

R. c. Salituro, [1991] 3 R.C.S. 654

Pasquale Salituro

Appelant

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée

Répertorié: R. c. Salituro

N° du greffe: 22049.

1991: 26 juin; 1991: 28 novembre.

en appel de la cour d'appel de l'ontario

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

*Droit criminel -- Preuve -- Témoins -- Habilité -- Conjoints -- Mari
accusé d'avoir utilisé un document contrefait après avoir imité la signature de son
épouse sur un chèque et l'avoir encaissé -- Conjoints séparés sans possibilité
raisonnable de réconciliation -- L'épouse de l'accusé est-elle habile à témoigner
pour la poursuite? -- Cette affaire se prête-t-elle à un changement par la cour de la
règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner?*

L'accusé a été inculpé d'avoir utilisé un document contrefait en
contravention de l'art. 368 du *Code criminel*. Il avait signé le nom de sa femme

sur un chèque payable aux deux époux conjointement et l'avait encaissé. Au procès, l'accusé a témoigné qu'il avait agi avec l'autorisation de sa femme. Cette dernière, qui a témoigné pour le ministère public, a nié lui avoir donné son autorisation. Le juge du procès a accepté le témoignage de l'épouse et a déclaré l'accusé coupable. Au moment de l'infraction, l'accusé et son épouse étaient séparés sans possibilité raisonnable de réconciliation. La Cour d'appel a confirmé, à la majorité, la déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi soulève une seule question: y a-t-il, en common law, une exception à la règle de l'inhabilité des conjoints à témoigner, lorsque ceux-ci sont séparés sans qu'existent de possibilités raisonnables de réconciliation?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

S'il convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines, les juges peuvent et doivent modifier peu à peu la common law de façon à l'adapter aux changements sociaux lorsqu'il est opportun de le faire. Depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les juges ont également le devoir de veiller à ce que la common law évolue en conformité avec les valeurs de la *Charte*. Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec ces valeurs, sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative, elle doit être modifiée. La présente affaire se prête à un changement de la règle de common law par une cour, de

façon à rendre les conjoints séparés irrémédiablement habiles à témoigner pour le poursuivant.

Il ressort de l'analyse historique de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner pour le poursuivant que, si cette règle a pu autrefois avoir sa raison d'être, y compris la préservation de l'harmonie conjugale, elle n'en a plus aucune aujourd'hui en ce qui concerne les personnes divorcées ou les conjoints dont la séparation est irrémédiable. La règle, qui découlait naturellement de la place juridique que l'épouse occupait à cette époque, reflète une conception du rôle de la femme qui n'est pas compatible avec l'importance que l'on accorde de nos jours à l'égalité des sexes. En particulier, la règle de l'incapacité à témoigner du conjoint irrémédiablement séparé est incompatible avec les valeurs consacrées dans la *Charte*. La règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner engendre un conflit entre la capacité de la personne à témoigner et les intérêts de la société à ce que le lien du mariage soit préservé. Lorsque les conjoints sont séparés irrémédiablement, il n'y a pas de lien du mariage à protéger. La prépondérance du lien du mariage sur le droit de la personne de choisir dans les cas de séparation irrémédiable n'est plus appropriée à l'ère de la *Charte*. La *Charte* exige que les choix individuels ne soient pas restreints inutilement. Rendre le conjoint séparé habile à témoigner pour le poursuivant peut en fin de compte pouvoir dire que le conjoint séparé irrémédiablement est également contraignable à la demande du poursuivant; toutefois, cette question n'a pas été soulevée lors du présent pourvoi.

Les modifications apportées à l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne traduisent pas une intention du Parlement de conserver, dans son état actuel, la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner. Les modifications apportées à la Loi depuis 1906 étaient marginales et, pour la plupart, corrélatives à des modifications apportées au *Code criminel*. Elles ont été apportées sans que soient officiellement examinés le champ d'application de la règle de common law et les questions soulevées dans de telles initiatives.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. v. Marchand* (1980), 55 C.C.C. (2d) 77; *R. v. Czippis* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166; *R. v. Sillars* (1978), 45 C.C.C. (2d) 283; *R. v. MacPherson* (1980), 52 C.C.C. (2d) 547; *R. v. McNamara* (1979), 48 C.C.C. (2d) 201; *R. v. Algar*, [1954] 1 Q.B. 279; *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 R.C.S. 516; *Reference Re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518; *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234; *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. v. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d)

36; *R. v. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 329, 368, 691(1)a).

Loi de 1986 sur le droit de la famille, L.O. 1986, ch. 4, préambule.

Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8 [auparavant S.C. 1967-68, ch. 24].

Loi sur le divorce, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 3, art. 10.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 4 [mod. ch. 19 (3^e suppl.), art. 17].

Matrimonial Causes Act (R.-U.), 20 & 21 Vict., ch. 85.

Doctrine citée

Bissett-Johnson, Alastair and David C. Day, *The New Divorce Law: A Commentary on the Divorce Act, 1985*. Toronto: Carswell, 1986.

Blackstone, sir William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 1 et 2. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1822.

Canada. Commission de réforme du droit. Section de recherche sur le droit de la preuve. *La preuve*. Document préliminaire n° 1 "L'habilité et la contrainte à témoigner". Ottawa: La Commission, 1972.

Coke, Sir Edward. *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, 19th ed. London: Clarke, 1832.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 56 C.C.C. (3d) 350, 78 C.R. (3d) 68, 38 O.A.C. 241, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui relativement à l'accusation d'avoir utilisé un document contrefait. Pourvoi rejeté.

Marc Rosenberg, pour l'appelant.

Jamie C. Klukach, pour l'intimée.

//Le juge Iacobucci//

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI -- Ce pourvoi soulève la question de savoir si une personne séparée de son conjoint, sans possibilité raisonnable de réconciliation, peut être témoin à charge contre son conjoint.

I. Les faits

L'appelant, M. Pasquale Salituro, a signé le nom de sa femme, M^{me} Carrie Salituro, sur un chèque payable aux deux époux conjointement. Il a été admis que l'appelant avait signé le nom de M^{me} Salituro et qu'il avait encaissé le chèque mais, en défense, l'appelant a fait valoir qu'il avait agi avec l'autorisation de sa femme, ce que celle-ci a nié. Le juge du procès a préféré le témoignage de M^{me} Salituro à celui de l'appelant qu'il a déclaré coupable de faux. Du

témoignage de l'appelant, le juge a déduit que, au moment de la contrefaçon, les conjoints étaient séparés sans possibilité raisonnable de réconciliation.

N'eût été le témoignage de M^{me} Salituro, l'appelant n'aurait pas été déclaré coupable. La question en litige est donc de savoir si le témoignage de M^{me} Salituro relève d'une exception à la règle de common law portant que le conjoint est inhabile à témoigner pour le poursuivant. Puisqu'il s'agit d'un pourvoi de plein droit, le débat est limité, par l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, aux questions de droit au sujet desquelles un juge de la cour d'appel est dissident. En conséquence, une seule question se pose dans ce pourvoi: Y a-t-il, en common law, une exception à la règle de l'inhabilité des conjoints à témoigner, lorsque ceux-ci sont séparés sans qu'existe une possibilité raisonnable de réconciliation?

II. Dispositions législatives

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5

4. (1) Toute personne accusée d'infraction, ainsi que, sauf disposition contraire du présent article, le conjoint de la personne accusée, est habile à témoigner pour la défense, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec une autre personne.

(2) Le conjoint d'une personne accusée soit d'une infraction visée au paragraphe 50(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, ou à l'un des articles 151, 152, 153, 155 ou 159, des paragraphes 160(2) ou (3) ou des articles 170 à 173, 179, 212, 215, 218, 271 à 273, 280 à 283, 291 à 294 ou 329 du *Code criminel*, soit de la tentative d'une telle infraction, est un témoin habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant sans le consentement de la personne accusée.

(3) Nul ne peut être contraint de divulguer une communication que son conjoint lui a faite durant leur mariage.

(4) Le conjoint d'une personne accusée d'une infraction visée à l'un des articles 220, 221, 235, 236, 237, 239, 240, 266, 267, 268 ou 269 du *Code criminel*, lorsque le plaignant ou la victime est âgé de moins de quatorze ans, est un témoin habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant sans le consentement de la personne accusée.

(5) Le présent article n'est pas applicable au cas où le conjoint d'une personne accusée d'une infraction peut, d'après la *common law*, être appelé à témoigner sans le consentement de cette personne.

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

329. (1) Sous réserve du paragraphe (2), nul ne commet, pendant la cohabitation, le vol d'une chose qui est, par la loi, la propriété de son conjoint.

(2) Commet un vol quiconque, voulant abandonner ou en abandonnant son conjoint, ou pendant qu'ils vivent séparément l'un de l'autre, prend ou détourne frauduleusement une chose qui, d'après la loi, appartient à son conjoint, d'une manière qui constituerait un vol, de la part de toute autre personne.

(3) Commet un vol quiconque, pendant la cohabitation d'un mari et d'une femme, sciemment:

a) soit aide l'un d'entre eux à disposer de toute chose qui, d'après la loi, appartient à l'autre, d'une manière qui, s'ils n'étaient pas mariés, constituerait un vol;

b) soit reçoit de l'un ou de l'autre une chose qui, d'après la loi, appartient à l'autre et a été obtenue de l'autre en en disposant d'une manière qui, s'ils n'étaient pas mariés, constituerait un vol.

368. (1) Quiconque, sachant qu'un document est contrefait, selon le cas:

a) s'en sert, le traite, ou agit à son égard;

...

comme si le document était authentique, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.

III. Les tribunaux d'instance inférieure

A. *La Cour provinciale de l'Ontario*

Le juge BeGora de la Cour provinciale a déclaré l'appelant coupable de s'être servi d'un document contrefait en violation de l'art. 368 du *Code criminel*. Bien que le témoignage de M^{me} Salituro ait été essentiel à la déclaration de culpabilité de l'appelant, aucune objection n'a été soulevée au procès quant à la recevabilité de ce témoignage.

B. *La Cour d'appel de l'Ontario*

La Cour d'appel a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité de l'appelant mais elle a accueilli l'appel quant à la sentence: (1990), 56 C.C.C. (3d) 350, 78 C.R. (3d) 68, 38 O.A.C. 241 (ci-après cité au C.C.C.). Les juges Galligan et Blair ont chacun rédigé des motifs concordants, le juge Carthy étant dissident.

(1) Les motifs du juge Galligan

Le juge Galligan conclut que, puisqu'il n'y a aucune raison valable d'appliquer la règle de l'incapacité du conjoint dans un cas de séparation des époux

sans espoir raisonnable de réconciliation, cette règle ne doit pas s'appliquer en l'espèce.

Le juge Galligan fait d'abord observer que, malgré les nombreuses critiques dirigées contre la règle de l'inhabilité du conjoint, sa survivance a été reconnue dans au moins deux arrêts récents de la Cour d'appel de l'Ontario. La seule justification encore invoquée à l'appui de cette règle est qu'elle favorise l'harmonie conjugale. Or, étant donné qu'il n'y a aucune harmonie conjugale à préserver si les conjoints sont séparés sans espoir raisonnable de réconciliation, le juge Galligan conclut qu'aucune raison valable ne justifie l'application de la règle en l'espèce.

Le juge Galligan cite le jugement du juge McLachlin dans l'arrêt *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, à l'appui de la proposition selon laquelle les tribunaux peuvent, dans des cas limités, modifier une règle de common law. Tout en reconnaissant que de tels changements doivent se faire lentement et progressivement, le juge Galligan conclut que la modification proposée à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner n'est qu'un petit pas au-delà de la modification de la common law résultant des arrêts *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (C.A. Ont.) et *R. v. Marchand* (1980), 55 C.C.C. (2d) 77 (C.S.N.É., Div. app.), et portant dissolution de l'immunité conjugale en cas de divorce.

Quant à l'appel de la sentence, le juge Galligan, tenant compte du fait que l'accusé ne possédait pas d'antécédents judiciaires et que le rapport présentenciel lui était favorable, substitue à la peine d'un an d'emprisonnement une peine correspondant à la période déjà purgée.

(2) Les motifs du juge Blair

Dans des motifs détaillés, le juge Blair analyse le fondement et l'évolution de la règle de common law, les effets de l'intervention législative et les principes régissant les changements judiciaires à la common law. En fin de compte, souscrivant aux motifs de son collègue Galligan, il rejette l'appel.

Le juge Blair conclut que le seul fondement rationnel encore invoqué à l'appui de cette règle est qu'elle préserve l'harmonie conjugale, rationalisation qu'il qualifie d'irréaliste lorsque les conjoints sont séparés. Le juge cite, à la p. 354, le passage suivant de *McCormick on Evidence* (3^e éd. 1984):

[TRADUCTION] (L)'harmonie familiale est presque toujours chose du passé lorsque le conjoint est prêt à aider la poursuite. Le privilège est une survivance archaïque de la mystique religieuse et d'une façon d'envisager la relation conjugale qui est aujourd'hui dépassée.

Le juge Blair souligne que les exceptions traditionnelles à la règle de common law ont été élargies et que la portée de la règle a été restreinte, tant par l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* que par la jurisprudence récente. Ainsi, les arrêts *R. v. Czipps* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166 (C.A. Ont.) et *R. v. Sillars* (1978), 45 C.C.C. (2d) 283 (C.A.C.-B.), ont décidé qu'un conjoint est habile et contraignable même s'il n'est pas allégué dans l'accusation que le conjoint accusé a menacé la personne, la liberté ou la santé de son conjoint, pourvu que l'existence d'une telle menace ressorte de la preuve. Ce résultat est contraire à celui auquel on est arrivé en Angleterre. De même, dans l'arrêt *R. v. MacPherson* (1980), 52 C.C.C. (2d) 547, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu qu'une femme était habile à

témoigner contre son mari accusé de voies de fait sur un enfant issu du mariage, appliquant en cela la décision antérieure du juge Borins de la Cour de comté dans l'affaire *R. v. McNamara* (1979), 48 C.C.C. (2d) 201 (Ont.).

Dans l'arrêt *R. v. Bailey*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de suivre l'arrêt de la Court of Criminal Appeal d'Angleterre, *R. v. Algar*, [1954] 1 Q.B. 279, suivant plutôt l'arrêt *Marchand*, précité, de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, et elle a conclu qu'un conjoint divorcé était habile à témoigner contre son ex-conjoint. Pour en arriver à ce résultat, les cours de l'Ontario et de la Nouvelle-Écosse ont toutes deux examiné la justification sous-tendant la règle, soit la préservation de l'harmonie conjugale.

Le juge Blair fait également observer que la règle de common law relative à l'incapacité du conjoint a besoin d'une réforme législative (à la p. 357):

[TRADUCTION] La règle de common law actuelle concernant le témoignage du conjoint dans les affaires criminelles est presque universellement considérée comme archaïque, anormale et incompatible avec la situation des conjoints, en droit et en fait, dans la société moderne. Elle commande une réforme législative en profondeur. . .

Le juge Blair ensuite passe en revue l'historique des modifications législatives de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il en conclut que cet article n'a pas été modifié de manière substantielle depuis 1906, les changements apportés n'étant que marginaux (à la p. 359):

[TRADUCTION] Lorsqu'on les replace dans leur contexte, il est clair que les modifications apportées au cours de ce siècle à l'art. 4 de la loi n'ont

pas eu l'ampleur que leur attribue le juge Carthy. Ces modifications ne faisaient pas partie d'une réforme en profondeur de la Loi, de la règle de common law et de ses exceptions, que recommandaient les rapports sur la réforme du droit mentionnés précédemment. Il s'agissait, au contraire, de modifications marginales et pour la plupart corrélatives à des modifications apportées au *Code*. Elles ont été apportées sans que soient officiellement examinés le champ d'application de la règle de common law et les questions soulevées dans de telles initiatives. Il est irréaliste de croire qu'en apportant ces modifications, le Parlement a tenu compte de toutes les ramifications possibles de la règle de common law et de ses exceptions.

Le juge Blair s'est également penché sur le rôle des tribunaux dans le processus de modification de la common law. En présentant le changement proposé à la règle de l'inhabilité du conjoint, le juge Blair s'est rangé à l'opinion qu'avait exprimée le juge Borins de la Cour de comté dans l'affaire *R. v. McNamara*, précitée, et selon laquelle il fallait souligner que la cour n'était pas appelée à abolir une règle de common law, mais plutôt à en étendre la portée. De fait, la cour n'est liée par aucune décision portant que les conjoints séparés sont inhabiles à témoigner l'un contre l'autre. Au surplus, les difficultés que pose aux tribunaux l'appréciation des questions économiques et politiques, et dont faisait état le juge McLachlin dans l'arrêt *Watkins*, précité, ne sont pas pertinentes en l'espèce, parce que le changement n'est pas radical (à la p. 361):

[TRADUCTION] Aucun de ces obstacles pratiques n'existe en l'espèce. Sur le fondement des documents qui lui ont été soumis, notre cour est capable de déterminer que l'extension de l'exception à la règle de common law concernant l'inhabilité à témoigner de conjoints séparés de façon permanente et irrévocable servira à protéger leurs intérêts et sera conforme aux réalités d'aujourd'hui. En l'espèce, l'extension de l'exception à des conjoints séparés, dont le statut est reconnu par la loi, découle naturellement de l'extension déjà apportée dans l'arrêt *Bailey*, dans le cas de personnes divorcées . . .

Le juge Blair rejette donc l'appel et souscrit au dispositif concernant la sentence proposé par le juge Galligan.

(3) Les motifs dissidents du juge Carthy

Le juge Carthy, comme ses deux collègues, estime que la règle de common law concernant l'inhabilité du conjoint à témoigner est anachronique et peu appropriée vu les faits de l'espèce. Sa dissidence tient à ce que le Parlement a légiféré et, de ce fait, implicitement reconnu cette règle.

Le juge Carthy souligne que, puisque le Parlement a créé des exceptions précises à la règle de common law, [TRADUCTION] "il est clair que le Parlement a minutieusement examiné la question en ayant à l'esprit et en reconnaissant les limites de la règle et de l'exception" (p. 364). Le juge Carthy souligne en particulier que l'effet conjugué de l'art. 329 du *Code* et du par. 4(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* prouve que le Parlement a pris expressément en considération l'hypothèse de la séparation des conjoints.

Le juge Carthy souligne également que bien que les arrêts *Bailey* et *Marchand*, précités, qui ont créé une exception à la règle pour les conjoints divorcés, aient eu pour effet d'harmoniser la règle avec le privilège des communications conjugales, le changement proposé serait contraire à l'économie de la loi car il créerait une incompatibilité avec les par. 4(2) et (4) de la *Loi sur la preuve au Canada*, lesquels font du "conjoint" de la personne accusée de certaines infractions un témoin habile et contraignable. Dans ces paragraphes, il est question uniquement

du "conjoint" et non du conjoint "séparé". Il en résulte, selon le juge Carthy, que [TRADUCTION] "l'incapacité suivant la règle de common law serait valable pour une période plus restreinte que les exceptions énumérées aux par. 4(2) et (4) [de la *Loi sur la preuve au Canada*]" (p. 365).

Le juge Carthy souligne également que les art. 7 et 8 de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8, encouragent la réconciliation jusqu'au procès. Selon lui, le Parlement a voulu faire ressortir ainsi que le mariage dure jusqu'au prononcé du divorce.

En conséquence, le juge Carthy était d'avis de rejeter l'appel et d'annuler la déclaration de culpabilité.

IV. Question en litige

La seule question en l'espèce est la suivante:

Le conjoint séparé de l'accusé sans qu'existe une possibilité raisonnable de réconciliation peut-il être témoin à charge contre son conjoint accusé?

V. Analyse

Je dirai d'emblée que je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Pour arriver à ce résultat, j'ai examiné trois questions: les limites à imposer au pouvoir des juges de changer la common law, le fondement de la règle de common law faisant du

conjoint (y compris celui dont la séparation est irrémédiable) un témoin inhabile, et enfin l'opportunité d'apporter le changement proposé compte tenu de l'économie de la législation actuelle. Je conclus que les juges ont effectivement le pouvoir de modifier la common law, qu'il existe de solides raisons de faire le changement proposé en l'espèce et qu'on ne peut dégager de l'économie de la loi l'intention parlementaire contraire de préserver la règle de common law. Je me propose maintenant d'examiner séparément chacun de ces points.

A. *Quelles sont les limites au pouvoir des juges de modifier la common law?*

(1) Introduction

À une certaine époque, il était convenu que le rôle des juges consistait à découvrir la common law, et non à la modifier. Dans le Livre premier de ses *Commentaries on the Laws of England* (4^e éd. 1770), sir William Blackstone a exposé, à la p. 69, sa conception d'une common law fixe et immuable:

Car c'est une règle établie, de s'en tenir aux décisions antérieures, lorsque les mêmes points de contestation se représentent; tant pour maintenir ferme et égale la balance de la justice, et l'empêcher de se mouvoir en divers sens avec l'opinion de chaque juge nouveau, que, parce que la loi étant ainsi solennellement déclarée et déterminée, ce qui était auparavant incertain, peut-être même indifférent, devient alors une règle permanente, qu'il ne dépend plus de la conscience d'aucun des juges qui succéderont [*sic*] d'altérer ou de faire dévier, conformément à sa propre opinion; puisqu'il s'engage par serment à décider, non d'après son propre jugement particulier, mais en conformité des lois et coutumes du pays, sa mission étant de maintenir et de faire connaître l'ancienne loi, et non d'en prononcer une nouvelle.

(Traduit par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises* (1822), t. 1, aux pp. 104 et 105.)

Une conception plus dynamique, toutefois, a graduellement supplanté le modèle statique proposé par Blackstone. Notre Cour est maintenant disposée à infirmer ses propres décisions antérieures quand il y a des raisons impérieuses de le faire. Avant l'abolition des appels au Conseil privé en 1949, notre Cour s'estimait liée par sa propre jurisprudence: *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 R.C.S. 516. Depuis 1949 toutefois, elle s'est montrée prête à infirmer ses propres arrêts quand les circonstances l'exigeaient: voir par exemple *Reference Re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, à la p. 212, *Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212, aux pp. 219 et 220, et *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, à la p. 527. Soulignons qu'une évolution semblable est survenue en Angleterre. En 1966, renonçant à une pratique séculaire, la Chambre des lords a déclaré que, désormais, elle ne s'estimerait plus liée, dans chaque cas, par la règle du précédent. Dans *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234, la cour a reconnu que l'adhésion rigide à cette règle pouvait entraver l'évolution normale du droit (à la p. 1234) :

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries [. . .] reconnaissent qu'une adhésion servile à la règle du précédent pourrait conduire à une injustice dans un cas particulier, en plus de limiter indûment l'évolution normale du droit. Elles proposent, par conséquent, de modifier leur pratique actuelle et, tout en continuant de se considérer normalement liées par les décisions antérieures de cette Chambre, de s'en écarter lorsqu'il convient de le faire.

La Haute Cour de l'Australie a adopté la même attitude souple à l'égard de la common law, à la faveur de l'abolition des appels au Conseil privé en 1975: voir *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88.

(2) Les limites au pouvoir des tribunaux de modifier la common law

En conformité avec cette évolution, notre Cour a manifesté sa volonté d'adapter et de développer des règles de common law de manière à refléter les changements survenus dans la société en général. Dans quatre arrêts récents, *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, *Watkins c. Olafson*, précité, *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 notre Cour a énoncé des principes régissant l'exercice du pouvoir de faire évoluer la common law. Ces arrêts ont un thème en commun, savoir que s'il convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines, les tribunaux peuvent et doivent modifier peu à peu la common law de façon à l'adapter aux changements sociaux. Il convient, toutefois, d'examiner brièvement ces arrêts.

Dans l'arrêt *Ares*, précité, il fallait déterminer s'il y avait lieu de créer une nouvelle exception à la règle du oui-dire pour les dossiers d'hôpitaux. Se prononçant au nom de la Cour, le juge Hall a fait siens les motifs de lord Donovan dans l'arrêt *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, et a convenu que la nouvelle exception proposée s'imposait en raison des changements survenus dans les entreprises, lesquels étaient imprévisibles à l'époque où la règle du oui-dire avait été formulée. Le juge Hall a rejeté l'argument suivant lequel seul le Parlement pouvait changer la common law. À l'appui de sa décision de déclarer recevables les dossiers

de l'hôpital, en vertu d'une nouvelle exception à la règle du ouï-dire, le juge Hall a cité le passage suivant des motifs de lord Donovan dans *Myers*, à la p. 1047:

[TRADUCTION] Ce sont les juges qui façonnent la common law et il est toujours de leur compétence de l'adapter à l'occasion de manière qu'elle serve l'intérêt de ceux qu'elle lie. Ceci est particulièrement vrai dans le domaine de la procédure.

Le juge Hall a suivi l'opinion minoritaire exprimée dans l'arrêt *Myers*. Du reste, la majorité des juges dans cet arrêt n'étaient pas d'avis que les tribunaux ne devaient jamais modifier les règles de common law, mais simplement qu'un changement n'était pas approprié en l'espèce. Selon lord Reid, à la p. 1021:

[TRADUCTION] Je n'ai jamais eu une conception étroite des fonctions de cette Chambre comme tribunal d'appel. Une évolution de la *common law* s'impose pour parer aux changements dans le domaine économique et dans les mentalités des gens, et je ne m'en laisserais pas détourner par les opinions exprimées en cette Chambre dans le passé. Mais nos pouvoirs et nos devoirs ont des limites. Si nous devons apporter un élargissement à la loi, il nous faut y arriver par le développement et l'application de principes fondamentaux. Nous ne pouvons introduire des conditions ou restrictions arbitraires: cela doit être laissé au législateur.

Dans un arrêt plus récent, *Watkins c. Olafson*, précité, notre Cour fournit des indications quant aux limites à apporter au pouvoir judiciaire de changer le droit existant. Le litige dans cette affaire concernait l'adjudication de dommages-intérêts dans une action en responsabilité délictuelle. La Cour d'appel du Manitoba avait annulé le paiement d'une somme forfaitaire pour soins futurs et lui avait substitué des versements périodiques. Était également en question devant notre Cour le bien-fondé de la "majoration" de l'indemnité pour fins d'impôt accordée par le juge de première instance.

Le juge McLachlin a rétabli le paiement de la somme forfaitaire adjugée par le juge de première instance, en faisant valoir que le changement apporté par la Cour d'appel était du genre qu'il convenait de laisser au législateur. Elle estimait que les tribunaux devaient s'abstenir d'apporter des modifications majeures susceptibles d'avoir des ramifications complexes (aux pp. 760 et 761):

Cette partie du pourvoi, vue dans cette perspective, pose carrément la question des limites du pouvoir des tribunaux de modifier le droit. En général, le pouvoir judiciaire est tenu d'appliquer les règles de droit formulées dans les textes législatifs et la jurisprudence. Avec le temps, le droit relatif à un domaine donné peut changer, mais cela ne se fait que lentement et progressivement, et dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles. Bien que certains juges puissent être plus innovateurs que d'autres, les tribunaux judiciaires ont généralement refusé de modifier sensiblement et profondément des règles reconnues jusque-là pour les appliquer au cas qui leur était soumis.

Il y a de solides raisons qui justifient ces réticences du pouvoir judiciaire à modifier radicalement des règles de droit établies. Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les modifications qu'elle pourrait apporter. La cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera à la grande majorité des cas. De plus, une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer pleinement les questions économiques et de principes qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire. Les modifications substantielles du droit comportent souvent la formulation de règles et de procédures subsidiaires nécessaires à leur mise en œuvre, ce qui devrait plutôt se faire par voie de consultation entre les tribunaux et les praticiens que par décision judiciaire. Enfin, et c'est peut-être là le plus important, il existe un principe établi depuis longtemps selon lequel, dans une démocratie constitutionnelle, il appartient à l'assemblée législative, qui est le corps élu du gouvernement, d'assumer la responsabilité principale pour la réforme du droit.

Ce sont des considérations comme celles-là qui permettent de soutenir que les réformes majeures du droit doivent plutôt relever de l'assemblée législative. Lorsqu'il s'agit de procéder à une extension mineure de l'application de règles existantes de manière à répondre aux exigences d'une situation nouvelle et lorsque les conséquences de la modification sont faciles à évaluer, les juges peuvent et doivent modifier les règles existantes. Mais quand il s'agit d'une réforme majeure ayant

des ramifications complexes, les tribunaux doivent faire preuve de beaucoup de prudence.

Le juge McLachlin fait ressortir un certain nombre de difficultés majeures que le mécanisme des versements périodiques pourrait poser aux tribunaux, notamment le fait que les obligations juridiques respectives des parties ne seraient pas déterminées de façon définitive et nécessiteraient une surveillance, probablement par la comparution répétée des parties en cour.

Le juge McLachlin est arrivée à la conclusion opposée sur la question de la "majoration" de l'indemnité pour fins d'impôt. Elle a fait observer que la jurisprudence sur ce point était récente et incertaine, malgré un arrêt antérieur, *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, où notre Cour a refusé de tenir compte de l'effet de l'impôt dans le calcul de l'indemnité pour soins futurs. Elle a également souligné que de fortes raisons militaient en faveur de la prise en compte de l'effet de l'impôt, car sans cela l'indemnité accordée au demandeur ne serait pas équitable. De plus, le calcul de la partie de l'indemnité prélevée en impôt ne poserait pas de grandes difficultés. Pour ces motifs, le juge McLachlin a conclu que c'était le type de changement progressif que les tribunaux avaient le pouvoir et le devoir d'apporter à la common law, et elle a maintenu en conséquence la majoration pour fins d'impôt accordée par le juge de première instance.

Dans l'arrêt *R. c. Khan*, précité, la Cour devait trancher des questions semblables à celles soulevées dans l'arrêt *Ares c. Venner*, précité. Le litige portait sur la recevabilité des déclarations qu'un enfant avait faites à un adulte au sujet d'une agression sexuelle. La preuve était irrecevable car, dans l'état du droit à ce moment,

elle constituait du ouï-dire. En décidant de créer une nouvelle exception à la règle du ouï-dire, le juge McLachlin a adopté, quant à l'articulation et à l'évolution de la règle du ouï-dire (et par voie de conséquence quant à l'évolution de la common law en général), une attitude souple fondée tant sur des considérations de principe que sur la jurisprudence. Elle dit, à la p. 540:

Traditionnellement, la règle du ouï-dire a été considérée comme absolue, sous réserve de diverses catégories d'exceptions [. . .] Bien que cette attitude ait procuré un certain degré de certitude à la règle en matière de ouï-dire, elle s'est souvent avérée trop rigide devant de nouvelles situations et de nouvelles exigences du droit. Au cours des dernières années, les tribunaux ont donc parfois adopté une attitude plus souple, fondée sur les principes qui sous-tendent la règle du ouï-dire, plutôt que les restrictions des exceptions traditionnelles.

Enfin, dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, précité, le juge McLachlin a de nouveau reconnu le pouvoir des tribunaux de modifier la common law. Elle a reconnu, à la p. 622, que les juges avaient la faculté d'élargir les règles de preuve pour qu'elles répondent à leur sens de la justice:

Les juges se sont rendu compte que les règles de preuve restreignaient injustement le droit de produire des éléments de preuve pertinents et utiles et portaient ainsi atteinte à la capacité du tribunal de découvrir la vérité et de rendre justice. Les tribunaux ont donc élargi la règle pour répondre à leur sens de la justice en permettant aux juges convaincus de la fiabilité et de l'exactitude d'une preuve de l'admettre même si elle ne relève pas des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire.

(3) Conclusion

Ces arrêts témoignent de l'attitude souple que notre Cour a adoptée envers l'évolution de la common law. Les juges peuvent et doivent adapter la

common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. Ils ne doivent pas s'empressez de perpétuer des règles dont le fondement social a depuis longtemps disparu. D'importantes contraintes pèsent cependant sur le pouvoir des tribunaux de changer le droit. Comme le juge McLachlin l'a souligné dans l'arrêt *Watkins*, précité, en régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c'est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la responsabilité principale; et tout changement qui risquerait d'entraîner des conséquences complexes devrait, aussi nécessaire ou souhaitable soit-il, être laissé au législateur. Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société.

B. *Le fondement de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner pour le poursuivant*

Il ressort de l'analyse historique de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner pour le poursuivant que si cette règle a pu autrefois avoir sa raison d'être, elle n'en a plus aucune aujourd'hui en ce qui concerne les personnes divorcées ou les conjoints dont la séparation est irrémédiable. La conception du rôle de la femme qu'elle véhicule n'est plus compatible avec l'importance que l'on accorde de nos jours à l'égalité des sexes. En particulier, la règle de l'incapacité du conjoint irrémédiablement séparé est incompatible avec les valeurs enchâssées dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et la préserver serait contraire au devoir de notre Cour de veiller à ce que la common law évolue en conformité avec ces valeurs.

(1) Les origines de la règle en général

Le premier texte établissant clairement la règle que le conjoint est inhabile à témoigner est le traité de lord Coke, *Institutes of the Laws of England*, publié en 1628. À l'origine, la règle ne visait que les épouses: l'épouse était un témoin inhabile à témoigner contre son mari ou en sa faveur. Lord Coke l'a ainsi formulée (1 Inst. 6b.):

[TRADUCTION] *Notez que les juges ont statué que le témoignage de la femme ne peut être produit ni contre son mari, ni en sa faveur, quia sunt duae animae in carne unâ; cela pourrait être cause de discorde et de dissension implacables entre le mari et sa femme, et source de grands embarras . . .*

La règle selon laquelle la femme était inhabile à témoigner contre son mari ou en sa faveur découlait naturellement de la place juridique qu'elle occupait à cette époque. Du fait du mariage, la femme perdait son identité juridique propre. Blackstone, *op. cit.* a décrit ainsi, à la p. 442 du Livre premier, le statut juridique de la femme mariée:

Par le mariage, l'homme et la femme deviennent une seule personne aux yeux de la loi; c'est-à-dire que l'être même ou l'existence légale de la femme est suspendue pendant le mariage, ou du moins incorporée et renfermée dans celle du mari, sous la protection, l'abri, le *couvert* duquel elle agit en tout point: aussi l'appelle-t-on dans le vieux français de nos lois une *feme-covert*, *f{oe}mina viro co-operta*; on la désigne par l'expression *covert-baron*, comme étant sous la protection et l'influence de son mari, de son *baron* ou seigneur; et son état, pendant le mariage, est appelé [sic] sa *coverture*.

(Traduit par Chompré, *op. cit.*, t. 2, à la p. 215.)

L'inhabilité générale de la femme à témoigner pour ou contre son mari a été reconnue dans l'affaire *Lord Audley* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140, à la p. 1141.

(2) Justifications de la règle

Depuis lors, au moins quatre justifications différentes ont été avancées à l'appui de la règle dont deux seulement ont survécu jusqu'à nos jours. La plus importante est que la règle protège l'harmonie conjugale. Le danger que présente à cet égard le témoignage du conjoint a été évoqué pour la première fois par lord Coke, et mis en lumière plus récemment dans l'arrêt que la Cour d'appel a prononcé en l'espèce, ainsi que dans les arrêts *R. v. Bailey* et *R. v. Sillars*, précités. La seconde raison parfois mentionnée est ce que Wigmore a appelé [TRADUCTION] "*la répugnance naturelle* qu'éprouve toute personne honnête à forcer la femme ou le mari à se faire l'instrument de la condamnation de l'autre" (*Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, p. 217, {SS} 2228 (en italique dans l'original)).

Deux justifications n'ont pas survécu, savoir que le conjoint n'est pas habile à témoigner parce que le mari et la femme ne forment en droit qu'une seule personne (conception qui prévalait encore au XVIII^e siècle), et parce que leurs intérêts sont identiques.

Les principes sous-tendant la règle ont constamment fait l'objet d'attaques. Wigmore fait une critique mordante de l'incohérence des arguments invoqués à son appui (à la p. 213):

[TRADUCTION] Les raisonnements judiciaires utilisés pour définir les fondements de ce privilège forment l'un des chapitres les plus curieux et les plus divertissants du droit de la preuve. Curieux, parce que, n'eût été leur consignation dans les recueils, il aurait été difficile d'imaginer l'ingéniosité déployée dans l'invention de raisons "ex post facto" pour justifier une règle si simple et si ancienne [. . .] Nous assistons au spectacle fascinant d'une règle fondamentale de preuve, dont l'existence repose sur des motifs pour le moins contestables, qui survit depuis deux siècles grâce à la force de certains dogmes artificiels -- affirmations totalement inconciliables les unes avec les autres, avec les faits de la vie et avec la règle elle-même, mais constamment invoquées, avec toute l'assurance judiciaire, comme des formules magiques servant à dissiper le spectre du doute judiciaire.

Dans le document préliminaire "L'habilité et la contrainte à témoigner", rédigé par la section de recherche sur le droit de la preuve de la Commission de réforme du droit du Canada, la règle a été qualifiée comme étant davantage un caprice que l'aboutissement d'une décision de principe mûrement réfléchi:

. . . la règle semble n'être rien d'autre qu'un caprice, au lieu de constituer l'aboutissement d'une décision de principe mûrement réfléchi. D'ailleurs, et cela confirme bien notre point de vue, si la règle découlait d'une décision rationnelle et fondamentale, elle ne s'appliquerait pas uniquement au couple, mais à la cellule familiale tout entière. Et pourtant, personne n'a proposé l'adoption d'une législation rendant le père et le fils ou la mère et la fille inhabiles à rendre témoignage les uns contre les autres pour le compte de la poursuite.

(*La preuve* (1972), document préliminaire n° 1, à la p. 7.)

À mon avis, les raisons d'être de la règle posent une difficulté plus fondamentale. En effet, les arguments invoqués à son appui sont incompatibles avec le respect de la liberté individuelle, précepte central de l'ordre juridique et moral établi dans notre pays depuis l'adoption de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson, alors juge puîné, a défini ainsi la

liberté, à la p. 336: "La liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l'être humain." Or, la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner engendre un conflit entre la liberté qu'a une personne de choisir de témoigner ou non et les intérêts de la société à ce que le lien du mariage soit préservé. Il n'est pas nécessaire que j'examine la difficile question de savoir comment résoudre ce conflit, car, dans le présent pourvoi, nous avons affaire seulement à des conjoints qui sont séparés irrémédiablement. Lorsque les conjoints sont séparés irrémédiablement, il n'y a pas de lien du mariage à protéger et nous nous trouvons en présence seulement d'une règle qui limite l'habilité d'une personne à témoigner.

La prépondérance du lien du mariage sur la valeur du choix individuel dans les cas de séparation irrémédiable était peut-être légitime à l'époque de lord Coke, où la personnalité juridique de la femme était incorporée à celle de son mari lors du mariage, mais elle ne l'est plus à l'ère de la *Charte*. Comme l'a dit le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 166, la *Charte* exige que les choix individuels ne soient pas restreints inutilement:

La notion de dignité humaine trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la *Charte*. Les individus se voient offrir le droit de choisir leur propre religion et leur propre philosophie de vie, de choisir qui ils fréquenteront et comment ils s'exprimeront, où ils vivront et à quelle occupation ils se livreront. Ce sont tous là des exemples de la théorie fondamentale qui sous-tend la *Charte*, savoir que l'État respectera les choix de chacun et, dans toute la mesure du possible, évitera de subordonner ces choix à toute conception particulière d'une vie de bien.

Dans ses lois concernant la famille et le divorce, notre société a reconnu que les époux ont le droit de dissoudre le mariage lorsque les liens qui les unissaient sont irrévocablement rompus. Cette reconnaissance de la possibilité de dissolution du mariage ressort de la longue histoire de la législation en matière de divorce. En Angleterre, il a été possible d'obtenir le divorce sans loi spéciale du Parlement depuis la *Matrimonial Causes Act* de 1857 (R.-U.), 20 & 21 Vict., ch. 85. Au Canada, une loi sur le divorce a été adoptée dès 1758 en Nouvelle-Écosse et plus tard dans d'autres provinces; la première loi fédérale sur le divorce a été la *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-68, ch. 24, plus tard S.R.C. 1970, ch. D-8. Voir "L'habilité et la contrainte à témoigner", *loc. cit.*, aux pp. 7 et 8, et de façon plus générale, Alastair Bissett-Johnson et David. C. Day, *The New Divorce Law* (1986).

Les lois modernes sur le divorce reconnaissent expressément que le mariage est une société entre des personnes également libres, comme en témoigne l'extrait suivant du préambule de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4:

Attendu qu'il est souhaitable d'encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu'il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société; attendu que cette reconnaissance doit s'étayer de dispositions législatives qui prévoient le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société . . .

(3) Conclusion

La *Charte* joue et continuera à jouer un rôle central dans la définition du tissu juridique et social de notre pays. La *Charte* étant la loi suprême du Canada, elle

rend inopérante toute loi, action gouvernementale ou règle de droit incompatible avec elle, dans la mesure de l'incompatibilité. Mais la *Charte* fera également sentir son influence même en l'absence d'une loi ou d'une action gouvernementale. Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le juge McIntyre a souligné, à la p. 603, que la question de l'application de la *Charte* aux litiges privés

. . . est une question différente de celle de savoir si le judiciaire devrait appliquer et développer les principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution. La réponse à cette question doit être affirmative. En ce sens, donc, la *Charte* est loin d'être sans portée pour les parties privées dont les litiges relèvent de la *common law*.

Ce passage est cité et approuvé par le juge L'Heureux-Dubé, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, à la p. 184.

Lorsque les principes sous-tendant une règle de *common law* ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la *Charte*, sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative dont il a été question précédemment, elle doit être modifiée. Or, la règle de *common law* qui fait d'un conjoint irrémédiablement séparé un témoin inhabile à témoigner contre l'autre conjoint est incompatible avec les valeurs de la *Charte*. Sous réserve des limites du rôle du judiciaire, la règle doit donc être modifiée. La société n'a aucun intérêt à préserver l'harmonie conjugale lorsque les conjoints sont séparés irrémédiablement puisqu'il n'y a plus d'harmonie conjugale à préserver.

Les faits de l'espèce ne soulèvent pas la question de savoir si une personne qui est habile à témoigner contre son conjoint sera également contraignable. Cette question ne se pose pas aujourd'hui. Toutefois, s'il fallait trancher cette question, la possibilité que le conjoint habile à témoigner soit considéré également comme contraignable constituerait une véritable question, compte tenu des motifs rédigés dans les arrêts *R. v. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36 (C.A. Yuk.), *R. v. Marchand*, précité, *R. v. Czipps*, précité, et *R. v. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201 (C.S. Alb., Div. app.), bien que je doive faire remarquer que, aux États-Unis, le conjoint est habile à témoigner pour le poursuivant mais n'est pas contraignable: *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980).

Rendre le conjoint séparé habile à témoigner pour le poursuivant peut en fin de compte vouloir dire que le conjoint séparé irrémédiablement est également contraignable à la demande du poursuivant. Cependant, je ne crois pas que cela doive influencer sur l'issue de la présente affaire. Je reviens à la notion de dignité humaine. La dignité de la personne humaine dépend non seulement de l'exercice de droits tels que la liberté de choisir mais également, et cela est tout aussi important, de la possibilité d'assumer des responsabilités qui découlent de la participation à la vie de la communauté. Au niveau du principe, c'est tout autant une dénégation de la dignité du conjoint séparé irrémédiablement de le dispenser de la responsabilité de témoigner en raison de son statut que c'en est une de le priver de sa capacité de témoigner. Cela est d'autant plus vrai lorsque historiquement ce sont les femmes qui ont été empêchées de témoigner.

On s'est inquiété devant nous du fait que rendre le conjoint séparé irrémédiablement habile à témoigner augmenterait le risque de violence à l'égard des femmes. La violence contre les femmes est un problème très grave dans notre société, et il faut considérer très sérieusement toute augmentation possible du risque de violence. Mais je trouve difficile d'admettre que la réponse correcte à la menace de violence consiste à limiter la capacité des femmes dans l'espoir que le fait d'empêcher les femmes de témoigner atténuerait le risque de violence contre elles. Si nos attentes à l'égard d'une société fondée sur le respect de la dignité de la personne humaine doivent avoir un sens, nous devons encourager et protéger toutes les personnes, dans l'exercice de leurs droits et de leurs responsabilités en tant que membres égaux de notre société. En outre, si le conjoint habile à témoigner est également contraignable, je soulignerais que le juge McLachlin (alors juge de la Cour d'appel) a indiqué dans l'arrêt *McGinty*, précité, à la p. 60, que rendre le conjoint contraignable peut en fait atténuer le risque de violence, car le conjoint n'a alors d'autre choix que de témoigner. Le même argument a été avancé par la Commission de réforme du droit du Canada dans son document préliminaire "L'habilité et la contrainte à témoigner", *loc. cit.*, aux pp. 8 et 9.

De plus, si je devais admettre l'argument selon lequel le conjoint séparé ne doit pas être habile à témoigner à cause de la violence possible, je ne vois pas comment je pourrais m'opposer à l'argument selon lequel le même principe devrait s'appliquer aux conjoints divorcés. La différence entre la séparation irrémédiable et le divorce peut avoir une importance en droit, mais elle n'en a pas dans les faits: la séparation irrémédiable équivaut au divorce. La conclusion selon laquelle le conjoint divorcé serait inhabile à témoigner en raison de son statut matrimonial antérieur est

contraire au bon sens et a été rejetée dans un certain nombre d'arrêts, y compris *R. v. Bailey*, *R. v. Marchand* et *R. v. Algar*, précités. Cependant, je tiens à répéter que la question de la contraignabilité n'est pas soulevée en l'espèce.

C. Y a-t-il lieu de modifier la règle de common law?

À défaut d'intervention parlementaire, je conclus qu'il convient de modifier la règle de common law de façon à rendre les conjoints séparés de façon irrémédiable habiles à témoigner pour le poursuivant. Bien que les principes qui fondent cette modification semblent militer en faveur de l'abolition complète de la règle et de la reconnaissance de l'habilité du conjoint à témoigner dans toutes les circonstances, certaines considérations de principe et l'incertitude quant aux conséquences d'un tel changement dictent une approche plus prudente. Les parties au pourvoi n'ont pas demandé un tel changement et, à mon avis, il est préférable de laisser au législateur une modification de cette ampleur. Cependant, étendre les exceptions à la règle de common law de manière à y inclure les conjoints dont la séparation est irrémédiable est précisément le genre de changement progressif que les tribunaux ont le pouvoir et le devoir de faire. Les tribunaux sont les gardiens de la common law et il leur incombe de veiller à ce qu'elle reflète l'évolution des besoins et des valeurs de notre société.

Dans sa plaidoirie en notre Cour, l'appelant a soutenu, suivant les motifs dissidents du juge Carthy de la Cour d'appel, que l'économie de la *Loi sur la preuve au Canada* traduit l'intention du Parlement de conserver la règle de common law dans son état actuel. L'appelant a également fait valoir que la nouvelle exception

proposée poserait des difficultés d'application. Je me propose d'examiner brièvement ces arguments.

(1) L'économie de la loi

Si j'ai bien compris, on soutient que les diverses modifications apportées à l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* depuis 1906 indiquent que le Parlement a étudié la règle de common law consacrant l'inhabilité du conjoint à témoigner, et que cette règle a donc été effectivement ratifiée. Avec égards, je ne suis pas d'accord. Au lieu de refaire en détail l'historique des modifications apportées à la *Loi sur la preuve au Canada*, je préfère reprendre l'extrait suivant des motifs du juge Blair de la Cour d'appel (aux pp. 358 et 359):

[TRADUCTION] Avec égards, je ne puis partager l'opinion de mon collègue le juge Carthy selon laquelle les modifications apportées à la Loi depuis 1906 l'ont été après examen minutieux fait par le Parlement agissant en pleine connaissance de la règle de common law et de ses exceptions . . .

. . . Ces modifications ne faisaient pas partie d'une réforme en profondeur de la Loi, de la règle de common law et de ses exceptions, que recommandaient les rapports sur la réforme du droit mentionnés précédemment. Il s'agissait, au contraire, de modifications marginales et pour la plupart corrélatives à des modifications apportées au *Code*. Elles ont été apportées sans que soient officiellement examinés le champ d'application de la règle de common law et les questions soulevées dans de telles initiatives. Il est irréaliste de croire qu'en apportant ces modifications, le Parlement a tenu compte de toutes les ramifications possibles de la règle de common law et de ses exceptions. Le plus qu'on puisse déduire des modifications apportées à la Loi, c'est que le Parlement n'avait pas reçu, à l'époque, d'autres propositions de modifications.

2) Les difficultés d'application

L'appelant a fait valoir qu'il sera difficile pour les tribunaux de déterminer s'il existe une possibilité raisonnable de réconciliation entre les conjoints. Une telle décision étant nécessairement de nature subjective, ce sera le conjoint appelé à témoigner par le poursuivant qui déterminera en réalité s'il y existe en fait une possibilité raisonnable de réconciliation.

Je dois rejeter d'emblée cet argument. Les tribunaux sont appelés chaque jour à porter des jugements subjectifs, notamment quant à l'existence d'une possibilité raisonnable de réconciliation. Pour ne prendre qu'un exemple, en vertu de l'art. 10 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 3, le tribunal est tenu, "[s]auf contre-indication manifeste due aux circonstances de l'espèce, [. . .] de s'assurer qu'il n'y a pas de possibilités de réconciliation". Notre système juridique repose sur la capacité des juges de prendre ce genre de décisions subjectives, et j'ai pleine confiance en la capacité des juges de première instance à cet égard.

D. Conclusion

En conclusion, je suis d'avis que, lorsque les circonstances s'y prêtent, les juges peuvent et doivent changer la common law. C'est le cas en l'espèce. La common law doit être au service de la société. Bien qu'il soit préférable de laisser certaines modifications de la common law au législateur, la modification que la Cour d'appel a apportée en l'espèce à la règle voulant que le conjoint soit inhabile à témoigner pour le poursuivant n'est pas une modification de ce genre.

E. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Greenspan, Rosenberg et Buhr, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.