

Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada

Groupe de travail sur les témoignages contradictaires : responsabilité pénale relative aux déclarations *K.G.B.* rétractées

Rapport final
Août 2012

Table des matières

Introduction	Page 1
Contexte de la question	Page 1
Bref aperçu des travaux effectués	Page 3
Méfait causé par le témoin qui se rétracte <i>A. Résumé de l'analyse des infractions pertinentes</i> <i>B. Éléments particuliers à considérer – les témoins victimes de violence familiale ou par ailleurs vulnérables</i> <i>C. Conclusion</i>	Page 4
Sondage auprès de poursuivants et de policiers	Page 7
Options <i>A. Options opérationnelles</i> <i>B. Options législatives</i> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Nouvelle infraction pour déclarations contradictoires</i> • <i>Abolition de la corroboration obligatoire en cas de parjure</i> 	Page 11
Conclusion	Page 18
Annexe 1 – Analyse des infractions applicable	Page 20

Introduction

Lors de la réunion annuelle de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, en 2011, la section pénale a adopté la résolution NB2011-02, qui prévoit ce qui suit :

Qu'un groupe de travail de la section pénale soit créé pour étudier et rapporter sur les modifications nécessaires, le cas échéant, de sanctionner la conduite d'une personne qui fourni de la preuve dans une procédure judiciaire contrairement à la preuve déjà fourni dans une déclaration KGB.

Un groupe de travail a été constitué, comptant notamment les membres suivants :

Anthony Allman, Directeur regional, Justice et procureur général, Nouveau-Brunswick
 Catherine Cooper, avocate, Direction des politiques en matière criminelle, Division du droit criminel, ministère du Procureur général de l'Ontario
 Lee Kirkpatrick, coordonnateur des poursuites, ministère de la Justice du Yukon
 Joanne Klineberg, avocate-conseil, Section de la politique en matière de droit pénal, Justice Canada
 Laura Pitcairn, avocate, Service des poursuites pénales du Canada
 Kusham Sharma, procureur de la Couronne, Service des poursuites du Manitoba
 Erin Winocur, avocate, Direction des politiques en matière criminelle, Division du droit criminel, ministère du Procureur général de l'Ontario

Les membres du groupe de travail se sont réunis plusieurs fois par téléconférence au cours de l'année, et ce qui constitue est le fruit de leurs efforts.

Contexte de la question

L'arrêt *R. c. K.G.B.*, [1993] 1 R.C.S. 740 de la Cour suprême du Canada a tenu lieu de point de départ de l'examen de la question. Il s'agissait dans cette affaire d'un jeune homme inculpé de meurtre. Trois autres jeunes gens témoins du meurtre ont été interrogés par la police et ils ont déclaré l'accusé être le meurtrier. Au procès, toutefois, les trois jeunes gens ont rétracté leurs déclarations extrajudiciaires antérieures, affirmant plutôt dans leurs témoignages qu'ils avaient menti à la police quant au rôle joué dans le meurtre par l'accusé. Ce qui était en litige dans *KGB*, c'était l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires des témoins comme preuve de la véracité de leur contenu. Selon la common law en sa teneur au moment du procès de l'accusé, les déclarations antérieures incompatibles étaient uniquement admissibles pour contester la crédibilité des témoins; elles ne l'étaient pas comme preuve de la véracité de leur contenu, puisque les présenter à cette fin aurait enfreint la règle du ouï-dire. Par suite, le juge du procès n'a pas admis les déclarations en cause comme preuve de la véracité de leur contenu et l'accusé a été acquitté.

L'affaire s'est finalement rendue jusqu'en Cour suprême du Canada. Pendant les années qui ont précédé l'examen par elle de l'affaire, la Cour suprême avait commencé à reconnaître, en matière de ouï-dire, l'à-propos d'une démarche plus souple que ne l'autorisait de longue date la common

law. En vertu de celle-ci, pendant des siècles, tout type de oui-dire était exclu à moins d'entrer dans une ou plusieurs catégories rigides préétablies.

On visait avec la nouvelle démarche, énoncée dans les arrêts bien connus *Smith* et *Khan*, à ce que les déclarations extrajudiciaires puissent être admises comme preuve de la véracité de leur contenu lorsque deux conditions de base étaient remplies : (1) il est nécessaire d'admettre la déclaration extrajudiciaire au procès, et (2) la déclaration comporte des indices suffisants de fiabilité¹. On répond valablement aux préoccupations à la source de la règle restrictive du oui-dire lorsque la déclaration respecte le double principe de la nécessité et de la fiabilité.

S'appuyant sur ces arrêts et la nouvelle démarche fondée sur des principes en matière de oui-dire, la majorité des juges de la Cour suprême ont fait évoluer le droit encore davantage dans l'arrêt *KGB* quant à la sous-catégorie de la règle du oui-dire dite des « déclarations antérieures incompatibles ». La Cour suprême a ainsi statué que de manière générale les déclarations antérieures incompatibles d'un témoin pouvaient être produites comme preuve de la véracité de leur contenu si elles étaient jugées être nécessaires et fiables, comme il en avait été décidé de manière plus générale dans les arrêts *Smith* et *Khan*.

La Cour suprême a déclaré plus précisément qu'il fallait adapter la norme de la fiabilité en fonction du contexte particulier des déclarations d'un témoin faites à la police. Un problème de fiabilité inhérent (et relativement manifeste) découle des déclarations antérieures incompatibles, comme un même témoin a donné deux versions contradictoires des mêmes faits. Cela étant, la Cour suprême a dit estimer que l'existence des trois conditions suivantes pouvait fournir des garanties de fiabilité suffisantes pour que la déclaration faite par un témoin à la police soit ensuite admise au procès comme preuve de la véracité de son contenu :

1. la déclaration est faite sous serment ou affirmation solennelle;
2. une mise en garde est donnée au témoin avant qu'il ne fasse sa déclaration, quant aux infractions dont il pourrait être inculpé s'il faisait une déclaration qu'il sait être fausse;
3. la déclaration est enregistrée sur bande vidéo.

La Cour a laissé ouverte la possibilité du recours à d'autres facteurs que les indices ci-dessus de fiabilité².

L'élément requis de la nécessité est présent dans les cas où le témoin répudie sa déclaration antérieure au moment où il témoigne au procès; cette déclaration n'étant plus disponible, il devient ainsi nécessaire qu'elle puisse être présentée en preuve³. Le fait que le témoin soit présent en cour et puisse donc être contre-interrogé réduit les dangers les plus importants associés à l'admission de la preuve par oui-dire.

¹ *R. c. Smith* [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Khan* [1990] 2 R.C.S. 531.

² La Cour suprême a d'ailleurs statué quelques années plus tard que la déclaration antérieure incompatible d'un témoin pouvait être admise en preuve lorsque les trois conditions n'étaient pas réunies mais que d'autres facteurs donnaient une assurance suffisante quant à la fiabilité de la déclaration extrajudiciaire : *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764.

³ De façon préliminaire, la déclaration antérieure incompatible doit être telle qu'elle aurait aussi été admissible s'il s'était agi du seul témoignage du témoin (p. ex., si le contenu de la déclaration est protégé par le secret professionnel de l'avocat, cette déclaration ne serait pas admissible en tant que témoignage direct du témoin, et n'est donc pas admissible en tant que déclaration relatée).

Une jurisprudence et des commentaires de doctrine abondants ont suivi la décision de la Cour suprême, qui portaient sur des questions plus particulières soulevées par l'admission des déclarations de type KGB (comme elles sont désormais communément appelées) faites par des témoins qui se rétractent ensuite à la barre. Si importantes et intéressantes que soient cette jurisprudence et cette doctrine, le mandat du groupe de travail n'a toutefois aucun lien avec la règle du ouï-dire. *Le mandat du groupe de travail est plutôt d'examiner si les infractions criminelles existantes sont appropriées pour contrer les perturbations et le préjudice causés au processus judiciaire, et de manière plus générale à la bonne administration de la justice, lorsqu'un témoin qui a donné une certaine version des faits à la police, dans une déclaration de type KGB, donne ensuite devant le tribunal une version contradictoire.*

Bref aperçu des travaux effectués

La première tâche du groupe de travail a été d'établir et d'évaluer le caractère approprié de toutes les infractions existantes susceptibles de s'appliquer à l'égard d'un témoin qui se rétracte (déclaration de type KGB).

Le groupe de travail a aussi jugé nécessaire d'obtenir des renseignements « sur le terrain » quant aux conséquences des déclarations de type KGB sur le processus judiciaire, et quant à la décision prise par les poursuivants de poursuivre ou non, et dans quelles circonstances, le témoin qui s'est rétracté. À cette fin, les membres du groupe ont interrogé un petit échantillon de poursuivants de leur administration sur leur expérience des déclarations de type KGB. Après examen des réponses reçues, le groupe de travail a également estimé qu'il pourrait être utile d'obtenir davantage d'information sur la prise des déclarations de type KGB par la police. Essentiellement, le groupe de travail souhaitait établir si et dans quelle mesure l'on prenait en compte différents facteurs et l'on recourait à des pratiques précises lorsque le témoin se classait plus particulièrement dans la catégorie des plaignants dans des affaires de violence familiale. Les résultats de ces enquêtes seront exposés plus loin.

Alors qu'il s'adonnait à ces diverses démarches et études, le groupe de travail discutait sans cesse d'options qui pourraient être examinées en vue d'améliorer le droit. Il semble bien qu'il existe un petit nombre de solutions législatives pour certains éléments particuliers des problèmes relevés. Il est toutefois manifeste que la façon la plus directe de s'attaquer au problème consisterait à créer une nouvelle infraction ciblant directement le témoin qui contredit en cour la déclaration de type KGB qu'il a faite précédemment. D'ailleurs, on proposait la création d'une telle infraction dans la résolution, en sa version initiale, qui a conduit à la mise sur pied du groupe de travail. La CHLC a par la suite modifié cette résolution, proposant cette fois un groupe de travail qui devrait étudier la question de manière générale; il n'en demeure pas moins que, lorsque le groupe de travail a débuté ses travaux, l'option visant l'établissement d'une infraction distincte nouvelle se trouvait en tête de ses réflexions.

Le groupe de travail a reconnu l'important préjudice que les témoins qui se rétractent à la « KGB » peuvent occasionner au procès en cause, de manière particulière, et à l'administration de la justice, de manière plus générale, mais les membres du groupe ont aussi relevé certaines préoccupations importantes, de l'ordre des politiques soulevées par la criminalisation d'un

comportement tel que celui d'un témoin qui se rétracte. Il n'y a finalement pas eu consensus sur cette recommandation, ou toute autre, au sein du groupe de travail. Le groupe de travail espère plutôt qu'en exposant les enjeux et l'analyse qui a été faite, cela pourra alimenter une discussion constructive parmi tous les membres de la Conférence pour l'harmonisation des lois.

Méfait causé par le témoin que se rétracte

A. Résumé de l'analyse des infractions pertinentes

Nous allons maintenant donner un résumé de l'évaluation par le groupe de travail du caractère adéquat des dispositions existantes pour s'attaquer au problème des témoins qui se rétractent.

Le point de départ du groupe de travail, ce furent les motifs suivants dans lesquels le juge en chef Lamer, s'exprimant pour la majorité dans *KGB*, a relevé la plupart des infractions qui pourraient s'appliquer dans les circonstances :

Le témoin qui raconte une histoire à la police et une autre au procès s'expose actuellement à des poursuites en vertu des art. 139 (entrave à la justice) et 140 (méfait public) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. En outre, à la suite de la décision de notre Cour en l'espèce, les déclarations antérieures qui répondent aux critères d'admissibilité seront utilisées comme preuve de fond au procès; en conséquence, le témoin qui fait une fausse déclaration sera aussi passible de poursuites en vertu de l'art. 137 (fabrication de preuve) après avoir été informé que la déclaration peut être utilisée au procès, et qu'en fait elle le sera, s'il se rétracte⁴.

Il est également manifeste que si un témoin fait sciemment un faux témoignage en cour, il sera aussi passible de poursuites pour l'infraction de parjure (article 131 du *Code criminel*). En outre, la situation qui nous occupe a de nombreuses similitudes avec celle du témoin qui rend des témoignages contradictoires, soit l'infraction visée à l'article 136 du *Code criminel*; le groupe de travail a donc également examiné si cette dernière infraction pouvait être applicable.

L'analyse complète des infractions pertinentes figure à l'annexe 1. En quelques mots, l'observation des infractions qui pourraient s'appliquer à la situation du témoin de type *KGB* qui se rétracte attire immédiatement l'attention sur le fait que certaines infractions visent l'inconduite commise dans le cadre de l'enquête criminelle menée par la police, et certaines autres l'inconduite commise dans le cadre du procès. Il ressort aussi de l'éventail des infractions possibles que deux scénarios de base mettent en cause le témoin qui se rétracte : (1) le témoin dit la vérité à la police puis, au procès, il revient sur son récit véridique pour dire des mensonges, ou (2) le témoin ment initialement à la police puis, au procès, il se rétracte et dit la vérité dans son témoignage⁵. Les infractions pertinentes visent les méfaits contre l'administration de la justice, à l'étape soit de l'enquête, soit du procès. Fait exception l'infraction d'entrave à la justice, qui vise les méfaits à l'une et l'autre étape du processus pénal.

⁴ [1993] 1 R.C.S. 740, paragraphe 88.

⁵ Un autre scénario possible, c'est celui du témoin qui ment aux deux étapes, ces mensonges se contredisant toutefois les uns les autres.

Les éléments communs de ces infractions sont : (1) l'exigence d'une preuve de l'intention de tromper, (2) la nécessité d'un lien entre l'intention de tromper et l'énoncé d'une fausse déclaration et (3) la preuve à faire de la fausseté de la déclaration.

Il s'avère dans divers cas particuliers que les deux possibilités objectives quant au moment où le témoin dit la vérité ou use de tromperie cadrent imparfaitement avec les éléments de preuve dont on dispose en pratique pour étayer les accusations. Lorsqu'il est confronté à une rétractation au procès, plus particulièrement, le ministère public peut soit (1) avoir des raisons de croire, preuves à l'appui, que le témoin a menti à la police (et dit la vérité au procès), soit (2) avoir des raisons de croire, preuves à l'appui, que le témoin a dit la vérité à la police (et menti à la barre), soit encore (3) ne pas avoir de raisons suffisantes de préférer une possibilité à l'autre, ni d'éléments de preuve étayant davantage une possibilité que l'autre.

On peut se retrouver dans ce dernier scénario – où il existe des éléments de preuve insuffisants pour départager le faux du vrai dans les déclarations contradictoires – dans les cas, par exemple, où il y avait un seul témoin des événements et aucun autre élément de preuve n'est disponible, ou lorsque les déclarations contradictoires cadrent autant, l'une et l'autre, avec les autres éléments de preuve disponibles.

Lorsque la contradiction trait à un fait pertinent, il est très probable que soit le témoin a trompé la police à l'enquête lorsqu'il a fait son allégation (ce que visent l'entrave à la justice, le méfait public ou la fabrication de preuve), soit le témoin a trompé la cour lorsqu'il a démenti l'allégation dont il avait attesté la véracité précédemment (et a commis de la sorte un parjure). *D'une manière ou d'une autre et à un moment donné*, le témoin qui s'est rétracté a nui indûment à la bonne administration de la justice et a porté gravement atteinte au processus judiciaire. Malgré tout, dans les divers cas où l'on ne dispose pas d'éléments de preuve additionnels suffisants pour étayer des accusations, quant aux caractéristiques précises (temps et manière) du comportement trompeur, ou lorsque les éléments de preuve additionnels disponibles concordent tant avec l'un ou l'autre des scénarios, il semble qu'on ne puisse pas porter d'accusation en l'absence d'une probabilité raisonnable d'obtenir une déclaration de culpabilité.

Selon le groupe de travail, lorsqu'une personne relate une version des faits différente à la police et à la cour, elle fait preuve d'une duplicité qui porte atteinte à la bonne administration de la justice. Le défi toutefois posé par cette duplicité c'est que, quand bien même l'on disposerait actuellement dans le *Code criminel* de divers moyens juridiques pour s'y attaquer, comme l'infraction de parjure ou d'entrave à la justice, la réalité pratique est que l'incapacité à prouver laquelle des deux déclarations est fausse empêche d'engager des poursuites face au méfait commis. Les préoccupations soulevées par cette situation sont de deux ordres. Premièrement, l'absence de mécanisme pour s'attaquer à ce type de comportement est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Deuxièmement, ce type de comportement de la part de témoins peut empêcher le système de justice de réagir aux risques importants pour la sécurité personnelle de ces témoins.

L'affaire *R. c. John* portée devant la Cour de justice de l'Ontario peut illustrer ces deux types de risques⁶. Il y a eu une fusillade le 22 janvier 2009 à la station de métro Osgoode à Toronto. Un certain Lloyd Francis a subi deux blessures par balle, l'une à l'abdomen et l'autre dans le haut de la

⁶ [2010] O.J. n° 4738.

jambe; il a heureusement survécu. La principale question en litige au procès a été celle de l'identification. La preuve à charge comportait des éléments d'identification autres que le témoignage de M. Francis; ces éléments, toutefois, ne suffisaient pas pour établir l'identité du tireur. Le témoignage de M. Francis relativement à l'identité du tireur était donc essentiel pour garantir la viabilité de la poursuite. M. Francis avait initialement identifié le tireur dans une déclaration de type *KGB*, mais il s'est ensuite rétracté sur ce point au procès. Bien que le juge du procès ait admis la déclaration de type *KGB* comme preuve de la véracité de son contenu, la cour a finalement conclu que le ministère public n'avait pas prouvé l'identité du tireur hors de tout doute raisonnable et l'accusé, M. John, a été acquitté. Notons, au paragraphe 46, la mention du fait qu'au moment où il a fourni sous serment sa déclaration de type *KGB* enregistrée sur bande vidéo, M. Francis avait été averti que [TRADUCTION] « toute fausse déclaration pourrait donner lieu à des accusations d'entrave à la justice, de méfait public ou de "fabrication de preuve" ». Cette affaire était toutefois de la catégorie de celles, mentionnée plus haut, où le ministère public ne pouvait pas prouver en fonction de la norme requise laquelle des déclarations de M. Francis était fausse, et ne pouvait donc prouver que leur incompatibilité.

On peut comprendre que M. Francis ait pu avoir peur de témoigner contre le tireur. La cour relève d'ailleurs (au paragraphe 96) le commentaire de M. Francis dans son témoignage selon lequel [TRADUCTION] « son voisinage est violent et il craint pour sa famille et pour sa vie ». De la sorte, si même une infraction pouvait s'appliquer au comportement de M. Francis, le ministère public aurait encore à se demander dans quelle mesure, compte tenu de toutes les circonstances, il serait dans l'intérêt public que des poursuites soient engagées.

B. Éléments particuliers à considérer – les témoins victimes de violence familiale et autres témoins vulnérables

Le groupe de travail reconnaît que, si bien des victimes de violence et des témoins craignant des représailles sont peu inclinés, par peur, à témoigner contre l'accusé, les victimes de violence de la part d'un partenaire intime subissent de multiples pressions à caractère unique lorsqu'elles doivent témoigner contre ce partenaire. Ces pressions sont notamment d'ordre financier, social et culturel. Il est particulièrement difficile de témoigner contre le père de ses enfants ou sa seule source de stabilité financière, surtout lorsque d'autres membres de la collectivité incitent activement à ne pas participer au processus judiciaire. Le groupe de travail est toutefois aussi conscient de la gravité de bien des crimes commis dans le cadre d'une relation intime, ainsi que de la vulnérabilité des personnes qui en sont victimes lorsque le système de justice n'est pas en mesure d'offrir une protection.

L'affaire britannique *A c. R*⁷ aide à comprendre le défi posé par la victime vulnérable qui se rétracte. « A », nommée « Sarah » par les médias britanniques, avait porté plainte pour viol contre son mari. Sarah a par la suite retiré sa plainte, pour ensuite la déposer à nouveau, et enfin affirmer une fois encore que la plainte était sans fondement. Il y a eu arrêt des procédures contre le mari de Sarah (et celles-ci n'ont jamais été engagées à nouveau). Quant à elle, Sarah a été poursuivie pour avoir entravé le cours de la justice en portant une fausse accusation de viol. Sarah a ensuite demandé conseil à un avocat, puis a de nouveau affirmé qu'elle avait été violée. Sarah a alors été inculpée sous deux chefs d'accusation d'entrave au cours de la justice. Le premier chef d'accusation visait sa

⁷ [2012] EWCA Crim 434.

déclaration relative au viol, et le second sa déclaration portant qu'elle n'avait pas été violée. Sarah a plaidé coupable à la seconde accusation (avoir entravé le cours de la justice en disant qu'elle n'avait pas été violée alors qu'en fait elle l'avait été, c.-à-d. une rétraction). Le ministère public a retiré l'autre chef d'accusation. Sarah s'est vue infliger une peine de huit mois d'emprisonnement, qui a toutefois été convertie en appel en une peine non privative de liberté. Sarah a néanmoins purgé trois semaines de la peine d'emprisonnement. Elle a fait appel de la décision de la Cour d'appel, et l'audience est en instance devant la Cour suprême du Royaume-Uni.

L'affaire a été très médiatisée, et dans sa foulée, le Crown Prosecution Service du Royaume-Uni a formulé la nouvelle ligne directrice suivante :

[TRADUCTION]

[Les procureurs] devraient éviter, dans une même affaire, de porter deux chefs d'entrave au cours de la justice qui soient mutuellement incompatibles, en laissant ensuite au jury le soin de choisir celui des deux qu'il préfère (*Tsang Ping-Nam v. R.* (1982) 74 Cr. App. R. 139).⁸

C. Conclusion

Selon le groupe de travail, ainsi, les difficultés pratiques occasionnées par l'absence d'éléments de preuve dans certaines affaires où un témoin se rétracte rendent peu adéquates les solutions *juridiques* existantes au problème. Malgré les préoccupations particulières à prendre en compte lorsqu'il s'agit de décider de poursuivre ou non les témoins pouvant également être des victimes, c'est dans ce type de scénario que, de l'avis du groupe de travail, d'importants méfaits sont le plus susceptibles d'être commis contre l'administration de la justice. C'est sur ce type de méfait qu'a porté l'essentiel de l'analyse du groupe de travail.

Sondage informel auprès de poursuivants et de policiers

Poursuivants

Pour tenter de réunir plus de renseignements sur des affaires mettant en cause des témoins qui contredisent leur déclaration antérieure au cours de leur témoignage durant le procès, les membres du Groupe de travail ont procédé à un sondage informel auprès des poursuivants de leur administration. Les questions posées aux poursuivants étaient les suivantes :

1. *Lorsqu'un témoin de type KGB se rétracte dans une affaire qui n'implique pas de la violence familiale, règle générale, cherchez-vous à faire admettre la déclaration de type KGB?*
2. *Lorsqu'un témoin de type KGB se rétracte dans une affaire de violence familiale, règle générale, cherchez-vous à faire admettre la déclaration de type KGB?*
3. *Lorsque vous cherchez à faire admettre la déclaration de type KGB (pour chaque type d'affaire), règle générale, la déclaration est-elle admise?*

⁸ Ligne directrice du Service des poursuites de la Couronne du R.-U. concernant l'entrave au cours de la justice – accusations à porter dans les affaires mettant en cause des allégations de viol ou de violence familiale.

4. *Lorsque la déclaration de type KGB est admise (pour chaque type d'affaire), règle générale, obtenez-vous une déclaration de culpabilité?*
5. *Lorsqu'un témoin de type KGB se rétracte (pour chaque type d'affaire), règle générale, dans quel pourcentage d'affaires la rétractation perturbe-t-elle le procès de façon appréciable? (Ici, la perturbation peut comprendre la perte de confiance à l'égard de la thèse du ministère public sur l'affaire et(ou) un retard et toute autre chose qui pourrait être vue comme une perturbation du point de vue du ministère public.)*
6. *Dans quel pourcentage des situations de rétractation de témoin (pour chaque type d'affaire) avez-vous tenté d'instituer une poursuite contre le témoin par rapport à sa contradiction? Quels facteurs avez-vous pris en considération pour déterminer la pertinence de poursuivre? Si vous avez éprouvé des problèmes au niveau de la poursuite du témoin, de quelle nature étaient-ils?*
7. *Dans quel pourcentage des affaires (pour chaque type d'affaire) chercheriez-vous à intenter une poursuite si une infraction distincte était créée pour le fait de donner au procès un témoignage qui contredit une déclaration de type KGB?*

Le sondage a produit un échantillon restreint, mais utile, de réponses. Ces dernières ont révélé des résultats intéressants; certaines questions ont suscité des réponses extrêmement variées tandis que d'autres ont engendré des réponses très similaires. Dans l'ensemble, les réponses ont semblé confirmer les préoccupations relatives à l'incidence négative de la rétractation d'un témoin sur l'administration de la justice et le déroulement du procès. Elles ont aussi poussé les membres du Groupe de travail à s'interroger sur la mesure dans laquelle les pratiques policières sont homogènes dans différentes administrations et(ou) dans différents services et détachements de police. Ces interrogations ont incité les membres du Groupe de travail à tenter d'obtenir des renseignements supplémentaires en s'adressant directement à des policiers (voir ci-dessous).

Par exemple, en répondant à la question 1, certains poursuivants ont dit que les policiers de leur administration prennent très rarement des déclarations de type *KGB* ou que celles-ci sont rares dans des situations de violence non familiale ou qu'ils avaient personnellement peu d'expérience des éléments de preuve de cette nature. D'autres répondants ont semblé indiquer que dans leur travail, ils envisageraient en général d'introduire en preuve une déclaration de type *KGB* après avoir pris en compte les éléments pertinents au cas par cas. Les facteurs pertinents comprenaient la probabilité d'une déclaration de culpabilité, l'existence d'une preuve corroborante et d'un intérêt public à procéder sans la coopération du témoin. Quant à la production en preuve de déclarations de type *KGB* prises dans des affaires de violence familiale (question 2), une fois encore, les réponses variaient quelque peu : un certain nombre de répondants ont mentionné que la décision de tenter de produire de la déclaration de type *KGB* peut être prise en fonction de facteurs pertinents, notamment la gravité de l'allégation, la gravité de la rétractation, l'existence d'autres éléments de preuve, le fait que le témoin était également le plaignant dans l'affaire et que le délinquant était un délinquant « ciblé » ayant des antécédents de violence.

Dans l'ensemble, les réponses aux questions 1 et 2 semblent indiquer que la prise de déclarations de type *KGB* ne fait pas partie des pratiques d'enquête typiques des policiers et demeure relativement rare.

En ce qui concerne la probabilité de faire admettre au procès une déclaration de type *KGB* lorsque le témoin se rétracte (question 3), les réponses étaient relativement homogènes; la plupart des répondants ont dit que la déclaration était toujours ou presque toujours admise en preuve. Selon quelques répondants, la probabilité de faire admettre la déclaration en preuve était plus près de 50 p. cent.

La question 4 visait à établir si le ministère public obtient souvent une déclaration de culpabilité, lorsque la déclaration de type *KBG* est admise en preuve. De nouveau, les réponses variaient :

- certains répondants ont dit qu'une déclaration de culpabilité suit généralement l'admission en preuve de la déclaration de type *KGB*;
- d'autres répondants ont dit que la déclaration de culpabilité était susceptible de suivre l'admission en preuve de la déclaration seulement lorsqu'il y a d'autres preuves corroborantes;
- d'après d'autres répondants, une déclaration de culpabilité suit dans environ 50 p. cent des cas.

Le degré d'homogénéité des réponses était plus élevé à la question 5 qui cherchait à savoir si, lorsqu'un témoin se rétracte, la rétractation « perturbait de façon appréciable » le déroulement du procès. Tous les répondants ont répondu que dans la totalité (ou pratiquement la totalité) des affaires, la rétractation a effectivement une incidence considérable sur le déroulement du procès.

Fait intéressant, à la question de suivi (question 6), c'est-à-dire si les poursuivants ont tenté d'instituer une poursuite contre le témoin pour sanctionner la conduite qui avait considérablement perturbé le déroulement du procès, pratiquement tous les répondants ont mentionné que les témoins qui s'étaient rétractés ne sont presque jamais l'objet de poursuites criminelles pour avoir contredit leur déclaration antérieure lors du procès. Selon un répondant, des poursuites peuvent être intentées contre ces témoins dans 10 p. cent des cas, mais c'était là le pourcentage cité le plus élevé. La plupart des répondants ont dit ne jamais avoir eu connaissance de poursuites de cette nature, ou d'une poursuite seulement. De nombreux procureurs ont évoqué des préoccupations relatives à « l'intérêt public » lorsqu'il est question de poursuivre la plaignante dans une affaire de violence conjugale. Un poursuivant a mentionné qu'il n'envisagerait d'intenter des poursuites dans un tel cas que s'il croyait que la plainte initiale était une fabrication (et donc pas dans les cas où il croit qu'il s'agit d'une fausse rétractation en cour). Des répondants ont fourni des renseignements supplémentaires. Par exemple, l'un d'eux a dit qu'il est difficile de poursuivre parce que les rétractations sont souvent ambiguës, c'est-à-dire que les témoins qui se rétractent « relatent rarement une histoire tout à fait contradictoire », ou la rétractation de la déclaration antérieure est de l'ordre de « je ne me souviens pas » ou « j'étais soûl ».

Enfin, la question 7 cherchait à savoir si les répondants seraient disposés à intenter des poursuites dans des situations de rétractation si une infraction distincte ciblait le témoin qui, en cour, contredit une déclaration antérieure faite hors cour à la police conformément au processus de type *KGB*. Fait intéressant, les réponses à cette question étaient généralement homogènes. Ainsi, la plupart des répondants ne croyaient pas qu'ils porteraient très souvent des accusations pour une telle infraction. De nombreux répondants se situaient quelque part entre 0 p. cent et au plus 30 p. cent. Un seul répondant a indiqué une probabilité aussi élevée que 30 p. cent, mais

seulement si l'infraction était hybride. Beaucoup de répondants ont évoqué de nouveau des préoccupations relatives à l'intérêt public, en ce qui concerne la pertinence de poursuivre les victimes, une pratique qui pourrait être vue comme une nouvelle victimisation ou un défaut de faire preuve d'une sensibilité suffisante aux pressions que certains témoins peuvent subir. Quelques répondants ont dit qu'ils ne poursuivraient jamais une victime qui se rétracterait, mais qu'ils envisageraient d'intenter des poursuites contre d'autres témoins que la victime. De l'avis d'un répondant, la création d'une infraction « pourrait réduire le risque de rétractation ». Enfin, un nombre restreint de répondants ont mentionné que des politiques en matière de poursuite seraient nécessaires pour aider à guider l'utilisation d'une nouvelle infraction de cette nature. Ils ont renvoyé à cet égard aux nombreux facteurs et considérations de tout ordre qui sont actuellement pris en compte pour décider de la pertinence et de la façon de porter des accusations contre des témoins.

Dans l'ensemble, les réponses que le Groupe de travail a reçues ont justifié les préoccupations relatives aux troubles qu'un témoin provoque lorsqu'il se rétracte ou refuse d'adopter les déclarations qu'il a faites auparavant; dans la totalité ou la presque totalité des cas, les procureurs font face à une perturbation considérable du déroulement du procès. Il ne fait aucun doute que dans de telles situations, la conduite du témoin a une incidence négative sur l'administration de la justice.

Cependant, les réponses ont aussi justifié les préoccupations relatives à la possibilité d'intenter des poursuites contre des témoins qui se rétractent, même si leur conduite perturbe gravement le procès. Fait intéressant, à la question hypothétique concernant la possibilité de poursuivre un témoin s'étant rétracté si une infraction distincte, de nombreux répondants ont dit qu'ils n'institueraient jamais de poursuites contre une victime de violence conjugale qui se rétracte; en ce qui concerne les autres catégories de victimes, le consensus semblait s'être arrêté sur le fait qu'une poursuite de cette nature ne serait envisagée que dans un faible pourcentage des cas.

Policiers

Les constatations issues du sondage mené auprès des procureurs ont poussé les membres du Groupe de travail à conclure qu'ils auraient besoin d'autres renseignements sur la prise des déclarations de type *KGB* par la police pour poursuivre leurs travaux. En particulier, les membres du Groupe de travail souhaitaient obtenir des renseignements sur les différences potentielles en fait de pratiques ou du traitement réservé aux différentes catégories de témoins qui font des déclarations de type *KGB*, notamment des témoins qui sont des victimes de violence conjugale par rapport aux témoins qui sont des victimes d'autres types d'actes criminels ou qui ne sont pas du tout des victimes de l'acte criminel en cause. Les membres du Groupe de travail souhaitaient aussi obtenir les points de vue des personnes visées par le sondage sur la possibilité que la création d'une infraction ait une incidence sur les pratiques policières par rapport à l'enregistrement de déclarations de type *KGB* et sur la coopération des témoins avec la police. Les membres du Groupe de travail ont aussi convenu de demander aux agents de liaison auprès de la police au sein de leur administration quant à la prise de déclarations de type *KGB* auprès de ces différentes catégories de témoins.

Malheureusement, le Groupe de travail n'a pu obtenir plus que quelques réponses de policiers. Le nombre restreint de réponses incite les membres du Groupe de travail à penser qu'une consultation supplémentaire auprès de policiers serait très utile pour mieux comprendre la dynamique de l'enregistrement de déclarations de témoins en vue de rétractations possibles.

Parmi les réponses obtenues, la plupart des répondants étaient généralement d'accord qu'une infraction visant la rétractation d'une déclaration antérieure de type *KGB* :

- ne modifierait pas les pratiques policières à l'égard de l'enregistrement des déclarations de type *KGB*;
- n'inciterait pas les témoins à se montrer moins coopératifs avec les enquêtes policières (de nombreux répondants ayant fait remarquer que le processus de type *KGB* exige déjà que le témoin soit mis en garde contre le mensonge et les infractions potentielles qui s'y rattachent);
- ne réduirait pas la probabilité ni la fréquence des rétractations.

Un répondant a dit souhaiter la création d'une infraction distincte de mentir au cours d'une déclaration de type *KGB*, lorsqu'il est possible de prouver le mensonge ou lorsque le témoin donne ultérieurement un témoignage contradictoire. Selon ce répondant, la spécificité de l'infraction pourrait être précieuse, au-delà de l'accusation disponible d'entrave au travail de policiers. Un autre répondant estimait qu'une nouvelle infraction pourrait augmenter le nombre de déclarations de type *KGB* faites à des policiers. Un autre répondant a dit craindre qu'une telle infraction décourage des gens de faire des déclarations en premier lieu et que si cela devrait être le cas, ce serait désavantageux puisque toutes les déclarations peuvent être utiles aux enquêtes, y compris celles qui sont fausses.

Plusieurs policiers (qui semblaient travailler dans le domaine de la violence conjugale) ont exprimé des préoccupations au sujet de la création d'une nouvelle infraction qui, à leur avis, ne serait pas utile. Pour un répondant, « ce serait mal de criminaliser » la rétractation d'une victime de violence conjugale car il croit que ces victimes se rétractent parce qu'elles ne peuvent composer avec les pressions engendrées par les accusations. Un autre répondant a exprimé à peu près le même avis. Selon lui, dans la plupart des cas, la plainte faite à la police est légitime et plusieurs facteurs influent sur les fausses rétractations, par exemple les pressions financières dues à l'absence de l'accusé du domicile et les conséquences négatives de la poursuite pour les enfants de la victime ou pour la victime elle-même. Les répondants s'interrogeaient sur la pertinence d'accuser la victime d'un crime dans de telles circonstances.

Options

À la lumière des troubles qui peuvent découler d'un sous-ensemble de situations de rétractation de type *KGB*, possibilité confirmée par les réponses au sondage mené auprès de policiers et de poursuivants, les membres du Groupe de travail ont voulu cerner des options possibles pour régler le problème.

Options opérationnelles

L'affaire britannique *R. c. A.* susmentionnée soulève la possibilité d'utiliser des pratiques d'inculpation créatives pour inculper un témoin qui, dans son témoignage au procès, rétracte une déclaration qu'il a donnée à la police. Le Groupe de travail a cerné et examiné deux stratégies possibles pour régler les cas de rétractation de témoins au moyen de pratiques d'inculpation créatives à l'égard de l'infraction d'entrave à la justice :

1. déposer deux chefs d'accusation, un pour chacune des déclarations, c'est-à-dire une accusation d'entrave à la justice par rapport à la déclaration de type KGB et une accusation d'entrave à la justice pour le témoignage en cour;
2. déposer un chef d'accusation d'entrave à la justice qui couvrirait les deux déclarations.

Stratégie 1 : Déposer deux chefs d'accusation, un pour chacune des déclarations, c'est-à-dire une accusation d'entrave à la justice par rapport à la déclaration de type KGB et une accusation d'entrave à la justice pour le témoignage en cour.

Dans l'arrêt *R. c. A.*, la Cour d'appel britannique a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre Sarah. La légalité de déposer un acte d'accusation renfermant des chefs d'accusation mutuellement incompatibles n'a pas été abordée. Toutefois, dans l'arrêt *Tsang Ping-Nam c. R.* (1982) 74 Cr. App. R. 139, où le ministère public a aussi déposé des chefs d'accusation incompatibles pour tenter de surmonter l'impossibilité de prouver laquelle des deux déclarations contradictoires était fausse, le Conseil privé a signalé qu'au terme de l'argumentation du ministère public, une demande de non-lieu aurait pu être présentée puisque le ministère public n'aurait pas réussi à présenter des preuves et a affirmé à la page 3 :

[TRADUCTION] [...] aussi répugnant soit-il de permettre à un policier, s'étant lui-même avoué corrompu, d'échapper à une déclaration de culpabilité pour ses activités gravement corrompues, il était tout à fait illégitime pour le ministère public de chercher à surmonter ses difficultés en matière de preuve en portant des accusations pour tentative de détournement du cours de la justice à partir de ce moyen subsidiaire.

Si une cour canadienne était saisie d'un acte d'accusation renfermant deux chefs relatifs à des déclarations contradictoires en l'absence de preuve que l'une ou l'autre est fausse, il est probable qu'une requête en non-lieu serait accueillie. Il faut se demander si un poursuivant dans un tel dossier aurait même une probabilité raisonnable d'obtenir une déclaration de culpabilité sur l'un ou l'autre des chefs d'accusation.

Les membres du Groupe de travail ont examiné la mesure dans laquelle l'arrêt *R. c. Thatcher* [1987] A.C.S. no 22 de la Cour suprême du Canada pourrait être invoquée pour faciliter la poursuite de ce type d'affaire. Dans l'affaire *Thatcher*, le ministère public a présenté deux thèses sur la façon dont M. Thatcher a tué sa femme : soit il l'avait lui-même tuée soit il avait embauché une personne pour la tuer. En interprétant les dispositions du *Code criminel* relatives aux participants à une infraction (art. 21), la Cour suprême du Canada a conclu qu'il était libre au ministère public de présenter différentes thèses sur la façon dont l'accusé a commis l'infraction parce que l'art. 21 est destiné à

rendre juridiquement sans importance la différence entre le fait d'aider et d'encourager à commettre une infraction et le fait de la commettre personnellement (par. 68).

Plusieurs facteurs énoncés dans l'arrêt *Thatcher* donnent à penser que les principes appliqués en l'espèce, qui permettent au ministère public d'avancer différentes thèses, ne s'appliquent pas aux situations dans lesquelles un témoin donne un témoignage qui contredit sa déclaration de type *KGB*.

- Dans l'arrêt *Thatcher*, des éléments de preuve étayaient les deux thèses.
- Thatcher était accusé d'un chef d'homicide. Les thèses différentes représentaient différentes façons de perpétrer la même infraction plutôt que des infractions mutuellement incompatibles. En vertu de l'art. 21, ces deux façons étaient légalement identiques et devraient être traitées comme une seule façon d'engager la responsabilité criminelle. (par. 72)
- La cour a fait remarquer que si M. Thatcher avait fait l'objet de deux chefs d'accusation, soit un chef pour chaque thèse, il aurait fallu que le ministère public obtienne l'unanimité à l'égard de chaque chef pour obtenir des déclarations de culpabilité. (par. 79)

Stratégie 2 : Déposer un chef d'accusation d'entrave à la justice qui viserait les deux déclarations

Les membres du Groupe de travail ont examiné la possibilité que le ministère public puisse déposer un chef d'accusation pour entrave à la justice suivant un échéancier qui englobe les deux déclarations, l'*actus reus* d'un tel chef d'accusation étant le fait de donner des déclarations contradictoires. Le plus grand défi dans une telle approche serait d'établir que l'accusé avait l'intention de faire entrave à la justice à un certain moment dans la période au cours de laquelle les déclarations ont été faites. Le Groupe de travail croit que les situations dans lesquelles le ministère public serait à même d'établir ce fait seraient très rares.

Le Groupe de travail est donc d'avis que ni l'une ni l'autre des stratégies n'est susceptible d'être efficace comme mécanisme pour l'institution de poursuites contre des témoins qui se rétractent.

Options législatives

A. Nouvelle infraction pour déclarations contradictoires

Comme il existe déjà une infraction interdisant les témoignages contradictoires (article 136), la solution qui vient le plus rapidement à l'esprit pour régler le problème est de créer une infraction qui ressemble de très près à celle visée par l'article 136, soit le fait d'ériger en infraction le fait, pour le même témoin, de faire une déclaration devant le tribunal qui contredit une déclarations antérieure qu'il a faite à la police dans le cadre d'une procédure relativement formelle de type *KGB*⁹.

⁹ E fait, la résolution en vertu de laquelle le groupe de travail a été créé était une résolution modifiée, dont la version originale proposait de créer une infraction similaire à celle visée par l'article 136 (témoin et faisant des témoignages contradictoires) mais applicable lorsque c'est une déclaration de type *KGB* qui est rétractée.

Éléments

Le groupe de travail a examiné les éléments de base de l'infraction qui viserait la conduite jugée préoccupante :

- Témoignage devant le tribunal qui contredit une déclaration faite à un policier.
- La déclaration au policier doit avoir été faite sous serment devant un commissaire à l'assermentation, enregistrée par vidéo et comporter un avertissement concernant l'importance de dire la vérité et les conséquences pénales potentielles si la déclaration faite à la police est fausse ou si elle par la suite rétractée.
- L'infraction pourrait être une infraction mixte.
- Le consentement du procureur général pourrait être requis (comme pour l'actuel article 136) pour que toutes les mesures de précaution soient prises avant que des accusations soient portées en application de cet article.

Le groupe de travail a cerné un certain nombre de questions pour lesquelles une réflexion additionnelle était toujours requise :

- Comment, le cas échéant, faire la distinction entre une déclaration faite à la police qui répond aux exigences d'une déclaration de type *KGB* et une déclaration qui ne répond pas à ces exigences?
- L'infraction devrait-elle s'appliquer à deux déclarations contradictoires de type *KGB* faites à la police, à une déclaration de type *KGB* qui est contredite lors de l'enquête préliminaire ou seulement aux déclarations de type *KGB* qui sont contredites au procès?
- L'infraction devrait-elle s'appliquer à la conduite d'un témoin de la défense qui contredit une déclaration faite auparavant hors Cour à l'avocat de la défense?
- Quelle devrait être la peine pour une telle infraction?
- Impact de l'article 13 de la *Charte* – il faudrait s'assurer que la déclaration devant le tribunal soit admissible dans une procédure subséquente. Selon l'article 13 de la *Charte*, « [c]hacon a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires ».

Avantages

Voici quelques-uns des avantages possibles d'une telle infraction :

- Elle fournirait un mécanisme pour sanctionner les personnes qui agissent avec duplicité et qui nuisent à la bonne administration de la justice. Ainsi, elle éviterait l'impression de paralysie qu'on peut avoir devant ce type de conduite et empêcherait les gens de perdre leur respect envers l'administration de la justice et ses institutions.
- Dans la mesure où une telle infraction ferait en sorte que les témoins prendraient plus au sérieux les déclarations à la police, elle pourrait augmenter la fiabilité de ces déclarations et ainsi améliorer la qualité des enquêtes policières.

- Si l'on accepte que ce type de duplicité constitue une grave conduite criminelle, alors cela devrait se traduire dans le *Code criminel du Canada*.

Inconvénients

Le groupe travail a aussi reconnu que l'érection en infraction des déclarations contradictoires posait certains problèmes de principe.

En prenant l'article 136 comme modèle, l'objectif même de l'infraction serait de permettre d'instituer une poursuite et d'obtenir une déclaration de culpabilité, sur preuve de l'existence d'une contradiction et d'une intention d'induire en erreur, *mais sans avoir à prouver quelle déclaration est vraie et quelle est fausse et donc faite dans le but de tromper*.

Le principal problème d'une infraction structurée de manière à permettre au poursuivant de procéder sans devoir prouver laquelle des déclarations est fausse ou vise à induire en erreur découle du fait qu'elle serait commise dès lors que serait prononcée la deuxième déclaration qui contredit la première, *même si c'est cette dernière qui correspond à la vérité*.

Imaginons le scénario où une personne fait une fausse déclaration à la police pendant l'enquête (une épouse mécontente accuse faussement son partenaire d'avoir agressé sexuellement leur bébé). Suite aux procédures engagées par la police et le ministère public, la personne est appelée à témoigner devant le tribunal. Mais elle a changé d'avis et souhaite maintenant dire la vérité. Ce faisant, elle contredira les allégations formulées à la police, ce qui la rendra automatiquement coupable de l'infraction.

Il y a quelque chose de fondamentalement déconcertant dans une infraction criminelle qui est commise au moment même où le témoin dit la vérité. Un autre motif d'inquiétude dans ce scénario est que l'existence de l'infraction pourrait avoir pour effet de dissuader le témoin de dire la vérité (en corrigeant une fausse déclaration antérieure). Une telle infraction, du moins en théorie, pourrait en fait *frustrer* plutôt que promouvoir les fins de la justice. Hypothétiquement, elle pourrait pousser le témoin à maintenir sa fausse version originale plutôt que faire face à l'accusation de l'avoir contredite, avec pour résultat une possible déclaration de culpabilité erronée.

Cet ensemble de préoccupations a été pris en compte par le comité de révision des lois du Royaume-Uni lorsqu'il étudiait la création d'une infraction semblable à celle visée par l'article 136. La Commission a constaté les problèmes causés par un témoin qui se rétracte, mais compte tenu des questions décrites ci-dessus, elle en est arrivée, bien qu'à contrecœur, à la « décision unanime » selon laquelle il ne fallait pas ériger en infraction le fait de prononcer (sous serment) deux déclarations dont l'une contredit l'autre¹⁰.

Il est vrai que l'art. 136 permet de poursuivre l'auteur de deux déclarations contradictoires, mais pour qu'il y ait infraction, il faut que toutes les déclarations aient été faites dans le cadre de

¹⁰ De même, dans son rapport intitulé *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, l'ancienne Commission de réforme du droit du Canada aurait recommandé que l'article 136 soit abrogé; l'infraction ne réapparaît pas dans les infractions reformulées concernant l'administration de la justice. L'abrogation était clairement recommandée dans le document d'étude rédigé pour la Commission de réforme du droit sur les infractions touchant l'administration de la justice, qui a précédé et inspiré le rapport de la Commission.

procédures judiciaires, alors que la question ici a trait à un témoignage donné sous serment devant une cour de justice qui contredit une déclaration faite hors cour à la police. On pourrait dire que la conduite décrite à l'article 136 est plus condamnable ou peut-être plus préjudiciable pour l'administration de la justice que la conduite examinée par le groupe de travail, et invoquer les raisons suivantes :

- Les deux déclarations contradictoires ont toutes les deux été faites dans un contexte des plus sérieux et des plus formels, soit une instance judiciaire
- Les deux déclarations sont faites après la fin de l'enquête alors que l'on estime justifié de porter des accusations
- Une personne peut être contrainte de témoigner dans une instance judiciaire, mais n'est pas obligée de fournir des informations à la police
- Dans une affaire criminelle, l'accusé qui subit son procès risque d'être déclaré coupable et de perdre sa liberté
- Le témoin est sous serment (et ce serment a une valeur légale)

En revanche, la question ici est celle d'une déclaration devant le tribunal qui contredit une déclaration faite à la police. La première déclaration est faite dans un contexte moins formel (même si les procédures prescrites dans l'arrêt *KGB* sont respectées) qu'un témoignage devant une cour de justice. La personne ne peut être légalement contrainte à fournir de l'information à la police, en d'autres mots, la première déclaration est volontaire. Les déclarations faites à la police pendant une enquête s'inscrivent dans le cadre du processus d'enquête, c'est-à-dire qu'il y a toujours la possibilité de corriger la déclaration, ou que la police recueille de nouveaux éléments de preuve qui remettent en question la véracité de la déclaration, ou qui au contraire la confirment. Autrement dit, pendant l'enquête, le suspect ne court pas de risque juridique et une fausse déclaration donnée à la police n'a pas de conséquence directe pour une autre personne (soit l'éventuel futur accusé). Enfin, la valeur légale du serment prononcé avant de faire une déclaration à la police semblent incertains (selon la décision dans l'affaire *Boisjoly*, mentionné dans la discussion de l'infraction de parjure dans l'annexe).

L'importance de ces distinctions demeure incertaine, mais elles indiquent à tout le moins qu'il n'est peut-être pas parfaitement juste de mettre sur un pied d'égalité des déclarations contradictoires faites dans deux instances judiciaires et une déclaration faite devant le tribunal qui contredit une déclaration antérieure à fait à la police.

Dans le scénario contraire, lorsque que la première déclaration faite à la police pendant l'enquête est vraie alors que la rétractation au procès est fausse, l'infraction de déclarations contradictoires ne soulève pas le même problème de principe que dans le premier scénario. Mais elle en soulève un autre qui lui est propre. Très souvent, les témoins qui se rétractent au procès le font parce qu'ils ont peur ou parce qu'ils subissent d'autres formes de pression associées au fait d'incriminer l'auteur d'un crime lors de son procès. Une catégorie de ces types de témoins peut être celle des victimes de violence familiale, dont les circonstances spéciales ont déjà été abordées ci-dessus. Poursuivre ces témoins parce qu'elles se sont rétractées est une question très délicate, et les procureurs qui ont été interrogés se sont montrés peu enclins à poursuivre un témoin qui se rétracte lorsqu'il s'agit d'une victime.

De plus, dans la pratique, la police ne consigne pas de délation de type *KGB* sauf lorsque la déclaration inculpe d'une certaine façon une personne qui sera ultimement accusée du crime. Cela signifie qu'en pratique, l'infraction pour le témoin qui revient sur sa déclaration est effectivement commise au moment de la rétractation de l'accusation. L'existence d'une infraction pour avoir fait des déclarations contradictoires pourrait avoir le malencontreux effet de rehausser la crédibilité du témoin qui se rétracte au procès, car l'avocat de la défense plaidera sans doute que la rétractation du témoin est d'autant plus crédible malgré la probabilité d'être poursuivi lui-même pour l'avoir fait. L'existence de l'infraction pourrait aussi avoir l'effet contraire mais tout aussi indésirable de réduire la crédibilité du témoignage *confirmant* l'allégation initiale au procès, puisque l'avocat de la défense pourrait suggérer que le témoin maintient sa version de l'histoire uniquement pour éviter d'être poursuivi.

Tous les membres du groupe de travail reconnaissent ces préoccupations de nature possiblement politique, mais ne sont pas unanimes sur la question de savoir si, en définitive, il est préférable de sanctionner le méfait en érigeant en infraction spécifique les déclarations contradictoires afin de permettre les poursuites dans les cas où la rétractation du témoin laisse planer un doute sur le moment auquel il y a eu entrave à la justice, ou s'il est préférable de s'abstenir de le faire afin d'éviter de criminaliser un comportement qui pourrait dissuader un témoin qui a auparavant menti de dire la vérité au procès. Voilà la principale question que le groupe de travail demande à la section du droit pénal de la Conférence pour l'harmonisation des lois de commenter.

B. Abolition de la corroboration obligatoire en cas de parjure

Reconnaissant les difficultés de principe associés à la création d'une nouvelle infraction tel que discuté plus haut, le groupe de travail a examiné brièvement si des modifications législatives aux infractions existantes pourraient contribuer à améliorer la situation actuelle. En particulier, il a examiné la possibilité de modifier l'infraction de parjure. Il s'est arrêté au parjure parce qu'il semble raisonnable de conclure que les affaires qui sont les plus préoccupantes pour l'administration des justices sont celles où la déclaration originale faite à la police est vraie, mais que la version donnée devant le tribunal est fausse¹¹.

Tandis que le groupe de travail analysait les infractions existantes pour leur pertinence, la discussion a fait ressortir le fait que l'exigence de corroboration pour l'infraction de parjure constituait l'un des principaux obstacles au recours efficace au parjure pour poursuivre un témoin qui se rétracte.

Le groupe de travail est d'avis que l'élimination de l'exigence de corroboration en cas de parjure pourrait être une option à examiner. La corroboration obligatoire en cas de parjure est l'une des dernières corroborations obligatoires en droit pénal canadien. En common law et dans des versions antérieures du *Code criminel*, de nombreuses infractions devaient être corroborées. Avec

¹¹ Comme nous l'avons dit plus haut au sujet des inconvénients associés à la création d'une nouvelle infraction, il est difficile de soutenir que le fait de présenter un témoignage véridique au tribunal qui contredit une fausse déclaration antérieure faite hors cour nuit à l'administration de la justice. On dirait plutôt dans cette situation que le témoignage véridique vient « corriger » la fausse déclaration antérieure. Selon ce scénario, le témoin pourrait légitimement être poursuivi pour avoir fait une fausse déclaration à la police dès le départ, mais ne devrait pas (selon certains membres du groupe de travail) faire l'objet d'une poursuite pour avoir dit la vérité simplement parce qu'il avait auparavant fait une déclaration fausse et contradictoire.

le temps, presque toutes ces exigences ont été éliminées. Par exemple, l'article 274 du *Code criminel* énonce que lorsque le prévenu est accusé de certaines infractions de nature sexuelle, « [I]l le juge ne peut dès lors informer le jury qu'il n'est pas prudent de déclarer l'accusé coupable en l'absence de corroboration ». Alors que les mots d'un seul témoin suffisent maintenant pour prouver la plupart des infractions, ce n'est toujours pas le cas pour ce qui est du parjure. De nombreux commentateurs se demandent si l'existence de cette règle en matière de corroboration n'explique pas en partie la raison pour laquelle il y a si peu de poursuites pour parjure, et se sont dits en faveur du retrait de cette exigence de corroboration, tout comme la Commission de réforme du droit du Canada.

La suppression de la corroboration obligatoire aurait sans doute un effet bénéfique sur la capacité du ministère public d'intenter des poursuites pour parjure, qu'il deviendrait possible de prouver grâce à la preuve d'un seul témoin sans qu'il y ait corroboration.

Selon les observations du groupe de travail et les personnes interrogées, la plupart des affaires de rétractation ont trait à des déclarations de type *KGB*, jugées véridiques, et à des faux témoignages dans la salle d'audience (soit un parjure). Comme le principal préjudice pour l'administration de la justice survient lorsque les allégations criminelles sont vraies et que la rétractation est fautive (contrairement à l'inverse, lorsque l'allégation est fautive mais que la nouvelle version est vraie), il semble que le parjure serait souvent l'accusation appropriée à porter lorsqu'un témoin se rétracte, et qu'il pourrait être utile d'en faciliter le dépôt dans les types d'affaires examinées par le groupe de travail.

Cependant, certains membres du groupe de travail craignent que cette option ne règle pas les cas où le ministère public est toujours incapable de porter des accusations de parjure, n'ayant pas suffisamment de preuve à l'appui de l'allégation selon laquelle le témoignage devant le tribunal est faux, contrairement à la déclaration initiale faite à la police. En effet, le fait même que le témoin ait fait deux déclarations contradictoires sous serment peut suffire pour créer un doute raisonnable quant à l'accusation de parjure, même si le parjure est plus facile à prouver.

A par conséquent, le groupe de travail est d'avis que cette option comporte certains avantages, mais ne s'entend pas pour dire qu'il réglerait l'ensemble du problème.

Conclusion

En se penchant sur ces questions, le groupe de travail a été frappé par la complexité et la nature multidimensionnelle du problème qu'on lui avait demandé d'examiner. Le système de justice pénale d'un pays ne peut pas fonctionner sans la participation de ses citoyens qui sont témoins d'un crime. Mais comme individus, les témoins sont vulnérables à une myriade de pressions qui peuvent tenir directement de leur volonté d'aider à la détection des crimes et aux enquêtes les entourant, et qui peuvent les inciter à se comporter d'une manière qui réduit la capacité du système de remplir sa fonction plutôt que de l'accroître. Déterminer s'il existe des stratégies juridiques ou opérationnelles qui permettraient de mieux protéger le système de justice pénale des méfaits que peuvent causer les témoins est un problème difficile à régler pour de nombreuses raisons, ne serait-ce que du fait que les témoins dont la conduite peut faire échec à la justice sont parfois les personnes mêmes que le système cherche à protéger. En raison de toutes ces

complexités et difficultés, le groupe de travail n'est pas parvenu à formuler un ensemble de recommandations unanimes, et souhaite plutôt engager l'ensemble des membres de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada dans la discussion.

Annexe 1 – Analyse des infractions applicables

1. Parjure (14 ans)

Article 131. (1) Sous réserve du paragraphe (3), commet une parjure quiconque fait, avec l'intention de tromper, une fausse déclaration après avoir prêté serment ou fait une affirmation solennelle, dans un affidavit, une déclaration solennelle, un témoignage écrit ou verbal devant une personne autorisée par la loi à permettre que cette déclaration soit faite devant elle, en sachant que sa déclaration est fausse.

Éléments de l'infraction

Les éléments requis pour qu'il y ait parjure au titre du paragraphe 131(1) sont les suivants :

- Faire une fausse déclaration
- Savoir que la déclaration est fausse
- Avoir prêté serment
- Avoir l'intention de tromper

Le paragraphe 131(3) prévoit également que la déclaration doit être faite par une personne ayant la permission, l'autorisation ou l'obligation de la faire en vertu de la loi.

Finalement, l'article 133 stipule que nul ne doit être déclaré coupable de parjure sur la déposition d'un seul témoin à moins qu'elle ne soit corroborée sous quelque rapport essentiel par une preuve qui implique l'accusé (voir *Doz* [1984], 12 C.C.C. (2d) 200 C.A. Alb.)

Le Parlement considère manifestement le fait de donner de faux renseignements en cour comme une infraction grave. Ce qui se reflète dans la peine prévue pour l'infraction (emprisonnement maximal de 14 ans), mais aussi dans les exigences auxquelles il faut satisfaire pour obtenir une déclaration de culpabilité. Même si le terme « parjure » évoque souvent l'image d'un témoin suspect mentant à la barre des témoins ou d'un avocat sans scrupule appelant un témoin à déformer la vérité, cette infraction peut en réalité être commise dans deux scénarios distincts : un témoin qui ment devant le tribunal ou un témoin qui ment dans une déclaration extrajudiciaire.

Dans les deux scénarios, le témoin doit avoir l'intention de tromper; il ne peut y avoir déclaration de culpabilité de parjure sur la base d'une erreur ou d'une négligence. À titre d'exemple, dans l'affaire *Calder c. R.* [1960], 129 C.C.C. 202 (C.S.C.), l'accusé a témoigné d'événements lors de procédures en divorce et a omis de mentionner une situation qui était sans importance pour lui et qui s'était produite une année auparavant. Il a été déclaré coupable de parjure même s'il avait fait valoir que son témoignage constituait une déclaration honnête de ce dont il pouvait se rappeler. Cette déclaration de culpabilité a été infirmée par la Cour suprême du Canada qui, à l'unanimité, a conclu qu'il n'y avait aucune preuve que l'accusé avait eu l'intention de tromper ou qu'il était au courant de la fausseté du témoignage déposé.

Les juges ont indiqué qu'une erreur en soi ne permet pas de déduire l'intention et la connaissance nécessaires à l'appui de l'accusation. Dans une remarque incidente, cinq des juges

ont soutenu que le ministère public doit, pour obtenir une déclaration de culpabilité pour parjure, prouver hors de tout doute raisonnable les trois éléments suivants :

1. Que le témoignage de l'accusé est faux dans les faits;
2. Que l'accusé savait que son témoignage était faux lorsqu'il l'a donné;
3. Que l'accusé a rendu son témoignage en vue de tromper le tribunal.

Selon la Cour, s'il existait des éléments de preuve à l'appui de conclusions que l'appelant avait sciemment rendu un faux témoignage (éléments 1 et 2), en l'absence d'autres éléments de preuve quant à son intention, le tribunal aurait pu correctement déduire que l'accusé avait eu l'intention de tromper la cour.

Ce qui était certainement le cas dans l'affaire *R. c. Wolf* [1974], 17 C.C.C. (2d) 425, dans laquelle l'accusé avait confirmé sa déclaration de témoin avant de se présenter à la barre pour l'enquête préliminaire, mais lorsqu'il s'est présenté en cour, il a soutenu qu'il ne se souvenait pas de l'essentiel de sa déclaration. Lorsqu'il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité pour parjure, l'accusé a soutenu que le fait qu'il n'avait pas donné de réponse affirmative, en affirmant qu'il ne pouvait se rappeler des événements, ne pouvait prouver qu'il avait eu l'intention de tromper la cour puisqu'il n'existait aucune autre preuve permettant de réfuter le fait qu'il avait des trous de mémoire. La Cour suprême a rejeté ce moyen, affirmant que l'on pouvait déduire que l'accusé avait eu l'intention de tromper le tribunal du fait qu'il venait juste de confirmer le contenu de sa déclaration extrajudiciaire avant de témoigner, laissant ainsi entendre que l'absence de souvenirs était malhonnête et visait délibérément à empêcher le tribunal de rendre une décision basée sur des témoignages crédibles. La Cour a ajouté qu'une personne ne pouvait échapper à une déclaration de culpabilité pour parjure en rendant simplement un témoignage négatif (« je ne me souviens pas ») lorsqu'il avait été conclu que le témoignage était faux et sciemment faux. La recherche de la vérité, dans la mesure où le tribunal peut la dégager à partir des éléments de preuve, peut aussi bien être facilement être contrecarrée par des témoignages négatifs faux que par de témoignages positifs faux. En ce sens, la fausseté a des conséquences positives dans un cas comme dans l'autre.

Le concept du témoin qui ment à la cour est simple à comprendre. Toutefois, c'est le concept du témoin qui ment dans le cadre d'une déclaration extrajudiciaire qu'a examiné le Groupe de travail. Malheureusement, les dispositions législatives élaborées dans ce domaine sont plus compliquées et comprennent des subtilités qui ne sont pas toujours évidentes.

L'arrêt de principe dans ce domaine est *R. c. Boisjoly* [1971], 5 C.C.C. (2d) 309, rendu par la Cour suprême du Canada. M. Boisjoly a fait l'objet d'une enquête après avoir conseillé à M. de rendre un faux témoignage dans l'enquête préliminaire sur L. Lorsque les policiers ont interrogé Boisjoly au sujet des allégations, il n'était pas accusé et n'était pas tenu de répondre à leurs questions ou de produire une déclaration. Il a par la suite signé un document renfermant les questions des policiers et ses réponses (disculpatoires) et a attesté de l'exactitude des renseignements par affidavit. La Couronne a fait valoir que Boisjoly avait menti dans ce document et celui-ci a été déclaré coupable de parjure. La déclaration de culpabilité a par la suite été infirmée par la Cour d'appel du Québec, car, à son avis, la « déclaration » fournie par l'accusé était une déclaration faite par « une personne n'ayant pas la permission, l'autorisation ou l'obligation de la faire en vertu de la loi » oralement sous serment ou par affidavit. La Cour

suprême a confirmé cette décision et fait ressortir les développements historiques du droit consistant à déférer et à recevoir les serments et affidavits volontairement prêtés et faits dans des affaires ne faisant pas l'objet d'enquête judiciaire, ni aucunement requis ou autorisés par aucune loi. Se fondant sur ce contexte, la Cour a conclu que le législateur considère les serments non permis, non autorisés ou non requis, comme des serments non nécessaires, des serments inutiles ou des serments n'ayant aucune signification ou portée légale¹². La Cour a justifié cette conclusion en laissant entendre que le législateur n'aurait pu avoir l'intention d'assortir une infraction d'une peine d'emprisonnement de quatorze ans, sur le fondement d'affidavits qui ne sont pas permis, autorisés ou requis et qui n'ont aucune signification ou portée légale. Cette question de la portée légale des déclarations sous serment a également été examinée dans l'arrêt *R. c. Hewson* [1977], 35 C.C.C. (2d) 407 (C.A. Ont). Dans cette affaire, l'accusé avait souscrit un affidavit lors de l'audience d'examen de la caution dans lequel il affirmait ne pas avoir de casier judiciaire, même s'il avait clairement été déclaré coupable au criminel auparavant. L'accusé a été acquitté de parjure en raison d'un détail d'ordre technique. Cependant, la Cour a précisé que l'affidavit n'avait aucune portée légale au sens de l'arrêt *Boisjoly* jusqu'à ce qu'il ait été déposé ou utilisé lors de l'enquête sur cautionnement.

La Cour d'appel de l'Alberta s'est penchée récemment sur cette question dans l'affaire *R. c. Seath* (2000). Dans cette affaire, un policier a été déclaré coupable de parjure après avoir souscrit, dans le cadre de procédures en divorce, un affidavit qui contenait de faux renseignements. Bien que la déclaration de culpabilité ait été infirmée et que la tenue d'un nouveau procès ait été ordonné pour d'autres motifs, la Cour d'appel de l'Alberta a également tenté de déterminer si l'affidavit était [TRADUCTION] « permis, autorisé ou requis par la loi » et a conclu que même s'il n'avait jamais été déposé et que l'accusé n'avait pas été contre-interrogé à ce sujet (comme dans l'affaire *Hewson*), l'affidavit satisfaisait aux critères relatifs à la portée et à la signification légales. Ce raisonnement se fondait sur les *Alberta Rules of Court* qui autorisent les affidavits de ce type et la fin pour laquelle l'accusé avait prêté serment. Bien que l'affidavit n'ait pas été déposé, il avait clairement été souscrit dans un contexte judiciaire. On ne pouvait affirmer que l'affidavit avait été fait « dans des affaires ne faisant pas l'objet d'enquête judiciaire, ni aucunement requis ou autorisé[...] par aucune loi. » [TRADUCTION] « L'affidavit avait une portée et une signification légales et ne pouvait à juste titre être considéré comme inutile et n'ayant aucune signification juridique. On voulait que l'affidavit, déposé ou non ou examiné ou non, puisse être invoqué. »

Selon un examen du droit, la question de savoir si une déclaration peut ou non donner lieu à un parjure sera une décision fonction du contexte. En ce qui concerne le contexte, les tribunaux examinent le contenu de la déclaration ainsi que les circonstances dans lesquelles elle a été donnée et l'utilisation qui en est prévue.

¹² Cet aspect de l'arrêt *Boisjoly* a été cité par les juges de la minorité dans l'arrêt *KGB* pour justifier le fait de ne pas rendre obligatoire comme le proposait la majorité de faire la déclaration aux policiers sous serment. Le juge Cory, s'exprimant au nom de la minorité, avait affirmé ce qui suit : « En toute déférence pour l'opinion contraire, faire du serment l'une des premières exigences de l'admissibilité d'une déclaration antérieure alors que le serment ne peut avoir aucune conséquence pénale semble être un exercice de formalisme futile. ». La question de la « pertinence juridique » du serment prêté par les témoins faisant une déclaration de type *KGB* a également été soulevée lors des travaux du Groupe de travail portant sur l'inclusion d'une nouvelle infraction relativement aux déclarations contradictoires; cette question sera traitée dans le présent rapport.

Quelle serait l'application possible de l'article 131 à l'égard du témoin qui se rétracte d'une déclaration de type KGB?

Il n'est pas simple d'établir si une personne peut être accusée de parjure pour avoir rétracté sa déclaration de type *KGB*. Premièrement, on doit déterminer quelle déclaration est fautive : la déclaration extrajudiciaire initiale de type *KGB* ou la rétractation subséquente? Comme on peut le constater dans l'analyse figurant précédemment, il est relativement simple d'entamer des poursuites contre quelqu'un qui a menti devant un tribunal, même s'il est difficile de le prouver en application de l'article.

Toutefois, si le ministère public soutient que la déclaration initiale de type *KGB* est fautive, on doit donc déterminer si la déclaration de type *KGB* avait une « portée légale » au sens l'arrêt *Boisjoly* et de la jurisprudence ultérieure. Une déclaration de type *KGB* est une déclaration sous serment produite devant une personne autorisée à la recevoir. La question qu'il reste à débattre est donc de savoir si la déclaration a été faite par une personne qui avait la permission, l'autorisation ou l'obligation d'après la loi de faire cette déclaration. La réponse à cette question dépendra des circonstances particulières, dans lesquelles la déclaration a été faite et pourquoi elle a été faite. On pourrait avancer que la signification légale tient du fait que la déclaration a été faite dans le cadre d'une affaire faisant « l'objet d'une enquête judiciaire » (comme dans l'affaire *Seath*). Or, inversement, on pourrait tout aussi bien affirmer que les critères ne sont pas satisfaits puisque la déclaration n'a pas été utilisée ou déposée et qu'au moment de la déclaration, l'accusé n'avait pas encore été accusé de l'infraction. Par ailleurs, l'article 134 du *Code criminel* vient compliquer davantage l'analyse :

(1) Sous réserve du paragraphe (2), est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, n'ayant pas la permission, l'autorisation ou l'obligation d'après la loi de faire une déclaration sous serment ou une affirmation solennelle, fait une telle déclaration dans un affidavit, une déclaration solennelle, un témoignage écrit ou verbal devant une personne autorisée par la loi à permettre que cette déclaration soit faite devant elle, sachant que cette déclaration est fautive.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à une déclaration visée dans ce paragraphe faite dans le cours d'une enquête en matière criminelle.

Un autre élément important à prendre en considération est le fait que, même si techniquement quelqu'un peut intenter une poursuite pour parjure contre une personne simplement parce qu'elle a fait une fautive déclaration de type *KGB*, il serait difficile de le faire en pratique. On devrait prouver – au moyen de preuves corroborantes – que la personne a menti dans sa déclaration. Dans de nombreux dossiers, reposant en définitive sur la prise de déclarations de type *KGB*, il existe des témoins qui ont des préoccupations quant à leur niveau de coopération et ou de participation. La corroboration dans ce contexte serait donc une tâche difficile, voire impossible.

2. Témoignages contradictoires (14 ans)

Article 136. (1) Quiconque, étant témoin dans une procédure judiciaire, témoigne à l'égard d'une question de fait ou de connaissance et, subséquentement, dans une procédure judiciaire, rend

un témoignage contraire à sa déposition antérieure est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, que la déposition antérieure ou le témoignage postérieur, ou les deux, soient véridiques ou non, mais aucune personne ne peut être déclarée coupable en vertu du présent article à moins que le tribunal, le juge ou le juge de la cour provinciale, selon le cas, ne soit convaincu, hors de tout doute raisonnable, que l'accusé, en témoignant dans l'une ou l'autre des procédures judiciaires, avait l'intention de tromper.

Éléments de l'infraction

Les éléments fondamentaux de cette infraction sont les suivants :

- La personne doit avoir témoigné à deux reprises dans une procédure judiciaire;
- Les témoignages rendus dans les deux procédures doivent être contradictoires;
- La personne devait avoir l'intention de tromper.

Plusieurs des termes utilisés dans l'article 136 sont définis à l'article 118 du *Code*. Le terme « témoin » est défini à l'article 118 comme une personne qui témoigne sous serment dans une procédure judiciaire. Le terme « procédure judiciaire » est défini à l'article 118 comme une procédure qui a lieu dans une cour ou sous l'autorité d'une telle cour. Enfin, l'infraction peut entraîner une peine d'emprisonnement maximale de quatorze ans.

Même si l'article 136 exige que la personne ait l'intention de tromper, il semble que l'on n'ait pas à établir laquelle des deux déclarations contradictoires est vraie et laquelle est fausse. Ce qui serait un avantage pour le poursuivant lorsque le ministère public ne sait pas ou ne peut prouver laquelle des deux déclarations est vraie et laquelle est fausse.

En vertu de l'article 136, il faut également obtenir le consentement du procureur général pour intenter des procédures pour ce type d'infraction.

Quelle serait l'application possible de l'article 136 à l'égard du témoin qui se rétracte d'une déclaration de type KGB?

Il semble que l'article 136 ne s'applique pas dans ce cas, car la déclaration de type *KGB* n'est pas déposée par un « témoin » ni dans le cadre d'une « procédure judiciaire » au sens de la définition de ces termes dans l'application de l'article 136.

3. Fabrication de preuve (14 ans)

Article 137. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque, avec l'intention de tromper, fabrique quoi que ce soit dans le dessein de faire servir cette chose comme preuve dans une procédure judiciaire, existante ou projetée, par tout moyen autre que le parjure ou l'incitation au parjure.

Éléments de l'infraction

Dans l'affaire *R. c. Carroll* [2009], O.J. n° 5299, une décision rendue à la demande du ministère public relativement à une accusation pour une conduite postérieure à la perpétration de l'infraction, la Cour a examiné la question du témoignage fabriqué et a indiqué que la Cour d'appel de l'Ontario avait examiné cette question en indiquant que la cour [TRADUCTION] « doit faire preuve d'une grande prudence lorsqu'elle examine l'utilisation qui peut être faite des déclarations d'un accusé, auxquelles on ne prête pas foi, quel que soit le moment où elles ont été faites ». (*R. c. O'Connor* [2002], 62 O.R. (3d) 263, C.A. Ont, au par. 27).

En ce qui a trait aux éléments de l'infraction, dans l'affaire *Carroll* la Cour a affirmé au paragraphe 4 que [TRADUCTION] « pour conclure à l'existence de fabrication de preuve, il faut avoir les éléments suivants : premièrement, la fausse déclaration de l'accusé; deuxièmement, une preuve permettant de discréditer cette déclaration fausse; et finalement, une preuve indépendante qui corrobore la fabrication et qui est distincte de la preuve discréditant la fausse déclaration. »

En ce qui concerne la preuve qui peut constituer une preuve indépendante discréditant le faux témoignage, la Cour d'appel de l'Ontario a donné l'explication ci-après au paragraphe 26 de l'arrêt *O'Connor* :

[TRADUCTION]

Les circonstances dans lesquelles une fausse déclaration est faite peuvent dénoter une intention de tromper les policiers ou d'autres personnes ou une intention de détourner les soupçons et peuvent être la preuve du fait que son auteur était conscient d'avoir commis une infraction... Si ces circonstances tendent à étayer une conclusion selon laquelle l'accusé a fait une fausse déclaration parce qu'il était conscient d'avoir commis l'infraction, elles peuvent être utilisées comme preuve de fabrication indépendante.

Dans l'affaire *Carroll*, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a également indiqué au paragraphe 3 que [TRADUCTION] « le raisonnement inadmissible est que la fausseté de la déclaration suppose nécessairement une preuve positive de fabrication ».

En dernier lieu, il a également été jugé qu'une personne ne peut être déclarée coupable de fabrication de preuve lorsque cette preuve n'est pas admissible dans le cadre du procès dans le cadre duquel il avait été initialement présenté (voir l'arrêt *R. c. Boyko* [1945], 83 C.C.C. 295 (C.A. Sask); dans ce cas, l'accusé avait signé des notes affirmant qu'elle avait été kidnappée par une certaine personne, mais les notes n'étaient pas admissibles en preuve lors du procès de la personne à laquelle on reprochait d'avoir commis le kidnapping).

Quelle serait l'application possible de l'article 137 à l'égard du témoin qui se rétracte d'une déclaration de type KGB?

Pour les motifs ci-après, il pourrait être difficile de faire valoir l'article 137 à l'égard d'un témoin qui se rétracte d'une déclaration de type *KGB* :

1. L'accusé a-t-il fait une fausse déclaration et avait-il l'intention de tromper? Selon le texte de l'infraction, il semble que le ministère public devrait démontrer que c'est la déclaration de type *KGB* qui a été fabriquée (et non pas le témoignage devant le tribunal) et que cette déclaration a été fabriquée dans le dessein de la faire servir comme preuve dans une procédure judiciaire. Or, dans le cas d'un témoin qui se rétracte de sa déclaration de type *KGB*, ce n'est habituellement pas le cas. En règle générale, la déclaration de type *KGB* est véridique et le témoin se rétracte par la suite dans son témoignage devant le tribunal et c'est ce témoignage qui est non véridique.

2. Une preuve discrédite-t-elle la fausse déclaration? Le fait que la déclaration de type *KGB* et le témoignage devant le tribunal soient différents constitue une preuve qu'au moins l'un des deux est faux, même si, comme l'a indiqué la Cour dans l'arrêt *R. c. Carroll*, la fausseté d'une déclaration ne signifie pas nécessairement une preuve positive de fabrication. Le ministère public devra donc présenter une preuve de l'intention de tromper dans le cadre d'une procédure judiciaire.

3. Existe-t-il une preuve indépendante qui corrobore la conclusion de fabrication et qui est distincte de la preuve discréditant la fausse déclaration? On ne sait pas si le ministère public aurait ce type de preuve. Cela dépendrait essentiellement des circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite (si l'accusé a fait une telle déclaration pour éviter de faire l'objet d'accusation). Il serait vraisemblablement très difficile de trouver une preuve indépendante de fabrication de la déclaration de type *KGB*.

Par ailleurs, si le ministère public pouvait démontrer que le témoignage devant le tribunal est faux, l'accusé serait probablement accusé de parjure plutôt que de fabrication de preuve.

4. Entrave à la justice (10 ans)

La seule partie susceptible de s'appliquer est le par. 139(2) :

Article 139. (2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque volontairement tente de quelque manière, autre qu'une manière visée au paragraphe (1), d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice.

Éléments de l'infraction

L'expression « cours de la justice » comprend notamment une procédure judiciaire en cours ou projetée. Par conséquent, peut constituer une entrave à la justice toute tentative d'entraver, de détourner ou de contrecarrer une décision relative à une poursuite envisagée, même si aucune poursuite n'est instituée : *R. c. Spezzano* [1977], 34 C.C.C. (2d) 87 (C.A. Ont).

La *mens rea* exige la preuve que la personne a agi « volontairement », c.-à-d. que le ministère public doit prouver que la personne avait l'intention d'obtenir le résultat prohibé : *R. c. Buzzannga* [1979], 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont).

Lorsqu'une personne tente de persuader une autre personne de faire une déclaration au sujet d'une autre infraction, il faut établir que l'accusé savait que la déclaration qu'il proposait était fausse.

Il n'est pas nécessaire de prouver qu'il y a eu vraisemblablement entrave à la justice, car le paragraphe (2) vise la tentative d'infraction matérielle. L'essentiel est que l'acte à proprement parler est une « propension » à entraver la justice et que la tentative est commise à cette fin : *R. c. May* [1984], 13 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont).

Quelle serait l'application possible de l'article 139 à l'égard du témoin qui se rétracte d'une déclaration de type KGB?

Dans l'arrêt *KGB*, le premier à porter sur cette question, le juge en chef Lamer a indiqué au par. 93 qu'une déclaration de type *KGB* peut faire l'objet de poursuites en vertu des articles 137, 139 et 140; il est donc clair en théorie que l'article 139 peut recevoir application.

Ce qui pose problème a toujours été de déterminer quelle déclaration est fausse : la déclaration de type *KGB* ou le témoignage devant le tribunal. Signalons la distinction qui suit. Si des poursuites en vertu de l'article 139 sont intentées sur la base d'une contradiction entre la déclaration de type *KGB* et le témoignage, le ministère public pourrait affirmer d'une part, que, même s'il n'est pas possible de prouver lequel des deux est faux, l'un d'entre eux l'est manifestement, et d'autre part, que le déclarant a donc tenté de faire entrave à la justice soit dans sa déclaration de type *KGB*, soit dans son témoignage.

Il faudrait alors se demander si le ministère public peut procéder relativement à une accusation lorsqu'il ne peut établir exactement comment l'infraction a été commise. La réponse pourrait être affirmative. (Dans l'ouvrage Ewaschuck, 2^e édition, au par. 17.4030, l'auteur affirme qu'un jury (le juge des faits) peut en arriver à un verdict pour différents motifs ou suivant différentes théories de la responsabilité et il cite à l'appui plusieurs arrêts, notamment : *R. c. Thatcher* [1986], 24 C.C.C. (3d) 449 (CA Sask), conf. par [1987] 15 CR 652.)

Toutefois, il doit exister [TRADUCTION] « un seul ensemble d'éléments essentiels » caractérisant l'infraction sur lesquels le jury peut être unanime. Un juge des faits ne peut déclarer une personne coupable sur le fondement « d'éléments ou d'ingrédients différents » de l'infraction, sauf s'il s'agit d'autres façons de perpétrer la même infraction. Les accusations doivent être formulées de manière à comporter un « seul ensemble d'éléments » sur lesquels le juge des faits peut arriver à une décision, *R. c. Sharpe* [2007], 219 C.C.C. 3d 187 (CA C.-B.) paragraphes 27 à 30.

Cela dit, dans l'arrêt *R. c. KGB*, le juge Cory a indiqué au paragraphe 157 qu'il existe quelques cas où des personnes ont été poursuivies pour entrave à la justice après avoir donné à la police une version des faits, puis présenté une version différente comme témoin. Dans un cas en particulier, *R. c. Gravelle* [1952], 103 C.C.C. 250 (Cour mag. Ont.), l'accusé était inculpé de tentative d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice après s'être présenté en cour et avoir déclaré sous serment que la déclaration qu'il avait faite (et signée) devant les policiers était fausse. Le juge a affirmé ce qui suit : « Je dois croire qu'il a essentiellement dit la

vérité aux policiers [...] » et l'a déclaré coupable de l'infraction. Dans l'affaire *R. c. MacGillivray* [1971], 3 Nfld & PEI R. (Cour de comté de l'Î.-P.-É.), l'accusé avait donné devant le tribunal une version totalement différente de celle qu'il avait initialement donnée à la police et il a été accusé de détournement du cours de la justice. Dans cette affaire, avant de déclarer l'accusé coupable de l'infraction, la cour n'a pas indiqué laquelle des deux déclarations elle considérait comme fausse. La cour indique que l'accusé avait incité la police et le ministère public à prendre des mesures qu'ils n'auraient pas envisagé de prendre s'ils n'avaient pas reçu les renseignements que l'accusé leur a volontairement transmis.

En pratique, même si le jury peut avancer d'autres thèses, il peut se poser la question suivante : « si le ministère public ne peut être sûr de la façon dont une infraction a été commise, pouvons-nous l'être? »; et eu égard au fardeau de preuve, cela constituerait un obstacle important.

5. *Méfait public (5 ans)*

Article 140. (1) Commet un méfait public quiconque, avec l'intention de tromper, amène un agent de la paix à commencer ou à continuer une enquête :

- a) soit en faisant une fausse déclaration qui accuse une autre personne d'avoir commis une infraction;
- b) soit en accomplissant un acte destiné à rendre une autre personne suspecte d'une infraction qu'elle n'a pas commise, ou pour éloigner de lui les soupçons;
- c) soit en rapportant qu'une infraction a été commise quand elle ne l'a pas été;

Il existe très peu de jurisprudence sur l'interprétation des éléments de cette infraction. Toutefois, l'infraction est rédigée en des termes relativement claires et simples, les éléments en étant clairement présentés dans le texte de l'infraction. L'infraction comporte les éléments suivants :

Les actes : l'accusé doit avoir commis l'un des actes énumérés aux alinéas a) à c) :

- Les alinéas a) et b) décrivent les différentes façons de commettre une infraction consistant à prononcer de fausses accusations contre une personne en particulier que ce soit par une déclaration ou par l'accomplissement d'un acte ou par une combinaison des deux; l'alinéa b) décrit également les actes qui consistent à ne pas accuser directement une personne, mais plutôt à détourner l'attention de soi-même.
- L'alinéa c) porte sur le fait de rapporter une infraction qui n'a pas été commise.
- Selon l'alinéa invoqué, d'autres éléments devront être prouvés, p. ex. le fait qu'une infraction n'a pas été commise (al. 140(1)c)) ou que la personne présumée avoir commis l'infraction ne l'a pas en fait commise (al. 140(1)a) ou b)).
- Le rapport ou l'allégation d'acte fautif n'a pas besoin d'être soumis directement à la police, mais peut être présenté à une autre source qui est susceptible d'informer les policiers des allégations, p. ex. les services correctionnels, la

société d'aide à l'enfance, un conseiller d'orientation (*R. c. Delacruz* [2009], O.J. n° 5536)

La cause principale des conséquences : l'accusé doit commettre un acte qui amène un agent de la paix à commencer ou à continuer une enquête.

- Dans l'arrêt *Stapleton* ([1982], 66 C.C.C. (2d) 231 (C.A. Ont)), relativement à l'élément de causalité, la cour a fait observer que le critère devrait consister à déterminer s'il existe un lien « substantiel » entre les déclarations ou les allégations de la personne et le commencement de l'enquête par la police. Ce critère semblerait aussi s'appliquer lorsqu'une enquête est « continuée » plutôt que « commencée ».
- S'il n'est pas prêté foi à une fausse déclaration faite à un policier (p. ex., que la voiture de l'accusé, impliquée dans un accident, avait été volée et donc conduite par le voleur et non son propriétaire), la causalité n'est pas établie et les accusations doivent être rejetées. Cependant, dans de telles circonstances, l'accusé pourrait être coupable de tentative de commettre un méfait public (*R. c. Mitchell* [1994] N.B.J. n° 177; *R. c. Whalen* [1977], 34 C.C.C. (2d) 557). Ces faits pourraient également appuyer une accusation d'entrave à la justice.

La mens rea : l'accusé doit avoir l'intention de tromper.

- Le texte de l'infraction ne mentionne pas que l'accusé doit avoir l'intention de tromper.
- Cette question se pose lorsque l'allégation est tout d'abord présentée à une personne autre qu'un agent de la paix, comme un conseiller en orientation, un travailleur social ou un agent des services correctionnels. Selon la majorité des décisions, l'intention doit être de tromper un agent de la paix, même si, pour ce faire, la fausse allégation est initialement faite à un intermédiaire qui n'est pas un policier.
- Il pourrait bien ne pas exister de preuve directe de l'intention de tromper; cependant, outre le principe voulant qu'une personne saine et sobre ait l'intention de faire ce qu'elle fait, la preuve indirecte et circonstancielle pourrait permettre au juge des faits de déduire que la personne avait l'intention de tromper, p. ex. plaintes répétées et croissantes (*Delacruz*).
- Toutefois, dans l'affaire *R. c. McQuarrie*, [1992] M.J. n° 72, l'accusée avait anonymement communiqué à un organisme de protection de la jeunesse des allégations portant qu'une femme abusait sexuellement son enfant. L'accusée avait l'intention de se venger de la mère et de lui causer des problèmes puisque cette dernière avait une dette envers elle. La Cour a conclu que l'on pouvait clairement présumer que l'accusée avait eu l'intention de faire mener une enquête par l'organisme; cependant, la Cour conservait un doute raisonnable quant à

savoir si l'on pouvait aussi présumer que l'accusée savait que ses actes donneraient lieu à une enquête par la police ou avait une telle intention.

Des allégations exagérées ou des allégations relatives à une infraction, alors que c'est sur une autre infraction que pourrait porter l'accusation, créent de difficiles dossiers factuels qui sont susceptibles de donner lieu à doute raisonnable : *R. c. Dueck* [2011], A.J. n° 137.

Il est également difficile de trancher sur le fondement des faits les dossiers qui comportent en partie des déclarations véridiques et en partie fausses, et qui sont en partie crues par l'accusé. Dans l'affaire *McQuarrie*, la cour a conclu qu'elle devait être convaincue, pour établir qu'il y a eu commission de l'infraction, que c'est la partie de la déclaration que l'accusée avait admise comme étant fausse qui a amené l'organisme à commencer ou à continuer l'enquête. L'intention de tromper ne peut être prouvée pour les parties de la déclaration que l'accusée croyait véridiques.

Enfin, il peut être intéressant de signaler que, même si la fausse déclaration réputée être l'objet d'une accusation de méfait public constitue une partie de l'*actus reus* de l'infraction, la règle des confessions exigeant une preuve du caractère volontaire de toute déclaration incriminante faite à une personne en autorité ne s'applique pas à l'introduction en preuve d'une telle fausse déclaration (*R. c. Stapleton* [1982], 66 C.C.C. (2d) 231 (C.A. Ont)). De même, les règles spéciales prévues dans les textes législatifs sur le système de justice pour les adolescents ne sont pas applicables dans le cas de faux rapports d'infraction (*R. c. J.J.*, [1988] O.J. n° 1247).

Quelle serait l'application possible de l'article 140 à l'égard du témoin qui se rétracte d'une déclaration de type KGB?

Puisque les fausses allégations doivent amener un agent de la paix à commencer ou à continuer une enquête, l'infraction de méfait public pourrait s'appliquer à un témoin qui se rétracte lorsque c'est la déclaration de type *KGB* (et non la rétractation de cette déclaration, faite au cours des procédures judiciaires) qui est fausse. La Couronne devrait également prouver la fausseté de l'allégation (notamment établir que l'infraction présumément commise ne l'a pas été ou que la personne présumée avoir commis l'infraction ne l'a pas fait). Enfin, la Couronne devrait prouver l'intention de tromper.

On ne pourrait déposer une accusation de méfait public lorsque le ministère public estime que la déclaration de type *KGB* est véridique et que la rétractation est fausse ou que le ministère public n'est pas certain de la fausseté des déclarations de type *KGB* ou ne possède pas suffisamment de preuve pour en faire la preuve.