



CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

**LA MISE EN CONTRADICTION DES TÉMOINS ET
L'ARTICLE 9 DE LA *LOI SUR LA PREUVE AU CANADA* –
RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL (2018)**

Avertissement : Les idées ou les conclusions formulées dans le présent document, notamment le libellé législatif proposé, les commentaires ou les recommandations, n'ont peut-être pas été adoptés par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Ils ne reflètent pas nécessairement son point de vue ni celui de ses participants. Veuillez consulter les résolutions adoptées à ce sujet à l'assemblée annuelle de la Conférence.

**Québec
(Québec)
Août 2018**

Le présent document est une publication de la
Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada.
Pour obtenir de plus amples renseignements, veuillez
écrire à l'adresse suivante : info@ulcc-chlc.

Table des matières

I : Introduction.....	4
II : Raisons justifiant la mise en contradiction des témoins et critiques connexes	7
a) Contexte historique	7
b) Contexte juridique	9
c) Règle interdisant de contre-interroger son témoin et exceptions à la règle.....	10
d) Critiques formulées à l'endroit des exceptions actuelles (article 9 et règles de common law relatives aux témoins hostiles).....	13
i. Définition incertaine des notions de « témoin opposé » et « témoin hostile »	13
ii. Portée indéterminée du contre-interrogatoire permis par le para. 9(2)	15
iii. Nous ne tenons tout simplement pas compte d'une partie de la disposition	15
iv. Procédure de common law laborieuse et prêtant à confusion	16
v. L'article 9 ne précise pas si les tribunaux peuvent examiner la totalité de la déclaration antérieure incompatible	18
III : Approches adoptées par d'autres pays	19
a) Introduction	19
b) États-Unis.....	19
i. Résumé	19
ii. contestation de la crédibilité du témoin	19
iii. Témoins hostiles et témoins opposés : la possibilité de poser des questions suggestives	20
iv. Limites à contester la crédibilité de son propre témoin en common law.....	21
c) Royaume-Uni	21
i. Angleterre et pays de Galles	22
ii. Écosse.....	23
d) Nouvelle-Zélande	24
i. Dispositions générales concernant les témoins opposés et les témoins hostiles.....	24

ii.	Rapport entre la mise en contradiction et l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires	25
iii.	Contredire son propre témoin.....	25
iv.	Résumé	26
e)	Australie	27
i.	Commonwealth d'Australie, Nouvelle-Galles-du-Sud, Victoria, Tasmanie, Territoire de la capitale de l'Australie et Territoire du Nord	27
ii.	Queensland, Australie-Occidentale et Australie-Méridionale.....	30
IV :	Analyse et recommandations.....	30
a)	Préoccupations et objectifs généraux	30
b)	Impressions initiales sur les lois d'autres pays.....	32
c)	Recommandations	33
i.	Circonstances dans lesquelles il est permis de contre-interroger son propre témoin	34
ii.	Portée du contre-interrogatoire.....	36
iii.	Section civile de la CHLC et lois provinciales sur la preuve	37
d)	Recommandations que nous avons envisagées puis écartées.....	38
e)	Questions à aborder ultérieurement.....	40
i.	Admissibilité présumée?.....	40
ii.	Abolition des notions de témoin hostile et de témoin opposé	40
V :	Remarques finales	41

I : Introduction

Tous les jours, dans des salles d'audience partout au pays, des avocats découvrent au cours de l'interrogatoire principal de leurs témoins que ceux-ci ne témoignent pas de la manière attendue ou souhaitée. Il arrive fréquemment que les avocats constatent pendant le procès, ayant en main la déclaration antérieure d'un témoin, que la version des faits présentée par leur témoin devant le tribunal ne révèle pas l'ensemble des renseignements pertinents en leur possession. Le témoin affirme peut-être qu'il n'a plus le moindre souvenir d'un événement important. Il se peut aussi qu'il témoigne d'une façon qui contredit carrément ce qu'il a déjà déclaré. Dans une telle situation, le tribunal ignore totalement qu'il entend autre chose que la déposition intégrale

de ce témoin. Lorsque l'avocat ne parvient pas à rafraîchir la mémoire du témoin, il se retrouve avec une déclaration qui renferme des renseignements importants au sujet des faits de l'affaire ou de la fiabilité du témoin. Cependant, le juge des faits ignore ces renseignements et n'est pas bien informé. Qu'est-ce que nos règles de droit devraient permettre à l'avocat de faire?

À l'heure actuelle, la réponse à cette question se trouve principalement à l'article 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* et dans un certain nombre de règles de common law qui font l'objet de critiques soutenues et unanimes depuis déjà un certain temps. En 2012, dans un texte rédigé en dehors du cadre judiciaire, le juge David Paciocco a qualifié les règles de droit relatives à la mise en contradiction des témoins et à la contestation de la crédibilité des témoins comme un ensemble de règles [TRADUCTION] « paralysées par l'inertie et par la force de l'habitude. Il en résulte une série de règles complexes de nature obstructionniste, qui prêtent à confusion, qui exigent beaucoup de temps et que les tribunaux ont de la difficulté à appliquer¹ ».

À la réunion annuelle de la CHLC tenue en 2017 à Regina, en Saskatchewan, la Section pénale a adopté à l'unanimité une résolution présentée par l'Ontario (ON2017-03) en vue de former un groupe de travail sur la mise en contradiction des témoins. Le mandat était énoncé comme suit dans la résolution :

Qu'un groupe de travail soit formé afin d'examiner la réforme possible de la loi sur la preuve dans une instance pénale, en ce qui concerne la faculté d'une partie d'attaquer la crédibilité de ses propres témoins et de [leur poser des questions suggestives], y compris l'article 9 (Témoins opposés) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

En conséquence, des volontaires ont été recherchés à la réunion de la CHLC ou se sont proposés par la suite. Ce groupe de travail était composé des personnes suivantes :

1. M^e Catherine Cooper, avocate, ministère du Procureur général de l'Ontario
2. M^e Isabelle Doray, procureure, Directeur des poursuites criminelles et pénales, Québec
3. M^e Jessyca Greenwood, Criminal Lawyers' Association, Toronto (Ontario)
4. M^e Fraser M. Kelly (président), avocat général, ministère du Procureur général de l'Ontario

¹ L'hon. David Paciocco, « Confronting Disappointing, Hostile and Adverse Witnesses in Criminal Cases » (2012) 59 Crim. L.Q. 301, à la p. 311. Nous reconnaissons l'utilité des travaux d'érudition suivants : « Confronting Disappointing, Hostile and Adverse Witnesses in Criminal Cases » (2012) 59 Crim. L.Q. 301, rédigé par l'honorable juge David M. Paciocco en dehors du cadre judiciaire, *McWilliams Canadian Criminal Evidence*, 5^e éd. (Toronto, Thompson Reuters Canada), ch. 21:20, rédigé par les éminents auteurs S. Casey Hill, Louis P. Strezos et David M. Tanovich, de même que le rapport présenté par le groupe de travail fédéral-provincial de la CHLC en 1982.

5. M^e Joanne Klineberg, ministère de la Justice Canada, Ottawa (Ontario)
6. M^e Nadine Nesbitt, conseillère principale en politiques, Alberta Prosecution Service
7. M^e Lorne Phipps, procureur de la Couronne, British Columbia Prosecution Service
8. M^e Kevin Westell, Association du Barreau canadien, Vancouver (Colombie-Britannique)

La CHLC s'est déjà penchée sur les règles relatives à la mise en contradiction des témoins. Plus précisément, en 1977, elle a mis sur pied un groupe de travail fédéral-provincial chargé d'examiner les règles de preuve et de proposer des règles uniformes en la matière. En 1982, ce groupe de travail a présenté à la CHLC un rapport volumineux dans lequel il analysait bon nombre des questions traitées dans le présent rapport. La majorité des membres du groupe de travail ont conclu que, en ce qui concerne la mise en contradiction des témoins, l'adoption d'une « disposition uniforme, complète et moderne² » s'imposait. Depuis 1982, il y a eu très peu de changements.

Nous sommes tous d'avis qu'une réforme est nécessaire, et ce, depuis très longtemps. En plus d'être lourdes et inefficaces, les règles actuelles nuisent inutilement à la recherche de la vérité. Bien que nous recommandions le maintien de la règle générale qui interdit à une partie de contre-interroger ses propres témoins, nous proposons néanmoins que l'article 9 soit remplacé par une disposition qui clarifierait deux aspects critiques :

- i) les circonstances qui justifieraient un assouplissement de la règle interdisant à une partie de contre-interroger ses propres témoins;
- ii) la portée du contre-interrogatoire permis dans ces circonstances.

² Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve* (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1983), 695 p. à la p. 362. Voir, notamment, les chapitres 21 (Interrogatoire des témoins) et 24 (Déclarations antérieures).

II : Raisons justifiant la mise en contradiction des témoins et critiques connexes

a) Contexte historique

Nous avons besoin de règles qui permettent aux plaideurs d'aider leurs propres témoins ou de les mettre en contradiction dans certaines circonstances. L'absence de ces règles porterait atteinte à l'objectif de recherche de la vérité poursuivi par les tribunaux³. Pour comprendre pourquoi, il faut d'abord examiner la façon dont le système accusatoire est censé fonctionner. Idéalement, le juge (ou le jury) devrait s'abstenir d'intervenir, incitant ainsi fortement les parties à présenter *tous* les éléments de preuve favorables à leur cause. De plus, les avocats devraient s'assurer que la preuve de la partie adverse est présentée de manière *complète* et équitable – principalement au moyen du contre-interrogatoire – en mettant en lumière les omissions, les mensonges ou les erreurs ou en faisant ressortir d'autres faits qui sont pertinents à l'égard des questions en litige. Ce qui importe, au final, c'est que les parties présentent au juge des faits *l'ensemble* des éléments pertinents à sa prise de décision. Cependant, les avocats ne peuvent contrôler la façon dont les témoins témoignent. Parfois, ceux-ci sont réticents à relater tout ce qu'ils savent. En pareil cas, le système accusatoire est inefficace, sauf si l'avocat est en mesure d'aider son témoin ou de le mettre en contradiction afin de compléter le dossier de preuve. En l'absence de mécanisme juridique permettant cette mise en contradiction, lorsqu'un témoin ne présente en interrogatoire principal qu'une partie de la preuve qui est « dommageable » à la partie adverse (ou qu'il ne la présente pas du tout), celle-ci n'a aucun intérêt à la compléter. Selon toute vraisemblance, elle voudra exploiter cette faille de la preuve plutôt que de contre-interroger le témoin pour mettre en lumière l'omission⁴. Dans ces circonstances, ne pas autoriser la partie qui a assigné le témoin à le contre-interroger empêche le tribunal de prendre connaissance de toute la preuve pertinente, ce qui risque de nuire à la qualité de la justice.

Il existe une foule de règles de common law et d'origine législative sur la mise en contradiction des témoins au Canada. La disposition législative la plus importante est

³ Une analyse semblable figure dans Paciocco, « Confronting Disappointing, Hostile and Adverse Witnesses in Criminal Cases » (2012) 59 Crim. L.Q. 301, aux pp. 309-311, et dans S. Casey Hill, Louis P. Strezos et David M. Tanovich, *McWilliams Canadian Criminal Evidence*, 5^e éd. (Toronto, Thompson Reuters Canada), au ch. 21:20.30.10.

⁴ Nous reconnaissons que les obligations éthiques des procureurs de la Couronne peuvent être différentes de celles des avocats de la défense lorsqu'il s'agit d'exploiter une omission possible dans la déposition d'un témoin de la partie adverse. En termes simples, par souci de loyauté envers leurs clients, les avocats de la défense devront peut-être s'abstenir de compléter le dossier de preuve au détriment de leur client. En revanche, le procureur de la Couronne, qui n'est pas tenu à un pareil devoir de loyauté, souhaitera peut-être agir différemment.

peut-être l'article 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il n'est pas surprenant que la lecture du paragraphe 9(1) soit ardue, ayant été rédigée voilà plus de 160 ans, en plus de devoir être interprétée en fonction de la common law⁵. Adoptée pour la première fois au Canada en 1906⁶, elle est demeurée pour ainsi dire identique à une disposition qui figure dans une loi anglaise de 1854⁷. Voici le texte du paragraphe 9(1) :

9(1) La partie qui produit un témoin n'a pas la faculté d'attaquer sa crédibilité par une preuve générale de mauvaise moralité. Toutefois, si le témoin est, de l'avis du tribunal, opposé à la partie en cause, cette dernière partie peut le réfuter par d'autres témoignages, ou, avec la permission du tribunal, peut prouver que le témoin a en d'autres occasions fait une déclaration incompatible avec sa présente déposition. Avant de pouvoir établir cette dernière preuve, les circonstances dans lesquelles a été faite la prétendue déclaration doivent être exposées au témoin de manière à désigner suffisamment l'occasion en particulier, et il faut lui demander s'il a fait ou non cette déclaration.

Le paragraphe 9(2) a été édicté en 1969 en réponse à une tendance jurisprudentielle problématique⁸ qui interdisait aux parties d'utiliser une déclaration antérieure incompatible pour démontrer que le témoin était un témoin opposé, parce qu'il était nécessaire que le témoin ait été déclaré témoin opposé avant que sa déclaration antérieure puisse être utilisée *de quelque manière que ce soit*. Le paragraphe 9(2), dont le texte est reproduit ci-après, devait servir d'outil procédural dans le contexte des demandes fondées sur le paragraphe 9(1) :

(2) Lorsque la partie qui produit un témoin invoque qu'il a fait à d'autres moments une déclaration par écrit, qui a été prise par écrit ou qui a été enregistrée sur bande audio ou vidéo ou autrement, et qui est incompatible avec sa présente déposition, le tribunal peut, *sans que la preuve soit établie que le témoin est opposé à la partie en cause*, accorder à cette partie la permission de le contre-interroger quant à la déclaration et le tribunal *peut tenir compte de ce contre-interrogatoire pour décider si, à son avis, il est opposé à la partie en cause*.

Malgré la volonté clairement exprimée par le législateur, le paragraphe 9(2) n'a pas été interprété comme un simple « outil procédural » dans le contexte des demandes présentées au titre du paragraphe 9(1) en vue de déterminer *si* un témoin est un témoin

⁵ Ainsi que l'a expliqué l'hon. Paciocco dans son ouvrage précité, à la p. 303, [TRADUCTION] « il s'agit de dispositions législatives qui sont maladroitement libellées et dont la compréhension nécessite une bonne connaissance des règles de common law dont elles sont inspirées. Lues hors contexte, ces dispositions législatives sont en grande partie incohérentes ».

⁶ Ch. 145, art. 9.

⁷ *Common Law Procedure Act, 1854* (Lord Denman's Act) 17 & 18 Vict., ch.125, art. 22.

⁸ *Greenough v. Eccles* (1859), 28 L.J.C.P. 160; 5 C.B. (N.S.) 786; 141 E.R. 315, suivi dans *R. v. May* (1915), 23 C.C.C. 469 (C.A. C.-B.). Cependant, les tribunaux canadiens n'ont pas tous suivi cette jurisprudence. Voir, par exemple, la décision *Wawanesa v. Hanes*, [1963] 1 C.C.C. 176 (C.A. Ont.), modifié en appel [1963] S.C.R. 154.

opposé⁹. Le paragraphe 9(2) est plutôt devenu une [TRADUCTION] « *procédure indépendante* dans le cadre de laquelle le juge peut permettre à une partie de contre-interroger son propre témoin sur une déclaration qu'il a déjà faite [...] sans qu'une déclaration selon laquelle ce témoin est un témoin opposé soit nécessaire¹⁰ ». Le fond de l'article 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'a pas changé depuis très longtemps¹¹.

b) Contexte juridique

En général, il est interdit aux parties de poser des questions subjectives à leurs propres témoins pendant l'interrogatoire principal. Elles ne peuvent non plus utiliser d'autres tactiques suggestives, incluant mettre expressément en contradiction leurs témoins avec une déclaration antérieure incompatible. Cependant, cette restriction n'est pas absolue. Elle peut parfois être assouplie, avec l'autorisation du tribunal. Dans un article rédigé en dehors du cadre judiciaire, le juge Paciocco a expliqué que les avocats ont actuellement accès à [TRADUCTION] « une échelle ou une série de techniques progressivement plus agressives les unes que les autres, mais néanmoins restreintes, qu'ils peuvent utiliser pour tenter d'exercer un certain contrôle sur les renseignements que leurs témoins fournissent ». La métaphore de l'échelle est un outil d'analyse utile dans la mesure où il est admis que les avocats ne sont pas nécessairement tenus de passer par tous les échelons du bas avant d'atteindre les échelons du haut. Nous recommandons de laisser l'échelle intacte, mais de fusionner trois échelons en un seul. Le juge Paciocco décrit « l'échelle » comme suit :

(1) poser des questions modérément suggestives qui « suscitent » la communication de renseignements¹²;

⁹ Un examen exhaustif des débats législatifs et des observations présentées aux comités figure à l'annexe K (intitulée *Memorandum of Law – s. 9(2) of the Canada Evidence Act*) du *Report of the Commission of Inquiry Into the Wrongful Conviction of David Milgaard*, aux pp. 2581-2591; en ligne : <http://www.publications.gov.sk.ca/freelaw/Publications_Centre/Justice/Milgaard/43-Appendix_K.pdf>.

¹⁰ *R. v. Cassibo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 498 (C.A. Ont.).

¹¹ Sauf en ce qui a trait à une légère modification apportée au paragraphe 9(2) en 1995 par l'ajout des déclarations enregistrées sur support électronique aux déclarations « par écrit ou qui [ont] été prise[s] par écrit ». Le groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve a reconnu la nécessité de modifier la disposition en 1982.

¹² Le juge est habilité à permettre à une partie de poser des questions suggestives à son témoin *lorsque la justice l'exige*. Il est couramment permis de poser des questions suggestives à son propre témoin sur des sujets non contestés, pour l'orienter vers un aspect particulier, lorsque le sujet est technique ou lorsque le témoin ne comprend pas ou comprend mal parce qu'il est très jeune, qu'il est peu instruit ou qu'il souffre d'un problème de santé mentale ou d'une autre maladie. Voir l'arrêt *Reference re R. v. Coffin*, [1956] S.C.R. 191 (le juge Kellock). Dans le même ordre d'idées, voir l'ouvrage de l'honorable juge Watt, *Watt's Manual of Criminal Evidence 2013* (Toronto, Carswell, 2013) au ch. 19.02, et l'ouvrage de S. Casey Hill, Louis P. Strezos et David M. Tanovich (rédacteurs en chef), *McWilliams Canadian Criminal Evidence* 5^e éd. (Toronto, Thompson Reuters Canada), au ch. 21:20.10.20. Cependant, la prudence est de mise lorsqu'une partie pose des questions suggestives à son témoin, parce qu'un long contre-interrogatoire qui n'a pas été autorisé peut justifier l'annulation d'une déclaration de culpabilité : voir les arrêts *R. v. C.(J.R.)* (1996), 110 C.C.C. (3d) 373 (C.A. Sask.); *R. v. Booth* (1984), 15 C.C.C. (3d) 237 (C.A. C.-B.);

- (2) rafraîchir la mémoire du témoin
 - enregistrement du souvenir
 - mémoire contemporaine ravivée
 - transcriptions et dépositions

(3) paragraphe 9(2)

(4) paragraphe 9(1)

(5) témoin déclaré hostile selon les règles de common law

(6) déclaration de type KGB (présenter des déclarations extrajudiciaires, de préférence au témoignage fourni, pour établir la véracité de leur contenu).

Nos recommandations visent le fusionnement des points (3), (4) et (5)

Les échelons ont des fonctions différentes. Les questions modérément suggestives et celles visant à rafraîchir la mémoire du témoin constituent des façons plus subtiles qu'une partie peut utiliser pour *aider* ses témoins qui sont dans l'embarras. L'article 9 et la déclaration selon laquelle le témoin est hostile constituent pour leur part des façons de mettre le témoin en contradiction et c'est principalement à ces moyens que notre groupe de travail s'est attardé. Dans le cas de la déclaration de type KGB, qui constitue la solution de dernier recours, la partie demande au tribunal d'ignorer totalement le témoignage de son témoin et d'admettre une preuve par ouï-dire, c'est-à-dire d'admettre la déclaration extrajudiciaire de ce témoin et de reconnaître la véracité de son contenu.

L'existence d'échelons comportant des mesures moins attentatoires montre donc clairement que la *mise en contradiction* des témoins existe dans un contexte juridique plus large. Lorsque la preuve que révèle un témoin pendant son interrogatoire principal est incomplète, la mise en contradiction ne sera peut-être pas nécessaire si d'autres moyens moins radicaux, comme les questions visant à rafraîchir la mémoire du témoin, permettent de compléter le dossier.

c) Règle interdisant de contre-interroger son témoin et exceptions à la règle

Il n'est généralement pas permis aux avocats de contre-interroger leurs propres témoins. Ainsi, sauf s'il s'agit de questions préliminaires ou non contestées¹³, les questions suggestives ne sont permises qu'en contre-interrogatoire et non au cours de l'interrogatoire principal. Avant d'examiner les raisons sous-jacentes à cette interdiction générale, il faut comprendre que le contre-interrogatoire, souvent mené à l'aide de questions suggestives, peut poursuivre des buts différents. Parfois, il vise à mettre en lumière ou à faire ressortir des faits utiles à la cause d'une partie, auquel cas l'avocat qui

R. v. Handy (1978), 45 C.C.C. (2d) 232 (C.A. C.-B.); *R. v. Rose* (2001), 153 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.); *R. v. Caron* (1994), 94 C.C.C. (3d) 466 (C.A. Ont.).

¹³ Voir la note 12.

mène le contre-interrogatoire voudra que la crédibilité du témoin demeure intacte. Au contraire, il arrive aussi que le contre-interrogatoire vise à miner la crédibilité du témoin.

Plusieurs raisons historiques sous-tendent les règles qui interdisent aux parties de contre-interroger leurs témoins et de leur poser des questions suggestives. De l'avis de plusieurs, ces raisons ne traduisent plus la réalité inhérente des litiges modernes ou sont inapplicables dans bien des cas¹⁴. Voici quelques-unes des raisons jadis invoquées :

- **La loyauté.** Dans le passé, nos règles de droit reposaient sur la présomption selon laquelle les témoins ont *habituellement* un parti pris en faveur de la partie pour laquelle ils témoignent et sont enclins à accepter trop rapidement les suggestions que leur présente l'avocat de cette partie plutôt que de témoigner en se fondant sur leurs propres souvenirs. Bien que cela puisse être souvent le cas, une partie peut aussi n'avoir d'autre choix que de faire témoigner des personnes de mauvaise réputation ou même antagoniques à leur position, [TRADUCTION] « parce qu'elles sont les seules qui peuvent témoigner au sujet de ce qui est survenu¹⁵ ».
- **L'intimidation.** Cette théorie repose sur l'idée cynique qu'un avocat pourrait suborner son témoin en lui faisant des menaces directes ou implicites. Dans ce contexte, la crainte réside dans le fait qu'à force de côtoyer leur témoin, les avocats pourraient apprendre [TRADUCTION] « des renseignements déshonorants ou contradictoires qu'ils pourront invoquer afin d'inciter le témoin à témoigner faussement en faveur de la partie qui l'a appelé¹⁶ ». En réalité, même si tel était leur intention, il est rare que les avocats connaissent leurs témoins au point de pouvoir les intimider de cette façon.
- **La présentation sélective.** En posant habilement des questions suggestives à leur propre témoin, les avocats pourraient contrôler le contenu du témoignage de façon à ce que soient omis des aspects importants de ce que le témoin pourrait autrement dire. En d'autres termes, les avocats peuvent poser des questions suggestives [TRADUCTION] « de manière à obtenir uniquement les éléments de preuve favorables à la partie qu'ils représentent et à dénaturer le processus de recherche des faits en présentant uniquement une *partie* des éléments de preuve pertinents ». Un tel interrogatoire aurait comme effet d'induire le juge des faits en erreur. De nos jours, ce risque est toutefois grandement atténué par les obligations en matière de communication de la preuve et par l'existence de larges pouvoirs qui permettent de contre-interroger le témoin [TRADUCTION] « sur des sujets qui

¹⁴ Le sommaire présenté ci-après pourrait être beaucoup plus long. Il repose principalement sur l'article de l'auteur Paciocco intitulé « Confronting Disappointing, Hostile and Adverse Witnesses in Criminal Cases », précité, et l'ouvrage de l'honorable S. Casey Hill, Louis P. Strezos et David M. Tanovich intitulé *McWilliams Canadian Criminal Evidence*, 5^e éd, précité.

¹⁵ *R. v. Walker* (1994), 90 C.C.C. (3d) 155 (C.A. Ont.), au par. 31.

¹⁶ Paciocco, à la p. 308.

n'ont pas été abordés pendant l'interrogatoire principal, qu'il s'agisse d'un sujet directement lié aux faits contestés ou d'un sujet portant uniquement sur la crédibilité du témoin¹⁷ ».

- **La théorie de la garantie.** Cette théorie ne repose pas sur le risque que les questions suggestives atténuent la qualité d'un témoignage, mais plutôt sur le fait que les parties se portent garantes du témoignage de leur témoin. Dans ce contexte, il devient superfétatoire de recourir à des questions suggestives pour miner la crédibilité des témoins. Cependant, il est largement reconnu aujourd'hui que les avocats, qui ne peuvent contrôler ce que les témoins choisissent de dire, ont le droit d'inviter le jury à se montrer sélectif quant à la partie ou aux parties du témoignage qu'il décide de croire¹⁸. Ce principe vaut autant pour les procureurs de la Couronne.

Bien que, selon nous avec raison, les justifications invoquées dans le passé aient été critiquées, nous reconnaissons néanmoins que la règle générale qui interdit à une partie de contre-interroger son propre témoin, notamment en lui posant des questions suggestives, devrait demeurer intacte (tout en constatant, comme nous l'expliquons plus loin, que certains pays ont complètement abandonné cette règle). Dans les litiges modernes, les avocats ne devraient pas avoir la possibilité de contre-interroger leurs propres témoins sans raison valable. Par souci de préservation de l'intégrité de la preuve présentée et, jusqu'à un certain point, par souci d'équité envers les témoins¹⁹, nous estimons qu'il est préférable de déployer tous les efforts voulus pour obtenir les éléments de preuve recherchés sans diriger indûment les réponses des témoins. L'utilisation illimitée par une partie de questions suggestives à l'endroit de ses propres témoins peut donner lieu à une preuve moins fiable et miner la fonction de recherche de la vérité du tribunal. Fondamentalement, les tribunaux veulent entendre ce dont les témoins se souviennent, et non ce que les avocats qui les ont assignés leur suggèrent de dire. Nous

¹⁷ *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 5^e éd., précité, au ch. 21:20, citant les décisions *Jones v. Burgess* (1914), 43 N.B.R. 126 (C.A.), aux pp. 150-152; *R. c. Laplante* (1954), 18 C.R. 237 (C.A. Qc), aux pp. 237-238; *R. v. McDonald* (1958), 120 C.C.C. 209 (C.A. Ont.), aux pp. 219-220; *R. v. Rowbotham* (No. 5) (1977), 2 C.R. (3d) 293 (Cour sess. Ont.), à la p. 296; et *R. v. Burgar* (2010), 263 C.C.C. (3d) 521 (C.A. Alb.), au par. 17.

¹⁸ *Walker*, au par. 31; *R. c. Lupien* (1995), 10 M.V.R. (3d) 87 (C.A. Qc), au par. 34; *R. v. Biniaris*, (1998), 124 C.C.C. (3d) 58 (C.A. C.-B.), aux par. 9-16, jugement infirmé pour d'autres motifs, 2000 CSC 15; *R. v. Phillips* (2001), 154 C.C.C. (3d) 345 (C.A. Ont.), au par. 29, autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée, [2001] C.S.C.R. n° 609; *R. v. Li*, [2004] O.J. No. 4145 (C.S.), au par. 36; *Brouillette v. R.* (2005), 202 C.C.C. (3d) 260, à compter du par. 63; *R. v. Pritchard*, 2007 BCCA 82, au par. 77; *R. v. Benji*, 2012 BCCA 55, aux par. 29-31; *R. v. Ryan*, 2014 ABCA 85, aux par. 42-45.

¹⁹ Même si l'équité envers les témoins n'était pas notre principale préoccupation, nous étions conscients de la nécessité de veiller à ce que la réforme des règles relatives à la mise en contradiction des témoins ne porte pas atteinte à leur droit de recevoir un traitement équitable ni n'assombrisse la perception du public quant à l'administration de la justice. Nous comprenons que le fait de comparaître comme témoin est souvent perçu comme une épreuve : *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, au par. 45.

croyons que la règle générale qui interdit à une partie de contre-interroger son propre témoin est toujours au service de la fonction première du procès, qui est la recherche de la vérité.

Cela étant dit, lorsqu'une personne témoigne de façon à empêcher la présentation d'éléments de preuve importants, la règle qui interdit de contre-interroger son propre témoin peut alors *entraver* la fonction de recherche de la vérité, au lieu de la faciliter. C'est précisément le problème que l'article 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* et les règles de common law relatives aux témoins hostiles, – les échelons 3, 4 et 5 de l'« échelle » –, cherchent actuellement à régler. Notre groupe de travail avait pour mission de chercher à savoir si les exceptions existantes – notamment l'article 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* – tiennent suffisamment compte des intérêts de la justice.

d) Critiques formulées à l'endroit des exceptions actuelles (article 9 et règles de common law relatives aux témoins hostiles)

L'article 9 et les règles de common law relatives aux témoins hostiles ont été critiqués pour de nombreuses raisons.

i. Définition incertaine des notions de « témoin opposé » et « témoin hostile »

Témoin hostile et témoin opposé selon le paragraphe 9(1). Le paragraphe 9(1) permet à une partie de présenter en preuve une déclaration incompatible faite antérieurement par son propre témoin s'il est établi que ce témoin est « opposé » à la partie en cause. Or, le mot « opposé » n'est pas défini dans la loi, alors qu'il s'agit du concept central du paragraphe 9(1). Afin de combler cette lacune, les tribunaux ont créé un ensemble de règles régissant le critère à appliquer aux fins de l'article 9. Un témoin « opposé » s'entend généralement d'un témoin [TRADUCTION] « défavorable du fait qu'il présente un témoignage qui va à l'encontre de la position de la partie qui l'a appelé à comparaître²⁰ ».

De plus, bien que l'article 9 traite du témoin « opposé », la common law avait déjà élaboré la doctrine du témoin « hostile », qui permet à une partie de mener un contre-interrogatoire général contre son témoin préalablement déclaré « hostile ». En common law, cette déclaration requiert la preuve que l'intéressé [TRADUCTION] « ne témoigne pas de manière équitable avec l'intention de dire la vérité, *parce qu'il est animé d'une intention hostile*²¹ » ou [TRADUCTION] « manifeste une attitude antagoniste ou un

²⁰ Pour une revue des règles de droit concernant cette définition et des facteurs servant à déterminer si le témoin est un témoin opposé, voir *McWilliams*, précité, au ch. 21:20.03.60.30.

²¹ Jugement du juge Kellock dans l'arrêt *R. v. Coffin* (1956), 114 C.C.C. 1 (C.S.C.), à la p. 24.

esprit hostile²² » *envers la partie qui l'a appelé à témoigner*. Il s'agit d'un élément souvent difficile à établir.

Le rapport entre le paragraphe 9(1) et le paragraphe 9(2) n'est pas clair ni compris de la même façon sur l'ensemble du territoire canadien, à l'instar de la question connexe de la portée du contre-interrogatoire que permet le paragraphe 9(1), comparativement à celle du contre-interrogatoire d'un témoin « hostile ».

Les tribunaux canadiens des différentes provinces ont des avis partagés en ce qui concerne la portée du contre-interrogatoire une fois que le témoin est déclaré opposé en vertu du paragraphe 9(1) (et non hostile suivant les règles de common law). En Ontario et en Alberta, la conclusion selon laquelle le témoin est un témoin opposé ne permet pas de mener un contre-interrogatoire général contre celui-ci²³, restreignant plutôt ce contre-interrogatoire à une déclaration antérieure – précisément ce que permet le paragraphe 9(2)²⁴. En Colombie-Britannique, au Manitoba et en Nouvelle-Écosse²⁵, la conclusion selon laquelle le témoin est un témoin opposé au sens du paragraphe 9(1) permet à la partie de contre-interroger ce témoin de façon générale (ce qui comprendrait la possibilité de lui poser des questions suggestives).

En conséquence, dans certaines provinces, la déclaration selon laquelle le témoin est hostile est devenue redondante, tandis que dans d'autres, elle représente le seul moyen qui permet de contre-interroger le témoin comme si celui-ci avait été appelé par la partie adverse²⁶. Lorsque l'hostilité demeure pertinente, elle est définie de façon trop restreinte, c'est-à-dire qu'elle nécessite la preuve d'un motif spécifique – un sentiment hostile du témoin à l'endroit de la partie qui l'a appelé à comparaître. Lorsque le témoignage inéquitable est imputable à des raisons autres qu'un sentiment hostile de cette nature, il devient nécessaire de contre-interroger le témoin ou de lui poser des questions suggestives; pourtant le témoin ne sera pas déclaré hostile pour autant. Dans

²² *R. v. Figliola*, 2011 ONCA 457, au par. 50.

²³ *R. v. Figliola*, précité, aux par. 48-51; *R. v. Spence*, 2011 ONSC 5587, aux par. 215-216; *R. v. Vivar*, [2004] O.J. No. 9 (C.S.), aux par. 11-20; *R. v. Koester*, 1986 ABCA 108, aux par. 20-21; *R. v. Currie*, 2008 ABCA 374, au par. 54.

²⁴ Dans la décision *R. v. S.(S.W.)*, [2005] O.J. 2005 (C.S.), même si la Cour a estimé que le témoin était un témoin opposé, elle n'a pas autorisé le contre-interrogatoire en vertu du paragraphe 9(1), parce que le contre-interrogatoire en question [TRADUCTION] « avait déjà été mené » en application du paragraphe 9(2). Le paragraphe 9(1) était redondant.

²⁵ *R. v. Marshall* (1972), 8 C.C.C. (2d) 329, 4 N.S.R. (2d) 517, [1972] N.S.J. No. 138 (C.A.), au par. 47; *R. v. Deacon* (1948), 91 C.C.C. 1 (C.A. Man.), au par. 105, motifs du juge Dystart; *R. v. T.(T.E.)*, [1991] B.C.J. No. 4081 (C.A.), au par. 33; *R. v. Uppal*, 2003 BCSC 1922, au par. 4.

²⁶ *Figliola*, au par. 49 : une déclaration selon laquelle le témoin est « hostile » aurait permis au bénéficiaire de la conclusion de mener un contre-interrogatoire général; dans la décision *R. v. Haughton (No.3)* (1983), 38 O.R. (2d) 536 (Cc), cette conclusion a permis la tenue d'un [TRADUCTION] « contre-interrogatoire général ».

la décision *R. v. Vivar*²⁷, cette question a été soulevée dans des circonstances où le témoin à charge n'était pas *hostile*, puisqu'il avait témoigné partialement non pas parce qu'il éprouvait un sentiment d'animosité à l'endroit de la poursuite mais parce qu'il avait peur de l'accusé.

ii. Portée indéterminée du contre-interrogatoire permis par le paragraphe 9(2)

Même si la portée du contre-interrogatoire que permet le paragraphe 9(2) « quant à la déclaration » est peut-être large²⁸, les limites ne sont pas bien établies. Cette incertitude est malheureuse, car le contre-interrogatoire mené en vertu du paragraphe 9(2) peut donner lieu à un nouveau procès parce qu'il « va trop loin » ou qu'il est « inapproprié »²⁹.

iii. Nous ne tenons tout simplement pas compte d'une partie de la disposition

Davantage une conséquence de sa mauvaise rédaction qu'une critique en tant que telle, la réalité est que nous ne tenons pas compte d'une partie de la disposition. Le paragraphe 9(1) énonce que le tribunal *doit* conclure que le témoin est un témoin opposé *avant* que « la partie [puisse] le réfuter par d'autres témoignages ». Bien que qualifié depuis longtemps de [TRADUCTION] « bourde » rédactionnelle³⁰, le législateur n'a pas modifié l'article 9. Ainsi, malgré le texte clair du paragraphe 9(1), les tribunaux canadiens, dans l'ensemble, ne tiennent simplement pas compte de ce qu'il stipule et conviennent plutôt que les parties peuvent appeler à la barre des témoins susceptibles de présenter des éléments de preuve contradictoires et demander au juge des faits d'accepter

²⁷ *R. v. Vivar*, [2004] O.J. No. 9 (C.S.), au par. 19; voir également *R. v. Malik*, 2003 BCSC 1428, et *R. v. S.(S.W.)*, [2005] O.J. No. 4958 (C. S.)

²⁸ Le contre-interrogatoire visé au paragraphe 9(2) peut comprendre non seulement des questions concernant les contradictions, mais également des questions concernant la partialité et la collusion entre le témoin et d'autres personnes, ainsi que des questions visant à mettre en lumière les raisons expliquant le changement de position : *R. v. Dayes*, 2013 ONCA 614, aux par. 29-31.

²⁹ Dans l'arrêt *R. v. Fraser*, [1990] B.C.J. No. 632 (C.A.), même si le contre-interrogatoire visé au paragraphe 9(2) mené par la poursuite a été autorisé par le juge du procès, la nature de ce contre-interrogatoire a été portée en appel, avec succès. La portée du contre-interrogatoire permis au titre du paragraphe 9(2) peut être imprévisible en raison des décisions judiciaires : dans l'arrêt *R. v. Boyce*, 2014 ONCA 150, le juge du procès craignait que l'on ait fait usage de la contrainte policière pour obtenir une déclaration d'un témoin. Plutôt que d'interdire totalement le contre-interrogatoire visé au paragraphe 9(2) au sujet de cette déclaration [ce que prévoit l'arrêt *Milgaard*], le juge du procès en a grandement atténué la portée. La décision du juge du procès à cet égard a été confirmée en appel.

³⁰ *Greenough v. Eccles* (1859), 141 E.R. 315, à la p. 353, qui portait sur la disposition anglaise correspondante. Pour une analyse allant dans le même sens, voir l'article de Paciocco, précité, à la p. 315.

seulement certains aspects de la déposition de chaque témoin, et ce, même en l'absence d'une décision déclarant qu'un témoin est un témoin opposé³¹.

iv. Procédure de common law laborieuse et prêtant à confusion

Les tribunaux canadiens ont, dans une grande mesure, accepté et adapté la procédure énoncée pour la première fois dans l'arrêt *R. c. Milgaard*³² :

[TRADUCTION]

- (1) L'avocat doit tout d'abord avertir la Cour qu'il veut faire une requête en vertu du par. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.
- (2) La Cour doit alors demander au jury de se retirer.
- (3) En l'absence du jury, l'avocat doit exposer les détails de la requête au juge du procès et lui remettre la prétendue déclaration par écrit ou prise par écrit.
- (4) Le juge du procès doit alors lire la déclaration³³ et décider si elle présente effectivement quelque incompatibilité avec la déposition du témoin en cour. S'il conclut à l'absence d'incompatibilité, la question est close; par contre, s'il trouve quelque incompatibilité, il doit demander à l'avocat de faire la preuve de la déclaration en question.
- (5) L'avocat doit alors faire la preuve de la déclaration; il peut le faire en confrontant le témoin avec la déclaration. Si le témoin avoue avoir fait la déclaration par écrit ou prise par écrit, cette preuve suffit. Si le témoin ne fait aucun aveu, l'avocat peut faire sa preuve par d'autres moyens.
- (6) Si le témoin avoue avoir fait la déclaration, l'avocat de la partie adverse a le droit de le contre-interroger quant aux circonstances de la déclaration. Ce droit au contre-interrogatoire existe également si la preuve de la déclaration est faite par d'autres témoins. Il est possible qu'il puisse établir que, dans les circonstances, le juge du procès ne devrait pas permettre le contre-interrogatoire, malgré les incompatibilités apparentes. L'avocat de la partie adverse doit également avoir le droit d'apporter la preuve de facteurs pertinents

³¹ *R. v. Biniaris* (1998), 124 C.C.C. (3d) 58 (C.A. C.-B.), aux par. 9-16, décision infirmée pour d'autres motifs, 2000 CSC 15; *R. v. Walker*, précité, au par. 31; *R. v. Benji*, 2012 BCCA 55; *R. v. Ryan*, 2014 ABCA 55, aux par. 42-45; *R. c. Lupien* (1995), 10 M.V.R. (3d) 87 (C.A. Qc); *R. v. Phillips* (2001), 154 C.C.C. (3d) 345 (C.A. Ont.), au par. 29, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2001] C.S.C.R. n° 609; *R. v. Li*, [2004] O.J. No. 4145 (C.S.), au par. 36; *Brouillette v. R.* (2005), 202 C.C.C. (3d) 260, à compter du par. 63; *R. v. Pritchard*, 2007 BCCA 82, au par. 77; *contra R. c. Père Jean Grégoire de la Trinité* (1980), 60 C.C.C. (2d) 542 (C.A. Qc), à la p. 566, autorisation de pourvoi refusée, [1980] 2 R.C.S. viii.

³² *R. v. Milgaard* (1971), 2 C.C.C. (2d) 206 (C.A. Sask.), autorisation de pourvoi refusée [1971] A.C.S. n° 154.

³³ La déclaration devrait à tout le moins être consignée comme pièce dans le cadre du voir-dire. Plusieurs cours d'appel ont dû trancher des questions liées à l'article 9 alors que le dossier factuel dont elles étaient saisies était incomplet. Voir les commentaires que le juge Spence a formulés en dissidence dans la décision *R. v. Stewart*, précitée, note 19; *R. v. Handy*, [1979] 1 W.W.R. 90, 45 C.C.C. (2d) 232, [1978] B.C.J. No. 1138 (C.A.). Lorsque la déclaration antérieure est citée à maintes reprises, il est permis jusqu'à un certain point de la consigner comme pièce devant le jury, mais cette façon de procéder pourrait constituer une erreur susceptible de révision : *R. v. Campbell* (1990), 106 A.R. 309, 57 C.C.C. (3d) 200 (C.A. Alb.), *R. v. Rowbotham* (1988), 25 O.A.C. 321, 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.); *R. v. Larue* (1991), 13 W.C.B. 208, 65 C.C.C. (3d) 1 (C.A. C.-B.).

à l'obtention de la déclaration, dans le but d'établir qu'on ne devrait pas permettre le contre-interrogatoire.

(7) Le juge du procès doit alors décider s'il va permettre le contre-interrogatoire et, dans l'affirmative, il doit rappeler les jurés [et le contre-interrogatoire « quant à la déclaration » visée au paragraphe 9(2) sera mené en leur présence].

Si la demande fondée sur le paragraphe 9(2) est accueillie, la partie pourrait contre-interroger son propre témoin, notamment en lui posant des questions suggestives « quant à la déclaration ». Par la suite, si elle le juge nécessaire, une demande pourrait être faite afin de faire déclarer le témoin opposé au titre du paragraphe 9(1) (ou hostile selon les règles de common law), ce qui permettrait ensuite de le contre-interroger d'une façon générale.

Il convient de faire ressortir deux aspects de la procédure énoncée dans l'arrêt *Milgaard*. D'abord, à l'étape 4, le juge du procès doit examiner la déclaration pour décider si « elle présente effectivement quelque incompatibilité ». Or, l'article 9 ne traite pas de la situation relativement courante du témoin qui affirme n'avoir aucun souvenir. Dans ce cas, il devient difficile de suivre à la lettre la procédure énoncée dans l'arrêt *Milgaard*, parce que la déclaration ne comporte aucun élément manifestement incompatible avec la déposition du témoin³⁴. En deuxième lieu, en cas d'incompatibilité évidente entre la déclaration et la déposition, l'avocat de la partie adverse peut, à l'étape 6 de la procédure en question, contre-interroger le témoin ou présenter des éléments de preuve « quant aux circonstances de la déclaration » afin d'établir « que, dans les circonstances, le juge du procès ne devrait pas permettre le contre-interrogatoire³⁵ ». Ni l'article 9 ni les règles de common law ne définissent les circonstances dans lesquelles le juge du procès, malgré l'incompatibilité, *ne devrait pas permettre* à la partie ayant appelé le témoin de le contre-interroger « quant à la déclaration » au cours du procès³⁶. Le contre-interrogatoire mené par l'avocat de la partie adverse au cours de la procédure *Milgaard* et le débat qui en résulte au sujet des circonstances dans lesquelles le contre-interrogatoire ne devrait pas être permis entraînent une procédure accessoire très longue qui risque de prendre

³⁴ Les tribunaux ont déjà décidé que, lorsque le juge du procès croit que le témoin ment au sujet de sa mémoire défaillante, le paragraphe 9(2) peut être invoqué : *R. c. McInroy*, [1979] 1 R.C.S. 588; *R. c. Aubin* (1994), 94 C.C.C. (3d) 89 (C.A. Qc), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1998] C.S.C.R. n° 256; *R. v. Curry* (2005), 206 C.C.C. (3d) 100 (C.A. Ont.).

³⁵ Dans l'arrêt *R. v. Cassibo* (1962), 39 O.R. (2d) 288, 70 C.C.C. (2d) 498 (C.A.), il a été décidé que le refus de permettre à une partie de contre-interroger son témoin malgré l'existence d'une incompatibilité peut être fondé sur des [TRADUCTION] « règles de principe qui reposent sur des considérations d'équité ».

³⁶ L'omission de présenter en preuve une déclaration antérieure incompatible pourrait constituer un facteur important au procès. Nos règles de droit favorisent nettement la présentation au juge des faits de tous les éléments de preuve pertinents à la décision qu'il doit rendre: *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, [1988] A.C.S. n° 40, au par. 50.

le pas sur l'objet principal du litige³⁷. Ainsi, certains tribunaux ont mis l'accent sur la fiabilité et ont confondu les questions relatives à la fiabilité en jeu dans une demande de déclaration de type *KGB/Khelawon* – qui vise à obtenir l'autorisation d'utiliser une déclaration extrajudiciaire du témoin pour établir la véracité de son contenu (c.-à-d. une preuve par ouï-dire) – avec celles qui concernent la demande fondée sur le paragraphe 9(2)³⁸.

Il s'ensuit que la procédure exposée dans l'arrêt *Milgaard* se prête mal aux situations où les témoins invoquent l'absence de souvenir, en plus de prolonger indûment le litige. L'affaire peut se prolonger encore davantage s'il devient nécessaire de présenter une deuxième demande visant à faire déclarer le témoin opposé (ou hostile selon les règles de common law). Ainsi que nous l'expliquons dans nos recommandations, nous estimons qu'il est possible de simplifier le déroulement du procès.

v. L'article 9 ne précise pas si les tribunaux peuvent examiner la totalité de la déclaration antérieure incompatible

En droit canadien, il ne fait aucun doute que les déclarations antérieures incompatibles d'un témoin peuvent être utilisées pour évaluer sa crédibilité, mais non, à moins qu'elles ne soient adoptées par le témoin, pour établir la véracité de leur contenu³⁹ (en l'absence d'une décision fondée sur les arrêts *KGB/Khelawon*). Rien ne permet de savoir comment les tribunaux utilisent effectivement la déclaration pour évaluer la crédibilité. En particulier, l'article 9 n'indique pas si le tribunal peut tenir compte de la *totalité* de la déclaration incompatible antérieure du témoin, ou de la compatibilité entre la déposition d'un témoin et sa déclaration antérieure. Ainsi que nous l'expliquons plus loin, l'approche que nous recommandons permet de surmonter ce problème. Selon cette approche, les articles 10 et 11 de la *Loi sur la preuve au Canada* (contre-interrogatoire quant aux déclarations antérieures faites oralement ou par écrit) s'appliqueraient lorsque

³⁷ Une analyse complète des facteurs pertinents quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser une demande fondée sur le paragraphe 9(2) figure dans l'ouvrage *McWilliams Canadian Criminal Evidence*, 5^e éd., précité, au ch. 21:20.30.80.10. Voir, par exemple, *R. v. Aitkenhead*, 2001 MBCA 60 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 157 C.C.C. (3d) vi), où le contre-interrogatoire fondé sur le paragraphe 9(2) a été autorisé malgré les menaces et les encouragements de la police. Voir également *R. v. Tran*, 2010 ONCA 471, aux par. 31-35, et *R. v. Fraser*, [1990] B.C.J. No. 632. Le contre-interrogatoire visé au paragraphe 9(2) ne devrait pas être autorisé lorsque la conduite de la police est en elle-même criminelle : *R. v. MacMillan*, [2003] O.J. No. 3489 (C.A.).

³⁸ Lorsque le contre-interrogatoire soulève des préoccupations concernant la fiabilité d'une déclaration antérieure du témoin, le degré de fiabilité nécessaire pour en déterminer l'admissibilité quant au fond selon les principes des arrêts *KGB/Khelawon* est supérieur à celui qui est exigé pour la simple mise en contradiction aux termes du paragraphe 9(2) : dans la décision *R. v. Tran*, précitée, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision du juge du procès, qui avait refusé de reconnaître l'admissibilité de la déclaration suivant les arrêts *KGB/Khelawon*, tout en autorisant le contre-interrogatoire au titre du paragraphe 9(2).

³⁹ *Watt's Manual of Criminal Jury Instruction*, 2^e éd. (Toronto, Carswell, 2015) - Final Instruction 25-A.

le contre-interrogatoire est autorisé, de sorte que la jurisprudence concernant ces dispositions s'appliquerait elle aussi.

III : Approches adoptées par d'autres pays

a) Introduction

Dans l'optique d'élaborer la meilleure pratique en matière de mise en contradiction des témoins, nous avons étudié la façon de faire dans quatre pays dotés d'un système juridique semblable au nôtre, en l'occurrence les États-Unis, le Royaume-Uni, la Nouvelle-Zélande et l'Australie. Dans l'ensemble, nous avons constaté que chacun de ces pays a délaissé une approche similaire à celle du droit canadien actuel, pour adopter une méthode qui permet de corriger certaines des lacunes que nous avons constatées. Nous décrivons dans la présente section les différentes approches adoptées par ces quatre pays.

b) États-Unis

i. Résumé

Aux États-Unis, il existe des règles de preuve distinctes au niveau fédéral et au niveau des États. À l'origine, toutes les règles de preuve empêchaient une partie de contredire son propre témoin. Cette interdiction a depuis été abandonnée au niveau fédéral tandis que certains États la conservent encore, bien que des exceptions s'y soient greffées. Les règles fédérales actuelles permettent assez largement de contre-interroger son propre témoin en vue d'attaquer sa crédibilité, sans se limiter aux cas où le tribunal détermine que le témoin est un témoin opposé ou qu'il a déjà fait une déclaration incompatible.

ii. Contestation de la crédibilité du témoin

En 1975, les règles de preuve ont été modifiées au niveau fédéral. Dorénavant, il n'est pas nécessaire que le témoin soit jugé opposé ou hostile pour qu'on puisse attaquer sa crédibilité ou le contredire de façon générale. Voici le texte de la règle applicable⁴⁰ :

[TRADUCTION]

Article 607. Personnes habilitées à désavouer un témoin

Toute partie, y compris celle qui a appelé le témoin, peut attaquer la crédibilité du témoin.

⁴⁰ Federal Rules of Evidence, art. 607, en ligne : <<https://www.law.cornell.edu/rules/fre>>.

Extrait des notes du Comité consultatif sur les règles proposées

La règle traditionnelle interdisant de désavouer son propre témoin est abandonnée au motif qu'elle repose sur de fausses prémisses. Les parties ne sont pas garantes de la crédibilité de leurs témoins, étant donné qu'elles ont rarement la faculté de les choisir. L'interdiction fait en sorte que les parties sont à la merci du témoin et de la partie adverse. Si la mise en contradiction est effectuée au moyen d'une déclaration antérieure, celle-ci est à l'abri des risques du oui-dire et ne constitue pas du oui-dire par application de l'alinéa 801(d)(1) des règles.

iii. Témoins hostiles et témoins opposés : la possibilité de poser des questions suggestives

La règle 607 n'exige pas qu'un témoin soit déclaré hostile ou opposé avant qu'une partie puisse *attaquer sa crédibilité*. Toutefois, la possibilité de poser des questions suggestives est compliquée par l'usage des termes « adverse » et « hostile » à l'article 611. Cette règle confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire de contrôler le déroulement de l'interrogatoire de ces témoins :

[TRADUCTION]

Article 611. Mode d'interrogatoire des témoins et de présentation de la preuve

611(c) **Questions suggestives.** Aucune question suggestive ne peut être posée lors d'un interrogatoire principal, sauf dans la mesure nécessaire pour permettre au témoin d'exposer intégralement son témoignage. Habituellement, le tribunal devrait autoriser les questions suggestives dans les cas suivants :

(1) lors du contre-interrogatoire;

(2) lorsqu'une partie produit un témoin hostile, une partie adverse ou un témoin associé à une partie adverse.

Le libellé de cet article fait en sorte qu'il demeure nécessaire que le témoin soit déclaré hostile, une partie adverse ou « associé à » une partie adverse. Les règles ne définissant pas ces termes, ils ont donc été définis par les tribunaux. Dans son article intitulé « Federal Rules of Evidence 611(c): Leading a Witness on Direct Examination », Christina Kang résume les concepts et la jurisprudence concernant la définition de témoin hostile et de partie adverse⁴¹.

⁴¹ Christina J. Kang, « Federal Rule of Evidence 611(c): Leading a Witness on Direct Examination », (2009) 17(3) *Proof* 1.

Parties adverses et témoins associés à une partie adverse? M^e Kang fait observer que la jurisprudence est assez constante pour ce qui est de la définition du terme « partie adverse » (en règle générale, *l'autre partie* au litige). Elle souligne toutefois qu'il est plus difficile de déterminer si un témoin est associé à une partie adverse, dans le cas, par exemple, d'une société⁴². À titre d'exemple de témoins associés à une partie adverse, elle mentionne les employés anciens ou actuels⁴³, les partenaires amoureux⁴⁴ et, dans certains cas, les témoins experts⁴⁵.

Témoin hostile? Selon M^{me} Kang, un témoin hostile est une personne dont [TRADUCTION] « l'hostilité, la partialité ou la réticence à témoigner peuvent être démontrées à la satisfaction du tribunal de première instance ». L'hostilité n'a pas fait l'objet d'une définition définitive. Le simple témoignage qui contredit une partie n'est pas suffisant pour qu'on puisse conclure à l'hostilité⁴⁶. Toutefois, le fait de prendre systématiquement fait et cause pour la partie adverse ou d'être réticent à communiquer certains renseignements suffit pour conclure qu'on a affaire à un témoin hostile⁴⁷.

iv. Limites à contester la crédibilité de son propre témoin en common law

Malgré qu'il soit largement possible de contester la crédibilité de son propre témoin, il existe, en droit de la preuve, des raisons de politique sociale qui restreignent la capacité de le faire. Aucune d'entre elles ne concerne cependant directement notre étude⁴⁸.

c) Royaume-Uni

Pour examiner la situation qui existe au Royaume-Uni, notre groupe s'est penché sur l'approche retenue en Angleterre, au pays de Galles ainsi qu'en Écosse.

⁴² *Ibid.*, à la p. 7.

⁴³ *Perkins v. Volkswagen of Am Inc*, 592 E 2d 681 (5^e Cir 1979); *Chonich v. Wayne County Community College*, 874 F 2d 359 (6^e Cir 1989).

⁴⁴ *United States v. Hicks*, 748 F 2d 854 (4^e Cir 1984).

⁴⁵ *Leskin v. Pottsville Hosp Civil Action No 87-2487*, 1991 US Dist Lexis 6842.

⁴⁶ *Hickory v. US*, 141 US 303 (1894), à la p. 309.

⁴⁷ Kang, précité, à la p. 17.

⁴⁸ Parmi ces limites, mentionnons la règle relative aux faits incidents, la nécessité d'agir de bonne foi lorsqu'on pose des questions en contre-interrogatoire en vue de contredire un témoin et la nécessité, pour la personne qui pose les questions, de démontrer qu'elle est justifiée de questionner le témoin sur ses déclarations antérieures. Voir K.S. Broun *et al.*, *McCormick on evidence*, 6^e éd (St. Paul, Minnesota, Thomson/West, 1999), aux pp. 157-169 et 232-238.

i. Angleterre et pays de Galles

Les règles régissant la mise en contradiction des témoins en Angleterre et au pays de Galles sont énoncées dans deux lois intitulées respectivement *Criminal Procedure Act 1865* et *Criminal Justice Act 2003*.

Le libellé de l'article 3 de la *Criminal Procedure Act* est semblable à celui du paragraphe 9(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

[TRADUCTION]

Criminal Procedure Act 1865

Article 3 : Contestation de la crédibilité du témoin par la partie qui le produit

La partie qui produit un témoin n'a pas la possibilité d'attaquer sa crédibilité par une preuve générale de mauvaise moralité. Toutefois, si le témoin est, de l'avis du juge, opposé à la partie en cause, cette dernière peut le réfuter par d'autres témoignages, ou, avec la permission du juge, peut prouver que le témoin a en d'autres occasions fait une déclaration incompatible avec sa présente déposition. Avant de pouvoir établir cette dernière preuve, les circonstances dans lesquelles a été faite la prétendue déclaration doivent être exposées au témoin de manière à désigner suffisamment l'occasion en particulier, et il faut lui demander s'il a fait ou non cette déclaration.

Pour que l'article 3 s'applique, le juge doit conclure que le témoin est « hostile ». Bien que la common law n'établisse pas de distinction entre un témoin « défavorable » et un témoin « hostile », le critère préliminaire qui doit être rempli pour décider qu'un témoin est hostile semble moins exigeant que celui qui existe en droit canadien.

Un témoin « hostile », est un témoin [TRADUCTION] « qui ne souhaite pas dire la vérité au tribunal en réponse aux questions posées par la partie qui l'a appelé à témoigner⁴⁹ ».

Dans l'arrêt *R. v. Jobe*⁵⁰, la Cour d'appel a statué que l'hostilité peut se manifester par le seul comportement du témoin, du fait de son refus de répondre aux questions ou de son affirmation répétée : « Je ne me souviens pas », ou encore par l'incompatibilité entre sa déposition et ses déclarations antérieures. Il n'est pas nécessaire que cette [TRADUCTION] « incompatibilité soit flagrante », mais le juge doit décider [TRADUCTION] « si

⁴⁹ *A Digest of the Law of Evidence*, de James Fitzjames Stephen, approuvé par la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Prefas and Pryce*, 86 Cr. App. R. 111.

⁵⁰ *R. v. Jobe*, [2004] EWCA Crim 3155, au par. 63.

la preuve proposée tend à contredire la déclaration actuelle du témoin ou à être incompatible avec elle⁵¹ ».

Dès lors que le témoin est déclaré hostile en vertu de l'article 3, la partie qui l'a appelé à témoigner peut le contre-interroger quant à ses déclarations antérieures.

Si le témoin ne confirme pas la véracité de sa déclaration antérieure, l'article 119 de la *Criminal Justice Act 2003* prévoit alors le dépôt en preuve de la déclaration antérieure en vue d'établir la véracité de son contenu⁵². La situation est nettement différente de celle qui existe en droit canadien.

Si la preuve est admise en vertu de l'article 119, le tribunal doit expliquer au jury la valeur qu'il doit attribuer aux éléments de preuve contenus dans la déclaration antérieure par rapport à ceux présentés par le témoin à la barre des témoins. Il doit en outre lui préciser comment les incohérences peuvent servir à évaluer sa crédibilité.

Certaines décisions dénoncent une certaine confusion quant au moment où une déclaration antérieure peut être utilisée pour rafraîchir la mémoire d'un témoin, à titre d'enregistrement du souvenir ou pour démontrer l'hostilité d'un témoin et, dès lors, pouvoir déposer cette déclaration en preuve en vertu de l'art. 119.

ii. Écosse

En Écosse, la question est régie par la common law et par la *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*. Le problème des témoins hostiles ne s'y pose pas. L'une ou l'autre partie peut contre-interroger un témoin quant à ses déclarations antérieures lorsque celles-ci diffèrent de la déposition du témoin sur une question pertinente.

Une déclaration antérieure peut être soumise à un témoin principalement dans trois situations :

- Tout en reconnaissant avoir fait une déclaration à la police et confirmant la véracité de celle-ci, le témoin n'arrive pas à se rappeler certains faits, (enregistrement du souvenir);

⁵¹ *Ibid*, au par. 66.

⁵² Voir *R. v. Gibbons*, [2008] EWCA Crim 1574, au par. 11, où la Cour d'appel a déclaré que l'article 119 entre en jeu principalement lorsqu'un témoin maintient le caractère mensonger de sa déclaration antérieure. La principale modification apportée par l'article 119 réside dans le fait qu'il permet désormais au jury de se fonder sur la déclaration antérieure du témoin même si ce dernier refuse de la confirmer, voire qu'il la nie.

- la déclaration antérieure se trouve dans un document et le témoin admet avoir fait cette déclaration et la confirme (article 260 de la *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*);
- le témoin donne une déposition qui diffère de sa déclaration antérieure (paragraphe 263(4) de la *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*).

Dans les deux premiers cas, la déclaration peut être déposée en preuve pour établir la véracité de son contenu. Dans le troisième scénario, lorsque le témoin ne confirme pas la teneur de sa déclaration antérieure, celle-ci peut uniquement servir à des fins de crédibilité et de fiabilité⁵³.

Le chevauchement de ces trois scénarios crée une certaine confusion pour les criminalistes écossais, surtout lorsqu'il s'agit de déterminer l'utilisation qu'il leur est permis de faire des déclarations antérieures.

d) Nouvelle-Zélande

i. Dispositions générales concernant les témoins opposés et les témoins hostiles

En Nouvelle-Zélande, les règles permettant de mettre en contradiction son propre témoin ont été modifiées par la *Evidence Act 2006* (la « *Evidence Act* »), qui a codifié l'ensemble des règles de preuve. Il est permis de contre-interroger un témoin « hostile » en vertu de l'article 94, qui dispose :

[TRADUCTION]

Dans toute instance, la partie qui cite un témoin à comparaître peut, si le juge estime que ce témoin est hostile et qu'il en donne l'autorisation, contre-interroger ce témoin dans la mesure autorisée par le juge.

Par rapport au Canada, la définition néo-zélandaise du terme « hostile » est assez libérale. En effet, l'article 4 de la *Evidence Act* définit le témoin « hostile » comme un témoin qui :

[TRADUCTION]

- a) manifeste ou semble manifester un manque de franchise lorsqu'il rend un témoignage défavorable à la partie qui l'a appelé sur une question dont il est raisonnablement censé avoir connaissance;

⁵³ Judicial Institute for Scotland, *Jury Manual 2015*, chap. 23.

- b) donne un témoignage incompatible avec une déclaration qu'il a faite antérieurement d'une manière qui manifeste ou semble manifester son intention de refuser d'aider la partie qui l'a appelé à témoigner;
- c) refuse de répondre aux questions ou refuse délibérément de communiquer des éléments de preuve.

ii. **Rapport entre la mise en contradiction et l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires**

Les répercussions de l'adoption de cette norme relativement peu exigeante à l'égard de l'« hostilité » sont particulièrement importantes lorsqu'on tient également compte des autres modifications apportées à la définition du ouï-dire. En effet, l'article 4 de la *Evidence Act* définit la « déclaration relatée » comme une déclaration qui remplit les deux conditions suivantes :

[TRADUCTION]

- a) elle est faite par une personne autre que le témoin; et
- b) elle est présentée en preuve au cours de l'instance en vue d'établir la véracité de son contenu.

Puisqu'un témoin hostile demeure un témoin dans l'instance, ses déclarations extrajudiciaires antérieures ne sont plus considérées comme des déclarations relatées aux termes de la *Evidence Act*. Autrement dit, jumelées à l'article 94, ces modifications font en sorte que les déclarations antérieures d'un témoin hostile pourraient être admises pour établir la véracité de leur contenu, sans même avoir été confirmées par le témoin.

Elles demeurent néanmoins assujetties à la règle d'exclusion générale énoncée à l'article 8, qui stipule :

[TRADUCTION]

- (1) Dans toute instance, le juge doit exclure la preuve lorsque le risque que la preuve (a) ait un effet préjudiciable injuste sur le déroulement de l'instance ou (b) qu'elle prolonge inutilement l'instance l'emporte sur sa valeur probante.
- (2) Pour déterminer si le risque d'un effet préjudiciable injuste sur le déroulement d'une instance criminelle l'emporte sur la valeur probante de la preuve, le juge doit tenir compte du droit du défendeur de présenter une défense efficace.

iii. **Contredire son propre témoin**

Avant l'adoption de la *Evidence Act*, il existait un principe général suivant lequel la Couronne ne devait pas appeler une personne à témoigner si elle avait la réputation

d'être un témoin « irréductiblement hostile⁵⁴ ». Dans la décision *R. v. O'Brien*, la Cour d'appel a expliqué comme suit la raison d'être de ce principe de common law :

[TRADUCTION]

[...] il n'est pas souhaitable que la Couronne fasse témoigner un témoin à charge dont on sait qu'il est hostile dans l'intention de s'en servir pour présenter une déclaration antérieure qui serait autrement inadmissible [parce qu'il s'agit d'une déclaration relatée]⁵⁵.

Dans l'arrêt *Morgan v. The Queen*, [2010] NZSC 23 [« *Morgan* »], la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande a réexaminé ce principe de common law. Elle a conclu que la *Evidence Act* a modifié le droit en profondeur, étant donné que la déclaration antérieure d'un témoin hostile ne constitue plus une déclaration relatée. Une déclaration antérieure est désormais admissible pour établir la véracité de son contenu, à moins que l'article 8 ne s'applique. Dans la décision *Morgan*, la Cour a repris à son compte un extrait des propos formulés par le juge Asher dans la décision *R. v. Vagaia* [« *Vagaia* »] :

[TRADUCTION]

[...] la principale raison d'être du principe énoncé dans l'arrêt *R. v. O'Brien*, en l'occurrence qu'il n'est pas souhaitable de faire témoigner un témoin hostile dans le but de présenter une déclaration antérieure incompatible qui n'est pas admissible en preuve pour établir la véracité des faits allégués, n'existe plus. En raison de la nouvelle définition de la déclaration relatée, les déclarations de ce genre peuvent désormais être présentées en preuve pour établir la véracité des faits qu'elles contiennent. Je n'irais toutefois pas jusqu'à dire que l'arrêt *R. v. O'Brien* ne s'applique plus. Il peut quand même exister des circonstances où, en raison de l'intransigeance d'un témoin ou de ses antécédents d'hostilité ou de malhonnêteté, la Couronne ne devrait pas l'assigner à témoigner, en autant que la défense reçoive un préavis et des détails suffisants au sujet de ce témoin. Entendre le témoignage de ce genre de personne pourrait mener à la présentation d'éléments de preuve manifestement peu fiables et de peu de valeur probante, mais susceptibles en revanche d'être hautement préjudiciables⁵⁶.

iv. Résumé

Par rapport à la norme canadienne, la Nouvelle-Zélande a adopté une interprétation libérale de la notion de « témoin hostile » et permet en règle générale le contre-interrogatoire de ce témoin par la partie qui l'a assigné à comparaître. Au surplus, la notion de oui-dire est définie généreusement. Additionnées ensemble, ces modifications font en sorte que, sous réserve de la règle d'exclusion générale énoncée à

⁵⁴ *R. v. Vagaia*, [2008] 2 N.Z.L.R. 516 (H.C.), au par. 7. Ce principe général n'est pas appliqué au Canada : voir la note 68.

⁵⁵ *R. v. O'Brien*, [2001] 2 N.Z.L.R. 145 (C.A.), au par. 21, motifs des juges Tipping, Williams et Goddard.

⁵⁶ *Vagaia*, au par. 15.

l'article 8 de la *Evidence Act*, les déclarations antérieures faites par un témoin hostile sont admissibles en preuve pour établir la véracité de leur contenu sans qu'il ne soit nécessaire que le témoin les entérine.

e) Australie

i. **Commonwealth d'Australie, Nouvelle-Galles-du-Sud, Victoria, Tasmanie, Territoire de la capitale de l'Australie et Territoire du Nord**

Le 1^{er} janvier 1995, le Commonwealth d'Australie et la Nouvelle-Galles-du-Sud ont tous deux adopté une loi intitulée *Evidence Act 1995*. Ces lois sont parfois appelées les « Lois uniformes sur la preuve ». À peu près identiques, elles sont inspirées d'un projet de loi élaboré par la Commission australienne de la réforme du droit. Depuis, des lois semblables ont été adoptées dans d'autres États et territoires : Victoria, la Tasmanie, le Territoire de la capitale de l'Australie et le Territoire du Nord.

La disposition principale qui porte sur la mise en contradiction des témoins est l'article 38 ([TRANSCRIPTION] « Témoins défavorables »). Les questions suggestives sont traitées à l'article 37, qui a été interprété comme reflétant la common law⁵⁷. Selon les tableaux comparatifs des lois uniformes sur la preuve publiés par le ministère du Procureur général de l'Australie, les dispositions équivalentes des lois de ces États et territoires sont identiques ou pratiquement équivalentes aux articles 37 et 38 de la loi du Commonwealth⁵⁸. Par conséquent, l'analyse qui suit ne cite que la *Evidence Act 1995* (Cth)⁵⁹. Les autres États (le Queensland, l'Australie-Occidentale et l'Australie-Méridionale) seront traités brièvement par la suite.

Le cœur de la question de la mise en contradiction des témoins est abordé au paragraphe 38(1) de la *Evidence Act 1995* (Cth) :

[TRANSCRIPTION]

38 Témoins défavorables

(1) La partie qui a assigné un témoin à comparaître peut, avec l'autorisation du tribunal, interroger ce témoin, comme si elle le contre-interrogeait, sur les questions suivantes :

a) le témoignage donné par ce témoin qui est défavorable à la partie;

⁵⁷ A. Ligertwood et G. Edmond, *Australian Evidence: A Principled Approach to the Common Law and Uniform Acts*, 6^e éd., Lexis Nexis Butterworths, 2017, au par. 7.117.

⁵⁸ <https://www.ag.gov.au/LegalSystem/Pages/Uniform-Evidence-Acts-comparative-tables.aspx>.

⁵⁹ <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00386>.

- b) une question dont le témoin est raisonnablement censé avoir connaissance, alors que le témoin ne semble pas, de l'avis du tribunal, faire des efforts réels pour en témoigner dans son interrogatoire principal;
- c) la question de savoir si ce témoin a déjà fait une déclaration antérieure incompatible.

Cette disposition ne précise pas quel est le seuil à satisfaire pour que le tribunal accorde son autorisation, mais un auteur a déclaré que [TRADUCTION] « [à] tout le moins, il suffit que le témoin, peu importe son intention, ait simplement donné un témoignage défavorable, c'est-à-dire un témoignage qui n'est pas en faveur de la partie qui l'a appelé à témoigner, et que ce témoignage ne fasse pas l'objet d'un contre-interrogatoire par une autre partie⁶⁰ ». Pour décider s'il y a lieu de permettre ou non le contre-interrogatoire, le paragraphe 38(6) prévoit que le tribunal doit tenir compte des questions susceptibles d'être posées au témoin par l'autre partie ainsi que l'ampleur possible de ce questionnement⁶¹. Le tribunal doit également déterminer si la partie a donné dès que possible un préavis de son intention de demander l'autorisation du tribunal⁶². Le paragraphe 192(2) énumère d'autres facteurs généraux en ce qui concerne l'autorisation de poser des questions, dont certains concernent l'efficacité, l'équité et l'importance du témoignage. Il importe de signaler qu'en vertu du paragraphe 38(3), un contre-interrogatoire d'une portée encore plus large et touchant *uniquement* à la crédibilité nécessite une autre autorisation⁶³.

En vertu de la common law, la possibilité de contre-interroger son propre témoin nécessitait une déclaration selon laquelle le témoin était hostile, interprété comme signifiant que le témoin refuse de dire la vérité⁶⁴. Dans ce contexte, l'article 38 représente un changement important, conçu pour améliorer le processus de constatation des faits⁶⁵. Conséquence importante, l'article 38, combiné au paragraphe 60(1), fait en sorte que la déclaration antérieure d'un témoin, établie au cours de la mise en contradiction de ce témoin, devient admissible pour établir la véracité de son contenu⁶⁶.

⁶⁰ Ligertwood et Edmond, au par. 7.122.

⁶¹ Alinéa 38(6)b).

⁶² Alinéa 38(6)a).

⁶³ Le paragraphe 38(3) est ainsi libellé : [TRADUCTION] « La partie qui interroge le témoin en vertu du présent article peut, avec l'autorisation du tribunal, l'interroger sur des questions portant uniquement sur la crédibilité de ce témoin ». Voir *Ligertwood and Edmond*, au paragraphe 7.122.

⁶⁴ Ligertwood et Edmond, au par. 7.120.

⁶⁵ *Uniform Evidence Law*, Rapport de la Commission australienne de réforme du droit, la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Galles-du-Sud et la Commission de réforme du droit de l'État de Victoria, décembre 2005, ALRC 102, 2005 [rapport de 2005], au par. 5.69.

⁶⁶ Le paragraphe 60(1) est ainsi libellé : [TRADUCTION] « La règle du oui-dire ne s'applique pas aux éléments de preuve portant sur une déclaration antérieure qui est admise au motif qu'elle est pertinente pour une fin autre que celle de prouver un fait allégué. »

En 2004-2005, la Commission australienne de réforme du droit, la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Galles-du-Sud et la Commission de réforme du droit de l'État de Victoria ont entrepris conjointement un examen de l'application de la *Evidence Act 1995* et publié un rapport en décembre 2005. Au sujet de l'article 38 en général, elles ont conclu que, dans l'ensemble, cet article fonctionnait bien :

[TRADUCTION]

5.69 Le grand principe qui a guidé la recommandation de l'article 38 – améliorer la recherche des faits en permettant à la partie qui assigne un témoin de contester son témoignage défavorable au moyen d'un contre-interrogatoire – a été confirmé par la façon dont cette disposition a été appliquée au cours des dix dernières années. Bien que cet article ait fait l'objet de certaines critiques, il a également reçu un appui solide des tribunaux, comme l'illustrent les décisions *Adam* et *Milat* susmentionnées. Pour cette raison, les Commissions recommandent qu'aucune modification ne soit apportée à cet article.

Plus tôt dans le même rapport, les auteurs ont paraphrasé les propos qu'avait tenus le juge en chef de la Cour suprême de la Nouvelle-Galles-du-Sud, le 23 avril 1996, dans le jugement non publié *R. v. Milat* : [TRADUCTION] « les effets de l'article 38 s'avéreront probablement l'une des plus grandes réalisations des Lois uniformes sur la preuve⁶⁷ ».

Lorsqu'on examine les effets de l'article 38, il vaut la peine de tenir compte d'une différence contextuelle notable entre l'Australie et le Canada. Du moins dans les États visés par le rapport de 2005, la poursuite semble avoir une obligation plus étendue qu'au Canada d'assigner des témoins : tout témoin dont le témoignage est susceptible d'aider le tribunal à établir la véracité des faits doit être assigné, à moins qu'à son avis, ce témoignage ne soit pas fiable, digne de foi ou crédible⁶⁸. Dans un tel cas, il semble raisonnable de permettre à la poursuite de mettre en contradiction les témoins défavorables au moyen d'un contre-interrogatoire⁶⁹.

⁶⁷ Rapport de 2005, au par. 5.49.

⁶⁸ *Whitehorn v. The Queen* (1983), 152 C.L.R. 657, à la p. 674. Au Canada, la poursuite a le pouvoir discrétionnaire d'appeler ou non un témoin donné, et ce pouvoir discrétionnaire n'est susceptible de contrôle que lorsqu'il est exercé pour une raison détournée ou inappropriée (*R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113).

⁶⁹ Ligertwood et Edmond, au par. 7.123.

ii. Queensland, Australie-Occidentale et Australie-Méridionale

La loi sur la preuve de chacun de ces trois États comporte une disposition précisant dans quelle mesure une partie peut attaquer la crédibilité de son propre témoin. Chaque disposition est quelque peu différente. En ce qui concerne la question centrale de la possibilité de contre-interroger son propre témoin sur une déclaration antérieure incompatible, la loi de l'Australie-Occidentale exige que le tribunal déclare au préalable le témoin hostile⁷⁰. Les lois de l'Australie-Méridionale et du Queensland emploient le terme « opposé » (*adverse*) plutôt que le terme « hostile » (*hostile*)⁷¹.

IV : Analyse et recommandations

a) Préoccupations et objectifs généraux

Comme nous l'avons expliqué dans l'introduction et pour les raisons exposées à la partie II, nous recommandons de remplacer l'article 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Considérant les nombreuses critiques soulevées par l'actuelle méthode de mise en contradiction d'un témoin avec sa déclaration antérieure (reproches préalablement détaillées), le groupe de travail conclut que les règles de droit prévues à cet égard à l'article 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, nécessitent des changements en profondeur. À l'heure actuelle, l'application de ces règles de droit est imprévisible et ne repose pas sur des fondements cohérents. Les tribunaux font fi de la portion du paragraphe 9(1) qui interdit d'attaquer la crédibilité de son propre témoin par d'autres éléments de preuve, au motif qu'il s'agit d'une [TRADUCTION] « bourde » rédactionnelle. Sans surprise, puisque que cette disposition est muette tant sur la définition de la notion de témoin opposé que sur son implication pratique, les tribunaux canadiens ne s'entendent pas sur la portée d'une décision déclarant un témoin opposé (plutôt qu'un témoin hostile). De son côté, le paragraphe 9(2) est devenu un code en lui-même, de sorte qu'il est appliqué d'une manière qui ne correspond pas à l'intention initiale du législateur⁷². Il existe actuellement deux types de contre-interrogatoires : le premier, visé au paragraphe 9(2), qui permet de contre-interroger le témoin « quant à sa déclaration », et le second, qui permet de contre-interroger le témoin de façon générale soit en vertu du paragraphe 9(1) ou soit après une déclaration d'hostilité en common law. Chaque étape est distincte et souvent d'application complexe.

⁷⁰ *Evidence Act 1906*, https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/statutes.nsf/law_a260.html, art. 21.

⁷¹ *Evidence Act 1929*, <https://www.legislation.sa.gov.au/LZ/C/A/EVIDENCE%20ACT%201929.aspx>, art. 27. *Evidence Act 1977*, <https://www.legislation.qld.gov.au/view/html/inforce/current/act-1977-047>, art. 17.

⁷² Un examen exhaustif des débats législatifs et des observations présentées aux comités figure à l'annexe K (intitulée *Memorandum of Law – s. 9(2) of the Canada Evidence Act*) du *Report of the Commission of Inquiry Into the Wrongful Conviction of David Milgaard*, aux pp. 2581-2591; en ligne : http://www.publications.gov.sk.ca/freelaw/Publications_Centre/Justice/Milgaard/43-Appendix_K.pdf.

Voici les quatre objectifs que nous avons cernés :

1. Toute modification doit favoriser et améliorer la recherche de la vérité par le tribunal.
2. Toute modification doit faciliter le déroulement du procès en précisant les circonstances qui justifient un assouplissement de la règle interdisant à une partie de contre-interroger ses propres témoins et en clarifiant la portée du contre-interrogatoire permis dans ces circonstances. Nous estimons qu'une approche mieux définie aurait de nombreux avantages, notamment celui de limiter la portée des débats visant à savoir s'il est possible de contre-interroger son propre témoin et, le cas échéant, la portée de ce contre-interrogatoire. D'une façon générale, les procès seraient simplifiés, les questions relatives à la mise en contradiction des témoins seraient plus prévisibles et les décisions en résultant seraient moins susceptibles d'être portées en appel.
3. Il faut dépouiller nos règles de droit de ce qui les compliquent inutilement.
4. Tout changement doit chercher un juste équilibre entre les besoins des parties et l'équité envers les témoins.

Pour atteindre ces objectifs, nous sommes persuadés qu'il ne suffit pas d'apporter des modifications *mineures* à l'article 9. Une réforme en profondeur est nécessaire.

Après avoir examiné ce qui se fait dans d'autres pays, et bien conscients qu'il n'est pas toujours facile d'« importer » des lois de pays étrangers, nous concluons néanmoins à l'opportunité d'adopter et d'adapter certaines des approches qui existent ailleurs. Par ailleurs, considérant le mandat circonscrit du groupe de travail, nous n'avons pas tenté d'aborder l'interrogatoire de *tous* les témoins *globalement*; nous limitant plutôt à la mise en contradiction des témoins d'une partie.

Finalement, craignant que certaines recommandations aient des conséquences imprévues, nous avons parfois préféré laisser intactes certaines parties de nos règles de common law actuelles.

b) Impressions initiales sur les lois d'autres pays

Les règles américaines, qui s'inscrivent dans le cadre d'un corpus plus large de lois sur la preuve et qui emploient une terminologie très différente de la nôtre, nous ont semblé poser trop de difficultés pour que nous puissions nous en servir comme modèle de réforme.

L'expérience du Royaume-Uni est intéressante, parce que les lois britanniques ressemblent plus souvent aux nôtres. Le critère préliminaire auquel il faut répondre pour conclure qu'un témoin est un témoin opposé semble y être moins exigeant et les déclarations antérieures incompatibles sont admissibles en preuve pour établir la véracité de leur contenu. Malgré cet intérêt apparent, les diverses approches britanniques présentent des zones de confusion et d'incertitude, notamment quant à la manière dont les règles relatives à la mise en contradiction des témoins interagissent avec les autres principes de preuve, comme ceux concernant la façon de rafraîchir la mémoire du témoin et l'enregistrement du souvenir. Ces modèles ne nous fournissent pas de pistes de solutions claires.

Le groupe de travail a particulièrement apprécié certains aspects des modèles de la Nouvelle-Zélande et de l'Australie⁷³. Le principal attrait que comporte la méthode néo-zélandaise est sa simplicité et sa définition claire du concept d'hostilité. De son côté, l'approche australienne est axée sur le témoignage plutôt que sur le témoin, permettant alors, entre autres, un contre-interrogatoire sur les témoignages « défavorables », indépendamment de l'intention du témoin. Bien que l'approche australienne ne soit pas aussi claire que celle de la Nouvelle-Zélande, la souplesse du concept nous plaît, ainsi que le fait que le mobile du témoin n'est pas important s'il est par ailleurs clair que son témoignage est défavorable⁷⁴.

Après mûre réflexion, bien que l'approche australienne conserve un certain attrait du fait qu'elle définit clairement le type de contre-interrogatoire qui est autorisé, ni l'approche australienne ni l'approche néo-zélandaise nous paraissent adéquates en ce qui a trait à la question de la portée du contre-interrogatoire autorisé. L'approche néo-zélandaise permet le contre-interrogatoire [TRADUCTION] « dans la mesure autorisée » par le tribunal. Nous rejetons cette approche parce qu'elle ne fournit pas la

⁷³ Lorsque nous parlons du modèle australien, nous renvoyons à la *Loi uniforme sur la preuve* du Commonwealth de l'Australie.

⁷⁴ Au Canada, le mobile du témoin peut avoir une incidence sur la question de savoir s'il est hostile ou non. Nous suggérons que le mobile ne devrait pas avoir d'importance si le témoin agit par ailleurs de manière décidément inéquitable. Par exemple, dans l'affaire *R. v. Vivar*, précitée, le tribunal a estimé qu'un témoin à charge n'était pas *hostile*, étant donné qu'il avait témoigné de manière inéquitable [TRADUCTION] « parce qu'il avait peur » de l'accusé et non parce qu'il éprouvait un sentiment d'animosité à l'endroit de la poursuite.

clarté nécessaire pour permettre aux parties de se conduire convenablement. Le modèle australien maintient divers types de contre-interrogatoires, ce que nous préférons éviter par souci de simplicité.

c) Recommandations

Voici nos recommandations :

1. L'article 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* devrait être abrogé et remplacé par une disposition qui tiendrait compte des recommandations ci-après énoncées.
2. Les circonstances dans lesquelles une partie peut contre-interroger son propre témoin devraient être clairement définies et comprendre notamment les situations suivantes :
 - le témoignage du témoin est essentiellement incompatible avec une déclaration antérieure orale ou enregistrée; ou
 - le témoin ne semble pas réellement essayer de se souvenir de faits dont on s'attendrait raisonnablement à ce qu'il se souvienne; ou
 - le témoin refuse de répondre aux questions ou manifeste par ailleurs, par ses paroles ou par son comportement, l'intention de ne pas aider la partie qui l'a assigné; ou
 - le témoin donne un témoignage qui est défavorable à la partie qui l'a assigné. [Voir la section (i) ci-après pour de plus amples détails.]
3. Nous recommandons que l'article 9 indique clairement qu'un seul type de contre-interrogatoire est possible en vertu de cette disposition : lorsqu'un juge autorise une partie à contre-interroger son témoin, l'avocat devrait alors pouvoir le questionner comme s'il avait été appelé par la partie adverse. Les articles 10 et 11 de la *Loi sur la preuve au Canada* devraient s'appliquer⁷⁵ aux fins d'établir le contenu de la déclaration antérieure et

⁷⁵ **Le paragraphe 10(1) dispose :** *Lors de tout procès, un témoin peut être contre-interrogé au sujet des déclarations antérieures qu'il a faites par écrit, qui ont été prises par écrit ou qui ont été enregistrées sur bande audio ou vidéo, ou autrement, relativement au sujet de la cause, sans qu'il lui soit permis d'en prendre connaissance. Cependant, si l'on entend mettre le témoin en contradiction avec lui-même au moyen de cette pièce, l'on doit, avant de pouvoir établir cette preuve contradictoire, appeler son attention sur les parties de celles-ci qui doivent servir à le mettre ainsi en contradiction. Le juge peut toujours, au cours du procès, exiger la production de la pièce dans le but de l'examiner et en faire, dans la poursuite de la cause, l'usage qu'il croit convenable.*

L'article 11 dispose : *Si un témoin, contre-interrogé au sujet d'une déclaration antérieure faite par lui relativement au sujet de la cause et incompatible avec sa présente déposition, n'admet pas clairement qu'il a fait cette déclaration, il est permis de prouver qu'il l'a réellement faite. Avant de pouvoir établir cette preuve, les circonstances dans lesquelles a été faite la prétendue déclaration doivent être exposées au*

définir l'utilisation qui peut en être faite. [Voir la section (ii) ci-après pour de plus amples détails.]

i. **Circonstances dans lesquelles il est permis de contre-interroger son propre témoin**

[Recommandation n° 2]

Le témoignage est incompatible avec une déclaration antérieure orale ou enregistrée. Il n'y a là rien de nouveau. Il est logique que les témoins qui font une déposition incompatible avec leurs déclarations antérieures puissent être contre-interrogés. Il y a toutefois lieu d'apporter certaines nuances :

- a) Qu'est-ce qu'une *déclaration*? À l'heure actuelle, le paragraphe 9(2) exige que les déclarations antérieures aient été consignées par écrit ou enregistrées sur support électronique. Le paragraphe 9(1) ne prévoit toutefois pas de telles restrictions, de sorte que le contre-interrogatoire du témoin au sujet d'une déclaration *orale* ne peut être fait qu'en vertu du paragraphe 9(1). Nous suggérons **d'inclure les déclarations orales** dans la définition du terme *déclaration* aux fins de la mise en contradiction des témoins. Notre recommandation supprimerait la restriction qui n'existe actuellement qu'au paragraphe 9(2) et qui limite l'application de cette disposition aux situations où la déclaration du témoin a été faite par écrit ou enregistrée sur support électronique.
- b) Que faut-il entendre par *incompatible*? Actuellement, le paragraphe 9(2) parle de déclarations incompatibles, sans préciser le genre d'incompatibilité qui déclenche l'application de cette disposition. Nous estimons qu'il devrait y avoir une certaine limite quant à la nature de l'incompatibilité susceptible de permettre un contre-interrogatoire : les incompatibilités essentiellement sans importance sur des questions banales ne devraient pas permettre à une partie de contre-interroger son propre témoin. Nous sommes d'avis que les juges devraient conserver leur pouvoir discrétionnaire à cet égard et avoir la capacité d'évaluer la nature de l'incompatibilité. La difficulté réside dans la norme d'appréciation de cette incompatibilité. En effet, la contradiction entre le témoignage et la déclaration antérieure peut être « importante » pour apprécier la crédibilité du témoin, sans pour autant être « importante » par rapport à la question en litige. Bref, tout en concluant que le terme *incompatibilité* doit être qualifié, nous hésitons sur le meilleur qualificatif à employer : incompatibilité

témoin de manière à désigner suffisamment l'occasion en particulier, et il faut lui demander s'il a fait ou non cette déclaration.

*importante? incompatibilité pertinente? incompatibilité significative?
incompatibilité portant sur un fait important?*

Le témoin ne cherche pas vraiment à se souvenir des faits. La nouvelle disposition devrait englober à la fois la situation du témoin qui affirme ne se souvenir d'aucun des faits dont on s'attend raisonnablement à ce qu'il se souvienne et celle du témoin qui, de l'avis du tribunal, ne semble pas vraiment faire d'efforts pour se souvenir. À l'heure actuelle, les tribunaux appliquent le paragraphe 9(2) aux témoins qui affirment qu'ils ne se souviennent plus des faits pertinents, et ce, même si techniquement l'affirmation « je ne m'en souviens plus » n'est pas incompatible avec une déclaration antérieure. Le contre-interrogatoire visé au paragraphe 9(2) est autorisé une fois que le tribunal a conclu que le témoin ment sur le fait qu'il ne se souvient plus. Notre recommandation, en revanche, est plus large en ce sens qu'elle englobe également le témoin qui affirme n'avoir aucun souvenir de faits dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il se souvienne. Pour ces témoins, le juge n'a pas besoin de tirer une conclusion quant à leur mobile – qui peut être impossible à établir.

Le témoin manifeste l'intention de ne pas aider la partie qui l'a assigné. Lorsque le témoin refuse de répondre aux questions ou démontre, par ses paroles ou par sa conduite, de son intention de ne pas aider la partie qui l'a assigné, le tribunal devrait avoir la possibilité de permettre à une partie de contre-interroger son propre témoin. Il n'y a essentiellement là rien de nouveau.

Le témoignage n'est pas utile à la partie qui a assigné le témoin. Bien que le comportement du témoin puisse être suffisant pour obtenir la permission de le contre-interroger, la preuve d'une attitude défavorable ne devrait pas être nécessaire dans tous les cas. À l'heure actuelle, le témoin opposé est celui dont le témoignage exprime une position contraire à celle de la partie qui l'a appelé à comparaître⁷⁶. Ici, l'accent est mis sur l'incidence du témoignage sur la partie qui a cité le témoin et non, à strictement parler, sur l'attitude du témoin à l'égard de cette partie. Nous estimons que le terme « opposé » est potentiellement trop étroit. Nous préférons le terme utilisé en Australie, où le contre-interrogatoire d'un témoin est permis lorsque le juge estime que son témoignage est « défavorable » à la partie qui l'a cité. En substance, le fait de permettre le contre-interrogatoire d'un témoin dont le témoignage est défavorable à la partie qui l'a cité constitue une légère variation du statu quo.

⁷⁶ La question de la définition de « témoin opposé » et de « témoin hostile » est abordée à la partie II (i).

ii. Portée du contre-interrogatoire
[Recommandation n° 3]

L'approche que nous proposons fait en sorte que la partie n'est plus limitée à contre-interroger le témoin « quant à la déclaration », comme le prévoit actuellement le paragraphe 9(2). Nous préconisons plutôt qu'il n'y ait qu'un seul type de contre-interrogatoire en vertu de l'article 9, à savoir un contre-interrogatoire comme si le témoin avait été appelé par la partie adverse. Nous recommandons également de bien préciser que les articles 10 et 11 de la *Loi sur la preuve au Canada* s'appliqueraient (comme ils s'appliqueraient si le témoin était appelé par la partie adverse) lorsque le témoin est mis en présence d'une de ses déclarations antérieures, à l'instar de toute règle de common law et de preuve correspondante concernant l'utilisation des déclarations antérieures.

En adoptant cette approche, nous estimons que la méthode actuelle consistant à d'abord obtenir l'autorisation de contre-interroger le témoin *quant à sa déclaration* avant d'obtenir celle de le contre-interroger de façon générale, cause plus de problèmes qu'elle n'en règle. Pour les raisons qui ont déjà été exposées (à la partie II du présent document), l'approche en deux étapes qui existe actuellement pour le contre-interrogatoire de ses propres témoins prolonge l'instance et crée de l'incertitude, deux écueils que nous cherchons à éviter.

En ce qui concerne la portée du contre-interrogatoire autorisé, nous avons envisagé inclure une disposition permettant expressément aux juges de le contrôler. Nous avons finalement décidé qu'il n'était pas nécessaire de le faire, en raison de l'existence de trois règles de droit connexes qui continueront de s'appliquer si l'approche que nous recommandons est acceptée :

- Les juges de première instance peuvent déjà restreindre *le déroulement* des contre-interrogatoires. Les juges disposent en effet d'un vaste pouvoir leur permettant de limiter les contre-interrogatoires indûment répétitifs, abusifs, insultants, trop agressifs ou destinés à susciter du ouï-dire ou des renseignements par ailleurs non pertinents, etc.
- De plus, quant au contenu des contre-interrogatoires, les juges de première instance exercent déjà une fonction de gardien dans la mise en balance de la valeur probante et de l'effet préjudiciable d'un élément de preuve. On se souviendra que la notion de préjudice englobe non seulement le préjudice moral et le préjudice par raisonnement, mais également toute injustice causée au témoin

et toute surprise injuste causée à ce dernier. Le préjudice par raisonnement englobe tout risque d'entraîner un délai excessif⁷⁷.

- Enfin, indépendamment de la surveillance exercée par les juges, les avocats qui sont autorisés à contre-interroger leurs propres témoins choisiront probablement de limiter la portée de leur contre-interrogatoire, et ce, pour deux raisons. En premier lieu, poser des questions suggestives sur des aspects fondamentaux à un témoin malléable risque d'influencer négativement le poids que le tribunal accorde à ses réponses⁷⁸. De plus, stratégiquement, les avocats choisissent parfois de limiter leur contre-interrogatoire pour uniquement faire ressortir les faits utiles à leur thèse plutôt que d'utiliser les questions suggestives pour tenter d'obtenir des renseignements qui minent la crédibilité du témoin.

La référence aux articles 10 et 11 de la *Loi sur la preuve au Canada* est nécessaire pour une autre raison. Lorsque le témoin nie avoir déjà fait une déclaration antérieure incompatible, la règle des faits collatéraux pourrait empêcher d'en faire la preuve (cette règle de common law interdit à une partie de présenter une preuve extrinsèque dans le seul but de prouver un fait qui n'est pas directement lié à une des questions en litige)⁷⁹. En mentionnant expressément les articles 10 et 11, il devient inutile de déterminer si cette règle interdit de faire la preuve d'une déclaration antérieure incompatible d'un témoin, parce que l'article 10 (contre-interrogatoire au sujet de déclarations antérieures écrites ou enregistrées) envisage clairement la possibilité de contre-interroger un témoin sur une « preuve contradictoire ». De même, l'article 11 (contre-interrogatoire au sujet de déclarations antérieures orales) prévoit expressément qu'« il est permis de prouver » que le témoin a fait une déclaration antérieure incompatible.

iii. Section civile de la CHLC et lois provinciales sur la preuve

De nombreuses lois provinciales et territoriales comportent des dispositions qui ressemblent beaucoup à celles que l'on retrouve dans la *Loi sur la preuve au Canada*. Tout en reconnaissant que les règles de preuve fédérales s'appliquent dans de nombreux contextes civils, il n'en demeure pas moins que les règles provinciales s'appliquent fréquemment. En fait, les règles de preuve provinciales s'appliquent aussi dans de nombreux contextes quasi criminels. Il serait peut-être souhaitable que le présent rapport soit transmis à la Section civile de la CHLC pour que ses membres en prennent

⁷⁷ *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908.

⁷⁸ *Moor v. Moor*, [1954] 2 All E.R. 458 (C.A.); *R. v. Williams* (1982), 66 C.C.C. (2d) 234 (C.A. Ont.), p. 236 : [TRADUCTION] « Il est toutefois évident que la réponse obtenue grâce à une question suggestive mérite qu'on lui accorde peu de valeur, voire aucune »; *R. v. Nicholson*, 1998 ABCA 290, (1998), 129 C.C.C. (3d) 198 (C.A. Alb.). Voir également *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 5^e éd., précité, au chap. 21:40 : *Leading Questions may Impact Weight of Evidence*.

⁷⁹ L'hon. David Watt, *Manual of Criminal Evidence* (Toronto, Thompson Reuters, 2017), chap. 22.03.

connaissance. Ils voudront peut-être examiner les lois provinciales et territoriales sur la question pour déterminer si elles doivent elles aussi faire l'objet d'une réforme. Nous estimons qu'il serait avantageux d'harmoniser les lois fédérales, provinciales et territoriales en matière de preuve.

d) Recommandations que nous avons envisagées puis écartées

Nous avons envisagé la possibilité d'abroger simplement l'article 9 et de laisser la forme de l'interrogatoire évoluer au fil de la jurisprudence et de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges. Nous avons estimé que cette approche n'était pas souhaitable parce qu'il convient de favoriser la certitude et le caractère définitif du processus judiciaire. Bien que la plupart des règles de preuve au Canada soient d'origine judiciaire plutôt que législative, abroger l'article 9 et laisser le soin aux tribunaux d'élaborer de nouvelles règles pourrait se traduire par des années d'incertitude. Les plaideurs ont le droit de savoir avec une relative certitude ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas, et s'ils s'aventurent sur un terrain glissant ou commettent une erreur susceptible de faire l'objet d'un appel. Bien qu'il soit impossible de s'attendre à une loi d'une précision absolue, nous estimons préférable de proposer un cadre cohérent qui établit des règles nouvelles, claires et fondées sur des principes plutôt que de laisser la question entièrement aux tribunaux.

Nous avons envisagé de recommander l'adoption d'une disposition qui obligerait les avocats à croire que le témoin qu'ils ont cité *fera* (et non *pourrait faire*) une déclaration pertinente. Cette solution nous a semblé peu souhaitable, et ce, pour deux raisons. En premier lieu, nous avons estimé que le fait d'obliger le juge à s'enquérir des raisons qui incitent les avocats à faire entendre des témoins n'était pas compatible avec son rôle. En second lieu, nous sommes d'avis que cette méthode risquait de nuire à l'objectif de recherche de la vérité poursuivi par les tribunaux. Lorsqu'un avocat prévoit devoir utiliser l'approche raisonnée énoncée par les arrêts *Khelawon* et *KGB*⁸⁰ afin de présenter une déclaration vidéo sous serment comme preuve substantielle, il est habituellement *nécessaire* de faire témoigner un témoin non coopératif pour établir le critère de la nécessité⁸¹. En pareil cas, l'avocat n'a bien souvent aucun autre choix que d'appeler à la barre un témoin qui ne coopère pas du tout, voire qui mentira sur les aspects importants de son témoignage. Le tribunal conserve néanmoins la capacité de restreindre les tactiques de procès jugées abusives, comme dans l'affaire *Soobrian*, où

⁸⁰ *R. c. B.(K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787.

⁸¹ *R. v. Glowatski*, 2001 BCCA 2499; *R. v. M.(D.)*, 2007 NSCA 296; *R. v. Mohammad* (2007), 75 W.C.B. (2d) 690, [2007] O.J. No. 4901 (C.S.), au par. 27 : [TRADUCTION] « Habituellement, le critère de la *nécessité* de la méthode d'analyse raisonnée de la règle du oui-dire est rempli lorsque le témoin se rétracte. »

la Cour a conclu que la Couronne avait cité un témoin dans le but d'obtenir des mensonges et prouver la collusion avec l'accusé⁸².

Nous avons envisagé la possibilité de conserver l'emploi de termes comme *opposé et hostile*. Nous avons décidé qu'il serait préférable de ne pas inclure à l'article 9 des termes comme « témoin opposé », « témoin hostile » ou d'autres concepts similaires. Même redéfinis, ces termes sont porteurs d'un bagage historique. Les juges se demanderaient inévitablement si la jurisprudence antérieure dans lesquels ces termes ont été utilisés s'applique toujours. Nous recommandons que la nouvelle disposition supprime complètement le terme « témoin opposé », « témoin hostile » ou tout concept semblable. Il est plus simple de définir les circonstances dans lesquelles le contre-interrogatoire est possible.

Nous avons envisagé de modifier la définition du *ouï-dire*. Nous avons examiné attentivement le modèle néo-zélandais parce qu'il comporte certains aspects intéressants. Toutefois, il comprend également une définition de la notion de ouï-dire inconciliable avec la définition actuellement en vigueur au Canada. Nous avons décidé de ne pas recommander de modifier la définition du ouï-dire, parce que celui-ci se présente dans de nombreux contextes liés à la preuve. Toute modification apportée à la définition dans le contexte de la mise en contradiction des témoins serait susceptible d'avoir des conséquences imprévues et involontaires dans d'autres contextes.

Nous avons envisagé de recommander l'adoption de dispositions établissant les éléments que le juge des faits peut recevoir ou examiner. Nous nous sommes demandé si une nouvelle loi canadienne devrait préciser expressément que le juge des faits (juge ou jury) a le *droit* de consulter la *totalité* de la déclaration incompatible une fois que le témoin a été mis en contradiction avec celle-ci, en vue de déterminer l'importance à accorder à une incompatibilité alléguée lorsqu'il s'agit d'évaluer la crédibilité du témoin. Dans certaines situations, l'examen de la totalité de la déclaration incompatible facilitera l'évaluation équitable du contexte, de l'ampleur de la ou des contradictions et, de façon plus générale, de l'importance qu'il convient d'y accorder⁸³. D'autre part, dans certains cas, il y a un risque d'abus ou de préjudice. Comme nous recommandons une approche qui permet de contre-interroger le témoin « comme s'il avait été convoqué par la partie adverse », la mention expresse de l'article 10

⁸² *R. v. Soobrian*, [1993] O.J. No. 703 (Div. gén.) (décision de première instance); *R. v. Soobrian* (1994), 96 C.C.C. (3d) 208 (C.A. Ont.) (décision en appel).

⁸³ Voir *R. v. Dorsey*, [1997] O.J. No. 349 (C.A.), où le juge du procès a examiné la totalité de la déclaration antérieure incompatible du témoin pour évaluer *l'ampleur de l'incompatibilité alléguée*. Voir également *R. v. Campbell* (1990), 57 C.C.C. (3d) 200 (C.A. Alb.); *R. v. Rodney* (1988), 46 C.C.C. (3d) 323 (C.A. C.-B.); *R. c. Cain*, 2018 CSC 20, où la Cour suprême du Canada s'est ralliée au jugement rendu par la majorité dans la décision 2017 NSCA 96. Bien que ces décisions examinent les contre-interrogatoires portant sur des déclarations incompatibles visées à l'article 10 de la *Loi sur la preuve au Canada*, rien ne justifie de traiter différemment les déclarations incompatibles visées à l'article 9.

(contre-interrogatoire au sujet de déclarations antérieures enregistrées) et de l'article 11 (contre-interrogatoire au sujet de déclarations antérieures orales) garantit que la jurisprudence relative à l'utilisation des déclarations antérieures en vertu de ces articles sera conservée et appliquée. Nous avons donc conclu à l'inutilité de ce genre de disposition.

e) Questions à aborder ultérieurement

i. Admissibilité présumée?

Ce point a trait à *l'utilisation de déclarations antérieures incompatibles*. À l'heure actuelle, lorsqu'un témoin ne confirme pas une déclaration antérieure incompatible qu'il a faite, celle-ci constitue du oui-dire et ne fait donc pas foi de la véracité de son contenu, à moins qu'une partie n'obtienne une décision sur l'admissibilité quant au fond de cette déclaration, conformément aux arrêts *KGB* et *Khelawon*⁸⁴. Par conséquent, au Canada, lorsqu'un témoin est mis en contradiction avec une déclaration antérieure incompatible, cette déclaration est *présumée* inadmissible pour établir la véracité de son contenu. Notre approche diffère de celle de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande, de l'Angleterre et du pays de Galles, où, une fois le témoin mis en contradiction avec sa déclaration antérieure, le juge des faits peut tenir compte de celle-ci pour en établir la véracité. En d'autres termes, dans ces juridictions, lorsqu'un témoin est contre-interrogé sur une déclaration antérieure incompatible, le juge des faits est *préssumé* avoir le droit de l'admettre et d'en examiner le contenu pour établir *la véracité* de son contenu, *sous réserve* de son pouvoir discrétionnaire de l'exclure si son admission est injuste. Bien que nous ayons décidé de ne pas recommander l'admissibilité présumée (approche qui a été retenue en Australie, en Nouvelle-Zélande, en Angleterre et au pays de Galles), certains d'entre nous pensent qu'il s'agit d'une question qui mérite d'être examinée plus en profondeur.

ii. Abolition des notions de témoin hostile et de témoin opposé

Le témoin qui a été déclaré témoin hostile peut faire l'objet d'un contre-interrogatoire d'une portée générale. De même, du moins dans certaines provinces, la déclaration suivant laquelle un témoin est un témoin opposé a le même effet. Nous recommandons que le contre-interrogatoire n'ait qu'une portée, à savoir la portée d'un contre-interrogatoire comme si le témoin avait été appelé par la partie adverse. Pour cette raison, l'approche que nous recommandons rend la déclaration de témoin opposé ou de témoin hostiles sans intérêt pratique. Nous laissons aux rédacteurs le soin de déterminer

⁸⁴ Précité, note 79.

s'il y a lieu d'abroger dans la loi les règles de droit associées à ces termes, en particulier le concept de témoin « hostile », qui est une création de la common law.

V : Remarques finales

Le présent groupe de travail est composé de procureurs de la Couronne et d'avocats de la défense ainsi que de conseillers en politiques tant au niveau provincial que fédéral. Nous concevons les problèmes de la même façon. La mise en contradiction des témoins n'est pas rare. Cela arrive chaque jour dans les salles d'audience partout au Canada. Nous appliquons à contrecœur une disposition qui remonte à 160 ans. Aucun article universitaire ni décision jurisprudentielle n'affirme que l'approche actuelle est adéquate ou cohérente. Il est malheureux qu'après plus de 50 ans de critiques judiciaires et de commentaires doctrinaux, nos règles de droit sur la mise en contradiction des témoins stagnent encore. Les autres grands pays de common law qui ont fait l'objet de notre étude ont tous été en mesure de mener – avec plus ou moins de succès – une réforme dans ce domaine du droit. Le Canada est le seul pays qui semble englué dans un passé lointain. Il est temps de procéder à une réforme. En plus d'être fondées sur des principes, les mesures que nous proposons nous semblent simples, pratiques et équitables.