

R. c. B. (K.G.), [1993] 1 R.C.S. 740

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

K.G.B. *Intimé*

Répertorié: R. c. B. (K.G.)

N° du greffe: 22351.

1992: 8 octobre; 1993: 25 février.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

Droit criminel -- Preuve -- Déclarations antérieures incompatibles -- Admissibilité -- Déclarations de témoins aux policiers, enregistrées sur bande vidéo, désignant l'accusé comme le meurtrier -- Rétractation des témoins au procès -- Les déclarations antérieures incompatibles sont-elles admissibles comme preuve de la véracité de leur contenu? -- La règle de common law relative à l'utilisation de déclarations antérieures incompatibles devrait-elle être modifiée? -- Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 9.

Tribunaux -- Stare decisis -- Cour suprême du Canada -- Déclarations antérieures incompatibles admissibles seulement pour attaquer la crédibilité du témoin -- La règle de common law relative à l'utilisation de déclarations antérieures incompatibles devrait-elle être modifiée? -- Dans l'affirmative, cette règle devrait-elle être modifiée par le législateur plutôt que par les tribunaux?

L'accusé et trois de ses amis ont été impliqués dans une bagarre avec deux hommes. Pendant la bagarre, l'un des jeunes gens a brandi un couteau avec lequel il a frappé l'un des hommes à la poitrine et l'a tué. Les quatre jeunes se sont enfuis immédiatement. Environ deux semaines plus tard, les amis de l'accusé ont été interrogés séparément par la police. Chacun d'eux était accompagné de l'un de ses parents et l'un d'eux, d'un avocat, et chacun a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat. On leur a bien fait comprendre qu'ils n'étaient pas obligés de répondre aux questions et qu'aucune accusation n'était portée contre eux «pour l'instant». Avec leur consentement, les interrogatoires ont été enregistrés sur bande vidéo. Dans leurs déclarations, ils ont dit aux policiers que l'accusé avait reconnu, au cours d'une conversation avec eux, qu'il croyait avoir tué la victime avec un couteau. L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré et il a subi un procès devant le tribunal pour adolescents. Au procès, les trois jeunes gens ont rétracté leurs déclarations antérieures et, au cours du contre-interrogatoire mené par le ministère public conformément à l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ils ont dit qu'ils avaient menti aux policiers pour se disculper. Bien que le juge du procès ait été certain que leur rétractation était fautive, les déclarations antérieures incompatibles des témoins n'ont pu être utilisées pour prouver que l'accusé avait

vraiment fait les aveux. Selon la conception traditionnelle en common law, elles ne pouvaient être utilisées que pour attaquer la crédibilité des témoins. En l'absence d'autres éléments de preuve suffisants relativement à l'identification, le juge du procès a acquitté l'accusé, et la Cour d'appel a maintenu l'acquittement. Avant l'audition du présent pourvoi devant notre Cour, les trois témoins ont plaidé coupables à une accusation de parjure en raison de leur témoignage au procès. En l'espèce, le ministère public demande à notre Cour de réexaminer la règle de common law selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne peuvent servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, McLachlin et Iacobucci: Le temps est venu de remplacer la règle selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne peuvent servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin (la «règle orthodoxe») par une nouvelle règle qui traduise les nouveaux moyens et les nouvelles méthodes de preuve dans la société moderne. L'historique de la règle orthodoxe démontre qu'elle n'a pas joui d'un appui uniforme et inconditionnel. La modification de la règle orthodoxe n'est pas une question qu'il serait préférable de laisser au législateur; la règle a elle-même été énoncée par les juges et se prête à la réforme judiciaire, et sa modification s'inscrit dans l'évolution naturelle du droit en matière de ouï-dire, au Canada, tel qu'établi par notre Cour. Il ne ressort pas des principes directeurs, qui guident notre Cour dans l'exercice de sa compétence pour

réformer les arrêts antérieurs dans lesquels elle a adopté la règle orthodoxe, que notre Cour doive faire autre chose que ce qu'elle juge à propos dans le réexamen de la règle orthodoxe: une règle réformée ne porterait pas atteinte à la *Charte*, la règle existante a été atténuée par l'évolution des règles de droit en matière de oui-dire et elle est un peu, voire trop, formaliste, et réformer la règle n'élargirait pas directement la portée de la responsabilité criminelle.

La règle réformée doit bien peser les intérêts respectifs de l'accusé dans le procès criminel et de la société dans l'administration de la justice. Puisque la règle orthodoxe est une incarnation de la règle du oui-dire, la nouvelle règle doit également obvier aux «dangers du oui-dire» que comporte l'admission de déclarations antérieures incompatibles comme preuve de leur véracité, soit l'absence de serment ou d'affirmation solennelle au moment où la déclaration a été faite, l'impossibilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement et, par conséquent, la crédibilité de l'auteur de la déclaration au moment où il l'a faite, et l'absence de contre-interrogatoire par l'adversaire au moment précis où la déclaration a été faite.

La preuve des déclarations antérieures incompatibles d'un témoin, autre que l'accusé, doit être admissible quant au fond, d'après les principes applicables conformément aux arrêts de notre Cour, *Khan* et *Smith*, les principes fondamentaux étant la fiabilité de la preuve et sa nécessité. Ces facteurs doivent toutefois être adaptés au contexte présent. Préalablement, ne seront admissibles que les déclarations antérieures incompatibles qui auraient été admissibles si elles constituaient la seule déposition du témoin, de crainte que

ce qui serait écarté, à titre de preuve primaire du témoin, ne soit admis en application de la règle réformée simplement parce que le témoin s'est rétracté.

Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l'examen est axé sur la fiabilité relative de la déclaration antérieure et du témoignage entendu au procès. Des indices et garanties de fiabilité autres que ceux énoncés dans les arrêts *Khan* et *Smith* doivent donc être prévus afin que la déclaration antérieure soit soumise à une norme de fiabilité comparable avant d'être admise quant au fond. Dans ce contexte, l'absence de serment et l'impossibilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement de l'auteur de la déclaration sont les seuls «dangers du oui-dire» qui soient vraiment préoccupants. Par conséquent, on aura satisfait à l'exigence de fiabilité si les circonstances dans lesquelles la déclaration antérieure a été faite fournissent des garanties suffisantes de son exactitude relativement à ces deux dangers du oui-dire.

Il y aura des garanties circonstancielle de fiabilité suffisantes pour que la déclaration soit soumise au jury à titre de preuve de fond (1) si la déclaration est faite sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles après une mise en garde expresse au témoin quant à l'existence de sanctions criminelles sévères à l'égard d'une fausse déclaration, (2) si la déclaration est enregistrée intégralement sur bande vidéo, et (3) si la partie adverse -- accusation ou défense -- a la possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration. Subsidiairement, il se peut que d'autres garanties circonstancielle de fiabilité suffisent à rendre une telle déclaration admissible quant au fond, à la condition que le juge soit convaincu que les circonstances

offrent des garanties suffisantes de fiabilité qui se substituent à celles que la règle du oui-dire exige habituellement. Si la déclaration est faite sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles et que le témoin a été mis en garde, le premier danger du oui-dire est écarté. On fait comprendre au témoin la gravité de la situation et son obligation de dire la vérité. Le serment, l'affirmation ou la déclaration solennelles augmentent également la valeur probante de la déclaration lorsqu'elle est admise au procès. Le juge des faits aura la possibilité de choisir entre deux déclarations faites sous serment, et il n'aura pas à accepter un témoignage qui n'a pas été fait sous serment de préférence à un autre qui l'a été, ou à rendre un verdict fondé sur un témoignage qui n'a pas été fait sous serment. S'il est vrai que le serment en soi n'est pas un gage de vérité quant à certains témoins, le fait que les deux déclarations ont été faites sous serment exclut la possibilité de soutenir que l'absence d'un serment est un indice du prétendu manque de fiabilité de la déclaration antérieure incompatible. La déclaration étant enregistrée sur bande vidéo, le deuxième danger du oui-dire est lui aussi écarté. Le juge des faits dispose des indices de crédibilité, et donc de fiabilité. Non seulement le juge des faits peut constater tous les indices non verbaux de fiabilité, mais encore il peut assister à la reproduction fidèle de la déclaration, ce qui élimine le danger de relation inexacte. D'une manière très concrète, le témoignage cesse d'être du oui-dire, car l'auteur du oui-dire comparaît devant le juge des faits. Enfin, même si le contre-interrogatoire du témoin au procès ne comble pas complètement l'absence d'un contre-interrogatoire au moment de la déclaration, vu les autres garanties de véracité, le troisième danger du oui-dire ne constitue pas une raison suffisante pour ne pas présenter la déclaration au jury comme preuve de fond. Les

difficultés d'ordre pratique que pose l'exigence du contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration font pencher la balance en faveur de l'acceptation du contre-interrogatoire au procès comme substitut.

La non-disponibilité n'est pas une condition indispensable de la nécessité. Il faut donner au critère de la nécessité une définition souple, capable d'englober différentes situations. Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, on ne peut attendre une preuve de même valeur du témoin qui se rétracte ou d'autres sources. À supposer qu'un degré suffisant de fiabilité soit établi, le juge des faits devrait être autorisé à soupeser les deux déclarations en tenant compte de l'explication que donne le témoin sur ce changement.

Si une partie fait part de son intention de faire admettre la déclaration comme preuve de fond, le juge du procès doit tenir un voir-dire conformément à l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* afin de s'assurer que les indices de fiabilité nécessaires pour l'admission de la preuve par oui-dire des déclarations antérieures sont présents et authentiques. Dans l'affirmative, il doit alors examiner les circonstances dans lesquelles la déclaration a été obtenue, s'assurer que, si la déclaration étayée par les indices de fiabilité a été faite à une personne en situation d'autorité, elle a été faite volontairement et qu'aucun autre facteur ne serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice si la déclaration était admise comme preuve de fond. Dans la plupart des cas, comme en l'espèce, la partie qui cherche à faire admettre les déclarations antérieures incompatibles comme preuve de fond devra établir, selon la prépondérance des probabilités, que ces conditions ont été remplies. Le juge du

procès ne doit pas décider si la déclaration antérieure incompatible est vraie, ni si elle est plus digne de foi que le témoignage actuel, car cette décision revient au juge des faits. Une fois ce processus terminé et que tous ses éléments constitutifs ont été vérifiés, il n'est pas nécessaire que le juge du procès donne au jury la directive restrictive habituelle, mais il peut au lieu de cela dire aux jurés qu'ils peuvent considérer la déclaration comme une preuve de fond de son contenu ou, s'il siège seul, la tenir lui-même pour une preuve au fond, en lui accordant le poids approprié après avoir pris en considération l'ensemble des circonstances. Dans les deux cas, le juge doit donner comme directive au jury d'examiner soigneusement ces circonstances lorsqu'il évalue la crédibilité de la déclaration antérieure incompatible par rapport à la déposition du témoin au procès. Si la déclaration antérieure n'offre pas les garanties circonstanciées de fiabilité nécessaires, et ne satisfait donc pas au critère préliminaire examiné durant le voir-dire, mais que la partie qui présente la déclaration antérieure remplit par ailleurs les exigences prévues aux par. 9(1) ou (2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, la déclaration peut tout de même être produite en preuve, mais le juge du procès doit donner des directives au jury en conformité avec la règle orthodoxe.

En l'espèce, bien que les déclarations des témoins qui se sont rétractés aient été enregistrées sur bande vidéo et que l'avocat de l'accusé ait eu la possibilité voulue de contre-interroger les témoins au procès, les déclarations n'ont pas été faites sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles. Le juge du procès a refusé d'envisager l'admissibilité des déclarations, se considérant lié par la règle orthodoxe. Le juge s'étant dit convaincu que les

témoins mentaient au procès, il est possible qu'il aurait pu trouver des indices suffisants de fiabilité pour admettre les déclarations comme preuve de fond. Il y aurait lieu d'ordonner un nouveau procès au cours duquel le juge du procès appliquera, si nécessaire, la nouvelle règle régissant les déclarations antérieures incompatibles, décidera si, en l'espèce, il existe des indices suffisants de fiabilité et de nécessité, et donnera comme directive au juge des faits d'accorder aux déclarations antérieures le poids qu'il convient pour rendre un verdict.

Les juges L'Heureux-Dubé et Cory: Même si la règle interdisant l'utilisation quant au fond des déclarations antérieures doit être revue, le serment ou l'affirmation solennelle ne devraient pas être considérés comme des garanties essentielles de la véracité d'une déclaration. Ni la prestation de serment ni l'éventualité d'un emprisonnement à la suite d'accusations de parjure découlant de son témoignage n'assurent à elles seules que le témoin dira la vérité. Ce qui devrait plutôt en déterminer l'admissibilité c'est sa fiabilité. Cette fiabilité tient à plusieurs facteurs et, entre autres, le fait que l'auteur de la déclaration s'expose ou non à une poursuite criminelle en raison d'une déclaration délibérément fausse. Les conditions moins rigoureuses pour intenter des poursuites et le plus grand nombre de poursuites intentées dans les cas d'entrave à la justice, de fabrication de preuve ou de méfait public (qui, contrairement au parjure, n'exigent pas de corroboration) auraient un effet de dissuasion plus fort sur ceux qui pourraient être enclins à faire de fausses déclarations. Obliger la police à faire prêter serment ne peut pas dissuader davantage le témoin de mentir et semble superflu. La responsabilité dans le cas de ces infractions n'a rien à voir avec le serment et un témoin ne peut être

déclaré coupable de parjure pour une déclaration faite sous serment au cours d'une enquête criminelle. L'absence du serment ne devrait donc pas faire naître de présomption d'inadmissibilité quant au fond d'une déclaration antérieure incompatible. Bien qu'il soit préférable d'avertir un témoin qu'il s'expose à des poursuites criminelles s'il fait une fausse déclaration, cette mise en garde n'est pas essentielle à l'admissibilité de la déclaration. Les Canadiens acceptent, et même s'attendent, que les auteurs de déclarations délibérément fausses à la police fassent l'objet de poursuites criminelles.

Parce qu'elle offre un enregistrement complet et intégral des questions posées, des réponses données et du comportement du témoin, la déclaration sur bande vidéo résoudra fréquemment les questions de la fiabilité et du caractère volontaire de la déclaration. Toutefois, il n'est pas indispensable que la déclaration soit enregistrée sur bande vidéo pour être admissible. Si un dossier complet et global de la déclaration est conservé, de même qu'une preuve satisfaisante des circonstances entourant l'interrogatoire et du comportement du témoin, toutes les conditions à cet égard seront remplies. La déclaration antérieure, même si elle n'a pas été enregistrée sur bande vidéo, devrait être admissible si elle satisfait à tous les critères de fiabilité.

Bien qu'au moment de sa déclaration le témoin n'ait pas été soumis aux rigueurs d'un contre-interrogatoire, si sa déclaration antérieure est jugée admissible, le témoin subira alors un contre-interrogatoire au procès et le juge des faits pourra étudier son comportement tout au long de la déposition et évaluer l'importance qu'il devrait accorder, le cas échéant, à tout le témoignage,

y compris la déclaration antérieure. La partie adverse, que ce soit le ministère public ou la défense, sera aussi en mesure d'étudier les raisons de la rétractation en salle d'audience et la véracité de son témoignage.

Une déclaration antérieure incompatible doit être admise à toutes les fins si, après un voir-dire, le juge du procès est convaincu hors de tout doute raisonnable que les conditions suivantes sont remplies: (1) la preuve contenue dans la déclaration antérieure serait admissible si celle-ci était faite devant la cour; (2) la déclaration a été faite volontairement par le témoin et elle n'est pas le résultat d'une pression excessive, de menaces ou de promesses de récompenses; (3) la déclaration a été faite dans des circonstances qui, considérées objectivement, feraient bien comprendre au témoin l'importance de dire la vérité; (4) la déclaration est fiable puisqu'elle a été transcrite ou enregistrée intégralement et fidèlement; et (5) la déclaration a été faite alors que le témoin s'exposait à des poursuites criminelles s'il faisait une déclaration délibérément fausse.

Si, à la clôture du voir-dire, la déclaration antérieure incompatible est jugée admissible à toutes les fins, le juge du procès devrait, à un certain moment, informer les jurés que, même si la déclaration est jugée admissible, il leur appartient de décider de l'importance à lui accorder. Dans son appréciation de la déclaration, le jury devrait tenir compte de toutes les circonstances qui l'ont entourée et il devrait également savoir qu'il peut décider d'accorder à la déclaration une moins grande importance parce qu'elle n'a pas été soumise à un contre-interrogatoire au moment où elle a été faite et parce qu'il n'a pas eu la

même possibilité d'évaluer le comportement du témoin que si la déclaration avait été faite devant la cour.

En l'espèce, l'analyse des conditions d'admissibilité indique qu'il serait loisible au juge qui préside le voir-dire de conclure que les déclarations antérieures incompatibles remplissent toutes les conditions d'admissibilité.

La méthode énoncée dans les arrêts *Khan* et *Smith* pour la preuve par oui-dire offre une autre justification pour modifier l'interprétation de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, dans la mesure où les critères préliminaires d'admissibilité énoncés ci-dessus y sont incorporés.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; **arrêt non suivi:** *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531; **arrêts examinés:** *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588, conf. [1977] 4 W.W.R. 734; *R. c. Duckworth* (1916), 26 C.C.C. 314; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; **arrêts mentionnés:** *Attorney General c. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259; *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *State c. Saporen*, 285 N.W. 898 (1939);

California c. Green, 399 U.S. 149 (1970); *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. xiv; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Omychund c. Barker* (1744), 1 Atk. 21, 26 E.R. 15; *Reference re Truscott*, [1967] R.C.S. 309; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23; *Wright c. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143; *Paramore c. State*, 229 So.2d 855 (1969).

Citée par le juge Cory

Arrêt non suivi: *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531; **arrêts examinés:** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Boisjoly*, [1972] R.C.S. 42; **arrêts mentionnés:** *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. c. L.S.L.* (1991), 89 Sask. R. 267; *R. c. Gravelle* (1952), 103 C.C.C. 250; *R. c. MacGillivray* (1971), 3 Nfld. & P.E.I.R. 227; *R. c. Feger* (1989), 36 Q.A.C. 26; *R. c. J.(J.)* (1988), 65 C.R. (3d) 371 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. ix; *R. c. Stapleton* (1982), 66 C.C.C. (2d) 231; *R. c. Howard* (1972), 7 C.C.C. (2d) 211; *Lessard c. La Reine*, [1965] B.R. 631; *R. c. Sevick* (1930), 54 C.C.C. 92; *R. c. Edwards* (1986), 47 Sask. R. 303; *R. c. Verma* (1980), 28 A.R. 233; *R. c. Lindstrom* (1977), 33 N.S.R. (2d) 369; *R. c.*

Martin (1969), 12 *Crim. L.Q.* 201; *R. c. Snider* (1953), 17 C.R. 136; *California c. Green*, 399 U.S. 149 (1970); *Di Carlo c. United States*, 6 F.2d 364 (1925); *Gibbons c. State*, 286 S.E.2d 717 (1982); *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Pickett* (1975), 28 C.C.C. (2d) 297; *Coulombe c. La Reine*, [1976] C.A. 327.

Lois et règlements cités

Acte concernant la Procédure dans les causes criminelles ainsi que certaines autres matières relatives à la loi criminelle, S.C. 1869, ch. 29, art. 68.

Acte pour la suppression des serments volontaires et extrajudiciaires, S.C. 1874, ch. 37.

Civil Evidence Act 1968 (R.-U.), 1968, ch. 64, art. 3(1)(a).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 131 [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 17], 134 [*idem*], 137, 139(2), 140(1) [*idem*, art. 19].

Common Law Procedure Act, 1854 (R.-U.), 17 & 18 Vict., ch. 125, art. 22.

Constitution des États-Unis, Sixième amendement.

Federal Rules of Evidence, 28 U.S.C. app., règle 801d(1)(A).

Loi de 1975 modifiant le droit criminel, S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 6

Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, ch. 19, art. 17.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 9.

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 56(2)c), d).

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit du Canada. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: La Commission, 1975.

- Canada. Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*. Cowansville: Yvon Blais, 1983.
- Delisle, Ronald Joseph. "Cross-examination of Own Witness on Previous Inconsistent Statement -- s. 9(2) Canada Evidence Act" (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 162.
- Delisle, Ronald Joseph. *Evidence: Principles and Problems*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- Dugdale, D. F. "Against oath-taking", [1985] *N.Z.L.J.* 404.
- Graham, Michael H. "Employing Inconsistent Statements for Impeachment and as Substantive Evidence: A Critical Review and Proposed Amendments of Federal Rules of Evidence 801(d)(1)(A), 613, and 607" (1977), 75 *Mich. L. Rev.* 1565.
- Grant, Alan. "Videotaping Police Questioning: a Canadian Experiment", [1987] *Crim. L.R.* 375.
- Heaton-Armstrong, Anthony, and David Wolchover. "Recording Witness Statements", [1992] *Crim. L.R.* 160.
- Laskin, Bora. "The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada" (1975), 53 *R. du B. can.* 469.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- Miller, Joyce. «L'enregistrement magnétoscopique des interrogatoires des suspects et des accusés par la police régionale de Halton: sommaire d'une évaluation». Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1988.
- Morden, John Wilson. "Evidence -- Proof of Own Witness's Prior Inconsistent Statement Where "Adverse" -- Section 24, Evidence Act (Ont.)" (1962), 40 *R. du B. can.* 96.
- Morgan, Edmund M. "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept" (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177.
- Ontario. Commission de la réforme du droit. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: La Commission, 1976.
- Schiff, Stanley. "The Previous Inconsistent Statement of Opponent's Witness" (1986), 36 *U.T.L.J.* 440.
- Stuesser, Lee. "Admitting Prior Inconsistent Statements For Their Truth" (1992), 71 *R. du B. can.* 48.

United States. Senate. Senate Report No. 93-1277, 93rd Cong., 2d Sess. (1974),
reprinted in [1974] *U.S. Cong. & Adm. News* 7051.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James
H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James
H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 49
O.A.C. 30, qui a rejeté l'appel du ministère public contre l'acquittement de
l'accusé relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi
accueilli et nouveau procès ordonné.

S. Casey Hill et Scott C. Hutchison, pour l'appelante.

Keith E. Wright et Mary E. Misener, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges
Sopinka, Gonthier, McLachlin et Iacobucci rendu par

//Le juge en chef Lamer//

LE JUGE EN CHEF LAMER -- La question en litige dans le présent
pourvoi est l'admissibilité quant au fond des déclarations antérieures
incompatibles d'un témoin autre que l'accusé. Le ministère public demande à
notre Cour de réexaminer la règle de common law selon laquelle de telles
déclarations ne peuvent servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin. À mon
avis, le temps est venu de remplacer la règle orthodoxe par une nouvelle règle

qui traduise les nouveaux moyens et les nouvelles méthodes de preuve dans la société moderne.

I - Les faits

Le 24 avril 1988, Joseph Wright et son frère Steven descendent d'un autobus à une intersection à Scarborough, en Ontario. Les frères traversent la rue et se dirigent vers leur domicile. À peu près au même moment, l'intimé et trois autres jeunes gens passent en voiture à la même intersection. Une dispute s'élève entre le groupe dans la voiture et les deux hommes à pied et peu après, c'est la bagarre. Les frères ne sont pas armés. Pendant la bagarre, l'une des quatre personnes sorties de la voiture brandit un couteau, balafre le visage de Joseph à deux reprises, puis lui enfonce le couteau dans la poitrine et lui perce le cœur. Joseph meurt. Les quatre jeunes gens s'enfuient.

Environ deux semaines plus tard, les trois jeunes gens impliqués dans l'incident avec l'intimé sont interrogés séparément par la police. Bien que l'appelante affirme que les trois témoins se sont présentés au poste de police pour faire leur déclaration, l'intimé fait remarquer que deux d'entre eux ont témoigné s'être présentés au poste seulement après que les policiers se furent rendus à leur domicile pour enquêter sur l'homicide et que le troisième a témoigné avoir fait une déclaration à la police à la suggestion de sa mère. Chacun d'eux était accompagné de l'un de ses parents et l'un d'eux, d'un avocat, et chacun a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat. On leur a bien fait comprendre qu'ils n'étaient pas obligés de répondre aux questions que leur

posaient les policiers et, quoique les policiers aient dit aux témoins qu'aucune accusation n'était portée contre eux, au cours de deux des interrogatoires, ceux qui les interrogeaient ont ajouté cette réserve: [TRADUCTION] «pour l'instant». Avec le consentement des jeunes, les interrogatoires ont été enregistrés sur bande vidéo.

Dans leurs déclarations, les trois jeunes gens ont dit aux policiers que l'intimé avait reconnu, au cours d'une conversation avec eux, qu'il croyait avoir tué, ou qu'il avait tué, la victime avec un couteau. L'intimé a été inculpé de meurtre au deuxième degré et il a plaidé non coupable. Après que le ministère public eut tenté sans succès de faire renvoyer la cause devant le tribunal pour adultes, le procès de l'intimé a commencé le 14 novembre 1989 devant le juge MacDonnell du Tribunal pour adolescents.

Témoins à charge, les trois jeunes gens ont refusé de reconnaître leurs déclarations antérieures au sujet des aveux de l'intimé. Le juge du procès a permis au ministère public de les contre-interroger sur leurs déclarations antérieures conformément à l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Ils ont admis avoir fait les déclarations à la police, mais ont dit qu'ils avaient menti et qu'en réalité, l'intimé n'avait pas fait les déclarations incriminantes qu'ils lui avaient attribuées. Ils ont expliqué avoir menti aux policiers pour se disculper. Ils ont prétendu qu'ils avaient oublié ce qui s'était passé quand l'intimé leur aurait fait des déclarations incriminantes, ou qu'ils ne l'avaient pas entendu.

Le juge du procès a décidé que les déclarations antérieures incompatibles des trois témoins ne pouvaient servir qu'à attaquer leur crédibilité et qu'elles ne pouvaient être utilisées comme preuve de la véracité de leur contenu; c'est-à-dire qu'elles ne pouvaient pas être utilisées pour prouver que l'intimé avait vraiment fait des aveux. La seule autre preuve de l'identité de l'agresseur était l'identification par le frère de la victime, qui l'a identifié au procès (au banc des accusés, ce qui constitue un élément de preuve de peu de valeur) et a témoigné au sujet de l'apparence de l'agresseur de la victime. Le juge du procès a décidé que cette identification représentait [TRADUCTION] «une simple opinion donnée 19 mois après le fait» et que le témoin n'avait pas eu la possibilité de bien observer l'agresseur de son frère. Son témoignage ultérieur a aussi suscité des doutes parce qu'il comportait plusieurs contradictions entre la description qu'il a faite de l'agresseur peu après l'incident et celle qu'il a faite au procès, notamment quant aux points suivants: le type de blouson et de pantalon de l'agresseur, les vêtements des autres jeunes gens et la taille et le poids de l'agresseur par rapport à ceux des autres. Au dire de l'intimé, plusieurs autres éléments de la description donnée par le frère au procès ne correspondent pas aux caractéristiques de l'intimé, dont ceux-ci: la couleur de la peau de l'intimé par rapport à celle des autres jeunes gens, le fait que l'agresseur tenait le couteau dans sa main droite alors que deux des témoins qui se sont rétractés ont dit que l'intimé était gaucher, la question de savoir si l'agresseur portait des bijoux et la couleur de ses cheveux.

En raison du doute qui existait relativement à l'identification et en l'absence d'autres éléments de preuve admissibles, le juge du procès a acquitté l'intimé.

L'appelante a formé un appel de l'acquittement devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a déclaré qu'elle était liée par les arrêts de notre Cour et qui, en conséquence, a rejeté l'appel.

Entre la date du dépôt des mémoires des parties et celle de l'audition du présent pourvoi, les trois témoins ont plaidé coupables à une accusation de parjure. Le ministère public a présenté une requête le jour des plaidoiries dans le présent pourvoi en vue de produire cette nouvelle preuve qui était, à son avis, pertinente par rapport à deux questions: premièrement, si une règle révisée tendrait à améliorer ou à dégrader l'image de l'administration de la justice dans le public et à augmenter ou à diminuer le respect du public pour celle-ci; deuxièmement, si l'application de la règle orthodoxe a entraîné une erreur judiciaire en l'espèce. L'avocat de l'intimé a consenti à l'admission de ces nouveaux éléments de preuve sur cette base et à cette seule fin, et non pour ce qui est d'établir l'innocence ou la culpabilité de l'intimé. L'avocat du ministère public a consenti à cette limitation.

II - Les juridictions inférieures

Le Tribunal pour adolescents

Le juge MacDonnell a d'abord évalué la preuve relative aux faits qui ont amené le décès de Joseph Wright et il a conclu que le frère de la victime avait, pour l'essentiel, dit la vérité au sujet du déroulement des faits avant et pendant la bagarre. Il a écarté les témoignages des trois jeunes gens qui se trouvaient dans la voiture avec l'intimé. Il a décidé ce qui suit:

[TRADUCTION] . . . de toute évidence, ces trois témoins ont délibérément menti en déposant sous serment devant moi sur les faits essentiels. Leur version de ce qui a causé la bagarre non seulement est contredite par le témoignage de Steven Wright, de Sean Dowling et, à mon avis, de Ruth Kazan [deux témoins indépendants], mais est contraire au bon sens.

Le juge MacDonnell a examiné ensuite la question de savoir si le ministère public avait prouvé que l'intimé était la personne qui avait utilisé le couteau. À cet égard, il a conclu que la preuve d'identification par le frère de la victime était faible et ne pouvait pas, en soi, établir hors de tout doute raisonnable que l'intimé était cette personne. Le juge MacDonnell s'est aussi dit d'avis qu'aucune preuve circonstancielle n'étayait cette preuve d'identification. Quant aux déclarations des amis de l'intimé aux policiers selon lesquelles il aurait avoué avoir utilisé le couteau lors de la bagarre avec Joseph Wright, il a décidé qu'il lui était interdit de considérer ces déclarations comme une preuve du fait que l'intimé avait fait ces aveux. En ce qui a trait à leur déposition au procès, le juge a émis l'avis qu'ils s'étaient parjurés. Il a déclaré qu'il n'ajoutait pas foi à leur témoignage [TRADUCTION] «en se fondant sur [son] évaluation de tout le contenu de leur témoignage et, chose très importante, sur la manière dont ils ont témoigné. Sous ce dernier aspect, leur déposition n'avait, selon moi, rien de franc.» Il a conclu là-dessus:

[TRADUCTION] À mon avis, chacun de ces trois témoins m'a menti en disant avoir menti à la police au sujet de ce que l'accusé leur avait dit. Je suis certain que leur rétractation est fausse. C'est-à-dire que je suis certain que, sur ce point, ce qu'ils ont dit à la police au sujet de ce que l'accusé leur avait dit était vrai. En arriver à cette conclusion n'est pas nécessairement la même chose que conclure que l'accusé a avoué, mais c'est l'équivalent.

Le juge MacDonnell a cependant suivi à contrecour le point de vue traditionnel de la common law selon lequel les déclarations antérieures incompatibles d'un témoin (autre que l'accusé) qui se rétracte ne peuvent servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin. Le juge a refusé d'appliquer le raisonnement du juge Estey, qui a souscrit au résultat, dans l'arrêt *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588, qui élargirait beaucoup l'utilisation qui peut être faite des déclarations antérieures incompatibles rétractées.

La Cour d'appel (1991), 49 O.A.C. 30

La Cour d'appel de l'Ontario a refusé de réexaminer la validité actuelle de la règle de common law relative à l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles, repoussant l'argument de l'appelante que, vu les circonstances particulières de l'espèce, le fondement de la règle n'était plus applicable. La cour a conclu (à la p. 32):

[TRADUCTION] Il est bien établi en droit pénal canadien que les déclarations antérieures incompatibles ne peuvent servir qu'à l'évaluation de la crédibilité d'un témoin et qu'elles ne peuvent servir à prouver les faits auxquels elles se rapportent; c'est un principe qui a été reconnu dans l'arrêt *Deacon c. The King* [[1947] R.C.S. 531]. Dans l'arrêt *R. c. Mannion* [[1986] 2 R.C.S. 272], la Cour suprême du Canada a réaffirmé la règle. Dans cette affaire, la Cour avait été priée de réexaminer la règle afin de tenir pour admissibles, à titre de

preuve de leur contenu, les déclarations antérieures incompatibles des témoins non parties au litige, s'il était démontré qu'elles avaient été faites sous serment et avaient fait l'objet d'un contre-interrogatoire, mais la Cour n'a pas jugé nécessaire de traiter de la question. Dans l'arrêt *Corbett c. La Reine* [[1988] 1 R.C.S. 670], la règle a de nouveau été réaffirmée et, plus récemment, dans l'arrêt de la Cour suprême *R. c. Kuldip* [[1990] 3 R.C.S. 618], rendu le 7 décembre 1990, il semble que le principe a été confirmé une fois de plus.

La cour a conclu qu'elle était liée par les arrêts de la Cour suprême du Canada et qu'il ne convenait pas de réexaminer la règle traditionnelle. Par conséquent, elle a rejeté l'appel.

III - Moyens d'appel

Le ministère public forme maintenant le présent pourvoi devant notre Cour sur le point suivant: la Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit en décidant que les déclarations antérieures incompatibles de plusieurs témoins ne pouvaient pas être utilisées pour établir les faits qu'elles relataient? Exhortant notre Cour soit à réexaminer, soit à s'abstenir de réexaminer, la règle orthodoxe, les parties ont également débattu la question du *stare decisis* et celle de savoir s'il appartient au législateur ou à notre Cour de modifier la loi comme le propose l'appelante.

IV - Analyse

A. *Historique et évolution de la règle orthodoxe*

Dans ses motifs dans l'arrêt *McInroy*, précité, le juge Estey est remonté à l'origine de la règle orthodoxe selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne sont admissibles que pour attaquer la crédibilité du témoin et non pour prouver la véracité de leur contenu. C'est le juge en chef Denman qui a le premier énoncé la règle dans l'arrêt *Wright c. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143, à la p. 145 E.R.:

[TRADUCTION] L'autre danger [de permettre le contre-interrogatoire du témoin déclaré hostile par la partie qui l'a cité à comparaître] est que la déclaration, qui n'est admissible que pour contredire le témoin, devienne une preuve valable au fond. Ce danger existe également lorsqu'on contredit un témoin défavorable. Ce danger est écarté quand le juge explique la distinction au jury et le met en garde. Ce n'est pas obscur au point d'empêcher les juges d'en expliquer le sens et les jurés d'en comprendre la raison; il est fort probable qu'en général les jurés ne tiennent aucun compte du témoignage d'une personne qui a fait des déclarations mensongères, sous serment ou non.

Le juge Estey a fait observer que les tribunaux ont continué d'appliquer cette règle après la promulgation de *The Common Law Procedure Act, 1854* (R.-U.), 17 & 18 Vict., ch. 125, art. 22, et de son équivalent en droit criminel dans S.C. 1869, ch. 29, art. 68, qui ont survécu sous la forme du par. 9(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Toutefois, le juge Estey a aussi fait remarquer que la règle a eu des adversaires au XIX^e siècle. Dans l'arrêt *Attorney General c. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259, à la p. 261, le baron en chef Pollock, aux motifs duquel souscrit le baron Parke, écrit:

[TRADUCTION] Lorsqu'on demande à un témoin s'il n'a pas fait une déclaration antérieure importante et incompatible avec une partie de sa déposition, on peut citer des témoins pour prouver qu'il l'a faite et le jury est libre de croire l'une ou l'autre version.

Le débat sur le bien-fondé de la règle orthodoxe s'est poursuivi au XX^e siècle dans des arrêts comme *R. c. Duckworth* (1916), 26 C.C.C. 314 (C.S. Ont., Div. app.), dans lequel la cour a confirmé à la majorité de trois voix (4 contre 1) la règle orthodoxe de l'admissibilité limitée. Au nom de la majorité, le juge Clute a dit que la suggestion du ministère public selon laquelle la preuve de déclarations antérieures incompatibles faites par des témoins à charge qui s'étaient rétractés devrait être admissible quant au fond était une (à la p. 324) [TRADUCTION] «proposition [assez] surprenante, que je ne saurais approuver qu'en m'appuyant sur des autorités très sûres. Or, aucune n'a été citée.» Le juge Clute ajoute, au sujet de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1906, ch. 145 (à la p. 329):

[TRADUCTION] Cet article a été adopté non pas pour admettre ce qui ne constitue pas une preuve, mais pour permettre la réfutation. Il ne dit pas que ce qui n'était pas une preuve en devient une, mais simplement que, avant que le témoin puisse être contredit, il doit être, de l'avis du tribunal, opposé à la partie en cause. . .

Le juge Riddell a souscrit à ces propos, mais il s'appuyait cependant sur une édition de *Wigmore on Evidence* qui date d'avant l'introduction de la critique de la règle orthodoxe dans cet ouvrage. Le juge Masten s'est rallié à la majorité, encore que sans enthousiasme car il doutait qu'un juré soit à même de suivre les directives du juge sur la valeur limitée de la preuve (à la p. 353):

[TRADUCTION] Supposons qu'il conclue que le témoignage fait au procès est faux et que la déclaration antérieure est vraie. Il incombe alors au juré de ne pas tenir compte du témoignage entendu au procès, car il s'agit d'un faux témoignage. Mais, après avoir tiré cette conclusion, et avoir effacé de sa mémoire la déposition du témoin, il doit alors effacer aussi la déclaration faite antérieurement

par le témoin, à la véracité de laquelle il vient de conclure. Est-ce humainement possible?

En refusant de suivre la règle orthodoxe, le juge en chef Meredith affirme, à la p. 359, que [TRADUCTION] «[l]a jurisprudence qui remonte au moyen âge en droit de la preuve, à l'époque où, entre autres bizarreries, il n'était pas loisible à une partie de contester la véracité du témoignage des témoins qu'elle avait cités, ne saurait être d'un grand secours à notre époque, dans cette province [. . .]». Il ajoute à la p. 360:

[TRADUCTION] Et je conclus que, s'il [le juge du procès] leur avait dit [aux jurés] que s'ils concluaient d'après ce que les témoins ont dit au procès et d'après leur comportement que leurs déclarations antérieures étaient vraies, alors ces déclarations constitueraient une preuve au procès, preuve de la bouche même des témoins, comme l'a dit le juge, et preuve selon l'autre critère de véracité, savoir leur comportement.

Notre Cour a adopté la règle orthodoxe, pour la première fois, dans l'arrêt *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531, et, contrairement à la cour dans l'arrêt *Duckworth*, a rendu un arrêt unanime. Toutefois, les juges Kerwin et Rand ont montré qu'ils étaient bien conscients des arguments qui militaient contre cette règle. Le juge Kerwin, au jugement duquel ont souscrit le juge en chef Rinfret et les juges Taschereau et Estey, a conclu, à la p. 534, que le fait qu'une esquisse faite par un témoin, qui contredisait son témoignage au procès, ait été déposée à titre de pièce

[TRADUCTION] ne lui enlève pas son caractère de preuve destinée seulement à attaquer la crédibilité du témoin et ne l'élève pas au rang d'une preuve jouant contre l'accusé et attestant la vérité des

déclarations contenues dans le document. Soutenir le contraire irait complètement à l'encontre de notre droit criminel.

Le juge Rand souscrit à ces propos (aux pp. 537 et 538):

[TRADUCTION] Il est bien établi que la portée de ces déclarations est généralement limitée à la question de la crédibilité et qu'elles ne peuvent servir à prouver les faits auxquels elles se rapportent [. . .] Il est tout à fait exact qu'il peut être difficile de dissocier le contenu de ces déclarations des faits soumis au jury par le témoin et d'effacer l'influence qu'elles peuvent avoir sur l'esprit des jurés lorsqu'ils analysent l'ensemble de la preuve; mais toute autre règle exposerait une personne à un récit monté de toute pièce, ce qui est un trop grand risque. Cependant, le champ du contre-interrogatoire est ouvert, à la discrétion de la cour, et le contenu de la déclaration peut être passé au crible du témoignage. On pourrait penser qu'il y a là une raison suffisante de permettre au jury de disposer à son gré de tous les faits, y compris la déclaration, mais la pratique des tribunaux a démontré que cette solution n'en est pas une.

La première, et la seule, pointe de contestation de la règle orthodoxe dans notre Cour se trouve dans les motifs du juge Estey dans l'arrêt *McInroy*.

Dans cette affaire, un témoin à charge avait fait une déclaration à la police relativement au procès de l'appelant McInroy, inculpé de meurtre, affirmant que l'appelant avait avoué avoir tué la victime contre rémunération. Au procès, le témoin a prétendu ne pas se rappeler avoir fait cette déclaration. Le ministère public a demandé la permission, en application du par. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, de contre-interroger le témoin sur sa déclaration antérieure incompatible et un voir-dire a été tenu. Quand on lui a présenté sa déclaration écrite, le témoin a continué à prétendre ne se souvenir d'aucune

partie de celle-ci. Dans ses directives au jury, le juge du procès a exposé minutieusement la règle orthodoxe:

[TRADUCTION] Je vous répète donc que puisqu'elle était totalement incapable de se rappeler les questions et réponses, les extraits de la déclaration ne font pas partie de sa déposition et ne doivent donc pas être considérés comme preuve de la vérité de ce qu'ils énoncent; vous pouvez seulement en tenir compte pour évaluer la crédibilité du témoin.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1977] 4 W.W.R. 734, a décidé que le juge du procès avait commis une erreur en autorisant le ministère public à contre-interroger le témoin en tant que témoin opposé, parce que sa crédibilité n'était pas en cause et qu'elle [TRADUCTION] «n'avait fait aucune déclaration défavorable à la poursuite» (à la p. 742).

La Cour suprême du Canada a fait droit au pourvoi du ministère public. Le juge Martland (aux motifs duquel ont souscrit les juges Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz et Pratte) a conclu que la Cour d'appel avait mal interprété le par. 9(2) en disant qu'il devait s'agir d'un témoin opposé, alors qu'en fait, le juge du procès était seulement tenu, sous le régime de cette disposition, de déterminer si la déclaration antérieure écrite, ou consignée, était de fait incompatible avec la déposition du témoin au procès. Le juge Martland s'est dit d'avis que la déposition du témoin contenait de toute évidence une contradiction et que le juge du procès avait exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire. Au surplus, le juge Martland a fait remarquer (à la p. 605) que «[l]e juge a soigneusement expliqué [. . .] la portée restreinte que le jury pouvait accorder au contre-interrogatoire».

Le juge Estey a adopté un point de vue différent sur la règle orthodoxe. Il a écrit (aux pp. 606 et 607):

Avec égards, c'est à la fois une erreur de droit et une insulte au bon sens de dire au jury que la déclaration antérieure du témoin, particulièrement quand elle est faite dans des circonstances comme les présentes, ne peut être prise en considération que pour évaluer la crédibilité du témoin, M^{me} St. Germaine, et doit être écartée sur les questions de fait dont elle traite; plus précisément, c'est une erreur de dire au jury qu'il ne peut considérer la déclaration antérieure comme une preuve ni même comme un élément de preuve des faits qu'elle énonce.

Le juge Estey a fait remarquer que la preuve pertinente que représente la déclaration antérieure de St. Germaine (et les aveux de l'accusé qu'elle relatait) ne pouvait être écartée qu'en application de la règle du oui-dire, mais que dans le cas des déclarations antérieures incompatibles (à la p. 614), «l'auteur du "oui-dire" est à la barre des témoins; elle peut être contre-interrogée et le juge du fond peut observer son comportement.» Il a ensuite passé en revue la jurisprudence qui critiquait la règle orthodoxe pour diverses raisons, y compris la difficulté d'appliquer la distinction entre les utilisations de la déclaration antérieure qui peuvent être autorisées et celles qui ne le peuvent pas, le fait que si un témoin, en contre-interrogatoire, contredit son témoignage fait à l'interrogatoire principal, le tribunal peut prendre en considération à la fois l'une et l'autre version pour déterminer la vérité, et le fait qu'étant donné les circonstances du procès, il n'y a aucune véritable raison de considérer cette preuve comme du oui-dire.

Toutefois, en dernière analyse, il s'est fondé uniquement sur le texte du par. 9(2) pour rejeter la règle orthodoxe; il a noté que ce paragraphe a été promulgué en 1968, après l'arrêt *Deacon* de notre Cour et que, dans cette disposition, rien n'indiquait qu'elle était limitée à des questions de procédure. Le juge Estey a conclu que, interprété correctement, le par. 9(2) permet au juge des faits de tenir compte, une fois la procédure prescrite au paragraphe respectée, de toute la déposition du témoin, tant dans sa déclaration antérieure faite à la police que dans sa déposition devant la cour.

En se basant sur ce motif étroit pour rejeter la règle orthodoxe, le juge Estey s'est exposé à une critique de R. J. Delisle, qui a fait observer dans son commentaire de l'arrêt *McInroy* ((1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 162, à la p. 166) qu'il était peut-être souhaitable de modifier la règle orthodoxe, mais aussi que le [TRADUCTION] «caractère fragmentaire des modifications apportées», soulevait inévitablement des problèmes; en effet, il en résulte des anomalies qui découlent du traitement différent des éléments de preuve selon qu'ils sont admis en application du par. 9(1) ou 9(2).

Notre Cour n'a pas donné son adhésion à la remise en question de la règle orthodoxe par le juge Estey, mais a plutôt repris cette règle dans plusieurs arrêts récents, dont les arrêts *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915. Toutefois, il importe aussi de noter que, dans aucune de ces affaires, la règle orthodoxe elle-même n'a été contestée directement, comme elle l'est en l'espèce. Elle y a plutôt été

utilisée comme point de comparaison ou comme modèle pour une règle distincte, comme celle en cause dans l'arrêt *Kuldip*.

Il y a lieu de porter une attention spéciale à l'arrêt *Kuldip*. Dans cette affaire, l'intimé a contesté l'utilisation de son témoignage incompatible fait au cours d'un procès antérieur, pour attaquer sa crédibilité, parce que cela violait le droit que lui garantit l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui est ainsi conçu:

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Au nom de la majorité, j'ai conclu à l'absence de violation de l'art. 13 parce que l'emploi, en contre-interrogatoire, d'une déclaration incompatible faite au cours d'une procédure antérieure, seulement pour attaquer la crédibilité de l'accusé, n'incrimine pas ce dernier. Si le juge du procès a expliqué au jury les utilisations du témoignage antérieur qui étaient admissibles, ce témoignage antérieur n'incrimine pas l'accusé. Il faut bien comprendre qu'en arrivant à cette conclusion dans l'arrêt *Kuldip*, je n'ai pas seulement repris et appliqué la règle orthodoxe, mais j'ai aussi énoncé une règle d'interprétation de la *Charte* qui reconnaît les circonstances exceptionnelles dans lesquelles de telles déclarations sont faites, savoir sous la contrainte. Dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, j'ai écrit, au nom de la majorité (à la p. 358):

. . . l'objet de la l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11c) et d) [de la *Charte*], est de protéger les individus contre

l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11c) interdit.

En effet, les déclarations antérieures faites par l'accusé n'auraient pas été exclues par la règle orthodoxe parce qu'elles constituent des aveux et qu'elles sont admissibles quant au fond conformément à l'exception à l'exclusion du oui-dire qui est applicable. Voilà une raison de plus d'affirmer que la règle énoncée dans l'arrêt *Kuldip* est une règle de preuve distincte, consacrée par la *Charte*, et non une simple application de la règle orthodoxe.

Il ne faut pas oublier non plus que l'arrêt *Kuldip* et l'art. 13 de la *Charte* se rapportent à une sous-catégorie très particulière de déclarations antérieures incompatibles, savoir un témoignage dans une procédure antérieure fait par un accusé qui témoigne dans une autre procédure et qui, s'il était admis pour établir la véracité de son contenu, l'incriminerait dans la seconde procédure. Par surcroît, l'art. 13 s'applique seulement à un témoin qui dépose dans une «procédure»; certes, notre Cour n'a pas encore défini le champ sémantique de ce terme, mais la jurisprudence là-dessus est axée sur des procédures judiciaires telles les procès et les enquêtes préliminaires: voir l'arrêt *Dubois*. Un interrogatoire de la police, même lorsque le témoin fait une déclaration sous serment, peut ne pas constituer une «procédure» pour l'application de l'art. 13. Comme cette question précise n'est pas soulevée en l'espèce, je ne ferai aucune autre remarque à ce sujet.

Dans le présent pourvoi, et comme c'est le plus souvent le cas, le témoin autre que l'accusé ne sera pas incriminé si la déclaration antérieure est admise pour établir la véracité de son contenu. Dans la vaste majorité des cas dans lesquels des déclarations antérieures incompatibles sont produites, l'art. 13 n'est donc pas en cause. Si c'est une déclaration antérieure incompatible de l'accusé qui est présentée, l'art. 13 a pour effet d'en restreindre l'utilisation: elle ne peut être employée que pour attaquer la crédibilité.

Pour terminer, dans l'arrêt *Smith* je me suis expressément abstenu d'examiner les conséquences, sur la règle orthodoxe, de l'analyse fondée sur des principes des exceptions à l'exclusion du oui-dire, étant donné que l'on n'a pas fait valoir ce moyen d'appel supplémentaire devant la Cour et qu'il était inutile de statuer sur ce moyen, vu la conclusion que j'avais tirée à l'égard de la preuve par oui-dire en général.

B. *Le oui-dire comme fondement de la règle orthodoxe*

Maints auteurs se sont penchés sur le fondement théorique de la règle orthodoxe. S. Schiff, dans «The Previous Inconsistent Statement of Opponent's Witness» (1986), 36 *U.T.L.J.* 440, à la p. 451, dit:

[TRADUCTION] La doctrine orthodoxe qui limite l'utilisation que peut faire le juge des faits de la déclaration du témoin qui n'est pas une partie repose sur la règle du oui-dire. Si cela coule de source pour les juges et les commentateurs américains, les juges canadiens et anglais ont rarement analysé la raison d'être de cette limite.

À titre d'exemples rares de décisions judiciaires canadiennes reconnaissant expressément que la règle du oui-dire forme le fondement de la règle orthodoxe, l'auteur cite les motifs du juge Riddell dans l'arrêt *Duckworth*, et ceux du juge Estey dans l'arrêt *McInroy*. Dans son ouvrage intitulé *Evidence: Principles and Problems* (2^e éd. 1989), à la p. 247, R. J. Delisle considère lui aussi que la règle orthodoxe tire son origine de la règle du oui-dire.

Toutefois, les commentateurs qui étudient la règle orthodoxe se fondent implicitement sur la notion du oui-dire quand ils examinent les «dangers» que comporte l'admission de déclarations antérieures incompatibles comme preuve de leur véracité; ces dangers assimilables à ceux de la preuve par oui-dire sont les suivants: l'absence de serment ou d'affirmation solennelle au moment où la déclaration a été faite; l'impossibilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement et, par conséquent, la crédibilité de l'auteur de la déclaration au moment où il l'a faite (ainsi que l'impossibilité pour le juge des faits de s'assurer que le témoin a vraiment dit ce que l'on prétend qu'il a dit), et l'absence de contre-interrogatoire par l'adversaire au moment précis où la déclaration a été faite. Pour des exemples de commentateurs qui ont explicitement ou implicitement tenu la règle du oui-dire pour le fondement de la règle orthodoxe, voir J. W. Morden (maintenant juge en chef adjoint de la Cour d'appel de l'Ontario), «Evidence -- Proof of Own Witness's Prior Inconsistent Statement Where "Adverse" -- Section 24, Evidence Act (Ont.)» (1962), 40 *R. du B. can.* 96, à la p. 103; *McCormick on Evidence* (4^e éd. 1992), vol. 2, aux pp. 117 et 118, et L. Stuesser, «Admitting Prior Inconsistent Statements For Their Truth» (1992), 71 *R. du B. can.* 48, à la p. 53.

La façon dont les organismes de réforme du droit ont traité de la règle orthodoxe indique aussi qu'elle a la règle du oui-dire pour fondement. Dans son *Rapport sur la preuve* (1975), la Commission de réforme du droit du Canada étudie la règle orthodoxe dans le chapitre de son rapport qui porte sur le oui-dire, et le Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, dans son rapport (1983), classe, «par prudence» (à la p. 350) comme une preuve par oui-dire, la déclaration antérieure incompatible produite pour établir la preuve de ce qu'elle énonce.

Il est important de bien comprendre le fondement et la raison d'être de la règle orthodoxe pour saisir comment les arrêts récents de notre Cour *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *Smith* ont influé sur la règle orthodoxe et pour déterminer le type d'analyse fondée sur des principes que notre Cour devrait faire relativement au problème particulier des déclarations antérieures incompatibles.

C. *Érosion de la règle orthodoxe*

(1) Critique de la règle

Les commentateurs sont quasi unanimes pour critiquer la règle orthodoxe. On peut distiller leurs critiques en affirmant que les dangers associés au oui-dire sur lesquels repose la règle orthodoxe sont mal fondés ou inexistantes dans le cas des déclarations antérieures incompatibles.

Pour ce qui est du serment, les commentateurs font peu de cas de l'importance du serment dans la société moderne. Stuesser, aux pp. 53 et 54, émet un avis typique lorsqu'il dit que [TRADUCTION] «[n]ous devons malheureusement admettre que dans notre société moderne on ne peut faire fond sur le serment pour assurer la fiabilité d'une déclaration». Un autre critique, moins réservé, a qualifié le serment de [TRADUCTION] «rien de plus que le vestige d'une superstition primordiale» et de «baragouin primitif» (D. F. Dugdale, «Against oath-taking», [1985] *N.Z.L.J.* 404). Au surplus, les commentateurs soutiennent que le témoin à qui l'on demande au procès de reconnaître ou de démentir la déclaration antérieure a prêté serment, faisant ainsi valoir la force du serment au procès pour ce qui est d'établir la véracité de la déclaration antérieure. Toutefois, je ferai remarquer que, si le témoin doit supporter, au procès, les conséquences juridiques de la violation du serment ou de l'affirmation solennelle, dans la plupart des cas il est moins motivé à dire la vérité au moment précis où il a fait la déclaration: voilà pourquoi, s'il n'a pas prêté serment ou fait une affirmation solennelle à ce moment-là, on préférera naturellement le témoignage qu'il fait au procès.

Les critiques soutiennent aussi que l'on accorde trop d'importance à l'impossibilité pour le juge des faits d'observer le comportement du témoin au moment où il a fait la déclaration, et donc d'évaluer sa crédibilité telle qu'elle est révélée par ce comportement. Ils affirment que la possibilité d'observer le témoin quand il nie ou déclare ne pas se rappeler avoir fait la déclaration éclaire le juge des faits sur la véracité de la rétractation et, par conséquent, sur la véracité de la déclaration antérieure que le témoin dément. Reste cependant une

difficulté: s'assurer que la déclaration antérieure du témoin est reproduite intégralement et fidèlement au bénéfice du juge des faits. Bien entendu, ces deux critiques de la règle orthodoxe ont d'autant plus de force quand, comme en l'espèce, la déclaration antérieure est enregistrée sur bande vidéo, ce qui permet au juge des faits d'observer le comportement du témoin et garantit la production devant la cour d'un enregistrement fidèle de la déclaration.

Aux fins d'une étude effectuée pour le compte de la Commission de réforme du droit du Canada, des agents de la police régionale de Halton à Burlington ont enregistré sur bande vidéo les interrogatoires de tous les suspects qui y avaient consenti. Les policiers qui les ont interrogés, les fonctionnaires du greffe, les substituts du procureur général et les avocats de la défense ont ensuite répondu à un sondage destiné à évaluer les résultats de ce programme. Dans une évaluation provisoire faite un an après le début de l'expérience, l'auteur (A. Grant, «Videotaping Police Questioning: a Canadian Experiment», [1987] *Crim. L.R.* 375), affirme (à la p. 379):

[TRADUCTION] . . . il ne semble certainement pas que la caméra ou l'enregistrement sur bande vidéo en général empêche les personnes de faire des confessions ou des déclarations incriminantes aux policiers qui les interrogent. La technique audiovisuelle semble générer un nombre beaucoup plus grand de réponses que la prise par écrit.

L'auteur fait remarquer que les substituts du procureur général et les avocats de la défense ont répondu favorablement à l'utilisation des bandes vidéo, encore que ce ne soit pas pour les mêmes raisons, que dans la plupart des cas, la bande a pu être versée en preuve sans opposition et que rien n'indiquait que des frais

importants en personnel ou en soutien technique doivent être engagés pour produire [TRADUCTION] «un enregistrement net et fiable de l'interrogatoire» (à la p. 383).

Les mêmes conclusions sont tirées dans le rapport définitif. Dans un document intitulé *L'enregistrement magnétoscopique des interrogatoires des suspects et des accusés par la police régionale de Halton: sommaire d'une évaluation* (1988), J. Miller résume une évaluation faite par Grant. Elle y fait observer (à la p. 3) que la décision *Paramore c. State*, 229 So.2d 855 (1969), dans laquelle la Cour suprême de la Floride a confirmé la recevabilité d'une confession enregistrée sur bande vidéo:

. . . a fait époque non seulement en ce qui a trait aux méthodes d'application de la loi mais également en ce qui a trait au processus d'administration de la justice dans son ensemble. Pour la première fois dans l'histoire de la justice pénale, le voile mystérieux entourant cette question était levé et il était désormais possible de présenter aux tribunaux les interrogatoires policiers et ce, d'une manière exhaustive et fidèle.

On en est encore arrivé à la conclusion que la caméra ne gênait pas les gens et que «[l]es avocats de la défense ont jugé que le tableau plus complet de la situation que permettait de broser la bande magnétoscopique avait pour effet de renforcer l'aptitude de la cour à évaluer la crédibilité du déclarant et le caractère volontaire de la déclaration» (à la p. 13). Par surcroît, les avocats de la défense avaient plus confiance dans les enregistrements sur bande vidéo que dans les notes et la mémoire des policiers pour reproduire fidèlement les déclarations. Tout préjudice auquel s'exposait le prévenu en se montrant tel

qu'il était lors de l'interrogatoire était contrebalancé, aux yeux des avocats de la défense, par l'exactitude et la fiabilité de l'enregistrement sur bande vidéo. En effet, Miller fait remarquer (aux pp. 18 et 19) «qu'il est établi, au sein des forces policières, de la Couronne et des avocats de la défense, que les bandes magnétoscopiques constituent un enregistrement fidèle de l'interrogatoire qui s'est déroulé dans la salle d'enregistrement». Miller conclut (à la p. 23):

Indépendamment du fait d'ajouter un outil au processus d'enquête, la police, les avocats de la Couronne ainsi que les avocats de la défense ont vu dans l'implantation de cette nouvelle technique un moyen d'améliorer l'administration de la justice. Le fait de disposer d'enregistrements magnétoscopiques fidèles des interrogatoires policiers permet, dans une large mesure, d'éliminer les débats en salle d'audience sur les propos qu'a formulés un accusé et sur la façon dont celui-ci a été traité. En conséquence, cette nouvelle technique, tout en permettant à la police de recueillir de la preuve, protège davantage les droits de l'accusé.

La technique très répandue de l'enregistrement sur bande vidéo qui «a fait époque», de même que son utilisation au procès, ont donc obvié en grande partie au deuxième danger du oui-dire. Je crois en outre que la preuve de comportement provenant d'autres sources que la bande vidéo pourrait, dans des cas exceptionnels, jouer le même rôle pour répondre à la critique de la règle orthodoxe.

L'absence de contre-interrogatoire est le plus important des dangers du oui-dire, mais peut-être aussi celui qui est le plus exagéré dans le contexte des déclarations antérieures incompatibles. Par définition, disent les commentateurs, l'auteur de la déclaration est présent dans la salle d'audience et peut être soumis à un vigoureux contre-interrogatoire sur ses souvenirs, sa

capacité de témoigner et son parti pris au moment précis de la déclaration.

Comme on le soutient dans *McCormick on Evidence, op. cit.*, à la p. 120:

[TRADUCTION] Le témoin qui a déjà donné une version différente de celle qu'il donne aujourd'hui a ouvert la porte à l'examen de tous les aspects de la vérité que la pratique du contre-interrogatoire et du réinterrogatoire en common law a été conçue pour explorer. Les raisons de la volte-face, que ce soit l'oubli, l'insouciance, la pitié, la terreur ou l'appât du gain, peuvent être fouillées par les deux procureurs en présence du juge des faits, alors que le témoin est sous serment, mettant en lumière la vérité et le mensonge.

Wigmore, dans le vol. 3A (Chadbourn rev. 1970), §1018, à la p. 996, dit que le seul motif pour lequel les déclarations antérieures incompatibles doivent être exclues comme preuve de fond est la règle du oui-dire, puis il ajoute:

[TRADUCTION] Mais cette règle prescrit l'irrecevabilité d'une déclaration extrajudiciaire au motif qu'elle n'a pas été faite devant la cour et qu'elle rapporte les propos d'une personne absente, qui ne peut donc pas être contre-interrogée [. . .] Cependant, dans notre exemple, le témoin est par hypothèse présent et peut être contre-interrogé. Il est donc tout à fait possible de le questionner sur le fondement de sa déclaration antérieure. Le but de la règle du oui-dire est donc déjà atteint.

De la même façon, Morden, *loc. cit.*, écrit, au sujet des déclarations antérieures incompatibles, à la p. 103:

[TRADUCTION] Constituant du oui-dire, cette déclaration est, en principe, irrecevable, et pourtant, étant donné que l'avocat de la partie adverse a la possibilité de contre-interroger le témoin sur sa déclaration, le principal fondement de la règle du oui-dire disparaît et, par conséquent, la possibilité d'injustice est réduite à néant.

Au surplus, font observer les commentateurs, la rétractation du témoin a accompli tout ce que le contre-interrogatoire de l'adversaire visait: le témoin dit maintenant sous serment que la déclaration antérieure était fausse ou prétend ne pas se souvenir des faits qui y sont énoncés, minant ainsi sa crédibilité dans la mesure même où le contre-interrogatoire aurait pu le faire. Comme le souligne Stuesser (à la p. 60), en fait, [TRADUCTION] «lorsqu'un témoin se rétracte, c'est celui qui l'a cité qui joue le rôle du contre-interrogateur "hostile"».

Les tenants de la règle orthodoxe mettent l'accent sur l'importance de la contemporanéité du contre-interrogatoire; les propos qui suivent du juge Stone dans la décision *State c. Saporen*, 285 N.W. 898 (1939), à la p. 901, sont souvent cités:

[TRADUCTION] Le principal avantage du contre-interrogatoire ne réside pas dans le droit qu'il donne à l'opposant de disséquer, dans l'avenir, le témoignage de témoins opposés. Il consiste dans l'application immédiate du processus de mise à l'épreuve, dans le fait de battre le fer pendant qu'il est chaud. Le faux témoignage a tendance à s'affermir et à résister aux coups de la vérité au fur et à mesure que le témoin a la possibilité de faire un nouvel examen et de se laisser influencer par les suggestions d'autres personnes qui ont peut-être, voire qui ont souvent, intérêt à ce que le mensonge triomphe de la vérité.

La réplique de E. M. Morgan dans «Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept» (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177, à la p. 193, est elle aussi souvent citée:

[TRADUCTION] Pourquoi le mensonge s'affermir-il plus vite et devient-il plus résistant que la vérité? Qu'est-il advenu de l'idée que la vérité est éternelle et que, après avoir été anéantie, elle renaît de ses cendres? La possibilité du nouvel examen et de l'influence néfaste des autres n'est-elle pas encore plus susceptible de fausser le dernier témoignage que la déclaration antérieure?

Des critiques affirment que la possibilité de contrainte, d'intimidation et d'invention est plus grande dans l'intervalle entre la prise de la déclaration et le procès que dans la période plus courte entre les faits relatés et la déclaration. Les défenseurs de la règle orthodoxe font valoir que, durant l'intervalle entre les faits relatés et la déclaration, il y a tout autant d'occasions de contrainte et d'intimidation, et que la contrainte exercée plus tard peut viser à convaincre le témoin de dire la vérité au procès. De toute évidence, les déclarations ne sont ni plus ni moins susceptibles d'être exactes si l'on se fonde seulement sur le moment où elles ont été faites.

De plus, se demander laquelle des déclarations est plus susceptible d'être vraie en se fondant sur la possibilité d'une influence illicite participe d'une mauvaise conception de la nature du problème soumis au tribunal. Il ne s'agit pas de décider si la contemporanéité de la déclaration et du contre-interrogatoire aurait été préférable; c'est une évidence. Le juge des faits doit tenir compte précisément de ce facteur en appréciant le poids qu'il convient d'accorder à cette preuve. La vraie question est plutôt de savoir si l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire est un motif suffisant pour dire au jury de ne pas tenir compte de la déclaration comme preuve de fond. Dans l'arrêt *California c. Green*, 399 U.S. 149 (1970), aux pp. 160 et 161, le juge White de la Cour suprême des États-Unis écrit:

[TRADUCTION] Il est peut-être vrai que le jury serait mieux placé pour évaluer la véracité de la déclaration antérieure s'il pouvait de quelque manière se transporter par magie dans le passé pour assister au contre-interrogatoire exténuant de l'auteur au moment où il fait la déclaration. Mais ce qu'il faut décider, à mon sens, ce n'est pas s'il est possible de s'imaginer le jury «mieux placé», mais plutôt si le contre-interrogatoire fait par la suite au procès donnera encore au juge des faits la possibilité suffisante d'apprécier la véracité de la déclaration antérieure.

C'est peut-être du fait qu'elle représente le danger du oui-dire qui a été mis en relief avec le plus d'insistance, mais l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire est manifestement, parmi les motifs invoqués pour ne pas admettre les déclarations antérieures incompatibles comme preuve de fond, celui qui a suscité les plus vives critiques.

(2) Réforme judiciaire et législative de la règle

La règle orthodoxe a été étudiée par les réformateurs du droit à tous les niveaux: magistrature, assemblées législatives et commissions de réforme du droit. Tous les organismes qui ont analysé la règle orthodoxe ont recommandé que l'on abandonne l'interdiction stricte de l'admission quant au fond pour adopter l'admissibilité conditionnelle.

Dans son *Rapport sur la preuve* de 1975, la Commission de réforme du droit du Canada a proposé que la déclaration antérieure incompatible d'un témoin ne soit pas exclue par la règle du oui-dire, parce que le témoin peut être contre-interrogé au sujet de cette déclaration, parce que les circonstances de la déclaration peuvent la rendre plus digne de foi (du fait que le témoin avait les

événements plus frais à la mémoire et qu'il n'avait pas encore subi l'influence de qui que ce soit), parce que le témoin aura l'occasion de nier la déclaration antérieure ou d'en expliquer les contradictions et parce qu'il est difficile d'expliquer la différence entre les utilisations acceptables et inacceptables des déclarations antérieures. C'est pourquoi la Commission, dans son projet d'article 28, propose le texte suivant: «Les dispositions de l'article 27 [aux termes duquel le oui-dire ne peut être admis] n'ont pas pour effet d'exclure la déclaration faite antérieurement à son témoignage par un témoin, lorsque cette déclaration eût été admissible si son auteur l'avait faite dans le cours de son témoignage.»

Dans son *Report on the Law of Evidence* (1976), la Commission de réforme du droit de l'Ontario opte pour une autre solution. Elle préconise le maintien de la règle orthodoxe quand c'est le témoin qu'a cité la partie qui a fait une déclaration antérieure incompatible, mais admet la déclaration antérieure incompatible du témoin de la partie adverse comme preuve de sa véracité, une fois qu'il a été prouvé qu'il a vraiment fait la déclaration.

Le groupe de travail fédéral-provincial a recommandé que les déclarations antérieures incompatibles soient admissibles comme preuve de fond si elles ont été faites sous serment et si elles étaient assujetties à un contre-interrogatoire au moment où elles ont été faites.

Aux États-Unis, la règle orthodoxe a été abrogée dans la plupart des ressorts tant par les décisions judiciaires que par l'action législative. La règle 801d)(1)(A) des Federal Rules of Evidence dispose:

[TRADUCTION]

Règle 801. . . .

d) Déclarations ne constituant pas du oui-dire. -- Une déclaration n'est pas du oui-dire si les conditions qui suivent sont réunies --

(1) Déclaration antérieure d'un témoin. -- L'auteur de la déclaration témoigne au procès ou à l'audience, est contre-interrogé au sujet de sa déclaration et celle-ci est (A) incompatible avec son témoignage, et a été faite sous serment, l'exposant à une accusation de parjure au cours d'un procès, d'une audience ou d'une autre procédure, ou au cours d'une déposition. . .

Cette règle d'admissibilité plus libérale est maintenant en vigueur dans 21 États. Quatre États et le District de Columbia adhèrent à la règle orthodoxe, huit suivent des règles modifiées, différentes de la règle fédérale, et 17 autorisent l'admission des déclarations antérieures incompatibles comme preuve de leur contenu, sans restriction. Certains États exigent des indices supplémentaires de fiabilité, dont: la connaissance directe des faits énoncés dans la déclaration, la preuve de la fiabilité du témoignage, le caractère volontaire de la déclaration, savoir qu'elle n'ait pas été faite sous la contrainte ni simplement en réponse à des allégations de l'enquêteur, l'enregistrement ou la transcription simultanés de la déclaration ou son enregistrement sur bande vidéo. On peut voir facilement qu'une de ces exigences additionnelles (la connaissance directe) serait de toute façon nécessaire pour déterminer la

recevabilité d'un témoignage qui n'est pas du ouï-dire, reproduisant ainsi l'exigence énoncée par la Commission de réforme du droit du Canada, dans son rapport, selon laquelle ne serait admissible quant au fond que la déclaration antérieure qui eût été admissible si son auteur l'avait faite dans le cours de son témoignage.

En Angleterre et en Écosse, la règle orthodoxe s'applique aux instances pénales, bien que, comme au Canada et aux États-Unis, elle ait fait l'objet de critiques tous azimuts dans ce contexte. La *Civil Evidence Act 1968* (R.-U.), 1968, ch. 64, de l'Angleterre rend admissible dans les instances civiles la déclaration antérieure incompatible d'un témoin pour ce qui est d'établir la véracité de ce qu'elle énonce:

[TRADUCTION]

3. -- (1) Si, au cours d'une instance civile --

a) il est établi, conformément aux articles 3, 4 ou 5 de la *Criminal Procedure Act 1865*, qu'une personne citée comme témoin dans cette instance a fait une déclaration antérieure incompatible ou contradictoire,

...

cette déclaration est, en application du présent alinéa, admissible comme preuve de tout fait qui y est énoncé et dont la preuve orale directe par ce témoin serait admissible.

On peut donc voir que la majorité des réformateurs du droit, des législateurs et des juges ont tenu compte de l'exhortation quasi unanime à la réforme de la règle orthodoxe. Toutes les règles modifiées parent à une partie ou l'autre des dangers du ouï-dire, nous autorisant à qualifier la règle orthodoxe

d'incarnation de la règle du oui-dire et offrant à notre Cour diverses solutions possibles. La diversité des solutions retenues par ces différents organismes, après mûre réflexion, indique aussi qu'il nous incombe de bien peser les intérêts respectifs de l'accusé dans le procès criminel et de la société dans l'administration de la justice, lorsque nous décidons quelles garanties de fiabilité suffiront pour rendre admissibles les déclarations antérieures incompatibles comme preuve de la véracité de leur contenu. Nous devons adopter une nouvelle règle qui obvie aux dangers du oui-dire, mais sans y apporter des restrictions si sévères qu'elle ne soit que de peu d'utilité dans la majorité des cas.

(3) Faits nouveaux relatifs à la règle du oui-dire

Enfin, il est clair que la règle orthodoxe, dans la mesure où elle repose sur la règle du oui-dire, a été battue en brèche par notre Cour dans les arrêts *Khan* et *Smith*. Dans l'arrêt *Smith*, je déclare que l'arrêt *Khan* «doit [. . .] être perçu comme le triomphe d'une analyse fondée sur des principes sur un ensemble de catégories sclérosées conçues par les tribunaux» (à la p. 930) et que cet arrêt (à la p. 933):

a [. . .] annoncé la fin de l'ancienne conception, fondée sur des catégories d'exceptions, de l'admission de la preuve par oui-dire. L'admission de la preuve par oui-dire est désormais fondée sur des principes, dont les principaux sont la fiabilité de la preuve et sa nécessité.

Je vais revenir à l'arrêt *Smith* et à l'analyse fondée sur des principes de la règle du oui-dire telle qu'elle s'applique en particulier aux déclarations antérieures incompatibles, mais il importe de noter que notre Cour, quand elle examine la règle orthodoxe à titre de cas d'application de la règle du oui-dire, doit tenir compte de toute érosion de la conception fondée sur des catégories d'exceptions de l'admission de la preuve par oui-dire.

D. *La doctrine du stare decisis*

Avant d'étudier une nouvelle règle visant l'admissibilité des déclarations antérieures incompatibles comme preuve de leur contenu, il est nécessaire d'analyser les arguments de l'intimé, qui ont été avancés avec vigueur devant notre Cour, selon lesquels, premièrement, notre Cour doit suivre l'arrêt *Deacon* et, deuxièmement, il appartient au Parlement et non à notre Cour de modifier la règle orthodoxe. Les arguments sont liés et, jusqu'à un certain point, se détruisent réciproquement, car selon le premier, la source de la règle orthodoxe telle qu'elle est appliquée au Canada se trouve dans les règles de preuve de common law énoncées par notre Cour, tandis que le second argument nie que la common law soit le bon moyen pour modifier la règle orthodoxe. Je vais étudier d'abord le second argument puisqu'il ne peut être question de réformer l'arrêt *Deacon* si notre Cour décide de laisser au législateur l'initiative de modifier la règle orthodoxe.

Ce sont avant tout les juges qui ont établi les règles de preuve et, au sujet de la règle du oui-dire, la Commission de réforme du droit du Canada dit

qu'elle est «la plus caractéristique de notre système de preuve» (à la p. 78). Dans l'arrêt *Smith*, j'ai approuvé l'opinion de lord Donovan, dissident dans l'arrêt *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001 (H.L.), à la p. 1047, selon qui [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 à ce qu'elle serve les intérêts de ceux qu'elle lie» (à la p. 931). Fait important, dans l'arrêt *Myers*, la Chambre des lords, à la majorité, a refusé de créer une nouvelle exception à l'exclusion du oui-dire pour les dossiers d'entreprise, ce qui a amené le législateur à intervenir.

Pour ce qui est de réexaminer les règles de common law, la tâche des tribunaux vise un but pratique: les tribunaux sont les mieux placés pour évaluer l'effet et les lacunes possibles des règles de common law dans la pratique. En dernier lieu, s'il faut citer une autre autorité pour affirmer que les tribunaux sont compétents pour réformer la common law et qu'ils en ont, parfois, la responsabilité, citons les propos du regretté juge en chef Laskin dans «The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada» (1975), 53 R. du B. can. 469, aux pp. 478 et 479:

[TRADUCTION] Quand il a pesé tout ce qui est pertinent et qu'il estime devoir réformer une décision, le juge ne doit pas alors surseoir à sa conclusion et s'en remettre au législateur de sa mise à exécution. Ce principe est particulièrement valable en ce qui a trait aux règles de droit établies par les juges et, jusqu'à un certain point, aux règles de droit énoncées dans des lois susceptibles de plusieurs interprétations. Un tribunal de dernier ressort doit assumer un rôle de surveillance à l'égard de ce que lui-même ou ses prédécesseurs ont façonné, surtout sachant le peu de temps qu'a le législateur de nos jours (et peut-être, aussi, son peu d'envie) de s'immiscer dans des domaines du droit que les tribunaux seuls ont définis, quoique le

législateur puisse le faire, bien sûr, à l'occasion, s'il y est poussé par les organismes de réforme du droit et d'autres corps constitués.

Certes, notre Cour a précisé que les modifications pouvant être apportées à la common law doivent se faire «lentement et progressivement» et non «sensiblement et profondément» (le juge McLachlin, *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, à la p. 760), et que seuls sont possibles les «changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société» (le juge Iacobucci, *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 670), mais il importe d'apprécier les changements en fonction du bon système de référence.

Dans le contexte de toute règle particulière contestée, prise en soi, aucun changement ne pourrait jamais être accompli selon les critères précités. Dans cette optique, changer la règle orthodoxe signifierait supprimer la règle orthodoxe car elle interdit absolument l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles comme preuve de fond. L'intimé soutient à bon droit qu'il ne s'agit pas d'un changement lent et progressif.

Toutefois, si la modification de la règle orthodoxe est examinée dans le contexte plus large de la tendance en droit de la preuve à libéraliser l'admissibilité et, simultanément, à mettre l'accent davantage sur le poids à accorder à la preuve admissible, il s'agit nettement d'un changement progressif car il rend une forme particulière de preuve admissible dans un but déterminé, sous réserve de certaines conditions. Même si, dans les arrêts *Khan* et *Smith*, le système de référence est restreint à l'adoption par notre Cour d'une analyse

fondée sur des principes de l'admission de la preuve par ouï-dire, l'adoption de la règle réformée n'est que l'application de cette analyse fondée sur des principes à un type particulier de preuve par ouï-dire qui, sans elle, serait exclue; c'est une solution qui est appropriée et «nécessaire pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société» pour les motifs mêmes qui ont rendu nécessaire l'adoption de l'analyse fondée sur des principes dans les arrêts *Khan* et *Smith*. Comme je l'écris dans l'arrêt *Smith* (à la p. 932):

Ce qui importe, à mon avis, c'est que l'arrêt *Khan* s'est écarté d'une conception de la preuve par ouï-dire caractérisée par une interdiction générale de la réception d'une telle preuve, sous réserve d'un nombre restreint de catégories d'exceptions définies, et qu'il représente une évolution vers une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions. L'évolution vers une conception souple est motivée par le fait qu'on s'est rendu compte qu'en règle générale la preuve qui est fiable ne devrait pas être exclue simplement parce qu'elle ne peut être vérifiée au moyen d'un contre-interrogatoire.

Notamment, dans l'arrêt *Salituro*, précité, à la p. 666, le juge Iacobucci cite les motifs du juge McLachlin dans l'arrêt *Khan* à titre d'exemple de notre «volonté d'adapter et de développer des règles de common law de manière à refléter les changements survenus dans la société en général».

Par conséquent, je ne crois pas qu'il vaut mieux laisser au législateur le soin de modifier la règle relative aux déclarations antérieures incompatibles; la règle a elle-même été énoncée par les juges et se prête à la réforme judiciaire, et sa modification s'inscrit dans l'évolution naturelle du droit en matière de ouï-dire, au Canada, tel qu'établi par notre Cour.

Une fois que notre Cour a décidé qu'il est de son ressort et de son devoir de réexaminer la règle orthodoxe, la question est de savoir si son arrêt *Deacon* l'empêche de mettre en {oe}uvre la règle qu'elle estime préférable. À mon sens, il ne l'en empêche pas.

Dans l'arrêt *Salituro*, à la p. 665, le juge Iacobucci dit que «[n]otre Cour est maintenant disposée à infirmer ses propres décisions antérieures quand il y a des raisons impérieuses de le faire». Des principes directeurs doivent cependant guider notre Cour dans l'exercice de sa compétence pour réformer un arrêt antérieur. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, à la p. 1353, j'ai adopté les facteurs énumérés par le juge en chef Dickson (dissident) dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833. Voici ces principes directeurs:

- (1) Y a-t-il lieu de modifier la règle ou le principe en cause afin d'éviter une violation de la *Charte*?
- (2) La règle ou le principe en cause a-t-il été atténué ou ébranlé par d'autres décisions de notre Cour ou d'autres cours d'appel?
- (3) La règle ou le principe en cause a-t-il causé une incertitude ou est-il devenu «inutilement et indûment complexe et formaliste»?
- (4) La modification proposée à la règle ou au principe en cause élargit-elle la portée de la responsabilité criminelle ou, par ailleurs, est-elle défavorable à l'accusé?

Il n'est pas nécessaire de modifier la règle pour éviter une violation de la *Charte*, mais l'intimé soutient que toute modification entraînerait de fait une telle violation, car toute modification apportée à la règle orthodoxe serait incompatible avec le droit à la «confrontation» que la *Charte* peut garantir à l'accusé et qui est analogue au droit garanti par le Sixième Amendement à la Constitution des États-Unis (qui dit que [TRADUCTION] «[d]ans toutes les poursuites criminelles, l'accusé aura droit [. . .] d'être confronté avec les témoins à charge . . .»). L'intimé a fait grand cas de l'arrêt *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, dans lequel le juge Wilson a décidé que l'utilisation au procès d'un témoignage fait à l'enquête préliminaire, en application de l'art. 715 (auparavant l'art. 643) du *Code criminel*, ne violait pas les droits reconnus à l'accusé en vertu de l'art. 7 ou de l'al. 11*d*) de la *Charte*, pourvu que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin (à la p. 543):

À mon avis, il est essentiel à notre système de justice que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin au moment de la déposition antérieure, si la transcription doit être produite comme preuve à charge dans un procès criminel.

Quant à la prétention relative à l'al. 11*d*) de la *Charte*, le juge Wilson conclut, à la p. 546, qu'elle «doit également être rejetée si son droit constitutionnel d'avoir eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin a été respecté».

Toutefois, il est clair que si le juge Wilson a insisté sur l'importance du contre-interrogatoire au moment où le témoignage a été donné, c'est parce que le témoin n'était pas disponible, en raison de l'une des circonstances énumérées aux sous-al. 715(1)*a*) à *d*): pour l'application de cette disposition, il

doit être établi que le témoin a refusé de rendre témoignage, ou qu'il est décédé, aliéné, trop malade pour voyager ou absent du Canada. Le contre-interrogatoire au moment où le témoignage a été donné est clairement le seul type de contre-interrogatoire possible si le témoin n'est pas disponible durant le procès, de sorte que les propos du juge Wilson ne doivent pas être interprétés d'une manière trop restrictive. Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, le témoin est, par définition, présent et peut être contre-interrogé, et le contre-interrogatoire au procès constitue une protection suffisante des droits de l'accusé reconnus à l'art. 7 et à l'al. 11*d*), qui peut remplacer le contre-interrogatoire au moment où la déclaration antérieure incompatible a été faite. J'ai examiné les arguments relatifs à la valeur du contre-interrogatoire fait au moment précis où la déclaration a été faite. J'y reviendrai plus loin. En outre, le juge Wilson a également formulé une proposition plus indulgente dans l'arrêt *Potvin* (à la p. 544): «Comme je l'ai dit, c'est un principe de justice fondamentale que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à charge», indiquant par là qu'en faisant mention de la contemporanéité, elle n'entendait peut-être pas préciser le contenu du droit au contre-interrogatoire. Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, cette exigence moins rigoureuse est nettement remplie.

Je remarque aussi que l'arrêt *Khan* de notre Cour, dans lequel le témoignage d'une enfant, qui était la plaignante, a été admis au moyen du témoignage de sa mère, a eu pour effet de priver l'accusé de toute possibilité de contre-interroger l'auteur du oui-dire, soit au moment où il a fait la déclaration, soit au procès. De la même façon, dans l'arrêt *Smith*, l'auteur du oui-dire était

décédée, Smith étant poursuivi pour le meurtre de celle-ci. En effet, tel est le cas pour toutes les exceptions à l'exclusion du oui-dire dans lesquelles la nécessité résulte de l'absence de l'auteur du oui-dire, soit selon l'ancienne analyse fondée sur des catégories, soit selon la nouvelle analyse fondée sur des principes. Ni dans l'arrêt *Khan* ni dans l'arrêt *Smith*, n'a-t-on donné à entendre que l'impossibilité pour l'accusé de contre-interroger l'auteur du oui-dire à quelque moment que ce soit portait atteinte aux droits de l'accusé garantis par la *Charte*. En l'espèce, l'accusé jouit en outre de la protection offerte par le contre-interrogatoire au procès.

Enfin, une règle modifiée permettant l'admission de déclarations incompatibles incriminantes faites dans une procédure antérieure par l'accusé, en contravention de l'art. 13, est exclue par l'arrêt *Kuldip* de notre Cour, qui a reconnu que cette disposition de la *Charte* exigeait qu'une forme de la règle orthodoxe soit appliquée aux déclarations antérieures de l'accusé, bien que ces déclarations, représentant des aveux, ne seraient pas écartées en tant que preuve de fond par la règle du oui-dire.

Il appert également des autres principes directeurs que notre Cour ne doit pas refuser d'infirmier l'arrêt *Deacon* si elle l'estime préférable. La règle orthodoxe elle-même n'a pas été atténuée par notre Cour, mais les règles traditionnelles du oui-dire dont elle est issue et qui en forment le fondement l'ont certainement été dans les arrêts *Khan* et *Smith*. Les attaques fructueuses contre l'analyse fondée sur des catégories d'exceptions de la règle du oui-dire battent également en brèche les principes qui sous-tendent la règle orthodoxe.

Il est vrai que notre Cour a récemment réaffirmé la règle orthodoxe, mais elle ne l'a pas fait dans le contexte d'un nouvel examen de la règle elle-même.

De la même façon, le fondement de la règle orthodoxe a été amoindri, en partie, par les changements des méthodes de preuve et de démonstration dans le procès moderne. Quand une preuve par oui-dire est présentée, le juge des faits n'entend qu'un témoignage de seconde main; il n'entend ni ne voit le déclarant faire la déclaration et n'a donc rien sur quoi fonder son évaluation de la déclaration. Il doit plutôt se fier à la relation que le témoin qui dépose fait de la déclaration, avec toutes les faiblesses inhérentes de la mémoire et de la perception chez l'être humain. Tout cela a changé depuis l'avènement de la vidéophonie. D'une manière qui n'était pas possible lorsque les arrêts *Wright c. Beckett*, *Duckworth* ou *Deacon* ont été rendus, les déclarations antérieures peuvent être soumises au juge des faits dans leur intégralité et sous une forme qui en assure l'intégrité. Ce changement a sérieusement entamé le fondement de la règle orthodoxe, pour ce qui est de la «présence» du témoin.

Au sujet de la complexité ou du caractère formaliste de la distinction que suppose la règle orthodoxe entre les utilisations acceptables et les utilisations inacceptables des déclarations antérieures incompatibles, j'ai écrit dans l'arrêt *Kuldip*, à la p. 635: «Bien que cette distinction puisse être quelque peu difficile pour le jury, j'estime que, si le juge du procès lui présente des directives claires et nettes, le jury ne devrait pas en être trop embarrassé.» La distinction qu'exige la règle orthodoxe elle-même n'est pas trop complexe, mais

si on la considère par rapport à l'analyse fondée sur des catégories de la preuve par oui-dire, c'est de toute évidence l'une des règles de preuve les plus artificielles et les plus formalistes du point de vue du jury. Il vaudrait beaucoup mieux, à mon sens, remplacer l'exclusion générale de témoignages fiables dans un but particulier par une règle générale d'admissibilité à tous égards, conformément à certains critères.

En dernier lieu, il reste à savoir si la réforme de la règle orthodoxe serait plus favorable au ministère public qu'à l'accusé, ou si elle élargirait la portée de la responsabilité criminelle. Dans l'arrêt *R. c. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321, autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [1985] 1 R.C.S. xiv, le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dit, à la p. 341, que [TRADUCTION] «[e]n règle générale, c'est à l'accusé, et non au ministère public, que profite la règle que les déclarations antérieures incompatibles d'un témoin (sauf s'il les a reconnues dans sa déposition) ne font pas foi des faits qui y sont énoncés». Cela s'explique par le fait que le ministère public a la charge de présentation, sa preuve consistant en grande partie dans les interrogatoires des témoins éventuels, faits par les policiers, et qu'il est donc plus probable que ce sera un témoin à charge qui se rétractera, ce qui permettrait au ministère public de profiter d'une règle réformée. L'accusé et son avocat n'auront pas souvent une possibilité égale de recueillir les déclarations antérieures de témoins et peuvent ne présenter aucune preuve.

Toutefois, je ne pense pas que l'on puisse affirmer catégoriquement qu'une règle réformée élargirait nécessairement la portée de la responsabilité

criminelle au sens que l'entendait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bernard*. Dans cet arrêt, il écrit, au sujet du quatrième principe directeur, aux pp. 860 et 861:

Le respect du principe de la certitude et les restrictions institutionnelles imposées aux tribunaux en ce qui concerne l'élaboration du droit prétorien devraient inciter la Cour à refuser de renverser un arrêt antérieur quand cela aurait pour effet d'élargir la responsabilité criminelle. Il n'appartient pas aux tribunaux de créer de nouvelles infractions ni de donner plus d'extension à la responsabilité, d'autant plus que les changements apportés au droit par des décisions judiciaires ont un effet rétroactif. Le même argument ne peut toutefois pas être invoqué lorsque le fait de renverser un arrêt antérieur a pour conséquence la création d'une règle favorable à l'accusé.

Ainsi, on peut voir que le juge en chef Dickson parlait d'un élargissement de la responsabilité criminelle causé plus directement; par exemple, dans l'arrêt *Bernard*, il est causé par le réexamen de l'effet de l'ivresse sur la responsabilité criminelle et, dans l'arrêt *Chaulk*, par le réexamen de l'aliénation mentale. Simplement admettre une preuve de fond qui, plus souvent peut-être, incriminera l'accusé plutôt que de le disculper, n'élargit pas, à mon sens, la portée de la responsabilité criminelle au sens que l'entendait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bernard*. Fournir au ministère public le moyen d'obtenir davantage de déclarations de culpabilité, grâce à une nouvelle règle de preuve qui donne plus d'extension à l'admissibilité, n'élargit pas la portée de la responsabilité criminelle; cela permet plutôt de faire déclarer coupables plus de criminels. On ne saurait soutenir que la règle orthodoxe apporte une certaine «certitude» à l'accusé, sauf si l'on tient compte du cas où l'accusé convainc un témoin à charge de se rétracter, avec la certitude que la déclaration antérieure ne

sera pas admissible quant au fond. Or, ce n'est pas un résultat que la valeur que représente la certitude est censée favoriser. En outre, je le répète, les tribunaux ne sont pas assujettis aux mêmes restrictions institutionnelles, pour ce qui est de rajuster les règles de common law, qu'en ce qui a trait aux modifications générales qu'ils souhaiteraient apporter aux éléments d'infractions matérielles précises. Il est peut-être vrai que les déclarations antérieures incompatibles seront plus souvent présentées par le ministère public, mais cela ne veut pas dire que le juge des faits ajoutera toujours foi à ces déclarations de préférence aux dépositions actuelles des témoins.

Par conséquent, il ne ressort pas des principes directeurs énoncés dans l'arrêt *Bernard* que notre Cour doit faire autre chose que ce qu'elle juge à propos dans le réexamen de la règle orthodoxe: une règle réformée ne porterait pas atteinte à la *Charte*, la règle existante a été atténuée par l'évolution des règles de droit en matière de oui-dire et elle est un peu, voire trop, formaliste, et réformer la règle n'élargirait pas directement la portée de la responsabilité criminelle. Il ne reste qu'à décider quelle solution notre Cour devrait adopter.

V - La nouvelle règle d'admissibilité

A. *Les exigences de la règle et les dangers du oui-dire*

Je suis d'avis que la preuve des déclarations antérieures incompatibles d'un témoin, autre que l'accusé, doit être admissible quant au fond, d'après l'analyse fondée sur les principes élaborée dans les arrêts de notre

Cour, *Khan* et *Smith*. Toutefois, il est clair que les facteurs énoncés dans ces arrêts -- fiabilité et nécessité -- doivent être adaptés et raffinés dans le contexte présent, vu les problèmes particuliers soulevés par la nature de ces déclarations. Au surplus, le juge doit tenir un voir-dire avant de présenter ces déclarations au jury à titre de preuve de fond, afin de s'assurer que la déclaration a été faite dans des circonstances qui ne réduisent pas sa fiabilité à néant.

Préalablement, avant d'étudier les exigences précises de la règle réformée, je ferais mienne l'exigence incorporée dans le projet d'article de la Commission de réforme du droit du Canada et dans la *Civil Evidence Act 1968* de l'Angleterre, selon laquelle ne seraient admissibles que les déclarations antérieures incompatibles qui auraient été admissibles si elles constituaient la seule déposition du témoin. C'est-à-dire que, si le témoin n'aurait pas pu faire la déclaration au procès au cours de son interrogatoire principal ou de son contre-interrogatoire, pour quelque raison que ce soit, elle ne saurait être admissible indirectement, en application de la règle réformée relative aux déclarations antérieures incompatibles.

Voyons deux cas d'application de cette exigence. Premièrement, il se peut que le contenu de la déclaration antérieure incompatible ne soit pas normalement admissible parce qu'il s'agit d'un oui-dire. Si le témoin a fait une déclaration antérieure contenant une preuve directe d'un fait essentiel («J'ai vu Y tirer le coup de feu»), rien ne fait obstacle à l'admission de la déclaration antérieure. Cette preuve directe n'aurait été l'objet d'aucune règle d'exclusion.

Toutefois, si le témoin, dans sa déclaration antérieure, a simplement répété la preuve directe d'une autre personne («X a dit qu'il avait vu Y tirer le coup de feu»), cette déclaration, même si elle a été faite dans des circonstances garantissant sa fiabilité, ne sera pas admissible quant au fond comme preuve de la véracité des dires de cette autre personne: parce que la déclaration ne représente que du oui-dire pur et simple si elle est présentée comme preuve du fait que Y a tiré le coup de feu, elle n'aurait pas été admissible comme preuve directe de ce fait au procès (en l'absence d'une exception à l'exclusion du oui-dire) et ne devient pas non plus admissible à titre de preuve de ce fait en application de la règle réformée. Une telle déclaration antérieure ne peut servir qu'à prouver que la déclaration a été faite au témoin, mais non, de toute évidence, à prouver que Y a tiré le coup de feu. Ce n'est rien d'autre que l'application de la règle du oui-dire à la déclaration antérieure comme si celle-ci était une preuve produite au procès.

Le dernier cas possible dans cette catégorie est le cas présent («Y m'a dit qu'il avait tiré le coup de feu»), dans lequel la déclaration se rapporte à du oui-dire qui est admissible en conformité avec une exception à l'exclusion du oui-dire: bien que la déclaration reprenne les dires d'une autre personne, comme dans le deuxième exemple, l'exception à l'exclusion du oui-dire, applicable à la déclaration relatée parce que celle-ci renferme des aveux, s'applique à la déclaration antérieure, encore une fois, comme si la déclaration antérieure elle-même constituait la seule déposition du témoin. En raison des garanties de fiabilité qu'offrent les circonstances dans le cas d'aveux (en supposant que l'accusé ne s'incriminerait pas faussement lui-même), le oui-dire

peut être admis pour prouver le fait que Y a tiré le coup de feu. Mais il est crucial que les faits énoncés dans la déclaration antérieure eussent été admissibles s'ils avaient été relatés dans la déposition du témoin.

Il y a lieu d'examiner une seconde catégorie de preuves inadmissibles. Parfois, la déclaration antérieure peut être celle d'un représentant de l'État qui répète les aveux de l'accusé. Imaginons le cas d'un agent de la police (peut-être un ami de l'accusé recruté par la police) qui est enfermé dans la cellule de l'accusé et à qui ce dernier fait des aveux. L'agent répète les aveux à des policiers, mais se rétracte au procès. Encore une fois, pour que la déclaration antérieure soit admissible quant au fond conformément à la règle réformée, les aveux doivent avoir été obtenus d'une manière telle qu'ils auraient été admissibles à titre de déposition du témoin. Notre Cour a étudié récemment les règles de droit applicables à de telles déclarations dans l'arrêt *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595. Au nom de la Cour, le juge Iacobucci a décidé que le droit de garder le silence, garanti par l'art. 7 de la *Charte*, n'entre en jeu que si l'accusé est détenu et que ce droit serait violé si une personne, agissant en qualité de représentant de l'État, mais qui n'est manifestement pas un représentant de l'État aux yeux de l'accusé, obtient une déclaration de l'accusé. La preuve ainsi obtenue en contravention du droit de l'accusé de se taire serait alors susceptible d'exclusion en conformité avec le par. 24(2) de la *Charte* et, pour ce qui est du premier facteur énuméré dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge Iacobucci a conclu (à la p. 618) que «le fait que les éléments de preuve soient obtenus en conscrivant l'accusé contre lui-même suffira généralement à rendre le procès inéquitable». Les autres facteurs (gravité de la

violation et effet de l'exclusion des éléments de preuve) devraient aussi être examinés, mais le premier facteur peut bien être concluant.

Les distinctions établies dans l'arrêt *Broyles* s'appliquent également en l'espèce. Si l'accusé n'était pas détenu quand il a avoué, la déclaration antérieure du représentant de l'État relatant les aveux sera admissible en application de la règle réformée, qu'elle ait été obtenue irrégulièrement ou non. Si l'accusé était détenu quand il a avoué, la déclaration antérieure du représentant de l'État relatant les aveux sera admissible seulement si les aveux n'ont pas été soutirés par le représentant de l'État. Dans le cas où il y aurait eu à la fois détention et aveux soutirés, justifiant l'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2), le représentant de l'État n'aurait pas pu répéter les aveux durant son témoignage au procès, de sorte que ces aveux ne peuvent pas être présentés au jury à titre de preuve de fond en conformité avec la règle réformée.

Ce ne sont là que deux exemples de situations dans lesquelles l'admissibilité de la déclaration antérieure doit être prise en compte, de crainte que ce qui serait écarté, à titre de preuve primaire du témoin, ne soit admis en application de la règle réformée simplement parce que le témoin s'est rétracté.

J'en arrive maintenant à l'examen des garanties circonstanciées de fiabilité que doit comporter la règle réformée.

(1) La fiabilité

La fiabilité des déclarations antérieures incompatibles est nettement une préoccupation fondamentale des réformateurs du droit et des tribunaux qui ont réformé la règle orthodoxe et, comme je l'ai souligné, cette préoccupation tourne autour des dangers du oui-dire: l'absence de serment, la présence à l'audience et le contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration. Cette préoccupation s'accroît dans le cas des déclarations antérieures incompatibles parce que le juge des faits doit choisir entre deux déclarations faites par le même témoin, par opposition aux autres formes de oui-dire dans lesquelles une seule version des faits est présentée. Autrement dit, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l'examen est axé sur la fiabilité relative de la déclaration antérieure et du témoignage entendu au procès, de sorte que des indices et garanties de fiabilité autres que ceux énoncés dans les arrêts *Khan* et *Smith*, précités, doivent être prévus afin que la déclaration antérieure soit soumise à une norme de fiabilité comparable avant que les déclarations de ce genre soient admises quant au fond.

À mon avis, comme cela ressort de l'analyse de ces dangers que j'ai faite plus haut, seuls les deux premiers sont vraiment préoccupants dans le présent contexte, et si l'on obvie à ces deux dangers, un degré suffisant de fiabilité aura été établi pour permettre au juge des faits d'apprécier la déclaration antérieure par rapport au témoignage présenté au procès par le même témoin. En définitive, comme pour tout élément de preuve, c'est au juge des faits qu'il appartient de se prononcer sur la fiabilité de la déclaration et sur le poids qu'il y a lieu de lui accorder. Ce que vise l'élément fiabilité de l'analyse

fondée sur des principes de la règle de l'exclusion du oui-dire, c'est un seuil de fiabilité, et non la fiabilité absolue ou indiscutable.

L'évolution des exceptions à la règle du oui-dire reconnues en common law donne à entendre que l'admissibilité du oui-dire repose sur l'existence de certains autres faits ou circonstances qui remplacent le serment, la présence à l'audience et le contre-interrogatoire, ou qui en tiennent lieu. Si les garanties associées à un témoignage qui n'est pas du oui-dire sont absentes, il doit y avoir un substitut qui démontre la fiabilité suffisante de la preuve et fait en sorte qu'elle puisse être admise sans risque.

J'examinerai maintenant ce qui constituerait un indice de crédibilité «substitut» suffisant pour permettre l'admission des déclarations antérieures incompatibles, tout en retenant que c'est au juge du procès qu'il appartient de trancher la question de la fiabilité à la lumière des circonstances de l'affaire.

(i) *Le serment*

Il est indéniable que l'importance du serment a changé radicalement depuis son instauration. À l'origine, le serment était fondé sur la croyance que le châtement divin frapperait ceux qui mentaient sous serment. Par conséquent, les témoins devaient croire à ce châtement pour que leur serment soit valable et leur témoignage admissible. Dans l'arrêt *Omychund c. Barker* (1744), 1 Atk. 21, 26 E.R. 15, le lord juge en chef Willes a dit, à la p. 31 E.R.:

[TRADUCTION] Certes, j'ai montré qu'un infidèle avait, en règle générale, le droit de témoigner, et je suis d'avis que les infidèles qui croient en un dieu, aux récompenses et aux châtiments futurs dans l'autre monde ont le droit de témoigner, mais pourtant je suis sans contredit d'avis que s'ils ne croient pas en un dieu, aux récompenses et aux châtiments futurs, ils ne doivent pas être autorisés à témoigner.

De la même façon, le lord chancelier Hardwick estime (à la p. 32 E.R.) que le serment est un [TRADUCTION] «appel à l'Être suprême, à celui qui récompense la vérité et qui venge le mensonge». La différence entre le témoignage sous serment et celui qui n'est pas fait sous serment était donc cruciale et l'absence de serment au moment où la déclaration antérieure avait été faite était un obstacle important à son admission comme preuve de la véracité du contenu de la déclaration antérieure incompatible.

De nos jours, nous n'exigeons plus cette croyance au châtiment divin; dans *Reference re Truscott*, [1967] R.C.S. 309, à la p. 368, notre Cour a dit que, dans le contexte où un enfant fait un témoignage, il suffit qu'il comprenne [TRADUCTION] «l'obligation morale de dire la vérité». En ce sens, on peut affirmer que le serment n'a plus la même signification et, si les critiques ne font qu'affirmer que sa force surnaturelle primitive a disparu, je souscris à leur point de vue.

Il est vrai également, comme le signale le juge Cory, que les déclarations qui ne sont pas faites sous serment peuvent faire l'objet de sanctions. Le témoin qui raconte une histoire à la police et une autre au procès s'expose actuellement à des poursuites en vertu des art. 139 (entrave à la justice)

et 140 (méfait public) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. En outre, à la suite de la décision de notre Cour en l'espèce, les déclarations antérieures qui répondent aux critères d'admissibilité seront utilisées comme preuve de fond au procès; en conséquence, le témoin qui fait une fausse déclaration sera aussi passible de poursuites en vertu de l'art. 137 (fabrication de preuve) après avoir été informé que la déclaration peut être utilisée au procès, et qu'en fait elle le sera, s'il se rétracte. Enfin, il se peut fort bien que, compte tenu de cette décision, le législateur souhaite infliger d'autres sanction pénales (comme l'infraction de parjure) à quiconque ment sous serment, ou au moment d'une affirmation ou d'une déclaration solennelles dans le cours d'une enquête criminelle.

Il reste toutefois des raison sérieuses de préférer les déclarations faites sous serment ou les affirmations ou déclarations solennelles. Le serment ne motivera pas tous les témoins à dire la vérité (comme l'indique le parjure des témoins en l'espèce), mais le fait de prêter serment peut contribuer à faire comprendre à des témoins plus honnêtes la gravité et l'importance de leurs déclarations, surtout lorsqu'ils incriminent une autre personne au cours d'une enquête criminelle.

Outre cet effet positif sur l'auteur de la déclaration, le serment ou l'affirmation ou la déclaration solennelles augmentent la valeur probante de la déclaration lorsqu'elle est admise au procès. Premièrement, on ne demande pas alors au juge des faits de préférer un témoignage qui n'a pas été donné sous serment à un autre qui l'a été; il aura plutôt la possibilité de choisir entre deux

déclarations faites sous serment, et il ne rendra pas sa décision finale sur le fondement d'un témoignage sans serment ou non solennel. De même, si la déclaration antérieure s'avère déterminante, il n'y a pas de danger que l'accusé soit déclaré coupable sur le seul fondement d'un témoignage sans serment.

Deuxièmement, l'existence d'un serment lors de déclaration antérieure neutralise l'explication offerte par de nombreux témoins qui se rétractent, comme l'un des témoins en l'espèce: lorsqu'on les met en présence de leur déclaration antérieure incompatible, les témoins expliquent qu'elle n'a pas été faite sous serment et que c'est en raison du serment prêté au procès qu'ils disent maintenant la vérité. Le juge des faits est donc naturellement porté à accorder la préférence au témoignage donné au procès. Si les deux déclarations étaient faites sous serment, il serait impossible de recourir à ce genre d'explication. En outre, les déclarations ne pouvant être toutes les deux véridiques, le juge des faits pourrait en déduire le peu de respect que le témoin accorde au serment. Par conséquent, s'il est vrai que le serment en soi n'est pas un gage de vérité quant à certains témoins, le fait que les deux déclarations ont été faites sous serment exclut la possibilité de soutenir que l'absence d'un serment est un indice du prétendu manque de fiabilité de la déclaration antérieure incompatible.

Le serment et l'affirmation ou la déclaration solennelles ont un autre effet positif sur la sincérité de l'auteur de la déclaration et sur l'administration de la justice. Une déclaration antérieure faite sous serment sera une preuve des plus persuasives dans toute poursuite contre l'auteur en ce qui concerne le faux

témoignage (que ce soit au moment de la déclaration ou au procès), et le fait de savoir que cette preuve existe à cette fin devrait compter pour beaucoup pour quelqu'un qui songe à mentir en faisant une déclaration ou en se rétractant au procès.

Naturellement, les incitations qui découlent du fait que l'auteur s'expose à des poursuites en vertu des art. 137, 139 et 140 relativement à sa première déclaration, et sa crainte d'être accusé de parjure relativement à son témoignage au procès, ne pourront agir que si le témoin est mis au courant de ces sanctions. Pour cette raison, la personne qui prend la déclaration devrait avertir le témoin que cette déclaration peut être utilisée comme preuve à un procès s'il se rétracte (s'exposant ainsi à être poursuivi en vertu de l'art. 137) et qu'il encourt des sanctions pénales graves s'il fait une fausse déclaration. Il y aurait lieu de faire expressément mention dans cette mise en garde des art. 137, 139 et 140 du *Code criminel* et de reprendre les éléments de ces infractions ainsi que les sanctions qui s'y rattachent. Comme l'assermentation officielle du témoin au procès, cette mise en garde et le fait de lui faire prêter serment devraient servir à lui faire comprendre la gravité de la situation et son obligation de dire la vérité.

En conséquence, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, le meilleur indice de fiabilité suivant l'analyse fondée sur des principes élaborée dans *Smith* est que la déclaration, pour être admissible quant au fond, a été faite (i) sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles et (ii) après que le témoin a été expressément averti qu'il pouvait être inculpé s'il

s'avérait qu'il avait menti. Cet indice est tout à fait satisfaisant quant au premier danger du oui-dire: en aucun cas, le juge des faits n'aura à accepter un témoignage qui n'a pas été fait sous serment de préférence à un autre qui l'a été, les verdicts ne seront pas fondés sur un témoignage qui n'a pas été fait sous serment et on aura recréé dans la plus grande mesure possible les circonstances qui favorisent la vérité dans les témoignages donnés au procès.

Si le serment était une condition essentielle à une conclusion de fiabilité, les seules déclarations antérieures incompatibles pouvant être admises seraient les déclarations faites dans des circonstances où les personnes qui les reçoivent sont autorisées à faire la mise en garde et à faire prêter serment ou à recevoir une affirmation solennelle. Ainsi, les déclarations faites à des membres de la famille ou à des amis ne répondraient généralement pas à ce critère, sauf si le témoin répète la déclaration devant des personnes autorisées. Dans le cas d'interrogatoires de la police, cela ne poserait vraisemblablement aucun problème, car il y a en temps normal dans tous les postes de police un juge de paix qui peut présider une audience relative à la mise en liberté provisoire, ou il y en a un de disponible à bref délai. Le juge de paix peut alors faire la mise en garde à la personne avant qu'elle ne fasse la déclaration et lui faire prêter serment après coup. En outre, les policiers qui sont de service en qualité d'agents responsables pourraient être désignés commissaires à l'assermentation dans leur province et faire la mise en garde et faire prêter serment en l'absence du juge de paix.

Toutefois, je n'ai nullement l'intention de créer des exigences techniques par catégories, analogues à celles que comportait l'ancienne conception régissant la preuve par oui-dire. Il découle de l'arrêt *Smith* que, dans certains cas, il est possible que le juge du procès conclue à l'existence d'un substitut suffisant au serment et à la fiabilité de la déclaration en dépit de l'absence d'un serment. Il peut arriver que d'autres circonstances fassent bien comprendre au témoin l'importance de dire la vérité et rendent ainsi la déclaration très fiable. Il peut s'agir de cas peu fréquents, mais je n'exclus pas la possibilité qu'ils puissent se produire sous le régime de l'analyse fondée sur des principes de la preuve par oui-dire.

(ii) *La présence à l'audience*

Les tenants de la règle orthodoxe mettent l'accent sur les nombreuses indications, verbales ou autres, dont les juges des faits tiennent compte dans l'évaluation de la crédibilité. Quand le témoin est à la barre, le juge des faits peut observer ses réactions aux questions, ses hésitations, il peut voir s'il est catégorique, etc. Fait plus important, qui subsume tous ces facteurs, le juge peut évaluer la relation entre celui qui pose les questions et le témoin, et mesurer dans quelle mesure le témoignage est le produit de l'interrogatoire. Ces observations et indications subtiles ne ressortent pas d'une transcription lue à l'audience par un avocat sur un ton monocorde et faisant totalement abstraction du climat de l'échange.

Le juge des faits dispose de tous ces indices de crédibilité, et donc de fiabilité, quand la déclaration antérieure des témoins a été enregistrée sur bande vidéo. Durant l'instruction, l'avocat de l'appelante a projeté une partie de l'un des interrogatoires. La plus grande partie de l'écran montre, au centre, en plan moyen, le témoin face à la caméra et assis derrière une table face au policier qui l'interroge, ce qui permet d'observer la position respective des deux personnes. Dans l'un des coins supérieurs on voit en gros plan le visage du témoin qui parle; on peut ainsi voir les nuances de l'expression que l'image principale ne permet pas d'observer. Au bas de l'écran, une ligne indique la date et un enregistreur de temps, marquant les secondes, garantit l'enchaînement continu et l'intégralité de l'enregistrement. L'audiovisuel permet de remarquer d'autres aspects de la déclaration qu'une transcription ne peut rendre, tels que les actions et les gestes caractéristiques du témoin (comme dans le cas présent), ou les réponses données par des signes de tête (dénégation ou acquiescement). Autrement dit, l'enregistrement donne l'impression au spectateur, autant que faire se peut, d'être dans la pièce avec le témoin et le policier qui l'interroge. Non seulement le juge des faits peut constater tous les indices non verbaux de fiabilité, mais encore il peut assister à la reproduction fidèle de la déclaration, ce qui élimine le danger de relation inexacte qui est à la base de la règle interdisant le oui-dire. D'une manière très concrète, le témoignage cesse d'être du oui-dire sous cet aspect important, car l'auteur du oui-dire comparaît devant le juge des faits.

Bien entendu, la police ne prendrait pas dans tous les cas, une telle précaution, qui pourrait bien n'être opportune que dans des cas comme le

présent, lorsque l'enquête porte sur un crime grave tel le meurtre, que le témoignage des témoins est un élément important de la preuve du ministère public et que cette précaution semble indiquée étant donné les traits de caractère des témoins. Il est tout à fait possible que le matériel dont disposent certains corps policiers soit placé à un endroit central et que ces témoins très importants mais instables soient transportés à cet endroit pour qu'ils y fassent leur déclaration ou, si celle-ci a déjà été faite, pour qu'ils la répètent sous une forme qui peut être admissible quant au fond au cas où ils se rétracteraient.

Outre le serment ou l'affirmation solennelle et la mise en garde, l'enregistrement intégral sur bande vidéo qui est décrit plus haut, ou qui recrée dans la même mesure ce que l'observation du témoin dans la salle d'audience permet de voir, est un autre indice important de fiabilité, conforme aux principes qui sous-tendent l'admission de la preuve par oui-dire.

Une fois de plus, il se peut que le témoignage d'une personne indépendante qui observe le témoin pendant toute la durée de la déclaration puisse, dans des cas exceptionnels, assurer aussi la fiabilité requise quant à la preuve touchant le comportement. Je ferai remarquer seulement à ce moment-ci que nombre de personnes pourraient remplir cette fonction: il y a des juges de paix dans les postes de police ou il y en a de disponibles, l'avocat du témoin peut être présent, et les al. 56(2)c) et 56(2)d) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, disposent que l'adolescent qui fait une déclaration a le droit de consulter son avocat, ses parents ou des parents adultes. Il appartient au juge du procès de décider si l'enregistrement sur bande vidéo a

été remplacé par un autre moyen suffisant pour permettre au juge des faits d'apprécier suffisamment la preuve en ce qui a trait au comportement pour rendre la déclaration admissible.

(iii) *Le contre-interrogatoire*

Le dernier danger du oui-dire réside dans l'absence de contre-interrogatoire au moment où la déclaration est faite. L'appelante admet avec raison que c'est là le danger le plus important du oui-dire. Toutefois, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, c'est celui auquel il est le plus facile d'obvier, grâce à la possibilité de contre-interroger au procès. C'est une caractéristique des déclarations antérieures incompatibles qui les distingue de façon concluante des autres formes de oui-dire. Comme l'a fait remarquer la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *California c. Green*, précité, à la p. 159:

[TRADUCTION] . . . on ne peut pas prouver facilement que l'impossibilité de contre-interroger le témoin au moment où il a fait la déclaration antérieure est d'une importance cruciale à la condition que l'accusé soit assuré de pouvoir le contre-interroger sans réserve et efficacement au procès. On ne pourrait guère espérer que le contre-interrogatoire le plus fructueux, au moment précis de la déclaration, puisse accomplir plus que ce qui a déjà été accompli du fait que le témoin donne maintenant une version différente, incompatible, et -- en l'occurrence -- favorable à l'accusé.

Par surcroît, contrairement au serment et à la présence à l'audience, c'est le danger du oui-dire auquel il est impossible d'obvier hors du cadre judiciaire ou quasi judiciaire. Tandis que la police peut facilement faire une

mise en garde et faire prêter serment et enregistrer sur bande vidéo la déclaration du témoin qui répond à des questions, exiger le contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration limiterait l'application d'une règle réformée aux procédures judiciaires ou quasi judiciaires et restreindrait ainsi sévèrement l'effet de cette règle. Prenons les faits de l'espèce: quand les policiers ont interrogé les trois témoins, personne n'avait encore été inculpé. Qui aurait pu contre-interroger les témoins à ce moment-là? Comment auraient-ils pu être contre-interrogés efficacement, puisque la preuve dont disposait le ministère public était inconnue? Ces difficultés et d'autres, d'ordre pratique, que pose l'exigence du contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration, font pencher la balance en faveur de l'acceptation du contre-interrogatoire au procès comme substitut. Une fois de plus, il ne faut pas oublier qu'il ne s'agit pas de décider s'il aurait mieux valu bénéficier du contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration, mais si l'absence d'un tel contre-interrogatoire constitue une raison suffisante pour ne pas présenter la déclaration au jury comme preuve de fond. Vu les autres garanties de véracité, je ne pense pas qu'il faille tenir cette absence pour un obstacle à l'admissibilité quant au fond. Bien sûr, c'est un élément important dont le juge des faits devra tenir compte dans son évaluation du poids à accorder à la déclaration antérieure incompatible, et l'avocat de la partie adverse fera vraisemblablement valoir au juge des faits qu'il n'y a pas eu de contre-interrogatoire.

Par conséquent, on aura satisfait à l'exigence de fiabilité si les circonstances dans lesquelles la déclaration antérieure a été faite fournissent des garanties suffisantes de son exactitude relativement aux deux dangers du

ouï-dire auxquels une règle réformée peut obvier de façon réaliste: (i) si la déclaration est faite sous serment ou affirmation solennelle après une mise en garde quant à l'existence de sanctions et à l'importance du serment ou de l'affirmation solennelle, (ii) si elle est enregistrée intégralement sur bande vidéo, et (iii) si la partie adverse -- accusation ou défense -- a la possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration, il existera des garanties circonstancielles de fiabilité suffisantes pour qu'elle soit soumise au jury à titre de preuve de fond. Subsidiairement, il se peut que d'autres garanties circonstancielles de fiabilité suffisent à rendre une telle déclaration admissible quant au fond, à la condition que le juge soit convaincu que les circonstances offrent des garanties suffisantes de fiabilité qui se substituent à celles que la règle du ouï-dire exige habituellement.

(2) La nécessité

Les déclarations antérieures incompatibles posent des problèmes embarrassants par rapport au critère de la nécessité. D'ordinaire, la nécessité est établie par l'absence du témoin: dans l'arrêt *Khan*, l'auteur est un enfant qui ne peut prêter serment, et dans l'arrêt *Smith*, l'auteur est décédé. Par définition, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l'auteur de la déclaration assiste au procès; c'est sa déclaration antérieure qui manque parce qu'il s'est rétracté.

Toutefois, il importe de se souvenir qu'il faut «donner au critère de la nécessité une définition souple, susceptible d'englober différentes situations»

(arrêt *Smith*, aux pp. 933 et 934). Wigmore, vol. 5 (Chadbourn rev. 1974), § 1421, à la p. 253, fait mention de deux catégories de nécessité:

[TRADUCTION]

(1) Il se peut que l'auteur de la déclaration présentée soit maintenant *décédé*, hors du ressort, aliéné ou, *pour quelque autre motif, non disponible* aux fins de la vérification. C'est la raison la plus courante et la plus évidente. . .

(2) La déclaration peut être telle qu'on ne peut pas, de nouveau ou à ce moment-ci, obtenir des mêmes sources ou d'autres sources une *preuve de même valeur*. [. . .] La nécessité n'est pas aussi grande; il s'agit peut-être à peine d'une nécessité; on peut supposer qu'il s'agit d'une simple commodité. Mais le principe demeure le même. [En italique dans l'original.]

Nombre d'exceptions établies à l'exclusion du oui-dire ne reposent pas sur la non-disponibilité du témoin et peuvent être citées comme exemples du deuxième type de nécessité. Parmi ces exemples, notons les aveux, les impressions du moment et les dossiers d'entreprise. C'est que de très fortes garanties circonstancielles de fiabilité se rattachent à de telles déclarations, ce qui compense le fait que seule la commodité milite en faveur de l'admission de la preuve.

En effet, en façonnant le droit en matière de oui-dire au Canada, notre Cour a jugé que la nécessité, dans le sens de la non-disponibilité, n'était pas une condition sine qua non de l'admissibilité. Dans l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, par exemple, les notes des infirmières ont été admises en preuve dans un procès pour négligence médicale. Bien qu'elles aient été présentes dans la salle d'audience, les infirmières n'ont pas été appelées à

témoigner. La Cour d'appel de l'Alberta a ordonné la tenue d'un nouveau procès parce que le motif de la nécessité, énoncé par Wigmore, pour que la preuve par ouï-dire soit admissible n'avait pas été établi, puisque les infirmières étaient présentes et pouvaient témoigner. Notre Cour a fait droit au pourvoi formé contre cet arrêt, concluant, à la p. 626:

Les dossiers d'hôpitaux, y compris les notes des infirmières, rédigés au jour le jour par quelqu'un qui a une connaissance personnelle des faits et dont le travail consiste à faire les écritures ou rédiger les dossiers, doivent être reçus en preuve, comme preuve *prima facie* des faits qu'ils relatent.

La Cour n'a pas fait mention de la disponibilité des infirmières, par rapport à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, sauf pour noter que leur présence dans la salle d'audience signifiait que le défendeur aurait pu contester l'exactitude des notes, s'il avait voulu le faire. De la même façon, l'auteur de la déclaration antérieure incompatible est présent dans la salle d'audience et peut être interrogé et contre-interrogé comme témoin sur l'exactitude de l'enregistrement de la déclaration. L'arrêt *Ares c. Venner* fournit un exemple d'une exception à l'exclusion du ouï-dire élaborée par les tribunaux, qui n'exigeait pas de non-disponibilité. Certes, les arrêts *Khan* et *Smith* ont établi que les tribunaux canadiens n'établiront plus de catégories d'«exceptions», mais la nouvelle analyse repose sur les mêmes principes que les exceptions existantes.

Je remarque en outre que certains tribunaux d'instance inférieure qui ont interprété l'arrêt *Khan* de notre Cour ont aussi donné une définition souple au critère de la nécessité. Dans l'arrêt *Khan c. College of Physicians and*

Surgeons of Ontario (1992), 9 O.R. (3d) 641, la Cour d'appel de l'Ontario s'est penchée à nouveau sur l'incident qui a amené l'arrêt de notre Cour *R. c. Khan*. L'audience disciplinaire a eu lieu environ quatre ans après l'incident et l'enfant qui était la plaignante était alors habile à témoigner. Toutefois, le comité a entendu aussi le témoignage de la mère et d'autres personnes à qui la plaignante avait relaté l'agression. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé qu'il ne s'agissait pas d'une erreur parce que le laps de temps écoulé entre l'agression et l'audience disciplinaire avait diminué la capacité de la plaignante de se rappeler et de relater l'agression, par rapport à ses déclarations immédiatement après l'incident. La cour a donc conclu que le témoignage de certains des témoins à qui la plaignante avait décrit l'agression était admissible selon le critère établi dans l'arrêt *Khan* car il était [TRADUCTION] «raisonnablement nécessaire» dans les circonstances, et (à la p. 655) «[u]ne règle qui exclurait automatiquement la déclaration extrajudiciaire de l'enfant qui dépose serait incompatible avec l'arrêt *Ares c. Venner*, précité, le précédent qui est cité dans l'arrêt *Khan*».

Les limites précises du critère de la nécessité restent à établir dans le contexte de cas particuliers. Parfois, la disponibilité du témoin pourra signifier que la preuve par oui-dire de déclarations antérieures compatibles de ce témoin (le genre de déclaration en cause dans l'arrêt *Khan*) ne sera pas admissible. Toutefois, je ne suis pas disposé, à ce moment-ci, à souscrire à une interprétation stricte qui fait de la non-disponibilité une condition indispensable de la nécessité.

Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, il est évident que nous ne pouvons nous attendre à ce qu'une preuve de même valeur soit obtenue du témoin qui se rétracte ou d'autres sources: comme l'a soutenu l'avocat de l'appelante, le témoin qui se rétracte retient en «gage» la déclaration antérieure, et donc la preuve pertinente. La «valeur» différente de la preuve réside dans le fait que quelque chose a changé radicalement entre le moment où la déclaration a été faite et le procès et, à supposer qu'un degré suffisant de fiabilité ait été établi selon le premier critère, le juge des faits devrait être autorisé à soupeser les deux déclarations en tenant compte de l'explication de ce changement donnée par le témoin.

B. *Le voir-dire*

Suivant les garanties circonstanciées de fiabilité décrites plus haut, les déclarations antérieures peuvent être soumises au jury à titre de preuve de fond de leur contenu. Il y a lieu maintenant de décrire le processus en deux étapes par lequel cela peut être accompli. Après que la partie qui a cité le témoin a invoqué l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* et satisfait à ses exigences dans un voir-dire tenu conformément à cet article, la partie doit alors déclarer dans quelle intention elle produit la déclaration. Si la partie indique qu'elle veut utiliser la déclaration seulement pour attaquer la crédibilité du témoin, tout est dit, en ce qui concerne la règle réformée: le procès suit son cours conformément à la règle orthodoxe et le juge donne des instructions au jury en conséquence. Si, toutefois, la partie fait part de son intention de faire admettre la déclaration comme preuve de fond, le juge du procès doit

poursuivre le voir-dire afin de s'assurer, dans la mesure appropriée (que j'examinerai plus loin), que les indices de fiabilité qui suivent, ou des substituts acceptables, sont présents: le serment ou l'affirmation ou la déclaration solennelles seront prouvés, la personne qui a fait prêter serment ou reçu l'affirmation ou la déclaration solennelles témoignera qu'elle a aussi fait la mise en garde (ou peut-être celle-ci peut être incorporée dans le serment ou dans l'affirmation ou la déclaration solennelles), et la bande vidéo sera versée en preuve, son authenticité sera attestée sous serment et, si le juge du procès l'estime à propos, elle sera visionnée afin que sa véracité et son intégralité puissent être vérifiées.

Quant au fardeau de la preuve applicable en matière de voir-dire, en général le juge du procès devrait être convaincu que ces indices de fiabilité sont établis selon la prépondérance des probabilités, le fardeau habituel incombant à la partie qui cherche à faire admettre une preuve. Il s'agit là d'un simple corollaire à la nécessité que les déclarations antérieures fassent état d'une preuve qui aurait été admissible comme seule déposition du témoin si ce dernier ne s'était pas rétracté.

Il pourrait en être autrement lorsque la déclaration antérieure rapporte un aveu de l'accusé. La déclaration faite à une personne qui n'est pas en situation d'autorité ne nécessite aucun fardeau particulier puisque le fardeau habituel en matière d'admission de la preuve aurait été appliqué à la déposition du témoin au procès si ce dernier ne s'était pas rétracté. Toutefois, si la déclaration antérieure rapporte un aveu de l'accusé à une personne en situation

d'autorité, il est bien possible que la norme supérieure associée au droit relatif aux confessions s'applique. De tels cas seront rares puisque les personnes en situation d'autorité qui, dans le cadre de leurs fonctions, recueillent des déclarations faites par des accusés se rétractent rarement. En outre, si un représentant de l'État obtient une déclaration d'un accusé alors que celui-ci est détenu, il y aurait lieu de tenir compte de la jurisprudence élaborée dans le cadre de la *Charte* à cet égard quant à la norme applicable au cours du voir-dire.

Puisqu'aucune de ces questions n'est soulevée en l'espèce (les témoins qui se sont rétractés n'étant manifestement ni des personnes en situation d'autorité aux yeux de l'accusé, ni des représentants de l'État au moment où ce dernier leur a fait des aveux, et l'accusé n'étant pas détenu), je laisserais la résolution de ces situations exceptionnelles et théoriques en suspens jusqu'à ce qu'elles se produisent.

Toutefois, j'introduirais dans le voir-dire un élément supplémentaire de la règle régissant les confessions. Même s'il y a eu mise en garde et serment, et enregistrement de la déclaration sur bande vidéo, ou preuve de substituts suffisants, le juge du procès a toujours le pouvoir discrétionnaire de refuser que la déclaration soit soumise au jury comme preuve de fond. Les déclarations antérieures et les confessions présentent de nombreuses caractéristiques communes, en particulier lorsque l'enquête est menée par des policiers. Les défenseurs de la règle orthodoxe s'inquiètent de ce que des influences pernicieuses de la police puissent précéder la déclaration et en déterminer le contenu, de la même manière que des confessions peuvent être suspectes si les

enquêteurs les ont obtenues par la coercition. C'est-à-dire qu'il est encore possible que le serment et l'enregistrement sur bande vidéo, ainsi que la reconnaissance de la mise en garde, aient été faits dans des circonstances qui les rendent suspects. Pour cette raison, le critère élaboré par notre Cour à l'égard de l'admission des confessions convient bien lorsqu'il s'agit de déterminer, préalablement, si les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite battent en brèche la véracité des indices de fiabilité.

L'énoncé classique de la première partie de la règle relative aux confessions se trouve dans l'arrêt *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.), à la p. 609:

[TRADUCTION] C'est une règle formelle du droit criminel anglais depuis longtemps établie qu'aucune déclaration d'un accusé n'est recevable contre lui à titre de preuve, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne en situation d'autorité.

L'arrêt *Ibrahim* a d'abord été adopté par notre Cour dans l'arrêt *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226 et sa portée a été élargie dans des arrêts tels que l'arrêt *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376, dans lequel le juge Beetz écrit (aux pp. 424 et 425):

En outre, le principe qui a inspiré la règle est positif; c'est le principe du caractère volontaire. Ce principe vaut dans tous les cas et peut justifier l'extension de la règle aux cas où l'extorsion d'une déclaration a une autre cause que les promesses, les menaces, l'espoir ou la crainte, si l'on estime que d'autres causes ont un effet

aussi coercitif que les promesses ou les menaces, l'espoir ou la crainte et sont assez graves pour faire jouer le principe.

J'appliquerais ce critère aux déclarations antérieures. Le juge du procès doit s'assurer par le voir-dire (une fois de plus, selon la prépondérance des probabilités dans la majorité des cas) que la déclaration n'est pas le produit de la coercition sous quelque forme que ce soit, savoir menaces, promesses, questions trop tendancieuses de l'enquêteur ou d'une autre personne en situation d'autorité, ou d'autres formes de man{oe}uvre frauduleuse des enquêteurs.

J'ajouterais un autre élément à l'examen que doit faire le juge du procès afin de tenir compte des cas où le premier facteur pourrait être présent, mais où d'autres aspects de la conduite des policiers militeraient contre l'admission de la preuve, qui aurait pour effet de récompenser cette conduite. Dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 696, j'écris que, même si l'on a satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *Ibrahim* de façon qu'une confession soit admissible, celle-ci «doit néanmoins être exclue si, par suite de ce qu'aurait pu dire ou faire une personne en situation d'autorité dans le but d'obtenir la déclaration, l'utilisation qu'on en ferait dans l'instance ternirait l'image de la justice».

Il faut bien préciser que le juge du procès, par le voir-dire, ne détermine pas de façon définitive la fiabilité et la crédibilité de la déclaration. Je le répète, c'est au juge des faits qu'appartient cette décision. Il n'est pas nécessaire que le juge du procès soit convaincu que la déclaration antérieure était vraie et qu'il faut y ajouter foi de préférence au présent témoignage du

témoin. Cette distinction provient aussi des règles régissant les confessions. Dans l'arrêt *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23, aux pp. 25 et 26, le juge en chef Cartwright fait observer:

C'est surtout parce qu'elle risque d'être fausse que la confession extorquée doit être écartée, mais comme cette Cour l'a réaffirmé récemment dans *DeClercq c. La Reine* [[1968] R.C.S. 902], c'est la nature volontaire d'une confession et non sa véracité qui en détermine la recevabilité.

De même dans l'arrêt *Rothman*, j'écris à la p. 691:

. . . avant de permettre au juge des faits d'en examiner la valeur probante, une déclaration doit être soumise au voir dire en vue d'établir non pas si la déclaration est digne de foi, mais si les autorités ont fait ou dit une chose qui ait pu amener l'accusé à faire une déclaration qui soit ou qui puisse être fausse. Il importe au plus haut point de se rappeler que l'enquête ne porte pas sur la fiabilité mais sur la conduite des autorités relativement à la fiabilité.

Je résumerai ainsi le déroulement du voir-dire: dans la partie qui porte sur la nouvelle règle, le juge du procès doit d'abord s'assurer que les indices de fiabilité nécessaires pour l'admission de la preuve par oui-dire des déclarations antérieures -- mise en garde, serment, affirmation ou déclaration solennelles, et enregistrement sur bande vidéo, ou substituts suffisants -- sont présents et authentiques. Dans l'affirmative, il doit alors examiner les circonstances dans lesquelles la déclaration a été obtenue, s'assurer que, si la déclaration étayée par les indices de fiabilité a été faite à une personne en situation d'autorité, elle a été faite volontairement et qu'aucun autre facteur ne serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice si la déclaration

était admise comme preuve de fond. Dans la plupart des cas, comme en l'espèce, la partie qui cherche à faire admettre les déclarations antérieures incompatibles comme preuve de fond devra établir, selon la prépondérance des probabilités, que ces conditions ont été remplies. Le juge du procès ne doit pas décider si la déclaration antérieure incompatible est vraie, ni si elle est plus digne de foi que le témoignage actuel, car cette décision revient au juge des faits. Une fois ce processus terminé et que tous ses éléments constitutifs ont été vérifiés, il n'est pas nécessaire que le juge du procès donne au jury la directive restrictive habituelle, mais il peut au lieu de cela dire aux jurés qu'ils peuvent considérer la déclaration comme une preuve de fond de son contenu ou, s'il siège seul, la tenir lui-même pour une preuve au fond, en lui accordant le poids approprié après avoir pris en considération l'ensemble des circonstances. Dans les deux cas, le juge doit donner comme directive au juge des faits d'examiner soigneusement ces circonstances lorsqu'il évalue la crédibilité de la déclaration antérieure incompatible par rapport à la déposition du témoin au procès. Ainsi, lorsqu'il est opportun de le faire, le juge du procès pourrait mentionner spécifiquement l'importance du comportement du témoin à tous les moments pertinents (notamment au moment où le témoin a fait la déclaration, s'est rétracté au procès, ou y a donné un témoignage contradictoire), les explications fournies par le témoin sur la rétractation, tout ce qui a pu le motiver à fabriquer sa version au moment où il a fait la déclaration antérieure ou lorsqu'il a témoigné au procès, ou les occasions qu'il a eues de le faire, les événements précédant la première déclaration et la nature de l'interrogatoire au cours duquel la déclaration a été faite (y compris l'utilisation de questions suggestives, l'existence d'interrogatoires menés avant que la déclaration ait été

faite ou la préparation du témoin par ceux qui mènent l'interrogatoire), la corroboration par une autre preuve des faits relatés dans la déclaration et la mesure dans laquelle la rétractation du témoin atténue l'efficacité d'un contre-interrogatoire sur la déclaration antérieure. Il peut y avoir d'autres facteurs que le juge des faits devrait considérer; il appartient au juge du procès de bien faire comprendre à ce dernier l'importance d'étudier soigneusement toutes ces circonstances lorsqu'il détermine le poids des déclarations antérieures incompatibles comme preuve de fond.

Si la déclaration antérieure n'offre pas les garanties circonstanciées de fiabilité nécessaires, et ne satisfait donc pas au critère préliminaire examiné durant le voir-dire, mais que la partie qui présente la déclaration antérieure remplit par ailleurs les exigences prévues aux par. 9(1) ou (2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, la déclaration peut tout de même être produite en preuve, mais le juge du procès doit donner des directives au jury en conformité avec la règle orthodoxe.

VI - Dispositif

En l'espèce, bien que les déclarations des témoins qui se sont rétractés aient été enregistrées sur bande vidéo et que l'avocat de l'intimé ait eu la possibilité voulue de contre-interroger les témoins au procès, les déclarations n'ont pas été faites sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles. Toutefois, il est fort possible qu'en l'espèce il existe des substituts suffisants au serment et à la mise en garde à titre d'indice de fiabilité. Puisqu'il s'agirait là

d'une question d'importance capitale si l'on ordonnait la tenue d'un nouveau procès de l'intimé, je me contenterai de remarquer qu'en l'espèce il est à tout le moins possible que le nouveau critère soit respecté. Un juge du procès pourrait, après avoir entendu la preuve relative aux circonstances entourant les déclarations, être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que les déclarations sont suffisamment fiables pour être admissibles quant au fond.

En l'espèce, le juge du procès (siégeant seul) a même refusé d'envisager l'admissibilité des déclarations, se considérant lié par la règle orthodoxe. Grâce à la présente décision, la règle régissant les déclarations antérieures incompatibles a été réformée. Le juge du procès s'étant dit convaincu que les témoins mentaient au procès, il est possible qu'il ait pu trouver des indices suffisants de fiabilité pour admettre les déclarations comme preuve de fond. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès au cours duquel le juge du procès appliquera, si nécessaire, la nouvelle règle régissant les déclarations antérieures incompatibles, décidera si, en l'espèce, il existe des indices suffisants de fiabilité et de nécessité, et donnera comme directive au juge des faits d'accorder aux déclarations antérieures le poids qu'il convient pour rendre un verdict.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Cory
rendus par

//Le juge Cory//

LE JUGE CORY -- Le présent pourvoi met en cause l'interprétation de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Jusqu'à aujourd'hui, les tribunaux ont jugé que cet article ne permettait l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles que pour attaquer la crédibilité du témoin. En l'espèce, les déclarations antérieures des témoins ont été enregistrées sur bande vidéo par la police qui enquêtait sur le décès de Joseph Wright, qui avait été poignardé. D'après ces déclarations, l'intimé K.G.B. aurait été l'agresseur. Au procès pour meurtre de ce dernier, les trois témoins ont rétracté leurs déclarations antérieures. Le juge du procès était d'avis qu'ils mentaient et qu'ils avaient dit la vérité dans leurs déclarations antérieures. Toutefois, il s'est dit lié par la jurisprudence et incapable d'accepter les déclarations antérieures comme preuve et, par conséquent, à les utiliser pour établir l'identité du meurtrier. Il s'est avéré que le juge du procès avait bien jugé les témoins. Subséquemment accusés de parjure en raison de leur témoignage au procès, ils ont tous trois plaidé coupables à cette accusation.

J'ai lu avec intérêt les excellents motifs du Juge en chef. Comme lui, je crois que la règle interdisant l'utilisation quant au fond des déclarations antérieures doit être revue et qu'il appartient à notre Cour d'entreprendre ce changement, lequel peut être réalisé sans qu'il soit porté atteinte aux droits garantis par la *Charte* aux accusés. Je conviens en outre qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour que puisse être examinée l'admissibilité quant au fond des déclarations en l'espèce. Toutefois, avec égards, je ne partage pas son opinion sur la nature de la nouvelle règle.

Le Juge en chef est d'avis qu'en règle générale une déclaration antérieure incompatible n'est admissible que si elle a été faite sous serment, si l'on a fait savoir au témoin qu'il s'expose à une certaine forme de poursuite criminelle (autre que pour parjure) pour mensonge, et si la déclaration a été enregistrée sur bande vidéo. Subsidiairement, il a conclu que d'autres conditions peuvent, exceptionnellement, venir se substituer à celles-là. Il s'agit alors d'appliquer les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, qui autorisent l'admission du oui-dire si cela s'impose et si la preuve est fiable. En toute déférence, j'estime trop restrictive le premier élément de la règle exigeant l'enregistrement sur bande vidéo, la mise en garde obligatoire quant à la responsabilité criminelle pour mensonge et la prestation de serment. De plus, bien que je convienne que les arrêts *Khan* et *Smith* offrent une autre justification pour modifier l'interprétation de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui a été donnée dans l'arrêt *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531, je ne crois pas qu'en appliquant ces arrêts tels quels aux déclarations antérieures incompatibles on accorderait aux droits de l'accusé une protection adéquate contre les dangers éventuels que présente l'admission de déclarations extrajudiciaires.

I. Les faits

Pour démontrer le résultat regrettable de la règle actuelle, je me dois d'exposer de façon assez détaillée les faits de l'espèce. Le dimanche 24 avril 1988 à 2 h 30, Joseph Wright et son frère Steven descendent d'un autobus à l'intersection des avenues Morningside et Sheppard à Scarborough (Ontario).

Une auto dans laquelle prenaient place quatre jeunes gens s'arrête près d'eux et des propos sont échangés. Les occupants du véhicule sortent et une bagarre se déclenche. Balaféré au visage à deux reprises, Joseph Wright reçoit ensuite un coup de couteau au cœur. Cette dernière blessure lui est fatale. Lorsqu'il tombe, les quatre jeunes gens remontent dans l'automobile et s'enfuient. Au procès, l'unique question était de savoir qui, des occupants de la voiture, avait poignardé Joseph Wright. Les quatre occupants étaient l'intimé K.G.B., P.L., alors âgés de 16 ans, P.M., âgé de 17 ans et M.T., âgé de 16 ans. Steven Wright a témoigné qu'un seul occupant du véhicule était en possession d'un couteau, et qu'il était de race noire. Il l'a vu attaquer son frère avec un couteau. Après l'avoir poignardé, le même homme a tenté de s'en prendre également à lui. Le témoignage de Wright sur le fait que l'homme qu'il a vu attaquer son frère avec un couteau était de race noire n'est important qu'en ce qu'il élimine ainsi le suspect M.T., de race blanche.

La description de l'agresseur qui a brandi le couteau, donnée par Wright à la police après l'incident, est différente de celle qu'il a donnée dans son témoignage au procès. En outre, sa description de l'intimé diffère de celle qu'ont donnée P.L., P.M. et M.T. Ces différences portent sur le teint plus ou moins foncé de l'agresseur, la grandeur de K.G.B. et la couleur de ses cheveux. Sans que cela soit d'une grande valeur, lorsqu'il a témoigné au procès, Steven Wright a identifié l'accusé comme étant l'homme qui avait poignardé son frère.

A. *Le témoignage de M.T. et les circonstances entourant sa déclaration antérieure*

M.T. a appris que la police souhaitait lui parler. Le 9 mai 1988, quelque deux semaines après l'incident, il s'est présenté au poste de police en compagnie de son père. À leur arrivée, ils ont été avisés par les deux agents menant l'enquête que, bien qu'il n'était accusé de rien, M.T. avait droit à l'assistance d'un avocat au cours de l'interrogatoire. L'offre a été déclinée. À un moment donné, l'interrogatoire a été interrompu afin de permettre au père de M.T., présent tout au long de l'interrogatoire, d'appeler un avocat pour le consulter. Ce dernier l'a avisé que, son fils n'étant pas en état d'arrestation, aucune assistance juridique n'était nécessaire. La police a demandé à M.T. s'il désirait la présence d'un autre parent au cours de l'interrogatoire plutôt que celle de son père. Il a répondu par la négative. Il a plus tard pu s'entretenir seul avec son père. Les agents ont expliqué qu'ils menaient une enquête sur le décès de Joseph Wright et que la déclaration était enregistrée sur bande vidéo. L'un des policiers a demandé à plusieurs reprises à M.T. s'il disait la vérité. Chaque fois, il a répondu par l'affirmative.

Au cours de l'interrogatoire enregistré sur bande vidéo, M.T. a déclaré que tous les quatre occupants se trouvaient chez l'intimé le dimanche soir suivant l'incident. L'intimé, a-t-il déclaré, lui a alors dit: [TRADUCTION] «Je n'aurais pas dû utiliser le couteau. . . Je ne l'ai sorti que pour l'effrayer croyant qu'il s'enfuirait». Le témoin a alors reproduit aux policiers le mouvement que l'intimé a fait lorsqu'il a prononcé ces paroles. Le lundi après-midi suivant le meurtre, les quatre occupants de l'automobile se sont rencontrés à nouveau, cette fois chez P.L. L'intimé a alors réitéré qu'il n'aurait pas dû utiliser le

couteau. Il aurait également dit l'avoir jeté. M.T. a déclaré aux policiers que, des occupants du véhicule, seul l'intimé était en possession d'un couteau.

Au procès, M.T. a donné un témoignage totalement différent. Il a déclaré qu'il y avait bien eu une conversation chez l'intimé après l'agression à coups de couteau, mais qu'il n'avait pu entendre les propos de l'intimé. Il a admis avoir fait à la police les déclarations antérieures enregistrées sur bande vidéo, ajoutant qu'il avait alors menti parce qu'il avait [TRADUCTION] «vraiment peur». Il a témoigné qu'à la barre des témoins il disait la vérité parce qu'il était sous serment.

B. *La déclaration antérieure de P.M. et son témoignage au procès*

La police s'est présentée chez P.M. dans le but de lui parler. Le 6 mai, en conséquence de cette visite, P.M. s'est rendu au poste de police en compagnie de sa mère. Les policiers lui ont dit qu'il n'était pas pour l'instant accusé de quoi que ce soit. Ils l'ont informé de son droit à la présence d'un avocat ou d'un parent adulte à l'interrogatoire. Il a demandé que sa mère soit présente, et sa demande a évidemment été accordée. Les policiers l'ont avisé que l'interrogatoire serait enregistré sur bande vidéo. Au cours de celui-ci, il a déclaré aux policiers que l'intimé K.G.B. [TRADUCTION] «porte habituellement un couteau». Selon lui, au cours de la bagarre, [TRADUCTION] «il [K.G.B.] tenait son couteau un peu ouvert». Il a également déclaré que l'intimé lui avait dit que [TRADUCTION] «son couteau était ouvert». À la fin de l'interrogatoire, les

policiers et sa mère lui ont demandé s'il avait dit la vérité, ce à quoi il a répondu par l'affirmative.

Au procès, P.M. a lui aussi modifié son récit. Il a témoigné que, lorsque lui, M.T. et P.L. se sont rendus chez l'intimé, ce dernier lui a dit qu'il n'avait eu vent de rien à propos de ce qui s'était produit à l'intersection de Sheppard et Morningside; les trois visiteurs sont alors partis. P.M. a témoigné que sa déclaration faite à la police antérieurement était un [TRADUCTION] «mensonge» visant à [TRADUCTION] «me disculper». Il a lui aussi déclaré qu'il ne mentait pas à la cour parce qu'il était alors sous serment.

C. *La déclaration antérieure de P.L. et son témoignage au procès*

Le 6 mai 1988, à la suggestion de sa mère, P.L. s'est rendu au poste de police. Il était accompagné de son frère, de sa mère et d'un avocat dont il avait retenu les services. Son frère et l'avocat étaient avec lui tout au long de l'interrogatoire. Les policiers l'ont avisé de la possibilité, s'il le désirait, de consulter l'avocat en privé. Ils lui ont également fait savoir qu'il n'était pas obligé de leur dire quoi que ce soit. L'avocat de P.L. a évidemment été autorisé à intervenir, ce qu'il a fait au moins à deux reprises. Au cours de son interrogatoire enregistré sur bande vidéo, P.L. a déclaré que K.G.B. lui avait expliqué que l'agression à coups de couteau était [TRADUCTION] «une riposte» de sa part, la victime lui ayant assené un coup de poing sur l'oe}il.

Au procès, P.L., comme les autres témoins, a modifié son témoignage. Il a déclaré avoir menti au poste de police parce qu'il avait [TRADUCTION] «simplement peur» et voulait quitter le poste. Il croyait dire aux policiers ce qu'ils désiraient entendre. Il a déclaré qu'en fait il n'avait pu entendre la conversation tenue entre P.M. et l'intimé relativement aux événements survenus la nuit du meurtre.

II. Les juridictions inférieures

Le Tribunal pour adolescents

Les conclusions du juge MacDonnell au procès concernant le témoignage des trois témoins sont révélatrices. Il a conclu que, dans leurs déclarations antérieures, les témoins à charge M.T., P.L. et P.M. avaient respectivement identifié l'intimé comme la personne qui, au moment de l'incident, possédait le couteau et l'avait brandi. Selon le juge du procès, par ses commentaires aux témoins après l'incident, K.G.B. a avoué avoir effectivement poignardé la victime. Il a conclu que les dépositions de ces témoins au procès étaient des [TRADUCTION] «mensonges», et que c'était dans les déclarations extrajudiciaires faites sans qu'il y ait eu serment que se trouvait la vérité.

[TRADUCTION] Je suis certain que leur rétractation est fausse. C'est-à-dire que je suis certain que, sur ce point, ce qu'ils ont dit à la police au sujet de ce que l'accusé leur avait dit était vrai. [Je souligne.]

Il a conclu qu' [TRADUCTION] «il était simplement incroyable» que ces témoins aient fabriqué la version donnée aux policiers ou qu'ils se soient concertés avant de leur parler. Selon le juge, les interrogatoires menés par la police étaient [TRADUCTION] «tout à fait sans reproche, réguliers, ni oppressifs, ni coercitifs». Il a remarqué qu'en dépit de [TRADUCTION] «ce que le bon sens pourrait suggérer» il n'était pas libre de croire la version des événements donnée à la police dans la déclaration antérieure. Il a souligné que si cette version des événements:

[TRADUCTION] . . . était véridique, il s'agirait d'une preuve substantielle confirmant l'identification faite antérieurement par Steven Wright, et la question de l'utilisation du couteau par l'accusé pourrait être résolue à son désavantage.

Le juge du procès n'a visionné que de brefs extraits des bandes vidéo de la police pour tirer ces conclusions. Il serait évidemment préférable qu'un juge du procès regarde l'enregistrement intégral. Toutefois, il n'y a aucun doute qu'en l'espèce les parties ont consenti à ce que le juge du procès fonde son appréciation sur le visionnement de ces extraits de la bande et la lecture intégrale de la transcription. Il a conclu que l'identification non corroborée de K.G.B. alors qu'il était au banc des accusés, faite par Steven Wright, ne pouvait justifier une déclaration de culpabilité. Comme il ne pouvait tenir compte des déclarations antérieures comme preuve, il a acquitté l'intimé.

La Cour d'appel a confirmé l'acquittement et rejeté l'appel du ministère public. Elle s'estimait liée par les décisions où notre Cour a conclu que les déclarations antérieures incompatibles ne pouvaient être utilisées que pour évaluer la crédibilité du témoin.

III. Les moyens soulevés contre l'utilisation quant au fond des déclarations antérieures incompatibles

Examinons d'abord les arguments qui ont été soulevés contre l'admission comme preuve des déclarations antérieures incompatibles.

A. *L'absence de serment*

Dans ses motifs, le Juge en chef a fait part des craintes qui ont été exprimées à l'égard de l'admission quant au fond des déclarations antérieures incompatibles. La plus importante crainte réside peut-être dans le fait que la déclaration antérieure n'est pas faite sous serment. En fait, pour le Juge en chef, le serment est une condition essentielle à l'admissibilité, sauf dans des circonstances exceptionnelles, où l'on peut trouver un substitut approprié. Les tribunaux ont toujours souligné l'importance du serment. À l'époque médiévale, la prestation du serment de dire la vérité en posant la main nue sur un objet sacré revêtait une importance fondamentale. Les gens croyaient fermement que, s'ils mentaient sous serment, ils s'exposaient au châtement divin qui attirerait sur eux une punition ici-bas et la damnation éternelle dans l'au-delà. Toutefois, cette crainte s'est atténuée. De même, l'influence de la religion sur le

comportement des hommes et des femmes n'est plus ce qu'elle était. Il ne fait presque aucun doute que, pour beaucoup de témoins, la prestation de serment n'est fréquemment qu'un rituel incantatoire dénué de sens. Autrefois, il y avait peut-être de bonnes raisons d'attacher une plus grande importance au témoignage donné sous serment qu'aux déclarations du même témoin qui n'avaient pas été faites sous serment. Mais aujourd'hui, la société, de plus en plus séculière, attache simplement moins d'importance au serment. Pour un grand nombre de témoins, il ne modifie en rien la fiabilité de leur déposition.

En outre, la crainte d'une peine d'emprisonnement imposée par les autorités séculières par suite d'un parjure ne peut être considérée comme un moyen sûr de garantir la véracité d'un témoignage. La présente affaire est la meilleure illustration de l'argument selon lequel la prestation de serment d'un témoin a peu d'effet. En l'espèce, en dépit des serments qu'ils ont prêtés, les trois témoins ont menti au tribunal et ont été déclarés coupables de parjure. La vérité se trouvait dans leurs déclarations faites à la police et enregistrées sur bande vidéo. Il ressort clairement des faits de l'espèce que, dans la société moderne, le serment ne garantit pas la véracité d'un témoignage.

Aux États-Unis, divers ressorts ont dû se pencher sur la même question. D'une part, s'exprime le désir de faire en sorte que les déclarations antérieures incompatibles soient fiables de façon qu'elles puissent être considérées et appréciées à toutes les fins par les juges des faits et, d'autre part, se manifeste la nécessité de garantir à l'accusé un procès impartial. Quatre positions américaines se dégagent soit de l'action législative, soit de décisions

judiciaires. Dans certains États (15), les déclarations antérieures incompatibles seront, en règle générale, admises pour la possibilité qu'elles offrent de dégager la vérité. D'autres États (7) admettent les déclarations antérieures si certains indices de fiabilité sont présentés à la cour. Certains États (23), de même que les règles fédérales sur la preuve, requièrent que la déclaration antérieure ait été faite sous serment pour être admissible. Enfin, cinq États et le District de Columbia n'admettent pas les déclarations antérieures.

Il serait peut-être utile d'examiner la règle fédérale et son évolution.

Elle dispose:

[TRADUCTION]

Règle 801. . . .

d) Déclarations ne constituant pas du ouï-dire. -- Une déclaration n'est pas du ouï-dire si les conditions qui suivent sont réunies --

(1) Déclaration antérieure d'un témoin. -- L'auteur de la déclaration témoigne au procès ou à l'audience, est contre-interrogé au sujet de sa déclaration et celle-ci est (A) incompatible avec son témoignage, et a été faite sous serment, l'exposant à une accusation de parjure au cours d'un procès, d'une audience ou d'une autre procédure, ou au cours d'une déposition. . . [Je souligne.]

Il est révélateur que l'exigence du serment dans la règle américaine actuelle soit le résultat d'un compromis politique intervenu tardivement dans le processus législatif. Le comité consultatif sur la rédaction des nouvelles règles fédérales, constitué par l'ancien juge en chef Warren de la Cour suprême des États-Unis, avait recommandé que les déclarations antérieures incompatibles

soient généralement admissibles sous réserve seulement que le témoin se soit contredit et puisse être contre-interrogé relativement à la déclaration antérieure. Voir M. H. Graham «Employing Inconsistent Statements for Impeachment and as Substantive Evidence: A Critical Review and Proposed Amendments of Federal Rules of Evidence 801(d)(1)(A), 613, and 607» (1977), 75 *Mich. L. Rev.* 1565, aux pp. 1565, 1575 et 1576). Le Sénat américain a également exprimé l'opinion que le serment n'était pas une condition sine qua non. Le passage suivant est extrait du rapport du Sénat:

[TRADUCTION] Il paraît inutile également d'exiger que la déclaration ait été faite sous serment. Nonobstant l'absence d'un serment fait au moment de la déclaration, le témoin, lorsqu'il est à la barre et qu'il nuance ou nie la déclaration antérieure, est sous serment.

(Rapport du Sénat n° 93-1277, 93^e Cong., 2^e sess. (1974), réimprimé au [1974] *U.S. Cong. & Adm. News* 7051, à la p. 7062.)

De fait, le professeur E. W. Clearly a soumis au comité du Sénat qu'une règle exigeant un serment pourrait grandement contribuer à miner l'utilité de la disposition proposée relativement aux déclarations incompatibles. Il a dit:

[TRADUCTION] . . . [elle] dépouillerait pratiquement de son utilité la disposition (A), qui porte sur les déclarations antérieures incompatibles. En raison de la menace d'une accusation de parjure, il est très peu vraisemblable que le témoin qui a fait une déclaration antérieure sous serment relate une version différente une fois assermenté de nouveau. Par conséquent, les cas d'application de la règle en vertu du libellé proposé seraient grandement restreints. La difficulté se pose dans les cas où la déclaration antérieure n'a pas été faite sous serment, que ce soit au cours d'une instance judiciaire ou

non; une règle qui ne prévoit pas ces cas n'est d'aucune utilité pratique.

(Graham, *loc. cit.*, à la p. 1577, note 40.)

Un projet de loi soumis par la Chambre des représentants aurait rendu l'admissibilité de la déclaration incompatible conditionnelle à la contemporanéité du contre-interrogatoire et au serment. En conséquence, on en ait arrivé à un compromis conciliant le projet de loi de la Chambre et celui du Sénat en exigeant que le serment soit maintenu comme une partie de la règle en échange de l'élimination de la condition relative à la contemporanéité du contre-interrogatoire.

Ainsi, aux États-Unis, il faut faire prêter serment au moment de la déclaration antérieure malgré le fait que l'auteur, dans le cas d'une déclaration antérieure incompatible, témoignera également sous serment au procès.

Pour ma part, j'estime que l'exemple du maintien du serment comme condition de l'admissibilité ne devrait pas être retenu au Canada. Et ce, tout particulièrement parce qu'une déclaration faite sous serment au cours d'une enquête criminelle ne pourrait entraîner de déclaration de culpabilité pour parjure ni en vertu des dispositions du *Code criminel* ni en application de l'arrêt de notre Cour *R. c. Boisjoly*, [1972] R.C.S. 42. Dans cette affaire, la police avait accusé une personne d'avoir fait une fausse déclaration sous serment en contravention de ce qui était alors l'art. 114 du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51. Les policiers croyaient que Boisjoly leur avait menti dans une déclaration

faite sous serment relativement à sa participation dans la coercition exercée contre un témoin à une enquête préliminaire. Le juge en chef Fauteux, au nom de la Cour à l'unanimité, a conclu que même si l'affidavit était mensonger, l'accusé ne pouvait être tenu coupable d'avoir fait une fausse déclaration. À son avis, l'art. 114 ne s'appliquait qu'à une personne ayant la «permission», d'après la loi, de faire une déclaration sous serment. Il a dit que «permis» ne pouvait pas signifier simplement «pas défendu» parce que l'historique de l'article démontrait qu'il avait pour objet de limiter les circonstances dans lesquelles il pouvait y avoir prestation de serment. L'article équivalent d'une ancienne loi canadienne, S.C. 1874, ch. 37, était présenté dans le texte anglais sous l'en-tête *Unnecessary Oaths Suppression*. Le juge en chef Fauteux n'a pu trouver dans aucune loi pertinente une disposition autorisant les témoins à faire des déclarations sous serment à la police. Il a conclu, à la p. 51:

Le législateur ne reconnaît pas comme élément constitutif de l'acte criminel mentionné à l'art. 114 les affidavits qu'il ne permet pas, n'autorise pas ou ne requiert pas, en somme les affidavits qui n'ont aucune signification ou portée légale.

À l'époque de cette affaire, seuls les témoins qui mentaient dans le cours d'une procédure judiciaire pouvaient être accusés de parjure (art. 112). Depuis, les lois de 1975 et 1985 modifiant le droit criminel (S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 6 et S.C. 1985, ch. 19, art. 17) ont combiné les art. 112 et 114 établissant une infraction plus générale de parjure. Le libellé examiné dans *Boisjoly* se retrouve donc, sous la rubrique de parjure, dans ce qui est devenu le par. 131(3). L'article 114 disposait:

114. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, n'étant pas témoin dans une procédure judiciaire, mais ayant la permission, l'autorisation ou l'obligation, d'après la loi, de faire une énonciation par affidavit, par déclaration solennelle ou oralement sous serment, fait dans une telle énonciation, devant une personne autorisée par la loi à permettre que cette énonciation soit faite devant elle, une assertion qu'il sait fausse sur une question de fait, d'opinion, de croyance ou de connaissance. [Je souligne.]

On retrouve aujourd'hui à peu près la même formulation à l'art. 131. Le par.

131(1) crée l'infraction de parjure, et le par. 131(3) prévoit:

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à une déclaration visée dans ce paragraphe faite par une personne n'ayant pas la permission, l'autorisation ou l'obligation de la faire en vertu de la loi. [Je souligne.]

Le raisonnement de l'arrêt *Boisjoly* s'applique donc aux dispositions actuelles relatives au parjure. Cependant, les modifications de 1975 créaient aussi une nouvelle infraction pour les personnes qui, n'ayant pas expressément la permission de le faire, font des déclarations sous serment qui s'avèrent fausses.

On retrouve cette nouvelle infraction au par. 134(1) du *Code*, qui comporte toutefois l'exception suivante:

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

Il ne s'applique donc pas au genre de déclarations examiné dans le présent pourvoi.

Je remarque en passant que l'arrêt *Boisjoly* a été appliqué dans une affaire comportant une déclaration antérieure incompatible. Dans *Coulombe c. La Reine*, [1976] C.A. 327, un témoin (plus tard accusé de meurtre) avait fait aux policiers, au cours de leur enquête, une déclaration sous serment, qu'il a contredite au procès. La Cour d'appel du Québec a jugé que le témoin ne pouvait pas être déclaré coupable de parjure pour avoir fait la déclaration antérieure.

En toute déférence pour l'opinion contraire, faire du serment l'une des premières exigences de l'admissibilité d'une déclaration antérieure alors que le serment ne peut avoir aucune conséquence pénale semble être un exercice de formalisme futile. En l'espèce, le fait de faire prêter serment rendrait la déclaration antérieure inadmissible. C'était pourtant les déclarations antérieures des témoins qui étaient véridiques et non leur témoignage donné sous serment. Une telle exigence empêcherait le juge des faits d'entendre la vérité et il serait impossible de rendre un verdict juste. À mon avis, le juge des faits, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury, devrait pouvoir évaluer la véracité d'une déclaration antérieure pourvu qu'elle soit admissible parce qu'elle répond aux indices de fiabilité requis.

Les faits de l'espèce révèlent très clairement que ni la prestation de serment ni l'éventualité d'accusations de parjure découlant de son témoignage n'assurent à elles seules que le témoin dira la vérité. Il ne devrait donc pas être nécessaire, comme condition de l'admissibilité d'une déclaration antérieure incompatible, qu'elle ait été faite sous serment. Ce qui devrait plutôt en

déterminer l'admissibilité c'est sa fiabilité. Cette fiabilité tient à plusieurs facteurs et, entre autres, à la question de savoir si, en raison de sa déclaration, le témoin risque d'être poursuivi au criminel (non seulement pour parjure mais aussi pour d'autres infractions) si la déclaration se révèle fausse.

Les autres sources de responsabilité criminelle

Une déclaration antérieure incompatible pourrait devenir admissible comme preuve si le témoin dont la déclaration antérieure se révèle fausse s'expose à une poursuite criminelle.

Un témoin qui fait une déclaration délibérément fausse à la police risque d'être accusé relativement à certaines infractions autres que le parjure. Celles-ci incluent la fabrication de preuve, en contravention de l'art. 137 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui prévoit un emprisonnement maximal de 14 ans, l'entrave à la justice, en contravention du par. 139(2), dont la peine d'emprisonnement maximale est de 10 ans, ou le méfait public, en contravention de l'art. 140, pour lequel la peine maximale est de 5 ans. À titre d'exemple, le par. 139(2) et l'art. 140 disposent:

139. . . .

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

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

- a) soit en faisant une fausse déclaration qui accuse une autre personne d'avoir commis une infraction;
- b) soit en accomplissant un acte destiné à rendre une autre personne suspecte d'une infraction qu'elle n'a pas commise, ou pour éloigner de lui les soupçons;
- c) soit en rapportant qu'une infraction a été commise quand elle ne l'a pas été;
- d) soit en rapportant, annonçant ou faisant annoncer de quelque autre façon qu'il est décédé ou qu'une autre personne est décédée alors que cela est faux.

En 1985, la portée de l'art. 140 a été élargie, L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 19 (auparavant L.C. 1985, ch. 19, art. 19), pour inclure les mensonges qui amènent la police à continuer une enquête ou à en ouvrir une. Contrairement à l'infraction de parjure, ces infractions peuvent être établies sans qu'il y ait corroboration. Elles sont, je crois, aussi connues auprès de la collectivité, dont les témoins éventuels, que l'infraction de parjure. De fait, il est évident que le ministère public poursuivra plus vraisemblablement en vertu d'une de ces dispositions qu'en vertu d'une accusation de parjure. L'existence de ces infractions et la possibilité d'une poursuite si elles sont commises contribuent grandement à garantir la véracité et la fiabilité de la déclaration.

Le témoin, il est vrai, n'a aucune obligation légale de venir en aide à la police lors d'une enquête. Voir les motifs du juge Martin dans *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.). Toutefois, s'il parle aux policiers dans le cours d'une enquête, il ne doit pas les induire en erreur avec de fausses déclarations. Le droit de se taire ne peut protéger le témoin contre les conséquences d'une

déclaration délibérément fausse. Voir, par exemple, *R. c. L.S.L.* (1991), 89 Sask. R. 267 (B.R.).

Il existe de nombreux cas où des personnes ont été poursuivies pour entrave à la justice après avoir donné à la police une version des faits, puis présenté une version différente comme témoin. Dans certains cas, les faits étaient très semblables à ceux de l'espèce. Voir, par exemple, *R. c. Gravelle* (1952), 103 C.C.C. 250 (C. mag. Ont.), et *R. c. MacGillivray* (1971), 3 Nfld. & P.E.I.R. 227 (C. cté Î.-P.-É.). Dans de nombreux cas, le témoin a été accusé d'entrave à la justice, de fabrication de preuve ou de méfait public après avoir accusé à tort une personne d'un crime. La liste suivante n'est soumise qu'à titre d'exemple des nombreux cas où de telles poursuites ont été intentées: *R. c. Feger* (1989), 36 Q.A.C. 26; *R. c. J.(J.)* (1988), 65 C.R. (3d) 371 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1989] 1 R.C.S. ix; *R. c. Stapleton* (1982), 66 C.C.C. (2d) 231 (C.A. Ont.); *R. c. Howard* (1972) 7 C.C.C. (2d) 211 (C.A. Ont.); *Lessard c. La Reine*, [1965] B.R. 631; *R. c. Sevick* (1930), 54 C.C.C. 92 (C.S.N.-É. en banc), et, à l'étape du procès: *R. c. Edwards* (1986), 47 Sask. R. 303 (B.R.); *R. c. Verma* (1980), 28 A.R. 233 (B.R.); *R. c. Lindstrom* (1977), 33 N.S.R. (2d) 369 (C. cté); *R. c. Martin* (1969), 12 *Crim. L.Q.* 201 (C. prov. C.-B.); et *R. c. Snider* (1953), 17 C.R. 136 (C. mag. Ont.).

Le nombre de ces affaires semble mettre en doute la nécessité d'aviser un témoin éventuel de la possibilité d'une poursuite. La personne qui fait une fausse déclaration aux autorités qui mènent l'enquête les amène à consacrer du temps à une enquête futile sur de fausses allégations. Il en résulte évidemment à

la fois une perte de temps énorme pour la police et une dépense des deniers publics. En fait, si l'on détourne l'attention de la police, le véritable auteur du crime risque de s'échapper. Par conséquent, le raisonnement qui sous-tend l'infraction d'entrave à la justice relève du bon sens, et les membres de la collectivité sont en mesure de le comprendre. Les Canadiens accepteraient, et même s'attendraient, que les auteurs de déclarations délibérément fausses à la police fassent l'objet de poursuites criminelles.

Il s'agit là d'une proposition si évidente, qui paraît si notoire qu'il n'est pas plus nécessaire de mettre les gens en garde contre le risque d'être poursuivis s'ils font une fausse déclaration à la police qu'il ne l'est de les mettre en garde contre des accusations de parjure si leur déclaration sous serment est fausse. Il s'ensuit que, bien qu'il soit manifestement préférable d'avertir un témoin qu'il s'expose à des poursuites criminelles s'il fait une fausse déclaration, cette mise en garde n'est pas essentielle à l'admissibilité de la déclaration.

Il semble clair que des poursuites criminelles résultant d'infractions autres que le parjure sont fréquemment intentées contre des témoins qui font de fausses déclarations. Les conséquences d'une déclaration de culpabilité relativement à ces infractions sont graves. J'estime qu'il n'y a pas d'écart important entre la peine infligée pour parjure à un témoin qui ment au procès et celle infligée pour des infractions comme l'entrave à la justice. Les conditions moins rigoureuses pour tenter des poursuites et le plus grand nombre de poursuites intentées dans les cas d'entrave à la justice ou de méfait public (qui, contrairement au parjure, n'exigent pas de corroboration) auraient, je crois, un effet de dissuasion

sur ceux qui pourraient être enclins à faire de fausses déclarations. En outre, puisque la responsabilité dans le cas de ces infractions n'a de toute façon rien à voir avec le serment, exiger de le faire prêter n'aurait aucun effet pratique.

En bref, le serment ou l'affirmation solennelle ne devraient plus être considérés comme des garanties essentielles de la véracité d'une déclaration. Ni la menace d'un châtement divin entraînant la damnation éternelle ni les poursuites pour parjure ne peuvent garantir la vérité. Si l'auteur de la déclaration s'expose à une poursuite criminelle en raison d'une déclaration délibérément fausse, il sera dissuadé de mentir et encouragé à dire la vérité. Obliger la police à faire prêter serment ne peut pas dissuader davantage le témoin de mentir et semblerait superflu. L'absence du serment ne devrait pas faire naître de présomption d'inadmissibilité quant au fond d'une déclaration antérieure incompatible.

B. *L'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire*

Il est vrai aussi qu'au moment de sa déclaration le témoin n'a pas été soumis aux rigueurs d'un contre-interrogatoire. Toutefois, si sa déclaration antérieure est jugée admissible, le témoin subira alors un contre-interrogatoire au procès et le juge des faits pourra étudier son comportement tout au long de la déposition et évaluer l'importance qu'il devrait accorder, le cas échéant, à tout le témoignage, y compris la déclaration antérieure. Il existe deux opinions diamétralement opposées à l'égard de la déclaration antérieure incompatible. D'une part, on peut penser qu'elle a été faite sous l'effet de la contrainte ou de la pression exercée sur le témoin par les autorités qui mènent l'enquête. D'autre part,

on peut tout aussi bien conclure que la rétractation dans la salle d'audience est due à la pression exercée sur le témoin, avant le procès, par l'accusé, des amis ou des collègues. Le juge des faits a la possibilité d'examiner minutieusement ces scénarios lors de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire et de les apprécier.

Subsidiairement, le tribunal peut être aux prises avec un témoin qui oublie la déclaration antérieure et les événements qu'il y a rapportés. Encore une fois, s'il y a une transcription intégrale et fidèle de la déclaration antérieure, il est possible d'examiner la nature de la perte de mémoire au procès avec l'aide du témoin assermenté. La procédure du voir-dire, exposée ci-après, offrira une protection à l'accusé et au témoin. Si la déclaration antérieure respecte les autres critères de la fiabilité que je mentionnerai, elle devrait être admise puisqu'elle peut aider à l'obtention d'un verdict fondé sur la vérité, celle-ci étant tirée de la totalité de la preuve pertinente. Les procédures judiciaires doivent toutes tendre vers l'obtention d'un verdict juste fondé sur une preuve légalement admissible.

C. *Le manque de preuve relative au comportement*

Les opposants à l'admissibilité de la déclaration antérieure incompatible ont soumis à l'appui de leur position que le juge des faits ne peut voir le témoin au moment où la déclaration a été faite. C'est en raison de cette impossibilité d'observer le témoin que les cours d'appel se sont traditionnellement montrées réticentes à s'ingérer dans les conclusions de fait, particulièrement les conclusions relatives à la crédibilité du témoin, tirées par les juges des faits. Ainsi privé de la

possibilité d'observer le comportement du témoin, le juge des faits sera incapable de tirer une conclusion sur la véracité de la déclaration antérieure.

Cette position présente un certain illogisme puisqu'au moment du procès le témoin est effectivement en présence du juge des faits. Ce dernier peut alors déterminer laquelle des deux déclarations est vraie. Cette conclusion sera sans aucun doute fondée en partie sur le comportement du témoin en cour.

La Cour suprême des États-Unis a étudié puis rejeté le refus d'admettre une déclaration antérieure incompatible fondé sur l'incapacité du jury d'observer le témoin au moment où il a fait la déclaration antérieure. Dans *California c. Green*, 399 U.S. 149 (1970), elle a étudié une loi californienne autorisant l'utilisation quant au fond de toutes les déclarations antérieures incompatibles. On prétendait que cette loi violait le droit de l'accusé, garanti par le Sixième amendement, d'être confronté avec tous les témoins à charge. La cour, à la majorité, a conclu que la loi ne portait pas atteinte au droit constitutionnel. À cet égard, la majorité a dit (aux pp. 160 et 188):

[TRADUCTION] . . . une certaine preuve du comportement qui aurait été pertinente quant à la résolution de la question de la crédibilité est perdue à jamais.

. . .

[Mais] le témoin peut être examiné au procès sur les détails de la mémoire, la possibilité d'observer, la signification et la véracité [. . .] Je crois qu'il est juste de dire que l'impossibilité du jury de reconstituer le comportement du témoin au moment de sa déclaration et l'absence d'un serment sont des considérations secondaires.

Le juge Learned Hand avait antérieurement tiré la même conclusion dans *Di Carlo c. United States*, 6 F.2d 364 (2d Cir. 1925). Il a remarqué, à la p. 368, que le témoin qui se rétracte:

[TRADUCTION] . . . comparaît devant les jurés, qui peuvent déduire la vérité de son comportement et de son attitude, même relativement à des réponses incompatibles qu'il a pu donner en d'autres occasions. [. . .] Si, en se fondant sur le comportement du témoin, les jurés concluent que la vérité réside dans ses déclarations antérieures et non dans sa déposition, ils décident néanmoins d'après ce qu'ils ont vu et entendu de cette personne en cour. [Je souligne.]

Ainsi, même sans l'enregistrement sur bande vidéo de la déclaration, nous avons de solides fondements pour conclure que la simple impossibilité d'observer le témoin lorsqu'il a fait sa première déclaration ne devrait pas en justifier l'inadmissibilité. Les droits de l'accusé sont protégés par le contre-interrogatoire du témoin au procès. Il arrivera fréquemment que, par suite du contre-interrogatoire, le témoin, comme en l'espèce, niera la véracité de la déclaration antérieure. On ne pourrait espérer un résultat meilleur du plus brillant des contre-interrogatoires. Il appartiendra alors au juge des faits de déterminer dans quelle version réside la vérité.

Quoi qu'il en soit, en l'espèce il s'agit d'un témoignage enregistré sur bande vidéo. On peut y voir le témoin assis à une table. Un coin de l'écran montre un gros plan de son visage et, au bas, un enregistreur de temps garantit l'intégralité de l'enregistrement. La bande vidéo de la déclaration fournit un enregistrement si complet, non seulement des questions posées et des réponses données, mais du comportement du témoin tout au long de l'interrogatoire, qu'on ne pourrait

invoquer l'incapacité d'évaluer le comportement du témoin au moment de la déclaration pour en justifier l'exclusion.

Soit dit en passant, je me permets de remarquer que la bande vidéo permet également de contrôler le comportement de la police au cours de l'interrogatoire. Elle contribue ainsi grandement à garantir la régularité de l'interrogatoire. Dans «Recording Witness Statements», [1992] *Crim. L.R.* 160, A. Heaton-Armstrong et D. Wolchover ont décrit avec justesse l'utilité de la bande vidéo d'un interrogatoire, à la p. 169:

[TRADUCTION] Plus l'enregistrement d'une déclaration est fidèle et complet, plus il est possible de le présenter comme preuve des faits qu'il relate. Il existe une différence énorme entre la déclaration conventionnelle signée par le témoin, mais écrite par un policier, et l'interrogatoire d'un témoin enregistré sur bande vidéo qui inclut les questions et certains autres facteurs potentiellement importants comme le comportement du témoin, c'est-à-dire, en langage moderne, la communication non verbale, communément appelée le «langage corporel».

On pourrait, dans certains cas, soutenir de façon convaincante que la police a exercé une pression sur le témoin avant l'enregistrement. Cela n'entre toutefois pas en jeu en l'espèce puisque les parents, les avocats ou des membres de la famille accompagnaient les témoins depuis leur arrivée au poste de police jusqu'à la fin de l'interrogatoire.

Parce qu'elle offre un enregistrement complet et intégral des questions posées, des réponses données et du comportement du témoin, la déclaration sur bande vidéo résoudra fréquemment les questions de la fiabilité et du caractère

volontaire de la déclaration. Toutefois, il n'est pas indispensable que la déclaration soit enregistrée sur bande vidéo pour être admissible. Il peut très bien se présenter des cas où un dossier complet et global de la déclaration sera conservé, de même qu'une preuve satisfaisante des circonstances entourant l'interrogatoire et du comportement du témoin, de telle sorte que toutes les conditions à cet égard seront remplies. Par exemple, une déclaration enregistrée faite par le témoin devant la police et en présence de personnes indépendantes et fiables pourrait bien satisfaire à tous les critères de fiabilité et être admissible au même titre qu'une déclaration enregistrée sur bande vidéo. La déclaration antérieure, même si elle n'a pas été enregistrée sur bande vidéo, devrait être admissible si elle satisfait à tous les critères de fiabilité.

L'argument fondé sur l'incapacité d'évaluer le comportement du témoin au moment de la première déclaration ne devrait pas motiver l'exclusion de la déclaration enregistrée sur bande vidéo qui nous occupe en l'espèce.

D. *La possibilité de coercition*

La common law a longuement résisté à l'utilisation d'un témoignage établi à partir des dépositions et des lettres de personnes jamais appelées à témoigner. On craint, légitimement, que les autorités soient si désireuses d'obtenir une déclaration de culpabilité qu'elles exerceront une pression injustifiée sur le témoin afin d'obtenir la déclaration qu'elles recherchent. La règle interdisant l'admissibilité quant au fond d'une déclaration antérieure incompatible avait l'effet salutaire de permettre au témoin de reconsidérer les déclarations antérieures en

cour, où la présence d'un juge permettait de vaincre toute coercition perçue de la part de la police.

Une nouvelle règle admettant les déclarations si certaines conditions sont remplies devrait veiller à ce que la déclaration antérieure du témoin ait été faite volontairement. Elle devrait encore permettre à celui-ci de se rétracter et d'expliquer que la déclaration antérieure était due à la pression ou à la coercition exercée par la police. Toutefois, il faut se rappeler que les policiers ne sont pas les seuls à pouvoir exercer une pression sur un témoin. L'accusé, ses amis ou ceux qui l'appuient peuvent également inciter un témoin à modifier sa déclaration. C'est particulièrement vrai dans les affaires de drogues et de violence familiale. De toute évidence, si la règle actuelle est maintenue, l'accusé a un intérêt considérable à voir le témoin modifier sa version des faits puisque la rétractation en elle-même peut efficacement mettre fin à la poursuite. Cela rendra souvent impossible toute décision au fond sur l'accusation.

Dans *Gibbons c. State*, 286 S.E.2d 717 (1982), la Cour suprême de l'État de Géorgie a fait remarquer, à la p. 722, qu'une règle autorisant l'admissibilité quant au fond des déclarations antérieures signifie que:

[TRADUCTION] . . . les deux parties sont assurées d'un degré de protection contre les tentatives visant à influencer la déposition d'un témoin, puisque ce dernier ne peut plus *réellement*, à son gré, revenir sur sa déclaration antérieure.

Pour les mêmes motifs, les témoins sont protégés contre les tentatives irrégulières visant à influencer la déposition -- l'avantage potentiel de cette irrégularité étant diminué substantiellement par l'adoption de la présente règle. [En italique dans l'original.]

Veiller à ce qu'il n'y ait eu aucune irrégularité ni aucun abus de pouvoir de la part de l'État dans l'obtention de la déclaration antérieure revêtra toujours une importance capitale. Le tribunal doit donc s'assurer que la déclaration, qui peut être subséquemment utilisée contre l'accusé même si le témoin la désavoue au procès, a été faite librement et volontairement. Pour ce faire, il peut recourir à la même procédure que lorsqu'il s'assure que les confessions n'ont pas été obtenues irrégulièrement. Je recommanderais donc que, avant de juger la déclaration antérieure admissible en vertu de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, un voir-dire soit tenu pour vérifier que la déclaration a été faite librement et volontairement. En l'espèce, le juge du procès a conclu que le comportement des policiers était [TRADUCTION] «tout à fait sans reproche, régulier, ni oppressif, ni coercitif». Il s'agit là, à mon sens, de la norme applicable dans l'examen de la déclaration.

À la clôture du voir-dire, le juge du procès devrait être convaincu hors de tout doute raisonnable que la déclaration a été faite volontairement dans une atmosphère aussi dénuée d'oppression que possible et qu'elle n'a pas été faite dans l'espoir d'une récompense ou dans la crainte d'une punition.

IV. Les conditions d'admissibilité à remplir lors du voir-dire

Plusieurs points doivent être examinés dans le cadre du voir-dire. Il pourrait être utile d'indiquer ici la façon dont celui-ci devrait se dérouler et les questions à y résoudre.

Le voir-dire devrait être tenu de la manière habituelle. Comme le Juge en chef l'a fait remarquer, la déclaration antérieure doit par ailleurs être admissible et non exclue par l'application d'une autre règle de preuve comme celles dont il a fait mention. En l'espèce, les déclarations antérieures incompatibles des témoins faisaient part de déclarations incriminantes de l'intimé, qui seraient normalement admissibles.

Au voir-dire, le juge du procès doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que les conditions d'admissibilité de la déclaration antérieure incompatible ont été remplies. Je proposerais les conditions suivantes:

(1) La preuve contenue dans la déclaration antérieure serait admissible si celle-ci était faite devant la cour.

(2) La déclaration a été faite volontairement par le témoin et elle n'est pas le résultat d'une pression excessive, de menaces ou de promesses de récompenses.

(3) La déclaration a été faite dans des circonstances qui, considérées objectivement, feraient bien comprendre au témoin l'importance de dire la vérité.

(4) La déclaration est fiable puisqu'elle a été transcrite ou enregistrée intégralement et fidèlement.

(5) La déclaration a été faite alors que le témoin s'exposait à des poursuites criminelles s'il faisait une déclaration délibérément fausse.

Si ces conditions sont remplies, la déclaration antérieure incompatible doit être admise à toutes les fins.

Les déclarations à prendre en considération lors d'un tel voir-dire se situeront le long de l'échelle de la fiabilité. Par exemple, à une extrémité, on peut établir que la déclaration a été enregistrée sur bande vidéo, que le témoin a eu droit à l'assistance d'un avocat, qu'il était accompagné d'un parent ou d'une personne responsable tout au long de l'interrogatoire, qu'il a été informé du caractère sérieux de l'enquête et de l'importance de dire la vérité, et qu'il a fait la déclaration volontairement. Les déclarations faites dans ces circonstances peuvent être facilement admissibles. D'autres déclarations peuvent aussi être jugées fiables et admissibles bien qu'elles ne présentent pas tous les indices susdits de fiabilité. Par exemple, même s'il n'en existe pas de bande vidéo, l'interrogatoire peut avoir été enregistré sur bande sonore en présence de témoins indépendants, sérieux et fiables, qui témoignent du comportement et de l'attitude du témoin et de la police. À l'autre extrémité de l'échelle peut se trouver la déclaration antérieure incompatible contenue dans des notes écrites à la hâte par un seul policier paraphrasant les propos que le témoin lui a tenus dans un environnement agité et dans des circonstances difficiles. Il peut être difficile de conclure à l'admissibilité d'une telle déclaration.

A. *La norme de preuve au voir-dire*

Le Juge en chef trancherait la question de l'admissibilité selon la prépondérance des probabilités. Or, il n'existe que peu de jurisprudence portant sur la nature de la charge de la preuve dans le cadre d'un voir-dire.

Face à la question de savoir s'il y a lieu d'adopter dans des circonstances particulières la norme d'une preuve hors de tout doute raisonnable ou bien celle d'une preuve selon la prépondérance des probabilités, notre Cour a adopté une attitude de souplesse. La norme qu'elle a choisie tient à une décision de principe prise après avoir soupesé les intérêts en jeu, soit ceux de l'accusé et ceux du public. Voir les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 137 et 138, et *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, aux pp. 973 à 976. Par exemple, une confession ne produit son effet au procès que si son caractère volontaire a été prouvé hors de tout doute raisonnable avant son admission: *R. c. Pickett* (1975), 28 C.C.C. (2d) 297 (C.A. Ont.).

La confession est une déclaration incriminante d'un accusé faite à une personne en situation d'autorité. En l'espèce, l'intimé a fait un aveu à ses amis qui, de toute évidence, n'étaient pas en situation d'autorité. Bien qu'ils aient été incriminants, les aveux n'étaient pas des confessions. Il n'y a pas ici de raison de craindre que les déclarations aient été soutirées à l'accusé par la police.

Toutefois, quand ils se sont présentés au poste de police, les témoins étaient en quelque sorte sous l'autorité de la police. Par conséquent, au nom de l'équité et de l'uniformité, la même norme élevée devrait être appliquée à toutes les déclarations antérieures. Non seulement l'intérêt de l'accusé serait mieux servi,

mais aussi l'impartialité du procès serait garantie s'il fallait que le juge président le voir-dire soit convaincu hors de tout doute raisonnable à l'égard de tous les aspects de la déclaration. Si la fiabilité de la déclaration antérieure est à ce point faible ou minime qu'elle ne pourrait être admise que par l'application de la norme civile, il ne s'agit pas du genre de preuve qu'il convient de soumettre au juge des faits dans un procès criminel.

Le Juge en chef ne se prononce pas sur la question de savoir si la confession d'un accusé qui fait partie d'une déclaration antérieure incompatible devrait être admissible selon la prépondérance des probabilités. Selon moi, il importe peu que la confession soit admise directement ou qu'elle soit présentée au jury sous la forme d'une déclaration antérieure incompatible: dans un cas comme dans l'autre le critère à remplir lors du voir-dire devrait être celui d'une preuve hors de tout doute raisonnable.

Le juge qui préside le voir-dire ne devrait pas évaluer la crédibilité de la déclaration, pas plus que le juge président un voir-dire relatif à une confession ne déciderait de la véracité de celle-ci. Le voir-dire permet simplement de s'assurer que les circonstances entourant la déclaration en justifient l'admission. C'est au jury qu'il appartient de décider si la déclaration antérieure doit être acceptée comme véridique.

B. *Les directives au jury*

Si, à la clôture du voir-dire, la déclaration antérieure incompatible est jugée admissible à toutes les fins, le juge du procès devrait, à un certain moment, donner au jury des directives concernant la déclaration.

Les jurés devraient être informés que, même si la déclaration est jugée admissible, il leur appartient de décider de l'importance à lui accorder. Ils devraient également savoir qu'ils peuvent décider d'accorder à la déclaration une moins grande importance parce qu'elle n'a pas été soumise à un contre-interrogatoire au moment où elle a été faite et parce qu'ils n'ont pas eu la même possibilité d'évaluer le comportement du témoin que si la déclaration avait été faite devant la cour. Néanmoins, la déclaration doit être traitée comme toute autre preuve admissible. Elle peut être acceptée comme la preuve de la véracité de son contenu, elle peut être acceptée en partie et rejetée en partie, ou elle peut être rejetée entièrement. Dans son appréciation de la déclaration, le jury devrait tenir compte de toutes les circonstances qui l'ont entourée.

V. Le critère dans les arrêts *Smith* et *Khan*

Avant d'indiquer comment pourrait se dérouler un voir-dire en l'espèce, je devrais aborder le second aspect des motifs du Juge en chef qui concernent les déclarations faites dans un cas où au moins une des trois conditions préalables (le serment, la mise en garde et l'enregistrement sur bande vidéo) n'a pas été remplie. De l'avis du Juge en chef, il y a alors lieu, «subsidièrement» et dans «des cas exceptionnels», d'appliquer les principes énoncés dans les arrêts *Smith* et *Khan*. En

d'autres termes, le juge qui préside le voir-dire doit rechercher d'autres indices de fiabilité.

Sans aucun doute, ces arrêts offrent une autre justification à la modification de la règle, souvent critiquée, formulée par notre Cour dans l'arrêt *Deacon*, précité. Pourvu qu'y soient compris les critères préliminaires d'admissibilité que je propose, je ne m'oppose pas du tout à l'adoption, à l'égard des déclarations antérieures incompatibles, de la méthode énoncée dans les arrêts *Khan* et *Smith* pour la preuve par oui-dire.

VI. L'application des conditions d'admissibilité à l'espèce

Par l'examen de l'application possible, à la présente affaire, des conditions d'admissibilité proposées, je veux non pas tirer une conclusion sur la question de l'admissibilité, mais démontrer comment l'analyse que j'ai proposée pourrait être appliquée en l'espèce.

(1) La preuve par ailleurs admissible

La preuve contenue dans les déclarations antérieures serait admissible si celles-ci avaient été faites devant la cour.

(2) Le caractère volontaire de la déclaration

En l'espèce, chaque témoin a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat. Chacun était accompagné, au cours de l'interrogatoire, d'un avocat, d'un parent, d'un frère ou d'une sœur ou de plusieurs d'entre eux. Les bandes vidéo des interrogatoires n'ont révélé absolument aucune preuve d'irrégularité de la part des policiers. Le juge du procès les a félicités de leur délicatesse dans la façon dont ils ont traité l'affaire. En fait, ils ont agi de manière exemplaire. Ils ont scrupuleusement et soigneusement avisé les témoins de leurs droits, de la nature de l'enquête et de l'importance de dire la vérité. Il n'y a aucune preuve qu'ils aient subi une influence indue; ils ne se sont vu offrir aucune récompense et n'ont fait l'objet d'aucune menace. Il serait en conséquence loisible au juge qui préside le voir-dire de conclure au caractère volontaire des déclarations antérieures.

(3) L'importance de dire la vérité

Tous les témoins se sont présentés au poste de police en compagnie de membres de leur famille, l'un d'eux étant également accompagné d'un avocat. Les policiers les ont avisés qu'ils faisaient enquête sur le décès de Joseph Wright, qui avait été poignardé. Les témoins ont tous été informés de l'importance de dire la vérité. La police a même averti l'un d'eux que des accusations criminelles risquaient d'être portées contre lui s'il ne disait pas la vérité. Compte tenu de toutes ces circonstances, il semble que les témoins auraient dû comprendre l'importance de dire la vérité. Le juge du procès présidant un voir-dire aurait certainement pu tirer une telle conclusion.

(4) La fiabilité de la déclaration

La bande vidéo démontre la fiabilité de la déclaration. Elle est un enregistrement intégral et fidèle des questions posées et des réponses données. Elle révèle le ton de voix et la physionomie des témoins. L'enregistrement de la déclaration et des circonstances l'entourant est complet et fiable à un point tel qu'il semble justifier une conclusion de la part du juge président le voir-dire que les déclarations étaient fiables.

(5) Le risque de poursuites criminelles si le témoin fait une déclaration délibérément fausse

Tous les témoins s'exposaient à des poursuites criminelles pour entrave à la justice ou méfait public si leurs déclarations étaient délibérément fausses. Un des témoins a été informé de cette possibilité dans des termes généraux. Ils ont tous été avisés de l'importance de dire la vérité. Les déclarations ont été faites dans des circonstances justifiant des poursuites criminelles si les déclarations des témoins étaient délibérément fausses.

En l'espèce, il serait loisible au juge président un voir-dire tenu au cours d'un nouveau procès de conclure que les déclarations antérieures incompatibles respectaient toutes les conditions d'admissibilité.

VII. Nouveau procès

L'intimé a soutenu que, si les déclarations antérieures incompatibles étaient jugées admissibles à toutes les fins, la preuve serait encore insuffisante pour

déclarer l'accusé coupable. Il a invoqué l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277. Je ne puis accepter cette prétention. Les propos du juge du procès à cet égard sont révélateurs. Selon lui, si l'on pouvait tenir compte des déclarations des témoins à la police:

[TRADUCTION] . . . il s'agirait d'une preuve substantielle confirmant l'identification faite antérieurement par Steven Wright, et la question de l'utilisation du couteau par l'accusé pourrait être résolue à son désavantage.

Ces propos démontrent clairement que, si les déclarations antérieures incompatibles étaient jugées admissibles au cours d'un nouveau procès, le résultat pourrait bien être différent, c'est-à-dire que le verdict ne serait pas nécessairement le même.

Il faut se rappeler qu'un jeune homme a perdu la vie de façon insensée par suite d'une agression à coups de couteau. La collectivité a un intérêt urgent et réel à voir la culpabilité ou l'innocence de l'intimé établie à l'aide de la vérité. L'acquittement antérieur était fondé sur la déposition de témoins qui s'étaient parjurés et sur une interprétation de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui empêchait le juge du procès d'examiner la vérité, en la forme des déclarations antérieures. Ces déclarations auraient bien pu être prises en considération. Un procès doit toujours être une recherche de la vérité. Les obstacles irrationnels et déraisonnables à l'admission d'une preuve ne devraient pas gêner cette recherche. Pour rendre un verdict juste, le tribunal doit pouvoir considérer toute la preuve admissible et pertinente. Seul un nouveau procès, où la cour aura pu examiner de

nouveau l'admissibilité des déclarations antérieures, permettra de rendre une décision éclairée fondée sur la totalité de la preuve admissible.

VIII. Dispositif

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'acquittement et l'ordonnance de la Cour d'appel visant à maintenir l'acquittement, et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

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

Procureur de l'intimé: Keith E. Wright, Toronto.