



RAPPORT

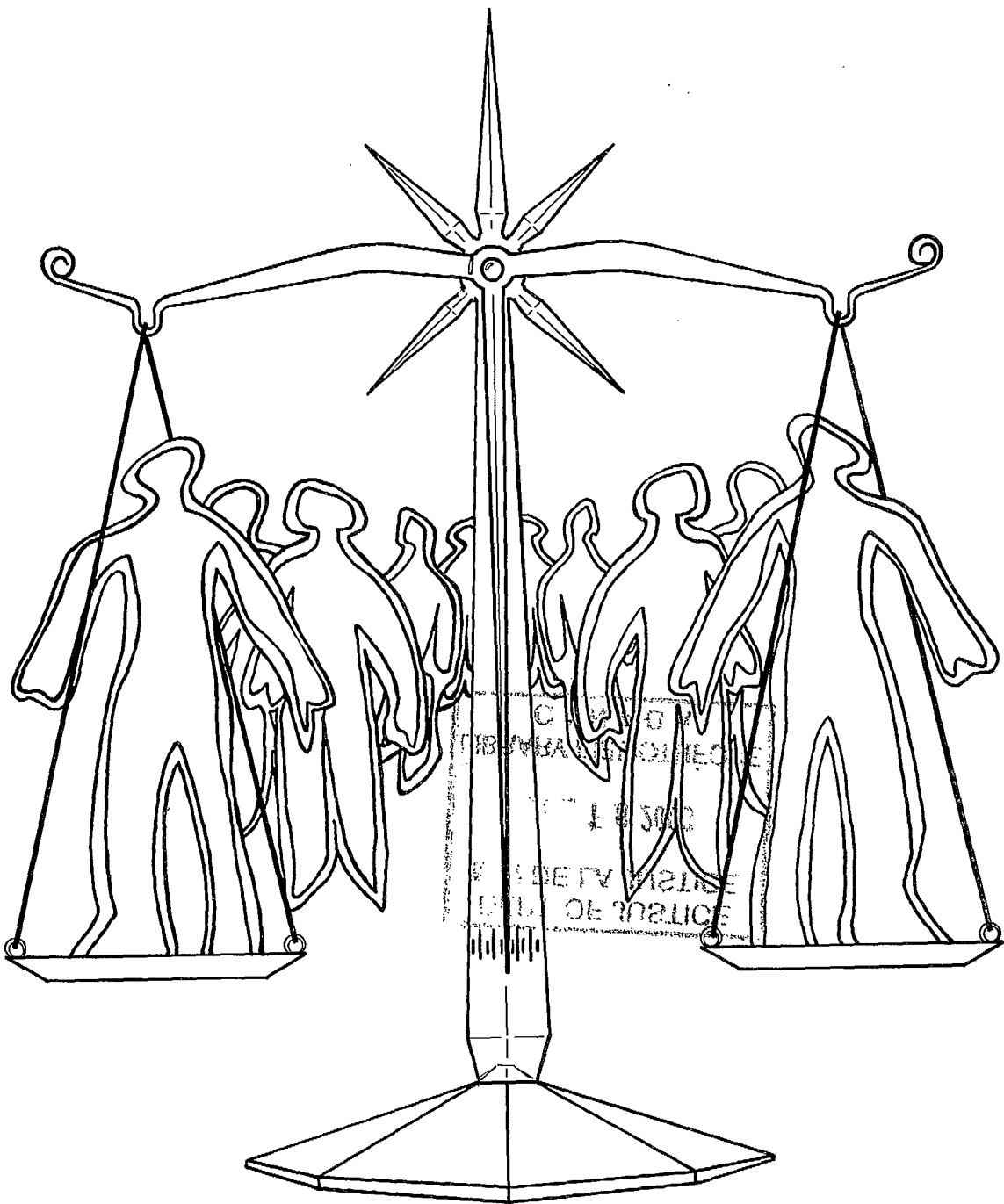


LA PREUVE

DEPT. OF JUSTICE
MIN DE LA JUSTICE

JUL 18 2003

LIBRARY BIBLIOTHÈQUE
CANADA



La justice est la vérité en action
J. JOUBERT

© Droits de la Couronne réservés
En vente chez Information Canada à Ottawa, K1A 0S9
et dans les librairies d'Information Canada:

HALIFAX
1683, rue Barrington

MONTRÉAL
640 ouest, rue Ste-Catherine

OTTAWA
171, rue Slater

TORONTO
221, rue Yonge

WINNIPEG
393, avenue Portage

VANCOUVER
800, rue Granville

ou chez votre libraire.

Prix: Canada: \$4.25
Autres Pays: \$5.10

N° de catalogue J31-15/1975

Prix sujet à changement sans avis préalable

Information Canada
Ottawa, 1975



Commission de réforme du droit
du Canada

Law Reform Commission
of Canada

Décembre 1975

L'honorable S. R. Basford,
Ministre de la justice,
Ottawa, Ontario.

M. le Ministre,

En conformité avec les dispositions de l'article 16 de la *Loi sur la Commission de réforme du droit*, nous avons l'honneur de vous soumettre par les présentes le rapport ainsi que les propositions de la Commission résultant de ses recherches dans le domaine du droit de la preuve.

Respectueusement,

E. Patrick Hartt
président

Antonio Lamer
vice-président

J. W. Mohr
commissaire

G. V. La Forest
commissaire



RAPPORT
SUR
LA PREUVE

Table des matières

Remerciements	ix
Introduction	1
Code de la preuve	15
Commentaires sur le Code de la preuve.....	55
Commentaires sur les articles	57
Commentaires sur la structure du Code	125
Publications	131

Remerciements

Au cours des quatre dernières années et demie, la Commission a reçu un apport significatif à ses travaux sur le droit de la preuve, de nombreuses personnes, du barreau et de plusieurs autres groupes professionnels et organismes. Nous tenons à exprimer notre gratitude à tous ces collaborateurs. Nous sommes particulièrement redevables à la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique qui—quoiqu'elle ne soit nullement responsable du produit final—a contribué tout au cours de nos travaux des commentaires et des critiques fort utiles. Nos remerciements s'adressent aussi au juge en chef Fatzer de la Cour suprême du Kansas qui, grâce au juge Spencer Gard, président du comité responsable de la rédaction du *Uniform Code* des États-Unis, nous a permis d'acquérir une connaissance intime de la mise en application d'un Code de la Preuve. Enfin, nous voulons exprimer ici nos remerciements aux anciens commissaires, ainsi qu'aux conseillers et chercheurs qui ont largement contribué aux travaux de la Commission en ce domaine. Ce sont:

Conseiller particulier

Neil Brooks

Recherchistes

Jean-Louis Baudouin

Monsieur le juge Ronald J. Delisle

Monsieur le juge René J. Marin
Graham Murray
Monsieur le juge H. G. Oliver

Conseillers de l'extérieur

Anthony Doob
Bruce McDonald
Stanley A. Schiff
Paul C. Swingle
E. A. Tollefson

Anciens commissaires

M^{me} le juge Claire Barrette-Joncas
Monsieur le doyen Martin L. Friedland
John D. McAlpine
Monsieur le juge William F. Ryan

Secrétaire

Jean Côté

Introduction

Le problème

Il n'y a rien de plus fascinant pour le profane que d'observer un avocat plaider lors d'un procès. La popularité dont ont joui il y a quelques années certaines émissions télévisées du genre Perry Mason en est la preuve. L'habileté de Perry Mason à extirper la vérité des témoins, à recueillir des preuves, à les faire déclarer admissibles et à confondre ses adversaires, a soutenu l'intérêt des spectateurs pendant de nombreuses années.

Mais si, pour le public, le procès et toute la stratégie qui l'entoure se prête parfaitement à une émission à caractère dramatique, il n'en est pas toujours de même pour ceux qui y participent dans la vie réelle. C'est peut-être la partie du droit qui les intéresse le moins, à moins que ce ne soit la terminologie juridique, sujet dont nous traiterons plus loin. Quand ils cherchent à dire la vérité à leur façon, on leur oppose des règles techniques qui leur paraissent parfois arbitraires. Ces règles ont pour effet d'exclure, à titre du ouï-dire ou parce qu'ils causeraient un préjudice à l'une des parties ou pour quelqu'autre raison, des éléments de preuve que des hommes raisonnables utilisent couramment pour décider de l'existence de certains faits. De plus, les parties sont souvent sidérées par les retards et les frais qui en résultent. George Herbert l'a exprimé ainsi: «Les procès coûtent cher en temps, en argent, en repos et en amis.»

Ces critiques sont presque universelles. Un proverbe italien les résume très bien: «Au jardin de l'avocat, un procès est un arbre fruitier qui s'enracine et ne meurt pas.»

Si les critiques concernant la durée, la complexité et les frais qu'entraîne le procès sont universelles, notre système judiciaire avec ses règles particulières relatives à l'admission des preuves, fait de la procédure qui régit le procès une cible encore plus choisie pour ce genre de reproche que le système en vigueur dans d'autres pays occidentaux. En effet on ne peut nier qu'il existe en matière de preuve, une différence marquée entre le système de common law et celui d'autres pays occidentaux. En fait, on peut affirmer que d'une manière générale, ces divers pays n'ont pas de règles de preuve, c'est-à-dire de règles concernant l'admissibilité des preuves. Il est certes légitime de s'interroger sur la nécessité d'un tel ensemble de règles quand on voit à quel point elles ajoutent aux frais inhérents à un procès. Après tout, non seulement les tribunaux européens, mais un grand nombre de nos tribunaux administratifs et conseils d'arbitrage s'en passent très facilement. Or ces derniers ont souvent à trancher des questions qui sont à tout le moins d'une importance égale à celles dont sont saisis les tribunaux.

La raison d'être des règles de preuve

Avant de s'attaquer à cette question, il convient de comparer dans leurs grandes lignes le type de procès qui caractérise notre système et celui qui caractérise le système européen. Celui-ci est essentiellement de type «inquisitoire». Le juge joue un rôle prédominant dans l'administration de la preuve. Il décide des témoins à convoquer et il les interroge; quant à la prise des dépositions en sténographie, elle se fait généralement avant le procès proprement dit. De plus, le système européen accorde une grande importance à la preuve littérale, y compris aux consignations certifiées par notaire d'événements de toutes sortes. En revanche, notre système est de nature «accusatoire». Chacune des parties fournit les éléments de preuve à l'appui de sa version des faits, et le juge assume en général le rôle d'arbitre impartial qui entend et tranche les questions en litige. Il est vrai que le juge n'est pas uniquement

un arbitre. Le cas échéant, il doit intervenir dans le débat pour préserver les intérêts de la justice, car c'est là l'objectif principal du système judiciaire. Mais il doit dans la mesure du possible ne pas se mêler à la contestation de crainte de jeter un doute sur son impartialité. Les parties jouissent donc d'une grande latitude dans la présentation de leur cause sous réserve toutefois des règles de preuve.

Les deux systèmes ont leurs adeptes pour prétendre que l'un ou l'autre permet le mieux de découvrir la vérité. Quoi qu'il en soit, on peut affirmer que le système accusatoire a, pour l'essentiel, atteint cet objectif de façon satisfaisante. C'est également le régime le mieux adapté aux exigences d'impartialité et d'apparence d'impartialité inhérentes à une instance judiciaire. De plus, dans sa forme actuelle, l'appareil judiciaire sert de rempart contre les pouvoirs arbitraires de l'État, en plus d'être perçu de cette façon. Comme nous l'avons souligné dans notre document de travail intitulé *La communication de la preuve*, il n'existe aucune raison valable d'opter en faveur du système inquisitoire compte tenu du réajustement majeur auquel donnerait lieu une telle décision. En adoptant des règles de preuve et des pratiques inspirées du modèle européen, il faudrait créer un nouveau type de juge et effectuer un réaménagement complet des structures à l'intérieur de l'administration de la justice.

Par contre, si on reste fidèle au système accusatoire, il faut en accepter les conséquences au niveau du droit de la preuve. Un système qui oblige les parties à prouver elles-mêmes ce qu'elles avancent, présuppose à tout le moins l'existence chez le juge du pouvoir discrétionnaire de faire certaines choses: examiner attentivement la preuve pour s'assurer de sa pertinence; faire en sorte, en particulier lorsqu'il y a un jury, qu'on n'accorde pas trop de poids à un élément de preuve assez peu digne de foi; éviter que le débat ne se prolonge indûment, par exemple en raison de la citation d'un nombre exagéré de témoins concernant un point particulier; veiller à exclure certaines catégories de preuves pour des considérations étrangères à la procédure (par exemple pour protéger les secrets d'État). En outre, un système qui permet aux parties d'interroger les témoins doit, d'une part, empêcher qu'un avocat suggère à ses témoins la déposition qu'il désire entendre, sans égard

à la vérité, et d'autre part, qu'il puisse harceler ou intimider les témoins de son adversaire. Il est vrai qu'on pourrait atteindre la plupart de ces objectifs en accordant au juge un pouvoir discrétionnaire absolu sans assujettir l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire à quelque règle que ce soit. C'est ce qui se produit souvent devant les commissions administratives ou les arbitres *ad hoc* qui adoptent la procédure contradictoire. Mais il est important que l'administration de la justice soit uniforme. Avec des tribunaux répartis aux quatre coins du pays, on ne peut obtenir ce résultat sans édicter de règles visant à encadrer l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. De plus, il faut qu'au moment de la préparation du procès, les plaideurs connaissent le genre de faits susceptibles d'être pris en considération. C'est ce qui explique l'existence des règles de preuve.

La complexité des règles de preuve

S'il est possible de justifier l'existence des règles de preuve, il ne s'ensuit pas qu'elles doivent présenter le degré de complexité qu'elles ont atteint. Or il ne fait pas de doute qu'elles sont fort compliquées, et malaisées à dénicher. Wigmore, la grande autorité américaine en matière de preuve, a besoin de onze tomes volumineux pour exposer le droit de la preuve. Quant à Phipson, l'autorité anglaise dont on utilise abondamment le traité au Canada, il cite 7,000 arrêts, ce qui a amené le doyen Wright à faire une remarque assez sarcastique dans son commentaire à l'occasion de la réédition du volume: «A l'instar des éditions antérieures, celle-ci est très utile pour démontrer sans équivoque qu'à peu près tout élément de preuve est inadmissible.» Voici comment, à juste titre d'ailleurs, on a décrit le droit actuel en matière de preuve: «Une prolifération de prétendues règles de droit, de nuances qu'on apporte aux règles, de distinctions qu'on apporte aux nuances, de nuances et de distinctions dans les exceptions, et ainsi de suite jusqu'à l'infini.»

Comment peut-on s'attendre à ce que dans le feu de l'action, le juge soit en mesure de trancher les questions délicates susceptibles de se poser à tout moment concernant l'admissibilité d'un élément de preuve? Comment s'attendre à ce qu'il évalue, souvent

sous l'impulsion du moment, les nombreux arrêts carrément contradictoires ou subtilement distincts que lui citent les parties? La réponse est évidente: cela n'est pas possible. Personne ne peut connaître parfaitement les ouvrages de Wigmore ou de Phipson, ni la masse de décisions judiciaires qui constituent le droit de la preuve. Bien souvent, le droit de la preuve fonctionne à partir de l'ignorance. Il n'est certes pas souhaitable qu'il en soit ainsi, car c'est l'uniformité de l'application du droit qui en souffre. Or ce problème est d'autant plus sérieux lorsque les parties en présence ne sont pas d'égale force.

On peut donc se demander à quoi est attribuable la complexité des règles de preuve. Elle tient en partie à la nature du procès par jury, et en partie à ce qu'on peut considérer rétrospectivement comme étant une interprétation erronée de la doctrine du précédent. Dans un procès avec jury celui-ci tranche les questions de fait, tandis que le juge tranche les questions de droit. Mais à l'époque où le procès par jury a pris son essor, les jurés étaient pour la plupart des hommes simples, ignorants et souvent sans expérience. C'est pourquoi le juge devait non seulement se prononcer sur la pertinence de la preuve, mais aussi en rejeter certains éléments comme le oui-dire auquel des personnes non averties risquaient de donner une importance exagérée, et, d'une manière générale, conduire le procès. A mesure que les juges rendaient ces décisions, lesquelles s'avéraient souvent, mais pas toujours, sages en l'espèce, elles prenaient valeur de précédents et il fallait s'y conformer dans des situations semblables. Lorsqu'elles ne s'appliquaient pas parfaitement aux circonstances nouvelles ou qu'elles n'apparaissaient pas bien fondées, les juges ont dû faire toutes sortes de distinguos. A cela s'ajoutaient parfois des modifications législatives qui, en raison de leur caractère souvent très ponctuel, recevaient une interprétation restrictive. Voilà pourquoi le droit actuel est si alambiqué.

La conjoncture n'étant plus la même de nos jours, cette manière de procéder est maintenant chose du passé. La quasi-totalité des affaires civiles et au moins 95 p. 100 des affaires criminelles étant instruites par un juge seul, cette attitude d'extrême circonspection vis-à-vis de la réception d'une preuve n'a plus sa raison d'être. Les juges ont l'habitude d'évaluer la preuve; de toute

façon, ils doivent d'abord prendre connaissance de l'élément de preuve litigieux avant de se prononcer sur son admissibilité. Les choses ont changé même dans le cas d'un procès avec jury. De nos jours, les jurés sont beaucoup plus raffinés et plus instruits que dans le passé.

Notre solution

Si nous demeurons convaincus de la nécessité des règles de preuve pour assurer à la procédure judiciaire un degré raisonnable de cohérence, nous n'en pensons pas moins le moment venu de les reformuler dans une optique plus vaste. Selon nous, elles doivent se caractériser par leur accessibilité, leur clarté et leur souplesse. De plus, comme pour toute règle de procédure, elles doivent conférer une certaine dose de discrétion à celui qui préside l'audience, en l'occurrence le juge, pour lui permettre de les appliquer d'une manière raisonnable. Il n'est pas possible de prévoir tous les cas sans se perdre dans les détails.

Qu'on nous comprenne bien. Nous ne suggérons pas de tourner purement et simplement le dos au passé. De fait nous voulons décanter l'expérience du passé pour en conserver les meilleurs éléments. Beaucoup de règles existantes sont sages et ont subi l'épreuve du temps, en plus d'être bien connues de la profession juridique, ce qui n'est pas un mince avantage. Il n'est donc pas question de les éliminer. Il en est d'autres qui, tout en étant encore valables, sont devenues touffues et complexes au point d'être difficiles à cerner et à appliquer. Il conviendrait de leur donner une formulation plus générale et plus limpide. D'autres s'enracinent du moins en partie dans des situations passées qui sont maintenant modifiées. Il suffirait de les adapter à la conjoncture actuelle. D'autres enfin sont soit le produit de situations qui ont complètement disparu, soit le résultat d'erreurs commises dès le point de départ. Celles-ci seraient tout bonnement abrogées.

Il est heureux que nous ne soyons pas partis de zéro dans cette entreprise considérable. En effet il s'est fait beaucoup de travail dans ce domaine aux États-Unis où les plus grands noms du droit de la preuve ont œuvré pendant de nombreuses années pour rationna-

liser cette partie du droit. Ces efforts ont finalement été couronnés par l'élaboration de codes et de règles uniformes dont l'influence se fait de plus en plus sentir non seulement aux États-Unis, mais aussi dans d'autres pays.

Dans l'élaboration de notre propre code, nous nous sommes inspirés de l'expérience américaine, sans toutefois nous y conformer servilement. La section de recherche sur la preuve a passé quelques années à étudier le droit canadien et à trouver la meilleure façon de le rationaliser. La section de recherche a ensuite publié un certain nombre d'études préliminaires, en invitant le monde juridique à nous faire part de ses commentaires. Celui-ci a fait connaître ses réactions à la Commission soit au cours de réunions publiques ou privées, soit par écrit. Un groupe d'étude a examiné ces commentaires avant de les soumettre à la Commission. Nous nous sommes interrogés longuement sur le bien-fondé de chaque règle particulière, et nous nous sommes efforcés de les adapter à la situation canadienne.

La nature des règles

Venons-en maintenant à une brève discussion des règles que nous proposons. Le premier article énonce l'objectif du Code, soit d'assurer la libre découverte de la vérité et la juste solution des litiges dans des délais et à un coût raisonnable, tout en protégeant les autres politiques sociales reconnues. Le Code s'emploie donc à simplifier de manière rationnelle, au moyen de dispositions claires, ordonnées et souples, les règles fondamentales du common law. En vertu de l'article 2, les règles établies par le présent Code doivent s'interpréter libéralement. De plus, la règle d'interprétation voulant que les dérogations législatives au common law soient d'interprétation restrictive, ne s'applique pas au Code. L'article 3 confère à cette approche un caractère global. Il prévoit que, dans les cas où le Code n'offre pas de solution à un problème relevant du droit de la preuve, celui-ci doit être résolu à la lumière de la raison et de l'expérience, le tout en harmonie avec les objectifs du Code. Cet article fait de ces règles un véritable code; il remplace le common law comme source supplétive du droit de la preuve.

Les articles 4 et 5, qui énoncent les deux principes fondamentaux relativement à l'admissibilité de la preuve, illustrent bien la portée très générale des règles du Code. D'après le premier principe toute preuve pertinente est admissible, à moins d'être expressément exclue par une autre règle ou une autre loi. Le deuxième principe confère au juge le pouvoir d'exclure une preuve lorsque la probabilité que son admission entraîne une perte de temps inutile, cause un préjudice indu, obscurcisse le débat ou trompe le jury, l'emporte substantiellement sur sa valeur probante.

A toutes fins utiles, l'article 4 n'est que le reflet du postulat fondamental du droit actuel de la preuve, à l'effet que toute preuve pertinente est admissible à moins d'être exclue pour quelque autre raison de politique juridique. Toutefois, ce postulat est difficile à percevoir, tellement il est dispersé dans une multitude d'arrêts. On dirait même que le droit actuel cherche de façon confuse et par tous les moyens à exclure des éléments de preuve pertinents. L'article 4 ne fait pas qu'énoncer le principe fondamental. Il abolit d'un seul trait de plume toutes les règles d'exclusion à moins qu'on ne les insère dans le Code et qu'on ait une justification rationnelle pour ce faire. L'article 4 remplit aussi une autre fonction. Il déclare à juste titre que la pertinence d'une preuve est une question de logique et de bon sens. Il est encore possible de consulter certaines décisions pour l'éclairage qu'elles peuvent jeter sur le cas d'espèce, mais elles ne peuvent faire obstacle à l'utilisation par le juge de son expérience et de son jugement.

L'article 5 contient la principale règle d'exclusion de la preuve, et il illustre bien la justification rationnelle des diverses autres règles d'exclusion. Les juges ont toujours exercé le pouvoir discrétionnaire de rejeter une preuve qui risquait de provoquer une perte de temps, un retard indu, de causer un préjudice excessif à l'une des parties, de tromper le jury ou d'obscurcir le débat. Ce pouvoir est nécessaire si on veut s'assurer que la solution du litige soit juste et relativement expéditive. Cet article a pour effet d'énoncer un principe de portée générale en remplacement d'une règle de common law que les tribunaux avaient appliquée assez libéralement à des situations particulières. A l'instar de l'article 4, il fait disparaître l'obligation de se lancer dans ces interminables et coûteuses recherches de jurisprudence.

L'article 5 fait également taire les critiques relatives à la rigidité de la codification. Il insuffle un élément de souplesse à la règle en accordant au juge une discrétion adéquate. Non pas une discrétion absolue, mais une discrétion judiciaire à être exercée à partir d'un principe. Le juge peut ainsi rejeter une preuve dont la valeur est faible, si le risque de prolonger inutilement ou d'obscurcir le débat, etc., l'emporte substantiellement sur sa force probante. On peut dire que cette précision dans les limites et l'étendue de la discrétion judiciaire n'est pas tout à fait le trait dominant des règles de common law en matière de preuve.

Les diverses justifications qui sous-tendent l'article 5 (éviter le risque d'allonger inutilement le débat, d'obscurcir le litige ou de tromper le jury) visent principalement l'audience. Des règles d'exclusion plus spécifiques, comme celles qui concernent les traits de caractère et le oui-dire, s'inspirent de considérations semblables.

La phase judiciaire de l'instance n'est cependant qu'une partie d'un ensemble plus vaste. Ainsi la recherche de la vérité au cours du procès doit parfois céder la place à d'autres considérations. De nombreuses règles se fondent sur des considérations étrangères du processus judiciaire. Il en est ainsi de la plupart des droits au secret, comme celui qui se rapporte à la non-incrimination ou au secret d'État. Toutes ces règles ont pour effet d'exclure des éléments de preuve pertinents en raison du fait que les politiques auxquelles elles sont subordonnées l'emportent sur l'intérêt public en matière d'administration de la justice. Toutefois, nous nous sommes constamment efforcés de rechercher une justification aussi nette que possible à l'exclusion d'un élément de preuve susceptible de contribuer à la découverte de la vérité. Il arrive qu'il soit impossible de comparer dans l'abstrait des valeurs opposées. Dans ce cas, nous avons accordé au juge un pouvoir discrétionnaire, tout en indiquant les considérations dont il devrait tenir compte dans l'exercice de ce pouvoir.

Cette discussion des principes les plus fondamentaux du droit de la preuve donne une idée de la structure générale de ce Code. Chaque chapitre énonce d'abord les principes généraux puis les exceptions particulières, de façon à ce que le droit soit facile à comprendre. Ces règles de portée générale remplacent avantageusement toutes les règles de common law qui étaient devenues péri-

mées. Il ne faut toutefois pas s'étonner que nous en ayons conservé d'autres qui ont survécu à l'épreuve du temps. Nous nous sommes efforcés d'en améliorer la structure et la formulation. Cependant, nous n'avons pas hésité à en retrancher les excroissances et complications inutiles qui se sont accumulées au cours des années. Nous avons examiné chaque règle sous l'angle de la raison, de l'expérience et de l'efficacité.

Il ne nous a pas été possible de nous débarrasser d'un seul coup de tout ce que nous a légué le passé. Il en est ainsi du *ouï-dire*. Le code permettra de démêler du moins en partie l'écheveau du «*ouï-dire*», mais nous pensons qu'il est possible de simplifier cette question encore davantage, lorsque les avocats seront d'avis que l'arbitre des faits accorde uniquement au *ouï-dire* la valeur qu'il mérite. Certaines dispositions du Code ne sont pas nécessaires à proprement parler. En effet, dans certains cas, nous avons pensé qu'il convenait de donner expressément le coup de grâce à certains arrêts à la peau dure qui encombrant le paysage juridique. C'est ainsi qu'à la toute fin du code, nous avons inhumé la règle de l'arrêt *Hodge* et celles qui se rapportent à la corroboration. Nous avons adopté une attitude semblable envers certaines règles qui semblent être disparues du *common law*, comme celle qui concerne la déposition d'un témoin sur la principale question en litige. Il est à noter que toutes ces règles d'un caractère douteux renaissent de leurs cendres quand tout espoir de victoire s'est envolé. On pourrait, lors d'une révision ultérieure, éliminer ces articles et les oublier à jamais.

La rédaction du Code

Nous nous sommes aussi efforcés d'améliorer la rédaction des règles de preuve, pour nous conformer à l'opinion de la Commission suivant laquelle les lois devraient être aussi compréhensibles que possible. Nous avons été influencés ici par l'exhortation de Sénèque: «Une loi doit être concise pour que les personnes les moins instruites la comprennent facilement.» On pourrait ajouter que la concision et la précision sont également des qualités fort utiles aux citoyens instruits. Nous sommes convaincus que les lois, même la loi de la preuve, ne sont pas le bien exclusif des avocats mais qu'elles appartiennent au public.

En visant la clarté de style, il nous est arrivé de nous écarter des techniques traditionnelles de rédaction des lois. Ainsi, nous nous sommes abstenus de truffer les premiers articles du Code de ces innombrables définitions dont l'intelligence exige une bonne connaissance de l'ensemble du texte. Nous avons plutôt eu tendance à définir une notion à l'intérieur même de son contexte, soit tout juste avant sa mention si la définition est nécessaire à la compréhension de ce qui suit, soit après sa mention si la définition ne fait qu'ajouter un éclairage additionnel. Il est vrai que l'autre méthode offre l'avantage de les placer là où le lecteur averti sait les trouver; mais cet atout n'en est pas un pour le présent Code, vu l'utilisation qu'il fait des définitions. De toute façon, la meilleure manière de jouer sur les deux tableaux pourrait être d'assortir les lois d'index bien faits.

Pour faciliter encore davantage la compréhension des règles de preuve, nous avons joint au Code des commentaires sur chacune d'entre elles. Nous espérons qu'ils s'avéreront utiles non seulement aux spécialistes du droit, mais aussi à toute personne intéressée par la question. Nous pensons qu'en accompagnant à tout le moins les lois les plus importantes de notes explicatives de ce genre, on contribuerait à faire connaître le droit aux profanes.

Bilinguisme et bijuridisme

Nous avons été fortement influencés, dans l'élaboration de ce Code, par les modèles conçus dans les pays de droit civil. Cela nous a semblé naturel et sage puisque ceux-ci ont une expérience infiniment plus poussée de ce type d'entreprise que les pays de common law. Nous sommes toutefois restés fidèles à la législation traditionnelle de common law, lorsque cela paraissait mieux adapté à nos besoins. Ce faisant, nous nous sommes conformés au mandat que confie à la Commission sa loi organique. Aux termes de ce mandat, les propositions de réforme de la Commission doivent «réfléter dans le droit les concepts et les institutions distincts des deux systèmes juridiques du Canada, la common law et le droit civil, et concilier les différences et les oppositions qui existent dans la formulation et l'application du droit par suite des différences entre ces concepts et institutions.»

Dans le même esprit, nous ne nous sommes pas limités à une correspondance littérale entre les versions anglaise et française. Nous nous sommes plutôt efforcés de rendre la substance de chaque règle dans des termes et selon une forme adaptés à l'esprit de chacune des deux langues. Nous avons toutefois conservé une structure commune, pour des raisons évidentes de commodité. Pour atteindre ce but, nous nous sommes abstenus de diviser les articles en alinéas, sauf pour les énumérations longues ou compliquées. Quel que soit l'avantage de cette technique, il est totalement déclassé par l'objection, fatale dans un pays bilingue, à l'effet que ce système impose à l'une des versions un moule qui lui est tout à fait étranger. Ce que la division en alinéas permet de gagner en clarté n'a aucune commune mesure avec celle qui résulte de la comparaison avec une autre version qui respecte les caractéristiques de l'autre langue.

Nous ne pensons pas avoir découvert la solution miracle aux difficultés soulevées par la rédaction de lois dans un pays où se posent non seulement des problèmes de bilinguisme et de biculturalisme mais aussi de bijuridisme. Il est fort possible qu'il faille adapter les solutions aux différents types de législations. Nous nous contentons d'exprimer le vœu que notre expérience en vienne un jour à porter fruit.

Conclusion

Il nous semble inutile de discuter plus avant de chaque règle. C'est ce que nous faisons dans les commentaires qui accompagnent le Code. Ceux qui aimeraient lire un exposé plus complet de certains problèmes sont invités à consulter les diverses études préliminaires publiées par la section de recherche sur le droit de la preuve.

Compte tenu du caractère détaillé de ce travail, on ne doit pas s'étonner qu'il existe de légères divergences de vues sur quelques articles. Celles-ci sont d'ailleurs énoncées dans les commentaires. Il est tout de même rassurant de constater que la plupart des dispositions font l'unanimité autour d'elles. De toute façon, il faut s'attendre à quelques différences d'opinions lorsqu'on tente

de rattacher le droit à une politique législative rationnelle, car il y a souvent de bons arguments à l'appui de l'une et l'autre thèses. Il nous paraît cependant préférable de mener le débat à ce niveau, au lieu de se disputer sur la question de savoir si le principe qui se dégage d'une affaire obscure décidée en 1885, a pu être modifié par un autre jugement tout aussi obscur datant de 1910.

S'il n'y a pas unanimité sur les détails, nous sommes sûrs d'au moins une chose. Nous sommes tous en accord parfait pour affirmer qu'il est grandement temps de réformer le droit de la preuve, et nous sommes convaincus que la seule façon rationnelle de procéder consiste à élaborer un ensemble de règles analogues à celles que nous proposons. Il sera sans doute nécessaire d'effectuer un jour ou l'autre certains ajustements à la lumière de l'expérience acquise avec le temps. Cela ne posera pas toutefois de problèmes si on possède au départ une structure cohérente. Nous ne taxerions pas de progressive une réforme qui viserait uniquement à ajouter d'autres pièces à cette courtepointe bigarrée et rapiécée qu'on appelle le droit de la preuve.

CODE
DE LA
PREUVE

PLAN

	Articles
TITRE I — PRINCIPES GÉNÉRAUX.....	1— 5
CHAPITRE I — BUT ET INTERPRÉTATION DU CODE.....	1— 4
CHAPITRE II — DISPOSITIONS GÉNÉRALES.....	4— 5
TITRE II — COMPÉTENCE DÉCISIONNELLE EN MATIÈRE DE PREUVE.....	6—11
TITRE III — FARDEAUX DE PREUVE ET PRÉSOMP- TIONS.....	12—14
CHAPITRE I — LES FARDEAUX DE PREUVE.....	12—13
CHAPITRE II — LES PRÉSOMPTIONS.....	14
TITRE IV — RÈGLES PARTICULIÈRES À L'ADMIS- SIBILITÉ DES PREUVES.....	15—48
CHAPITRE I — RÈGLES D'EXCLUSION DE LA PREUVE.....	15—45
Preuves exclues en raison des méthodes d'obtention.....	15—16
Exclusion de certaines preuves circonstan- cielles.....	17—45
<i>Preuve de traits de caractère</i>	17—20
<i>Mesures préventives</i>	21—23
<i>Transactions et compromis</i>	24—26
Le ouï-dire.....	17—31
Le droit au secret.....	32—45
<i>Dispositions générales</i>	32—37
<i>Dispositions particulières</i>	38—45
CHAPITRE II — AUTHENTIFICATION ET IDENTIFICATION.....	46—48

TITRE V — MODES DE PREUVES.....	49—85
CHAPITRE I — GÉNÉRALITÉS.....	49
CHAPITRE II — LA PREUVE PAR TÉMOINS.....	50—73
Généralités.....	50—53
Aptitude à témoigner et contraignabilité.....	54—57
Interrogatoire des témoins.....	58—61
Crédibilité des témoins.....	62—66
Témoignage d'expertise et d'opinion.....	67—73
CHAPITRE III — LA PREUVE DOCUMENTAIRE ET MATÉRIELLE.....	74—81
Généralités.....	74
Preuve du contenu des écrits, enregistrements et photographies.....	75—81
CHAPITRE IV — LA CONNAISSANCE D'OFFICE.....	82—85
TITRE VI — APPLICATION DU CODE.....	86—87
TITRE VII — ABROGATION.....	88—89

TITRE I

PRINCIPES GÉNÉRAUX

CHAPITRE I BUT ET INTERPRÉTATION DU CODE

- 57 1. Le présent Code a pour objectif d'établir des règles de preuve menant à une juste solution des litiges, en facilitant la libre découverte des faits, dans des délais et à des coûts raisonnables, et en protégeant efficacement les autres politiques sociales reconnues. But
- 57 2. Les règles établies par le présent Code doivent être interprétées libéralement en conformité avec ces buts. A cet effet, la règle d'interprétation traditionnelle voulant que les dérogations législatives au common law soient d'interprétation restrictive, est abolie. Interprétation
- 57 3. Lorsque le présent Code n'offre pas de solution à un problème du droit de la preuve, celui-ci doit être résolu à la lumière de la raison et de l'expérience, le tout en harmonie avec les buts du présent Code. Sources
supplémentaires

CHAPITRE II DISPOSITIONS GÉNÉRALES

- 58 4. (1) Toute preuve pertinente est admissible sous réserve des exceptions prévues par la loi. Règle
générale
d'admissibilité
- 58 (2) Est pertinente la preuve qui tend raisonnablement à démontrer l'existence d'un fait en litige. Définition
- 59 5. Une preuve peut toutefois être exclue lorsque le danger de créer un préjudice indu, d'obscurcir le débat, de tromper le jury ou de provoquer des pertes de temps l'emporte substantiellement sur sa valeur probante. Exclusion pour
préjudice indu

TITRE II

COMPÉTENCES DÉCISIONNELLES EN MATIÈRE DE PREUVE

- 60 6. L'arbitre des faits en litige est, selon le cas, soit le juge, soit le jury lorsqu'il est assermenté. L'arbitre
des faits

Règle générale d'admissibilité	7. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, c'est au juge seul qu'il appartient de trancher les questions préalables à l'admissibilité d'une preuve, à l'établissement de la compétence et de la contraignabilité d'un témoin, et à la reconnaissance d'un droit au secret.	60
Établissement de faits préalables à la pertinence d'une preuve	(2) Lorsque l'établissement d'un fait préalable est nécessaire pour démontrer la pertinence d'une preuve, le juge doit alors admettre cette preuve, sous réserve de la présentation immédiate ou subséquente d'une preuve suffisante de l'existence de ce fait préalable.	61
Faits en litige et faits préalables	(3) C'est à l'arbitre des faits qu'il appartient de déterminer le fait préalable qui constitue également un fait en litige.	61
Exclusion du jury lors de la détermination de certains faits préalables	(4) La détermination des faits préalables doit se faire hors de la présence du jury dans les cas suivants:	61
Exclusion d'une preuve illégalement obtenue	a) l'exclusion d'une preuve obtenue dans des circonstances telles que son admission risquerait de ternir l'image de l'administration de la justice;	61
Déclaration à une personne en situation d'autorité	b) l'exclusion d'une déclaration faite à une personne en situation d'autorité dans des circonstances susceptibles de rendre cette déclaration peu digne de foi;	61
Exclusion du jury à la demande de l'accusé	c) l'établissement de tout autre fait préalable lorsque l'accusé témoigne et demande l'exclusion du jury;	61
Intérêt de la justice	d) l'établissement de tout autre fait préalable lorsque l'intérêt de la justice l'exige.	61
Témoignage de l'accusé	(5) L'accusé qui rend témoignage au cours d'une instance portant sur l'existence d'un fait préalable ne peut être contre-interrogé seulement qu'à ce sujet.	62

En outre, l'accusé ne peut être interrogé par la poursuite sur la véracité de sa déclara-

tion lorsque, dans les cas prévus aux alinéas 4a) et 4b) du présent article, l'admissibilité de cette déclaration est en cause.

- 62 **8.** Le juge doit restreindre à sa véritable portée la preuve qui n'est admissible que dans un but précis ou quant à une seule des parties au litige. Limites à l'admissibilité
- Il doit, en outre, donner au jury les directives nécessaires à cet effet.
- 62 **9.** La partie qui fait la preuve d'un comportement ou qui produit en preuve un écrit ou une déclaration en tout ou en partie, peut être tenue en même temps de faire la preuve d'un autre comportement ou de produire un autre écrit ou une autre déclaration qui, en toute justice, mérite également d'être pris en considération. Comportements, écrits et déclarations connexes
- 62 **10.** Après la clôture de l'enquête et de l'audition et la fin des plaidoiries, le juge doit présenter au jury un résumé juste et impartial de la preuve offerte et la rattacher aux principaux points en litige. Résumé et commentaires du juge au jury
- Il peut également présenter ses commentaires sur le poids à accorder à la preuve et sur la crédibilité des témoins. Il doit toutefois prévenir alors les jurés que la décision finale sur ces deux questions est de leur ressort exclusif, et qu'ils ne sont en conséquence liés ni par son résumé des faits, ni par ses commentaires.
- 63 **11. (1)** L'erreur portant sur l'admission ou l'exclusion d'une preuve et qui cause un tort important ou crée une injustice sérieuse peut seule permettre, en appel, de renverser un jugement. Effets des erreurs d'admission ou d'exclusion d'une preuve
- Lorsqu'une preuve a été exclue par erreur, il est en plus nécessaire que sa pertinence et l'essentiel de son contenu aient été portés à la connaissance du juge, ou que celui-ci ait

pu s'en rendre compte en raison du contexte dans lequel les questions ont été posées.

Critères	(2) Dans la détermination de l'importance du tort ou du sérieux de l'injustice causés par l'admission erronée d'une preuve, la Cour d'Appel doit prendre en considération l'existence ou la non-existence d'une objection particularisée et opportune à l'admissibilité de cette preuve.	63
----------	--	----

TITRE III

FARDEAUX DE PREUVE ET PRÉSOMPTIONS

CHAPITRE I LES FARDEAUX DE PREUVE

Fardeau de persuasion	12. (1) Le fardeau de persuasion consiste en l'obligation de persuader l'arbitre des faits, de l'existence d'un fait en litige.	63
Matières civiles	(2) En matières civiles, sauf exception, le fardeau de persuasion impose à chaque partie de prouver chacun des faits dont la démonstration est essentielle au soutien de ses prétentions. En matières civiles, une partie s'acquitte de ce fardeau lorsqu'elle convainc l'arbitre des faits par une preuve rendant plus probable l'existence du fait que son inexistence.	64
Matières criminelles	(3) En matières criminelles, sous réserve des dispositions du présent article, le fardeau de persuasion repose sur la poursuite. Celle-ci s'acquitte de ce fardeau lorsque l'arbitre des faits est convaincu au-delà du doute raisonnable, à la fois de l'existence de chacun des éléments constitutifs de l'infraction reprochée et de l'inexistence de toute défense, excuse ou justification.	65
Défenses, excuses et justifications	(4) La poursuite n'assume le fardeau de persuasion quant à l'inexistence d'une défense, excuse ou justification que dans la mesure où une preuve suffisante pour susciter un doute	65

raisonnable sur leur existence a préalable-
ment été présentée.

- 66 (5) Lorsqu'une loi, en termes exprès, impose à l'accusé le fardeau de persuasion d'une défense, excuse ou justification à une infraction criminelle, il s'acquitte de ce fardeau lorsque l'arbitre des faits est convaincu que leur existence est plus probable que leur inexistence. Fardeau reposant sur l'accusé
- 67 13. (1) Le fardeau de présentation de la preuve consiste en l'obligation d'offrir à l'égard d'un fait une preuve suffisante pour permettre au juge des faits de prendre celui-ci en considération. Fardeau de présentation
- 67 (2) En matières civiles, une partie s'acquitte du fardeau de présentation de la preuve lorsque le juge estime que, eu égard à la preuve offerte, un homme raisonnable pourrait être convaincu que l'existence du fait en litige est plus probable que son inexistence. Matières civiles
- 67 (3) En matières criminelles, la poursuite s'acquitte du fardeau de présentation de la preuve lorsque le juge estime, eu égard à la preuve offerte, qu'un homme raisonnable pourrait être convaincu au-delà du doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé. Matières criminelles
- 67 (4) Lorsqu'une loi, en termes exprès, impose à l'accusé le fardeau de persuasion relativement à une défense, excuse ou justification à une infraction criminelle, l'accusé assume alors aussi le fardeau de présentation de la preuve à cet égard. Défenses, excuses et justifications
- Il s'acquitte de ce dernier fardeau lorsque le juge estime, eu égard à la preuve offerte, qu'un homme raisonnable pourrait être convaincu que l'existence d'une défense, excuse ou justification à une infraction criminelle est plus probable que leur inexistence.

CHAPITRE II LES PRÉSOMPTIONS

Définition	14. (1) Il y a présomption lorsque la loi impose de déduire l'existence d'un fait, à partir d'un autre fait ou d'un groupe de faits constatés ou établis dans l'instance.	67
Matières civiles	(2) En matières civiles, la partie contre laquelle existe une présomption doit, pour la repousser, convaincre l'arbitre des faits que l'inexistence du fait présumé est plus probable que son existence. Cette règle ne s'applique pas lorsque la présomption imposée est irréfragable.	68
Matières criminelles	(3) En matières criminelles, pour qu'une présomption portant sur un fait essentiel à la démonstration de la culpabilité de l'accusé puisse avoir effet contre lui, il est nécessaire que l'existence des faits servant de base à la présomption soit établie au-delà du doute raisonnable. Pour repousser la présomption, il suffit que soit créé un doute raisonnable sur l'existence du fait présumé.	68
Conflit entre deux présomptions	(4) En cas de conflit entre deux présomptions, on doit accorder préférence à celle qui est fondée sur des considérations supérieures de logique et de politique juridique. En cas d'égalité, les deux présomptions se neutralisent.	68

TITRE IV

RÈGLES PARTICULIÈRES À
L'ADMISSIBILITÉ
DES PREUVES

CHAPITRE I

Exclusion d'une preuve risquant de ternir l'image de l'administration de la justice	RÈGLES D'EXCLUSION DE LA PREUVE Preuves exclues en raison des méthodes d'obtention 15. (1) Doit être exclue, la preuve obtenue dans des circonstances telles que	69
---	---	----

son admission risquerait de ternir l'image de l'administration de la justice.

69

(2) Aux fins de l'application de la règle prévue au paragraphe précédent, toutes les circonstances de l'instance ainsi que celles entourant l'obtention de la preuve doivent être prises en considération, notamment l'intensité de l'atteinte à la dignité humaine et aux valeurs sociales, la gravité du litige, l'importance de la preuve en question, le caractère volontaire ou non du tort causé à l'accusé ou aux tiers et les circonstances propres à justifier l'acte, comme par exemple l'urgence qu'il y avait à empêcher la perte ou la destruction de la preuve ainsi recueillie.

Critères

69

16. (1) Dans une instance criminelle, la poursuite ne peut produire une déclaration de l'accusé faite à une personne en situation d'autorité, à moins d'une part que le juge ne soit convaincu au-delà du doute raisonnable que la déclaration en question a été faite dans des circonstances qui la rendent digne de foi, entre autres qu'elle a été faite en l'absence de menaces ou de promesses ou à moins d'autre part que l'accusé ou son procureur ne consentent à son admission.

Déclaration à une personne en situation d'autorité

70

(2) Les règles du présent article ne touchent que les déclarations de l'accusé. Elles n'ont pas pour effet de limiter l'admissibilité d'autres preuves telles celle de faits découverts à la suite de cette déclaration ou encore celle établissant que ces faits ont été découverts en raison de cette déclaration.

Faits découverts par le biais d'une déclaration

Exclusion de certaines preuves circonstancielle

Preuve des traits de caractère

71

17. (1) Dans une instance criminelle, la preuve relative aux traits de caractère de l'accusé présentée par la poursuite et qui

Traits de caractère de l'accusé: inadmissibilité

n'est pertinente que pour prouver sa prédisposition à un certain type de comportement est inadmissible à moins que l'accusé n'ait lui-même offert une preuve à ce sujet, ou qu'il n'ait offert une preuve relative aux traits de caractère de la victime de l'infraction.

Infraction sexuelle

(2) Dans une instance criminelle, la preuve portant sur les traits de caractère de la victime d'une infraction sexuelle, et qui n'est pertinente que pour prouver sa prédisposition à un certain type de comportement, est inadmissible à moins que, au terme d'une audition à huis clos, le juge ne soit convaincu que l'admission de cette preuve est indispensable à une juste détermination de la culpabilité de l'accusé.

72

Preuve des faits similaires

18. Les dispositions de l'article 17 n'ont pas pour effet d'empêcher la preuve de la commission par une personne d'un acte, d'un crime ou d'un délit, offerte dans un but autre que d'établir sa prédisposition à commettre ces actes.

74

Il en est ainsi, notamment, de la preuve destinée à prouver l'absence d'erreur ou le caractère délibéré ou non d'un acte, la motivation, l'occasion, l'intention, le dessein, la préparation, la connaissance et l'identité de la personne, ou l'occasion fournie.

Preuve de comportement habituel

19. Les dispositions de l'article 17 n'ont pas pour effet d'empêcher de faire la preuve d'un comportement habituel ou routinier, dans le but de démontrer, à propos d'une occasion particulière, une conduite conforme à celui-ci.

74

Méthodes de preuve admissibles

20. La démonstration d'un trait de caractère peut être faite sous forme d'une preuve d'opinion, d'une preuve de réputation, ou à partir d'une preuve de comportements spécifiques.

74

Mesures préventives

- 75 **21.** La preuve de mesures postérieures à un événement qui, prises plus tôt, en auraient réduit les possibilités de survenance, ne peut être admise dans le but de prouver l'existence d'une faute ou d'une conduite coupable relative à celui-ci, si ce n'est à l'encontre d'une allégation tendant à la possibilité de le prévenir.
- 75 **22.** La preuve de la détention ou de la non-détention par une personne d'une assurance-responsabilité ne peut être admise pour prouver sa faute, à moins que la valeur de cette preuve ne l'emporte substantiellement sur le danger de causer un préjudice indu.
- 76 **23.** La preuve du paiement, de l'offre ou de la promesse de paiement de frais médicaux, hospitaliers ou autres, occasionnés par des blessures, ne peut être admise pour prouver la responsabilité découlant de celles-ci.

Transactions et compromis

- 76 **24.** La preuve des tentatives de règlement d'un litige, de conduites ou de déclarations rattachées à celles-ci, ne peut être admise pour prouver la responsabilité d'une personne ou l'absence de fondement de la réclamation ou de son montant. Cette règle n'a toutefois pas pour effet d'empêcher l'utilisation de cette preuve à d'autres fins, notamment, pour démontrer le parti pris ou les préjugés d'un témoin, une tentative de faire obstruction à une enquête ou à une poursuite criminelle, ou pour réfuter l'allégation d'une action dilatoire.
- 76 **25.** La preuve d'un plaidoyer de culpabilité retiré par la suite, d'une offre de plaider coupable à une infraction ou d'une déclaration quelconque relative à ces deux

actes, ne peut être admise contre celui qui les a faits, dans le but d'établir sa culpabilité.

Preuve de
déclaration
au cours d'une
plainte

26. La preuve d'une déclaration faite antérieurement à un procès dans le but de régler une plainte criminelle ne peut être admise contre l'accusé au cours d'une instance criminelle subséquente dans laquelle l'inculpation est précisément celle sur laquelle a porté la tentative de règlement.

77

Le Oui-dire

Prohibition
générale

27. (1) Le oui-dire ne peut être admis en preuve, sous réserve des exceptions prévues par la loi.

77

Définitions
Oui-dire

(2) Aux fins du présent Code,

a) on entend par «oui-dire» la déclaration présentée dans le but d'établir la véracité de celle-ci et qui émane d'une personne autre que celle qui témoigne au cours de l'instance.

77

Déclaration

b) on entend par «déclaration» toute affirmation verbale ou écrite ainsi que tout comportement voulu par une personne comme une affirmation.

78

Déclaration
antérieure

28. Les dispositions de l'article 27 n'ont pas pour effet d'exclure la déclaration faite antérieurement à son témoignage par un témoin, lorsque cette déclaration eût été admissible si son auteur l'avait faite dans le cours de son témoignage.

79

Témoin non
disponible

29. (1) Les dispositions de l'article 27 n'ont pas pour effet d'exclure la déclaration d'une personne non disponible à rendre témoignage, lorsque cette déclaration, faite par cette même personne dans le cours de son témoignage, eût, par ailleurs, été admissible.

79

- (2) La non-disponibilité à rendre témoignage de la personne qui a fait la déclaration s'étend aux circonstances suivantes:
- 80 a) son décès ou son incapacité physique ou mentale de se présenter pour rendre témoignage; La non-disponibilité à rendre témoignage
Décès, incapacité
- 80 b) son absence de l'instance, jointe à l'impossibilité pour la partie qui veut se prévaloir de sa déclaration, de s'assurer de sa présence par sommation ou par un autre moyen raisonnable; Impossibilité d'assigner
- 80 c) son refus persistant de témoigner sur le contenu de sa déclaration, malgré l'ordre du juge; Refus de témoigner
- 80 d) son allégation, au cours de son propre témoignage, de son incapacité de se remémorer l'objet de la déclaration en question; Absence de souvenir
- 80 e) son absence de l'instance, jointe au fait que l'importance de la question ou le supplément de crédibilité susceptible d'être ajouté par son témoignage en cour, ne justifient pas la dépense ou les inconvénients des démarches visant à s'assurer de sa présence ou de sa déposition. Absence de l'instance et intérêt public
- 81 (3) Une déclaration ne peut être admise en preuve en vertu des dispositions du présent article, lorsque la partie qui entend s'en prévaloir a provoqué la non-disponibilité de l'auteur de la déclaration, dans le but de l'empêcher de comparaître ou de témoigner. Non-disponibilité provoquée
- 81 (4) La partie qui entend produire en preuve une déclaration en vertu des dispositions du présent article, doit préalablement donner un avis raisonnable de son intention à toutes les autres parties. Cet avis doit contenir les détails de cette déclaration et énoncer les raisons de la non-disponibilité à rendre témoignage de l'auteur de celle-ci. Avis

Déclarations admissibles contre une partie	30. Est admissible en preuve contre une partie, nonobstant les dispositions de l'article 27:	
Déclaration de la partie	a) la déclaration faite par la partie elle-même, celle qu'elle a faite sienne ou qu'elle a autorisée;	81
Déclarations d'un mandataire et employé	b) la déclaration émanant de son mandataire ou employé et portant sur une question relevant de son mandat ou son emploi et faite pendant sa durée;	81
Déclarations concernant un titre	c) la déclaration portant sur un titre et émanant d'un ayant cause ou d'une autre personne ayant avec la partie un intérêt en commun;	82
Déclarations dans la poursuite d'un but commun	d) la déclaration d'une personne engagée avec la partie dans une entreprise commune, lorsqu'elle est faite dans le cadre de la poursuite de leur but commun.	82
	31. N'est pas exclu par les dispositions de l'article 27:	
Déclarations dans le cours ordinaire des affaires	a) la consignation d'un fait ou d'une opinion faite dans le cours ordinaire des affaires et d'une façon contemporaine à leur survenance ou à une date subséquente lorsqu'elle est tirée d'une autre consignation faite dans les mêmes conditions;	82
Recueils et registres publics	b) le registre, le recueil, la déclaration, émanant de l'autorité ou d'un service publics et portant soit sur leurs activités, soit sur des faits consignés conformément à l'obligation qui leur en est faite par la loi, ou contenant, en tout état de cause en matières civiles, et contre la poursuite en matières pénales, des conclusions de faits provenant d'une enquête faite sous autorité de la loi;	83
Déclarations à l'état civil	c) la consignation ou l'enregistrement d'état civil, si la déclaration a été faite à l'autorité publique conformément aux exigences de la loi;	84

- 84 d) la preuve tendant à démontrer la non-consignation d'un événement normalement consigné dans le cours ordinaire des affaires, lorsque l'on entend démontrer par là l'inexistence ou la non-survenance de cet événement; Absence de consignation
- 85 e) la déclaration de faits constatant la célébration d'un mariage ou d'une autre cérémonie, ou l'administration d'un sacrement, contenue dans un certificat émanant d'un ecclésiastique, d'une autorité publique ou d'une autre personne dûment autorisée à cet effet par les règles d'un organisme religieux ou par la loi, lorsque ce certificat a été émis au moment de l'acte en question, ou par la suite, dans un délai raisonnable; Certificats de mariage, naissance
- 85 f) La déclaration contenue dans un document datant de vingt ans ou plus; Vieux documents
- 85 g) la liste boursière, la compilation, l'énumération, l'annuaire ou autre inventaire auquel le public ou des spécialistes se fient et qu'ils utilisent en général; Listes boursières, annuaires
- 86 h) la preuve d'un jugement final de la culpabilité d'une personne, lorsqu'il s'agit de prouver un fait essentiel aux conclusions de ce jugement, sauf, dans une instance criminelle, lorsque cette preuve est introduite par la poursuite contre une personne autre que celle qui a ainsi été trouvée coupable; Jugement de culpabilité
- 86 i) la commune renommée antérieure au litige, portant sur le caractère d'une personne parmi ses proches ou au sein de son milieu; Commune renommée portant sur le caractère d'une personne
- 86 j) la commune renommée parmi la famille, par le sang, par alliance ou par adoption, ou parmi les proches ou l'entourage d'une personne, relativement à ses antécédents familiaux ou autres, et portant, par exemple, sur une naissance, un décès ou un lien de parenté; Commune renommée relative aux antécédents familiaux

Commune renommée relative au bornage des terres	k) la commune renommée constituée au sein de la communauté antérieurement au litige, relativement au bornage des terres ou aux coutumes terriennes locales;	86
Commune renommée relative aux événements historiques	l) la commune renommée relative à des événements historiques importants de la communauté, de la province ou du pays où ils se sont passés.	86

Le droit au secret

Dispositions générales

Règle générale	32. Nul, sous réserve des exceptions prévues par la loi, ne peut refuser de divulguer une chose, de produire un objet ou un écrit, ou d'empêcher un autre de ce faire ou de rendre témoignage.	87
Étendue du droit	33. Le détenteur d'un droit au secret conféré par le présent Code peut refuser lui-même et empêcher toute autre personne de divulguer une chose.	88
Renonciation du droit au secret	34. Celui qui bénéficie d'un droit au secret y renonce lorsque lui-même ou un autre détenteur de ce droit divulgue volontairement une partie importante du contenu de la confidence, ou consent à sa divulgation. La présente règle est cependant sans application si cette divulgation est elle-même protégée par un droit au secret.	88
Divulgence forcée	35. La divulgation protégée par un droit au secret ne peut être admise en preuve contre le détenteur de ce droit, lorsque cette divulgation a été forcée à la suite d'une erreur ou faite sans qu'il y ait eu possibilité d'invoquer le droit.	88
Commentaires du juge et des avocats	36. Le juge et les avocats ne peuvent commenter la demande de reconnaissance d'un droit au secret formulée au cours du litige ou d'un litige antérieur.	88

Aucune conclusion ne peut non plus être tirée par eux de ce fait.

- 89 **37.** Seul le détenteur d'un droit au secret peut, en appel, invoquer l'erreur d'une décision refusant de lui reconnaître ce droit. Droit d'appel

Dispositions particulières

- 89 **38.** L'accusé dans une instance criminelle a le droit d'empêcher que ne soit utilisé contre lui un témoignage qu'il a rendu dans une instance antérieure autre que les procédures préliminaires au procès même qu'il subit. Non-incrimination

Cette règle ne s'applique pas cependant lorsque l'accusé est poursuivi pour s'être parjuré au cours de son témoignage.

- 89 **39.** (1) Celui qu'une loi provinciale oblige à faire un rapport peut s'opposer à la divulgation de son contenu dans toute instance régie par le présent Code, dans la mesure où la loi provinciale reconnaît ce même droit dans les instances régies par le droit provincial. Rapport confidentiel

- 89 (2) Le fonctionnaire qu'une loi provinciale oblige de faire un rapport peut s'opposer à sa divulgation ou à la divulgation de son contenu, dans toute instance régie par le présent Code, dans la mesure où la loi provinciale reconnaît ce même droit dans les instances régies par le droit provincial. Réception d'un rapport confidentiel

- 89 (3) Sont exceptés toutefois des dispositions du présent article, les litiges portant sur les fausses déclarations ou les fraudes relatives à ces rapports. Exceptions

- 90 **40.** Une personne a le droit de s'opposer à la divulgation d'une communication confidentielle intervenue entre elle et une autre personne, liée à elle par des liens familiaux ou analogues. Droit au secret familial

Cependant, pour bénéficier de ce droit, il est nécessaire qu'en égard à la nature de la relation entre ces deux personnes, à la valeur attendue de la preuve et à l'importance de la question en litige, la sauvegarde du droit à l'intimité, le danger d'une rupture possible de cette relation ou la rigueur de la contrainte à exercer l'emportent sur la nécessité qu'il y a d'obtenir la divulgation de la communication.

- | | | |
|---|---|----|
| Secret professionnel.
Dispositions générales | 41. Celui qui s'adresse à un professionnel dans le but d'obtenir ses services ou qui les obtient, peut s'opposer à la divulgation d'une communication confidentielle issue de cette relation si, eu égard aux circonstances, la sauvegarde du droit à l'intimité l'emporte sur l'intérêt de l'administration de la justice. | 91 |
| Secret de l'avocat | 42. (1) Celui qui, en prévision d'un litige, consulte un avocat dans le but d'obtenir des services professionnels, peut s'opposer à la divulgation d'une communication confidentielle faite dans le but de donner ou de recevoir ces services. | 92 |
| Travaux confidentiels | (2) Une personne peut refuser de divulguer une information obtenue par elle, par son avocat, par son représentant ou par toute personne qui assiste son avocat, de même que son travail et celui fait par eux en prévision d'un litige; à moins que dans le cas d'une information, celle-ci ne puisse raisonnablement être obtenue d'une autre source et que la qualité de sa valeur probante ne dépasse nettement les inconvénients causés par sa divulgation. | 92 |
| Détenteurs du droit | (3) Seuls le détenteur du droit au secret en personne ou son avocat peuvent invoquer le droit au secret prévu par le présent article.
Lorsque le client est incapable, son tuteur ou curateur peut le faire pour lui.
En cas de décès du client, son ayant droit peut invoquer le droit au secret. | 92 |

Le syndic ou son représentant peut invoquer le droit au secret au nom d'une corporation, association ou autre personne morale ayant une existence juridique ou non.

- (4) Aucun droit au secret ne peut être invoqué en vertu du présent article
- 93 a) lorsque les services de l'avocat ont été recherchés, le travail produit ou l'information obtenue dans le but de permettre à quelqu'un de commettre ou de comploter une infraction ou un délit, ou de l'aider à les commettre et que celui qui réclame le droit au secret a pu avoir raisonnablement connaissance du caractère criminel ou délictuel de l'acte; Exceptions
- 93 b) lorsqu'il s'agit d'un litige entre les ayants cause d'un même client décédé et se réclamant d'un droit qui lui appartenait. L'origine entre vifs ou à cause de mort de la transmission du droit n'a aucune importance pour les fins du présent article; Ayants cause
- 93 c) lorsque le sujet en litige est la transgression d'obligations existant réciproquement entre l'avocat et le client; Litige entre avocat et client
- 93 d) lorsque la contestation porte sur un document dont l'avocat est un témoin instrumentant; Avocat témoin instrumentant
- 93 e) lorsqu'il s'agit d'un litige entre des clients qui ont consulté un même avocat ou retenu ses services en commun, que le secret porte sur une communication touchant une question d'intérêt commun, et que cette preuve est offerte au cours d'un litige entre ces clients. Clients communs
- 93 (5) Aux fins du présent article, on entend par «avocat» celui que le client croit admis à la pratique du droit. Définition du mot avocat

Dans la province de Québec, le mot «avocat» désigne aussi le notaire.

	(6) Une personne peut invoquer le droit au secret prévu par le présent article en plus de celui prévu à l'article 41.	93
Définitions	43. (1) Aux fins du présent article,	
Information officielle	a) l'expression «information officielle» désigne une information gouvernementale dont la divulgation serait contraire à l'intérêt public;	93
Secret d'État	b) l'expression «secret d'État» désigne un renseignement confidentiel à caractère gouvernemental portant sur la sécurité ou la défense nationale, les relations internationales du Canada, les relations fédérales-provinciales, ou encore sur les affaires confidentielles du Conseil Privé de Sa Majesté pour le Canada.	93
Divulgation d'informations officielles	(2) La Couronne au chef du Canada peut refuser de divulguer une information officielle ainsi qu'un secret d'État lorsque la sauvegarde du caractère confidentiel de l'information l'emporte sur l'intérêt d'une saine administration de la justice. Ce droit peut être invoqué par un Ministre de la Couronne.	94
Renvoi au juge en chef du Canada	(3) Lorsque la Couronne invoque son droit au secret d'État, le juge peut, au lieu de disposer lui-même de la question, suspendre les procédures et la référer au juge en chef du Canada. Ce renvoi doit être fait d'office sur demande de la Couronne ou de l'une des parties. Le juge en chef du Canada doit alors désigner un juge de la Cour Suprême du Canada pour décider de la question.	94
Procédure de divulgation	(4) Le juge appelé à trancher la validité du droit au secret aux termes du présent article peut exiger que la Couronne lui	94

divulgue, au cours d'une audition en chambre et à huis clos, l'information litigieuse, hors la présence de toute autre personne que le détenteur du droit au secret et ceux dont ce dernier autorise la présence.

- 94 (5) Le juge qui permet la divulgation d'une information conformément aux dispositions du présent article peut assortir son autorisation des restrictions ou conditions jugées utiles. Limites
- 94 (6) Le droit au secret d'État et au secret des informations officielles peut être invoqué dans les instances relevant tant de la compétence fédérale que provinciale. Instances fédérales et provinciales
- 94 44. (1) La Couronne a le droit de refuser de divulguer l'identité de celui qui a fourni une information qui prétend porter sur la violation d'une loi fédérale ou provinciale à une personne chargée de veiller à l'application de cette loi, à moins que, d'après les circonstances, l'intérêt de parvenir à une juste solution du litige ne l'emporte sur l'intérêt de maintenir le secret. Secret des indicateurs
- 94 (2) Le droit au secret prévu au présent article peut être invoqué par toute personne. Celui qui est chargé de l'application de la loi peut néanmoins y renoncer. Détenteur du droit
- 94 45. (1) Le détenteur d'un secret de commerce ne peut être contraint de le divulguer lorsque la reconnaissance de ce droit au secret ne cause pas d'injustice ou ne sert pas à dissimuler une fraude. Secret de commerce
Ce droit peut être invoqué aussi par son mandataire ou son employé.
- 95 (2) Lorsque le juge ordonne la divulgation d'un secret de commerce, il doit prendre toutes les mesures nécessaires à la protection des intérêts de la justice, de ceux du détenteur du droit et des parties en cause. Procédure

CHAPITRE II AUTHENTIFICATION ET
IDENTIFICATION

Généralités	46. Lorsque la pertinence d'une preuve dépend de son authentification ou identification, tout ce qui permet de conclure qu'elle est bien ce que celui qui l'introduit allègue, suffit à cette fin.	95
Document authentique	47. (1) Est présumé authentique:	
Document public certifié	a) le document affichant, selon toute apparence, l'un des sceaux mentionnés dans la <i>Loi des Sceaux</i> ou celui d'une province, d'une division politique, d'un ministère, d'un fonctionnaire ou d'un organisme canadien ou provincial et portant une signature donnée comme certification ou validation;	96
Certification d'un document public	b) le document qui, selon toute apparence, porte la signature d'un fonctionnaire ou employé d'une entité décrite à l'alinéa a) n'ayant pas lui-même de sceau, lorsque sa signature et sa capacité officielle sont certifiées sous le sceau d'un fonctionnaire investi d'une fonction officielle dans la même division politique;	97
Copies certifiées de documents publics	c) la copie d'un registre, d'un rapport, d'une inscription qui s'y trouve, ou d'un document, y compris toute forme de compilation de données, dont le dépôt ou la classification est légalement autorisé dans un bureau public, et qui est certifiée conforme à l'original par celui qui en a la garde ou par toute autre personne autorisée à fournir une certification conforme aux alinéas a), b) ou h) du présent article, ou conforme aux dispositions d'une loi canadienne, provinciale ou celles des règles d'un tribunal;	97
Publications officielles	d) la publication qui, selon toute apparence, est émise par l'autorité publique;	97
Journaux et périodiques	e) l'imprimé donné comme étant un journal ou un périodique;	97

- 97 *f)* l'inscription commerciale donnée comme ayant été apposée dans le cours ordinaire des affaires et indiquant l'appartenance, la garde ou la provenance d'une chose; Inscriptions commerciales
- 97 *g)* le document accompagné d'une reconnaissance certifiée par une personne légalement autorisée à le faire; Documents certifiés
- 97 *h)* le document qui, selon toute apparence, est attesté ou validé, en sa capacité officielle par une personne autorisée à ce faire par les lois d'un pays étranger, lorsqu'il est accompagné d'un certificat émanant d'une personne visée au paragraphe (2) du présent article, attestant l'authenticité de la signature et la qualité officielle de la personne l'attestant ou de la personne autorisée à ce faire par la loi étrangère et dont émane le certificat mentionné plus haut; Documents publics étrangers
- i)* tout ce que la loi présume authentique. Autres lois
- 97 (2) Un agent diplomatique ou consulaire du Canada, ou s'il est accrédité au Canada, un agent diplomatique ou consulaire du pays d'où provient le document, peut effectuer une certification conforme à l'alinéa *h)* du paragraphe (1). Certification de documents étrangers
- 97 (3) Si toutes les parties ont eu une occasion raisonnable d'examiner l'authenticité et l'exactitude d'un document visé par l'alinéa *h)* du paragraphe (1), le juge peut alors, pour raison valable, ordonner que ce document soit tenu pour authentique sans certification, ou en permettre la preuve par un simple sommaire attesté, avec ou sans certification. Discretion judiciaire: documents étrangers
- 98 48. L'authentification d'un écrit ne requiert pas la déposition du témoin instrumentaire, à moins que la loi du lieu régissant la validité de l'écrit ne l'exige. Déposition du témoin instrumentaire

TITRE V

MODES DE PREUVE

CHAPITRE I GÉNÉRALITÉS

Établissement des faits	49. La preuve des faits peut se faire par témoins, par écrit, par la présentation d'une preuve matérielle, par l'aveu des parties, par présomptions, déductions ou connaissance d'office.	98
----------------------------	--	----

CHAPITRE II LA PREUVE PAR TÉMOINS

Généralités

Affirmation solennelle	50. Avant de rendre témoignage, un témoin doit déclarer:	98
---------------------------	---	----

«Je promets de dire la vérité. Je sais que je suis passible de poursuites judiciaires si je mens ou si je trompe volontairement le tribunal».

Explications	51. Le juge peut, le cas échéant, donner à une personne les explications pour s'assurer qu'elle comprend bien l'obligation de dire la vérité.	99
--------------	--	----

Connaissance personnelle du témoin	52. Nul, sauf le témoin expert, ne peut rendre témoignage avant qu'une preuve suffisante n'ait été fournie, démontrant qu'il a bien eu connaissance personnelle des faits.	100
--	---	-----

Cette preuve peut être faite, entre autres façons, par le témoin lui-même.

Interprète et traducteur	53. L'interprète et le traducteur sont soumis à l'ensemble des dispositions du présent Code relatives à la preuve par témoins.	100
-----------------------------	---	-----

Toutefois, au lieu de promettre de dire la vérité, ils doivent promettre, selon le cas, d'interpréter ou de traduire fidèlement.

Aptitude à témoigner: règle générale	54. Sous réserve des dispositions de la loi, toute personne est apte à témoigner en	100
--	--	-----

Aptitude à témoigner et contraignabilité

justice sur toute question et peut être contrainte de le faire.

101 55. (1) Un juge ne peut rendre témoignage dans le cours du procès qu'il préside. Inaptitude du juge et des jurés
Un juré ne peut rendre témoignage dans le cours du procès pour les fins duquel il a été assermenté.

101 (2) Aucun juré ne peut, dans une instance portant sur la validité d'un verdict, témoigner sur celui-ci. Témoignage d'un juré à l'encontre d'un verdict

101 56. L'accusé, dans une instance criminelle, ne peut être contraint de rendre témoignage. Non-contraignabilité de l'accusé

Le juge, la poursuite et la défense peuvent cependant commenter le fait qu'il n'ait pas témoigné et l'arbitre des faits peut en tirer toute conclusion raisonnable.

101 57. Une personne qui est liée à l'accusé par un lien familial ou analogue, ne peut être contrainte par la poursuite dans une instance criminelle de rendre témoignage si, eu égard à la nature de la relation entre ces deux personnes, à la valeur probante attendue de son témoignage et à la gravité de l'infraction, il ressort que le danger d'une rupture possible de cette relation ou la rigueur de la contrainte à exercer l'emportent sur la nécessité d'obtenir son témoignage. Relations familiales, non-contraignabilité

Interrogatoire des témoins

102 58. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, c'est aux parties au litige que revient la tâche de présenter la preuve et d'interroger les témoins. Présentation de la preuve par les parties

102 (2) Le juge doit assurer un contrôle raisonnable de la présentation de la preuve et de l'interrogatoire des témoins, de façon à promouvoir efficacement la découverte de Contrôle judiciaire

	la vérité, à éviter des délais inutiles et à mettre les témoins à l'abri des harcèlements et des tracasseries.	
Pouvoirs du juge	(3) Le juge peut, exceptionnellement, si la chose paraît essentielle à la juste détermination du litige, entendre ou interroger lui-même un témoin pour clarifier ou élucider la preuve.	103
Questions suggestives au témoin de la partie	59. (1) La partie qui interroge son témoin ne peut lui poser de questions suggestives que sur des faits préliminaires ou non contestés, ou que si la chose est nécessaire pour expliquer le témoignage. Elle peut également le faire s'il appert que le témoin entend donner seulement des réponses qu'il considère dommageables aux intérêts de la partie qui l'a assigné.	103
Questions suggestives aux témoins de la partie adverse	(2) La partie qui interroge le témoin d'une autre partie peut lui poser des questions suggestives à moins que, selon toute apparence, il entende donner seulement des réponses qu'il considère favorables aux intérêts de la partie qui l'interroge.	103
Définition	(3) On entend par «question suggestive», la question qui suggère la réponse souhaitée par la partie qui interroge le témoin.	103
Rappel à la mémoire du témoin	60. (1) Lorsqu'un témoin est incapable de se bien souvenir d'un fait, la partie qui l'interroge peut lui poser des questions ou utiliser un document, un objet ou d'autres moyens pour l'aider à se remémorer ce fait. Ces techniques doivent cependant être telles qu'elles contribuent à favoriser ce rappel et non à induire en erreur le témoin ou à l'inciter au mensonge.	104
Droit de la partie adverse: production d'aide-mémoire	(2) La partie adverse peut exiger la production d'un aide-mémoire utilisé par un témoin avant ou pendant son témoignage.	104

Elle peut également procéder à l'inspection de cet aide-mémoire, contre-interroger le témoin à son sujet et introduire en preuve toute partie de celui-ci se rapportant au témoignage rendu.

- 105 **61. (1)** Le juge peut exclure un témoin de la salle d'audience, de façon à l'empêcher d'entendre les autres témoignages.

Exclusion
des témoins

Le juge doit procéder à cette exclusion à la demande de l'une des parties.

- 105 **(2)** La règle prévue au paragraphe précédent ne permet pas cependant d'exclure de la salle d'audience l'une des parties du litige ou, lorsque cette partie est une personne morale, l'administrateur ou l'employé de celle-ci désigné par son conseiller juridique, non plus qu'une personne dont la présence est indispensable à la présentation de la cause d'une des parties.

Exceptions

(3) Le juge peut défendre à quiconque de discuter de la preuve présentée avec un témoin qui n'a pas encore été entendu.

Interdiction de
discuter de
la preuve

Cette règle ne s'applique pas cependant aux discussions qui peuvent intervenir entre l'accusé et son avocat, et, dans un procès civil, entre l'avocat et la partie.

Crédibilité des témoins

- 105 **62.** Sous réserve des exceptions prévues au présent Code, toute partie a le droit d'interroger un témoin ou de produire une autre preuve pertinente, dans le but d'attaquer ou de défendre la crédibilité de celui-ci.

Attaque de la
crédibilité
d'un témoin

- 108 **63.** Une preuve sur les tendances à la franchise ou au mensonge d'un témoin ne peut être admise pour attaquer ou défendre sa crédibilité, à moins d'avoir une valeur probante substantielle.

Tendance
à la franchise
d'un témoin

Preuve de condamnation criminelle antérieure d'un témoin	64. (1) La preuve de la condamnation criminelle d'un témoin ne peut être admise pour attaquer sa crédibilité, lorsqu'il y a eu pardon ou que cinq années se sont écoulées depuis la dernière en date de sa plus récente condamnation ou de sa libération.	109
Traits de caractère de l'accusé	(2) A moins que l'accusé lui-même n'ait, le premier, produit une preuve à seule fin de soutenir sa propre crédibilité comme témoin, aucune preuve de ses traits de caractère ne peut être admise au cours d'un procès criminel, dans l'unique but d'attaquer sa crédibilité comme témoin, même celle d'une condamnation pour un acte criminel.	109
Déclaration antérieure	65. Lors de l'interrogatoire d'un témoin sur une déclaration antérieure qu'il a faite, il n'est pas nécessaire de la lui divulguer, sauf si le juge l'exige.	110
Exclusion d'une preuve extrinsèque	66. Le juge peut exclure une preuve extrinsèque portant sur la crédibilité d'un témoin, et relative, par exemple, à ses penchants, à ses intérêts, à ses préjugés, à sa réputation ou à une contradiction entre son témoignage et une de ses déclarations antérieures, lorsque ce témoin n'a pas eu l'occasion de démentir ou d'expliquer ces faits.	110
	Témoignage d'expertise et d'opinion	
Règle générale	67. Hormis l'expert, aucun témoin ne peut faire part de ses opinions ou de ses conclusions à moins qu'elles ne soient fondées sur des faits perçus par lui-même et qu'elles ne soient utiles soit à une narration claire des faits, soit à la solution par l'arbitre des faits d'un problème soulevé au cours du litige.	110
Interrogatoire sur les fondements d'une opinion	68. Le juge peut exiger qu'avant de faire part de son opinion ou de ses conclusions, un témoin soit interrogé sur les faits sur lesquels il s'appuie.	111

- 112 **69.** Le témoignage au cours duquel le témoin donne son opinion ou ses conclusions et qui est normalement admissible en preuve, peut être entendu même s'il porte sur un point litigieux relevant de l'appréciation finale de l'arbitre des faits. Question finale
- 112 **70.** Le témoin reconnu comme expert en raison de ses connaissances, de sa compétence, de ses expériences, de sa formation ou de son éducation, peut donner son opinion au cours de son témoignage lorsque l'information scientifique, technique ou spécialisée qu'il apporte est susceptible d'aider l'arbitre des faits à mieux comprendre la preuve, ou à résoudre un problème en litige. Témoignage d'expert
- 71.** Le témoin expert peut fonder son opinion ou ses conclusions: Fondements de l'opinion d'un expert
- 112 a) sur les faits qu'il a perçus; Faits perçus par lui
- 112 b) sur les faits qui lui ont été révélés avant l'audition, même s'ils ne sont pas d'ordinaire admissibles en preuve, du moment qu'ils appartiennent à la catégorie de ceux qui servent en général de base aux opinions et conclusions d'experts sur le sujet; Faits provenant d'autre source
- 112 c) sur les faits admis ou que l'on entend admettre en preuve dans le litige et dont il tient la véracité pour acquise dans le but précis de donner son opinion ou ses conclusions. Questions hypothétiques
- 113 **72.** La partie qui veut faire entendre un témoin expert doit donner un avis raisonnable aux parties en cause mentionnant le nom, l'adresse et les qualifications du témoin, ainsi que le contenu probable de son témoignage et un résumé des motifs à l'appui de chaque opinion ou conclusion que le témoin se propose de formuler. Audition d'un témoin expert: avis aux parties
- 113 **73.** (1) Le juge, s'il l'estime utile, peut nommer lui-même un expert indépendant. Expert indépendant

	Celui-ci, si faire se peut, doit être agréé par les parties.	
Instructions du juge à l'expert indépendant	(2) Le juge doit donner à l'expert indépendant les directives utiles à l'exercice de ses fonctions. Ces directives, si faire se peut, doivent être approuvées par les parties.	113
Témoignage de l'expert indépendant	(3) L'expert indépendant doit soumettre une opinion écrite au juge et aux parties. Il peut, par la suite, être appelé comme témoin par le juge ou par les parties et être interrogé par elles.	113
Rémunération de l'expert indépendant	(4) L'expert indépendant a droit à une rémunération raisonnable de ses services. Le montant en est fixé par le juge. En matières criminelles, cette rémunération est payée à même les deniers prévus par la loi. En matières civiles, les parties doivent payer ces sommes dans la proportion et au moment fixés par le juge.	113

CHAPITRE III LA PREUVE ÉCRITE ET MATÉRIELLE

Généralités

Règle générale	74. (1) L'arbitre des faits peut tirer les conclusions qu'il juge raisonnables de son appréciation de la preuve écrite et matérielle.	114
Définition	(2) On entend par «preuve écrite et matérielle», tout ce qui est soumis à l'examen de l'arbitre des faits, tels les écrits, les enregistrements, les photographies, les objets, les sites, l'état physique d'une personne et les manifestations visuelles ou auditives. Preuve du contenu des écrits, enregistrements et photographies	114
Règle de la meilleure preuve	75. Sous réserve des exceptions prévues par la loi, celui qui entend prouver le contenu	114

d'un écrit, d'un enregistrement ou d'une photographie doit en produire l'original.

- 115 76. Le double est admissible en preuve Admissibilité
 au même titre que l'original, à moins que d'un double
 l'authenticité de l'original ne fasse l'objet
 d'une contestation sérieuse ou que, eu égard
 aux circonstances, la production du double à
 la place de l'original ne puisse être cause
 d'injustice.
- 115 77. Le contenu d'un écrit, d'un enregist- Admissibilité
 rement ou d'une photographie peut, dans les d'autres
 cas suivants, être prouvé autrement que par preuves
 la production de l'original:
- 116 a) lorsque la perte ou la destruction de Perte de
 tous les originaux n'a pas été provoquée, l'original
 de mauvaise foi, par la partie qui entend
 s'en servir;
- 116 b) lorsque aucun moyen judiciaire ou Impossibilité
 procédural ne permet d'obtenir l'origi- de se procurer
 nal; l'original
- 116 c) lorsque la partie contre laquelle la Possession de
 preuve est offerte et qui était en posses- l'adversaire
 sion de l'original, a été prévenue par les
 plaidoiries ou autrement que le contenu
 de celui-ci ferait l'objet d'une preuve à
 l'enquête et audition, et qu'elle refuse
 alors de le produire; ou
- 116 d) lorsque l'écrit, l'enregistrement ou la Absence de
 photographie n'a pas de relation causale relation
 directe avec un point important du litige. causale
- 116 78. Le contenu d'un registre officiel ou Document
 d'un document enregistré ou déposé, confor- public,
 mément aux dispositions de la loi, y compris registre
 une compilation quelconque de données, officiel
 peut, sous réserve des règles générales d'ad-
 missibilité, être prouvé par la production
 d'une copie certifiée.

La certification de cette copie par comparaison avec l'original doit être faite par témoin ou conformément aux dispositions de l'article 47.

Toutefois, lorsqu'une copie n'en peut être obtenue, malgré diligence raisonnable, tout autre moyen de preuve est admissible pour établir le contenu de ce registre ou document.

Résumé
d'écrits
volumineux

79. Le contenu de photographies, d'écrits ou d'enregistrements volumineux, qui ne peuvent commodément être examinés en cour, peut être présenté sous forme de diagrammes, de résumés ou de calculs.

116

Toutefois, les originaux ou leurs copies doivent être mis à la disposition des autres parties pour examen et transcription en un lieu et à un moment adéquats.

Le juge peut également ordonner qu'ils soient produits en cour.

Preuve du
contenu d'un
écrit, etc.

80. Le contenu d'un écrit, d'un enregistrement ou d'une photographie peut être prouvé par le témoignage, la déposition ou l'aveu écrit de la partie contre laquelle ils sont invoqués en preuve, sans qu'il soit nécessaire de justifier la non-production de l'original.

116

Définitions
Double

81. Aux fins du présent chapitre,

a) on entend par «double» le duplicata issu d'une même impression que l'original ou provenant d'une même matrice.

Ce mot désigne aussi le duplicata produit par photographie, y compris les agrandissements et miniaturisations, celui produit par enregistrement mécanique ou électronique, par reproduction chimique, ou par un autre procédé équivalent, propre à assurer une reproduction fidèle de l'original.

117

Original

b) on entend par «original» d'un écrit ou enregistrement, l'écrit ou l'enregistrement lui-même ou toute autre reproduction destinée à produire le même effet que ceux-ci par celui qui les rédige ou les fait. L'«original» d'une photographie comprend le négatif et un tirage de celui-

117

- ci. L'«original» de l'information entrée sous une forme facilement repérable par un ordinateur ou une autre machine semblable, comprend les feuillets imprimés et les autres documents lisibles, qui reflètent fidèlement lesdites données.
- 117 c) on entend aussi par «photographie» le film provenant d'un appareil de photographie ou d'une caméra, ainsi que le film d'une radiographie. Photographie
- 117 d) on entend par «écrit» et «enregistrement» les lettres, mots, chiffres ou leurs équivalents manuscrits, dactylographiés, imprimés, photostatés, photographiés ou reproduits par impulsion magnétique, enregistrement mécanique ou électrique, ainsi que toute autre forme de compilation de données. Écrit et enregistrement

CHAPITRE IV LA CONNAISSANCE D'OFFICE

- 118 **82.** La «connaissance d'office» permet l'utilisation d'un fait qui n'a pas été établi conformément aux règles de la présentation et de l'admissibilité de la preuve. Connaissance d'office
- 118 **83.** (1) On doit prendre connaissance d'office de tout fait d'une connaissance si notoire qu'il ne saurait raisonnablement être contesté. Fait notoire
- 118 (2) On peut prendre connaissance d'office de tout fait d'une connaissance si notoire, dans les limites de la juridiction du tribunal, qu'il ne saurait raisonnablement être contesté. Fait notoire dans les limites de la juridiction du tribunal
- On peut également prendre connaissance d'office de tout fait qui peut être constaté rapidement et avec exactitude par référence à des sources dont on ne saurait raisonnablement mettre en doute la sûreté.
- 119 (3) On peut prendre connaissance d'office de tout fait dans la détermination de la loi ou de la validité constitutionnelle d'un statut. Détermination de la loi

	84. (1) On doit prendre connaissance d'office:	
Droit constitutionnel et législation publique et privée	a) du droit constitutionnel, de la législation publique et privée et du droit jurisprudentiel canadien et provincial;	119
Droit international coutumier	b) du droit international coutumier et des traités s'appliquant au Canada;	120
Contenu des gazettes officielles	c) du contenu des gazettes officielles, canadienne et provinciales.	120
	(2) On peut prendre connaissance d'office:	
Textes réglementaires et délibérations officielles	a) des textes réglementaires et des délibérations officiellement consignées d'un organe législatif, exécutif ou judiciaire relevant d'un organisme fédéral, provincial ou municipal;	120
Droit étranger	b) du droit d'un pays étranger ou de l'une de ses subdivisions politiques.	120
Détermination par le juge, application du droit canadien	(3) Le juge qui est dans l'impossibilité de déterminer le droit d'un pays étranger peut soit renvoyer l'action, soit décider du litige à partir du droit canadien et du droit de la province où il siège.	120
Demande de connaissance d'office	85. (1) On doit prendre connaissance d'office des faits mentionnés aux articles 83(2) et 84(2) sur demande d'une des parties au juge. Cette partie doit cependant donner à la partie adverse un avis suffisant lui permettant de contester la demande, et fournir au juge les éléments d'information nécessaires à cette prise de connaissance d'office.	120
Sources consultées	(2) Lorsqu'il doit décider, soit de l'opportunité de prendre connaissance d'office, soit des faits qui doivent faire l'objet de cette connaissance, le juge peut puiser à toutes les sources susceptibles de lui procurer des renseignements pertinents même si elles ne lui ont pas été fournies par l'une des parties.	120

- 120 (3) Avant de prendre connaissance d'office des faits mentionnés aux articles 83(2) et 84(2), le juge doit, sur demande, donner à chaque partie la possibilité de faire des représentations sur ces faits et sur l'opportunité de prendre connaissance d'office. Représentations et droits des parties
- 121 Lorsque le juge utilise à cette fin des renseignements non divulgués à l'audience, tel l'avis de spécialistes, ces renseignements et leur source doivent être consignés au dossier. Le juge doit de plus, sur demande, permettre aux parties de faire des représentations sur la valeur de ces renseignements.
- 121 (4) Le juge doit ordonner au jury d'accepter comme prouvé tout fait qui aurait dû être laissé à l'appréciation du jury, s'il n'était pas tombé sous connaissance d'office. Connaissance judiciaire du jury
- 121 (5) On peut prendre connaissance d'office d'un fait à toute étape de la procédure. Règle générale

TITRE VI

APPLICATION DU CODE

- 121 86. (1) Les dispositions du présent Code s'appliquent aux instances criminelles ainsi qu'aux instances évoquées devant la Cour Fédérale et devant la Cour Suprême du Canada. Application. Règle générale
- Sont exclus toutefois, dans ce dernier cas, les appels des instances qui ne sont pas elles-mêmes régies par le présent Code.
- 121 (2) Seules les dispositions des articles 4 et 5 concernant les règles de pertinence et d'exclusion, et celles des articles 32 à 45 concernant le droit au secret, s'appliquent aux instances portant sur la détermination des faits préalables prévus à l'article 7(1). Application. Règles particulières
- Il en est de même des instances portant sur la nécessité de prendre connaissance

d'office, sur la détermination des faits dont on peut prendre connaissance d'office, et de la procédure criminelle touchant la détermination des sentences, l'octroi d'une libération, l'émission de sommations et de mandats, la remise en liberté sous cautionnement ou sous autres formes et l'octroi ou la révocation d'une ordonnance de probation.

Application aux
 procédures
 d'enquête et
 d'arbitrage

87. Les dispositions des articles 4 et 5, portant sur les règles de pertinence et d'exclusion, et des articles 32 à 45, concernant le droit au secret, s'appliquent aux procédures d'enquête judiciaire, arbitrales ou autres, tombant sous l'autorité des lois du Canada.

122

A cet effet, celui qui est chargé de l'application de ces règles possède tous les pouvoirs conférés au juge par le présent Code.

TITRE VII

ABROGATION

Abrogation
 de la règle de
 l'arrêt *Hodge*

88. Pour plus de certitude, il est décidé:

a) qu'est abolie la règle de droit connue

122

Abrogation de
 la nécessité
 d'une corroboration
 et de la
 mise en garde
 au jury

b) que sont abolies toutes les règles de droit posant la nécessité de corroborer un élément de preuve pour rendre un verdict de culpabilité, obligeant à mettre le jury en garde contre le danger de rendre un verdict de culpabilité sur la base d'une preuve non corroborée.

122

Abrogations
 législatives

89. Les dispositions législatives suivantes sont abrogées:

S.R.C.
 1970
 ch. E-10

a) La *Loi sur la preuve au Canada*, chapitre E-10 des Statuts Révisés du Canada de 1970;

123

S.R.C. 1970
 ch. 34, art.
 47 (2), 123,
 139(1), 195(3),
 256, 585

b) Les articles 47(2), 123, 139(1), 195(3), 256(2) et 586 du *Code Criminel*, chapitre C-34 des Statuts Révisés du Canada de 1970;

124

- | | | |
|-----|---|---|
| 124 | c) L'article 41 de la <i>Loi sur la Cour fédérale</i> , chapitre 10 (2 ^e Supplément) des Statuts Révisés du Canada de 1970; et | S.R.C. (2 ^e Supp.) 1970
ch. 10, art. 41 |
| 124 | d) L'article 19 de la <i>Loi sur les jeunes délinquants</i> , chapitre J-3 des Statuts Révisés du Canada de 1970. | S.R.C. 1970
ch. J-3,
art. 19 |

COMMENTAIRES
SUR LE
CODE DE LA PREUVE

Commentaires sur les articles

TITRE I – PRINCIPES GÉNÉRAUX

CHAPITRE I – BUT ET INTERPRÉTATION DU CODE

Articles 1 et 2: Ces deux articles reflètent l'esprit qui a animé la rédaction du Code et doit en sous-tendre l'interprétation. Les règles établies par le présent Code doivent s'interpréter libéralement et avec souplesse, de façon à promouvoir les fins de la justice et à faciliter la prise de décision dans chaque cas particulier.

C'est à dessein qu'on a donné à ces articles une formulation très générale, leur objectif principal étant de faire disparaître cette approche empreinte de technicité et d'étroitesse qu'adoptent les tribunaux envers un problème de preuve et qui leur vient du *common law*. Le Code devra, pour donner sa pleine mesure, recevoir une interprétation libérale et conforme à sa finalité propre.

Article 3: Le Code s'efforce de toucher à tous les domaines qui se rattachent au droit de la preuve. Néanmoins, si un problème surgit auquel le Code n'apporte pas de solution, il doit en vertu de cet article être résolu à la lumière de la raison et de l'expérience et en harmonie avec les objectifs visés par le Code. Le précédent jurisprudentiel constitue sans contredit une source importante d'expé-

rience qu'il n'est pas interdit de consulter, mais il ne lie plus les tribunaux. Le caractère exhaustif de leur champ d'application qui découle de cet article transforme donc les règles en code. L'article 3 n'englobe pas les problèmes de procédure bien que ceux-ci puissent avoir une influence considérable sur certains aspects de la preuve. Il en est ainsi des règles relatives à la communication de la preuve, et de celles qui régissent la visite des lieux reliés au litige.

CHAPITRE II – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 4: Cet article constitue la pierre angulaire de l'ensemble du Code. Un système rationnel d'enquête doit reposer sur le postulat voulant qu'une information de nature à aider le tribunal à trancher le litige doit être admissible. L'article 4 fait de cet énoncé la règle générale, et il abolit par le fait même toutes les autres règles qui, à l'heure actuelle, font obstacle à la présentation d'une preuve pertinente. D'autres dispositions du Code se situent dans la même ligne de pensée. C'est notamment le cas de l'article 54; celui-ci pose le principe à l'effet que toute personne est apte à rendre témoignage en justice sur n'importe quelle question et peut être contrainte de le faire. C'est également le cas de l'article 32; celui-ci énonce le principe à l'effet que nul ne peut empêcher la divulgation au tribunal d'un élément d'information.

Bien sûr d'autres articles du Code prévoient l'exclusion de preuves pertinentes, lorsque des motifs sérieux de politique sociale l'emportent sur l'intérêt que peut offrir l'admission de ces éléments de preuve. Cependant, si un élément de preuve est pertinent et qu'il n'existe à son sujet aucune règle d'exclusion, soit dans le Code, soit dans une autre loi, il est recevable en preuve.

La pertinence consiste dans la relation qui existe entre un élément de preuve et la proposition qu'on cherche à établir. Dans une instance judiciaire, un élément de preuve possède ce caractère de pertinence s'il vise à établir un fait en litige. Comme on peut le constater, la pertinence n'est pas un concept juridique. C'est à la raison et au sens commun qu'on doit faire appel pour décider si l'existence d'un fait vise à prouver l'existence d'un autre fait.

Article 5: Un procès ne constitue pas une recherche scientifique abstraite visant à découvrir la vérité absolue. C'est une entreprise très pratique qui cherche dans un délai et à un coût raisonnables, à résoudre un conflit entre deux ou plusieurs parties. Il faut donc réaliser un équilibre entre la recherche de la vérité et la nécessité de trancher une dispute avec célérité. Voilà pourquoi cet article prévoit l'exclusion d'un élément de preuve, tout pertinent qu'il soit, si le risque de prolonger indûment le débat l'emporte de façon substantielle sur sa valeur probante.

De par sa nature, une instance judiciaire ne peut donner lieu à un débat parfaitement rationnel et serein. A cela on compte plusieurs raisons: des êtres humains y sont engagés de façon très intime; les enjeux sont considérables; passions et émotions s'entrechoquent; l'arbitre des faits est souvent assez peu rompu à l'art d'évaluer des preuves contradictoires. Aussi le juge doit-il avoir le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve pertinente lorsque le risque de causer un préjudice indu, d'obscurcir le débat ou de tromper le jury l'emporte de façon substantielle sur sa valeur probante.

Ces divers dangers, qui ont tous été signalés par le *common law*, sous-tendent la plupart des règles de preuve. Si certains juges reconnaissent explicitement le pouvoir que leur confère la loi d'écarter une preuve parce que la présence de l'un de ces risques l'emporte sur sa force probante, il arrive plus souvent qu'ils justifient son exclusion en la qualifiant de non pertinente. Cet article leur permet de faire preuve de plus de franchise en motivant leur décision. Il faut souligner que cette disposition ne modifiera pas beaucoup la pratique actuelle, sauf pour les secteurs dans lesquels nous avons recommandé l'abolition d'une règle d'exclusion à laquelle le *common law* avait conféré un caractère très strict; c'est le cas par exemple de la règle relative à un fait collatéral.

L'expression «préjudice indu» se rapporte à une situation où la preuve est de nature à faire appel aux émotions ou à amener le tribunal de quelque façon que ce soit à rendre une décision en se fondant sur des motifs inacceptables. Néanmoins, cette expression ne fait pas allusion ici à l'obtention irrégulière d'une preuve, cette question faisant l'objet de l'article 15.

TITRE II – COMPÉTENCE DÉCISIONNELLE EN MATIÈRE DE PREUVE

Article 6: Dans les procès entendus devant juge et jury, il appartient généralement à ce dernier de trancher les questions de fait; de son côté, le juge décide du droit applicable aux faits.

Lors d'un procès instruit devant juge seul, celui-ci accomplit l'une et l'autre fonctions.

Article 7: Dans la plupart des cas, une règle de preuve mène à l'exclusion de certains types de preuves. Ainsi lorsqu'on soulève lors du procès une objection à la recevabilité d'un élément de preuve, la cour doit décider si celui-ci est exclu par le biais d'une règle particulière. Cette décision entraîne souvent la détermination de certains faits, communément appelés faits préalables, tels que l'existence d'une relation avocat-client, le caractère volontaire d'une déclaration, la compétence d'un témoin pour déposer à titre d'expert, l'impossibilité de venir rendre témoignage pour celui dont on veut présenter en preuve les déclarations, l'appartenance à la victime d'une chemise souillée. Cet article expose la procédure à suivre pour trancher ces questions préalables. Bien qu'à cet égard, le droit actuel ne soit pas d'une grande limpidité, l'article 7 ne diffère pas beaucoup de la pratique qui a cours présentement, sauf en ce qui concerne le paragraphe (5).

Le premier paragraphe énonce la règle générale. En temps normal, il incombe au juge de se prononcer sur l'existence d'un fait préalable si celle-ci conditionne l'application d'une règle de preuve. Cela est nécessaire si on veut que le procès se déroule rondement et si on veut éviter de contrecarrer les objectifs de la règle d'exclusion en faisant entendre une preuve au jury pour ensuite l'inviter à n'en point tenir compte. Dans les circonstances ordinaires, le juge sera en mesure de se prononcer sur la recevabilité d'une preuve en se fondant uniquement sur celle qui a été rapportée. Il se peut qu'il ait parfois à ordonner la tenue d'une audition spéciale à cette fin, soit un voir-dire, et à entendre une preuve indépendante. Il n'est pas lié au cours du voir-dire par les règles de preuve, à l'exception des règles d'application générale relatives à la pertinence et à l'exclusion d'un élément de preuve

(articles 4 et 5) et de celles qui concernent le secret (articles 32 à 45) : voir l'article 86(2).

Une partie peut s'objecter à l'admissibilité d'une preuve en alléguant qu'elle n'est pas pertinente à moins qu'on ne démontre l'existence d'un fait préalable. Par exemple, une chemise souillée peut n'avoir de pertinence que si on prouve son appartenance à la victime; une lettre, si on établit un lien de paternité entre le demandeur et elle; une empreinte de pas, si elle appartient au prévenu. Dans ce cas, le paragraphe (2) déclare cette preuve admissible si le juge constate qu'il existe suffisamment de preuve pour justifier une conclusion favorable à l'existence du fait préalable.

Il appartient au jury de se prononcer sur cette question. Si le juge devait déterminer des questions préalables avant que cette preuve ne soit recevable, il se trouverait à usurper le rôle d'arbitre des faits du jury. Étant donné que l'exclusion de cette preuve en devenir est attribuable uniquement à sa non-pertinence, et non pas à des considérations de politique législative, il n'y a pas de risque à permettre au jury de l'entendre, même s'il conclut à l'inexistence du fait préalable.

Il arrive parfois, quoique assez rarement, qu'un fait préalable constitue le fond du litige. Il en est ainsi lorsque, dans une action fondée sur un contrat, le demandeur allègue la perte de l'original pour offrir une preuve secondaire de son contenu. (*cf.* art. 77a) Il se peut que, de son côté, le défendeur nie l'existence de l'original parce qu'il nie l'existence même du contrat. En se prononçant sur l'admissibilité de la preuve secondaire du contenu du présumé contrat, on se trouve par la force des choses à trancher le fond du litige, soit l'existence du contrat. Cette décision étant manifestement du ressort de l'arbitre des faits, c'est à lui qu'il appartient, en vertu du paragraphe (3), de déterminer un fait préalable, lorsque celui-ci constitue également un fait en litige. Autrement, le juge se trouverait à usurper le rôle du jury.

Le paragraphe (4) prévoit que l'audition relative à la détermination des questions préalables doit avoir lieu hors la présence du jury dans les cas suivants: lorsque la preuve qu'on désire présenter risque de ternir l'image de l'administration de la justice; lorsque la preuve consiste dans une déclaration faite à une personne en situation d'autorité (il s'agit habituellement d'une confession); lorsque l'accusé témoigne et demande l'exclusion du jury; chaque fois que

de l'avis du juge, cette mesure s'impose dans l'intérêt de la justice. Du fait que cette audition a lieu en l'absence du jury, il faut souvent répéter en présence de ce dernier certaines preuves qu'on a présentées à la première occasion. Mais cela est nécessaire, dans les cas énumérés au présent paragraphe, si on veut empêcher le jury de prendre connaissance de preuves préjudiciables que le juge peut décider d'écarter au terme du voir-dire.

Le paragraphe (5) interdit à la Couronne d'interroger le prévenu sur la véracité d'une déclaration, lorsque celui-ci décide de témoigner lors d'un voir-dire visant à faire exclure cette déclaration extrajudiciaire. Ce changement apporté au droit actuel se justifie par le peu de valeur probante que présente généralement cette question par rapport à l'objet du voir dire, de même que par l'atteinte sérieuse qu'elle porte au droit au silence dont jouit le prévenu.

Article 8: Il arrive qu'une preuve soit recevable contre une partie au litige et non contre une autre. Il en est ainsi de la confession faite par le prévenu; celle-ci ne peut servir de preuve contre un autre accusé. Il arrive également qu'une preuve ne soit admissible qu'à une seule fin. C'est le cas d'une condamnation antérieure dont l'admission en preuve peut servir à affaiblir la crédibilité du prévenu, mais non pas à établir que celui-ci est un «vilain» et qu'il avait un penchant à commettre le crime imputé. A cet effet, l'article 8 exige que le juge restreigne un élément de preuve à sa véritable portée, et qu'il indique, à l'intention du jury, l'utilisation particulière qu'il peut en faire. On aura rarement à recourir à cette règle, tellement il est difficile pour le jury de suivre ces directives.

Article 9: L'objectif visé par cette règle qui codifie le droit actuel est d'empêcher une partie de présenter un élément de preuve hors de son contexte et de donner ainsi à l'arbitre des faits une fausse impression dont il aura peine à se défaire.

Article 10: Le résumé juste et impartial de la preuve que fait le juge à la fin du procès joue un rôle très positif. Il situe la preuve sous son jour véritable à l'intention des jurés qui, bien souvent, viennent d'assister à un long procès au cours duquel ils ont fait une expérience inédite, soit écouter des témoignages ainsi que les plaidoiries partisans des divers avocats au dossier. Les commentaires

du juge sur le poids à accorder à la preuve s'avèrent également d'un précieux secours pour le jury. Le juge possède en effet une vaste expérience dans l'art de peser la preuve. S'il partage son expérience avec le jury dont les seules lettres de créance consistent après tout dans sa représentativité par rapport à la collectivité dont il émane, les résultats n'en seront que meilleurs. Il est toutefois essentiel qu'en faisant ses commentaires, le juge n'incite pas le jury à croire qu'il doit accepter son évaluation de la preuve.

Article 11: Cette règle s'adresse aux cours d'appels et elle vise le cas où le tribunal de première instance a commis une erreur en admettant ou en écartant un élément de preuve. L'article cherche à atteindre divers objectifs: éliminer les appels frivoles, décourager l'octroi de nouveaux procès par suite d'erreurs de peu d'importance et, dans la mesure du possible, veiller à ce qu'au cours du procès, le juge soit toujours informé par les plaideurs de l'application des règles de preuve. L'article 11 codifie en gros le droit actuel. Le paragraphe (1) énonce la règle générale à l'effet que la décision de l'arbitre des faits ne doit pas être renversée, à moins que l'erreur relative à l'admission ou à l'exclusion d'une preuve n'ait causé un tort important ou n'ait créé une injustice sérieuse. De plus, l'exclusion erronée d'un élément de preuve ne peut donner lieu à une annulation de la décision que si, de l'avis de la cour d'appel, la pertinence et l'essentiel du contenu de cette preuve ont été portés à la connaissance du juge. Le paragraphe (2) prévoit qu'en décidant si l'erreur dans la réception de la preuve doit mener au renversement du jugement de première instance, la cour d'appel doit prendre en considération l'existence ou la non-existence d'une objection particularisée et opportune à l'admissibilité de cette preuve.

TITRE III – FARDEAUX DE PREUVE ET PRÉSOMPTIONS

CHAPITRE I – LES FARDEAUX DE PREUVE

Article 12: L'expression «fardeau de preuve» est souvent source de confusion. Cet état de choses s'explique, du moins en partie, par le fait qu'elle englobe deux concepts distincts. Elle se rapporte

parfois à la responsabilité qui incombe à l'une des parties de persuader l'arbitre des faits de l'existence d'un fait en litige à défaut de quoi la décision lui sera défavorable. Voilà pourquoi le paragraphe (1) parle de «fardeau de persuasion», expression qui semble décrire plus fidèlement cette réalité.

On donne aussi à l'expression «fardeau de preuve» un autre sens. Il concerne la responsabilité qui incombe à une partie de présenter une preuve suffisante pour que le juge soit fondé à conclure à l'existence d'un fait en litige. Faute par l'intéressé de s'acquitter de cette obligation, le juge rend une décision contraire à ses prétentions et celles-ci ne sont même pas prises en considération par l'arbitre des faits. En réalité, le juge décide alors que la partie sur laquelle reposait ce fardeau n'a présenté aucune preuve qui pourrait permettre à une personne raisonnable de faire droit à ses prétentions. C'est l'article 13(1) qui définit ce concept.

L'article 12(2) vise à atteindre deux objectifs. Il aide d'abord à préciser quelle partie se voit imposer l'obligation de persuasion dans les affaires civiles. Il indique ensuite quel niveau de persuasion la preuve doit atteindre pour que l'intéressé s'acquitte de son obligation. Le fardeau de persuasion relatif à chacun des faits en litige incombe normalement à celui qui, pour les besoins de sa cause, doit en faire la démonstration. Étant donné qu'il veut obtenir réparation du défendeur, le demandeur assume généralement le fardeau de persuader l'arbitre des faits de tous les éléments qui constituent sa cause d'action. C'est le droit de fond qui précise les faits essentiels à la cause d'action du demandeur, de même que les défenses affirmatives que peut invoquer le défendeur et au sujet desquels il assume normalement le fardeau de persuasion.

Les remarques précédentes énoncent la règle générale concernant la répartition du fardeau de persuasion, et pourtant, ce dernier repose parfois sur les épaules de celui-là même qui est visé par une prétention de la partie adverse. Il existe plusieurs raisons pour expliquer cette situation. Dans certains cas, une saine politique sociale ne peut tolérer ce genre de prétention avancée par l'une des parties; dans d'autres cas, celui qui est visé par une allégation est le seul à connaître la preuve ou à la contrôler; dans d'autres cas enfin, les faits à l'appui d'une allégation possèdent un tel degré de probabilité qu'on prolongerait inutilement le débat en

exigeant de celui qui les invoque d'en faire la preuve. Cependant, comme il est difficile d'énoncer des principes généraux concernant l'attribution du fardeau de persuasion, l'article se contente de prévoir que «sauf exception», ce fardeau incombe à celui qui affirme un fait en litige.

En droit actuel, on exprime souvent de la façon suivante le fardeau de persuasion qui se rattache à une instance civile: celui sur qui repose le fardeau de persuasion doit établir ses prétentions au-delà de la «balance des probabilités» ou suivant les critères de la «prépondérance de preuve». A lire ces deux formules, on dirait qu'il existe des moyens mécaniques de peser la preuve alors qu'en fait une chose est importante: le jury doit être convaincu selon un certain degré de croyance que l'intéressé s'est acquitté du fardeau de persuasion. Or cela ne peut faire l'objet d'une description précise. Il nous semble que le paragraphe (2) décrit le fardeau qui a cours en matières civiles de façon plus exacte que les autres formules qui ont cours présentement.

Dans un certain nombre de situations, par exemple, dans des procédures visant à faire radier un avocat du tableau de l'Ordre, dans des allégations de fraude, de comportement criminel ou de dépravation morale, le droit actuel impose en matières civiles un degré de persuasion plus exigeant que le fardeau de preuve habituel. C'est ainsi qu'on trouve des formules comme «clair et convaincant», «une preuve convaincante» ou même le critère pénal «faire la preuve au-delà du doute raisonnable». Or, il est certain que le niveau de croyance nécessaire pour convaincre l'arbitre des faits varie inévitablement selon les circonstances, y compris le degré de gravité du litige. Il ne paraît donc pas nécessaire de prévoir une multiplicité de niveaux de croyance.

Le paragraphe (3) codifie le droit actuel relativement au fardeau de persuasion en matières criminelles. La règle voulant que nul ne puisse être déclaré coupable d'une infraction, à moins que l'arbitre des faits ne soit convaincu de sa culpabilité au-delà du doute raisonnable, vise à empêcher la condamnation d'un innocent. A cette règle générale les paragraphes (4) et (5) apportent certaines réserves.

Le paragraphe (4) codifie le droit actuel. Il prévoit que la poursuite n'est pas tenue de réfuter tous les moyens de défense qui pourraient exonérer le prévenu, à moins qu'il n'y ait une preuve

suffisante pour susciter un doute raisonnable sur la culpabilité du prévenu. Il serait excessif d'exiger de la poursuite que, dans chaque cas, elle réfute la légitime défense, la contrainte, la provocation et tous les autres moyens de défense, excuses ou justifications, même en l'absence du moindre élément de preuve susceptible d'y donner ouverture.

Le paragraphe (5) crée une exception à la règle générale énoncée au paragraphe (3). Le droit actuel dégage souvent la Couronne de l'obligation de faire la preuve, au-delà du doute raisonnable, d'un élément de certaines infractions. Pour obtenir un acquittement, l'accusé doit assumer lui-même le fardeau de persuasion quant à ce fait, suivant les critères de la prépondérance de preuve. Ainsi, l'accusé ne peut obtenir un acquittement pour cause d'aliénation mentale que s'il établit l'existence de celle-ci par une preuve prépondérante. De même, si on trouve une personne en possession d'un instrument pouvant servir aux effractions de maisons, dans des circonstances qui permettent raisonnablement de croire qu'elle l'a utilisé ou avait l'intention de l'utiliser pour effectuer une effraction de maison, elle sera déclarée coupable à moins qu'elle n'établisse par une preuve prépondérante qu'elle était en possession de ces instruments dans un dessein légitime. L'étude préliminaire intitulée «Fardeau de preuve et présomptions» et publiée par la section de recherche sur le droit de la preuve, contient une liste des nombreuses autres circonstances où un texte de loi dispense la Couronne de prouver l'une ou l'autre des composantes d'une infraction au-delà du doute raisonnable. Parmi les articles qui imposent au prévenu un fardeau de persuasion, certains emploient le mot *présomption*, d'autres l'expression *moyen de défense*.

L'obligation imposée à la poursuite de prouver la culpabilité du prévenu au-delà du doute raisonnable constitue la meilleure garantie contre le risque de condamner un innocent. Aussi, recommandons-nous à l'article 14(3) que dans les cas où une présomption a effet contre un prévenu, il suffit pour qu'elle soit réfutée qu'il existe une preuve suffisante pour susciter un doute raisonnable sur l'existence du fait présumé. S'il s'avère préférable de rejeter le fardeau de persuasion sur les épaules du prévenu dans un domaine particulier, le texte de loi devrait le dire de façon claire et nette. C'est ce qui se dégage des paragraphes (3) et (5).

Article 13: En temps normal, celui qui a le fardeau de persuasion relativement à une question particulière assume également le fardeau de présentation de la preuve. En d'autres termes, il doit offrir à l'égard d'un fait une preuve suffisante pour permettre au jury de le prendre en considération. Jusqu'à ce que cette preuve ait été faite, le juge doit statuer qu'eu égard à la preuve offerte, aucune personne raisonnable ne pourrait conclure que l'intéressé s'est acquitté de son fardeau de persuasion. Aussi, l'article 13 établit-il une relation entre le standard à atteindre pour s'acquitter du fardeau de présentation de la preuve sur une question particulière, et le standard relatif au fardeau de persuasion par rapport à la même question. En imposant à une partie le fardeau de présentation de la preuve, on cherche à atteindre plusieurs objectifs: empêcher le jury de tenir compte, relativement à une question particulière, d'une preuve qu'aucune personne raisonnable ne jugerait suffisante pour répondre aux exigences de l'obligation de persuasion; raccourcir le débat en faisant en sorte qu'une partie ne soit pas obligée de présenter une preuve pour réfuter une cause désespérée; enfin, empêcher la poursuite, dans un litige criminel, de forcer le prévenu à faire valoir un moyen de défense jusqu'à ce qu'elle ait établi contre lui une preuve *prima facie* très solide.

CHAPITRE II – LES PRÉSOMPTIONS

Article 14: Le mot «présomption» a plusieurs usages et pour bien comprendre la définition portée à cet article, il faut distinguer deux de ses acceptions. Dans son premier sens, ce terme prévoit le cas où, à partir de certains éléments de preuve, l'arbitre des faits peut déduire sans toutefois y être jamais tenu, l'existence du fait sur lequel porte la présomption. Ainsi, on peut déduire de la preuve qu'un individu a frappé un autre à la tête avec un marteau, le fait qu'il avait l'intention de blesser sa victime. C'est là une conclusion logique fondée sur l'expérience. Or, la loi se refuse d'intervenir et elle laisse l'arbitre libre de la tirer ou de s'abstenir de le faire. Ce genre de déduction ne constitue pas une présomption au sens de cet article. Le mot «présomption» a toutefois une autre acception. Il

décrit la situation où l'existence d'un fait se présume obligatoirement de la preuve d'un certain nombre d'autres faits. La plupart des lois provinciales sur la circulation routière créent une présomption obligatoire de conduite négligente à partir de la preuve qu'un automobiliste a heurté un piéton et lui a causé des blessures. C'est là une véritable présomption entendue au sens du paragraphe (1).

En général, une présomption est réfutable. Même si elle impose de déduire un fait de la preuve de certains autres faits, une partie contre laquelle une présomption a effet peut présenter une preuve visant à nier l'existence du fait présumé. Les paragraphes (2) et (3) indiquent le degré de persuasion qu'une preuve doit atteindre pour repousser une présomption.

Le droit actuel laisse planer des doutes relativement à l'effet qu'a une présomption en droit civil sur la répartition du fardeau de preuve. Certaines présomptions semblent déplacer le fardeau de présentation de la preuve, d'autres le fardeau de persuasion. Ce sont les mêmes considérations d'équité, de célérité et de politique sociale qui justifient la création des présomptions et l'imposition du fardeau de persuasion. Le commentaire en marge de l'article 12 expose ces diverses justifications. Pour assurer la réalisation de ces objectifs, et par souci de clarté et de simplicité, toute présomption devrait transférer le fardeau de persuasion. Aussi l'article 14(2) prévoit-il qu'une partie à un litige civil contre qui existe une présomption ne parvient à la repousser qu'à la condition de convaincre l'arbitre des faits que l'inexistence du fait présumé est plus probable que son existence.

Le fait de faire jouer une présomption contre l'accusé constitue parfois une technique procédurale appropriée pour restreindre la preuve qui incombe à la poursuite dans une instance pénale. Toutefois, à la lumière des raisons mentionnées aux commentaires relatifs à l'article 12, il suffit pour repousser la présomption qu'il existe une preuve suffisante pour soulever un doute raisonnable sur l'existence du fait présumé.

Il peut arriver que deux présomptions entrent en conflit. Le paragraphe (4) offre une façon de résoudre ce conflit en accordant préférence à celle qui se fonde sur des considérations supérieures de logique et de politique juridique.

TITRE IV – RÈGLES PARTICULIÈRES À L'ADMISSIBILITÉ DES PREUVES

CHAPITRE I – RÈGLES D'EXCLUSION DE LA PREUVE

Preuves exclues en raison des méthodes d'obtention

Article 15: Ce n'est vraisemblablement pas par le biais des règles de preuve qu'on parviendra à exercer un contrôle efficace sur le comportement des policiers. Et pourtant, il faut doter les tribunaux des moyens voulus pour garantir l'intégrité du processus judiciaire. Aussi convient-il d'exclure une preuve dont l'obtention s'est faite dans des conditions telles que sa réception ternirait l'image de l'administration de la justice et empêcherait le processus judiciaire d'atteindre les buts qui lui sont fixés et singulièrement celui de promouvoir les objectifs du système pénal.

Le monde judiciaire pourrait diverger d'opinion quant aux circonstances dans lesquelles l'admission d'une preuve obtenue de façon irrégulière pourrait ternir l'image de l'administration de la justice. Aussi l'article met-il à la disposition des juges des critères susceptibles de les aider à exercer leur pouvoir discrétionnaire. Il faut bien se garder de voir derrière l'énoncé de ces critères le désir d'incorporer dans le droit canadien une règle d'exclusion absolue. Son but est plutôt de permettre au juge dans des cas exceptionnels d'exclure un élément de preuve recueilli irrégulièrement et de redonner ainsi tous ses titres de noblesse à ce que plusieurs croient être la règle d'exclusion discrétionnaire émanant du *common law* anglais.

Article 16: S'autorisant des dispositions de l'article 15, un juge rejettera une déclaration faite par le prévenu à la police dans des circonstances telles que son admission en preuve ternirait l'image de l'administration de la justice. Il se peut toutefois que, sans justifier son exclusion sous l'empire de l'article 15, ces circonstances soient susceptibles de la rendre peu digne de foi. Dans ce cas, le juge l'écartera par le biais du présent article.

A maints égards, l'article 16 est fidèle au droit actuel, d'abord en ce qu'il s'applique à tout genre de déclaration extrajudiciaire faite par le prévenu. Même une déclaration disculpatoire peut

s'avérer suspecte, compte tenu des circonstances dans lesquelles elle a été faite. En second lieu, à l'instar du droit actuel, l'article ne vise que les déclarations faites aux personnes en situation d'autorité. La définition de l'expression «personne en situation d'autorité» a occasionné certains ennuis aux tribunaux. En fait, c'est la contrainte psychologique inhérente aux rapports entre le prévenu et une personne détenant sur lui une certaine forme d'autorité qui ébranle le crédit de la plupart des déclarations. Comme le jury n'est pas toujours très familier avec ce genre de phénomène, il lui est difficile de le mesurer. En outre, on lui imposerait un fardeau trop considérable si on exigeait de la Couronne qu'elle s'acquitte de l'obligation définie à cet article à l'égard de toute déclaration extrajudiciaire. En troisième lieu, l'article 16 impose à la Couronne le fardeau de prouver, au-delà du doute raisonnable, que le prévenu n'a pas fait sa déclaration dans des circonstances qui la rendent peu digne de foi. La raison en est que dans la plupart des cas, la décision du tribunal d'admettre la confession en preuve mène à la condamnation du prévenu. Or, à n'en pas douter, il convient de faire la preuve au-delà du doute raisonnable de l'admissibilité de la déclaration. De plus, étant donné que lors d'un voir dire, la seule façon de décider de la fiabilité d'une déclaration consiste souvent à trancher la question de la crédibilité des policiers et de l'accusé, l'imposition d'un niveau de preuve exigeant obligera les autorités policières à veiller à recueillir la déclaration d'un suspect dans des conditions qui ne laissent planer aucun doute sur sa véracité. En quatrième lieu, le présent article n'emploie pas le mot «involontaire», en raison des équivoques auxquelles a donné lieu ce vocable dont se sert fréquemment le droit actuel comme motif d'exclusion d'une déclaration. Bien qu'il puisse encore s'avérer utile pour englober toutes les déclarations jugées inadmissibles, le critère énoncé au présent article dirige l'attention du tribunal vers la raison d'être de l'exclusion de la déclaration. En cinquième lieu, le présent article énonce clairement le droit du prévenu de renoncer à la tenue d'un voir dire, s'il ne désire pas contester la recevabilité de sa déclaration. Inutile de préciser à quel point cette possibilité peut accélérer la marche du procès.

Enfin, le paragraphe (2) affirme sans ambages que l'exclusion concerne uniquement une déclaration faite dans des circonstances susceptibles de mettre en doute sa véracité. Il ne vise nullement à

écarter une preuve matérielle découverte par suite de cette déclaration, ni le fait même de la découverte de cette preuve, celle-ci présentant de fortes probabilités d'authenticité.

Le paragraphe (2) ne fait que codifier le droit actuel. C'est à l'article 7 qu'on trouvera des dispositions générales de procédure relatives au voir dire; celles-ci traitent par exemple de l'exclusion du jury et de l'interrogatoire du prévenu.

Exclusion de certaines preuves circonstancielles

Preuve de traits de caractère

Article 17: La preuve dite d'un trait de caractère constitue l'un des aspects les plus complexes du droit de la preuve. Le présent Code tente de simplifier les choses en distinguant l'inadmissibilité de la preuve d'un trait de caractère d'une part, de la façon de l'établir lorsqu'elle est admissible d'autre part, et en distinguant également les cas où elle est admissible dans le but d'ébranler ou d'appuyer la crédibilité d'un témoin des cas où elle est recevable pour faire la preuve de la conduite des parties. Les articles 62 à 66 traitent de l'admissibilité de la preuve d'un trait de caractère lorsqu'elle sert à ébranler ou à appuyer la crédibilité des témoins. Le présent article se rapporte à la preuve d'un trait de caractère dans les cas où elle vise à prouver la conduite d'une partie lors d'une occasion particulière. Enfin, l'article 20 précise la façon de faire la preuve d'un trait de caractère d'une personne. Dans certains cas, par exemple dans une action en diffamation, un trait de caractère peut constituer un fait en litige. Vu que dans ces circonstances, sa pertinence ne fait aucun doute et qu'il ne saurait être question de l'exclure, le code ne contient aucune règle particulière relative à son admissibilité. Elle est donc recevable en vertu de l'article 4, soit la règle générale sur l'admission de tout élément de preuve pertinent.

Même s'il ne faut pas lui accorder une importance démesurée, la pertinence du trait de caractère d'une personne ne fait aucun doute lorsqu'il s'agit de prouver sa conduite lors d'une occasion particulière. Supposons que deux personnes, l'une agressive et l'autre pacifique, en viennent aux coups. En se basant sur leurs

traits de caractère respectifs, on peut croire que l'individu agressif est plus susceptible que l'autre d'avoir engagé le combat. Voilà pourquoi en l'absence d'une règle spéciale d'exclusion, la preuve de caractère serait admissible en vertu de l'article 4.

Pour des raisons particulières de politique législative, l'article 17 déclare irrecevable dans certaines situations la preuve d'un trait de caractère. Le paragraphe (1) interdit à la poursuite de soumettre une preuve portant sur un trait de caractère du prévenu à moins que celui-ci n'ait déjà présenté un élément de preuve concernant son propre caractère ou celui de la victime. La démonstration par la Couronne d'un trait de caractère du prévenu possède sans doute une pertinence indéniable, mais elle lui cause également un tort considérable. Le préjudice découle de la tendance qu'on remarque chez les gens de ne pas trop se soucier des conséquences fâcheuses que peut avoir à subir une personne de mauvaise réputation. Ainsi il pourrait suffire que l'arbitre des faits soit mis au courant de traits de caractère défavorables au prévenu pour qu'il le trouve coupable sans être convaincu de sa culpabilité au-delà du doute raisonnable. Toutefois, si le prévenu prend les devants en soumettant une preuve de bonne réputation dans le but de démontrer qu'il n'est pas le genre d'individu à commettre l'infraction dont il est accusé, il importe de permettre à la Couronne de réfuter cette preuve, faute de quoi l'arbitre des faits aura du prévenu une impression non conforme à la réalité. De même, si lors d'une accusation de voies de fait, le prévenu met en preuve la prédisposition de la victime à l'agressivité dans le but de démontrer que c'est elle qui l'a attaqué, il convient d'autoriser la poursuite à réfuter cette déduction en mettant également en preuve le caractère agressif du prévenu.

Rarement la preuve d'un trait de caractère de la victime d'une infraction sexuelle a-t-elle quelque pertinence. Toutefois, dans les cas où le prévenu prétend que celle-ci a consenti au comportement sexuel dont on lui fait reproche et où le non-consentement constitue un élément essentiel de l'infraction, la preuve du consentement donné par la victime à ce comportement dans des circonstances analogues pourrait s'avérer pertinente. Soucieux de mettre la victime à l'abri d'embarras inutiles, le paragraphe (2) prévoit que la détermination de la pertinence de cette preuve doit avoir lieu à huis clos.

Dans la plupart des autres cas, la preuve de caractère d'une personne, lorsque considérée comme preuve circonstancielle, ne possède pas de force probante très considérable. Même lorsqu'elle a quelque valeur probante, on doit en général l'exclure en raison du tort qu'elle peut causer et de la perte de temps ainsi que de la confusion auxquelles elle peut donner lieu. Néanmoins, il est certaines instances civiles, par exemple celles qui se fondent sur une allégation de turpitude morale, où la valeur de la preuve d'un trait de caractère peut l'emporter sur les risques énumérés ci-haut. Il n'est toutefois pas nécessaire de consacrer une disposition particulière à ces situations. Elles peuvent fort bien tomber sous le coup de la règle générale de l'article 5 qui prévoit la possibilité d'exclure cette preuve.

Commentaire du commissaire La Forest

Au paragraphe (2), je serais allé plus loin et j'aurais exclu, dans les infractions sexuelles, la preuve des traits de caractère de la victime, visant à établir sa prédisposition. Il est vrai que pareille preuve peut être valable et que la liberté de l'accusé est en jeu mais sa culpabilité doit, après tout, être établie, au-delà du doute raisonnable. En revanche, on ne peut ignorer qu'en ce domaine l'application de la loi est devenue très difficile. Le crime de viol est le moins souvent déclaré de tous les crimes, à cause de la crainte qu'inspire à la victime le traumatisme d'un procès. La perspective de poursuite devient alors un moyen de dissuasion très peu efficace pour une infraction dont la fréquence augmente de façon alarmante. Je trouve persuasif l'argument suivant de notre section de recherche sur le droit de la preuve: «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.» Cet article peut même aggraver cette situation en exigeant que la victime se soumette à un autre interrogatoire, lors de la preuve de voir dire, en plus de celui de la police et de ceux prévus à l'enquête préliminaire et au procès proprement dit.

Article 18: Sous l'empire du droit actuel et de l'article 17(1), la preuve d'une conduite passée de l'accusé est inadmissible lorsqu'on veut prouver un trait de caractère dans le but de soulever l'hypothèse qu'il a adopté à une occasion particulière un comportement compatible avec ce trait de caractère. Cependant, si la preuve de sa conduite passée est pertinente à une autre fin, par exemple, pour établir la motivation ou l'identité, elle est admissible bien qu'elle ait pour effet de révéler un trait de caractère. L'hypothèse qui sous-tend cette disposition est la suivante: si cette preuve est pertinente pour une autre fin, elle possède une valeur beaucoup plus grande que si elle était pertinente uniquement pour établir un trait de caractère. Aussi, sa valeur probante l'emporte-t-elle généralement sur le risque qu'elle occasionne un préjudice. Cet article ne change rien au droit actuel.

Article 19: Le droit tout comme l'usage courant voient dans le trait de caractère la réponse d'un individu à certains secteurs du comportement. Parmi les traits de caractère les plus typiques, on note l'honnêteté, la franchise et l'agressivité. En revanche, le comportement habituel ou routinier d'une personne se rapporte à ses réactions habituelles à des situations particulières, comme le fait qu'elle ferme toujours la porte. En règle générale, une personne est fidèle à ses habitudes, de sorte que celles-ci permettent généralement de prévoir son comportement à propos d'une occasion particulière. Cet article se contente d'affirmer en toute netteté que la preuve d'un comportement habituel ou routinier est admissible, en dépit des dispositions de l'article 17.

Article 20: Cet article permet d'établir, lorsqu'il est admissible, un trait de caractère propre à une personne par tout moyen de preuve pertinent. Sauf dans les cas où il constitue un fait en litige, le droit actuel ne permet de démontrer un trait de caractère que par la preuve de la réputation d'une personne, parfois par l'opinion d'experts et par la preuve de ses condamnations antérieures. Il exclut la preuve d'exemples particuliers de comportements antérieurs n'ayant pas donné lieu à une condamnation parce qu'elle est trop longue et trop préjudiciable. Néanmoins, cette preuve pourrait être fort significative relativement au caractère d'un individu. Voilà pourquoi l'article 20 sanctionne le recours à des exemples spécifi-

qués de conduite antérieure pour prouver un trait de caractère. L'article 5 permet évidemment au juge de première instance de contrôler l'admissibilité de ce genre de preuve.

Mesures préventives

Article 21: Cet article codifie la position adoptée par le *common law*, à l'effet que la preuve de réparations faite postérieurement à un événement n'est pas admissible aux fins de prouver la négligence. Ce genre de preuve n'a qu'une valeur très relative pour démontrer la négligence puisqu'une personne peut effectuer des réparations à la suite d'un accident par simple mesure additionnelle de prudence. De plus, et ceci est encore plus important, il est éminemment souhaitable de ne pas décourager les gens de prendre des mesures de précaution par suite d'un accident en utilisant cette preuve contre eux. Or, cette considération l'emporte d'emblée sur la valeur probante que pourrait avoir ce fait.

Article 22: Sous l'empire du droit actuel, la preuve de la détention par une partie d'une assurance-responsabilité ne peut être admise pour prouver sa faute. Rien ne permet de croire que le détenteur d'une assurance-responsabilité le protégeant contre sa propre négligence, fait montre de moins de prudence qu'il ne le ferait autrement. Voilà pourquoi la preuve de la détention d'une assurance n'est habituellement pas pertinente. Il y a à cette exclusion une autre justification; en effet, si l'arbitre des faits apprend qu'une personne possède une assurance et, de ce fait, est mieux placée pour essuyer la perte qui fait l'objet de la poursuite, il risque de rendre une décision mal fondée.

Il faut dire en revanche que le caractère quasi universel de la détention d'une police d'assurance atténue grandement le préjudice occasionné par l'admission en preuve de ce fait. Dans la plupart des cas, il est presque certain que les jurés présument l'existence d'une assurance-responsabilité. Or, celle-ci peut avoir une force probante considérable, par exemple, dans un cas où on prétend que le défendeur a volontairement détruit sa propriété dans le but d'encaisser le produit de sa police. C'est la raison pour laquelle l'article confère au juge le pouvoir discrétionnaire d'admettre la preuve de

la détention d'une assurance-responsabilité, lorsque la valeur de cette preuve l'emporte de façon substantielle sur le danger de causer un préjudice indu.

Article 23: On ne devrait pas décourager les gens d'aider ceux qui ont été impliqués dans un accident de crainte que cela puisse être considéré comme un aveu de responsabilité. Aussi cet article déclare-t-il que l'offre ou le paiement d'assistance médicale ne peut être admis à titre de preuve de responsabilité.

TRANSACTIONS ET COMPROMIS

Article 24: Le *common law* excluait régulièrement les offres de règlements à titre de preuve circonstancielle de responsabilité. Ce genre de preuve n'a pas grand-valeur; il se peut en effet qu'une personne fasse ou accepte une offre dans le seul but d'éviter un litige coûteux ou interminable. On exclut l'offre même lorsqu'elle possède une certaine force probante dans le but d'encourager le règlement hors cour d'un litige. Souvent, pour s'assurer que les offres de règlements ou les déclarations faites à l'occasion de négociations ne soient pas interprétées comme des aveux de responsabilité, les avocats précisent que ces discussions sont menées «sans préjudice». L'article 24 rendrait cette précaution inutile dans la mesure où il exclut la preuve des offres et de l'acceptation d'un règlement, de même que les conduites et les déclarations se rattachant aux négociations. Si les parties ont engagé des pourparlers de règlement, les tribunaux ne devraient pas avoir à distinguer les aveux des affirmations hypothétiques émanant des parties.

Article 25: Il serait éminemment injuste envers l'accusé d'admettre la preuve d'un plaidoyer de culpabilité retiré par la suite. De fait, le droit de retirer un tel plaidoyer serait illusoire si ce fait pouvait servir de preuve contre l'accusé lors d'un procès subséquent.

Pour les mêmes raisons qu'on exclut la preuve d'une offre de règlement, on écarte celle d'une offre de plaider coupable. Il se peut que dans le but d'éviter un procès, l'accusé offre de plaider coupable à une infraction moins grave que celle dont il est accusé,

bien qu'en réalité, il ne soit pas coupable. De plus, en permettant que des pourparlers de règlements se déroulent avant le procès, l'exclusion de la preuve d'une offre de plaider coupable encourage le règlement d'une affaire pénale qui n'exige pas le recours au procès proprement dit.

Article 26: La Commission a recommandé le recours plus fréquent au règlement préalable au procès d'une plainte pénale. Souvent ce genre de règlement s'avère socialement plus rentable, lorsque l'infraction reprochée n'est pas trop grave, que la mise-en-branle de la phase judiciaire du processus pénal. Soucieux de promouvoir cette politique juridique, l'article 26 interdit de recevoir en preuve contre l'accusé une déclaration faite à l'occasion de ces négociations.

Le oui-dire

Article 27: On considère généralement le oui-dire comme une déclaration de fait émanant d'une personne qui n'a pas été témoin elle-même d'un fait. C'est une autre personne qui le lui a relaté. L'acception juridique ne diffère pas de l'acception courante, et c'est le sens de la définition portée à l'article 27(2)a).

Le droit refuse d'admettre en preuve les déclarations par oui-dire à cause de la difficulté d'en contrôler la véracité. Si au lieu d'entendre la déposition de celui qui a observé un fait particulier, on se contente de présenter en preuve une déclaration qu'il a faite à ce sujet à un tiers, il n'est pas possible de mettre à l'épreuve la perception de l'auteur de la déclaration, sa mémoire, sa relation du fait en question ou sa sincérité. Il se peut que sa déclaration s'avère inexacte soit parce qu'il a eu du fait une mauvaise perception, soit parce qu'il ne s'en souvient pas correctement, soit parce qu'il a induit son interlocuteur en erreur en employant des mots qui ne sont pas d'usage courant, soit parce qu'il a carrément menti. Si on veut contrôler ces divers facteurs sur lesquels repose la véracité d'une déclaration, il faut que son auteur soit présent à l'audience et qu'il soit soumis au feu du contre-interrogatoire. Bien sûr le risque que la déclaration ne soit pas digne de foi n'a d'importance que dans la mesure où une partie l'offre en preuve dans le but d'établir la véracité de son

contenu. Voilà pourquoi, à l'instar du droit actuel, la définition de l'ouï-dire portée à cet article se rapporte aux déclarations présentées en preuve à cette fin.

L'article 27(2)b) précise que la définition du mot «déclaration» comprend tout comportement ayant valeur d'affirmation. On conviendra qu'il faudrait traiter de la même façon la preuve d'une assertion verbale faite par une personne et celle d'un comportement voulu par elle comme le substitut d'une telle assertion. Néanmoins, comme le précise la définition, le comportement d'un individu ou les paroles prononcées par lui ne constituent pas du ouï-dire s'il n'avait pas l'intention de leur conférer valeur d'affirmation. Il n'en demeure pas moins qu'en évaluant la fiabilité de ce genre de preuve, on peut avoir à tenir compte des risques inhérents à la preuve de ouï-dire. Cependant, à l'encontre d'une assertion faite consciemment, une activité n'ayant pas valeur d'affirmation cherche rarement à induire en erreur; or c'est ce qui constitue le principal danger associé au ouï-dire. En excluant le comportement qui ne tient pas lieu d'affirmation, la définition contenue au présent Code adopte l'optique la meilleure.

Bien que les articles suivants élargissent considérablement les exceptions prévues par le droit actuel à la règle du ouï-dire, la règle générale demeure la même: la preuve par ouï-dire n'est pas admissible.

La règle relative à l'ouï-dire est à la fois la plus caractéristique de notre système de preuve et à la fois la plus difficile et la plus complexe. Souvent elle empêche le témoin de déposer, de façon naturelle, ce qui a pour effet de l'embarrasser et de le contrarier. Si l'auteur d'une déclaration n'est pas en mesure de venir témoigner, c'est la meilleure preuve qui risque d'être exclue. S'il peut venir témoigner et bien qu'il ait fait antérieurement une déclaration qui pourrait être admissible, la règle du ouï-dire empêche l'arbitre des faits d'en faire l'usage le plus logique dans les circonstances, soit pour établir la véracité des faits qui y sont énoncés. En définitive, cette règle complique énormément le droit de la preuve.

Comme on l'a déjà mentionné, la règle relative au ouï-dire vise d'abord et avant tout à assurer à l'arbitre des faits la possibilité d'évaluer la fiabilité d'une déclaration par l'observation de l'allure du témoin et l'audition du contre-interrogatoire. On justifie les nombreuses exceptions (d'aucuns en ont dénombré 31) apportées à

cette règle en droit actuel par le fait que les conditions sur lesquelles elles se fondent confèrent à la déclaration une sorte de garantie indirecte de fiabilité. Bien qu'il soit infiniment préférable d'entendre à l'audience la déposition de celui qui a été témoin d'un événement, les multiples inconvénients inhérents au droit actuel nous ont incités à le reformuler. Les articles 28 et 39 constituent la pierre angulaire de cette réforme, bien que d'autres articles de ce chapitre y apportent encore des améliorations.

Article 28: Aux termes du présent article, une déclaration faite antérieurement par un témoin n'est pas exclue par la règle du ouï-dire. En droit actuel, si une déclaration antérieure du témoin, qu'elle soit compatible ou incompatible avec son témoignage, est admissible (*cf.* commentaires de l'article 62), elle ne l'est qu'à l'égard de la crédibilité du témoin. Elle n'est pas recevable pour attester la véracité de son contenu. Nul doute que cette distinction est difficile à appliquer pour un juré. Mais il y a plus important encore. Si au cours de sa déposition à l'audience, un témoin peut être contre-interrogé au sujet d'une déclaration antérieure on voit mal pourquoi on n'accorderait pas à cette déclaration un statut identique à celle qu'il fait à l'audience. Dans bien des cas, les circonstances entourant la première déclaration la rendent plus digne de foi qu'une affirmation faite à la barre des témoins. Au moment où il a fait sa déclaration, l'individu avait peut-être les événements plus frais à la mémoire, ou bien il n'avait pas encore subi l'influence des parties ou d'événements subséquents. De toute façon, s'il y a incompatibilité entre la déclaration antérieure et sa déposition à l'audience, le témoin aura l'occasion de le nier ou de s'en expliquer. Par contre, s'il y a concordance entre les deux versions, le contre-interrogatoire permettra d'explorer les circonstances entourant la première déclaration et de révéler ainsi le poids qu'il conviendrait de lui accorder.

Article 29: Cet article apporte une autre modification fondamentale à la règle du ouï-dire. En *common law*, une déclaration faite par un individu qui ne peut déposer à l'audience, n'est admissible que si elle s'intègre dans l'une des exceptions consacrées à la règle de l'ouï-dire. Il en est ainsi de la déclaration d'un mourant, du témoignage rendu antérieurement ou de l'affirmation qui va à

l'encontre de l'intérêt de son auteur. Et pourtant, si une personne ne peut rendre témoignage, sa déclaration constitue souvent la meilleure preuve d'un fait en litige; il est important d'y recourir, peu importe que son auteur l'ait faite dans l'une des circonstances fort limitées prévues par les exceptions de *common law*. Bien que celles-ci visent surtout à s'assurer du caractère fiable de la déclaration, elles se fondent sur des notions très primitives de psychologie. L'une d'elles veut que les mourants ne soient portés à dire que la vérité; une autre prétend qu'on peut seulement ajouter foi aux affirmations qui vont à l'encontre des intérêts pécuniaires ou des intérêts matériels de leur auteur. Il paraît stérile de tenter de rationaliser les exceptions de *common law*. Si une personne est dans l'impossibilité de venir témoigner, ce fait devrait suffire à lui seul pour justifier l'admission en preuve de ses déclarations antérieures. Il est plus logique de déterminer la force probante d'une déclaration après coup, que de tenter d'énumérer *a priori* les circonstances dont la conjonction permette d'ajouter foi à une affirmation et de l'admettre en preuve.

Les alinéas *a*) à *d*) du paragraphe (2) donnent à l'expression «non disponible à rendre témoignage» un sens suffisamment vaste pour inclure toute situation où on ne peut de façon réaliste faire comparaître un individu pour qu'il dépose en personne.

Parmi les exceptions de *common law* qui tombent en désuétude par le biais des dispositions de ce paragraphe, on compte la déclaration du mourant, l'affirmation contraire à l'intérêt de son auteur, la déclaration gouvernementale qui affecte les relations internationales (par exemple le statut des États étrangers, des diplomates et du territoire national), les registres familiaux et les énoncés contenus dans des documents relatifs à la propriété.

Le paragraphe (2) *e*) permet de recevoir en preuve une déclaration faite en dehors du cadre judiciaire, si l'importance de la question ou le supplément de crédibilité susceptible d'être ajouté par le témoignage en cour de son auteur ne justifient pas la dépense ou les inconvénients des démarches visant à s'assurer de sa présence ou lorsque cela est permis, de sa déposition. Cette disposition pourrait permettre de réaliser des économies considérables en évitant à des témoins, dont la déposition n'est pas vraiment contestée, d'avoir à se présenter au prétoire. C'est le cas de l'expert qui a effectué des examens de routine. Nous nous proposons d'ex-

plorer plus à fond le problème du témoignage de l'expert dans notre projet sur la communication de la preuve.

Le paragraphe (3) offre une garantie contre la possibilité de faire un usage abusif de l'esprit qu'anime cet article. Il interdit d'admettre une déclaration en preuve lorsque la partie qui entend s'en prévaloir a provoqué la non-disponibilité du témoin. Le paragraphe (4) prévoit la nécessité de donner un avis préalable de l'intention de soumettre une déclaration émanant d'un témoin qui n'est pas en mesure de venir déposer. Ceci permettra à la partie adverse de préparer son argumentation ou sa preuve relative à la valeur probante de la déclaration.

Article 30: La plupart d'entre nous trouverions tout à fait équitable que, dans la mesure où cela peut lui venir en aide, une partie au litige se voie accorder le droit de présenter en preuve une déclaration que la partie adverse a faite elle-même, qu'elle a autorisée ou qu'elle a faite sienne et ce, même si techniquement la déclaration constitue un ouï-dire. En fait, il serait assez étrange de permettre à quelqu'un de s'objecter à la recevabilité de sa déclaration sous prétexte qu'il ne l'a pas faite en cour ou qu'il n'a pas l'occasion de se contre-interroger. S'il entend la nier ou l'expliquer, libre à lui de le faire à l'audience. Par conséquent, l'alinéa *a*) n'impose à peu près aucune restriction à l'utilisation de la déclaration extrajudiciaire d'une partie lorsqu'utilisée en preuve contre lui. Il incombera au juge de trancher la question préalable de savoir si, conformément aux dispositions de l'alinéa *a*), une partie a fait sienne la déclaration soit par ses paroles soit par sa conduite. Pour rendre cette décision, le juge tiendra compte de toutes les circonstances entourant la déclaration en litige. En matières pénales, une déclaration extrajudiciaire faite par l'accusé à une personne en situation d'autorité, ne sera admissible que si elle est également conforme aux exigences de l'article 16.

L'alinéa *b*) permet d'utiliser, contre une partie, certaines déclarations faites par son mandataire. Il est probable qu'on puisse ajouter foi aux déclarations du mandataire qui portent sur une question se situant dans le cadre de son mandat et pendant sa durée. Elles sont à tout le moins aussi dignes de foi que si le mandataire faisait ces affirmations alors qu'il déposait à l'audience contre son mandant. Les mêmes considérations s'appliquent aux déclarations

d'un ayant cause ou d'une autre personne ayant avec la partie un intérêt en commun (alinéa c)), ou à celles d'une personne engagée avec elle dans une entreprise commune, lorsqu'elles sont faites dans le cadre de la poursuite de leur but commun (alinéa d)).

Cet article a, sous tous ses rapports, l'appui d'un certain nombre de décisions.

Article 31a): Le *common law* et le droit statutaire ont créé diverses exceptions à la règle relative au ouï-dire en ce qui concerne les registres tenus dans les commerces, les banques, les hôpitaux, dans le monde des affaires, etc. Le droit actuel étant inondé de détails, le présent article veut corriger cette situation en énonçant les conditions d'admissibilité en preuve de ces registres qu'on tient dans le cours normal des affaires.

En fin de compte, ce sont de simples considérations de nécessité qui sont à l'origine de la création de la plupart des exceptions visant tous ces documents qu'on regroupe généralement sous le vocable de registres d'affaires. Dans le monde des affaires, plusieurs transactions atteignent un tel degré de complexité qu'il s'avérerait beaucoup trop coûteux, sinon impossible, de vouloir les reconstituer en convoquant à la barre des témoins tous ceux qui en ont eu une connaissance de première main. Dans bien des cas on pourra se fier entièrement aux registres, et en particulier aux véritables registres d'affaires. Ceux-ci sont faits sur le même modèle de façon habituelle et systématique. S'il se glisse des erreurs, il est probable qu'elles soient décelées par ceux qui ont à utiliser le registre. De son côté, le responsable des consignations au registre a tout intérêt à faire son travail avec soin, car c'est son emploi qui est en jeu. Néanmoins, même le droit actuel considère le registre d'affaires admissible à titre de preuve de ouï-dire, fût-ce en l'absence des garanties énumérées ci-haut. La nécessité de trouver un moyen pratique de faire la preuve de certaines transactions ou de certains événements, l'emporte d'emblée sur les objections qu'on peut avoir quant à leur fiabilité.

L'exception dont le présent article propose l'adoption, conserve l'essentiel des garanties de crédibilité que possède le droit actuel, tout en synthétisant et en simplifiant la masse de dérogations à la règle du ouï-dire qui se rapportent présentement à l'objet de cet article. De plus, celui-ci élimine un grand nombre des exi-

gences du droit actuel qui ne rendent pas une consignation beaucoup plus digne de foi. Ainsi l'article 31 n'emploie pas l'expression «les affaires»; le responsable de la consignation n'est pas tenu «d'avoir l'obligation de faire quelque chose»; enfin une déclaration qui est consignée dans un registre est recevable, qu'elle se rapporte à un acte, un événement, une situation, une opinion ou un diagnostic, pourvu qu'elle soit admissible à tous autres égards. La réunion de certaines conditions est toutefois nécessaire pour s'assurer de l'exactitude de la consignation; celle-ci doit être contemporaine au fait qui a été consigné; l'auteur de la consignation, ou celui qui lui a fourni l'information devrait posséder une connaissance personnelle du fait consigné; enfin la consignation doit avoir été effectuée dans le cours ordinaire des affaires.

Article 31b): Une dérogation apportée par le *common law* à la règle du oui-dire concernait l'admissibilité de registres et documents tenus par l'autorité publique en vertu d'une obligation imposée par la loi. Cet élément de preuve se voyait accorder beaucoup de crédit car les fonctionnaires ont l'obligation de faire des affirmations exactes, et toute erreur qu'ils peuvent commettre est corrigée lors de l'inspection publique des documents qu'ils confectionnent. Cette exception se justifiait également par des considérations de nécessité. Un grand nombre de procès mettent en jeu d'une façon ou de l'autre le travail des représentants de l'autorité publique; or s'il fallait à chaque fois les citer à comparaître, les services gouvernementaux s'en trouveraient profondément perturbés. Qui plus est, il ne servirait pas à grand-chose de les convoquer à la barre des témoins, puisqu'ils n'auraient tout probablement aucun souvenir des faits consignés.

A l'heure actuelle, les règles d'admissibilité relatives à plusieurs catégories de documents publics sont prévues législativement. Or le présent article contient une norme assez simple régissant la recevabilité en preuve de tous les types de documents publics. Il assouplit considérablement le *common law*, en particulier en ce qu'il n'exige plus que le document soit soumis à une inspection publique. Bien sûr, une telle exigence lui conférerait une garantie additionnelle de crédibilité. Par contre il suffirait de lui donner une interprétation restrictive pour écarter un grand nombre de registres émanant de l'autorité publique et tenus conformément

à l'obligation que lui impose la loi. Plusieurs registres publics seraient admissibles, sous l'empire de l'alinéa *a*), à titre de consignations faites dans le cours normal des affaires. Cependant, les autorités gouvernementales effectuent également des consignations et des rapports spéciaux; or l'alinéa *b*) fait en sorte qu'ils soient admissibles sans contestation.

L'alinéa *b*) admet en preuve les rapports d'enquête faits sous l'autorité de la loi. Dans bien des cas, les représentants de l'autorité publique ont l'obligation de mener des enquêtes et de préparer des rapports. On peut citer à titre d'exemples les rapports d'incendie, de police et d'autopsie, et les expertises chimiques. Le droit actuel permet d'admettre ces documents, bien qu'en pratique on ne les présente pas souvent en preuve. Cependant, ils ont souvent une valeur probante considérable et cet article consacre leur admissibilité. Ce sont des gens rompus au travail d'enquête qui confectionnent ces rapports, et ils le font souvent immédiatement après l'événement qui en fait l'objet. Il arrive souvent que l'enquêteur soit cité à comparaître. Néanmoins, lorsqu'on ne juge pas nécessaire de le faire, le rapport devrait lui-même être admissible en preuve.

Comme pour tout autre élément de preuve, le juge a le pouvoir en vertu de l'article 5 d'écarter un rapport si dans les circonstances, il le considère sujet à caution. Parmi ces circonstances dont le juge tient compte, on peut mentionner la façon dont l'enquête a été menée, l'habileté, l'expérience et l'impartialité de l'enquêteur, ainsi que le caractère opportun de l'enquête.

Article 31 c): L'alinéa *c*) traite de la recevabilité des consignations relatives à l'état civil. Celles-ci représentent sans contredit la façon la plus sûre et la plus pratique de faire la preuve des décès, naissances et mariages. Cependant, elles ne constituent pas des registres publics au sens de l'alinéa *b*); en effet, ceux qui, à l'instar des ministres du culte et des médecins, les font parvenir aux services publics intéressés, ne sont pas des représentants de l'autorité publique.

Article 31 d): Il arrive parfois qu'un registre tenu dans le cours ordinaire des affaires soit muet sur un événement au sujet duquel il devrait normalement y avoir une consignation. L'absence de

toute consignation est sûrement admissible pour établir la non-survenance de l'événement. Bien que, dans la majorité des cas, cette preuve ne constitue pas une «déclaration» au sens de la définition portée à l'article 27(2)*b*), l'alinéa *d*) n'en permet pas moins la réception.

Article 31 e): L'alinéa *b*) permet de faire la preuve d'un mariage au moyen d'un document public. Néanmoins, l'intéressé peut tenter de faire cette preuve par l'entremise du document remis aux parties, lors de la cérémonie, par celui qui a présidé à l'union des époux. Si le juge est d'avis que les conditions énumérées par cet article sont réunies, le certificat pourrait établir la preuve de son contenu. Cette règle s'applique aussi à d'autres cérémonies et à d'autres sacrements. Elle codifie le *common law*.

Article 31 f): A l'heure actuelle, est présumé authentique un document qui a trente ans d'existence, dont la condition n'est pas suspecte et qui se trouve à un endroit où on se serait attendu à trouver un document authentique. La jurisprudence actuelle est partagée sur la question de savoir si un tel document est également admissible pour faire la preuve de la vérité de son contenu. Selon nous, il est préférable à la fois de le présumer authentique et d'y voir une exception à la règle relative au ouï-dire. En temps normal, l'auteur du document étant dans l'impossibilité de rendre témoignage, c'est l'article 29 qui en régira la recevabilité. Cependant, même si son auteur est en mesure de venir déposer, ce document est éminemment digne de foi, et il y a tout lieu de l'admettre en preuve. Comme il doit avoir vingt ans d'existence, il est certain qu'il n'a pas pu être influencé par le préjugé découlant du litige en cours.

Article 31 g): Les rapports boursiers et autres compilations commerciales constituent nettement du ouï-dire, lorsqu'on les présente à l'audience pour faire preuve de leur contenu; ils ne sont donc pas admissibles en droit actuel. Ils semblent toutefois suffisamment dignes de foi, et la difficulté d'obtenir l'information d'une autre façon est si considérable qu'il conviendrait de les recevoir en preuve à titre d'exceptions à la règle du ouï-dire. Il est souvent impossible de rejoindre les auteurs de ces rapports: ceux-ci sont

préparés avec soin du fait qu'ils sont mis à la disposition d'experts; enfin, il est peu probable que le contre-interrogatoire aurait pour effet d'évaluer encore mieux leur fiabilité.

Article 31 h): Sous l'empire du droit actuel, un plaidoyer de culpabilité ou un aveu enregistré au cours d'un témoignage est admissible en preuve dans un litige subséquent du fait qu'il s'intègre dans une exception bien connue à la règle du ouï-dire, soit l'aveu. Cependant, un verdict de culpabilité rendu au terme d'un procès est admissible pour établir la véracité des faits que le litige a tranchés. Ainsi, dans une instance en divorce où le motif allégué par la requérante est l'adultère, une condamnation pour viol subie par l'intimé n'est pas recevable pour prouver qu'il a effectivement commis l'adultère. On justifie souvent l'exclusion de cette preuve dont le caractère probant ne semble pas faire de doute, en disant que l'arbitre des faits qui juge une affaire pénale n'a pas été témoin de l'infraction reprochée au prévenu, et que la condamnation constitue donc du ouï-dire. Et pourtant, une condamnation peut s'avérer d'une grande valeur probante. En général le prévenu a toutes les raisons au monde de contester les faits, et il ne peut être trouvé coupable que si le jury est convaincu de sa culpabilité au-delà du doute raisonnable. Voilà pourquoi il serait logique de permettre à tout le moins dans une instance civile subséquente, la réception de cet élément de preuve, dans le but d'établir un fait essentiel aux conclusions de ce jugement. L'arbitre des faits aura tout loisir d'évaluer cette preuve et de l'écarter, s'il l'estime sujette à caution à la lumière de l'ensemble des témoignages. Ceci s'applique tout autant à un procès intenté au même accusé, qu'à un procès contre n'importe quel accusé si c'est l'accusé qui produit cette preuve. Il est toutefois de la plus haute importance que chaque accusé ait l'occasion de vérifier à fond la preuve de la poursuite, sans avoir à faire une preuve indépendante de son innocence. Ceci s'avérerait très difficile si la condamnation d'une autre personne pouvait servir de preuve contre lui. Aussi, au terme de cet alinéa, la condamnation antérieure d'un autre accusé n'est pas admissible contre le prévenu.

Article 31 i) à l): Depuis qu'on consigne la plupart des événements d'intérêt public et même d'intérêt privé, il est rare qu'on ait à établir un fait au moyen d'une preuve de commune renommée.

Comme ce type de preuve constitue l'une des plus anciennes exceptions à la règle du ouï-dire et qu'elle pourrait encore s'avérer utile, nous avons conservé les règles de *common law* tout en éliminant les bizarreries. Le *common law* voyait deux grandes justifications à ces exceptions au ouï-dire. D'une part, il n'existait souvent aucune autre façon de faire la preuve d'une question en litige. D'autre part, on avait toutes raisons de prêter foi à la commune renommée, dans la mesure où elle représentait l'ensemble des opinions et des jugements partagés par une collectivité sur un point particulier. En outre, si jamais ces jugements ou opinions s'étaient avérés erronés, il se serait trouvé quelqu'un pour les contredire ou les réfuter.

L'alinéa *i*) libéralise l'exception à la règle du ouï-dire issue du *common law* et concernant la commune renommée relative au caractère d'une personne, en permettant l'admission d'une preuve portant non seulement sur la réputation d'une personne dans son milieu, mais aussi parmi ses proches. En raison de la mobilité qui caractérise la société contemporaine, rares sont ceux qui acquièrent une réputation dans le milieu où ils vivent. C'est plutôt dans un milieu comme celui du travail que peut se former la commune renommée relative à leur caractère. L'alinéa *j*) permet de faire la preuve des antécédents familiaux ou autres d'une personne par les membres de sa famille, ses proches et son entourage. Est admissible par le jeu de l'alinéa *k*), la commune renommée constituée au sein de la communauté, relativement au bornage des terres et à d'autres questions relatives à la propriété immobilière, qu'elle soit privée ou publique. L'alinéa *l*) permet de prouver des événements historiques par le biais de la commune renommée au sein de la communauté.

Le droit au secret

Dispositions générales

Article 32: En droit de la preuve, on peut dire que la dispense de rendre témoignage consiste dans le droit d'une personne d'empêcher un juge de la contraindre ou de contraindre un tiers à divulguer une communication confidentielle. L'institution du droit au secret répond à la nécessité de mettre de l'avant diverses politiques législatives particulières dont l'importance, dans certains

cas, paraît l'emporter sur l'intérêt de révéler la vérité au cours d'une instance judiciaire. Le présent article constitue la pierre angulaire du chapitre sur le droit au secret. Il incorpore le principe général qui sous-tend l'ensemble du code, à l'effet que toute preuve pertinente est admissible. Ainsi donc, il n'existe pas de dispense de rendre témoignage à moins d'une disposition législative à cet effet.

Article 33: Cet article précise que le détenteur d'un droit au secret conféré par le présent code peut refuser lui-même et empêcher toute autre personne de divulguer une chose.

Article 34: Le droit au secret est propre à son détenteur; celui-ci peut donc l'affirmer ou y renoncer. Ce droit ayant essentiellement pour but de protéger le caractère confidentiel de certaines informations, il n'a plus sa raison d'être si son titulaire divulgue ces renseignements de façon volontaire. Dans un tel cas, l'article 34 présume qu'il a renoncé implicitement au secret.

Article 35: La divulgation d'un fait protégé par le droit au secret bat en brèche l'objectif visé par ce droit. Le présent article offre toutefois un recours à celui qui a été contraint à tort de divulguer une information qui fait l'objet d'un droit au secret; en effet, ce renseignement serait inadmissible lors d'un nouveau procès. En l'absence d'une disposition analogue à celle du présent article, le refus du juge de reconnaître le droit au secret invoqué par le témoin obligerait ce dernier à demeurer coi et à risquer une accusation d'outrage au tribunal, s'il insistait pour exercer son droit.

L'article 35 lui évite ce dilemme dans la mesure où, en se pliant à la décision du juge, le témoin n'est pas présumé avoir renoncé à son droit au secret. De plus, l'article lui permet d'opposer ce droit à la divulgation effectuée devant le tribunal d'un fait découvert au moyen d'une indiscretion ou d'une autre façon même si cette preuve est présentée avant qu'il ait le temps de s'objecter à son admissibilité.

Article 36: Les valeurs sociales protégées par le droit au secret sont trop importantes pour qu'on en décourage l'exercice ou qu'on sape les fondements de la politique législative sur lesquels il repose, en permettant au juge ou à l'avocat, ou encore au jury, de faire un commentaire ou de tirer une conclusion défavorable.

Article 37: En gros, on peut dire que le droit au secret protège des droits qui appartiennent en propre à son détenteur.

Voilà pourquoi ce dernier doit être le seul à pouvoir invoquer en appel l'erreur d'une décision refusant de la lui reconnaître. Une partie au litige ne devrait pas être admise à en appeler de la violation du droit au secret appartenant à un tiers.

Dispositions particulières

Article 38: Le *common law* permettait à un témoin de refuser de répondre à une question en raison du risque que sa réponse l'expose à une poursuite pénale. On justifiait entre autres cette dispense de témoigner par une double nécessité: celle d'encourager un témoin à venir déposer au prétoire sans craindre d'être forcé de s'incriminer, et celle de maintenir un certain équilibre entre les pouvoirs d'enquête de l'État et les droits de l'individu. Plus tard, cette protection absolue contre l'auto-incrimination fut abolie législativement. La législature considéra sans doute qu'il fallait réaliser un équilibre entre les intérêts protégés par le droit au secret et l'importance de veiller à ce que toute déposition pertinente émanant d'un tiers puisse être versée au dossier de l'instance. Elle a donc adopté une disposition interdisant d'utiliser un témoignage contre son auteur dans une instance subséquente, lorsque celui-ci s'est objecté à répondre à une question en alléguant que celle-ci était de nature à l'incriminer. Le présent article conserve ce droit limité au secret, en y apportant toutefois une modification importante qui s'inspire d'un problème inhérent à la situation présente. En droit actuel, une personne qui ignore l'existence de ce droit au secret et ne s'objecte pas à répondre à une question susceptible de l'incriminer, risque de voir son témoignage utilisé contre elle. Il en résulte une discrimination assez odieuse entre ceux qui connaissent leurs droits et ceux qui les ignorent. Voilà pourquoi l'article 38 accorde le droit au secret de façon automatique.

Article 39: Un grand nombre de textes législatifs exigent des individus ou des organisations qu'ils communiquent certains renseignements au gouvernement. C'est pour favoriser une divulgation sans réserve de cette information et pour éviter à l'auteur du rapport de

voir se retourner contre lui dans une instance subséquente une preuve obtenue sous contrainte de la loi, que plusieurs de ces dispositions interdisent la divulgation de ces renseignements sans le consentement de l'intéressé. S'il s'agit d'une loi fédérale, le droit au secret aura plein effet puisque l'article 32 qui abolit les dispenses de rendre témoignage crée expressément une exception pour les droits au secret conférés par d'autres lois fédérales. Il arrive assez souvent que des lois provinciales mettent également à l'abri de toute divulgation des informations obtenues en vertu d'une obligation égale. Comme ces textes législatifs ne s'appliquent pas aux affaires régies par le présent code, ou pourrait utiliser dans une instance fédérale des renseignements qui ne peuvent servir lors d'une instance provinciale.

L'article 39 incorpore en droit fédéral ces droits au secret de la législation provinciale, faisant en sorte que les politiques sous-jacentes aux lois provinciales ne soient pas battues en brèche par l'utilisation de renseignements dans des instances fédérales.

Article 40: En droit actuel, les communications confidentielles intervenues entre les époux font l'objet d'un droit au secret. Cette règle vise principalement à favoriser la franchise et la spontanéité entre conjoints, et à raffermir ainsi le lien conjugal. Or, le droit au secret existait quel que soit l'état de l'union conjugale; de plus, chose curieuse, il appartenait à celui qui recevait la communication, et non à celui qui la faisait. Le présent article tente de réaliser un meilleur équilibre entre le caractère souhaitable de la confidentialité et la nécessité de verser une preuve au dossier. Pour ce faire, il confère au juge le pouvoir discrétionnaire d'admettre le droit au secret ou de le refuser, à la lumière des circonstances de l'espèce. Il rationalise la règle de droit en faisant de l'auteur de la communication le détenteur du droit. Enfin, il étend le droit au secret à d'autres liens familiaux ou analogues à ceux-ci.

Commentaire du commissaire La Forest

J'aurais restreint ce droit aux communications entre époux. Je suis généralement opposé à élargir la portée des droits au secret, en raison de leur tendance à ne pas révéler toute la vérité. Ce n'est que dans le cas où les parties sont unies par le lien du mariage que je considérerais qu'il y a un motif nécessitant un droit du genre prévu par cet article, à savoir que le mariage est la pierre angulaire de la société telle que nous la connaissons.

J'ajouterais que je ne suis pas d'accord avec l'interprétation qu'on peut déduire des commentaires (voir aussi les commentaires à l'article 57) à l'effet que la situation matrimoniale au moment de l'instance devrait être l'élément principal à considérer dans l'octroi de ce droit. Cela peut s'avérer un élément pertinent mais si l'on veut encourager la franchise entre les époux, il faut le faire en appuyant une politique juridique qui favorise les communications entre eux au moment où elles sont faites. Cette politique ne peut être complètement subordonnée à la situation matrimoniale au moment de l'instance.

Il existe également un problème d'ordre administratif. Plus nombreuses sont les personnes qui bénéficient du droit, plus souvent celui-ci sera invoqué et par conséquent, étant donné l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui s'y rattache, plus de temps sera consacré par les tribunaux aux fins de décider de son application. Le fait que les personnes pouvant bénéficier de ce droit ne sont pas identifiées de façon précise ajoute un autre élément à cette difficulté et on pourra soulever sur ce point toutes sortes de questions. Et la décision de ce point ne relève pas simplement de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire mais de l'interprétation de l'article. En conséquence, les tribunaux d'appel ne désapprouveront pas les appels d'une décision de ce genre. Il faudra alors recourir à la jurisprudence en vue d'interpréter la règle. C'est là le genre de choses que le Code cherche généralement à éviter. Cela peut s'avérer nécessaire lorsqu'il est impossible de donner une définition précise. Tel est le cas, par exemple, du secret professionnel en général, domaine où l'expérience (que nous n'avons pas à date) devra en régir l'évolution. Mais dans le cas qui nous occupe, on peut énoncer clairement la portée du droit.

Article 41: Le *common law* n'assortissait pas du droit au secret les communications confidentielles entre des clients et des professionnels comme les travailleurs sociaux, médecins, psychiatres, comptables ou membres du clergé. Les représentants de chacune de ces professions soutiennent qu'il conviendrait de permettre à leurs clients d'invoquer le droit au secret relativement aux communications confidentielles intervenues au cours de la relation professionnelle. Il s'avère extrêmement difficile de départager les professions qui devraient se voir accorder le droit au secret. Il est inévitable que l'octroi d'un droit absolu à un groupe ait toutes les apparences d'une décision arbitraire. L'intérêt que présente l'admission d'une preuve pertinente est tel que les exceptions apportées à la règle générale reconnaissant le droit au secret auraient tôt fait de réduire à néant la règle d'exclusion. Si on veut être réaliste, on doit convenir qu'il est à peu près impossible de définir les circonstances dans lesquelles le respect du caractère confidentiel des communications faites dans

le cadre des rapports professionnels, a plus d'importance que l'intérêt présenté par leur divulgation. C'est pourquoi l'article 41 invite le juge à peser les intérêts en présence, chaque fois qu'on invoque ce droit au secret.

Article 42: En *common law*, une personne a le droit de refuser de divulguer une communication confidentielle intervenue entre elle et son avocat dans le cadre d'une relation professionnelle. La nécessité de ce genre de droit au secret ne fait pas de doute lorsque l'objet de la communication se rapporte à un litige éventuel. Dans un système accusatoire où l'avocat représente une partie, il est essentiel que celle-ci soit en mesure de mettre l'avocat au courant de tout ce qui touche à la cause, de façon à ce que celui-ci puisse défendre adéquatement son client. Toutefois, il fut une époque où le *common law* étendait le droit au secret à toute communication confidentielle intervenue au cours d'une relation professionnelle, qu'elle ait été faite en prévision d'un litige ou pas. Le paragraphe (1) incorpore la règle originale et limite le droit au secret aux communications faites en prévision d'un litige. Le client n'a pas de motif plus sérieux d'invoquer un droit au secret relativement à d'autres communications intervenues avec un avocat, qu'à celles intervenues avec d'autres professionnels.

Pour permettre de défendre adéquatement son client, le *common law* recouvrait également du droit au secret l'information obtenue ou le travail fait par l'avocat ou par ceux qui l'assistent. Le paragraphe (2) conserve ce droit au secret en ce qui concerne l'information recueillie ou le travail préparé par l'avocat en prévision d'un litige. Il rationalise le droit au secret en le rendant aussi applicable à l'information obtenue ou au travail préparé par le plaideur lui-même en prévision d'un litige. Après tout le droit au secret lui appartient et il arrive souvent aux parties de plaider elles-mêmes leur cause. Il est même des cas comme ceux des petites créances, où elles doivent le faire puisqu'elles n'ont pas le droit de retenir les services d'un avocat.

Les problèmes juridiques concernent la succession d'un individu et ceux qui font une réclamation par son entremise. Le paragraphe (3) règle le cas où ce sont les représentants du réclamant qui présentent une demande en son nom.

Le paragraphe (4) énonce un certain nombre d'exceptions au droit au secret qui trouvent toutes leur origine dans le *common law*. L'alinéa *a*) empêche l'utilisation abusive du droit au secret par celui qui voudrait s'en servir pour masquer la perpétration d'une infraction pénale ou d'un délit civil. Quant aux autres exceptions, leur justification provient du fait qu'elles sont essentielles à l'obtention de la preuve et qu'elles ne vont pas à l'encontre du fondement de la règle relative au secret.

La définition du mot «avocat» portée au paragraphe (5) comprend une personne que le client croit admise à la pratique du droit. De cette façon, la politique juridique sous-jacente au droit au secret ne sera pas battue en brèche du fait qu'un client a des doutes relativement à l'aptitude de son avocat à pratiquer le droit. La définition comprend également le notaire du Québec; celui-ci remplit certaines des fonctions attribuées à l'avocat dans d'autres provinces.

Le paragraphe (6) veille à ce qu'une personne puisse, par le biais du secret professionnel général, invoquer un droit au secret relativement à une communication professionnelle intervenue avec un avocat sans qu'un litige soit envisagé.

Commentaire du commissaire La Forest

J'ai quelques réserves sur le plan technique quant à la restriction de l'application de ce droit au secret ayant trait aux communications faites en prévision d'un litige. D'abord je me demande si, en définitive, cette restriction apporte quelque changement que ce soit, et, par conséquent, si les délais additionnels qui s'ensuivraient pour déterminer l'existence de ce secret en valent la peine. De plus, la situation de l'avocat qui a rendu des services professionnels à l'égard d'une affaire et est appelé plus tard à participer à un litige relatif à la même affaire me fait hésiter. Je suis évidemment d'accord qu'il faut limiter, comme on le fait maintenant, le droit au secret aux communications relatives aux services professionnels de l'avocat, non aux communications d'affaires, et cela peut entraîner, quoique moins souvent, des difficultés semblables. De fait, les motifs avancés par la commission pour cette innovation sont si persuasifs que j'espère que mes réserves s'avéreront, en pratique, non fondées. Je crois que la tentative en vaut la peine.

Article 43: Le gouvernement est parfois en possession de renseignements qui peuvent être pertinents à un litige. Toutefois, il peut arriver que cette information se rapporte au domaine des relations internationales, de la défense nationale ou de l'administration gou-

vernementale et que sa divulgation soit de nature à porter préjudice à l'intérêt public. Il faut donc peser d'une part les exigences du maintien du caractère confidentiel de l'information gouvernementale, et d'autre part, la nécessité d'assurer le fonctionnement juste et efficace du système judiciaire. En droit actuel, c'est au gouvernement lui-même qu'il appartient de décider dans chaque cas de quel côté faire pencher la balance. Si un ministre de la Couronne soutient que la divulgation d'une information serait contraire aux intérêts des relations internationales ou de la défense nationale, elle n'a pas à être révélée devant le tribunal. Il convient de modifier le droit sous ce rapport. En raison de son impartialité, un juge est mieux placé pour peser les intérêts en présence. Aussi, le paragraphe (2) lui confère-t-il le pouvoir de décider du sort à réserver au droit au secret de la Couronne invoqué par le gouvernement. Si l'affaire semble suffisamment délicate, le paragraphe (3) prévoit que l'affaire doit être tranchée par un juge de la Cour Suprême du Canada.

Les paragraphes (4) et (5) définissent la procédure à suivre pour décider de l'opportunité d'accorder le droit au secret, en s'assurant que les intérêts du gouvernement et des parties soient protégés le mieux possible. Le paragraphe (6) veille à ce que le présent article régisse le droit au secret de la couronne fédérale dans toutes les instances, qu'elles relèvent de la compétence fédérale ou de la compétence provinciale.

Article 44: Le travail des autorités policières se trouve grandement facilité si les citoyens peuvent, en toute liberté, leur dévoiler des renseignements sans crainte des représailles. Le droit au secret favorise l'utilisation rationnelle des indicateurs en leur permettant de demeurer dans l'anonymat. Il peut cependant arriver que le prévenu ait besoin dans l'élaboration de sa défense, de connaître l'identité de l'indicateur. On peut régler ce genre de situation en donnant au juge le pouvoir discrétionnaire de contraindre la poursuite à divulguer ce renseignement si, eu égard aux circonstances, l'intérêt de parvenir à une juste solution du litige l'emporte sur l'intérêt de maintenir le secret.

Article 45: Dans les affaires de violation de brevets d'invention ou de concurrence déloyale, un secret de commerce constitue par-

fois l'objet même du litige. Une action en dommages fondée sur la négligence dans la fabrication d'un produit peut aussi mettre en jeu un secret de commerce. Le *common law* reconnaît, dans ce genre de situations, un droit au secret de commerce, sans toutefois lui conférer un caractère absolu. Il arrive parfois que sa divulgation soit essentielle pour éviter que ne se produise une injustice ou que ne se commette une fraude. Le présent article prévoit donc un droit au secret assorti de certaines réserves.

CHAPITRE II — AUTHENTIFICATION ET IDENTIFICATION

Article 46: Il est souvent nécessaire, pour établir la pertinence d'une preuve, de démontrer qu'elle est bien ce qu'on prétend qu'elle est. Ainsi, lorsqu'on veut produire en preuve un fusil qu'on prétend appartenir à l'accusé, ou une lettre dont on allègue qu'elle provient de la main du défendeur, ces articles ne sont pertinents que s'ils sont bel et bien ce qu'allègue celui qui les produit. L'authentification ou l'identification d'une preuve n'est donc en définitive qu'une application particulière de la règle générale énoncée à l'article 7(2) et relative à la pertinence «sous condition suspensive». En d'autres termes, lorsque la pertinence d'une preuve dépend de l'existence d'un fait préalable (ce qui peut comprendre son authentification ou son identification), il faut, pour que cette preuve devienne admissible, présenter une preuve suffisante pour permettre au juge de conclure à l'existence du fait préalable. Cependant, dans les cas où l'existence du fait préalable comporte un élément d'authentification ou d'identification de preuve le *common law* a élaboré une série de règles concernant les exigences de l'établissement de l'authenticité ou de l'identité de cette preuve. Ceci s'appliquait tout particulièrement aux écrits, lorsque le litige portait sur l'identification d'une signature, d'une écriture ou d'un original. La tendance de l'arbitre des faits à attribuer sans discernement à tout écrit un caractère authentique, constitue la justification la plus fréquemment avancée à l'appui de ces règles assez strictes. Comme cette hypothèse est fort discutable, le présent article n'assortit la preuve de l'authentification ou de l'identification d'aucune exigence particulière. Il faut que la démonstration du

fait que la preuve offerte est bien ce que prétend celui qui veut l'introduire, soit suffisante pour permettre d'en venir à cette conclusion.

Les problèmes d'authentification se rapportent surtout à la présentation en preuve d'écrits; quant aux problèmes d'identification, ils découlent en grande partie de la production en preuve d'autres genres d'objets physiques, soit la preuve écrite et matérielle. Il se peut toutefois que d'autres éléments de preuve soulèvent des problèmes d'identification. Ainsi, lorsqu'au cours de son témoignage, une partie parle d'une conversation téléphonique qu'elle a eue avec un tiers, il faut faire la preuve que celui avec qui elle prétend avoir eu cet entretien est bel et bien cette personne.

L'authentification ou l'identification d'une preuve peut se faire de plusieurs façons. On peut citer à titre d'exemples le témoignage d'experts et de non-experts, la comparaison avec des choses qui ont été authentifiées, l'identification de la voix, les caractéristiques distinctives, le dépôt ou la classification à l'endroit où la chose doit se trouver, ou la preuve de l'exactitude du système lorsque la preuve présentée provient d'un système mécanique ou d'un autre type de système. Il convient de souligner qu'en matières civiles, on évite de plus en plus les problèmes d'authentification par le biais de requêtes présentées conformément aux règles de pratique dans le but de faire admettre des documents. En matières pénales, on obtient le même résultat par suite d'ententes officieuses entre les parties.

Article 47: Le *common law* et le droit écrit considèrent admissibles un certain nombre d'écrits sans exiger une preuve indépendante visant à les authentifier. Ce sont habituellement des écrits dont la démonstration du caractère authentique au moyen d'une preuve indépendante serait source d'inconvénients; au surplus, il est peu probable qu'ils soient contrefaits, et si jamais ils l'étaient, il serait facile de le déceler. D'aucuns affirment que les tribunaux prennent connaissance d'office de l'authenticité de ces écrits, ou que celle-ci est présumée. Le présent article établit clairement que même s'il n'est pas nécessaire de produire une preuve indépendante pour établir leur authenticité, celle-ci peut toujours être contestée une fois que le tribunal les a déclarés admissibles.

Il est très peu probable qu'un document portant une signature et un sceau officiels puisse être contrefait; de toute façon, il ne serait

pas difficile de déceler la supercherie. Aussi, le *common law* et le droit législatif attachent-ils une présomption d'authenticité à plusieurs de ces documents. En vertu de cet article, un document portant une signature et un sceau officiels est admissible en preuve sur simple production. Est également admissible sur simple production, le document portant la signature d'un fonctionnaire ayant capacité officielle, lorsque cette signature est certifiée sous le sceau d'un autre fonctionnaire investi lui aussi d'une fonction officielle.

L'alinéa c) de l'article 47(1) codifie en gros la règle de *common law* reprise dans un grand nombre de lois. En raison des inconvénients qui découlent du fait de retirer un document à même les registres publics, cette disposition permet d'authentifier une copie de document public de la même manière que le document lui-même, soit au moyen d'un certificat émis sous l'autorité d'un sceau.

L'authenticité des écrits mentionnés aux alinéas d), e) et f) est si vraisemblable qu'il est raisonnable, pour assurer le déroulement rapide du procès, de les admettre en preuve sans exiger d'en établir le caractère authentique au moyen d'une preuve indépendante.

L'alinéa g) facilite l'authentification de documents à caractère privé. La reconnaissance sous le sceau d'une personne légalement autorisée à le faire, du fait que les signataires d'un document sont bien ceux qu'ils prétendent être, est suffisamment digne de foi pour établir l'authenticité d'un document.

L'alinéa h) du paragraphe (1) et les paragraphes (2) et (3) mettent à la disposition des parties une façon commode d'authentifier des documents étrangers. Il est plus facile de contrefaire les sceaux et signatures des personnages étrangers détenant des fonctions officielles que ceux de leurs homologues canadiens, et il est plus difficile de déceler la fraude. Aussi, plutôt que de considérer qu'ils portent en eux-mêmes le gage de leur authenticité, l'alinéa h) exige, pour les admettre en preuve, qu'ils soient accompagnés d'un certificat attestant l'authenticité du personnage officiel qui a validé le document, ou de celui qui est autorisé à certifier l'attestation originale. Ce certificat d'authenticité peut émaner des représentants consulaires et diplomatiques de l'un et l'autre pays.

Cette procédure facilite l'authentification des documents publics étrangers, tout en offrant une garantie suffisante d'authenticité. Il n'en demeure pas moins possible de contester

l'authenticité de ce type de document, même s'il a été authentifié conformément aux dispositions de cet article.

Si, par manque de temps ou pour toute autre raison, il s'avère impossible d'authentifier un document étranger en obtenant un certificat d'authenticité, le paragraphe (3) prévoit une procédure permettant de l'admettre en le tenant pour authentique.

Article 48: En *common law*, lorsqu'un témoin signait un document dans le but de signifier qu'il reconnaissait la signature de son présumé auteur, il fallait le citer à la barre pour authentifier le document. Il y a longtemps qu'un texte de loi a aboli cette règle, et le présent article s'inscrit dans la lignée de cette abolition.

TITRE – MODES DE PREUVES

CHAPITRE – GÉNÉRALITÉS

Article 49: Au cours d'une instance judiciaire, les faits se prouvent généralement par la déposition de témoins et par la présentation de la preuve écrite et matérielle, i.e. les questions soumises à l'examen de l'arbitre des faits (voir l'article 74(2)). Toutefois, une partie peut admettre des faits durant l'instance. De plus, le jury peut déduire de la preuve d'un fait l'existence d'un autre fait, ou comme le prévoit l'article 14, il peut être tenu de par la loi de le présumer. En fin, le tribunal peut prendre connaissance d'office de l'existence de certains faits de même que du droit (voir les articles 84 et 85). Le présent article énonce simplement les divers modes de preuve.

CHAPITRE II—TÉMOINS

Généralités

Article 50: Le droit actuel exige du témoin qu'il prête serment. Toutefois, s'il s'y objecte en raison de scrupules de conscience, il peut faire l'affirmation solennelle. Le présent article abolit le serment et impose l'affirmation solennelle à tous les témoins. Obliger

un individu à refuser publiquement de prêter serment constitue une intrusion dans son intimité religieuse. De plus, il arrive à certains jurés et à certains juges de se montrer sceptiques à l'égard d'un témoin qui refuse de prêter serment. Dans bien des cas, la prestation du serment ne constitue qu'un rituel dépourvu de toute signification.

Commentaire du commissaire La Forest

Je maintiendrais le serment. Je suis convaincu que bon nombre de gens sont plus enclins à dire la vérité, du moins toute la vérité, s'ils prêtent serment. Pour ceux qui prennent le serment au sérieux (et ceci comprend beaucoup de gens) les exigences morales sont plus susceptibles de faire ressortir la vérité que la menace très aléatoire d'une poursuite pour parjure. De plus on ne peut isoler complètement le citoyen de son côté moral. A maintes reprises, la Commission a déclaré que le droit pénal doit servir à la protection des valeurs fondamentales de la société. La base de ces valeurs se trouve, en fin de compte, dans les valeurs des individus qui composent la société. Pourquoi n'utiliserions-nous pas ces valeurs individuelles pour étayer les valeurs de la société, du moment que cette façon d'agir ne devient pas oppressive?

Le besoin de connaître la vérité l'emporte sûrement sur l'intrusion peu importante de l'intimité qui résulte de l'assermentation. Les témoins doivent quotidiennement faire des révélations beaucoup plus délicates. Et je ne puis croire, qu'à l'époque actuelle, le danger que le témoignage d'une personne qui, en raison de scrupules de conscience refuse de prêter serment puisse être reçu avec scepticisme, suffise généralement à l'emporter sur l'argument en faveur du maintien du serment.

Article 51: Le présent article précise que le juge peut, le cas échéant, donner à une personne les explications qui s'imposent pour s'assurer qu'elle comprend bien l'obligation de dire la vérité. Il aura surtout à le faire pour les enfants, mais il peut également devoir donner des explications à d'autres catégories de personnes comme les déficients mentaux. En droit actuel, le juge doit, avant de permettre l'assermentation d'un enfant, être convaincu que celui-ci comprend la nature du serment. S'il ne le comprend pas, son témoignage doit être corroboré. Le présent Code ne contient aucune règle particulière concernant l'aptitude d'un enfant à témoigner. La faiblesse inhérente à la déposition d'un témoin inexpérimenté devrait affecter le poids de la preuve et non pas son admissibilité. Toutefois, cet article permet au juge de donner des

explications à un enfant en plus de l'affirmation exigée par l'article 51, de façon à s'assurer qu'il comprend l'obligation de dire la vérité.

Article 52: L'une des règles de preuve les plus fondamentales veut qu'un témoin ait une connaissance personnelle du sujet sur lequel porte son témoignage. On fait une exception pour l'expert, comme l'explique l'article 71. La règle énoncée au présent article assure à toute déposition un minimum de force probante.

Article 53: Cet article codifie le droit actuel. Il soumet les interprètes et traducteurs aux règles qui régissent les témoins en général, sous réserve de légères modifications au niveau de l'affirmation solennelle.

Aptitude à témoigner et contraignabilité

Article 54: Le présent article élimine les derniers motifs d'aptitude à rendre témoignage que nous a légués le *common law*, à l'exception de ceux que mentionne expressément l'article 55. A une certaine époque, ils étaient légion ceux qui, pour une raison ou une autre, étaient inhabiles à témoigner. Avec le temps, le nombre de motifs d'inhabilité est allé en s'amenuisant. au point où les seuls motifs vraiment importants qui subsistaient encore et qu'abolit cet article, sont l'immaturité psychologique et le lien conjugal avec le prévenu. En raison de l'impossibilité de formuler et d'appliquer un standard d'immaturité psychologique qui rende un témoin inapte à déposer, il paraît préférable de laisser l'arbitre des faits tenir compte de cette incapacité en évaluant le poids à donner au témoignage. L'article 54 abolit l'autre motif d'aptitude à rendre témoignage, soit l'existence d'un lien conjugal, étant donné qu'on voit mal pourquoi on empêcherait une personne de rendre témoignage en faveur ou à l'encontre de son conjoint, dans la mesure où elle le désire et où la preuve a suffisamment de valeur.

Cet article pose également le principe de l'aptitude et de la contraignabilité de tout témoin à déposer. Les articles 56 et 57 créent, à l'égard de l'instance pénale, des exceptions à la règle générale en ce qui concerne l'accusé ou une personne qui a avec lui un lien familial ou analogue.

De plus, il existe un certain nombre d'immunités en faveur de la Couronne, du corps diplomatique et d'autres personnes jouissant d'un statut semblable.

Article 55: L'importance que revêtent l'impartialité et l'apparence d'impartialité du juge et du jury, impose quasi naturellement la règle prévue au paragraphe (1). Celle-ci rend le juge et les jurés inaptes à rendre témoignage au cours du procès qu'ils entendent. Le paragraphe (2), qui interdit à un juré de déposer dans une instance portant sur la validité d'un verdict, reprend la règle de *common law*. Celle-ci découle de la double nécessité d'assurer à la décision judiciaire un caractère de finalité, et de mettre les jurés à l'abri de toute forme de harcèlement.

Article 56: Le droit actuel permet d'interroger au sujet de son casier judiciaire le prévenu qui rend témoignage au cours de sa défense. En raison du tort que cette preuve risque de leur occasionner, nombre d'accusés préfèrent ne pas témoigner, ce qui se comprend sans peine. Il serait injuste, dans ce cas, de permettre au juge ou à la poursuite de commenter leur abstention de rendre témoignage. Or, l'article 64(2) du présent Code reconnaît au prévenu le droit de déposer au cours de sa défense, sans avoir à craindre que l'arbitre des faits ne soit mis au courant de ses condamnations antérieures. Aussi, advenant le cas où il s'abstient de témoigner, on pourrait en déduire que son abstention est attribuable au fait qu'il est coupable. L'article 56 permet au juge et à la Couronne de suggérer ce genre de conclusion.

Le présent article n'apporte pas au droit actuel des changements très considérables. Même à l'heure actuelle, l'arbitre des faits et la Cour d'Appel peuvent tirer du silence du prévenu lors du procès des conclusions qui lui sont défavorables. De plus, dans un procès présidé par un juge seul, le juge et les avocats peuvent discuter de cette conclusion en évaluant le poids de la preuve. Aussi, le véritable changement apporté par la nouvelle disposition concerne les procès par jury, où on pourrait faire allusion ouvertement à la possibilité de tirer cette conclusion.

Article 57: En droit actuel, le conjoint est en règle générale inapte à rendre témoignage contre son conjoint dans une instance

pénale, et il ne peut être contraint de le faire. On invoque à l'appui de cette règle la nécessité de protéger le lien conjugal. Or, il existe environ vingt-six exceptions législatives et de *common law*, ce qui indique à quel point la règle est rigide et arbitraire. C'est pourquoi l'article impose au juge l'obligation d'évaluer les intérêts en présence, et de décider si l'intérêt que présente la préservation de la relation maritale l'emporte sur la nécessité d'entendre la déposition. Cette disposition permet d'apporter à la règle les exceptions qui s'imposeront à l'usage, sans pour autant encombrer le droit à outrance. La règle actuellement en vigueur s'applique indistinctement à tout lien conjugal, même s'il est complètement rompu ou si les parties l'ont contracté dans le seul but de faire échec à une poursuite pénale. Parfois, on dirait même que les exceptions anéantissent la règle. Ainsi, si un individu est accusé de viol, son épouse peut être contrainte de témoigner contre lui, mais non s'il est accusé du meurtre de la même femme.

La règle actuelle ne s'applique pas à d'autres liens familiaux comme celui qui unit la mère au fils, la père à la fille et les frères entre eux, non plus qu'aux concubins. Or, bien souvent, l'importance de ces rapports ne le cède en rien à celle de la relation matrimoniale. C'est pourquoi le présent article confère au juge le pouvoir discrétionnaire de ne pas contraindre une personne à rendre témoignage dans ce genre de situations.

Commentaire du commissaire La Forest

Je restreindrais l'application de cet article aux époux pour les motifs que j'ai énoncés dans mon commentaire sur l'article 40.

Interrogatoire des témoins

Article 58: Le système accusatoire impose aux parties l'obligation de présenter la preuve devant un arbitre impartial. Les partisans de ce système soutiennent qu'en confiant aux parties la responsabilité de présenter la preuve, on est le mieux en mesure de faire en sorte que toute la preuve soit offerte et que l'arbitre des faits demeure impartial tout au long de l'instance.

Pourtant le juge n'a jamais eu un rôle purement passif. Le *common law* lui reconnaissait l'obligation de veiller à ce que le

procès se déroule de façon équitable, rapide et intelligible. Voilà pourquoi il peut exercer un contrôle sur certaines choses comme l'ordre de citation des témoins, le nombre de personnes qui peuvent déposer sur une question particulière, le nombre d'avocats admis à interroger les témoins et les modalités de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire de telle sorte que le témoin puisse rendre témoignage de façon satisfaisante, sans être induit en erreur et sans être soumis à des tracasseries ou à des manœuvres d'intimidation. En outre, le juge décide de quelle façon et jusqu'à quel point les témoins, les avocats et les jurés peuvent se servir de modèles, de cartes, de plans, de documents et d'autres objets. De même, il peut entendre, réentendre et interroger des témoins, ou élucider la preuve de toute autre manière. Il doit toutefois exercer ce contrôle de façon raisonnable et avec modération, conformément à l'obligation première qui incombe aux parties de présenter la preuve et au juge de faire montre d'impartialité. En gros, le présent article codifie le *common law*.

Article 59: Habituellement, un témoin est sympathique à la cause de la partie qui le cite à la barre. Aussi risque-t-il d'acquiescer à toute suggestion que lui fait celle-ci lors de l'interrogatoire. Voilà pourquoi celui qui assigne un témoin ne peut lui poser de questions suggestives. Le droit actuel lui permet néanmoins, dans le but de gagner du temps ou d'élucider raisonnablement un témoignage, de poser des questions suggestives sur des faits préliminaires ou non contestés, ou encore lorsque le témoin éprouve des difficultés d'expression, soit parce qu'il n'est pas familier avec la langue des débats, soit en raison de son état mental ou physique. Le paragraphe (1), qui codifie le *common law* à cet égard, autorise également le recours à des questions suggestives lorsque le témoin n'est pas sympathique aux intérêts de la partie qui le cite, en somme, lorsque la prohibition n'a plus sa raison d'être. L'article n'emploie pas le mot «hostile» pour décrire ce genre de témoin, contrairement à ce que fait le droit actuel. En effet, à l'heure présente, il arrive que ce concept se voie conférer une acception qui n'englobe pas vraiment la raison pour laquelle le droit permet de poser des questions suggestives.

Par contre, lors du contre-interrogatoire du témoin de la partie adverse, la question suggestive constitue une excellente façon de

vérifier s'il «dit la vérité, ou s'il a commis une erreur, ou s'il a voulu tromper le tribunal lors de l'interrogatoire principal». Voilà pour quoi le droit actuel a toujours sanctionné l'emploi de ce genre de question en contre-interrogatoire; le paragraphe (2) ne fait à cet égard que codifier la règle qui a cours présentement. Toutefois, si le témoin manifeste une prévention favorable à la partie qui le contre-interroge, les risques que veut contrer la prohibition générale relative à la question suggestive reprennent toute leur actualité. Aussi la règle générale s'applique-t-elle à cette situation.

Article 60: Nul n'ignore qu'on peut venir en aide à la mémoire d'un individu en lui présentant un document ou un objet, ou encore en l'interrogeant sur des choses ou des faits qu'il associe à un événement passé. A l'heure présente, seuls peuvent servir à rafraîchir la mémoire d'un témoin les écrits que, d'après la preuve, il a composés ou vérifiés à une époque contemporaine à celle des événements qui font l'objet de sa déposition. Il est probable que ce genre d'écrit reflète le souvenir du témoin, relativement à un incident passé, de façon plus fidèle. Le degré d'exactitude du document entre en ligne de compte pour déterminer jusqu'à quel point on peut l'utiliser lui-même en preuve; le chapitre consacré au oui-dire traite précisément de cette question. Mais un écrit ou un objet peut servir à rafraîchir la mémoire d'un témoin, qu'il soit fidèle à l'événement ou pas. Aussi convient-il de permettre qu'on l'utilise à cette fin. Il y a toutefois un risque dans la mesure où le déposant croirait se rappeler de l'écrit et en répéterait le contenu comme un perroquet. C'est pourquoi le paragraphe (1) confère au juge le pouvoir discrétionnaire de refuser que le témoin se rafraîchisse ainsi la mémoire lorsqu'à ses yeux, cette technique est de nature à l'induire en erreur. De plus, la partie adverse a le droit d'examiner un aide-mémoire et de contre-interroger le témoin à son sujet.

Le paragraphe (2) permet d'exiger de la partie adverse la production de tout document dont s'est servi le témoin, tant avant qu'au moment du procès, pour se rafraîchir la mémoire. La simple justice et la nécessité de protéger l'intégrité du contre-interrogatoire semblent exiger la divulgation de cet aide-mémoire, peu importe que le témoin s'en soit servi en déposant ou qu'il l'ait consulté et mémorisé, tout juste avant de se présenter à la barre.

Article 61: Un témoin qui entend une déposition risque volontairement ou involontairement, d'y conformer son propre témoignage. Il en est de même de celui qui discute avec une autre personne du témoignage que celle-ci vient de rendre. Sans éliminer totalement ce risque, la séparation des témoins aidera le juge à vérifier si, du fait qu'ils utilisent un langage identique, des témoins relatent une version apprise par cœur. C'est pourquoi le droit actuel donne au juge le pouvoir d'exclure les témoins de la salle d'audience et de leur interdire de discuter leur témoignage. Ce pouvoir ne s'applique toutefois pas aux parties ni aux personnes dont la présence est indispensable à la présentation de leur cause. Le présent article codifie en gros le droit actuel.

Crédibilité des témoins

Article 62: Dans la grande majorité des cas, la preuve présentée au cours d'un procès repose sur les affirmations des témoins. On comprend donc sans peine l'importance que revêt la crédibilité des témoins. Plus souvent qu'autrement, les contradictions entre témoignages ne proviennent pas de l'absence de sincérité des témoins mais plutôt de la faillibilité de la perception et de la mémoire de l'homme. Le présent article qui se veut le reflet de la philosophie sous-jacente au Code, part du principe qu'est admissible en règle générale toute preuve pertinente à l'évaluation de la crédibilité du témoin. Il fait donc table rase des règles existantes qui excluent ce genre de preuve. Parmi les facteurs susceptibles d'influencer l'opinion du tribunal au sujet de la crédibilité du témoin, on compte ses possibilités et sa capacité d'observation, ses facultés de remémoration et de narration, ses préventions, ses intérêts, son animosité, le concordance ou la non-concordance de déclarations antérieures et sa réputation de franchise.

L'adoption de cet article aurait pour effet d'abolir quatre règles déjà existantes: celle qui se rapporte aux faits accessoires; celle qui interdit à une partie d'attaquer la crédibilité de son propre témoin; celle qui interdit à une partie d'étayer la crédibilité de son propre témoin, par la présentation en preuve de déclarations antérieures conformes à la version relatée au moment du procès;

celle qui restreint la production de déclarations incompatibles avec la déposition du témoin, à celles qui se rapportent à l'objet du litige.

La première de ces quatre règles empêche une partie de contredire son propre témoin sur un fait accessoire. La définition du fait accessoire a suscité de vives controverses. Il est certain que si la déposition d'un témoin porte sur l'objet du litige, elle ne se rapporte pas à un fait accessoire et il n'y a, par conséquent, aucune objection à la contredire. En plus d'y inclure toute question pertinente à l'objet du litige, la jurisprudence a inclu dans la notion de fait non accessoire toute question dont une partie pourrait faire la preuve à titre de fait indépendant. Aussi a-t-elle exclu de ce concept le préjugé, l'intérêt et la corruption, le casier judiciaire, les traits de caractère de franchise des éléments de preuve psychologiques, médicaux et autres de nature à affecter la crédibilité, l'impossibilité que le témoin ait eu de l'incident une connaissance personnelle, et tout autre sujet sur lequel a porté une déposition, lorsque sa réfutation s'avérerait d'une valeur probante considérable relativement à la crédibilité du témoin. L'existence de cette règle ne se justifie pas par le fait que la réfutation d'un fait accessoire n'a aucun lien de pertinence avec la crédibilité du témoin. Elle s'explique plutôt par le fait que son peu de valeur probante ne fait pas le poids par rapport au risque d'obscurcir et de prolonger indûment le débat. Voilà pourquoi nous en sommes venus à la conclusion qu'au lieu d'édicter une règle très rigide interdisant de contredire un témoignage, il valait mieux s'en remettre au pouvoir discrétionnaire général du juge consacré par l'article 5. Le critère actuel relatif aux faits accessoires est fuyant et alambiqué. Par suite des nombreuses exceptions qui lui ont été apportées, la règle générale a, à peu de choses près, perdu tout son sens. Et pourtant, il est des cas où elle s'avère encore par trop restrictive, et aboutit à l'exclusion d'éléments qui méritent d'être admis en preuve.

Le droit actuel interdit à une partie d'attaquer la crédibilité de son propre témoin à moins que ce dernier ne s'avère hostile. Dans ce cas, elle peut mettre en preuve une déclaration antérieure incompatible avec le témoignage qu'il rend au prétoire. Une telle règle a pu se justifier à une époque où les témoins ne déposaient en réalité que sur les traits de caractère. De nos jours, les parties n'ont pas vraiment le choix de leurs témoins, et elles citent souvent

à la barre des gens dont elles ne connaissent rien, sinon qu'ils ont été témoins de l'événement. Cette règle héritée du *common law* n'a plus sa raison d'être.

A l'heure actuelle, un témoin n'a pas le droit de mettre en preuve à l'appui de sa crédibilité, une déclaration antérieure compatible avec son témoignage, à moins que celle-ci ne satisfasse les critères constitutifs de certaines exceptions. Il en est ainsi de la plainte spontanée en matière d'infractions sexuelles, de la réfutation d'allégations à l'effet que la déposition est d'invention récente, ou encore d'une identification antérieure de l'accusé par le témoin. Il semble que l'exclusion de cette preuve se justifie par son caractère superfétatoire, et par le risque de voir les parties la fabriquer de toutes pièces. Ce sont des domaines qui devraient plutôt relever du pouvoir discrétionnaire général du juge d'écarter un élément de preuve en raison de la perte de temps qu'il risque de provoquer (article 5), ainsi que des possibilités offertes à l'avocat par le contre-interrogatoire. Le présent article met donc un terme à l'inflexibilité de la règle d'exclusion qui a présentement cours.

Enfin, le droit actuel considère recevable une déclaration antérieure incompatible avec la déposition du témoin, à condition entre autres choses que celle-ci se rapporte à l'objet du litige. Cette exigence risque d'amener les tribunaux à écarter des éléments de preuve importants concernant la crédibilité d'un témoin. La détermination du témoignage susceptible d'être réfuté soit par la déclaration antérieure du témoin lui-même, soit par la déposition de tierces personnes, devrait répondre aux mêmes critères. Ici aussi, l'article 62 fait table rase de la règle stricte prévoyant l'exclusion de ce genre de preuve.

Cet article a également une répercussion importante sur le genre de preuve qui peut être offert au sujet de la réputation de franchise d'un témoin. Si celui-ci a une raison de mentir, l'utilité d'une preuve démontrant sa tendance à la franchise ou au mensonge est évidente pour évaluer la véracité ou la fausseté de sa déposition. Sous l'empire du droit actuel, on ne peut établir ce trait de caractère que par le biais d'une preuve de réputation du témoignage d'un expert ou du contre-interrogatoire du témoin sur des actes répréhensibles particuliers qu'il a pu poser. Lorsque l'acte répréhensible en question a donné lieu à une condamnation dont le témoin

nie l'existence, on peut l'établir au moyen d'une preuve extrinsèque. Le présent article permet à une partie de recourir à tous les moyens pertinents pour faire la preuve des tendances à la franchise ou au mensonge du témoin. Ce faisant, il adopte une attitude plus libérale que le droit actuel. Il autorise des personnes ordinaires à donner leur opinion sur la crédibilité d'un témoin, et il sanctionne la preuve extrinsèque de l'inconduite antérieure du témoin, rapportée dans le but de prouver un trait de caractère, dans les cas où l'intéressé nie ces fredaines du passé. De cette façon, il est assuré qu'une preuve pertinente à la crédibilité d'un témoin ne sera pas inadmissible du seul fait qu'une règle juridique arbitraire interdit de façon systématique de rapporter une preuve extrinsèque du comportement antérieur d'un individu. De plus, des personnes compétentes pourront donner leur opinion sans détours sur la crédibilité d'un témoin au lieu de le faire sous le couvert d'une preuve de commune renommée dans la communauté.

Article 63: Comme on l'a signalé dans la dernière partie des commentaires relatifs à l'article 62, le présent Code élargit le droit régissant la recevabilité d'une preuve visant à établir un trait de caractère du témoin, en déclarant admissible tout élément de preuve pertinent à cet égard. Si la libéralisation de la règle de droit paraît souhaitable pour assurer la présentation de toute preuve pertinente à la démonstration des traits de caractère d'un témoin, des considérations contraires militent dans bien des cas en faveur de l'exclusion d'une preuve de réputation et ce, en dépit de son caractère pertinent. Souvent sa valeur probante laisse à désirer, sans compter qu'elle est source de confusion et de pertes de temps importantes, et surtout qu'elle cause au témoin des embarras considérables. Celui-ci doit sentir qu'il peut rendre témoignage en toute liberté sans crainte d'y laisser sa réputation parfois sans raison aucune.

En exigeant de la preuve qu'elle ait une valeur probante substantielle, le présent article tente de concilier le mieux possible ces deux intérêts divergents. Le juge peut également faire appel au pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'article 58(2) pour protéger le témoin contre des tracasseries ou des situations inutilement embarrassantes. De plus, pour être admissible, la preuve doit être pertinente à la démonstration de son penchant à la franchise. Le droit actuel considère admissible la preuve d'inconduite passée du té-

moins, et en particulier son casier judiciaire alors qu'elle n'a souvent aucun rapport avec son inclination à dire la vérité.

Article 64: Le paragraphe (1) repose sur la prémisse suivante: la valeur probante minimale d'une condamnation n'a aucune commune mesure avec l'intérêt qu'a le témoin à éviter la divulgation de crimes qui ont fait l'objet d'un pardon, ou pour lesquels il a depuis longtemps acquitté sa dette envers la société.

Nombreux sont ceux qui se scandalisent de l'iniquité flagrante de la règle de preuve qui permet présentement à la poursuite d'attaquer la crédibilité du prévenu, en sa qualité de témoin, par la production le cas échéant de son casier judiciaire. Le président du tribunal aura beau inviter les jurés à ne considérer cette preuve qu'au niveau de l'évaluation de la crédibilité, et à se garder d'y voir un facteur rendant probable la culpabilité du prévenu, le simple bon sens nous dit à quel point une telle directive est difficile, sinon impossible, à suivre. Cette crainte est d'ailleurs confirmée par un certain nombre d'études empiriques. La perspective d'être contre-interrogé sur des condamnations antérieures dissuade plus d'un prévenu de témoigner au soutien de sa défense; quant à ceux qui le font, ils en subissent un préjudice considérable. C'est ce qui explique l'interdiction faite à la Couronne par le paragraphe (2) de produire en preuve le casier judiciaire du prévenu dans le seul but d'ébranler sa crédibilité, à moins que celui-ci n'ait le premier tenté de l'étayer en présentant une preuve de bonne réputation. Toutefois, le présent article n'interdit pas de recevoir cette preuve lorsqu'elle est pertinente à d'autres fins.

Commentaire du vice-président Lamer

Ma seule réserve, en ce qui a trait au fond, se rapporte au paragraphe (1) de l'article 64 que j'omettrais pour les raisons suivantes:

La preuve de la condamnation criminelle d'un témoin ne serait admise en vertu des dispositions de l'article 63 que si sa valeur probante est substantielle. Donc le seul effet de l'article 64(1) serait d'exclure la preuve des tendances caractérielles substantiellement probantes lorsque celle-ci est présentée par le biais d'une condamnation criminelle dont il y a eu pardon ou lorsque cinq années se sont écoulées.

Si la valeur probante d'une condamnation est substantielle, je ne vois pas pourquoi celle-ci ne devrait pas être connue de l'arbitre des faits. De plus, je n'accepte pas la norme objective et purement arbitraire des cinq années. Si la valeur probante de la condamnation est substantielle et que cette preuve n'est pas exclue au chef de l'article 5, je ne vois pas comment

une mesure de clémence pourrait devenir une obstruction valable à sa mise en preuve. Les règles de huis-clos pourraient fort bien protéger le témoin sans pour cela priver l'arbitre des faits du bénéfice d'une preuve importante à la détermination de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé.

D'ailleurs, de toute façon, par l'opération de la règle contenue à l'article 63, il serait possible de prouver la conduite du témoin qui a fait l'objet de la condamnation, parce que de valeur probante substantielle, sans pouvoir faire la preuve de la condamnation qui s'ensuivit.

Enfin, le paragraphe (1) de l'article 64 est le seul endroit au Code où la norme de recevabilité d'une preuve est arbitraire. Le Code propose l'abrogation de toutes les normes objectives telles la corroboration et je ne vois vraiment pas pourquoi la situation prévue au paragraphe (1) de l'article 64 justifierait une exception.

Article 65: Le contre-interrogatoire peut remplir efficacement son rôle sans qu'il faille exiger la divulgation préalable au témoin de tout renseignement en possession de la partie qui le contre-interroge relativement à une déclaration qu'il a faite dans le passé. C'est dans cette mesure que le présent article codifie le droit actuel. Il confère au juge le pouvoir discrétionnaire d'exiger la divulgation de la déclaration, si l'interrogatoire du témoin par l'avocat lui semble vexatoire. Par ailleurs, si une partie désire faire une preuve extrinsèque de l'existence d'une déclaration antérieure du témoin qui est incompatible avec sa déposition, elle doit d'abord la lui révéler conformément à l'article suivant.

Article 66: Avant d'établir par une preuve extrinsèque un fait se rapportant à la crédibilité du témoin, il n'est que juste de lui donner l'occasion de le démentir ou de l'expliquer. L'article reprend le droit actuel, sauf qu'il confère aussi au juge le pouvoir de recevoir ce genre de preuve, dans l'hypothèse où il s'avérerait impossible ou inopportun de citer à nouveau le témoin ou d'expliquer le fait en question. Ainsi, il se peut que, pour une raison quelconque, le témoin n'ait plus été disponible après la découverte de ce fait.

Témoignage d'expertise et d'opinion

Article 67: En règle générale, le témoin doit avoir une connaissance personnelle de ce qui fait l'objet de son témoignage (cf. l'article 52). Cependant, le droit actuel écarte habituellement le

témoignage d'opinion. Cette exclusion remonte à une époque où le vocable «opinion» se rapportait à des affirmations non fondées sur la connaissance personnelle. Plus tard, il vint à inclure des déductions ou des conclusions fondées. Le droit n'en excluait pas moins aussi farouchement cette catégorie de témoignage d'opinion. Dans son état actuel, la règle ne suscite pas de problèmes insurmontables, car elle n'est pas appliquée avec trop de rigidité et est truffée d'exceptions. On peut citer par exemple les questions de distances, de dimensions, d'identité, d'âge, de valeur ou de condition physique ou émotive. De fait, il n'y a pas de distinction claire et nette entre ce qui, dans un témoignage, se rapporte au fait et à l'opinion. Dans un cas comme dans l'autre, le témoin fait part de son jugement relativement à un événement. En outre, les justifications qu'on apporte au soutien de la règle ne résistent pas à l'analyse. L'une d'elles veut que le témoignage d'opinion constitue une usurpation des fonctions de l'arbitre des faits; or rien n'empêche ce dernier de partager ou de ne pas partager l'opinion du témoin, tout comme il peut le faire pour ses affirmations de faits. On conteste aussi la pertinence du témoignage d'opinion; en réalité, la conclusion motivée que tire d'un événement celui qui en a été témoin ne manque sûrement pas de pertinence. Ainsi le bon sens et la logique, sur lesquels se fonde après tout la pertinence, veulent qu'on ajoute normalement foi à la déclaration d'un témoin oculaire sur l'état dangereux de la route. Voilà pourquoi le présent article permet d'admettre en preuve les déductions et opinions du témoin, pourvu qu'elles contribuent à la compréhension de son témoignage ou à la solution d'une question en litige.

Article 68: Si on exigeait d'une partie qu'elle contre-interroge un témoin dont la déposition rendue au cours de l'interrogatoire principal a simplement consisté à dire: «à mon avis. . .», on la placerait dans une position passablement délicate. Cette situation ne risque guère de se produire, puisqu'une partie se fera habituellement un devoir d'inviter son témoin à indiquer la preuve sur laquelle repose son opinion. Cet article donne toutefois au juge le pouvoir discrétionnaire d'exiger du témoin qu'il précise sur quoi il se base avant de faire état de son opinion, s'il considère que cette façon de faire est nécessaire pour tirer des faits au clair.

Article 69: Se fondant sur la règle relative à l'exclusion du témoignage d'opinion, les tribunaux du 19^e siècle ont élaboré une règle distincte prévoyant l'exclusion de l'opinion du témoin sur un point litigieux relevant de l'appréciation finale de l'arbitre des faits, étant donné que l'expression de ce point de vue constitue une usurpation du rôle de ce dernier. Néanmoins, à l'instar de toute autre opinion, le jury n'est pas tenu d'accepter ce témoignage. En outre, il n'est pas possible de donner à la règle une formulation générale, car toute preuve doit se rapporter à ce qui constitue en définitive le fond du litige. Quant à une formulation étroite qui engloberait des expressions comme «l'accusé est coupable», elle est inutile du fait que des expressions de ce genre ne parviennent pas à avoir un caractère utilitaire. Bien que les tribunaux aient reconnu la futilité de cette règle, il nous a semblé préférable de l'abroger expressément.

Article 70: Le présent article codifie le droit actuel qui permet de recourir aux services d'un expert. Il précise toutefois que loin de témoigner uniquement sur des sujets qui dépassent la compétence d'un profane, il peut déposer toutes les fois où cela peut s'avérer utile. Cette règle englobe un large éventail de disciplines, étant donné le besoin croissant de faire appel à un expert.

Article 71: En vertu du droit actuel, dont le présent article constitue un reflet assez fidèle, l'expert peut fonder son opinion sur ce qu'il a observé personnellement. C'est ainsi que le médecin peut rendre témoignage au sujet d'observations qu'il a faites lui-même en traitant un patient. Il peut également asseoir son point de vue sur des faits qui ont été portés à sa connaissance avant l'audition: par exemple, un médecin peut, avant de donner son opinion sur l'état d'un patient, s'appuyer sur des rapports d'infirmières, de techniciens ou d'autres spécialistes. Il peut enfin se baser sur des faits admis en preuve et dont il assume la véracité, comme dans le cas où un médecin assiste au procès, écoute l'ensemble des témoignages et exprime son opinion au sujet d'une personne, sur la foi des renseignements recueillis au cours du procès.

L'alinéa b) élargit quelque peu le droit actuel en lui apportant une réserve. Tout en autorisant les psychiatres et les évaluateurs immobiliers à baser leur opinion sur le oui-dire, comme par exem-

ple sur des rapports préparés par des tiers, les tribunaux n'ont pas encore eu l'occasion d'étendre cette règle à l'ensemble des experts. Or le présent alinéa accorde à tout expert la possibilité de fonder son point de vue sur le oui-dire. Il faut élargir ainsi la portée de la règle, si on veut que les tribunaux utilisent à leur maximum les connaissances de ce témoin. Pour éviter que soit admis un témoignage sujet à caution, l'alinéa exige des faits sur lesquels s'appuie l'expert et «qu'ils appartiennent à la catégorie de ceux qui servent en général de base aux opinions et conclusions d'experts sur le sujet.»

Article 72: A l'heure actuelle, du moins dans les affaires pénales, la partie qui désire présenter un témoin expert n'est pas tenue de dévoiler avant le procès le contenu de son témoignage. Or le système accusatoire ne suppose pas seulement qu'une partie puisse présenter sa cause de façon aussi favorable que possible; il présume également qu'elle soit en mesure de remettre totalement en question celle de son adversaire. Lorsque celui-ci a recours à des experts, il est particulièrement difficile de le faire efficacement, sans avis préalable et sans préparation. De plus, le préavis permet de gagner du temps en mettant le doigt sur les questions litigieuses, et en évitant des remises visant à permettre à une partie de réagir à un élément de preuve qui la prend par surprise. En droit civil, on remarque une évolution législative dans le sens de l'obligation imposée aux experts de s'échanger leurs rapports avant de déposer. En droit pénal, cela devient de plus en plus pratique courante dans un grand nombre d'endroits.

Article 73: Bien que le *common law* confère aux tribunaux le pouvoir de convoquer eux-mêmes des experts, il est rare qu'ils utilisent cette faculté. Cependant, la pratique actuelle, selon laquelle les parties présentent leur propres experts, est l'objet de vives critiques du fait que chaque recherche a uniquement un expert susceptible de rendre un témoignage favorable à sa cause. Comme le recours à l'expert désigné par le tribunal pourrait s'avérer un correctif fort appréciable, le présent article conserve ce pouvoir discrétionnaire. Cette disposition se passe de commentaires. Il faut toutefois souligner qu'advenant le cas où cette règle serait adoptée, il faudrait pré-

voir des modalités d'indemnisation dans les affaires pénales. Cette règle ne porte aucunement atteinte au droit d'une partie de citer les experts de son choix.

CHAPITRE III – LA PREUVE DOCUMENTAIRE ET MATÉRIELLE

Généralités

Article 74: En général, lorsqu'on présente au jury une preuve écrite ou matérielle, telle que des objets, des sites ou des manifestations visuelles (*cf.* paragraphe (2)), ce dernier peut tirer de l'examen de cette preuve toutes les conclusions qu'il juge raisonnables. Toutefois, pour certains types de preuve écrite ou matérielle, comme la visite d'un lieu ou, dans des circonstances particulières, la description d'une blessure ou la projection d'un film, on peut obliger l'arbitre des faits à n'utiliser cette preuve que pour mieux comprendre la preuve testimoniale. Cette distinction nous paraît inutile et, de toute façon, il est douteux que le jury puisse l'appliquer convenablement. C'est pourquoi cet article permet à l'arbitre des faits de tirer toutes les conclusions qu'il juge raisonnables de la preuve écrite et matérielle.

Preuve du contenu des écrits, enregistrements et photographies

Article 75: Si la règle dite de la meilleure preuve est familière au juriste, elle n'en est pas moins équivoque dans la mesure où elle ne s'applique qu'à des choses comme les écrits. C'est pourquoi l'intitulé de ce chapitre, tout en traitant de ce que le juriste appelle «la règle de la meilleure preuve», tente de cerner de façon plus précise l'étendue de la règle.

La règle de la meilleure preuve n'est pas une règle d'exclusion; elle ne fait qu'exprimer une préférence. Elle exige de celui qui veut prouver le contenu d'un écrit, d'un enregistrement, d'une photographie, qu'il en produise l'original à moins d'en être incapable pour une raison jugée satisfaisante. Elle visait à empêcher la fraude et à faire en sorte que la preuve du contenu d'un document ne soit pas

déformée par des lacunes de mémoire ou des défauts de reproduction. En matières civiles, le droit d'une partie de contraindre son adversaire à produire avant le procès les documents qui sont en sa possession, a contribué grandement à atténuer le besoin d'invoquer cette règle. Néanmoins, dans les affaires pénales, et parfois dans les affaires civiles, une règle en vertu de laquelle celui qui veut prouver le contenu d'un écrit ou élément de preuve analogue est tenu d'en produire l'original, a encore son utilité. Elle permet de mettre à la disposition des tribunaux la meilleure preuve qui soit.

Le présent article énonce la règle générale: celui qui entend prouver le contenu d'un écrit, d'un enregistrement ou d'une photographie doit en produire l'original (*cf.* la définition de l'article 81*b*). A l'instar du droit actuel, cette règle ne s'applique que dans les cas où une partie tente de faire la preuve de leur contenu. Lorsqu'on veut par exemple établir la teneur d'un testament ou d'un acte authentique, on doit nécessairement prouver le contenu de l'écrit. Par contre il est d'autres situations où l'existence d'un écrit n'empêche pas une partie de témoigner sans faire allusion à son contenu; dans ce cas la règle n'a aucune application. Ainsi une personne peut déposer sur les paroles qu'elle a entendues de la bouche d'un tiers, sans être contrainte de produire une transcription de la conversation, dans l'hypothèse où il en existe une. Le témoin dépose sur ce qu'il a entendu, et non sur la teneur de l'écrit. De même la règle ne s'applique pas si le litige porte sur l'existence ou la livraison d'un document, et non sur son contenu.

Article 76: D'après la définition qu'en propose l'article 81*a*), un double constituera toujours une reproduction fidèle de l'original. Aussi, comme la règle de la meilleure preuve vise à garantir l'exactitude de la preuve relative aux écrits, l'article 76 reconnaît au double le même statut qu'à l'original, à moins que l'authenticité de celui-ci ne fasse l'objet d'une contestation, ou que la production du double ne puisse être cause d'injustice. Cette règle permettra d'épargner temps et argent dans les cas où, par exemple, il est plus commode de produire une copie au carbone ou une photocopie d'un écrit que l'original.

Article 77: Comme nous l'avons souligné dans le commentaire de l'article 75, la règle de la meilleure preuve marque une préférence;

ce n'est pas une règle d'exclusion. Si on exige l'original, c'est qu'il s'agit de la meilleure façon de prouver le contenu d'un écrit, d'un enregistrement ou d'une photographie. Aussi, en cas de perte de l'original ou d'impossibilité de se le procurer, la partie qui désire établir le contenu d'un écrit est autorisée à en offrir une autre preuve.

On peut recourir à n'importe quel autre type de preuve. Il ne servirait à rien de graduer la preuve secondaire. Parfois c'est un double qui constitue le meilleur mode de preuve, parfois c'est un enregistrement et parfois autre chose. De toute façon, la partie qui veut faire cette preuve se sentira obligée de fournir la meilleure preuve secondaire eu égard aux circonstances, vu la possibilité que son témoin soit contre-interrogé à son sujet.

Les alinéas *a)*, *b)* et *c)* énoncent trois situations bien connues où, vu l'impossibilité de satisfaire la préférence pour la meilleure preuve, c'est-à-dire l'original, une autre façon de prouver son contenu devient admissible. Le paragraphe *d)* codifie ce qui constituait à tout le moins une règle de pratique. Dans le cours de sa déposition, il arrive souvent à un témoin de faire allusion en passant au contenu d'un écrit. Exiger sa production ne constituerait qu'une perte de temps et n'ajouterait pas grand-chose à la précision de l'enquête judiciaire. Aussi, n'est-il pas nécessaire de produire l'original, lorsqu'un écrit n'a pas de relation causale directe avec un point important du litige.

Articles 78, 79, 80: Ce groupe d'articles énonce trois exceptions à la règle de la meilleure preuve. L'article 78 considère admissibles les copies certifiées de registres officiels, étant donné l'impossibilité de retirer de l'endroit où ils sont régulièrement déposés les originaux de documents publics.

L'article 79 permet de recevoir en preuve des résumés d'écrits aussi volumineux que des livres de comptes. La production et l'inspection par la cour des originaux, de ce genre de documents, poseraient souvent de sérieux problèmes pratiques, en plus de constituer une perte de temps considérable. L'aveu oral ou écrit fait par une partie relativement au contenu d'un écrit, a toutes les chances d'être digne de foi.

L'article 80 crée donc une exception à la règle de la meilleure preuve.

Article 81: Cet article comporte un certain nombre de définitions essentielles. Comme l'indique l'article 75, ce chapitre s'applique aux écrits, enregistrements et photographies. La définition qu'on donne à ces pressions englobe à peu près tous les procédés d'emmagasinage d'informations. Ainsi «photographie» inclut un film provenant d'une caméra et «écrit» et «enregistrement» incluent les reproductions par impulsion magnétique et enregistrement électronique.

Bien qu'on ne puisse pas toujours dire de façon précise ce qu'est un original, l'alinéa b) fournit une définition juridique commune de ce vocable. Elle n'inclut pas uniquement le premier écrit à avoir été rédigé, mais également celui que les parties à l'acte destinaient à avoir le même effet. Ainsi, si chaque partie à un contrat a en sa possession une copie au carbone, une photocopie ou tout autre type de copie qui représente à ses yeux le contrat, chacune de ces copies constitue un original. Dans certains cas, on considère le négatif comme l'original d'une photographie; or, la définition considère aussi comme un original le tirage d'un négatif. Enfin, l'imprimé d'ordinateur constitue également un original au terme de l'alinéa b).

Les techniques modernes permettant de reproduire les écrits sont tout à fait dignes de foi. Aussi, l'article 76 place-t-il le double sur le même pied que l'original, sauf dans certaines circonstances. La définition du mot *duplicata* qu'on trouve à l'article 81a) inclut le double produit par un procédé propre à assurer une reproduction fidèle de l'original.

CHAPITRE IV—LA CONNAISSANCE D'OFFICE

Article 82: Le droit ainsi que certains faits n'ont pas à être établis en preuve devant le tribunal de la façon coutumière, par le témoignage d'experts ou tout autre moyen de preuve légalement admissible. Le juge ou le jury a le droit de trancher la question en se fondant sur sa propre connaissance ou sur une information qui lui est fournie officieusement. Il peut donc prendre connaissance d'office de ce fait. Ce chapitre du Code précise les informa-

tions dont le juge ou le jury peut prendre connaissance d'office et la procédure à suivre lorsqu'un fait est pris sous connaissance d'office.

Article 83: Le juge ou le jury serait incapable de comprendre la preuve si certains faits non établis en preuve ne lui étaient familiers, et s'il ne pouvait présumer leur existence. Ainsi, lorsqu'un témoin affirme avoir observé une voiture dans un terrain de stationnement, le juge ou le jury fera immédiatement une association entre un objet et le mot voiture, sans qu'il faille faire la preuve de la signification de ce mot. On ne songerait ordinairement pas, lors d'un procès, à faire la preuve qu'une auto circulant à une vitesse de 80 milles à l'heure ne peut s'immobiliser sur une distance de dix pieds; qu'un cheval est un animal à quatre pattes; qu'un fusil est une arme dangereuse; ou que le soleil ne brille pas à minuit à Ottawa. Le procès n'en finirait pas de s'éterniser s'il fallait établir chacun de ces faits au moyen d'une preuve indépendante. Aussi, les parties ont-elles le droit de présumer que l'arbitre des faits, i.e. le juge ou le jury selon les cas, aura recours à son bon sens et à son expérience au moment de porter un jugement sur la preuve qui lui est présentée. Le paragraphe (1) énonce donc une règle nécessaire à l'effet que l'arbitre des faits doit prendre connaissance d'office de tout fait qui est de connaissance notoire.

En plus de ce qui est connu de toute personne possédant une intelligence et une expérience moyennes, il est certains faits qui ne sauraient être sérieusement contestés, soit parce qu'ils sont de connaissance notoire dans les limites de la juridiction du tribunal, soit parce qu'ils peuvent faire l'objet d'une vérification rapide et sûre en consultant des sources dont l'exactitude ne saurait sérieusement être mise en doute. On gaspillerait le temps de la cour s'il fallait établir ces faits selon les règles de preuve. Voilà pourquoi le paragraphe (2) prévoit que le tribunal peut en prendre connaissance d'office. De son côté, l'article 85(1) impose au tribunal l'obligation de prendre connaissance d'office d'un fait à la demande d'une partie, lorsque celle-ci fournit au juge l'information nécessaire pour lui permettre de ce faire. Les faits sur lesquels peut porter la connaissance d'office comprennent des éléments d'histoire ou de géographie locale, ou encore, des faits d'ordre scientifique, historique, géographique ou chronologique dont la vérification

peut se faire aisément au moyen de traités, de cartes géographiques, d'almanachs ou d'encyclopédies. La notion de connaissance d'office est en continuelle expansion. Par exemple, il y a quelques années, il fallait prouver que le compteur de vitesse au radar peut mesurer la vitesse à laquelle roule une automobile. De nos jours, cela fait partie de la connaissance d'office des tribunaux.

Un juge qui tente de dégager la politique législative ou l'objectif sous-jacent à un texte de loi, doit nécessairement tenir compte des faits qui en sous-tendent la formulation de cette loi. Souvent il doit, en appliquant une loi, considérer les conséquences pratiques de sa décision. Le paragraphe (3) permet donc au juge de prendre connaissance d'office des faits qu'il a utilisés dans la détermination de la loi, de façon à ce que les tribunaux soient en mesure de s'informer le mieux possible au moment de trancher une question de droit.

On parle de faits législatifs pour désigner les éléments généraux d'ordre économique et social dont le juge se sert dans la détermination de la loi. Dans le passé, il est arrivé très souvent à des juges de les prendre expressément sous connaissance d'office en déterminant la validité constitutionnelle d'une loi. C'est ainsi qu'en scrutant la constitutionnalité d'une loi provinciale frappant les banques d'une taxe, les tribunaux ont pris connaissance d'office de certains faits d'ordre économique en évaluant les effets de la taxe sur les activités bancaires. De même, les tribunaux appelés à déterminer le droit international coutumier ont pris sous connaissance d'office des pratiques générales et particulières propres aux États.

Article 84: Les tribunaux sont censés connaître la constitution et l'ensemble du droit du pays; de plus, ils sont depuis longtemps sous obligation législative de prendre connaissance d'office des publications de la gazette officielle du Canada et de celles des provinces. Toutefois, la question de savoir jusqu'à quel point la législation déléguée, les lois privées et la jurisprudence des provinces peuvent être prises sous connaissance d'office, donne lieu en droit actuel à des anomalies. Le paragraphe (1) codifie en gros le droit actuel tout en supprimant ces bizarreries.

On imposerait au juge un fardeau trop lourd en exigeant de lui qu'il prenne connaissance d'office des lois et règlements d'accès diffi-

cile. Le droit actuel exige qu'on fasse la preuve de la plupart d'entre eux, mais il y a certaines exceptions prévues législativement. L'article 84(2)*a*) permet au juge, à sa discrétion, de prendre connaissance d'office de tous ces textes législatifs et réglementaires. De son côté, l'article 85 rend la connaissance d'office obligatoire, lorsqu'une partie en fait la demande et fournit au juge l'information nécessaire à cet effet.

A l'heure actuelle, il faut faire la preuve du droit d'un pays étranger comme s'il s'agissait d'un fait ordinaire, en faisant appel à un témoin expert, à défaut de quoi le juge doit appliquer le droit en vigueur dans le ressort du tribunal. Toutefois, de nos jours, il est souvent assez facile de connaître l'état du droit étranger en consultant des recueils spécialisés et les répertoires de lois étrangères. Aussi, en permettant au juge de prendre connaissance d'office du droit étranger, l'article 84(2)*b*) laissera au juge le soin de choisir la meilleure façon de se renseigner à ce sujet. L'article 84(3) permet au juge soit d'appliquer le droit local, s'il est dans l'impossibilité de déterminer le droit d'un pays étranger, soit de renvoyer l'action. En droit actuel, il serait tenu d'appliquer le droit «local» même s'il était probable que le droit étranger soit complètement différent.

Article 85: On ne saurait exiger du juge que de sa propre initiative il trouve l'information lui permettant de prendre connaissance d'office des faits mentionnés aux articles 83(2) et 84(2). Voilà pourquoi la connaissance d'office relève, dans ce cas, du pouvoir discrétionnaire du juge. Toutefois, si une partie lui demande de prendre ces faits sous sa connaissance d'office, qu'elle en donne avis à la partie adverse et qu'elle fournit l'information nécessaire, l'article 85(1) rend la connaissance d'office obligatoire.

Aux termes du paragraphe (2), le juge a le loisir dans chaque cas de consulter la source d'information qui lui semble la plus pertinente, pour décider à la fois de l'opportunité de prendre connaissance d'office et des faits dont il prendra ainsi connaissance.

Le paragraphe (3) reconnaît la nécessité de recourir à une procédure équitable pour toutes les parties lorsque le tribunal prend ou a pris connaissance d'office. Chaque partie doit avoir l'occasion de se faire entendre sur l'opportunité de prendre connaissance d'office; de plus, le tribunal doit lui indiquer les sources de renseignements qu'il a utilisées.

Si le juge prend un fait sous sa connaissance d'office, une partie ne peut rapporter une preuve devant le jury visant à contester ce fait. Ce serait faire perdre le temps de la cour que de permettre à un plaideur de contester un fait, lorsque le juge a décidé qu'il ne saurait raisonnablement être contesté. Le juge doit ordonner au jury d'accepter ce fait (par. (4)).

A l'instar de la pratique actuelle, le paragraphe (5) prévoit qu'on peut prendre connaissance d'office d'un fait à toute étape de l'instance: lors des auditions préalables au procès, lors du procès ou lors de l'appel.

TITRE VI—APPLICATION DU CODE

Article 86: L'actuelle *Loi de la preuve au Canada* contient les règles de preuve qui régissent les instances criminelles et les instances évoquées devant la Cour fédérale, de même que les appels de ces décisions portés devant la Cour suprême du Canada. Le paragraphe (1) confère au code le même champ d'application. Le code ne gouvernera pas des domaines de compétence fédérale comme le divorce, les brevets d'invention, les lettres de change et la faillite. En effet, exception faite des problèmes posés par la détermination des limites constitutionnelles dans des affaires évoquées devant les tribunaux provinciaux, la cour doit souvent traiter de l'une ou l'autre de ces questions de concert avec un problème qui relève de la compétence exclusive des provinces. Ainsi, un individu peut dans une seule et même action invoquer un recours contractuel et un recours prévu par la *Loi des lettres de change*. Pour éviter la possibilité qu'un groupe de règles de preuve provinciales et un groupe de règles de preuve fédérales s'appliquent à la même action, le Code ne régira pas ces instances.

Mis à part les règles générales touchant la pertinence et l'exclusion d'une preuve en raison de pertes de temps indues, de préjudice et ainsi de suite, de même que les règles créant un droit au secret, on n'a généralement pas utilisé les règles de preuve lors de la détermination des faits préalables, de la prise de connaissance d'office et des auditions relatives à la détermination des sentences, à l'octroi d'une libération, à l'émission de sommations et de man-

dates, à la remise en liberté sous cautionnement ou sous d'autres formes, ou à l'octroi ou à la révocation d'une ordonnance de probation. Le paragraphe (2) ne change rien à la situation présente.

Article 87: En règle générale, le Code ne s'applique pas aux décisions des organismes administratifs, ceux-ci s'accommodant assez mal des règles de preuve. Aussi est-il préférable que ces tribunaux utilisent les règles de preuve qu'ils jugent appropriées. Cependant, les règles fondamentales relatives à la pertinence et à l'exclusion de preuves interminables, confuses, trompeuses ou préjudiciables, devraient s'appliquer à tout organisme qui fait enquête de façon rationnelle. Il devrait en être de même des règles créant un droit au secret, celles-ci visant à protéger des valeurs sociales importantes qui sont étrangères au processus d'enquête. Le présent article rend ces règles applicables à toute décision relevant d'un organisme administratif fédéral.

TITRE VII—ABROGATION

Article 88: Le droit actuel invite le président du tribunal à donner au jury des directives conformes à la règle de *common law* dégagée par l'arrêt *Hodge*, lorsque la preuve d'une infraction criminelle rapportée au procès est essentiellement circonstancielle. En d'autres termes, avant de pouvoir rendre un verdict de culpabilité, les jurés doivent être convaincus que les circonstances mises en preuve sont non seulement compatibles avec la culpabilité du prévenu, mais qu'elles sont incompatibles avec toute solution logique autre que celle de sa culpabilité. Il semble que le Canada soit le seul pays de *common law* à avoir conservé cette directive. Celle-ci n'ajoute rien à la directive générale voulant qu'avant de condamner un individu, l'arbitre des faits soit convaincu de sa culpabilité au-delà du doute raisonnable. De fait, elle est susceptible de semer la confusion dans l'esprit du jury. Aussi, l'alinéa *a)* abroge-t-il la règle *Hodge*.

L'alinéa *b)* abolit les diverses règles de droit posant la nécessité de corroborer un élément de preuve, ou obligeant à mettre le jury en garde contre le danger inhérent à une preuve non corro-

borée. Le droit actuel interdit de condamner un prévenu sur la foi du témoignage d'un enfant non assermenté ou de celui de la victime de certaines infractions sexuelles, à moins que la déposition de ces témoins ne soit corroborée. En ce qui concerne d'autres catégories de témoins comme le complice, l'enfant qui a été assermenté et la victime de certaines autres infractions sexuelles, le juge doit avertir le jury qu'il peut condamner l'accusé sur la foi de la déposition de ces témoins, mais qu'il est dangereux de le faire si leur témoignage n'est pas corroboré. Enfin, à l'heure actuelle, la déposition d'un seul témoin ne peut suffire à faire condamner quelqu'un pour parjure, trahison et faux. Nous recommandons l'abolition de toutes ces exceptions à la règle générale voulant que la déposition d'un seul témoin apte à rendre témoignage ait suffisamment de valeur juridique pour justifier une condamnation.

L'ensemble du Code se fonde sur l'hypothèse à l'effet que les jurés ont l'expérience et le bon sens nécessaires pour évaluer le témoignage qu'ils ont entendu et qu'en ce faisant ils tiennent compte de facteurs tels que la source de la déposition et l'absence de toute preuve de nature à l'appuyer. Rien ne permet de croire que les jurés sont plus susceptibles de se laisser tromper par la déposition d'un complice, de la victime de certaines infractions sexuelles ou de jeunes enfants, que par celle de n'importe quel autre témoin. De plus, on ne voit pas pourquoi le contre-interrogatoire et la plaidoirie de l'avocat ne peuvent pas mettre en relief les faiblesses inhérentes à la déposition de ces témoins aussi efficacement que les faiblesses inhérentes à la déposition d'autres témoins.

La nécessité de corroboration pour justifier une condamnation sous les accusations de parjure, de trahison et de faux constitue une anomalie historique (*cf.* l'étude préliminaire #11 intitulée «Corroboration»). Il ne subsiste aucune justification valable d'accorder à cet égard un statut spécial à ces trois infractions.

Article 89: Le présent article traite uniquement des lois dont la pertinence est immédiate. Nous n'avons aucunement tenté de faire le tour de tous les amendements accessoires qui peuvent s'imposer.

Le Code embrasse la plupart des dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada*, et celle-ci doit être abrogée. Toutefois, il

conviendrait de conserver dans une loi distincte un certain nombre de dispositions de procédure qu'on trouve dans la *Loi sur la preuve au Canada*. Il en est ainsi des dispositions concernant la preuve qui se rapporte à des instances évoquées dans des tribunaux situés à l'extérieur du Canada, de celles qui régissent la réception d'affidavits à l'étranger et de celles qui adoptent certaines procédures provinciales.

L'article 42 du Code remplace l'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* qui traite du droit au secret de la Couronne.

Les dispositions abrogées par les alinéas *b)* et *d)* consistent dans les règles relatives à la corroboration dont fait état l'article 88. L'article 19(1) de la *Loi sur les jeunes délinquants* concerne l'assermentation des enfants. Il est remplacé par les articles 50 et 51 du Code.

Commentaires sur la structure du Code

Les façons de structurer un Code sont multiples. Le plan du projet de Code, présenté dans le rapport, a reçu l'assentiment de tous les membres de la Commission, car il répond de façon satisfaisante à l'attente des divers groupes auxquels il s'adresse. Cependant la Commission a considéré d'autres possibilités dont les deux qui font l'objet des commentaires suivants.

Commentaire du vice-président Lamer

Tout d'abord, le Titre I contient un chapitre II qui ne regroupe pas, comme son intitulé le laisse supposer, l'ensemble des dispositions générales du Code de la preuve mais seulement deux d'entre elles. De plus, il n'existe aucune raison de ne pas faire passer, à la suite des articles 1 à 3, les articles 86 et 87 qui dans le plan proposé se retrouvent à la fin. Ces deux textes en effet traitent eux aussi de l'application générale des dispositions qui suivent. Il semble préférable d'avertir immédiatement le lecteur du Code, dès le début, du champ exact d'application de celui-ci de façon à ce qu'il puisse immédiatement déterminer s'il doit ou non en continuer la lecture.

En second lieu, le Titre IV porte sur l'«admissibilité» des preuves. Il contient, dans son chapitre I, une juxtaposition faite au hasard des règles d'exclusions. Le Code gagnerait en clarté si

celles-ci étaient regroupées en tenant compte des principes qui sont sous-jacents, comme dans le nouveau plan proposé. De plus, ce même chapitre I n'est pas complet. Il omet de reproduire d'autres règles d'exclusion contenues au Titre V, telles celles exprimées aux articles 62, 63, 64 et 66.

En troisième lieu, le Titre IV ne tient pas compte du fait qu'il existe deux règles fondamentales qui gouvernent la recevabilité des preuves, l'admissibilité traitée au chapitre I du plan, et la contraignabilité, qui elle, est laissée pour compte par le plan proposé et ne se retrouve qu'au Titre V (Modes de preuve).

Enfin, le Titre V comprend, au chapitre II, des règles qui ne portent pas sur le mode de preuve par témoins, tel qu'il a été dit précédemment.

Le plan de rechange proposé nous paraît préférable. Il comprend dans le premier Titre l'ensemble des dispositions générales. Ensuite il établit, d'une manière me semble-t-il plus claire, au Titre IV, les conditions de forme et de fond de la recevabilité des preuves. Quant à ces dernières, il regroupe les règles traditionnelles d'exclusion en tenant compte du but poursuivi par le législateur. Enfin, il dépouille le Titre V portant sur les modes de preuve, de toutes les dispositions qui ne sont pas strictement pertinentes à l'administration du mode de preuve.

CODE DE LA PREUVE

PLAN

		Articles
TITRE	I -- DISPOSITIONS GÉNÉRALES.....	1 à 3, 86 et 87
TITRE	II -- COMPÉTENCE DÉCISIONNELLE EN MATIÈRE DE PREUVE.....	6 à 11
TITRE	III -- FARDEAUX DE PREUVE ET PRÉ- SOMPTIONS	
CHAPITRE	I -- LES FARDEAUX DE PREUVE.....	12 et 13
CHAPITRE	II -- LES PRÉSOMPTIONS.....	14

	Articles
TITRE	IV — CONDITIONS DE LA RECEVABILITÉ DES PREUVES
SOUS-TITRE	I — Authentification et identification..... 46 à 48
SOUS-TITRE	II — Règles d'admissibilité
CHAPITRE	I — DISPOSITIONS GÉNÉRALES..... 4
CHAPITRE	II — PREUVES EXCLUES POUR DES RAISONS DE PROTECTION DE L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE..... 5, 15 et 16
CHAPITRE	III — PREUVES EXCLUES POUR DES RAISONS DE PROTECTION DES DROITS INDIVIDUELS..... 17 à 20 62 à 64 et 66
CHAPITRE	IV — PREUVES EXCLUES POUR LEUR MANQUE DE VALEUR PROBANTE..... 27 à 31
CHAPITRE	V — PREUVES EXCLUES POUR DES RAISONS DE PROTECTION DE CERTAINES POLITIQUES SOCIALES
	A — Transaction, compromis, mesures préventives..... 21 à 26
	B — Droit au secret..... 32 à 45
SOUS-TITRE	III — Règles de contraignabilité..... 54 à 57
TITRE	V — MODES DE PREUVE
CHAPITRE	I — GÉNÉRALITÉS..... 49
CHAPITRE	II — PREUVE PAR TÉMOINS
	A — Généralités..... 50 à 53
	B — Interrogatoire..... 58 à 61 et 65
	C — Expertise et opinion..... 67 à 73
CHAPITRE	III — PREUVE PAR ÉCRIT ET MATÉRIELLE
	A — Généralités..... 74
	B — Contenu des écrits, enregistrement et photos..... 75 à 81
CHAPITRE	IV — CONNAISSANCE D'OFFICE..... 82 à 85
TITRE	VI — ABROGATION..... 88 et 89

Commentaire du commissaire La Forest

Le plan du Code est l'aboutissement d'un travail au cours duquel on a tenté de concilier des points de vue divergents. La distribution particulière des articles ne satisfait donc entièrement aucun des participants. Personnellement, je le trouve adéquat. L'arrangement n'est pas du tout mauvais et, logiquement, il se défend. Si j'ai choisi de faire un commentaire, c'est en raison d'une question plus fondamentale: comment rendre les lois aussi intelligibles que possible.

Je regrette que nous soyons tombés dans le piège d'un plan logique extrêmement structuré, paré d'atours juridiques comme des titres et des chapitres emboîtés les uns dans les autres. Cela est sans doute nécessaire lorsqu'il s'agit de structurer une loi, comme le Code criminel où la matière est considérable. Mais je crois qu'ici ce dont nous avons besoin c'est une structure simple où sont énoncés, au début, les principes de base de la matière du Code et, ensuite, sont traités les aspects particuliers, selon un ordre qu'on peut facilement saisir sans avoir à connaître à fond un plan logique préconçu. La logique sert alors d'instrument utile mais elle n'impose pas son autorité. La matière traitée doit régir la disposition et non l'inverse. Et il faut avoir en vue le groupe auquel on s'adresse.

Différents membres de la Commission ont beaucoup insisté sur la nécessité de rédiger les lois de façon à ce que le profane puisse facilement les comprendre et nous avons, à cet égard, pris certaines mesures décrites dans l'introduction. Je ne suis peut-être pas aussi optimiste que certains de mes collègues quant au degré de réussite possible mais je crois qu'il est important d'œuvrer en ce sens, ce qui pourrait avoir comme conséquence de rendre les lois plus intelligibles aux avocats également. (Cela, ajouté au fait que le Code constitue notre première expérience de rédaction d'un projet de loi, justifie cette façon d'aborder une question qui concerne avant tout les avocats). Je suis toutefois convaincu que, si nous voulons rendre les lois plus claires, nous devons nous préoccuper de l'ordre de présentation plus que nous l'avons fait jusqu'à présent et nous préparer à puiser hors du cadre des principes traditionnels qui régissent la disposition des lois, que ces principes soient inspirés du *common law* ou du droit civil.

La présentation du Code atteint plusieurs des objectifs que j'ai mentionnés. La preuve vise surtout à déterminer les faits qui peuvent être pris en considération dans les procédures judiciaires. En conséquence, le Code – immédiatement après avoir traité du but et de l'interprétation – énonce les principes fondamentaux de la loi de la preuve: que toute preuve pertinente est admissible sous réserve du pouvoir discrétionnaire d'exclure des faits qui peuvent causer un préjudice indu, induire en erreur, obscurcir le débat ou provoquer des pertes de temps. On pourrait arbitrer un litige de façon très efficace en se fondant sur ces deux seuls principes. Plus loin et aux endroits propices, le Code traite, très à propos, d'un nombre de règles générales inhérentes à ces principes fondamentaux, par exemple, les règles que, sous réserve de certaines exceptions déterminées, toute personne est apte à témoigner et peut être contrainte de le faire et qu'un témoin ne peut refuser de témoigner en invoquant le droit au secret. Toutefois, sous d'autres aspects, on s'éloigne de cette méthode simple pour s'en tenir plutôt, d'une façon systématique à la logique. La meilleure façon peut-être de clarifier cette distinction est d'expliquer ce que je reproche à un ordre logique strict si le but est de rendre un texte plus facile à comprendre.

Il faut reconnaître au départ qu'un plan logique formel sera nécessairement quelque peu arbitraire. Certaines règles peuvent de façon tout à fait convenable s'incorporer dans un contexte parmi plusieurs; ainsi les présomptions peuvent être envisagées comme un aspect du fardeau de la preuve ou comme un mode de preuve. D'autres règles peuvent remplir plus d'une fonction; par exemple, l'exclusion d'une preuve relative à des mesures prises subséquentement à un fait en litige peut se justifier parce que des considérations de temps l'emportent sur sa valeur probante, mais elle peut aussi se justifier par un motif qui n'a pas son fondement dans le système judiciaire, à savoir qu'il faudrait favoriser certaines activités.

Plus important encore, lorsqu'on est emprisonné dans le carcan d'un plan logique rigoureux, on a tendance à traiter les matières selon un ordre qui va à l'encontre du bon sens. Le Code en fournit un exemple, qui a peu de conséquence cependant, alors qu'il traite du droit au secret des témoins – ce qui est tout à fait logique en regard de l'admissibilité des preuves – avant de traiter des témoins. Quelqu'un dont la ferveur envers un plan logique

strict serait moindre, s'attendrait plutôt à l'inverse. Une véritable passion de la logique pourrait même exiger que les principes de base du Code, les articles 4 et 5, soient reportés à l'article 15 sous la rubrique «Admissibilité des preuves», comme nous l'avions fait dans une version antérieure.

Réciproquement, l'adhésion stricte à un plan logique préconçu peut empêcher de renvoyer à la fin du Code les dispositions relatives à des questions techniques ou à des matières accessoires, comme par exemple le sujet: «Authentification et identification». De la même façon, quoique plus difficile à répondre, se pose la question de savoir où situer les articles relatifs à l'application du Code. Le sens commun s'accorde avec la logique pour les mettre au début s'ils sont simples, mais lorsqu'ils sont plutôt complexes et formalistes, comme dans le présent Code, on peut en traiter vers la fin comme d'une question technique. Cela évite de minimiser l'importance des premiers articles qui donnent un aperçu général de la matière. Si l'on croit devoir, dès le début, renseigner le lecteur quant à l'application, un simple article sur la «portée» du Code peut être inséré comme article 1, énonçant que le Code s'applique aux procédures tombant sous l'autorité des lois du Canada selon les dispositions contenues aux articles appropriés. Un plan logique formel n'ignore pas les articles étayant la structure. Ainsi l'article 49, qui énonce les modes de preuve, n'ajoute rien à l'article 4; il serait à sa place dans les commentaires.

Je n'ai pas cru nécessaire de rédiger un plan particulier. Comme je l'ai mentionné, mon principal souci est la question fondamentale soulevée au début de mon commentaire. Je ne suis vraiment pas déçu de la disposition générale du Code.

Publications

Nos recherches sur le droit de la preuve ont fait l'objet de nombreuses études dont les suivantes qui furent publiées au cours de la période 1972-75:

- Document préliminaire 1 — L'habilité et la contrainte à témoigner
- Document préliminaire 2 — La forme de l'interrogatoire
- Document préliminaire 3 — La crédibilité
- Document préliminaire 4 — La moralité
- Document préliminaire 5 — La contrainte de l'accusé et l'admissibilité de ses déclarations
- Document préliminaire 6 — Connaissance judiciaire
- Document préliminaire 7 — Opinions et témoignages d'experts
- Document préliminaire 8 — Fardeaux de la preuve et présomptions
- Document préliminaire 9 — Oûi-dire
- Document préliminaire 10 — L'exclusion de la preuve illégalement obtenue
- Document préliminaire 11 — Corroboration
- Document préliminaire 12 — Le secret professionnel devant les tribunaux