères. Les déclarations faites au commettant par rapport à celles faites à un étranger semblent davantage dignes de foi parce que faites dans le but de motiver l'accomplissement d'un acte quelconque. Elles offrent donc au moins les mêmes garanties de crédibilité que la preuve admise, selon les règles actuelles, en vertu de l'exception relative aux pièces commerciales.

Pour sa part, le paragraphe e) codifie simplement les règles actuelles (*Koufis v. R.*, [1941] R. C. S. 481; *R. v. Northern Electric*, [1955] 3 D. L. R. 449 (Ont. H. C.)). Les déclarations d'une personne engagée dans une entreprise commune avec la partie peuvent être reçues en preuve comme admissions contre celle-ci, lorsqu'elles ont été faites dans le cadre de la poursuite de cette entreprise. On justifie cette règle par l'existence d'un mandat tacite entre les deux personnes, et ainsi toute déclaration faite dans la poursuite de l'objectif commun est censée avoir été agréée par toutes les parties. Cette règle, appliquée le plus fréquemment dans les affaires de complicité, a cependant une portée générale.

Article 3 (4) Registres

Les déclarations faites dans le cadre de l'accomplissement d'un devoir constituent, en *common law*, une exception à la règle de l'ouï-dire. Toutefois, de nombreuses conditions restrictives limitent la recevabilité de ce genre de déclarations: la déclaration doit avoir été faite par une personne ayant l'obligation de consigner la trace des actes accomplis; elle doit avoir été faite au moment où les actes décrits ont été faits; le déclarant, à l'époque de la déclaration, ne devait avoir aucun motif de faire une fausse déclaration; et, en dernier lieu, le déclarant doit être décédé au moment du procès. (Voir *O'Connor v. Dunn*, [1877] 2 O. A. R. 247; *Conley v. Conley*,

[1968] 2 O. R. 677 (C. A.) Cette exception à la règle de l'ouï-dire se justifie d'une double façon: en premier lieu, le déclarant étant décédé, c'est là le seul moyen d'offrir cette preuve au moment du procès; en second lieu, la déclaration présente des garanties de crédibilité puisque la consignation régulière d'opérations commerciales est normalement bien faite et qu'une erreur qui pourrait se glisser dans les registres servant de base aux décisions importantes est normalement décelée. (Cross, *Evidence*, 3d ed. 405; McCormick, *Evidence*, 2d ed. 720.)

Les conditions strictes de recevabilité de cette exception de *common law*, et l'inconvénient important qui en découle dans le domaine bancaire, ont amené en 1876 l'adoption du Banker's Books Evidence Act anglais, 42 Vict., ch. 11 (U. K.). Auparavant, les inscriptions figurant aux registres d'une banque ne pouvaient être prouvées que par la production du registre original et par le témoignage des préposés ayant fait les inscriptions. Cette nouvelle législation permettait au contraire d'admettre en preuve des copies de ces registres et d'établir leur authenticité par des règles fort simples. Des dispositions semblables tirées de la loi anglaise existent depuis longtemps au Canada (voir par exemple la Loi sur la preuve au Canada, S. R. C. 1970, Ch. E-10, art. 29; Ontario Evidence Act, R. S. O. 1970, Ch. 151, art. 34). La crédibilité que l'on peut accorder aux registres tenus sur une base régulière, et la commodité pratique des règles de leur admissibilité en preuve, ont amené l'adoption d'autres dispositions destinées à faciliter la preuve des registres tenus par les ministères et les fonctionnaires gouvernementaux (voir par exemple, la Loi sur la preuve au Canada, S. R. C. 1970, Ch. E-10, art. 19, 20, 21, 22, 23, 26, 27; Ontario Evidence Act, R. S. O. 1970, Ch. 151, art. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 39, 40, 41).

Plus récemment, les législatures de diverses provinces et le Parlement canadien ont assoupli les conditions d'admissibilité en preuve des pièces commerciales (Loi sur la preuve au Canada, S. R. C. 1970, Ch. E-10, art. 30; British Columbia Evidence Act, R. S. B. C. 1960, Ch. 134, dans sa forme modifiée, S. B. C. 1968, Ch. 16, art. 43a; New Brunswick Evidence Act, R. S. N. 1952, Ch. 74, dans sa forme modifiée, S. N. B. 1960, Ch. 29, art. 42a; Nova Scotia Evidence Act, R. S. N. S. 1967, Ch. 94, art. 22; Ontario Evidence Act, R. S. O. 1970, Ch. 151, art. 36; Saskatchewan Evidence Act, R. S. S. 1965, Ch. 80, dans sa forme modifiée, S. S. 1969, Ch. 51, art. 30a).

La législation ontarienne et la législation fédérale sur la preuve exigent toutes deux un avis préalable de l'intention de la partie d'utiliser cette technique de preuve, alors que les quatre autres lois ne contiennent aucune disposition à cet effet. Certaines de ces lois s'inspirent du Federal Business Records Act américain, 23 U. S. C. A., art. 1732. Le législateur a donc abrogé les anciennes restrictions du *common law* relatives à la preuve des registres. Ainsi, sous réserve de certaines limites, la Loi sur la preuve au Canada édicte ce qui suit:

«(1) Lorsqu'une preuve orale concernant une chose serait admissible dans une procédure judiciaire, une pièce établie dans le cours ordinaire des affaires et qui contient des renseignements sur cette chose est, en vertu du présent article, admissible en preuve dans la procédure judiciaire sur production de la pièce.»

Le décès du déclarant n'est plus une condition nécessaire. De plus, les autres conditions de recevabilité (connaissance personnelle, devoir d'agir, obligation de consignation, caractère contemporain des actes accomplis, motifs de falsification)

ne subsistent plus que comme des facteurs susceptibles d'influencer la force probante de la preuve fournie. Le terme «affaires» a été défini d'une façon très large:

*30 (12) Affaires désigne tout commerce ou métier ou toute affaire, profession, industrie ou entreprise de quelque nature que ce soit exploités ou exercés au Canada ou à l'étranger, soit en vue d'un profit, soit à d'autres fins, y compris toute activité exercée ou opération effectuée, au Canada ou à l'étranger, par un gouvernement, par un ministère, un département, une direction, un conseil, une commission ou un organisme d'un gouvernement, par un tribunal ou par un autre organisme ou une autre autorité exerçant une fonction gouvernementale.»

De fait, cette définition est tellement large qu'une comparaison avec la plus récente version du Proposed Federal Rules of Evidence américain 1973, R. 803 (6) est intéressante. Dans celle-ci, en effet, l'expression "pièces commerciales" a été remplacée par l'expression (*traduction*) "registres tenus dans le cours d'activités régulières" de façon à souligner que la garantie de véracité repose plus sur le caractère courant et répétitif des inscriptions à ces registres que sur leur simple caractérisation comme pièces commerciales.

Les tribunaux ont récemment admis la nécessité d'un changement en ce domaine en raison de l'évolution de la vie moderne (*Ares v. Venner*, [1970] R. C. S. 608; *C. P. R. v. City of Calgary*, [1971] 4 W. W. R. 241 (Alta. C. A.)). Diverses législations ont fait de même, et la section de recherche sur la preuve souscrit entièrement à cette tendance. Nous proposons, dans le nouveau texte, une disposition "omnibus" visant tous les registres tenus au cours d'activités régulières. Si celle-ci était agréée, tous les articles précités de la Loi sur la preuve au Canada pourraient alors être abrogés. L'exception proposée viserait également les documents actuellement admissibles en *common law* à titre de "documents publics", "dossiers publics", et éliminerait ainsi les conditions rigoureuses de recevabilité actuellement en vigueur. Nous souscrivons à l'avis du professeur Baker lorsqu'il affirme ce qui suit: (*traduction*)

«L'accessibilité publique à ces documents n'aurait jamais dû devenir une condition d'admission en preuve des registres officiels mais rester simplement ce qu'elle était, soit une raison supplémentaire pour les admettre en preuve. (Baker, *The Hearsay Rule*, 137 (1950).)»

Nous croyons que "l'obligation de tenir des dossiers dans le cours d'activités régulières" constitue une garantie suffisante de la confiance qu'on peut leur accorder et permet donc de les admettre en preuve.

L'article proposé utilise les termes "note de service, rapport, registre de la compilation des données,..." de préférence au terme général plus simple de "dossiers", pour empêcher que cette expression ne puisse être interprétée comme visant uniquement une pièce figurant dans un livre ou un registre de comptabilité (comme cela s'est produit dans l'arrêt *Watkins Products Inc. v. Thomas*, [1965] 54 D. L. R. (2d) 252; mais voir à l'effet contraire, *Re Martin and the Queen* (1973), 1 C. C. C. (2d) 224 (O. C. H.)). L'expression "compilation de données" vise entre autres les données électroniques, mais bien entendu, ne s'y limite pas. L'article édicte ensuite que les faits décrits peuvent consister en "des actes, événements, conditions, opinions ou évaluations" de façon à éviter une interprétation restrictive, comme la chose s'est produite dans l'arrêt *Adderly v. Brenner*, [1968] 1 O. R. 621 (H. C.); (voir

Farris v. M. N. R., [1970] C. T. C. 224), La condition de l'avis préalable dont il est fait mention à l'article 30 (7) de la *Loi sur la preuve au Canada* a été omise, suivant en cela l'exemple de certaines législations provinciales qui n'exigent pas cette condition. Nous souscrivons aux commentaires suivants formulés par le Criminal Law Revision Committee anglais, dans son 11^{ème} rapport, publié en 1972: (*traduction*)

« . . . la condition selon laquelle le registre doit avoir été tenu par une personne agissant dans l'exercice de ses fonctions ou dans l'accomplissement d'un devoir auquel elle est tenue, . . . semble à nos yeux assurer d'une façon suffisante la véracité de la déclaration; il est, dès lors, inutile d'exiger qu'un avis d'intention de présenter la déclaration en preuve ne soit donné.» (p. 150)

Contrairement aux dispositions actuellement en vigueur de la *Loi sur la preuve au Canada*, l'article proposé ne traite pas de la réception de copies de registres, ni de la façon de démontrer au juge leur authenticité, comme registres tenus dans le cours d'activités régulières. Les questions d'authenticité et d'identification générale des moyens de preuve, ainsi que la façon de déterminer si les exigences des conditions de recevabilité ont été remplies, seront traitées dans d'autres articles du code.

Article 3 (5) Ouvrages de doctrine

L'expert fonde souvent son opinion sur des renseignements figurant dans des écrits, ou obtenus d'autres experts. Malgré une hésitation initiale à recevoir en preuve les ouvrages considérés par un expert comme faisant autorité (voir *Collier v. Simpson*, [1831] 172 E. R. 883), la règle de *common law* telle qu'exprimée par la Cour d'Appel de l'Alberta est à l'effet suivant: (*traduction*)

«Par conséquent, un médecin expert peut, en exprimant son opinion au cours de l'interrogatoire principal, affirmer qu'il s'est fondé en partie sur sa propre expérience et en partie sur les opinions d'auteurs généralement reconnus par les membres de la profession médicale comme faisant autorité en la matière. Je crois qu'il peut identifier ces auteurs. Je crois qu'il peut ajouter qu'il souscrit à leur opinion. De plus, je ne vois aucune raison valable de l'empêcher de se référer en plus dans son témoignage aux ouvrages de son choix qui l'ont aidé à former son opinion. Je crois également que le témoin qui a expressément fait sienne l'opinion d'un auteur, peut lire un passage de l'ouvrage et le donner comme exprimant sa propre opinion. Au cours d'un contre-interrogatoire, on peut demander au médecin expert si un ouvrage médical est couramment reconnu par les membres de la profession médicale, et s'il répond par l'affirmative, on peut lui lire un passage de ce texte, qui reflète son opinion pour vérifier la valeur de celle-ci (*R. v. Anderson* (1914), 16 D.L.R. 203, 219).»

La règle que nous proposons est tirée principalement des *Military Rules of Evidence, Queen's Regulations and Orders, 1971*, règle 57. La section de recherche sur le droit de la preuve y a cependant ajouté une condition restreignant la production matérielle de la documentation, de façon à éviter que le juge des faits, s'il n'est pas aidé dans sa compréhension de celle-ci par un expert, ne puisse être induit en erreur. (Voir *Proposed Federal Rules of Evidence, 1973*, R 803 (18).)

Celui qui rend témoignage sur la réputation de quelqu'un ne fait que répéter ce qu'ont déjà dit un certain nombre de personnes. Son témoignage constitue donc de l'ouï-dire. Toutefois, le *common law* admet cette preuve depuis longtemps à titre d'exception à la règle de l'ouï-dire (*Cross, Evidence*, 3d ed. 457), lorsqu'il s'agit d'établir l'intérêt public et général (*O'Connor v. Dunn*, [1877] 39 U. C. Q. B. 597),

l'existence de liens familiaux (*R. v. Lindsay* (1916), 36 O. L. R. 171) et de traits de caractère (*R. v. Tilley*, [1953] O. R. 609 (C. A.); *R. v. Rowton*, [1865] Le. & Ca. 520); voir les documents préliminaires de la section de recherche sur la preuve portant sur la crédibilité et la moralité). Le texte proposé constitue une tentative de codification de cette exception de *common law*. Nous souscrivons à l'opinion du professeur Wigmore lorsqu'il déclare ce qui suit: (*traduction*)

«Il existe des conditions propices à la crédibilité lorsque, compte tenu de la nature du sujet, il s'agit de faits sur lesquels on a probablement cherché à obtenir des renseignements, divulgués par des personnes qui en ont eu personnellement connaissance et qui ainsi ont été discutés dans la communauté. L'opinion de cette communauté, s'il en est, est alors probablement digne de foi elle-même (5 Wigmore, *Evidence*, sec. 1580, p. 444).»

L'article proposé est principalement fondé sur les *Proposed Federal Rules of Evidence*, 1973, R. 803 (19) (20) (21).