

2m142-19-11

Université de Montréal

**La reconnaissance du droit constitutionnel  
aux services d'un expert en droit criminel canadien**

par

Ian Demers

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures  
en vue de l'obtention du grade de  
Maître en droit (LL.M.)

Avril 2000

© Ian Demers, 2000





Université de Montréal  
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

**La reconnaissance du droit constitutionnel  
aux services d'un expert en droit criminel canadien**

présenté par :

Ian Demers

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Mémoire accepté le : ..... 10-10-2000 .....

## Sommaire

L'introduction d'éléments de preuve scientifique en droit criminel canadien n'est pas nouvelle, mais elle tend, comme dans toutes les juridictions qui disposent des moyens techniques et financiers appropriés, à prendre une place de plus en plus grande. Il en résulte une diversification de la tâche du juge des faits (le juge ou le jury, selon le cas): en plus des questions traditionnelles de droit et de fait, le juge des faits doit porter un jugement sur les éléments de preuve à caractère scientifique, qui nécessitent la présentation d'une expertise, en déduire des conclusions de fait qui, conjuguées aux autres éléments de preuve présentés au procès, soutiendront le prononcé de culpabilité ou d'un acquittement.

Dans un monde idéal, l'accusé comme la poursuite aurait la possibilité raisonnable de présenter les éléments de preuve scientifique pertinents à leur cause. Pourtant, malgré l'existence du système d'aide juridique, on est loin de cet idéal.

Les seuils d'admissibilité à l'aide juridique sont très bas et permettront à une minorité d'accusés d'avoir accès aux services d'expertise nécessaires à la présentation d'une défense pleine et entière. L'adoption de tels seuils présume que les autres accusés auront les moyens financiers de se défendre adéquatement. Or, si cette présomption est juste pour tout ce qui touche la représentation en tant que telle, c'est-à-dire les services juridiques dispensés par l'avocat, il est loin d'être certain que l'on puisse affirmer avec autant d'exactitude que l'accusé dont la défense doit comporter la présentation du témoignage d'un expert aura les moyens financiers pour se défendre.

Non seulement la preuve scientifique joue-t-elle et est-elle appelée à jouer un rôle de plus en plus déterminant dans la détermination de la culpabilité ou de l'innocence, mais son impact potentiel sur l'issue du procès est tellement grand qu'un déséquilibre des ressources mènera inévitablement, à court terme, à des décisions erronées, donc à la condamnation d'accusés qui auraient pu valablement faire valoir des moyens



d'exonération de leur responsabilité criminelle ou qui ont auraient pu démontrer le manque de fiabilité des expertises présentées par la Couronne.

Ce mémoire examine donc la solution qu'offre la *Charte canadienne des droits et libertés*. Aux États-Unis, la jurisprudence basée sur la *Constitution des États-Unis* reconnaît depuis 15 ans le droit constitutionnel aux services d'un expert aux frais de l'État lorsque l'accusé fait la preuve de toute une série de facteurs. Un tel droit n'existe pas au Canada, mais la complexité de la preuve, son impact sur la décision que prendra le juge des faits, le souci constant des tribunaux de tenir des procès justes et équitables, de donner à l'accusé la possibilité de présenter une défense pleine et entière et d'avoir accès à la justice comprennent déjà les assises nécessaires à la reconnaissance, en droit constitutionnel canadien, du droit aux services d'un expert dont les coûts sont défrayés par l'État. Plus qu'un exercice de transposition du droit américain au droit canadien, ce mémoire se veut une critique de l'approche restrictive développée aux États-Unis et formule une proposition qui, dans la pratique, permettrait aux tribunaux de rendre des décisions en accord avec les principes fondamentaux du droit constitutionnel canadien, principalement la tenue d'un procès juste et équitable et la présentation par l'accusé d'une défense véritablement pleine et entière.

## Table des matières

Sommaire .....	iii
Table des matières .....	v
Abréviations .....	vii
Remerciements .....	xii
Le déséquilibre des ressources .....	1
Partie I – Le droit constitutionnel aux services d’un expert en droit américain .....	20
A. La création judiciaire du droit constitutionnel aux services d’un psychiatre .....	22
B. L’interprétation de l’arrêt <i>Ake</i> .....	29
I. L’admissibilité de la preuve scientifique .....	34
II. La nécessité de l’expertise .....	36
a. Le critère de la probabilité raisonnable .....	38
b. Le témoignage d’expert est l’élément central de la défense .....	43
c. La preuve d’un besoin particularisé .....	49
III. L’impact et la complexité de la preuve scientifique .....	53
IV. Le préjudice subi par l’accusé .....	62
Partie II – Le droit constitutionnel aux services d’un expert en droit canadien .....	67
Chapitre 1. Les fondements provenant du droit constitutionnel canadien .....	73
A. Le droit à un procès juste et équitable .....	75
I. La notion d’équité .....	76
II. L’équité telle qu’elle se dégage de l’interprétation de la <i>Charte</i> .....	80
B. Le droit à une défense pleine et entière .....	99
I. Les moyens d’exercer une défense pleine et entière .....	102
a. Le droit constitutionnel à la présence d’un avocat au procès dont les honoraires sont défrayés par l’État .....	106
i. La voix discordante du professeur Hogg .....	108
ii. La présence d’un avocat est nécessaire à la tenue d’un procès juste et équitable et à la présentation d’une défense pleine et entière .....	110
1. La complexité des procédures, des règles de droit et la capacité de l’accusé de se défendre seul .....	112
2. La privation possible de liberté .....	114
3. Un résumé de tous les critères utilisés .....	115
b. Le droit de contre-interroger .....	119
c. Le droit à la divulgation de la preuve .....	123
i. L’arrêt <i>Stinchcombe</i> et sa progéniture .....	124
ii. L’élargissement de l’obligation de divulgation à la preuve d’expert .....	128
II. L’impact du droit à une défense pleine et entière en matière scientifique .....	132

Chapitre 2. L'esquisse d'une proposition .....	142
A. Le fardeau financier de l'État .....	143
B. L'analyse des critères retenus par les tribunaux américains .....	145
I. Les critères à rejeter .....	146
a. Deux formulations du critère de nécessité .....	146
i. Le témoignage central à la défense .....	147
ii. La preuve d'un besoin particularisé .....	149
b. L'impact et la complexité de la preuve scientifique .....	151
c. Le critère du préjudice .....	153
i. Le critère du préjudice en droit canadien .....	153
ii. Le rejet du critère du préjudice .....	155
II. Les critères à retenir .....	157
a. L'admissibilité de la preuve scientifique .....	157
b. Le critère de nécessité .....	158
i. La probabilité raisonnable .....	159
ii. L'importance des phases exploratoire et préparatoire .....	160
C. L'exemple du droit à l'avocat au procès en droit canadien et l'élaboration d'une proposition canadienne .....	163
Conclusion .....	169
Annexe I .....	175
Annexe II .....	176
Législation citée .....	177
Table de la jurisprudence citée .....	178
Bibliographie .....	188

## Abréviations

*Une abréviation accompagnée de la lettre (a) signifie qu'elle est accompagnée d'une date.*

*Le (x) marque un numéro de tome, district, division, etc.*

A.	Atlantic Reporter
A.C.	Appeal Cases (Angleterre)
acc.	accusé
A.D. (x) Dept.	New York Supreme Court, Appellate Division
ADN	acide désoxyribonucléique
al.	alinéa
Ala. (a)	Supreme Court of Alabama
Ala.Cr.App.	Alabama Court of Criminal Appeals
Alb.	Alberta
All E.R.	All England Reports
Alta.L.R.	Alberta Law Reports
Am.Crim.L.Rev.	American Criminal Law Review
anc.	ancien, -ne, anciennement
App.	appendice ou Appeals
A.R.	Alberta Reports
Ariz. (a)	Supreme Court of Arizona
Ariz.St.L.J.	Arizona State Law Journal
Ark. (a)	Supreme Court of Arkansas
art.	article
B.R.	Banc de la Reine, du Roi
Brit.Y.B.Int'l L.	British Yearbook of International Law
Bull.Am.Acad. Psychiatry L.	Bulletin of the American Academy of Psychiatry and Law
c.	contre ou chapitre
C.A.	Cour d'appel
Cal. (a)	Supreme Court of California
Cal.App. (n) Dist.	California Court of Appeals
Cal.Rptr.	California Reporter
C.-B.	Colombie-Britannique
C.C.C.	Canadian Criminal Cases
C.D.Ill.	United States District Court, Central District of Illinois
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
cert.	certiorari
Ch.L.	Chambre des Lords
Cir..	Circuit
C.J.Ont. Div.gén.	Cour de justice de l'Ontario, division générale
C.M.Mtl.	Cour municipale de Montréal
Colo.App.	Colorado Court of Appeals
conf.	confirmé
C.Ont. Div.prov.	Cour de l'Ontario, division provinciale
C.P.	Cour provinciale

C.R.	Criminal Reports
Crim.L.Q.	Criminal Law Quarterly
C.R.N.S.	Criminal Reports New Series
C.S.	Cour supérieure
C.S.C.	Cour suprême du Canada
C.Q.	Cour du Québec
D.C.	District of Columbia
diss.	dissident, dissidente
Dist.	District
D.Kan.	United States District Court, District of Kansas
éd.	édition
E.D.Ark.	United States District Court, Eastern District of Arkansas
E.D.Mo.	United States District Court, Eastern District of Missouri
E.D.N.Y.	United States District Court, Eastern District of New York
E.D.Okl.	United States District Court, Eastern District of Oklahoma
E.D.Tex.	United States District Court, Eastern District of Texas
E.D.Va.	United States District Court, Eastern District of Virginia
E.R.	England Reports
F.	Federal Reporter
Fla. (a)	Supreme Court of Florida
Fla.App.	Florida Court of Appeals
F.S.	Florida Statutes
F.Supp.	Federal Supplement Reporter
Ga. (a)	Supreme Court of Georgia
Ga.App.	Georgia Court of Appeals
GRC	Gendarmerie royale du Canada
H.C.Ont.	Ontario High Court
H.C.J.Ont.	Ontario High Court of Justice
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
Idaho (a)	Supreme Court of Idaho
Ill. (a)	Supreme Court of Illinois
Ill.App. (x) Dist.	Illinois Court of Appeals
Ind. (a)	Supreme Court of Indiana
Ind.App. (x) Dist.	Indiana Court of Appeals
Iowa (a)	Supreme Court of Iowa
Iowa App.	Iowa Court of Appeals
Î.-P.-É.	Île-du-Prince-Édouard
J.Crim.L. & Crimi- nology	Journal of Criminal Law and Criminology
Kan. (a)	Supreme Court of Kansas
Kan.App.	Kansas Court of Appeals
Ky. (a)	Supreme Court of Kentucky
L. & Contemp.Pro- bs.	Review of Law and Contemporary Problems
La. (a)	Supreme Court of Louisiana
La.App. (x) Cir.	Louisiana Court of Appeals
L.J.	Law Journal
L.Q.	Lois du Québec
L.Rev.	Law Review

L.R.N.-B.	Lois révisées du Nouveau-Brunswick
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
L.R.C. (1985)	Lois révisées du Canada (1985)
LSD	acide lysergique diéthylamide
Man.	Manitoba
Man.R.	Manitoba Reports
Mass. (a)	Supreme Court of Massachusetts
M.D.Ala.	United States District Court, Middle District of Alabama
Md.App.	Court of Special Appeals of Maryland
Me. (a)	Supreme Court of Maine
Mich. (a)	Supreme Court of Michigan
Mich.App.	Michigan Court of Appeals
Mich.L.Rev.	Michigan Law Review
Minn.App.	Court of Appeals of Minnesota
Minn.L.Rev.	Minnesota Law Review
Miss. (a)	Supreme Court of Mississippi
Mo.App.E.D.	Missouri Court of Appeals, Eastern Division
n.	note
N.-B.	Nouveau-Brunswick
N.B.R.	Recueil des arrêts du Nouveau-Brunswick
N.C. (a)	Supreme Court of North Carolina
N.C.App.	North Carolina Court of Appeals
N.C.L.Rev.	North Carolina Law Review
N.D.	Supreme Court of North Dakota
N.D.Ga.	United States District Court, Northern District of Georgia
N.D.Ill.	United States District Court, Northern District of Illinois
N.D.Ind.	United States District Court, Northern District of Indiana
N.E.	Northeastern Reporter
N.-É.	Nouvelle-Écosse
Neb. (a)	Supreme Court of Nebraska
Neb.L.Rev.	Nebraska Law Review
New L.J.	New Law Journal
Nfld. & P.E.I.R.	Newfoundland and Prince Edward Island Reports
N.H.	Supreme Court of New Hampshire
N.W.	Northwestern Reporter
N.Y.S.	New York Supplement Reporter
Ohio App. (x) Dist.	Ohio Court of Appeals
Okla.City U.L.Rev.	Oklahoma City University Law Review
Okl.Cr.	Court of Criminal Appeals for Oklahoma
Ont.	Ontario
O.R.	Ontario Reports
Or.App.	Court of Appeals of Oregon
P.	Pacific Reporter
Pa. (a)	Supreme Court of Pennsylvania
par.	paragraphe
PCP	polychlorophényl
perm. app. ref.	permission d'appeler refusée
Qué.	Québec
R.	Sa Majesté la Reine

r.	règlement
R.C.S.	Recueil de la Cour suprême du Canada
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
R. du B.	Revue du Barreau
ref.	refusé
reg.	regulation
R.G.D.	Revue générale de droit
Rev.	Review
Rev.can.D.P.	Revue canadienne de droit pénal / Canadian Criminal Law Review
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec
R.R.Q. 1981	Règlements refondus du Québec de 1981
R.-U.	Royaume-Uni
s.	suivants, suivantes
Sask.	Saskatchewan
S.C. (a)	Supreme Court of South Carolina
S.Ct.	Supreme Court Reporter (É.-U.)
S.D.	Supreme Court of South Dakota
S.D.N.Y.	United States District Court, Southern District of New York
S.D.W.Va.	United States District Court, Southern District of West Virginia
S.E.	Southeastern Reporter
So.	Southern Reporter
Stan.L.Rev.	Stanford Law Review
Sup.	Superior Court
S.W.	Southwestern Reporter
Tenn.	Tennessee
Tenn. (a)	Supreme Court of Tennessee
Tenn.Cr.App.	Tennessee Court of Criminal Appeals
Tenn.Sup.Ct.R.	Tennessee Supreme Court Rules
Tex.App.	Texas Court of Appeals
Tex.Cr.App.	Texas Court of Criminal Appeals
T.-N.	Terre-Neuve
(n) U.S. (a)	United States Supreme Court Reports
U.S.C.	United States Code
Utah	Supreme Court of Utah
Va. (a)	Supreme Court of Virginia
Va.App. (a)	Virginia Court of Appeals
Va.L.Rev.	Virginia Law Review
Vt. (a)	Supreme Court of Vermont
Wash. (a)	Supreme Court of Washington
Wash.App.Div.	Supreme Court of Washington, Appellate Division
W.D.Pa.	United States District Court, Western District of Pennsylvania
Wis. (a)	Supreme Court of Wisconsin
Wis.App.	Wisconsin Court of Appeals
W.L.R.	Weekly Law Reports (Angleterre)
W.Va. (a)	West Virginia Supreme Court
W.W.R.	Western Weekly Reports

*J'aimerais dédier cet ouvrage à ma femme, Patricia-Annick, qui pendant les plusieurs années qu'a duré la rédaction de ce mémoire, a accepté de sacrifier une partie de notre vie de famille à sa réalisation. Je le dédie également à mes filles, Anne-Elizabeth et Ekaterina, qui sont trop jeunes pour réaliser la valeur du sacrifice qu'elles ont fait pour moi. Je les remercie de ne pas m'en vouloir d'avoir été si souvent absent.*



## Remerciements

Je n'ai pas la chance, ou le privilège, d'avoir plusieurs personnes à remercier. En plus de ma femme et de mes enfants, j'aimerais remercier une seule personne, la professeure Anne-Marie Boisvert, ma directrice de mémoire.

Mes méthodes de travail sont inorthodoxes et rendent le suivi de l'évolution de mes travaux difficile. Je communique peu et travaille exclusivement individuellement. Néanmoins, ma directrice a su respecter mes méthodes et sa disponibilité, en toutes circonstances, n'a eu d'égale que la rigueur de ses commentaires et des corrections à apporter à mon travail. Ses commentaires ont resserré ma ligne de pensée, évité les dérapages, ajouté de la rigueur à mes recherches. J'ai beaucoup appris sur la rédaction d'ouvrages juridiques et la recherche rigoureuse en général.

## Le déséquilibre des ressources

Le développement des connaissances scientifiques a doucement conduit à leur intégration dans toutes les sphères du droit. En droit criminel, la science joue un rôle de plus en plus prépondérant dans le renversement par la poursuite de la présomption d'innocence<sup>1</sup>. Le ministère public dispose maintenant, outre les traditionnels dactyloscopie et bertillonnage, d'une myriade d'outils techniques et technologiques qui vont de l'alcootest à l'ADN en passant par l'écoute électronique, l'acoustique, la sonographie ou la balistique judiciaire<sup>2</sup>.

La preuve scientifique peut aussi servir de base à la présentation par l'accusé d'une défense d'aliénation mentale<sup>3</sup>, de légitime défense par la preuve de la présence du syndrome de la femme battue<sup>4</sup> ou, avant l'adoption de l'art. 33.1 C.cr., d'intoxication volontaire<sup>5</sup>. Parfois, il ressortira des motifs d'un arrêt qui a intégré en droit un moyen

---

(1) *Williamson c. Reynolds*, 904 F.Supp. 1529, 1561 (E.D.Okl. 1995); A. Michelle WILLIS, «Nonpsychiatric Assistance and the Requisite Showing of Need: A Catch-22 in the Post-Ake Criminal Justice System», 37 *Emory L.J.* 995, 995 (1988).

(2) Pour une présentation complète et compréhensible de la technologie utilisée en droit canadien, voir Gilles LÉTOURNEAU et André A. MORIN, «Technologie nouvelle et droit pénal canadien», (1989) 49 *R. du B.* 821.

(3) *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, art. 16 (*Code criminel* ou C.cr.).

(4) *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852.

(5) *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63. L'art. 33.1 exclut maintenant expressément la présentation d'un tel moyen de défense lorsque l'accusé «s'écarte de la norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne». La Cour suprême avait acquitté Daviault des accusations d'agressions sexuelles déposées contre lui, jugeant que son état d'intoxication extrême l'avait empêché de former l'intention criminelle requise.

de défense que la présentation d'une preuve d'expert est nécessaire pour étayer la crédibilité du moyen de défense<sup>6</sup>. Parfois encore, la preuve scientifique jouera le rôle de contre-preuve en réponse aux éléments présentés par la Couronne.

L'avocat de l'accusé devra, dans ces circonstances, avoir les moyens de contre-interroger efficacement les témoins experts à charge et interroger de même ses propres experts. On doit présumer que la plupart des avocats ne seront pas capables de s'acquitter convenablement de cette tâche du fait de leur formation strictement restreinte à l'étude du droit. Dans certains cas, comme l'illustrent les affaires O.J. Simpson, Tara Manning ou Guy-Paul Morin, la preuve scientifique, ici l'ADN, jouera même un rôle prépondérant. La tâche de l'avocat est alors double: il doit discréditer les analyses et les témoins présentés par la poursuite, par le contre-interrogatoire et la contre-preuve ou simplement présenter sa propre preuve (lors de la présentation d'un moyen de défense, par exemple), et doit, ce qui est probablement le plus difficile à faire, remettre l'utilisation de la preuve scientifique dans son contexte. Pour l'ADN, ce sera de bien faire comprendre que les résultats d'analyse ne démontrent pas la culpabilité de l'accusé, mais que les échantillons examinés, dans une probabilité xyz, proviennent de la même personne. En aucun cas ne peut-on prouver la commission de l'infraction ou l'intention coupable par la seule présentation d'une preuve d'ADN<sup>7</sup>. L'ADN, encore une fois, permet d'illustrer la problématique.

L'ADN symbolise certainement de la façon la plus spectaculaire cette percée de la

---

(6) Sans une preuve sociologique et médicale solide, il est impensable de croire que l'arrêt *Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, aurait eu le même résultat. La juge Wilson le reconnaît tacitement lorsqu'elle reprend en résumé l'utilité qu'a eue la preuve d'expert à détruire les mythes entourant le syndrome de la femme battue: p. 889-90. Elle fait également abondamment référence à la preuve d'expert: voir p. 875-91. De même, une défense d'intoxication extrême, si l'accusé répond aux critères de l'art. 33.1 C.cr., aurait peu de chances de succès sans la présentation d'un rapport de toxicologie.

(7) C'est pourquoi en Allemagne il est interdit de présenter une preuve d'ADN au soutien d'une accusation si elle n'est pas complétée par d'autres éléments de preuve qui tendent à prouver la culpabilité: David FARRINGTON, «Unacceptable Evidence», (1993) 143:6603 *New L.J.* 806, 806. On pourrait refaire l'exercice avec tous les moyens de preuve: l'alcootest ne fait que mesurer la quantité d'alcool dans l'organisme, il ne prouve pas la conduite en état d'ébriété; les tests balistiques donneront une évaluation de l'angle de tir, du calibre de la balle et de l'arme à feu, de la taille de son utilisateur ou de sa position, mais ne prouvent pas que l'accusé a bel et bien tiré le coup de feu; les empreintes digitales prouveront la présence de l'accusé sur les lieux du crime, mais ne prouveront pas sa perpétration, etc.

science en droit, particulièrement en droit criminel. Le législateur fédéral a reconnu son importance lorsque, en 1995, il a amendé le *Code criminel*<sup>8</sup> pour permettre aux agents de la paix, dans le cours d'une enquête portant sur la commission d'une infraction énumérée (pour la plupart des crimes violents), de demander au tribunal de délivrer un mandat de perquisition autorisant la prise forcée d'échantillons sur un suspect. À n'en plus douter, on a foi en ce moyen de preuve et on entend donner aux autorités toute la latitude possible pour l'utiliser. Cet amendement au *Code criminel* traduit bien le préjugé hautement favorable dont jouissent les résultats d'analyse d'ADN et le taux de certitude impressionnant qu'on leur prête. Comme on peut le deviner, les demandes d'analyses sont très nombreuses<sup>9</sup> et l'utilisation de l'ADN au procès, notamment lorsque les échantillons recueillis seront intégrés à la banque de données fédérale sur les informations génétiques, deviendra de plus en plus courante.

Un article publié il y a près de trois ans dans *La Presse* démontre bien l'obstacle qui se dresse devant l'accusé qui fait face à une preuve d'ADN<sup>10</sup>. Il s'agit probablement de la meilleure expression de ce mythe — l'absolue certitude de ces analyses est bien un mythe<sup>11</sup> — véhiculé sans discussion par les médias. Bien que l'épigraphe du texte semble insister sur la circonspection («Génétiiciens et policiers ne jurent que par les empreintes génétiques, mais la prudence reste de mise»), son texte ne fait même pas mention du débat scientifique qui fait rage aux États-Unis sur la fiabilité des techniques, l'interprétation des autoradiogrammes, le calcul des probabilités qu'une conclusion positive (c'est-à-dire que les échantillons qui ont été recueillis sur la scène du crime possèdent le même ADN que ceux prélevés sur l'accusé) ne soit qu'une coïncidence. Tout au plus fait-on état des erreurs humaines qui peuvent être commises dans la manipulation des échantillons, alors que peuvent s'y ajouter des erreurs techniques

---

(8) *Code criminel*, art. 487.04 et s.

(9) Tellement nombreuses que les laboratoires de la GRC ne suffisent plus à la tâche; près de 800 demandes sont laissées en suspens et seules les analyses les plus urgentes sont complétées. C'est ce qui ressort d'un document interne de la GRC publié récemment: Jonathan GATEHOUSE, «Mounties Can't Keep Up with Demand for DNA Tests», *The National Post*, 9 fév. 1999, p. A1-A2.

(10) André PRATTE, «Gare à l'ADN!», *La Presse*, 26 juil. 1997, p. B1.

(11) D. FARRINGTON, *loc.cit.*, note 7, p. 806: «DNA has been allowed a mystique that is undeserved».

directement reliées à la qualité ou à l'état du matériel utilisé. L'auteur laisse la parole aux responsables des laboratoires fédéral et québécois, au président d'un laboratoire privé et à un chercheur américain convaincu de la très grande précision des analyses. En contrepartie, seule l'opinion de l'avocate de Gregory Bromby, reconnu coupable du meurtre de Tara Manning grâce à l'analyse du sperme retrouvé sur elle, représente les protagonistes de l'utilisation de la preuve d'ADN en droit criminel. Loin d'être unique en son genre, ce texte dénué de sens critique perpétue le mythe de la précision, mais aussi celui qui veut que l'accusé puisse être déclaré coupable au vu des résultats de l'analyse.

La communauté juridique n'y échappe pas non plus. Combien de fois n'ai-je pas moi-même entendu cette question, posée par des avocats: «La preuve d'ADN, ça se conteste?». La plupart de mes interlocuteurs étaient estomaqués de ma réponse positive. Ce qui est inquiétant, c'est que ce manque de formation puisse également être le lot des juges qui auront à instruire les procès et des jurés qui auront à rendre une décision. L'impact de la preuve d'ADN risque d'être tel qu'une condamnation suivra presque inévitablement sa présentation.

Pourtant, il faut savoir que les techniques de comparaison des échantillons d'ADN ont d'abord été développées dans les affaires de paternité, dans lesquelles le fardeau de preuve du demandeur est la prépondérance des probabilités<sup>12</sup>, mais elles sont maintenant utilisées en droit criminel malgré les exigences plus strictes du fardeau de la preuve hors de tout doute raisonnable, ce qu'exprime l'al. 11d) de la *Charte*<sup>13</sup> en énonçant le droit à la présomption d'innocence.

Chaque fois qu'elle présentera une preuve d'ADN, la poursuite appellera à la barre des experts en microbiologie, génétique, génétique de population, chimie et statistiques. Ce sont tous des domaines avec lesquels les avocats ne sont pas de prime abord

---

(12) Il s'agit évidemment de la norme de preuve civile: *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2804.

(13) *Charte canadienne des droits et libertés*, L.R.C. (1985), App. II, no. 44 (*Charte canadienne ou Charte*).

familiers. Le contre-interrogatoire de tous ces experts exige au minimum de l'avocat de la défense qu'il consulte un expert indépendant dans tous ces domaines. La préparation d'une telle défense a évidemment des répercussions financières que seuls les accusés les plus fortunés pourront s'offrir. Pour les autres, l'accessibilité à la preuve d'expert risque de demeurer problématique, difficile ou impossible. C'est là que le déséquilibre des ressources se fera le plus sentir et on ne pourra parler de procès juste et équitable lorsque l'accusé n'aura pas véritablement eu la chance de soit contredire la preuve à charge, soit présenter une preuve indépendante, soit les deux. C'est particulièrement vrai dans le cas de l'ADN, mais on pourrait en écrire tout autant au sujet des autres domaines de la science.

L'exemple de l'ADN est particulièrement éloquent. Jusqu'en 1989, peu de tribunaux américains remettaient en question la validité des tests d'ADN dont les résultats étaient présentés au procès; la preuve semblait trop solide, les résultats incontestables. L'admissibilité des analyses d'ADN n'était évidemment jamais contestée<sup>14</sup> et les avocats de la défense avaient toutes les misères du monde à contester efficacement leur valeur probante.

Cette année-là, la Cour supérieure de l'État de New York rendit un important arrêt<sup>15</sup> dont le déroulement du procès devrait pourtant faire réfléchir sur les implications et la complexité de la preuve d'ADN présentée au procès. L'accusé, Castro, concierge de son état, était accusé du meurtre au deuxième degré d'une jeune femme et de sa fille. L'État voulait prouver par la preuve d'ADN que le sang retrouvé sur la montre de l'accusé était celui des victimes, contredisant ainsi l'affirmation de l'accusé.

L'audition du procès a duré douze semaines et a produit plus de 5000 pages de

---

(14) David M. TANOVICH, «The Admissibility of Novel Scientific Evidence Under *Mohan*: The Case of DNA Typing», (1996) 1 *Rev.can.D.P.* 221, 222, avait recensé seulement 25 décisions au Canada dans lesquelles l'admissibilité de l'ADN était contestée. L'auteur explique ce constat par le manque de ressources financières et intellectuelles nécessaires à cette contestation, l'absence de normes sur la conservation, la collecte et l'analyse des échantillons, les difficultés d'accès aux experts qui procéderaient à une analyse indépendante, notamment pour les accusés les moins nantis financièrement: *idem*, 222-23.

(15) *People c. Castro*, 545 N.Y.S.2d 985 (Sup. 1989).

transcriptions sténographiques; pas moins de dix témoins experts ont été entendus, cinq de chaque côté. N'eut été de l'intervention de deux éminents professeurs de droit, l'accusé n'aurait pu présenter une preuve aussi solide qui a mené à l'inadmissibilité des éléments de preuve sur la base du non-respect par le laboratoire des techniques d'analyse généralement observées<sup>16</sup>. La décision s'appuie également sur 17 publications spécialisées et prend plutôt les allures d'un traité scientifique que d'une décision judiciaire. C'en est pourtant une et elle démontre à quel point l'accessibilité aux ressources d'expertises s'est avérée cruciale pour l'accusé. Son cas n'est certainement pas unique.

Bien sûr, il y a l'aide juridique. En principe, toutes les personnes accusées d'actes criminels y ont droit<sup>17</sup>. Toutefois, lorsqu'elles sont accusées par voie de déclaration de culpabilité par procédure sommaire, l'aide ne sera accordée que si la possibilité de l'imposition d'une peine d'emprisonnement existe ou que la présence d'un avocat est nécessaire à la sauvegarde, compte tenu de la gravité ou de la complexité de la cause, des intérêts de la justice<sup>18</sup>. Cette décision est discrétionnaire. Il est bien sûr possible d'en appeler<sup>19</sup>, mais l'accusé n'est jamais certain d'être représenté.

S'il l'est, les frais d'expertise seront généralement remboursés par l'aide juridique et des honoraires sont prévus, lorsque l'accusé est représenté par un avocat de pratique privée le demande, pour le témoignage de l'expert. Toutefois, ces remboursements se font à partir de grilles élaborées par les centres d'aide juridique et il est rare qu'un tarif sera équivalent aux honoraires qu'exigent normalement un expert<sup>20</sup>. Ces grilles

---

(16) *Idem*, 999.

(17) *Loi sur l'aide juridique*, L.R.Q., c. A-14, art. 4.5 par. 1.

(18) *Idem*, art. 4.5 par. 3. L'accusé s'est vu imposer un tel refus dans un arrêt charnière portant sur le droit à l'avocat au procès dans un contexte de *common law*: *Re White and the Queen*, (1976) 32 C.C.C. (2d) 478, 480 (C.S.Alb.).

(19) *Idem*, art. 74 et s. La décision du comité de révision est finale et sans appel: art. 79.

(20) Ce qui amènera assurément certains experts à tout simplement refuser de témoigner pour des personnes qui bénéficient de l'aide juridique, notamment lorsque les tarifs des honoraires remboursables sont nettement au-dessous de ce qu'un regroupement de témoins experts propose. Il faut savoir que les expertises doivent être autorisées par le directeur général du centre d'aide juridique et que ce dernier est libre d'imposer un plafond de remboursement: *Règlement ratifiant l'entente entre le ministre de la Justice et le Barreau du Québec intervenue le 4 avril 1997 sur les conditions d'exercice*,

peuvent dans les faits priver l'accusé des services qui sont nécessaires à sa défense. Donc, malgré l'existence de l'aide juridique, certains accusés qui y auraient droit pourraient être privés des services d'un expert. Cette situation risque de s'accroître avec les réductions du budget consacré à l'aide juridique et avec la diminution des services couverts. De plus, rien n'empêche l'Assemblée nationale et les autres législatures d'abroger la loi ou de décider de ne plus défrayer les honoraires des experts.

Les seuils d'admissibilité à l'aide juridique sont depuis plusieurs années très bas<sup>21</sup>. Une personne seule, pour bénéficier de l'aide juridique gratuite, doit gagner moins de 8870\$ par année, détenir des actifs valant moins de 47500\$ si elle est propriétaire d'une résidence ou à 90000\$ dans le cas contraire et posséder des liquidités d'un montant total inférieur à 2500\$. Pour bénéficier de l'aide juridique avec contribution, dont les montants s'échelonnent de 100 à 800\$, le salaire annuel du requérant ne doit pas dépasser les 12640\$<sup>22</sup>. Ces taux n'ont pas été indexés depuis 1996. En conséquence, plusieurs personnes, qui gagnent le salaire minimum<sup>23</sup> et sont considérées comme vivant sous le seuil de la pauvreté<sup>24</sup>, seront incapables d'embaucher un avocat. Si elles réussissent à le faire, rien n'indique qu'elles pourront embaucher un expert. Cette situation perdurera tant que les seuils d'admissibilité ne seront pas révisés à la hausse.

J'ai déjà souligné l'importance de la présentation d'une preuve scientifique dans certaines circonstances. L'impact de la présentation d'une telle preuve et la complexité des connaissances scientifiques sont tels qu'on ne peut pas espérer présenter un point de vue valable sans le témoignage d'un expert ou à tout le moins la préparation de

---

*la procédure de règlement des différends et le tarif des honoraires des avocats dans le cadre du régime d'aide juridique*, R.R.Q. 1981, c. A-14, r. 2.1, art. 10.

**(21)** *Règlement sur l'aide juridique*, (1996) 128 G.O. II, 5307, art. 18.

**(22)** *Idem*, art. 20. Les art. 18 et 20 prévoient des montants différents selon les situations maritales ou parentales.

**(23)** Au Québec en 1999, il est de 6,90\$ l'heure: *Règlement sur les normes du travail*, R.R.Q., c. N-1.1, r. 3, section II, al. 2, ce qui donne un salaire brut pour qui travaille 35 heures par semaine de 241,50\$; pour 40 heures, 276\$.

**(24)** Pour les personnes seules habitant une agglomération de plus de un demi-million d'habitants, le seuil de faible revenu a été fixé par Statistique Canada à 404,16\$ par semaine en 1993 et 413,86\$ en 1995: STATISTIQUE CANADA, «Chronique: Le pourcentage de travailleurs qui quittent le seuil de faible revenu», *Le Quotidien*, 17 juin 1998, [www.statcan.ca/Daily/Francais/980617/q980617.htm](http://www.statcan.ca/Daily/Francais/980617/q980617.htm).



son dossier en compagnie d'un expert. C'est la démarche qu'emprunterait n'importe quel accusé qui aurait les moyens financiers et qu'emprunteront les substituts du procureur général dans ces causes. Pourtant, les accusés qui sont admissibles à l'aide juridique, mais à qui on refuse l'accès aux services d'un expert, et les accusés à qui l'aide est refusée ou qui sont tout simplement inadmissibles n'auraient pas, en principe, accès aux mêmes avantages et possibilités, quelle que soit la validité de leur moyen de défense. Une telle procédure serait tout à fait discriminatoire et rien ne justifie un traitement différent basé sur les ressources financières des accusés.

Bien sûr, il ne s'agit pas de donner aux accusés des moyens illimités<sup>25</sup>. Toutefois, ils ont les droits fondamentaux de présenter une défense pleine et entière<sup>26</sup> et à la tenue d'un procès juste et équitable<sup>27</sup>; il se présentera inévitablement des situations dans lesquelles les accusés privés de ressources scientifiques ne pourront exercer pleinement ces deux droits. Alors, il faut leur donner les moyens de pallier cette lacune du système d'aide juridique ou de leur situation financière.

La première solution qui se dégage d'emblée ressemble à celle qu'on applique habituellement aux cas des accusés qui ne sont pas représentés. On les envoie au centre d'aide juridique le plus près ou on leur offre de consulter un avocat de l'aide juridique qui se trouve déjà au palais de justice. Lorsque l'accusé est déclaré inadmissible, il peut alors présenter, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, une requête au juge du procès lui demandant soit de suspendre les procédures, soit d'émettre une ordonnance enjoignant le procureur général ou le centre d'aide juridique à défrayer les honoraires

---

**(25)** Comme le rappelle le juge Creaghan au sujet du droit à la présence d'un avocat aux frais de l'État, malgré son importance (et par analogie à celle de l'expert), il ne faut pas conclure à une violation de la *Charte* chaque fois que le droit à l'avocat est refusé ou qu'un manque de ressources financières est observé: *R. c. Cormier*, (1988) 90 N.B.R. (2d) 265, 267 (B.R.).

**(26)** *Charte canadienne*, art. 7, tel qu'interprété dans de nombreux arrêts de la Cour suprême, dont *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80 ; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

**(27)** *Idem*, al. 11d): «Tout inculpé a droit [...] d'être présumé innocent tant qu'il n'a pas été déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès juste et équitable».

d'un avocat qui agira comme défenseur de l'accusé. En somme, on ne fait que rétablir l'équilibre entre l'accusé, habituellement dénué de toute connaissance juridique, et le ministère public, toujours représenté par un avocat. Au niveau du droit, l'accusé et l'État se retrouvent donc à armes égales. On peut alors présumer qu'un procès juste et équitable sera tenu et que l'accusé aura l'occasion de présenter une défense pleine et entière.

L'analogie entre l'avocat et l'expert est intéressante parce que l'expert aura un rôle semblable à celui de l'avocat. On peut dire que lorsqu'une preuve scientifique est présentée et que l'accusé est représenté par un avocat assisté d'un expert, il est représenté par une même entité, la défense. Chaque membre de la défense possède des qualifications et une spécialité propres: l'avocat, le droit et l'expert, la science. Évidemment, le contre-interrogatoire et l'interrogatoire des témoins experts est réservé à l'avocat. Cependant, ses questions seront suggérées ou aiguillées par l'expert, qui lui possède les connaissances et les aptitudes pour faire ressortir les failles de la preuve soumise à l'appréciation du juge des faits. Bien sûr, l'expert, au contraire de l'avocat, peut témoigner. Mais l'expert ne peut plaider et, sous cet aspect, de par leur contribution à l'attaque de la solidité de la preuve à charge et leur proposition d'une interprétation correcte de la preuve, l'avocat et l'expert jouent des rôles semblables. C'est pourquoi la dernière partie du présent mémoire, qui porte sur les critères à retenir pour la reconnaissance du droit constitutionnel aux services d'un expert, commence par une étude exhaustive du droit constitutionnel à l'avocat non pas sous l'angle de l'al. 10b) de la *Charte*, qui est restreint aux circonstances de l'arrestation d'un prévenu, mais sous l'angle de l'art. 7, plus général et qui reconnaît le droit d'être représenté par avocat au procès.

Une courte digression s'impose ici. La Cour suprême du Canada n'a jamais reconnu que le droit constitutionnel d'être représenté existe. En fait, aucun de ses arrêts ne porte spécifiquement sur la question. Pourtant, il ne faut pas en conclure qu'il est inexistant et que la Cour elle-même y est réfractaire. La jurisprudence de la plupart

des cours d'appel et des cours supérieures du pays, à l'instar de la Cour suprême américaine<sup>28</sup>, ont reconnu l'existence d'un tel droit, balisé il va sans dire de nombreux critères; la Cour suprême elle-même a reconnu, sous la plume du juge Iacobucci, que l'art. 7 couvrait les situations que l'al. 10b) ne couvrait pas<sup>29</sup>. Ces commentaires font partie de l'*obiter dictum* du jugement, mais ils démontrent bien l'application large que peut recevoir l'art. 7.

Il n'est pas futile de régler la question. À cause de la similarité de leurs rôles, l'avocat et l'expert sont inextricablement liés. Comme pour la plupart des crimes sérieux, les accusés seront représentés, il ne peut donc y avoir d'expert s'il n'y a pas d'avocat, encore moins du droit constitutionnel à être «représenté» par un expert et un avocat. Il serait illogique d'obliger un accusé, en lui refusant l'accès aux services d'un avocat, à préparer sa défense à l'aide d'un expert tout en ne connaissant pas les règles de droit. Il sera incapable de transposer en termes juridiques toute la preuve présentée; sa défense sera faible, même s'il dispose d'arguments solides et convaincants, faute d'avoir pu les présenter correctement. Il ne pourra enfin guider efficacement le juge des faits, celui-ci devant prendre une décision juridique sur la base d'éléments de faits traditionnels et d'éléments de preuve scientifique. L'analyse du droit constitutionnel à l'avocat aura donc une double finalité: surmonter l'obstacle théorique qui se dresse devant la reconnaissance du droit constitutionnel aux services d'un expert aux frais de l'État et poser les jalons de sa reconnaissance pratique.

Voilà donc pour la ligne de pensée que suivra ce mémoire.

Loin d'être une notion complètement inconnue, le droit constitutionnel aux services d'un expert aux frais de l'État fait partie de la Constitution américaine depuis l'interprétation qu'en a donnée la Cour suprême des États-Unis, en 1985, dans l'arrêt

---

**(28)** Les accusés faisant face à la peine de mort y ont droit depuis l'arrêt *Powell c. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932), tous les accusés depuis l'arrêt *Gideon c. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963) et en appel depuis l'arrêt *Douglas c. California*, 372 U.S. 353 (1963) (qui reconnaît également le droit d'appel).

**(29)** *R. c. Dehghani*, [1993] 1 R.C.S. 1053, 1076-77.

*Ake c. Oklahoma*<sup>30</sup>. À ce jour, les États-Unis sont la seule juridiction de *common law* qui en ait fait une norme constitutionnelle<sup>31</sup>. Le corpus juridique est non seulement bien implanté, mais extrêmement détaillé<sup>32</sup>. La portée du droit a été suffisamment circonscrite, les critères sont relativement homogènes et il est surprenant de constater la quasi-uniformité des décisions qui portent sur des situations factuelles semblables, bien qu'elles aient pris naissance dans deux États souvent éloignés l'un de l'autre. C'est ce qui en fait non seulement un objet d'étude approprié, mais une excellente introduction à la notion de droit constitutionnel à un expert. On dispose ainsi d'une base théorique à partir de laquelle on peut travailler et on est à même d'identifier les faiblesses ou les non-sens de l'interprétation de l'arrêt *Ake*. Ultérieurement, cette démarche démontrera toute son acuité lorsque viendra le temps d'élaborer des critères propres au droit canadien. Mais nous n'en sommes qu'à la première partie.

La *Charte canadienne* est devenue un élément primordial de la défense d'un accusé; le caractère abusif d'une fouille<sup>33</sup>, la négation du droit à l'avocat lors de l'arrestation<sup>34</sup> ou du droit à un procès instruit dans un délai raisonnable<sup>35</sup> sont autant de motifs qui peuvent forcer le juge du procès à s'autoriser du par. 24(1) de la *Charte* pour prononcer un arrêt des procédures. La constitutionnalité du *Code criminel* et des autres lois pénales est régulièrement remise en cause et les recueils de jurisprudence regorgent d'arrêts portant sur ces questions<sup>36</sup>.

---

**(30)** 470 U.S. 68 (1985).

**(31)** Le Canada ne serait pas le précurseur en adaptant son droit constitutionnel en ce sens; outre les États-Unis, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Bönisch c. Autriche*, CEDH, Série A, no. 92, arrêt du 6 mai 1985, a ainsi interprété le par. 6(1) de la *Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, dont le texte est placé en Annexe I. Voir l'analyse qu'en fait J.G. MERRILLS, «Decisions on the European Convention on Human Rights during 1985», (1985) 56 *Brit.Y.B.Int'l L.* 335, 347 et s.

**(32)** À ce jour, plus de 500 décisions des cours suprêmes et d'appel des États ont interprété les motifs de l'arrêt *Ake*.

**(33)** *Charte canadienne*, art. 8.

**(34)** *Idem*, al. 10b).

**(35)** *Idem*, al. 11b). Les autres droits fondamentaux dont bénéficient les accusés sont énumérés aux art. 2 et 7 à 15.

**(36)** Loin de fournir une liste exhaustive pour appuyer cette affirmation, les exemples qui suivent visent à démontrer la diversité des contestations: *R. c. Keegstra*, [1996] 1 R.C.S. 458; [1995] 2 R.C.S. 38; [1990] 3 R.C.S. 697 et *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870 (art. 319; propagande haineuse); *R.*

Toutes les facettes d'un procès peuvent donc être remises en question et le droit de la preuve n'y fait pas exception. Lorsque, par exemple, des éléments de preuve auront été obtenus en violation des droits constitutionnels de l'accusé, ils seront écartés si le tribunal juge que dans les circonstances, leur «utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice»<sup>37</sup>. Pourtant, malgré son impact toujours grandissant, la *Charte* a jusqu'à maintenant eu un rôle mineur, si rôle il y a, à jouer dans le modelage des règles de droit qui touchent l'expertise en droit criminel.

Pour l'instant, seules les règles d'admissibilité forment le corpus juridique canadien de la preuve d'expert. Elles sont fonction du rôle de l'expert, qui est de «fournir au juge et au jury une conclusion toute faite [sur l'interprétation à donner aux faits ou sur les conclusions à en tirer<sup>38</sup>] que ces derniers, en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler»<sup>39</sup>.

Ces règles d'admissibilité sont énoncées objectivement et limitativement: «[l]a pertinence, la nécessité d'aider le juge des faits, l'absence de toute autre règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert»<sup>40</sup>. Comme pour toute preuve, la

---

*c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711 et *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665 (par. 515(6) et (10); privation de liberté sous caution); *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731 (art. 181; diffusion de fausses nouvelles); *R. c. Wholesale Travel Group inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154 (al. 36(1)a) et par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, c. C-23); *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 (anc. art. 276; exclusion totale de la preuve du comportement sexuel de la victime); *R. c. Sit*, [1991] 2 R.C.S. 124 (par. 21(2) et al. 230c); intention commune de perpétrer une infraction et meurtre par suffocation); *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (art. 287; avortement); *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 638 (anc. al. 230d) (depuis abrogé); meurtre par interprétation); *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045 (par. 5(2) de l'anc. *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), c. N-1; emprisonnement minimal de sept ans pour trafic de stupéfiants). Les règles de *common law* sont soumises aux mêmes exigences: *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

(37) *Charte canadienne*, par. 24(2). Les facteurs à considérer ont été, de façon non exhaustive, énumérés pour la première fois dans l'arrêt *Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

(38) *R. c. Bélard*, [1987] 2 R.C.S. 398, 415.

(39) *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, 42. Voir aussi *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 23; *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, 870; *R. c. Bélard*, [1987] 2 R.C.S. 398, 415; *Village de Kelliher c. Smith*, [1931] R.C.S. 672, 684.

(40) *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 20. L'appréciation de la preuve d'expert, ou la détermination de sa valeur probante, est une étape subséquente et ne fait pas partie des critères d'admissibilité: *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, 243. Cette étape consiste à évaluer la qualité des éléments de preuve, à déterminer quel poids leur donner et quelles conclusions sont les plus susceptibles d'aider le juge des faits dans sa recherche de la vérité.

preuve d'expert doit d'abord être pertinente pour être admissible<sup>41</sup>, c'est-à-dire qu'elle doit avoir un lien direct avec les questions en litige. Plus encore, la preuve d'expert doit tendre à établir un fait pour être jugée pertinente<sup>42</sup>, ce qu'on désigne habituellement comme le critère de pertinence logique.

Exceptionnellement, le témoignage de l'expert peut porter sur une question centrale au litige, c'est-à-dire sur une question qui influera directement sur le verdict à rendre, comme la crédibilité des victimes d'agression sexuelle qui témoignent au procès. Normalement, l'évaluation de la crédibilité demeure de la compétence du juge des faits<sup>43</sup>, tout comme les questions qui supposent des connaissances qui sont à la portée de la personne moyenne<sup>44</sup>. Néanmoins, lorsque la question en litige est telle qu'on ne peut tirer de conclusion à partir des faits sans l'aide de «personnes possédant des connaissances particulières», la preuve d'expert peut devenir pertinente<sup>45</sup>.

L'analyse du critère de la pertinence est complétée par une évaluation «coût et bénéfices»<sup>46</sup>: une preuve jugée pertinente peut être exclue si son effet préjudiciable est plus grand que sa valeur probante, si «elle exige un temps sans commune mesure avec sa valeur» et si son impact sur la décision que prendra le juge des faits est disproportionné à sa fiabilité<sup>47</sup>.

Composante intégrante du critère de la pertinence, l'exigence de fiabilité a pour

(41) *Ibid.*

(42) *Idem*, 21.

(43) *R. c. R.(D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, 312.

(44) *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 23; *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, 870; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, 42; *Village de Kelliher c. Smith*, [1931] R.C.S. 672, 684.

(45) *R. c. R.(D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, 312 et 324 (j. L'Heureux-Dubé, diss. mais non sur ce point). Dans cette affaire, les victimes, trois enfants de cinq à sept ans, présentaient des comportements sexuels adultes déviants. Leur histoire étant invraisemblable, on a jugé (p. 312) que l'expert, qui pouvait témoigner de la fiabilité du souvenir que les enfants gardaient de leurs parents et d'un ami de la mère, tous trois les agresseurs, ne pouvait qu'aider le juge des faits à évaluer correctement la fiabilité des témoignages. Celui-ci avait décidé le contraire. Voir aussi *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 23; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, 249 et 265; *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, 870; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, 42; *Village de Kelliher c. Smith*, [1931] R.C.S. 672, 684.

(46) *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 21.

(47) *Ibid.*

effet d'écarter une preuve qui pourrait «être utilisée à mauvais escient et [qui] risque[rait] de fausser le processus de recherche des faits»<sup>48</sup>. En somme, on doit prendre pour acquis que l'opinion de l'expert joue un très grand rôle dans la décision du juge des faits de prononcer la culpabilité ou l'acquittement de l'accusé. Lorsqu'une preuve scientifique ne présente pas certaines garanties de fiabilité, par exemple parce que les techniques ne seraient pas éprouvées, et qu'elle est susceptible d'être considérée par le juge des faits comme étant infaillible, elle pourra être écartée. La décision finale sera alors entièrement et véritablement prise par le juge des faits sans une influence qui fausserait la validité de ce processus<sup>49</sup>.

La nécessité d'aider le juge des faits est exprimée par la description même du rôle de l'expert<sup>50</sup>. Le sujet d'expertise doit impliquer l'acquisition de connaissances, par une formation académique ou pratique, qui ne sont pas l'apanage d'une personne moyenne et sur lequel cette personne moyenne ne pourrait porter un jugement<sup>51</sup>. Il faut éviter d'appliquer cette règle de façon trop laxiste, ce qui déplacerait le centre de décision du juge des faits à l'expert et de confiner le juge des faits à un rôle d'arbitre des querelles scientifiques<sup>52</sup>. Autrement dit, tout ce qui est à la portée des connaissances d'une personne moyenne ne peut faire l'objet du témoignage d'un expert en cour. On présumera également qu'il en est ainsi, à moins que la partie qui désire s'appuyer sur la preuve d'un expert démontre que des connaissances dont est dépourvue la personne moyenne sont requises à l'analyse présentée. D'ailleurs, la règle d'exclusion du témoignage d'un expert sur une question centrale au litige tirait son fondement de la règle de l'admissibilité de l'expertise: on voulait éviter que l'admission du témoignage, compte tenu de l'impact excessif que l'expert peut avoir sur la décision du juge des faits, équivaille à donner à l'expert le soin de juger la culpabilité de

---

**(48)** *Ibid.*

**(49)** C'est notamment pour cette raison que le détecteur de mensonges (polygraphe) n'est pas admissible en droit canadien: *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, 434.

**(50)** *Supra*, notes 38 et 39.

**(51)** *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 23; *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, 870; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, 42; *Village de Kelliher c. Smith*, [1931] R.C.S. 672, 684.

**(52)** *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 24.



l'accusé<sup>53</sup>.

Donc, lorsque le juge des faits peut lui-même tirer une conclusion à partir des faits mis en preuve, le témoignage de l'expert devient inadmissible<sup>54</sup>. Habituellement, l'appréciation de la crédibilité des témoins est du ressort du juge des faits<sup>55</sup>, mais il peut arriver que cette évaluation ne puisse se faire sans la présentation d'une expertise<sup>56</sup>. Alors, exceptionnellement, l'expertise sera admissible.

Toutefois, il n'est pas permis d'introduire un élément de preuve autrement inadmissible sous prétexte qu'il s'agit d'une preuve d'expert. Ainsi, l'accusé ne peut présenter un témoignage justificatif<sup>57</sup>, des déclarations antérieures compatibles<sup>58</sup> ou des résultats d'une séance de détecteur de mensonges<sup>59</sup> dans le seul but d'établir ou renforcer sa crédibilité. Une preuve de moralité tendant à établir que l'accusé est une personne moralement capable de commettre le crime reproché<sup>60</sup> ou qu'il présente une propension psychologique et physiologique<sup>61</sup> à le faire sont de même inadmissibles.

Finalement, l'expert doit être suffisamment qualifié pour être reconnu comme expert. Ce critère se développe en deux composantes: les compétences de l'expert lui-même et le sujet de l'expertise. L'expert doit d'abord démontrer qu'il a acquis des connaissances, de l'expérience ou une formation particulières portant sur les questions en litige et à propos desquelles il témoignera<sup>62</sup>. Ensuite, le domaine d'expertise doit être reconnu comme tel, c'est-à-dire qui n'est pas l'apanage des connaissances d'une personne moyenne. Le témoignage de l'expert sera limité à son domaine d'expertise. En contre-interrogatoire, il est permis de poser des questions relatives aux fondements

---

(53) *Ibid.* Selon le juge Sopinka, cette règle n'est cependant plus d'application générale.

(54) *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, 415-16.

(55) *Idem*, 416; *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, 324.

(56) *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, 311.

(57) *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 298, 404.

(58) *Idem*, 409.

(59) *Idem*, 416.

(60) *Idem*, 412.

(61) *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, 360.

(62) *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 25.



de la conclusion de l'expert (qui peut se baser sur des faits qui n'ont pas été mis en preuve ou que l'on peut déduire des faits déjà mis en preuve), sauf si ces faits n'ont pas été et ne seront pas prouvés<sup>63</sup>.

L'évaluation du critère de pertinence ou de l'aide que peut apporter le témoignage de l'expert au juge des faits n'exigera généralement pas de l'avocat de grandes connaissances scientifiques. Par contre, lorsqu'il voudra contester la fiabilité des éléments de preuve présentés, par exemple l'analyse des échantillons d'ADN avec l'aide d'une nouvelle technique, ou qu'il voudra mettre en pièces la méthodologie de l'expert et des postulats qu'il a employés, l'avocat de la Couronne comme de l'accusé devront avoir recours à un expert pour préparer des questions qui démontreront de façon convaincante au juge des faits que la preuve est une technique expérimentale ou qu'elle s'en rapproche, que sa méthodologie présente des failles fatales ou pour présenter un exposé clair, concis et précis de la position qu'il entend adopter. L'avocat de la Couronne, à moins qu'il ne consente à l'admissibilité de la preuve scientifique, suivra plus ou moins ce cheminement. De même fera l'avocat de la défense dont le client a la fortune nécessaire pour embaucher un expert.

Encore, nous ne sommes qu'au stade de l'admissibilité. Une fois la preuve jugée admissible, il faudra évaluer sa valeur probante. Les avocats de deux parties auront l'occasion de présenter leurs experts, de les interroger et de contre-interroger les experts de l'autre partie. Ensuite, une partie de leur plaidoirie portera sur les éléments de preuve présentés et chacun cherchera à mettre en valeur les conclusions de son expert tout en discréditant les conclusions des experts de l'autre partie. Quand l'accusé a accès aux services d'un expert, son avocat pourra s'acquitter de cette tâche au même titre que l'avocat du ministère public. Il en va tout autrement de l'accusé qui se retrouve dans une des deux situations précédemment décrites.

---

(63) *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337, 1347. Il s'agit d'un renversement de la jurisprudence antérieure, comme l'exprime clairement la juge L'Heureux-Dubé, dissidente. Habituellement, l'expert peut fonder sa conclusion en partie sur du oui-dire, par exemple l'entretien d'un psychiatre avec un accusé qui ne témoigne pas, sans que cela ne rende le témoignage inadmissible.

En effet, les règles d'admissibilité prennent pour acquis qu'une preuve scientifique est présentée au procès, mais elles occultent de la façon la plus complète l'étape précédente, cruciale pour l'accusé, de l'accessibilité aux services d'un expert. Si les règles, dans leur formulation, tiennent compte de l'impact incontesté de la présentation d'une preuve d'expert, il faut alors développer des règles d'accessibilité, centrées sur le droit à la tenue d'un procès juste et équitable et le droit de présenter une défense pleine et entière.

C'est d'ailleurs par l'étude de l'état du droit de ces deux notions que commencera l'élaboration, dans la partie II, du droit constitutionnel aux services d'un expert aux frais de l'État en droit canadien. Le droit à un procès juste et équitable chapeaute toutes les autres garanties fondamentales. Il est difficile à définir sans l'aide d'exemples, mais en gros il postule que le procès juste et équitable, dans le cas de l'accusé confronté à des éléments ou des témoignages à teneur scientifique, sera celui pendant lequel l'accusé a eu une véritable chance de réfuter ces éléments par la présentation d'une preuve scientifique indépendante ou, pour reprendre les mots du professeur Pradel, qui sera instruit «dans des conditions qui ne la désavantagent pas, au total du procès, par rapport à la partie adverse. Le mot équité vient du latin *aequus*, égal, équilibré. L'équité inclut en conséquence le respect des droits de la défense, l'égalité des armes, la nécessité du débat contradictoire»<sup>64</sup>.

Le droit à une défense pleine et entière se définit de façon analogue. C'est une notion large, voire floue, que l'on pourrait décrire comme l'occasion de présenter tous les éléments de preuve qui sont susceptibles de jouer en sa faveur, de même que la possibilité de contredire tous les éléments de preuve à charge. Le droit à une défense pleine et entière a été interprété à travers les âges de toutes sortes de façons, ce qui fait qu'on le circonscrit mieux à l'aide d'illustrations.

J'analyserai donc le droit à la divulgation de la preuve et le droit au contre-

---

(64) Jean PRADEL, «La notion de procès équitable en droit pénal européen», (1996) 27 *R.G.D.* 505, 507.

interrogatoire pour à la fois illustrer le contenu du droit de présenter une défense pleine et entière et pour asseoir plus concrètement mes conclusions. J'ai choisi ces deux droits parce que leur reconnaissance pratique est la plus susceptible de faire naître le besoin pour l'accusé de consulter les services d'un expert et l'obligation pour l'État de satisfaire aux exigences générales du droit à la tenue d'un procès juste et équitable et du droit de présenter une défense pleine et entière. En effet, lorsque dans le cours d'une enquête, les policiers demanderont à des experts de compléter des analyses et que les procureurs de la Couronne y auront accès, ces analyses devront être communiquées à la défense. Elles seront ensuite, si elles sont favorables à la thèse du ministère public, déposées en preuve. Alors, l'accusé devra avoir les moyens de contre-interroger l'expert, tenant pour acquis qu'on lui aura déjà reconnu, en vertu du droit à une défense pleine et entière, le droit à un expert pour présenter une preuve indépendante.

L'interprétation de la Constitution américaine est certes instructive, mais elle ne peut régler à elle seule la question. À maintes reprises, la Cour suprême du Canada a rappelé qu'en dépit de leurs similarités, les constitutions américaines et canadiennes présentent de nombreuses différences. Elles ne sont pas toujours interprétées de la même façon et, ce qui est fondamental, leurs assises politiques, historiques, philosophiques et sociales sont tout à fait différentes. L'analyse des fondements constitutionnels canadiens est alors non seulement indiquée, mais incontournable. L'utilité de la jurisprudence américaine apparaîtra plus loin.

Les bases du droit constitutionnel aux services d'un expert posées, il faudra ensuite les traduire en termes pratiques. Cette analyse comportera deux volets.

Plusieurs auteurs se sont attardés à l'analyse des tendances dans l'interprétation de l'arrêt *Ake*; ils sont pratiquement tous d'avis que les tribunaux des différents États ont dénaturé les lignes directrices de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis. Ils ont incidemment restreint sa portée en conjuguant des critères qui ne devraient pas l'être ou en développant des critères beaucoup trop stricts alors que l'arrêt *Ake* se voulait une formulation de principe large et avait comme préoccupation centrale une

accessibilité accrue aux services d'un expert.

Il faut également adapter les critères américaines à notre réalité. Depuis l'adoption de la *Charte*, maints critères ont été élaborés dans les décisions qui portent sur la reconnaissance d'un droit constitutionnel. Ils ne correspondent pas toujours aux critères du droit américain et il faudra en tenir compte.

Je conclurai ce mémoire sur une synthèse de toute cette réflexion, ce qui constituera ma proposition finale: reconnaître, en droit canadien, le droit constitutionnel à un expert aux frais de l'État. L'existence de nombreux critères, qui portent spécifiquement sur la question ou qui sont tout à fait adaptables non seulement me facilite la tâche, mais me permet de dresser dès maintenant un portrait du fardeau de preuve que devra rencontrer l'accusé qui désire avoir accès à un expert.

Il ne faut pas croire que le respect des droits de l'accusé passe uniquement par la reconnaissance du droit constitutionnel aux services d'un expert. Je le réitère, il s'agit du moyen pratique le plus simple qui permet d'équilibrer les ressources des parties. La proposition n'est pas sans conséquences perverses, mais en tenir compte demanderait une étude approfondie de la relation parfois difficile qui s'installe entre le droit et la science. Des pistes de réflexion à cet égard compléteront mon propos.

## Partie I

### Le droit constitutionnel aux services d'un expert en droit américain

**L**e concept d'un droit constitutionnel à un expert aux frais de l'État est encore inconnu en droit canadien. L'art. 7 de la *Charte canadienne* a bien été interprété comme donnant droit à la représentation par un avocat compétent, mais cette interprétation a été retrainte à l'analyse des services juridiques rendus par l'avocat et non à l'ensemble de la représentation de l'accusé<sup>65</sup>. Un règlement anglais permet aux accusés de demander à l'État de défrayer les frais d'expertise lorsque l'accusé n'a pas les moyens de les assumer<sup>66</sup>, mais ce règlement pourrait être abrogé en tout temps. Pratiquement aucun pays de common law n'a érigé le droit aux services d'un expert aux frais de l'État en droit constitutionnel<sup>67</sup>.

Ce droit a été reconnu aux États-Unis il y a plusieurs années<sup>68</sup>. La plupart des États

---

(65) *Nordyne c. Canada*, J.E. 95-1340 (C.S.).

(66) *Legal Advice and Assistance Regulations*, reg. 22(7), édicté en vertu de la *Legal Aid Act 1988*, 1988 (R.-U.), c. 34. Les services d'un expert couvrent l'évaluation et le témoignage au procès et font partie du mandat d'aide juridique. Ils doivent être approuvés par le directeur régional, qui peut imposer des conditions à la conduite des procédures et soumettre son approbation au respect de ces conditions.

(67) Ce droit fait partie de la *Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* depuis que la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi interprété le par. 6(1) dans l'affaire *Bönisch c. Autriche*, CEDH, Série A, no. 92, arrêt du 6 mai 1985. Voir Annexe I pour le texte du par. 6(1).

(68) Voir *infra*, notes 74 et 77.

ont incorporé des dispositions à cet effet à leur code de procédure criminelle<sup>69</sup> ou, parfois, la reconnaissance du droit a pris naissance dans la jurisprudence basée sur la constitution des États<sup>70</sup>. La Constitution américaine a été interprétée de cette façon en 1985. Les arrêts *Ake*<sup>71</sup> et *Caldwell*<sup>72</sup> ont cette année-là posé la nouvelle norme minimale de la reconnaissance du droit constitutionnel aux services d'un expert aux États-Unis<sup>73</sup>.

Puisque le seul exemple du droit constitutionnel aux services d'un expert se trouve aux États-Unis, il peut être instructif d'en recenser les diverses formulations. Par contre, l'incorporation du droit américain ne peut se faire sans ajustement. Je tenterai donc, dans la partie II, d'esquisser une proposition adaptée à la réalité constitutionnelle canadienne sur la base des enseignements et des critiques de la jurisprudence et de

---

**(69)** Certains États, comme le Tennessee, limite l'accès à un expert aux affaires impliquant la peine de mort (voir Tenn.Code §40-14-207(b) et Tenn.Sup.Ct.R. 13), mais rien dans les motifs de l'arrêt *Ake*, *infra*, note 71, ne limite le droit à l'expert à ce type d'accusations: *Castro c. Oklahoma*, 71 F.3d 1502, 1514 (10th Cir. 1995); *State c. Barnett*, 909 S.W.2d 423, 427 (Tenn. 1995).

**(70)** En droit fédéral, voir la *Criminal Justice Act*, 18 U.S.C. §3006A(1)(e), dont le texte est placé en annexe II.

**(71)** *Ake c. Oklahoma*, 470 U.S. 68 (1985).

**(72)** *Caldwell c. Mississippi*, 472 U.S. 320 (1985).

**(73)** Aux États-Unis comme au Canada, la Constitution fédérale a préséance sur toute autre loi; en conséquence, l'interprétation de la Constitution qui s'est dégagée dans ces arrêts a force de loi partout aux États-Unis, quelle que soit la juridiction (voir *infra* note 75). Cette dernière remarque est importante parce que le X<sup>e</sup> Amendement délègue aux États tous les pouvoirs qui ne sont pas expressément mentionnés dans le texte de la Constitution. Les pouvoirs du Congrès (qui regroupe la Chambre des représentants et le Sénat (art. I, section 1)) sont principalement énumérés à l'art. I, section 8 et ne comprennent pas le droit criminel (les différents amendements à la Constitution confèrent au Congrès et aux États d'autres pouvoirs, mais ils ne touchent pas le droit criminel). Par contre, la préséance de la Constitution fédérale fait qu'une affaire de droit criminel impliquant la Constitution est du ressort de la Cour suprême des États-Unis et modifie l'interprétation du droit criminel des États conformément à la décision rendue.

la doctrine américaines.

Malgré tout l'intérêt que peut comporter l'historique de l'évolution du droit à l'expert<sup>74</sup>, il est inutile de remonter aux tout premiers balbutiements du concept pour cerner sa formulation actuelle. Il faut savoir que la Constitution américaine a préséance sur toutes les constitutions et les lois des États<sup>75</sup>. En conséquence, lorsque la Cour suprême américaine élabore une nouvelle interprétation de la Constitution, cette norme devient la norme minimale partout aux États-Unis. L'arrêt *Ake* situe donc le point de départ de la discussion, qui sera complétée par les différentes interprétations de cet arrêt. Les motifs mêmes de la Cour suprême rendent nécessaire l'analyse des jugements des différents États, puisque la tâche leur a été confiée de concrétiser la reconnaissance de ce droit constitutionnel<sup>76</sup>.

### **A. La création judiciaire du droit constitutionnel aux services d'un psychiatre<sup>77</sup>**

Glen Burton Ake avait été reconnu coupable de deux meurtres au premier degré, dont la sentence fut la peine de mort, et de deux tentatives de meurtre, pour lesquelles il a écopé de mille ans de pénitencier. Pendant son procès, son avocat a tenté sans succès de présenter une défense d'aliénation mentale; l'accusé étant sans le sou, il n'avait pu présenter le témoignage d'un expert. L'aliénation mentale constituait son seul moyen de défense. L'expert aurait également pu présenter une preuve atténuante à l'audience sur sentence, ce qui aurait permis à Ake d'éviter la peine de mort.

---

(74) En Indiana, ce concept fait partie du droit de l'État depuis la décision de l'affaire *Hashfield c. State*, 210 N.E.2d 429 (Ind. 1966), cert. ref. 384 U.S. 921 (1966) (cité dans *Scott c. State*, 593 N.E.2d 198, 199 (Ind. 1992); en Caroline du Nord, depuis 1976: *State c. Tatum*, 229 S.E.2d 562 (N.C. 1976) (cité dans *State c. Parks*, 417 S.E.2d 467, 471 (N.C. 1992)).

(75) *Constitution des États-Unis*, art. VI, al. 2: «*This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding*». (Italiques ajoutés)

(76) *Ake c. Oklahoma*, 470 U.S. 68, 83 (1985).

(77) *Ibid.*

Lors de son arrestation et de la mise en accusation, Ake s'est comporté de façon bizarre. Le juge du procès a alors ordonné qu'un psychiatre l'examine; ce dernier a diagnostiqué une possible schizophrénie paranoïde et a recommandé une évaluation psychiatrique complète pour déterminer son aptitude à subir son procès. Le procès n'a pu commencer qu'après plusieurs semaines de traitement<sup>78</sup> pendant lesquelles aucun examen de son état d'esprit au moment du crime n'a été complété. La requête de l'avocat pour la nomination d'un psychiatre payé par l'État a été rejetée par le juge du procès.

L'avocat de Ake invoquait les VI<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> Amendements de la *Constitution des États-Unis* au soutien de sa requête pour les services d'un expert aux frais de l'État. La lecture de la *due process clause* du XIV<sup>e</sup> Amendement situera le contexte constitutionnel en cause:

No state shall make or enforce any law which shall [...] deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; [...].

Le XIV<sup>e</sup> Amendement, section 1 contient plusieurs clauses, dont les principales sont celles du *due process of law* et la *equal protection of the law*, une version succincte du par. 15(1) de la *Charte canadienne*. Les motifs de l'arrêt *Ake* ont été limités à l'analyse de la *due process clause* du XIV<sup>e</sup> Amendement<sup>79</sup> puisque ce motif seul donnait raison à Ake. Il convient néanmoins de connaître le contenu du VI<sup>e</sup> Amendement et de la *equal protection clause* parce qu'ils sont susceptibles de donner des bases plus adaptées au droit canadien lors de l'esquisse d'une proposition (les passages les plus intéressants sont en italiques):

**VI<sup>e</sup> Amendement:** «In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] *to be confronted with the witnesses against him; [...] and to have the assistance of counsel for his defense*».

***Equal protection clause:*** «No state shall make or enforce any law which shall [...] deny to any person within its jurisdiction the *equal protection of the law*».

---

(78) L'accusé étant toujours sous médication: 470 U.S. 68, 72 (1985).

(79) *Idem*, 87 n. 13.



La Cour suprême des États-Unis a ainsi établi que le XIV<sup>e</sup> Amendement de la Constitution devait être interprété de façon à englober le droit aux services d'un psychiatre:

We hold that when a defendant has made a preliminary showing that his sanity at the time of the offence is likely to be a significant factor at trial, the Constitution requires that a State provide access to a psychiatrist's assistance on this issue if the defendant cannot afford one<sup>80</sup>.

La Cour renverse explicitement l'opinion contraire exprimée par la majorité dans l'arrêt *United States ex rel. Smith c. Baldi*<sup>81</sup>. Elle explique ce renversement par l'absence, en 1953, de reconnaissance du droit constitutionnel à la représentation par un avocat dont les honoraires sont défrayés par l'État. De plus, l'expert ne jouait pas alors un rôle aussi central à la détermination des litiges. Il va sans dire qu'on ne pouvait reconnaître à l'accusé, logiquement, le droit constitutionnel aux services d'un expert.

La requête de Ake se limitait aux services d'un psychiatre, mais, en l'absence d'indications claires à ce sujet, plusieurs juridictions ont nommément ou tacitement (en faisant droit à des demandes d'expertises non psychiatriques) transposé les nouveaux principes à toutes les expertises<sup>82</sup>.

---

**(80)** *Idem*, 74 (j. Marshall, pour la majorité; le juge Rehnquist était dissident).

**(81)** 344 U.S. 561 (1953).

**(82)** *Williamson c. Reynolds*, 904 F.Supp. 1529, 1559 (E.D.Okl. 1995); *Moore c. Kemp*, 809 F.2d 702, 712 (11th Cir. 1987) (hypnose); *Little c. Armontrout*, 835 F.2d 1240, 1243 (8th Cir. 1987) (hypnose); *Ex parte Moody*, 684 So.2d 114, 119 (Ala. 1996); *Ex parte Dobyne*, 672 So.2d 1354, 1357 (Ala. 1995); *Dubose c. State*, 662 So.2d 1189, 1193 (Ala. 1995) et 662 So.2d 1156, 1178 (Ala.Cr.App. 1993) (ADN); *Dick c. State*, 677 So.2d 1267, 1270 (Ala.Cr.App. 1996) (empreintes digitales); *State c. Touchet*, 642 So.2d 1213, 1215 (La. 1994); *State c. Abraham*, 451 S.E.2d 131, 148 (N.C. 1994); *Rogers c. State*, 890 P.2d 959, 966 (Okl.Cr. 1995), renversant l'opinion contraire de l'arrêt *Williamson c. State*, 812 P.2d 384, 395 (Okl.Cr. 1991) et confirmant le passage incident du même tribunal dans *Ake c. State*, 778 P.2d 460, 464 n.1 (1989), en appel à la suite du nouveau procès de Ake; *Commonwealth c. Abdul-Salaam*, 678 A.2d 342, 352 (Pa. 1996); *Moore c. State*, 935 S.W.2d 124, 130 (Tex.Cr.App. 1996) (sélection des jurés; demande rejetée pour manque de preuve); *Rey c. State*, 897 S.W.2d 333, 338 (Tex.Cr.App. 1995) (pathologiste); *Norton c. State*, 930 S.W.2d 101, 106 (Tex.App. [Amarillo] 1996); *Rodriguez c. State*, 906 S.W.2d 70, 74 (Tex.App. [Texarkana] 1995) (pathologiste); *Husske c. Commonwealth*, 476 S.E.2d 920, 925 (Va. 1996) et 448 S.E.2d 331, 335 (Va.App. 1994) (ADN); *Funk c. Commonwealth*, 379 S.E.2d 371, 372 (Va.App. 1989) (professionnels de la santé en général). Il en était de même avant 1985: *United States c. Durant*, 545 F.2d 823, 828-29 (2d Cir. 1976) (empreintes digitales); *Williams c. Martin*, 618 F.2d 1021, 1025-26 (4th Cir. 1980) (pathologiste). On considère généralement que l'emphase doit être placée sur les droits de l'accusé plutôt que sur le

La Cour s'est préoccupée avant tout de l'accès significatif à la justice (*meaningful access to justice*) pour tous ceux qui n'en ont pas les moyens et dont la liberté est mise en péril, un thème qui sous-tend plusieurs décisions rendues en matière de droits constitutionnels<sup>83</sup>. Sans nécessairement avoir accès à tout ce que la poursuite peut utiliser comme expertise<sup>84</sup>, l'accusé doit disposer des «*basic tools of an adequate defense*»<sup>85</sup> pour présenter d'une façon équitable ses requêtes et moyens de défense<sup>86</sup>. Reste alors à élaborer à quelles conditions un tribunal devra accéder à la requête pour les services d'un expert financé par l'État.

La Cour reprend le test de droit administratif de l'arrêt *Mathews*<sup>87</sup> et lui donne application en droit criminel. Les critères qui y sont élaborés sont au nombre de trois:

The first is the private interest that will be affected by the action of the State. The second is the governmental interest that will be affected if the safeguard is to be provided. The third is the probable value of the additional or substitute procedural safeguards that are sought, and the risk of erroneous deprivation of the affected interest if those

---

domaine d'expertise, même si le caractère scientifique reconnu d'un domaine particulier peut influencer sur le bien-fondé de la demande: voir *infra*, sous-section I.b et II.

(83) *Ake c. Oklahoma*, 470 U.S. 68, 76 (1985). Le simple accès au palais de justice n'est pas un gage du fonctionnement approprié du système contradictoire (p. 77). **Droit de recevoir sans frais la transcription des débats:** *Griffin c. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956); *Draper c. Washington*, 372 U.S. 487 (1963); *Mayer c. Chicago*, 404 U.S. 189 (1971); **droit à un avocat:** *Powell c. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932) (accusés faisant face à la peine de mort); *Gideon c. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963) (tous les accusés); **droit d'appel:** *Douglas c. California*, 372 U.S. 353 (1963); **droit à une assistance efficace:** *Reece c. Georgia*, 350 U.S. 85 (1955); *McMann c. Richardson*, 397 U.S. 759 (1970); *Cuyler c. Sullivan*, 446 U.S. 335 (1980); *United States c. Cronin*, 466 U.S. 648 (1984); *Strickland c. Washington*, 466 U.S. 668 (1984); *Evitts c. Lucey*, 469 U.S. 387 (1985). On peut résumer ce précepte ainsi: «One of the United States Constitution clearest mandate is that a criminal defendant may not be disadvantaged in a criminal process on account of his poverty»: *Teel c. Burton*, 904 F.Supp. 1294, 1299 (M.D.Ala. 1995). Voir aussi *People c. Landry*, 56 Cal.Rptr.2d 824, 828 (Cal.App. 1 Dist. 1996).

(84) *Ibid.*; *Ross c. Moffitt*, 417 U.S. 600 (1974).

(85) Cette expression est utilisée pour désigner tout ce dont l'accusé indigent a besoin pour présenter une défense pleine et entière depuis *Britt c. North Carolina*, 404 U.S. 226, 227 (1971).

(86) 470 U.S. 68, 77 (1985).

(87) *Mathews c. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976). La *Social Security Act*, 42 U.S.C. §201 et s. prévoyait que le droit à des prestations d'assurance sociale accordées pour des raisons d'invalidité devait être révisé périodiquement. Le tout s'effectuait par un échange de lettres et de certificats médicaux. Lorsque la commission de révision a interrompu le versement des prestations à M. Eldridge, il a contesté la procédure administrative au motif qu'elle ne lui donnait pas le droit d'être entendu, contrairement aux préceptes des V et XIV<sup>es</sup> Amendements. La Cour suprême s'est livrée à cette analyse en trois temps et lui a donné raison.

safeguards are not provided<sup>88</sup>.

«The private interest in the accuracy of a criminal proceeding that places an individual's life<sup>89</sup> or liberty at risk is almost uniquely compelling»<sup>90</sup>. Les garanties constitutionnelles sont façonnées de façon à enrayer ou diminuer les risques de déclaration de culpabilité erronées<sup>91</sup>. L'intérêt d'un individu dans le résultat de l'effort de l'État de renverser la présomption d'innocence est évident en soi et pèse lourdement dans l'analyse<sup>92</sup>. En fait, la privation de la vie ou de liberté est l'intérêt privé affecté.

L'État de l'Oklahoma a fait valoir qu'il avait intérêt à ne pas alourdir indûment son fardeau financier en faisant droit aux demandes d'assistance des accusés. Cet argument a été jugé sans fondement<sup>93</sup>, d'autant plus que la norme minimale fixe l'aide à un seul expert<sup>94</sup>. L'intérêt de l'État à gagner son procès est tempéré par son intérêt à un procès et un verdict justes; l'État n'a donc pas d'intérêt à maintenir un avantage stratégique sur la défense lorsque cet avantage peut conduire à un résultat erroné<sup>95</sup>. L'intérêt public n'était donc pas assez important pour ne pas reconnaître le droit constitutionnel aux services d'un expert.

C'est lors de l'analyse du troisième critère, la valeur probable de l'expertise, que la Cour suprême américaine a reconnu le rôle central joué par la psychiatrie en droit

---

(88) 470 U.S. 68, 77 (1985).

(89) L'analyse de la Cour suprême s'effectue en deux temps. Les phases du procès et du prononcé de la sentence font l'objet de sections distinctes (A et B) lorsque les principes développés ici sont appliqués aux faits de l'affaire. Cette méthode d'analyse reflète sûrement la procédure criminelle (*bifurcated trial*) en vigueur dans la plupart des États. L'accusé soumis à une telle procédure subit en fait deux procès: celui qui mène à la conclusion de sa culpabilité ou de son innocence et celui à la suite duquel le jury impose (ou suggère) la sentence (la prison ou la peine de mort): *Curl c. State*, 162 N.W.2d 77, 82 (Wis. 1969); *State ex rel. La Folette c. Raskin*, 150 N.W.2d 318, 322 (Wis. 1967). Comme la Cour suprême utilise les mêmes critères dans les deux cas, il est permis de penser que l'imposition de la peine de mort ne détermine pas la portée des droits constitutionnels accordés par le jugement. En conséquence, l'arrêt *Ake* pourrait facilement être adapté au droit canadien, qui ne connaît la peine de mort qu'en vertu de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), c. N-5, al. 139(1a).

(90) *Ake*, 470 U.S. 68, 78 (1985).

(91) *Ibid.*

(92) *Ibid.*

(93) La Cour note que pas moins de quarante États avaient déjà reconnu l'existence de cette protection par le biais de dispositions législatives ou de décisions judiciaires: *idem*, 78 n. 4.

(94) *Idem*, 79. La Cour n'en exige pas plus.

(95) *Ibid.*

criminel. La preuve de la *mens rea* est exigée comme élément de toute infraction criminelle; l'assistance d'un expert peut alors s'avérer cruciale à la préparation et la présentation d'un moyen de défense qui sèmerait le doute sur la présence de cette intention au moment de l'infraction<sup>96</sup>.

La Cour insiste sur le caractère crucial de l'expertise par le détail du travail d'un psychiatre de la défense. Elle décrit le rôle du psychiatre de la défense comme étant semblable à celui que l'on demande à l'expert de remplir lorsqu'un voir-dire est tenu sur l'admissibilité du témoignage d'expert: il recueille les faits à la suite de divers examens et entrevues dont il fera part au juge des faits, il analyse l'information recueillie et tire des conclusions sur la santé mentale de l'accusé, il décrit les effets d'un handicap intellectuel sur le comportement, il donne son opinion sur la façon dont l'état de l'accusé peut avoir affecté son comportement au moment du crime, il connaît les bonnes questions à poser en contre-interrogatoire des experts de la poursuite et peut interpréter leurs réponses<sup>97</sup>. Contrairement aux témoins ordinaires, il peut identifier les symptômes qui échappent aux non-initiés et qui sont souvent trompeurs<sup>98</sup>. Il peut dire au jury en quoi ses observations sont pertinentes<sup>99</sup> et vulgariser le diagnostic médical, lorsque les règles de preuve le permettent<sup>100</sup>. Il rend ainsi le juge des faits capable de déterminer précisément la vérité sur la question en litige qui lui est soumise<sup>101</sup>. Lorsque la situation de l'accusé s'y prête, le témoignage d'un psychiatre revêt donc une très grande valeur et peut s'avérer déterminant dans la décision du juge des faits. Il peut devenir une nécessité pour conserver une chance de présenter avec succès une défense d'aliénation mentale<sup>102</sup>. Donc,

The foregoing leads inexorably to the conclusion that, without the

---

(96) *Idem*, 80.

(97) *Ibid.*

(98) *Ibid.*

(99) *Ibid.*

(100) *Ibid.*

(101) *Idem*, 81. C'est en général pour cette raison que l'État et les individus qui en ont les moyens financiers y ont recours: *ibid.*

(102) *Ibid.* n. 7.

assistance of a psychiatrist to conduct a professional examination on issues relevant to the defense, to help determine whether the insanity defense is viable, to present testimony, and to assist in preparing cross-examination of a State's psychiatric witnesses, *the risk of inaccurate resolution is extremely high*. With such assistance, the defendant is fairly able to present at least enough information to the jury, in a meaningful manner, as to permit it to make a sensible determination<sup>103</sup>.

Cette aide sera accordée lorsque le moyen de défense présente une chance raisonnable de succès ou lorsque l'absence d'assistance serait potentiellement dévastatrice pour l'accusé<sup>104</sup>. Ce dernier obtient alors le droit à l'accès à un psychiatre compétent, sans pour autant gagner le droit à l'expert de son choix<sup>105</sup> ou un expert qui présentera des conclusions qui lui sont favorables<sup>106</sup>. La requête d'Ake présentée

---

**(103)** *Idem*, 82. (Italiques ajoutés)

**(104)** *Ibid.*

**(105)** *Idem*, 83. La jurisprudence a parfois tendance à réitérer cette restriction: *Starr c. Lockhart*, 23 F.3d 1280, 1290 (8th Cir. 1994); *Smith c. McCormick*, 914 F.2d 1153, 1158 (9th Cir. 1990); *Westbrook c. Norris*, 923 F.Supp. 1129, 1136 (E.D.Ark. 1996); *Pruett c. Thompson*, 771 F.Supp. 1428, 1441 (E.D.Va. 1991); *Ford c. State*, 630 So.2d 111, 112 (Ala.Cr.App. 1991); *Sanders c. State*, 824 S.W.2d 353, 356 (Ark. 1992); *McNeal c. State*, 435 S.E.2d 47, 49 (Ga. 1993); *State c. Brown*, 825 P.2d 482, 489 (Idaho 1992) (bien que l'entrevue n'ait duré qu'une heure et demie); *Thomas c. State*, 486 N.E.2d 531, 534 (Ind. 1985); *People c. Stone*, 491 N.W.2d 628, 631 (Mich.App. 1992); *People c. Lane*, 600 N.Y.S.2d 848, 850 (A.D. 3 Dept. 1993); *People c. McLane*, 631 N.Y.S.2d 976, 981 (Sup. 1995); *Commonwealth c. Reid*, 642 A.2d 453, 457 (Pa. 1994); Tenn. Code, §40-14-207(b); *State c. Smith*, 857 S.W.2d 1, 12 (Tenn. 1993); *Harper c. State*, 930 S.W.2d 625, 633 (Tex.App. [Houston — 1st Dist.] 1996); *Hogan c. Commonwealth*, 360 S.E.2d 371, 374 (Va.App. 1987). *Contra: Morgan c. State*, 639 So.2d 6, 12 (Fla. 1994).

**(106)** *Palmer c. State*, 486 N.E.2d 477, 482 (Ind. 1985); *People c. McLane*, 631 N.Y.S.2d 976, 981 (Sup. 1995); *State c. Barnett*, 909 S.W.2d 423, 431 (Tenn. 1995); *DeFreece c. State*, 848 S.W.2d 150, 159 (Tex.Cr.App. 1993). Il n'est pas permis d'obtenir des fonds qui permettent de consulter plusieurs experts jusqu'à trouver un expert favorable à sa cause: *Granviel c. Lynaugh*, 881 F.2d 185, 192 (5th Cir. 1989); *Harris c. Vasquez*, 949 F.2d 1497, 1516 (9th Cir. 1990); *Medina c. Singletary*, 59 F.3d 1095, 1107 (11th Cir. 1995); *Martin c. Wainwright*, 770 F.2d 918, 935 (11th Cir. 1985); *Schiro c. Clark*, 754 F.Supp. 646, 658 (N.D.Ind. 1990): «[...] the Constitution of the United States does not guarantee to a defendant charged with a serious death penalty crime the right to have a psychiatrist who will claim that he is insane. The mere statement of that statement indicates its utter absurdity»; *Brown c. Doe*, 803 F.Supp. 932, 941 (S.D.N.Y. 1992); *Rogers c. Director of TJCD-ID*, 864 F.Supp. 584, 595 (E.D.Tex. 1994); *Pruett c. Thompson*, 771 F.Supp. 1428, 1441 (E.D.Va. 1991); *Bowen c. State*, 911 S.W.2d 555, 566 (Ark. 1995); *Brown c. State*, 875 S.W.2d 828, 831 (Ark. 1994); *Davis c. State*, 863 S.W.2d 259, 265 (Ark. 1993); *Sanders c. State*, 824 S.W.2d 353, 356 (Ark. 1992); *See c. State*, 757 S.W.2d 947, 949 (Ark. 1988); *People c. Wright*, 594 N.E.2d 276, 287 (Ill. 1992); *Thomas c. State*, 486 N.E.2d 531, 534 (Ind. 1985); *Palmer c. State*, 486 N.E.2d 477, 482 (Ind. 1985); *Crawford c. Commonwealth*, 824 S.W.2d 847, 850 (Ky. 1992); *Djadi c. State*, 528 A.2d 502, 506 (Md.App. 1987); *People c. Stone*, 491 N.W.2d 628, 632 (Mich.App. 1992); *People c. McLane*, 631 N.Y.S.2d 976, 981 (Sup. 1995); *State c. Norman*, 507 N.W.2d 522, 524 (N.D. 1993); *Ake c. State*, 778 P.2d 460, 465 (Okla.Cr. 1989); *Commonwealth c. Faulkner*, 595 A.2d 28, 37 (Pa. 1991); *Singleton c. Commonwealth*, 433 S.E.2d 507, 508 (Va.App. 1993).

au juge du procès aurait dû être accueillie parce que son état d'esprit au moment de la commission des crimes pour lesquels il a été condamné constituait un aspect suffisamment important du procès et que l'évaluation de sa dangerosité future aurait eu un impact certain sur l'imposition de la sentence de mort<sup>107</sup>. Un nouveau procès a donc été ordonné<sup>108</sup>.

La Cour suprême des États-Unis s'est limitée à définir les lignes directrices de la reconnaissance du droit constitutionnel aux services d'un expert. La section suivante dresse l'état du droit des différents critères qui peuvent faire partie de l'analyse de chaque demande.

## **B. L'interprétation de l'arrêt *Ake*<sup>109</sup>**

L'accusé qui désire présenter une requête pour obtenir les services d'un expert rémunéré par l'État a en droit américain trois options: si l'État dans lequel son procès est instruit a adopté des dispositions législatives régissant la présentation d'une telle requête, ces dispositions prévaudront; si les lois de l'État n'ont pas été amendées pour satisfaire aux critères de l'arrêt *Ake*, l'accusé peut alors fonder sa demande, en vertu du principe de la suprématie de la Constitution, sur l'interprétation de la Constitution fédérale de l'arrêt *Ake*. Il peut enfin baser sa demande sur toute interprétation jurisprudentielle de la Constitution de son État, dans la mesure où elle est compatible avec l'arrêt *Ake*.

Il ressort de façon assez nette que les tribunaux ont beaucoup de difficultés à élaborer des principes détaillés et universels à partir des lignes directrices de la Cour suprême

---

(107) 470 U.S. 68, 86 (1985).

(108) *Idem*, 87.

(109) Puisque mon propos n'est pas de présenter l'état du droit dans un État en particulier, mais de recenser les différentes interprétations de l'arrêt *Ake*, je ne ferai pas de distinctions majeures entre le droit des différents États. Au contraire, je me suis livré à un exercice de regroupement et de synthèse de ces différentes interprétations pour donner au lecteur un aperçu condensé mais complet des divers critères qui peuvent entrer en ligne de compte. Cet aperçu risque de donner une idée quelque peu faussée de l'état du droit parce que je ne m'appliquerai pas à relever systématiquement toutes les contradictions (souvent, les tribunaux d'une même juridiction utilisent des critères sensiblement différents) ni toutes les conjugaisons des différents critères (par exemple, plusieurs juridictions conjuguent une formulation du critère de nécessité et du critère du préjudice; pour les fins de compréhension et de défrichage du droit américain, cette précision n'est pas essentielle).



dans l'arrêt *Ake*<sup>110</sup>, d'autant plus que la Cour suprême a jusqu'à maintenant refusé d'entendre un pourvoi qui permettrait de clarifier la signification pratique de ces lignes directrices et qui fournirait des balises plus uniformes à la reconnaissance du droit aux services d'un expert aux frais de l'État<sup>111</sup>. Un courant législatif et jurisprudentiel accorde ainsi au juge du procès un large pouvoir discrétionnaire<sup>112</sup> et ne sanctionne

---

**(110)** «Obviously it is impossible to establish a black-letter rule for determining whether an indigent defendant was denied a fundamental right to an effective defense because of the trial court's refusal to grant public funds to hire an expert»: *Davis c. State*, 863 S.W.2d 259, 263 (Ark. 1993); *Scott c. State*, 593 N.E.2d 198, 201 (Ind. 1992); *State c. Asberry*, 581 N.E.2d 592, 595 (Ohio App. 5 Dist. 1989); *City of Mount Vernon c. Cochran*, 855 P.2d 1180, 1184 (Wash.App.Div. 1 1993).

**(111)** Voir, par exemple, *Granviel c. Texas*, 495 U.S. 963 (1990); *Smith c. Murray*, 477 U.S. 527 (1986). En 1995, elle a cependant entendu un pourvoi qui portait en appel la décision d'un juge de première instance qui avait rejeté la requête de l'accusé. La Cour a profité de l'occasion pour insister sur l'impact négatif de l'absence d'un expert de la défense dans certaines circonstances: *Tuggle c. Netherland*, 116 S.Ct. 283 (1995). Voir *infra* sous-section III.

**(112)** *Criminal Justice Act*, 18 U.S.C. §3006A(1)(e), reconnu notamment dans *United States c. Cannon*, 88 F.3d 1495, 1504 (8th Cir. 1996) et *United States c. Sloan*, 65 F.3d 861, 864 (10th Cir. 1996); *State c. Eastlack*, 883 P.2d 999, 1019 (Ariz. 1994); *State c. Cornell*, 878 P.2d 1352, 1359 (Ariz. 1994); *People c. Gaglione*, 32 Cal.Rptr.2d 169, 176 (Cal.App. 1 Dist. 1994); *Dingle c. State*, 654 So.2d 164, 166 (Fla.App. 3 Dist. 1995); *McNeal c. State*, 435 S.E.2d 47, 49 (Ga. 1993); *Mosier c. State*, 462 S.E.2d 643, 647 (Ga.App. 1995); *Perkins c. State*, 450 S.E.2d 324, 326 (Ga.App. 1994); *Burke c. State*, 367 S.E.2d 118, 119 (Ga.App. 1988); *State c. Brown*, 825 P.2d 482, 489 (Idaho 1992); *United States ex rel. Hall c. Washington*, 916 F.Supp. 1411, 1442 (C.D.Ill. 1996); *People c. Henderson*, 662 N.E.2d 1287, 1304 (Ill. 1996); *People c. Sanchez*, 662 N.E.2d 1199, 1214 (Ill. 1996); *People c. Burt*, 658 N.E.2d 375, 389 (Ill. 1995); *Williams c. State*, 669 N.E.2d 1372, 1383 (Ind. 1996); *Watson c. State*, 658 N.E.2d 579, 582 (Ind. 1995); *Harrison c. State*, 644 N.E.2d 1243, 1253 (Ind. 1995); *Williams c. State*, 619 N.E.2d 569, 572 (Ind. 1993); *James c. State*, 613 N.E.2d 15, 21 (Ind. 1993); *Baird c. State*, 604 N.E.2d 1170, 1185 (Ind. 1992); *Scott c. State*, 593 N.E.2d 198, 199 (Ind. 1992); *Utley c. State*, 589 N.E.2d 232, 238 (Ind. 1992); *Hopkins c. State*, 582 N.E.2d 345, 352 (Ind. 1991); *Kennedy c. State*, 578 N.E.2d 633, 639 (Ind. 1991); *Clark c. State*, 498 N.E.2d 918, 923 (Ind. 1986); *Lowery c. State*, 478 N.E.2d 1214, 1220 (Ind. 1985); *State c. Coker*, 412 N.W.2d 589, 593 (Iowa 1987); *State c. Van Scoyoc*, 511 N.W.2d 628, 631 (Iowa App. 1993); K.S., §22-4508; *State c. Williams*, 913 P.2d 587, 594 (Kan. 1996); *State c. Lumbrera*, 845 P.2d 609, 616 (Kan. 1992); *State c. Snodgrass*, 843 P.2d 720, 729 (Kan. 1992); *Mebane c. State*, 902 P.2d 494, 498 (Kan.App. 1995); *State c. Wainwright*, 856 P.2d 163, 167 (Kan.App. 1993); *State c. Grimes*, 519 N.W.2d 507, 515 (Neb. 1994); *People c. Jones*, 620 N.Y.S.2d 656, 657 (A.D. 4 Dept. 1994); *State c. Jones*, 467 S.E.2d 12, 19 (N.C. 1996); *State c. White*, 457 S.E.2d 841, 849 (N.C. 1995); *State c. Rose*, 451 S.E.2d 211, 219 (N.C. 1994); *State c. Moseley*, 449 S.E.2d 412, 424 (N.C. 1994); *State c. Phipps*, 418 S.E.2d 178, 191 (N.C. 1992); *State c. Gonderman*, 531 N.W.2d 11, 12 (N.D. 1995); *State c. Stow*, 620 A.2d 1023, 1027 (N.H. 1993); *State c. Wolf*, 595 N.E.2d 405, 410 (Ohio App. 11 Dist. 1991); *State c. Asberry*, 581 N.E.2d 592, 595 (Ohio App. 5 Dist. 1989); *Salazar c. State*, 852 P.2d 729, 735 (Okla.Cr. 1993); *Tibbs c. State*, 819 P.2d 1372, 1377 (Okla.Cr. 1991); *State c. Dickerson*, 827 P.2d 1354, 1359 (Or.App. 1992); *Commonwealth c. Abdul-Salaam*, 678 A.2d 342, 352 (Pa. 1996); *Commonwealth c. Carter*, 643 A.2d 61, 73 (Pa. 1994); *Thames c. State*, 478 S.E.2d 682, 683 (S.C. 1996); *State c. Rhines*, 548 N.W.2d 415, 442 (S.D. 1996); *State c. Edwards*, 868 S.W.2d 682, 697 (Tenn.Cr.App. 1993); *Roberts c. State*, 923 S.W.2d 141, 146 (Tex.App. [Texarkana] 1996); *Barnabei c. Commonwealth*, 477 S.E.2d 270, 276 (Va. 1996); *Hoverter c. Commonwealth*, 477 S.E.2d 771, 776 (Va.App. 1996); *State, c. Adams*, 888 P.2d 1207, 1209 (Wash.App.Div. 1 1995); *City of Mount Vernon c. Cochran*, 855 P.2d 1180, 1184 (Wash.App.Div. 1 1993); *State c. Kirschbaum*, 535 N.W.2d 462, 465 (Wis.App. 1995).

que l'exercice abusif de ce pouvoir par le prononcé d'une ordonnance de nouveau procès<sup>113</sup> lorsque l'erreur commise par le juge du procès est substantielle<sup>114</sup>. L'abus de discrétion "[...] is "discretion manifestly unreasonable, or exercised on untenable grounds, or for untenable reasons"<sup>115</sup>.

Il est malgré tout possible de dégager de la jurisprudence une série de critères qui permettent au juge du procès d'évaluer le bien-fondé de la demande. De façon générale, on peut dire que chaque requête fait l'objet d'une étude particulière<sup>116</sup> à l'aide des faits et circonstances mis en preuve et connus du tribunal au moment de la présentation de la requête<sup>117</sup>. Les critères qui sont donc élaborés sont toujours généraux et on doit souvent les illustrer par des exemples pour les rendre intelligibles et significatifs. En conséquence, chaque requête doit s'appuyer sur une base factuelle<sup>118</sup> plus ou moins

---

Un courant minoritaire tempère la portée de la discrétion lorsque la démonstration de l'accusé est sans équivoque. Le pouvoir discrétionnaire se transforme alors en un pouvoir lié: *Lawson c. Dixon*, 3 F.3d 743, 750 (4th Cir. 1993); *United States c. Williams*, 998 F.2d 258, 263 (5th Cir. 1993); *United States c. Sloan*, 776 F.2d 926, 929 (10th Cir. 1985).

**(113)** Voir la jurisprudence citée à la note précédente.

**(114)** Voir *infra*, note 278 (test de l'erreur sans conséquences).

**(115)** *State c. Adams*, 888 P.2d 1207, 1209 (Wash.App.Div. 1 1995).

**(116)** *Barnabei c. Commonwealth*, 477 S.E.2d 270, 276 (Va. 1996); *Norton c. State*, 930 S.W.2d 101, 111 (Tex.App. [Amarillo] 1996); *State c. Rose*, 451 S.E.2d 211, 219 (N.C. 1994); *State c. Edwards*, 868 S.W.2d 682, 697 (Tenn.Cr.App. 1993); *Scott c. State*, 593 N.E.2d 198, 199 (Ind. 1992); *State c. Rose*, 451 S.E.2d 211, 219 (N.C. 1994); *State c. Parks*, 417 S.E.2d 467, 471 (N.C. 1992); *State c. Moore*, 364 S.E.2d 648, 657 (N.C. 1988); *State c. Barnett*, 909 S.W.2d 423, 431 (Tenn. 1995); *State c. Edwards*, 868 S.W.2d 682, 697 (Tenn.Cr.App. 1993).

**(117)** *United States c. Pofahl*, 990 F.2d 1456, 1471 (5th Cir. 1993); *Parker c. Norris*, 64 F.3d 1178, 1185 (8th Cir. 1995); *Dunn c. Roberts*, 963 F.2d 308, 313 (10th Cir. 1992); *Baxter c. Thomas*, 45 F.3d 1501, 1511 (11th Cir. 1995); *Clisby c. Jones*, 960 F.2d 925, 930 (11th Cir. 1992); *Messer c. Kemp*, 831 F.2d 946, 960 (11th Cir. 1987); *Scott c. State*, 593 N.E.2d 198, 200 (Ind. 1992); *Spranger c. State*, 498 N.E.2d 931, 936 (Ind. 1986); *State c. Jones*, 477 S.E.2d 147, 149 (N.C. 1996); *State c. Hood*, 422 S.E.2d 679, 683 (N.C. 1992); *State c. Tucker*, 407 S.E.2d 805, 811 (N.C. 1991); *State c. Wilson*, 367 S.E.2d 589, 594 (N.C. 1988); *State c. Gambrell*, 347 S.E.2d 390, 394 (N.C. 1986); *State c. Hallman*, 391 N.W.2d 191, 194 (S.D. 1986); *State c. Barnett*, 909 S.W.2d 423, 431 (Tenn. 1995). Il faut d'ailleurs, si l'on veut réussir à porter la cause en appel, avoir au préalable présenté une telle requête au juge du procès: *Watkins c. State*, 441 S.E.2d 81, 82 (Ga.App. 1994); *Thompson c. State*, 492 N.W.2d 410, 415 (Iowa 1992).

**(118)** En fait, peu de tribunaux se sont exprimés aussi clairement, mais on peut raisonnablement interpréter en ce sens leur appréciation globale des faits et les raisons qui motivent le rejet d'une requête: *Williams c. Collins*, 989 F.2d 841, 845-46 (5th Cir. 1993); *Baxter c. Thomas*, 45 F.3d 1501, 1511 (11th Cir. 1995) (base substantielle); *Ex parte Dobyne*, 672 So.2d 1354, 1357 (Ala. 1995); *People c. McKoy*, 666 N.E.2d 805, 810 (Ill.App. 1 Dist. 1996); *State c. Allen*, 653 N.E.2d 675, 689-90 (Ohio 1995); *State c. Jaques*, 428 N.W.2d 260, 264 (S.D. 1988). Dans *Commonwealth c. Gould*, 603 A.2d 201, 204 (Mass. 1992), la requête a été rejetée parce que l'accusé semblait lucide, n'était pas sous l'effet de la drogue



élaborée. Une peine sévère<sup>119</sup> créera une présomption favorable à l'accusé. La formulation plus ou moins stricte des différents critères ou la conjugaison de plusieurs critères qui ne sont pas stricts en soi déterminera le degré d'élaboration factuelle requis. En d'autres mots, plus les critères sont exigeants, plus élaborée devra être la preuve de l'accusé qui estime que les services d'un expert sont essentiels à la présentation de sa défense.

L'état d'indigence est évidemment le prérequis de toute demande<sup>120</sup>. Cet état peut être prouvé dès que l'accusé est admissible à l'aide juridique ou par la preuve de ses ressources financières limitées, lorsqu'il a tout de même les moyens d'engager un avocat<sup>121</sup>. L'évaluation des ressources ne tient compte que de la situation personnelle de l'accusé; l'aide fournie par des amis ou la famille qui ne sont pas responsables

---

ou de l'alcool lors de la commission du crime et rien ne laissait présager l'existence antérieure de troubles psychologiques et la présentation possible d'une preuve à cet effet. Par contre, dans *State c. Poulsen*, 726 P.2d 1036, 1039 (Wash.App. 1986), on a jugé que la preuve de plusieurs blessures à la tête, de maux de tête sévères, de changements de comportements irrationnels et d'accès de rage incontrôlables, surtout lorsque l'accusé était en état d'ébriété, était suffisante. Il est à noter que ces faits n'étaient pas contestés. Les exemples sont nombreux et il serait inutilement long de tous les rapporter. Il suffira donc de donner la référence de quelques-uns: *Starr c. Lockhart*, 23 F.3d 1280, 1289-90 (8th Cir. 1994); *Cowley c. Stricklin*, 929 F.2d 640, 643 (11th Cir. 1991); *Parker c. Norris*, 859 F.Supp. 1203, 1214 (E.D.Ark. 1994); *Brown c. State*, 581 So.2d 1133, 1134-35 (Ala.Cr.App. 1990); *Starr c. State*, 759 S.W.2d 535, 539 (Ark. 1988); *State c. Eastlack*, 883 P.2d 999, 1019 (Ariz. 1994); *Bright c. State*, 455 S.E.2d 37, 49-51 (Ga. 1995); *Graham c. State*, 535 N.E.2d 1174, 1176 (Ind. 1989); *State c. Moore*, 364 S.E.2d 648, 652-53 (N.C. 1988); *State c. Gambrell*, 347 S.E.2d 390, 394 (N.C. 1986); *People c. Jones*, 620 N.Y.S.2d 656, 657 (A.D. 2 Dept. 1994).

**(119)** *Jackson c. State*, 625 N.E.2d 1219, 1220 (Ind. 1993); *Scott c. State*, 593 N.E.2d 198, 201 (Ind. 1992).

**(120)** *People c. Evans*, 648 N.E.2d 964, 968 (Ill.App. 1 Dist. 1995); *Jones c. State*, 899 P.2d 635, 643 (Okla.Cr. 1995). Dans *State c. Williams*, 615 So.2d 1009, 1015 (La.App. 1 Cir. 1993), l'accusé avait demandé au juge du procès de remettre le procès de façon à lui laisser le temps d'engager à ses frais un psychiatre pour sa défense. En appel, il plaidait que le refus de l'État d'assumer les frais de cette expertise devait amener la cour à ordonner un nouveau procès. Son moyen d'appel a évidemment été rejeté. Pour un cas similaire, voir *Boliek c. Bowersox*, 96 F.3d 1070, 1074 (8th Cir. 1996).

**(121)** *State c. Boyd*, 418 S.E.2d 471, 476 (N.C. 1992). Au contraire, lorsque l'accusé ne bénéficie pas de l'aide juridique, il est possible de lui nier l'accès aux services d'un expert aux frais de l'État sans violer la Constitution: *Gardner c. Holden*, 888 P.2d 608, 622 (Utah 1994). La capacité de payer de l'accusé est fonction de la nature et de la quantité de ses actifs, de leur liquidité, de la portion de ses revenus nets qui peuvent être affectés à une telle dépense, de la nature du crime, des habiletés requises pour recueillir les éléments de preuve pertinents et de la longueur et la complexité du procès: *Ex parte Sanders*, 612 So.2d 1199, 1201 (Ala. 1993). Dans *People c. Kegley*, 529 N.E.2d 1118, 1122 (Ill.App. 2 Dist. 1988), on a jugé que l'accusé qui n'avait pas d'économies, de maison et qui devait 17 000\$ à l'hôpital n'avait pas les ressources financières pour engager un expert.

légalement de l'accusé ne doit pas être incluse dans le calcul de sa capacité financière<sup>122</sup>. L'absence de preuve de l'état d'indigence peut à elle seule fonder le rejet de la requête<sup>123</sup>.

Les autres critères touchent plutôt le contenu de la demande elle-même et nécessitent plus d'élaboration. Ces critères ne respectent pas toujours la lettre de l'arrêt *Ake*, mais demeurent une tentative de donner un sens à l'expression générale «aspect suffisamment important du procès»<sup>124</sup>. Le fardeau de la preuve repose sur l'accusé<sup>125</sup>, qui doit démontrer la nécessité de l'expertise. Lorsque le tribunal ne peut conclure avec certitude que l'accusé qui présente un moyen de défense raisonnable a failli à cette tâche, il doit accueillir la requête<sup>126</sup>. La nécessité peut être démontrée par une preuve positive — l'accusé satisfera alors aux critères de nécessité, d'admissibilité de la preuve scientifique ou de la complexité suffisante du domaine d'expertise — ou négative, la preuve du préjudice qui découlerait du rejet de la requête. Parfois encore, on exige de l'accusé qu'il satisfasse à plusieurs critères. Quoi qu'il en soit, les différents critères élaborés par les tribunaux ont tous pour objectif de donner un sens au critère général de nécessité et aux lignes directrices de la Cour suprême américaine.

---

(122) *Dubose c. State*, 662 So.2d 1189, 1191 (Ala. 1995); *Ex parte Sanders*, 612 So.2d 1199, 1201 (Ala. 1993).

(123) Par exemple, *Boliek c. Bowersox*, 96 F.3d 1070, 1074 (8th Cir. 1996) et *People c. McKoy*, 666 N.E.2d 805, 809 (Ill.App. 1 Dist. 1996).

(124) Traduction libre. La Cour suprême dans l'arrêt *Ake* utilise l'expression «*significant factor at trial*» (sans l'interpréter) tirée de l'extrait suivant: «We hold that when a defendant has made a preliminary showing that his sanity at the time of the offense is likely to be a *significant factor at trial*, the Constitution requires that a State provide access to a psychiatrist's assistance on this issue if the defendant cannot afford one»: *Ake c. Oklahoma*, 470 U.S. 68, 74 (1985).

(125) *United States c. Price*, 83 F.3d 328, 335 (10th Cir. 1996); *United States c. Kennedy*, 64 F.3d 1465, 1470 (10th Cir. 1995); *McDonald c. Delo*, 897 F.Supp. 1224, 1240 (E.D.Mo. 1995); *Williams c. State*, 669 N.E.2d 1372, 1383 (Ind. 1996); *State c. Coker*, 412 N.W.2d 589, 593 (Iowa 1987). Le tribunal n'est pas tenu d'octroyer d'office les services d'un expert lorsqu'il estime que la défense de l'accusé le requiert: *State c. Crossley*, 653 So.2d 631 (La.App. 5 Cir. 1995).

(126) *State c. Rhines*, 548 N.W.2d 415, 442 (S.D. 1996); *State c. Stuck*, 434 N.W.2d 43, 51 (S.D. 1988); *State c. Hallman*, 391 N.W.2d 191, 195 (S.D. 1986).

## I. L'admissibilité de la preuve scientifique

Le témoignage de l'expert doit préalablement être admissible en preuve. On fait alors appel aux critères habituels d'admissibilité de la preuve d'expertise<sup>127</sup> et l'exclusion d'une preuve d'expert entraînera inévitablement le rejet de la requête d'accès aux services d'un expert<sup>128</sup>. Lorsque le juge des faits peut prendre une décision ou juger de la véracité ou du caractère vraisemblable de la preuve (autrement dit lorsque le sujet n'est pas matière à expertise<sup>129</sup>), les services d'un expert aux frais de l'État ne seront pas octroyés<sup>130</sup>. Il faut alors se servir du contre-interrogatoire pour marquer

---

**(127)** *State c. Chapman*, 645 A.2d 1, 2 (Me. 1994); *State c. Rich*, 549 A.2d 742 (Me. 1988); *State c. Gordius*, 544 A.2d 309, 311 (Me. 1988). Voir aussi *United States c. Larkin*, 978 F.2d 964, 971 (7th Cir. 1992); *United States ex rel. Hall c. Washington*, 916 F.Supp. 1411, 1442 (C.D.Ill. 1996); *People c. Hall*, 626 N.E.2d 131, 137 (Ill. 1993); *People c. Mack*, 538 N.E.2d 1107, 1116 (Ill. 1989); *Scott c. State*, 593 N.E.2d 198, 199 (Ind. 1992); *State c. Hernandez*, 773 P.2d 857, 860 (Wash.App. 1989).

**(128)** *Lentz c. State*, 604 So.2d 243, 247 (Miss. 1992).

**(129)** *State c. Zuck*, 904 P.2d 1005, 1013 (Kan.App. 1995). L'accusé demandait l'évaluation psychologique du plaignant, un enfant, pour discréditer son témoignage. Seule la travailleuse sociale avait témoigné à propos du degré de douleur de l'enfant, une matière non sujette à expertise; l'accusé s'est donc retrouvé sans expertise à réfuter puisque la fiabilité du témoignage pouvait être évaluée par le juge. On a jugé également que l'arrêt *Ake* ne pouvait servir de base pour obtenir l'évaluation ou l'examen de la victime: *ibid.* Voir aussi *Hollande c. State*, 654 So.2d 77, 81 (Ala.Cr.App. 1994) (l'identification de l'accusé par des témoins oculaires n'est pas matière à expertise en Alabama); *People c. Gaglione*, 32 Cal.Rptr.2d 169, 177 (Cal.App. 1 Dist. 1994) (*ibid.*); *People c. Kemp*, 885 P.2d 260, 263 (Colo.App. 1994) (*ibid.*); *Bullard c. State*, 650 So.2d 631, 632 (Fla.App. 4 Dist. 1995) (coercition policière, caractère volontaire de l'aveu); *Espinosa c. State*, 589 So.2d 887, 893 (Fla. 1991) (témoins oculaires); *Stowers c. State*, 449 S.E.2d 690, 691 (Ga.App. 1994) (pléthysmographe pénien, appareil servant à mesurer les réactions du pénis aux stimuli sexuels); *Williams c. State*, 619 N.E.2d 569, 572 (Ind. 1993) (facteurs atténuants); *State c. Chapman*, 645 A.2d 1, 2 (Me. 1994) (effet des valiums, du stress et du manque de sommeil); *People c. Anderson*, 630 N.Y.S.2d 77, 79 (A.D. 1 Dept. 1995) (témoins oculaires); *State c. Abraham*, 451 S.E.2d 131, 149 (N.C. 1994) et *State c. Tucker*, 407 S.E.2d 805, 811 (N.C. 1991) (*ibid.*); *Green c. State*, 881 P.2d 751, 752 (Okl.Cr. 1994); *United States c. Labansat*, 94 F.3d 527, 530 (9th Cir. 1996) (*ibid.*); *State c. Hernandez*, 773 P.2d 857, 860 (Wash.App. 1989) (*ibid.*); *Smith c. State*, 623 So.2d 369, 375 (Ala.Cr.App. 1992) (qu'un projectile d'arme à feu tiré d'une distance de trente-six pieds peut être fatal est de connaissance commune); *Conner c. State*, 580 N.E.2d 214, 221 (Ind. 1991) et *State c. Jamison*, 552 N.E.2d 180, 188 (Ohio 1990) (polygraphe inadmissible sauf sur consentement des deux parties); *People c. Martinez*, 734 P.2d 126, 130 (Colo.App. 1986) (polygraphe); *State c. Dickerson*, 827 P.2d 1354, 1359 (Or.App. 1992) (questions peu complexes); *State c. West*, 767 S.W.2d 387, 400 (Tenn. 1989) (relations sexuelles forcées sous la menace d'une arme); *State c. Hoffman*, 804 P.2d 577, 598 (Wash. 1991) (conduite insouciant des policiers); *State c. Kirschbaum*, 535 N.W.2d 462, 468 (Wis.App. 1995) (comportement habituel d'un enfant de quatorze mois).

**(130)** *Bullard c. State*, 650 So.2d 631, 632 (Fla.App. 4 Dist. 1995) (menaces pour pousser l'accusé à avouer).

les faiblesses et les contradictions des témoins ou des éléments de preuve<sup>131</sup>. Cependant, lorsque la preuve est en elle-même admissible, mais que l'expert appelé à la barre ne peut témoigner en raison d'un manque de compétence ou de connaissances appropriées (une des règles habituelles d'admissibilité du témoignage d'expert), on considère que l'accusé n'a pas pu présenter une défense pleine et entière<sup>132</sup>. Lorsque la preuve n'a pas atteint le niveau de preuve scientifique, elle est de même inadmissible<sup>133</sup>. Si les analyses sont reconnues comme étant scientifiquement fiables, on doit alors alléguer que les techniciens ont commis des erreurs et les identifier<sup>134</sup>.

Finalement, on ne peut utiliser une analyse scientifique pour faire la preuve d'une non-propension à commettre des crimes sexuels lorsque les principes généraux de droit de la preuve interdisent la preuve de propension<sup>135</sup>. On pourrait généraliser en disant qu'il n'est pas permis de présenter une preuve scientifique qui mettrait en preuve des faits qui sont en eux-mêmes inadmissibles ou pour convaincre le juge d'une notion (par exemple, une défense) qui est rejetée<sup>136</sup> ou inexistante<sup>137</sup> en droit.

---

**(131)** *State c. Abraham*, 451 S.E.2d 131, 148 (N.C. 1994). La luminosité, la distance et la température peuvent affecter la crédibilité du témoin oculaire. Le contre-interrogatoire devra donc porter sur ces impondérables. Voir aussi *United States c. Brewer*, 783 F.2d 841, 843 (9th Cir. 1986) (contre-interrogatoire des témoins oculaires); *State c. Stow*, 620 A.2d 1023, 1027 (N.H. 1993) (contre-interrogatoire de la victime); *State c. Scott*, 535 N.E.2d 379, 382 (Ohio App. 1987) (contre-interrogatoire des témoins oculaires).

**(132)** *State c. Murray*, 644 A.2d 1040, 1042 (Me. 1994).

**(133)** *Mobley c. State*, 455 S.E.2d 61, 66 (Ga. 1995) (désordre génétique cause d'un comportement violent); *Burch c. State*, 487 N.E.2d 176, 180 (Ind.App. 1 Dist. 1985) (polygraphe); *State c. Abraham*, 451 S.E.2d 131, 149 (N.C. 1994) (pléthysmographe pénien). L'incertitude théorique de la preuve d'ADN a cependant amené la Cour d'appel de la Virginie à conclure à la nécessité des services d'un expert: *Husske c. Commonwealth*, 448 S.E.2d 331, 336-40 (Va.App. 1994), inf. pour d'autres motifs, 476 S.E.2d 920, 926 (Va. 1996). Il en a de même été jugé des statistiques présentées à l'appui d'une preuve d'identification par ADN: *United States c. Shonubi*, 895 F.Supp. 460, 518 (E.D.N.Y. 1995). Lorsque les résultats normalement admissibles d'une analyse ne sont pas probants, la preuve scientifique est évidemment inadmissible et la requête pour les services d'un expert dont le témoignage servirait à réfuter cette preuve sera en conséquence rejetée: *Burke c. State*, 367 S.E.2d 118, 119 (Ga.App. 1988) (trousse de viol).

**(134)** *People c. Jacobsen*, 532 N.W.2d 838, 839-40 (Mich. 1995).

**(135)** *Stowers c. State*, 449 S.E.2d 690, 691 (Ga.App. 1994); *State c. Abraham*, 451 S.E.2d 121, 149 (N.C. 1994); *State c. Black*, 815 S.W.2d 166, 179 (Tenn. 1991).

**(136)** Voir, par exemple, *Davis c. State*, 863 S.W.2d 259, 264 (Ark. 1993) (la notion de *death-qualified jury*, c'est-à-dire un jury qui est habilité à imposer la peine de mort: *Keeten c. Garrison*, 742 F.2d 129, 134 (4th Cir. 1984), est constitutionnelle depuis *Lockhart c. McCree*, 476 U.S. 162 (1986). En vertu de ce principe, il est loisible à la poursuite de récuser péremptoirement un juré lorsque son opposition résolue à l'imposition de la peine de mort peut substantiellement affecter sa capacité de

## II. La nécessité de l'expertise

L'accusé doit démontrer que les services d'un expert sont nécessaires à la présentation d'une défense pleine et entière ou à la présentation de facteurs atténuants à l'audition sur sentence<sup>138</sup>. Il n'est pas nécessaire que la poursuite ait au préalable présenté une preuve scientifique; l'accusé peut la présenter de son propre chef et demander que l'État lui fournisse les services d'un expert<sup>139</sup>. Lorsque l'accusé a eu accès à des experts compétents d'un domaine pertinent à sa défense et que son avocat a été en mesure de contre-interroger les experts de la poursuite et de faire ressortir les faiblesses de leur témoignage, il n'a pas établi la nécessité de l'expertise<sup>140</sup>.

La jurisprudence ne dit pas clairement quelle est l'intensité de la preuve à présenter, mais l'on peut déduire des différentes formulations du critère de nécessité que le fardeau est tantôt selon la prépondérance des probabilités, tantôt une preuve plus convaincante, à mi-chemin entre la preuve hors de tout doute raisonnable et la preuve selon la prépondérance des probabilités. Il est cependant certain que la preuve exigée ne doit pas être moins convaincante; l'accusé doit présenter des allégations soutenues par des faits et suffisamment détaillées plutôt que vagues et générales au soutien de sa demande<sup>141</sup>. Le simple espoir de discréditer le témoignage des experts de la poursuite

---

remplir son devoir à l'audition sur sentence: *Lockhart*, p. 165).

**(137)** *McElroy c. State*, 611 So.2d 431, 432 (Ala.Cr.App. 1992) (le taux de THC (tétrahydrocannabinol) n'est pas un élément pertinent au prononcé d'une condamnation pour possession de drogue). Pour un exemple semblable, voir *People c. Cotton*, 641 N.Y.S.2d 858, 860 (A.D. 2 Dept. 1996) (masse de la cocaïne). Voir aussi *State c. Gonderman*, 531 N.W.2d 11, 14 (N.D. 1995) (l'obligation de prouver l'objectif de gratification sexuelle n'empêche l'exigence de la présence d'une érection. On ne peut ainsi prouver l'impuissance); *Commonwealth c. Clarke*, 635 N.E.2d 1197, 1201 (Mass. 1994) (la preuve de facteurs atténuants est non pertinente lorsque la loi prévoit une peine d'emprisonnement à perpétuité obligatoire); *State c. Hoffman*, 804 P.2d 577, 598 (Wash. 1991) (l'inconduite policière n'est pas un moyen de défense).

**(138)** *People c. Burt*, 658 N.E.2d 375, 389 (Ill. 1995).

**(139)** *Castro c. Oklahoma*, 71 F.3d 1502, 1513-14 (10th Cir. 1995); *Liles c. Saffles*, 945 F.2d 333, 341 (10th Cir. 1991).

**(140)** *Plunkett c. State*, 719 P.2d 834, 839 (Okla.Cr. 1986). Au même effet, *United States c. Kennedy*, 64 F.3d 1465, 1470 et 1472-73 (10th Cir. 1995); *Colloway c. State*, 431 S.E.2d 143, 145 (Ga.App. 1993).

**(141)** *Caldwell c. Mississippi*, 472 U.S. 320, 323 n. 1 (1985). Certains jugements énoncent ce principe nommément, d'autres ne font que l'appliquer en rejetant les requêtes lorsque les allégations sont trop vagues ou générales. Voir *Williams c. Collins*, 989 F.2d 841, 845 (5th Cir. 1993); *Yohey c. Collins*, 985 F.2d 222, 227 (5th Cir. 1993); *Mendoza c. Leapley*, 5 F.3d 341, 342 (8th Cir. 1993); *Matthews c. Price*,



ou de réfuter sa preuve scientifique n'est pas suffisant<sup>142</sup>, même si l'expert est un témoin clé de la poursuite<sup>143</sup>, et la procédure d'appel ne peut servir à réparer les erreurs de stratégies de l'avocat qui croyait que le témoignage d'un expert ne serait pas nécessaire pour faire innocenter son client<sup>144</sup>.

Dans la même veine, les requêtes qui ne visent qu'à obtenir les services d'un expert pour déterminer si certains moyens de défense sont valables, sans qu'une certaine preuve factuelle ne les appuie, sont généralement rejetées<sup>145</sup>.

---

83 F.3d 328, 335 (10th Cir. 1996); *Messer c. Kemp*, 831 F.2d 946, 961 (11th Cir. 1987); *Ruiz c. Norris*, 868 F.Supp. 1471, 1509 (E.D.Ark. 1994); *Ex parte Dobyne*, 672 So.2d 1354, 1357 (Ala. 1995); *Worthington c. State*, 652 So.2d 790, 795 (Ala.Cr.App. 1994); *McLeod c. State*, 581 So.2d 1144, 1150 (Ala.Cr.App. 1990); *State c. Gonzales*, 892 P.2d 838, 847 (Ariz. 1995); *State c. Apelt*, 861 P.2d 654, 660 (Ariz. 1993); *Dingle c. State*, 654 So.2d 164, 166 (Fla.App. 3 Dist. 1995); *Scott c. State*, 339 S.E.2d 718, 719 (Ga.App. 1985); *People c. Wright*, 594 N.E.2d 276 (Ill. 1992); *Baird c. State*, 604 N.E.2d 1170, 1185 (Ind. 1992); *Scott c. State*, 593 N.E.2d 198, 199 (Ind. 1992); *State c. Volker*, 477 N.W.2d 909 (Minn.App. 1991); *Fischer c. City of Europa*, 587 So.2d 878, 884 (Miss. 1991); *Griffin c. State*, 557 So.2d 542, 550 (Miss. 1990); *State c. Abraham*, 451 S.E.2d 131, 148 (N.C. 1994); *State c. Moseley*, 449 S.E.2d 412, 425 (N.C. 1994); *State c. Tucker*, 407 S.E.2d 805, 811 (N.C. 1991); *State c. Green*, 477 S.E.2d 182, 189 (N.C.App. 1996); *State c. Stow*, 620 A.2d 1023, 1027 (N.H. 1993); *Rogers c. State*, 890 P.2d 959, 967 (Okla.Cr. 1995); *Edinburgh c. State*, 896 P.2d 1176, 1181 (Okla.Cr. 1995); *State c. Gumm*, 653 N.E.2d 253, 267 (Ohio 1995); *State c. Powell*, 552 N.E.2d 191, 194 (Ohio 1990); *Stranger c. State*, 545 N.E.2d 1105, 1115 (Ind.App. 1 Dist. 1989); *State c. Sowell*, 598 N.E.2d 136, 142 (Ohio App. 1 Dist. 1991); *State c. Barnett*, 909 S.W.2d 423, 431 (Tenn. 1995); *Buchanan c. Commonwealth*, 483 S.E.2d 757, 774 (Va. 1989); *State c. Wool*, 648 A.2d 655, 660 (Vt. 1994); *State c. Adams*, 888 P.2d 1207, 1209 (Wash.App.Div. 1 1995). «The cases in *Ake* and *Caldwell*, viewed together, seem to hold that an indigent must show more than a mere possibility that an expert would aid in his defense»: *Ex parte Moody*, 684 So.2d 114, 119 (Ala. 1996); *Yohey c. Collins*, 985 F.2d 222, 227 (5th Cir. 1993); *Little c. Armontrout*, 835 F.2d 1240, 1244 (8th Cir. 1987); *Moore c. Kemp*, 809 F.2d 702, 712 (11th Cir. 1987); *Dubose c. State*, 662 So.2d 1189, 1191 (Ala. 1995); *State c. Peeples*, 640 N.E.2d 208 (Ohio App. 4 Dist. 1994). «A mere hope that favorable evidence may be procured from an expert, however, is not sufficient to require the appointment of an expert»: *Barnabei c. Commonwealth*, 477 S.E.2d 270, 276 (Va. 1996); *Griffin c. State*, 557 So.2d 542, 550 (Miss. 1990); *State c. Parks*, 417 S.E.2d 467, 471 (N.C. 1992); *State c. Asberry*, 581 N.E.2d 592, 595 (Ohio App. 5 Dist. 1989); *State c. Shepherd*, 902 S.W.2d 895, 904 (Tenn. 1995); *State c. Edwards*, 868 S.W.2d 682, 697 (Tenn.Cr.App. 1993); *Buchanan c. Commonwealth*, 384 S.E.2d 757, 774 (Va. 1989).

**(142)** *Stephens c. Kemp*, 846 F.2d 642, 650 (11th Cir. 1988); *State c. Amaya-Ruiz*, 800 P.2d 1260, 1290 (Ariz. 1990); *State c. Moseley*, 449 S.E.2d 412, 424-25 (N.C. 1994).

**(143)** *State c. Tucker*, 407 S.E.2d 805, 811-12 (N.C. 1991).

**(144)** *State c. Reeves*, 448 S.E.2d 802, 811 (N.C. 1994). L'accusé avait eu accès à une psychologue spécialisée en troubles sexuels prête à témoigner, mais l'avocat avait choisi de ne pas présenter les éléments de preuve à propos desquels elle aurait pu témoigner. Voir aussi *United States c. Childress*, 58 F.3d 693, 733 (D.C. 1995) (il ne faut pas omettre de présenter un témoin dans l'espoir d'obtenir les services d'un expert); *Harris c. Vasquez*, 949 F.2d 1497, 1517 (9th Cir. 1990); *Commonwealth c. Carter*, 643 A.2d 61, 73 (Pa. 1994).

**(145)** *McDonald c. Bowersox*, 101 F.3d 588, 594 (8th Cir. 1996); *Williams c. Calderon*, 52 F.3d 1465, 1474 (9th Cir. 1995); *Liles c. Saffles*, 945 F.2d 333, 341 (10th Cir. 1991); *Scott c. State*, 339

Ces dernières observations sont communes à la plupart des interprétations du critère de nécessité. Le critère de nécessité en tant que tel a été interprété plus ou moins strictement d'une juridiction à l'autre.

### a. Le critère de la probabilité raisonnable

En vertu de cette «catégorie» de formulations du critère de nécessité, l'accusé doit démontrer l'existence d'une probabilité raisonnable que les services d'un expert fourniront un apport substantiel à la présentation de sa défense<sup>146</sup> ou permettront la présentation d'un moyen de défense valable<sup>147</sup>. «To meet this standard, the indigent

---

S.E.2d 718, 719 (Ga.App. 1985); *People c. McKoy*, 666 N.E.2d 805, 810 (Ill.App. 1 Dist. 1996); *Tidwell c. State*, 644 N.E.2d 557, 560 (Ind. 1994); *Williams c. State*, 619 N.E.2d 569, 572 (Ind. 1993); *Castor c. State*, 587 N.E.2d 1281, 1288 (Ind. 1992); *Schultz c. State*, 497 N.E.2d 531, 533 (Ind. 1986); *State c. Coker*, 412 N.W.2d 589, 593 (Iowa 1987); *Simmons c. Commonwealth*, 746 S.W.2d 393, 395 (Ky. 1988); *Smith c. Commonwealth*, 734 S.W.2d 437, 447 (Ky. 1987); *Lockett c. State*, 614 So.2d 888, 898 (Miss. 1992) (les expéditions de pêche ne sont pas permises); *Bannister c. State*, 726 S.W.2d 821, 829 (Mo.App. 1987); *State c. Asberry*, 581 N.E.2d 592, 595 (Ohio App. 5 Dist. 1989). C'est également ainsi que l'on a interprété la *Criminal Justice Act*, 18 U.S.C. §3006A(e)(1): *United States c. Alden*, 767 F.2d 314, 318 (7th Cir. 1984).

(146) *Ex parte Dobyne*, 672 So.2d 1354, 1357 (Ala. 1995). Voir aussi *McDonald c. Bowersox*, 101 F.3d 588, 593 (8th Cir. 1996); *Starr c. Lockhart*, 23 F.3d 1280, 1288 (8th Cir. 1994); *Mendoza c. Leapley*, 5 F.3d 341, 342 (8th Cir. 1993); *Moore c. Kemp*, 809 F.2d 702, 712 (11th Cir. 1987); *Parker c. Norris*, 859 F.Supp. 1203, 1213 (E.D.Ark. 1994) (la Cour d'appel a confirmé le rejet de la demande par le juge de première instance et infirmé l'ordonnance de nouveau procès de la Cour de district sans infirmer la validité des principes: 64 F.3d 1178 (8th Cir. 1995)); *McDonald c. Delo*, 897 F.Supp. 1224, 1237 (E.D.Mo. 1995); *State c. Touchet*, 642 So.2d 1213, 1215 (La. 1994); *State c. Johnson*, 344 S.E.2d 775, 778 (N.C. 1986) (NCGS §7A-450(b)); *Davis c. State*, 905 S.W.2d 655, 659 (Tex.App. [Texarkana] 1995). Selon les termes de ces arrêts, le refus d'accéder à la requête de l'accusé doit également donner lieu à un procès fondamentalement injuste pour que la décision du juge de première instance soit révisée. La conjugaison de ces critères forme l'expression ou la définition la plus courante du critère de la preuve d'un besoin particularisé (*infra*, sous-section II.c). Cette dernière exigence est trop sévère, a pour résultat de diminuer indûment le nombre de requêtes accueillies et perpétue l'injustice que l'arrêt *Ake* devait servir à enrayer (voir partie II). Le critère de probabilité raisonnable prévaut également dans plusieurs autres juridictions: *Cowley c. Stricklin*, 929 F.2d 640, 643 (11th Cir. 1991); *State c. Apelt*, 861 P.2d 654, 660 (Ariz. 1993) (ARS §13-4013(B)); *People c. Mattson*, 789 P.2d 983 (Cal. 1990) (Cal. Penal Code §987.9; un expert en sélection des jurés n'est pas essentiel à la préparation d'une défense ni n'assure une défense pleine et entière); *Rowland c. Commonwealth*, 901 S.W.2d 871, 874 (Ky. 1995); *State c. Moseley*, 449 S.E.2d 412, 424 (N.C. 1994) (qui exige la preuve d'une probabilité raisonnable d'apport de l'expertise ou de préjudice); *State c. Peebles*, 640 N.E.2d 208, 212 (Ohio App. 4 Dist. 1994); *State c. Asberry*, 581 N.E.2d 592, 594 (Ohio App. 5 Dist. 1989) (RC 2929.024).

(147) *State c. Coker*, 412 N.W.2d 589, 592 (Iowa 1987). Dans *Parker c. Norris*, 859 F.Supp. 1203, 1213-15 (E.D.Ark. 1994), deux experts de la défense sont venus expliquer les problèmes psychologiques de l'accusé et son histoire familiale parsemée de suicides. Parce que deux des trois facteurs aggravants n'ont pas été retenus par le jury et que la preuve ne justifiait peut-être pas l'imposition de la peine de mort, la cour a estimé que le témoignage d'un autre expert aurait donné plus de poids à la preuve de la défense. Cette appréciation des faits a été infirmée en appel: 64 F.3d 1178 (8th Cir. 1995).

defendant must show, with reasonable specificity, that the expertise is absolutely necessary to answer a substantial issue or question raised by the state or to support a critical element of the defense»<sup>148</sup>.

Il s'agit inévitablement d'une question factuelle<sup>149</sup>. Dans *Dobyne c. State*<sup>150</sup>, la défense avait mis en preuve que l'accusé avait été délaissé par sa mère à l'âge de deux ans, que ses parents étaient tous les deux alcooliques et sa mère dépendante à l'héroïne; son profil psychologique indiquait une dépendance à la cocaïne au moment du crime, des abus de drogues, un quotient intellectuel peu élevé et une grande possibilité d'exposition foetale à l'alcool<sup>151</sup>. Comme les évaluations psychologiques et psychiatriques habituelles n'étaient pas assez complètes pour répondre aux questions soulevées par l'accusé, la requête pour les services d'un neuropsychologue a été accueillie<sup>152</sup>.

---

**(148)** *Ex parte Moody*, 684 So.2d 114, 119 (Ala. 1996). Voir aussi *Scott c. State*, 593 N.E.2d 198, 200 (Ind. 1992); *State c. Touchet*, 642 So.2d 1213, 1215 (La. 1994). Cet élément est parfois le seul en litige: *State c. Jones*, 477 S.E.2d 147, 149 (N.C. 1996).

**(149)** *Little c. Armontrout*, 835 F.2d 1240, 1244 (8th Cir. 1987). Le lecteur se reportera à l'introduction générale à l'étude du critère de nécessité, qui fait état d'une analyse particulière de chaque affaire: *supra*, note 141.

**(150)** 672 So.2d 1319 (Ala.Cr.App. 1994); 672 So.2d 1354 (Ala. 1995).

**(151)** *Idem*, 1346.

**(152)** *Idem*, 1346-47. Le profil de l'accusé dans *Washington c. State*, 836 P.2d 673, 675 (Okl.Cr. 1992), présentait une série d'anomalies tout aussi nombreuses: il était peut-être sous l'effet du PCP au moment de la commission de l'infraction (la santé mentale de l'accusé après la commission du crime n'entre pas en jeu), il éprouvait des troubles d'apprentissage, des troubles de comportement suite à un traumatisme à la tête, qui sont apparus à l'école et qui sont permanents, il était dépressif, incapable de se contrôler et de communiquer avec un de ses avocats. Sa vision de la réalité était déformée, il était incapable d'en parler et devait prendre des médicaments antipsychotiques. Il avait d'ailleurs souvent été hospitalisé en milieu psychiatrique. Les médecins avaient diagnostiqué à plusieurs reprises une schizophrénie paranoïde accompagnée d'illusions bizarres. Les exemples factuels abondent et il suffira d'en mentionner quelques-uns: *State c. Jones*, 477 S.E.2d 147, 149 (N.C. 1996); *Massey c. State*, 933 S.W.2d 141, 151 (Tex.Cr.App. 1996). Au contraire, dans *State c. Green*, 477 S.E.2d 182, 189 (N.C.App. 1996), l'accusé, après avoir été examiné par deux psychiatres qui avaient conclu à l'absence d'une déformation neurologique cérébrale, requérait les services d'un psychologue clinique pour prouver l'existence de cette déformation, mais refusait de produire au tribunal un affidavit de ce psychologue. Le tribunal a conclu à l'absence de preuve.

L'attribution d'un pouvoir discrétionnaire peut conduire à l'arbitraire; il suffit d'un exemple, dont les faits sont semblables à ceux des arrêts *Dobyne* et *Washington*, pour le démontrer. Dans *State c. Hood*, 422 S.E.2d 679, 683-84 (N.C. 1992), un rapport d'aptitude concluait que l'accusé souffrait de troubles de la personnalité avec des tendances paranoïdes et schizoïdes, présentait des traits d'une personne obsessionnelle-compulsive, était peu intelligent et instruit, hostile à son avocat parce qu'il refusait de déposer son dossier militaire au procès, refusait de coopérer avec le psychiatre parce qu'il croyait que ses droits constitutionnels étaient violés et bien qu'aucune preuve n'ait été présentée de sa confusion, cette dernière conclusion n'était pas définitive. Toutefois, on a jugé que sa capacité de concentration, son sens de



On rencontre deux autres expressions du même concept: la nécessité raisonnable<sup>153</sup> et l'aide que l'expertise peut apporter à la défense. Le critère de nécessité raisonnable exige de l'accusé qu'il démontre au tribunal en quoi le témoignage d'un expert est nécessaire à la présentation d'une défense pleine et entière<sup>154</sup> ou qu'une défense valable ne peut être présentée sans une preuve d'expert<sup>155</sup>. L'analyse ne s'attarde donc pas à l'admissibilité du témoignage scientifique en tant que tel, mais à l'importance que peut avoir *in abstracto* le témoignage scientifique sur l'issue du procès. Une seule juridiction a jusqu'à maintenant confondu la nécessité raisonnable et l'admissibilité de la preuve scientifique<sup>156</sup>; lorsque l'accusé démontre que l'élément de preuve qu'il entend présenter est suffisamment technique et fait habituellement l'objet d'un témoignage d'expert, plus fortes sont les chances que la requête soit accueillie<sup>157</sup>.

---

l'orientation, sa mémoire, son jugement et sa capacité d'introspection normaux, l'absence de preuve d'hallucinations et la conclusion d'aptitude à subir son procès l'emportaient sur la série d'anomalies ou de symptômes observés et tendait plutôt à établir que l'état d'esprit de l'accusé n'était pas un aspect suffisamment important du procès.

**(153)** Une expression qu'emploie notamment KRS 31.110(1): *Sommers c. Commonwealth*, 843 S.W.2d 879, 884 (Ky. 1992). ARS §13-4013(B) l'utilise aussi, mais l'accent étant placé sur la preuve du préjudice, la preuve de la nécessité raisonnable devient une preuve de préjudice. Il convient donc de l'étudier dans cette section.

**(154)** *State c. Walters*, 426 N.W.2d 136, 140 (Iowa 1988) (R.Crim.Proc. 19(4)); *State c. Grisby*, 666 A.2d 503, 504 (Me. 1995) (nécessaire à une défense adéquate); *City of Mount Vernon c. Cochran*, 855 P.2d 1180, 1184 (Wash.App.Div. 1 1993); *State c. Murray*, 644 A.2d 1040, 1042 (Me. 1994); *Moore c. State*, 935 S.W.2d 124, 130 (Tex.Cr.App. 1996) (expert en sélection de jurés (*jury selection expert*) non nécessaire à la constitution d'un jury impartial et juste); *People c. Mattson*, 789 P.2d 983, 998 (Cal. 1990) (*idem*, non nécessaire à la préparation de la défense); *State c. Kilpatrick*, 471 S.E.2d 624, 629 (N.C. 1996) (*ibid.*); *People c. Cotton*, 641 N.Y.S.2d 858, 860 (A.D. 2 Dept. 1996). Le *Penal Law*, §220.16(12) érige en infraction la possession d'un demi-once ou plus de cocaïne, mais l'accusé a été condamné en vertu du §220.03, une disposition générale qui ne tient pas compte de la masse du stupéfiant. Il n'était pas nécessaire d'avoir recours à un chimiste pour peser la cocaïne saisie. Voir aussi *State c. Gonzales*, 892 P.2d 838, 847 (Ariz. 1995) (demande présentée sans aucun fait à l'appui).

**(155)** *Sommers c. Commonwealth*, 843 S.W.2d 879, 884 (Ky. 1992) (la cause de la mort et la genèse d'un incendie ne peuvent être établies que par le témoignage d'un expert); *Taylor c. State*, 939 S.W.2d 148, 152 (Tex.Cr.App. 1996); *State c. Wool*, 648 A.2d 655, 660 (Vt. 1994).

**(156)** «[...] to determine whether the proposed services would bear on an issue which is generally regarded to be within the common experience of the average person, or one for which expert opinion would be necessary»: *Scott c. State*, 593 N.E.2d 198, 200 (Ind. 1992). Dans *People c. Martinez*, 734 P.2d 126, 130 (Colo.App. 1986), on disait de la preuve de polygraphe (détecteur de mensonge) qu'elle n'était pas raisonnablement nécessaire ou utile de quelque façon et qu'en tout état de cause, cette preuve était inadmissible. Il semble donc que l'admissibilité de la preuve a ici aussi joué un grand rôle dans l'évaluation de sa nécessité ou de son utilité.

**(157)** *Ibid.*

Il va sans dire que l'aveu admissible efface toute présence d'un état de nécessité<sup>158</sup>. L'accusé qui, en appel, fait valoir que le droit à l'assistance d'un psychiatre lui a été nié mais qui, au procès, n'a pas présenté de demande ni laissé présager la présentation d'une défense d'aliénation mentale, ne s'est pas comporté de façon bizarre avant, pendant ou après le crime et qu'aucun indice n'indique qu'un médecin ne prescrirait une médication ou une mise sous garde pour l'accusé, n'a pas démontré en quoi les services lui sont nécessaires<sup>159</sup>. De même sera rejetée la requête de l'accusé qui a été examiné par un psychiatre, mais qui ne prévoit pas le faire témoigner ni n'entend contester les conclusions du psychiatre qui conclut à son aptitude à subir son procès<sup>160</sup>.

Plusieurs facteurs peuvent guider l'analyse du juge. La gravité du crime, la lourdeur de la sentence, la complexité de la preuve scientifique et le montant d'argent que l'État défraie pour engager des experts et procéder à des analyses<sup>161</sup>, la bonne foi de l'accusé et le caractère raisonnable de la requête<sup>162</sup> peuvent faire pencher la balance vers l'accueil de la demande. Au contraire, une demande exorbitante, de mauvaise foi,

---

**(158)** *Dick c. State*, 677 So.2d 1267, 1271 (Ala.Cr.App. 1996). L'accusé ayant admis avoir touché plusieurs fois la voiture de la victime, le témoignage d'un expert en empreintes digitales devenait inutile. Voir aussi *State c. Snodgrass*, 843 P.2d 720, 729 (Kan. 1992); *Salazar c. State*, 852 P.2d 729, 735 (Okla.Cr. 1993); *Husske c. Commonwealth*, 476 S.E.2d 920, 926 (Va. 1996).

**(159)** *State c. Jones*, 467 S.E.2d 12, 18 (N.C. 1996). Voir aussi *McDonald c. Delo*, 897 F.Supp. 1224, 1239-40 (E.D.Mo. 1995); *State c. Williams*, 904 P.2d 437, 450 (Ariz. 1995); *State c. Schurz*, 859 P.2d 156, 164 (Ariz. 1993); *State c. Adams*, 888 P.2d 1207, 1209 (Wash.App.Div. 1 1995) (CrR 3.1(F.)). Dans *Bright c. State*, 455 S.E.2d 37, 49-50 (Ga. 1995), on a jugé que l'accusé qui avait démontré un état dépressif, des tendances suicidaires, une ingestion importante d'alcool et de drogue la nuit du crime et qui sous une quelconque impulsion avait tué ses grands-parents avec qui il s'entendait bien avait démontré comment le témoignage d'un expert pouvait être utile à mettre en doute la présence de l'intention criminelle. Le témoignage d'un psychologue et d'un toxicologue aurait aidé le jury à comprendre les effets d'un abus de drogue et d'alcool sur l'état d'esprit de l'accusé. L'unique tentative de suicide de l'accusé, à l'intérieur de la prison à la suite de son arrestation, ne sème pas le doute sur son état d'esprit et n'en fait pas un objet qui nécessite l'assistance d'un expert, d'autant plus qu'il avait été déclaré apte à subir son procès: *State c. Rouse*, 451 S.E.2d 543, 558-59 (N.C. 1994). Bien que souple, ce critère exige donc la présentation d'une preuve substantielle.

**(160)** *McWilliams c. State*, 640 So.2d 982, 991 (Ala.Cr.App. 1991). Voir aussi *United States c. Cropp*, 127 F.3d 354, 353 (4th Cir. 1997); *United States c. Hartsell*, 127 F.3d 343, 349 (4th Cir. 1997), *habeas corpus ref. In re Eidson*, 129 F.3d 1259 (4th Cir. 1997) et *Duren c. Hopper*, 161 F.3d 655, 665 (11th Cir. 1998), sur l'absence de base factuelle.

**(161)** *Scott c. State*, 593 N.E.2d 198, 201 (Ind. 1992).

**(162)** *State c. Rhines*, 548 N.W.2d 415, 442 (S.D. 1996); *State c. Sahlie*, 245 N.W.2d 476, 480 (S.D. 1976). L'accusé peut démontrer le caractère raisonnable de sa demande en persuadant le tribunal qu'il engagerait un expert s'il en avait les moyens: *ibid.* Voir aussi *State c. Allen*, 653 N.E.2d 675, 689 (Ohio 1995).

dont le délai de prescription (si la loi en prévoit un) est écoulé, dont le témoignage scientifique ne serait pas admissible ou qui tendrait à ne présenter qu'une preuve cumulative seraient autant de raisons de rejeter la requête<sup>163</sup>.

L'accusé peut de même devoir démontrer comment les services d'expertise peuvent aider sa cause<sup>164</sup> et quel type de preuve sera donc présenté<sup>165</sup>. Dans *Williams c. State*<sup>166</sup>, l'accusé requerrait les services d'un psychiatre pour l'évaluer et présenter des éléments de preuve atténuants à l'audition sur sentence, de même que les services d'un travailleur social et d'un psychosociologue. Comme l'accusé était incapable d'identifier quels facteurs atténuants pourraient être présentés ou n'était pas en mesure d'affirmer que ces éléments de preuve ne pourraient être présentés autrement, la requête a été rejetée<sup>167</sup>. La Cour jugeait également que les facteurs atténuants étaient susceptibles d'être évalués par une personne moyenne et qu'ils pouvaient être vérifiés et présentés adéquatement par un avocat moyen<sup>168</sup>. Ce jugement restreint ainsi la possibilité de présenter des éléments de preuve par le témoignage d'un expert et diminue l'impact potentiel du témoignage de l'expert. Cette restriction a pour effet d'empêcher les

---

**(163)** *Scott c. State*, 593 N.E.2d 198, 201 (Ind. 1992). Dans cette affaire, l'accusé présentait une défense d'intoxication. La Cour, jugeant que le domaine de l'intoxication étant à la portée de l'avocat moyen (même de la plupart des avocats) et de la personne moyenne et que les questions posées en l'espèce n'étaient pas assez complexes pour nécessiter la présentation d'une preuve d'expert, décidait que le jury pouvait rendre un verdict et évaluer la défense. La Cour note également que la poursuite n'avait pas présenté de témoignage d'expert (p. 202). Sur la pertinence de l'absence de présentation d'une preuve scientifique par la poursuite, voir sous-section suivante (II). Voir aussi *Hubbard c. State*, 584 So.2d 895, 900 (Ala.Cr.App. 1991); *Jackson c. State*, 625 N.E.2d 1219, 1221 (Ind. 1993) (dix témoins avaient témoigné du comportement acceptable de l'accusé); *State c. Daughtery*, 563 So.2d 1171, 1174 (La.App. 1 Cir. 1990) (preuve accablante de la participation et de la complicité au meurtre); *State c. Moseley*, 449 S.E.2d 412, 425 (N.C. 1994) (les blessures ayant causé la mort étaient évidentes sur les photographies des victimes et le moment du décès était inutile à décider de la culpabilité de l'accusé; il n'était donc pas nécessaire de faire témoigner un pathologiste); *State c. Edwards*, 868 S.W.2d 682, 697 (Tenn.Cr.App. 1993) (ADN; critère du besoin particularisé).

**(164)** *Rodriguez c. State*, 906 S.W.2d 70, 72 (Tex.App. [San Antonio] 1995); *Commonwealth c. Martinez*, 651 N.E.2d 380, 384 (Mass. 1995) (le témoignage d'un expert n'aurait rien apporté à la défense); *People c. Jacobsen*, 532 N.W.2d 838, 839-40 (Mich. 1995) (aucun élément de preuve permettant de croire que les résultats du *Breathalyzer* ne sont pas fiables en l'espèce); *State c. Jamison*, 552 N.E.2d 180, 188 (Ohio 1990) (l'accusé n'en aurait pas retiré de bénéfices tangibles).

**(165)** *Rodriguez c. State*, 906 S.W.2d 70, 73 (Tex.App. [San Antonio] 1995).

**(166)** 619 N.E.2d 569, 572 (Ind. 1993).

**(167)** *Ibid.* Voir également *Arthur c. State*, 711 So.2d 1031, 1071 (Ala.Cr.App. 1996), conf. 711 So.2d 1097 (Ala. 1997).

**(168)** *Ibid.*

accusés de présenter des demandes frivoles dont le but ne serait que de donner de la crédibilité et du poids à des faits qui n'en ont pas, mais elle a aussi pour effet négatif d'alourdir injustement le fardeau de preuve des accusés qui ont des arguments valables à présenter. L'accent est indûment mis, à mon avis, sur la phobie qu'entretiennent les tribunaux d'être ensevelis de demandes de services d'expertise toutes les plus frivoles les unes que les autres plutôt que sur le droit des accusés à un procès juste et équitable.

Quelques juridictions ont plutôt adopté cette expression relativement simpliste: l'accusé doit faire la preuve que s'il en avait les moyens, il engagerait un expert pour présenter sa défense<sup>169</sup>.

### **b. Le témoignage d'expert est l'élément central de la défense**

Que la preuve scientifique et le témoignage d'expert constitue le noyau de la preuve de la poursuite est suffisant en soi pour démontrer le caractère nécessaire des services d'un expert<sup>170</sup>; c'est du moins ce qui ressortirait des motifs de l'arrêt *Ake*<sup>171</sup>. Cependant, l'accusé peut, en l'absence d'une telle preuve, présenter un moyen de défense qui sera

---

(169) *United States c. Alden*, 767 F.2d 314, 318 (7th Cir. 1984) (la nécessité raisonnable s'évalue en fonction du test de l'avocat du secteur privé); *United States c. Labansat*, 94 F.3d 527, 530 (9th Cir. 1996); *Commonwealth c. Clarke*, 635 N.E.2d 1197, 1201 (Mass. 1994); *City of Mount Vernon c. Cochran*, 855 P.2d 1180, 1186 (Wash.App.Div. 1 1993). Le Dakota du Sud a plutôt inclus un tel critère à l'intérieur d'une liste de facteurs à considérer, les autres étant la bonne foi de la demande, son caractère à tous égards raisonnable et le respect des délais de présentation: SDCL 19-15-9; *State c. Rhines*, 548 N.W.2d 415, 442 (S.D. 1996); *State c. Stuck*, 434 N.W.2d 43, 50 (S.D. 1988); *State c. Sahlie*, 245 N.W.2d 476, 480 (S.D. 1976).

(170) *Williamson c. Reynolds*, 904 F.Supp. 1529, 1562 (E.D.Okl. 1995); *United States c. Bailey*, 886 F.Supp. 7, 9 (S.D.W.Va. 1995). *Contra: People c. Keene*, 660 N.E.2d 901, 906 (Ill. 1995).

(171) 470 U.S. 68, 82 (1985) («[...] without the assistance of a psychiatrist to conduct a professional examination on issues relevant to the defense, to help determine whether the insanity defense is viable, to present testimony, and to assist in preparing cross-examination of a State's psychiatric witnesses [...]»): *Rey c. State*, 897 S.W.2d 333, 343 (Tex.Cr.App. 1995) (l'expert peut assister la défense à présenter une preuve positive (la preuve d'aliénation mentale, par exemple) ou négative (contrer la preuve de la poursuite); *Harrison c. State*, 635 So.2d 894, 902 (Miss. 1994) (la poursuite a présenté le témoignage d'un expert venu dire que les blessures au vagin de la victime ne pouvaient avoir été causées que par pénétration; le contre-interrogatoire n'avait pas permis de présenter une preuve contraire); *State c. Van Scoyoc*, 511 N.W.2d 628, 631 (Iowa App. 1993) (le tribunal devait exercer son pouvoir discrétionnaire, la poursuite ayant fait témoigner un expert en reconstitution d'accidents; l'expertise était vitale à l'accusé et le rejet de la requête lui causait un préjudice).

appuyé par preuve scientifique<sup>172</sup>.

Toutefois, l'accusé qui n'invoque pas la maladie mentale comme cause d'exclusion de sa responsabilité pénale ne fait pas de son état d'esprit au moment de l'infraction la question substantielle en litige et ne peut porter sa cause en appel<sup>173</sup>. Si une défense d'aliénation mentale est présentée, les faits au soutien de la requête pour les services d'un psychiatre doivent tendre à démontrer qu'au moment du crime, son état d'esprit n'était pas celui auquel la loi rattache la responsabilité pénale<sup>174</sup>. De même, lorsque l'accusé est formellement identifié par des témoins oculaires dont la déposition est fiable comme étant l'auteur du crime, la preuve d'ADN est superflue parce l'identité de l'accusé n'est plus en jeu<sup>175</sup>.

Parfois, le sujet d'expertise en lui-même peut faire d'un objet du litige une question

---

**(172)** *Castro c. Oklahoma*, 71 F.3d 1502, 1513 (10th Cir. 1995); *Liles c. Saffles*, 945 F.2d 333, 341 (10th Cir. 1991).

**(173)** *Parker c. Norris*, 64 F.3d 1178, 1184 (8th Cir. 1995); *Branscomb c. Norris*, 47 F.3d 258, 262 (8th Cir. 1995); *Williams c. Calderon*, 52 F.3d 1465, 1474 (9th Cir. 1995); *Matthews c. Price*, 83 F.3d 328, 335 (10th Cir. 1996); *McDonald c. Delo*, 897 F.Supp. 1224, 1239 (E.D.Mo. 1995); *Stewart c. Peters*, 878 F.Supp. 1139, 1142-43 (N.D.Ill. 1995); *Dill c. State*, 600 So.2d 343, 371 (Ala.Cr.App. 1991); *State c. Schurz*, 859 P.2d 156, 164 (Ariz. 1993); *Greene c. State*, 469 S.E.2d 129, 134 (Ga. 1996); *People c. Johnson*, 609 N.E.2d 294, 302 (Ill. 1993); *Castor c. State*, 587 N.E.2d 1281, 1288 (Ind. 1992); *Myers c. State*, 510 N.E.2d 1360, 1362 (Ind. 1987).

**(174)** *Williams c. Collins*, 989 F.2d 841, 846 (5th Cir. 1993). L'accusé attribuait ses hallucinations, ses retours en arrière et ses pertes totales de conscience à la consommation excessive de LSD et d'autres drogues. Il avait rencontré, en prison, un psychiatre pour régler un problème émotionnel et il avait attaqué son père au couteau. Néanmoins, le tribunal a rejeté la requête, considérant que ces faits ne faisaient guère douter de l'état d'esprit de l'accusé lors de la commission de l'infraction. En outre, l'accusé se souvenait de plusieurs détails de ses crimes. Voir aussi *United States c. Roman*, 121 F.3d 136, 143 (3d Cir. 1997); *Volanty c. Lynaugh*, 874 F.2d 243, 247 (5th Cir. 1989).

**(175)** *Norton c. State*, 930 S.W.2d 101, 106 (Tex.App. [Amarillo] 1996). Voir aussi *State c. Miskell*, 676 So.2d 1092, 1095 (La.App. 4 Cir. 1996) (accusé pris sur le fait et identifié par quatre témoins; demandait l'analyse indépendante du sperme trouvé sur la victime); *McKinney c. State*, 463 S.E.2d 136, 140 (Ga.App. 1995) (preuve accablante contre l'accusé et aveu); *Uitley c. State*, 589 N.E.2d 232, 238-39 (Ind. 1992); *Hopkins c. State*, 582 N.E.2d 345, 352 (Ind. 1991); *State c. Abraham*, 451 S.E.2d 131, 149 (N.C. 1994) (accusé identifié par des connaissances); *State c. Jaques*, 428 N.W.2d 260, 264 (S.D. 1988) (empreintes digitales); *State c. Hernandez*, 773 P.2d 857, 860 (Wash.App. 1989) (expert en témoins oculaires). Dans *State c. Sokolowski*, 474 S.E.2d 333, 335 (N.C. 1996), les services d'un expert en balistique ont été refusés parce que la balle était tellement déformée que l'expert de la défense n'aurait pu en venir qu'à la même conclusion que l'expert de la poursuite, c'est-à-dire que la balle était trop déformée pour être analysée, et auraient été inutiles. On peut dire de même de l'aveu: *Ex parte Grayson*, 479 So.2d 76, 79 (Ala. 1985).



centrale<sup>176</sup>, notamment s'il est sujet à controverse<sup>177</sup>. L'ADN est encore un domaine scientifique sujet à de nombreux désaccords, contrairement à l'analyse des échantillons de sang, aux rapports de balistique et autres «rapports de routine»<sup>178</sup>. Cette affirmation doit être tempérée lorsque l'analyse des échantillons d'ADN ne permet pas à l'expert de procéder à une comparaison et que le témoignage d'expert serait ainsi inutile à résoudre le litige entourant l'identité du criminel<sup>179</sup> ou, généralement, lorsque les résultats des analyses ne sont pas concluants<sup>180</sup>.

En fait, la preuve est cruciale lorsque la question qui ferait l'objet d'une expertise est la seule véritablement en litige<sup>181</sup>, constitue le seul élément de preuve qui relie l'accusé au crime<sup>182</sup>, qui établit la cause de la mort<sup>183</sup>, les éléments constitutifs de

---

**(176)** *McKinney c. State*, 463 S.E.2d 136, 139-40 (Ga.App. 1995); *State c. Gleason*, 785 P.2d 376, 377 (Or.App. 1990).

**(177)** *Goodwin c. Johnson*, 132 F.3d 162, 188 (5th Cir. 1998).

**(178)** *McKinney c. State*, 463 S.E.2d 136, 139-40 (Ga.App. 1995). Cet arrêt semble prendre pour acquis qu'il existe une distinction entre les sciences exactes et inexactes et que seule la nouveauté de la preuve d'ADN la rend sujette à des évaluations discordantes (*variable opinions*). Voir aussi *Dubose c. State*, 662 So.2d 1189, 1194 (Ala. 1995); 662 So.2d 1156, 1184 (Ala.Cr.App. 1993). Voir également les divergences d'opinion quant à la complexité de la preuve, *infra*, sous-section III.

**(179)** *Burke c. State*, 367 S.E.2d 118, 119 (Ga.App. 1988); *People c. Smith*, 614 N.E.2d 1326, 1330-31 (Ill.App. 5 Dist. 1993); *State c. Durosseau*, 626 So.2d 51, 54 (La.App. 3 Cir. 1993); *Norton c. State*, 930 S.W.2d 101, 106 (Tex.App. [Amarillo] 1996).

**(180)** *Graham c. State*, 535 N.E.2d 1174, 1176 (Ind. 1989) (une substance corporelle recueillie sur la scène du crime aurait pu appartenir à 80% de la population).

**(181)** *Jones c. State*, 477 S.E.2d 147, 149 (N.C. 1996) (état d'esprit); *Davis c. State*, 905 S.W.2d 655, 659 (Tex.App. [Texarkana] 1995).

**(182)** *Dubose c. State*, 662 So.2d 1189, 1194 (Ala. 1995); *Ex parte Grayson*, 479 So.2d 76, 79 (Ala. 1985); *People c. Lawson*, 644 N.E.2d 1172, 1192 (Ill. 1994) (les autres éléments de preuve étaient circonstanciels et peu crédibles). Il est étonnant de constater que la Cour suprême de l'Alabama, sans désavouer l'arrêt *Dubose*, a utilisé dans un arrêt subséquent le critère de la probabilité raisonnable pour décider du pourvoi: *Ex parte Moody*, 684 So.2d 114, 119 (Ala. 1996). Voir aussi *State c. Bridges*, 385 S.E.2d 337, 338 (N.C. 1989) (preuve d'empreintes digitales; seul l'État avait présenté un témoignage d'expert).

**(183)** *State c. Lumbraera*, 845 P.2d 609, 617 (Kan. 1992). Deux experts de l'État affirmaient que la mort n'avait pas été causée par une infection virale. L'expert de la défense était venu dire le contraire; en réplique, trois autres experts de la poursuite avaient exclu toute preuve d'infection virale assez dangereuse pour causer la mort. Malgré le peu de crédibilité du témoignage de l'expert de la défense (qui aurait examiné des organes qui n'étaient pas disponibles pour l'autopsie), on a jugé qu'il était crucial.

l'infraction<sup>184</sup> ou qui, de façon plus générale, se situe au coeur de la défense<sup>185</sup>.

The threshold question requires the showing of a need for the requested services. We recognized in *Gwon v. State*, 425 So.2d 500, 508 (Ala.Cr.App. 1982), cert. quashed 425 So.2d 510 (Ala. 1983), that before determining whether fundamental fairness requires that an accused be afforded the opportunity to have an expert of his choosing examine a piece of «critical evidence whose nature is subject to varying expert opinion», it should first be determined that the evidence is «critical». Evidence is critical for the purposes of due process clause if it could induce a reasonable doubt in the mind of enough jurors to avoid a conviction when that evidence was developed by skilled counsel and experts<sup>186</sup>.

Cette formulation s'apparente à la définition donnée au critère de la probabilité raisonnable (voir sous-section précédente), mais une étude attentive des deux critères font ressortir le caractère plus contraignant du critère de la «preuve centrale»; alors que ce dernier place l'objet de l'expertise sur la seule question en litige ou le seul élément de preuve qui relie l'accusé au crime, le critère de la probabilité raisonnable place cet objet sur *une* question substantiellement en litige ou *un* élément de la défense qui sera soutenu par l'expertise<sup>187</sup>.

Par exemple, dans *Rodriguez c. State*<sup>188</sup>, la seule question en litige était la cause de la mort d'un enfant. Les cinq médecins témoignant pour l'État ont été unanimes: les dommages au cerveau qui avaient causé la mort de l'enfant n'avaient pu être le résultat de la chute d'un lit et ils ont rédigé des centaines de pages de rapports à cet

---

**(184)** *Dubose c. State*, 662 So.2d 1189, 1194 (Ala. 1995); *Ex parte Grayson*, 479 So.2d 76, 79 (Ala. 1985). «The touchstone, however, is not what is useful, helpful, valuable, or even important to the defense effort but what is “crucial” to it»: *People c. Keene*, 660 N.E.2d 901, 905 (Ill. 1995).

**(185)** *United States c. Manning*, 79 F.3d 212, 218 (1st Cir. 1996); *People c. Evans*, 648 N.E.2d 964, 968 (Ill.App. 1 Dist. 1995) (syndrome de la femme battue); *People c. Smith*, 614 N.E.2d 1326, 1330 (Ill.App. 5 Dist. 1993) (ADN); *People c. Jones*, 620 N.Y.S.2d 656, 657 (A.D. 4 Dept. 1994) (défense de justification; 30 ans d'alcoolisme, séquelles permanentes dues à une blessure à la tête, fonctions cognitives limitées).

**(186)** *Crapps c. State*, 646 So.2d 698, 699-700 (Ala.Cr.App. 1994); *Norris c. State*, 469 S.E.2d 214, 218 (Ga.App. 1996). Dans *People c. Tyson*, 618 N.Y.S.2d 796, 797 (A.D. 1 Dept. 1994) et *People c. Lane*, 600 N.Y.S.2d 848, 850 (A.D. 3 Dept. 1992), on exige la preuve de circonstances extraordinaires, une norme qui pourrait s'apparenter à celle de la preuve centrale.

**(187)** Voir, par exemple, *State c. Williams*, 929 S.W.2d 385, 390 (Tenn.Cr.App. 1996) (l'analyse de l'écriture de l'accusé n'était qu'une question en litige parmi d'autres).

**(188)** 906 S.W.2d 70 (Tex.App. [San Antonio] 1995).

effet<sup>189</sup>. L'État tentait de prouver l'intention de l'accusé à l'aide de ces seuls témoignages<sup>190</sup>. L'accusé soutenait au contraire que la chute de l'enfant sur une poutre métallique de la base du lit avait causé la mort et qu'il s'agissait d'un accident<sup>191</sup>. La Cour d'appel du Texas a jugé que l'accusé avait droit aux services d'un expert pour contrer la preuve d'expert de la poursuite, centrale à la détermination de sa culpabilité ou de son innocence<sup>192</sup>.

Les faits de l'arrêt *Rodriguez* sont clairs et nul ne peut douter de l'importance du témoignage du pathologiste de la défense<sup>193</sup>. Par contre, lorsque la preuve que veut présenter l'accusé est de moindre importance et n'aurait pour effet que de rendre la cause de l'État moins crédible sans l'affecter outre mesure, la requête pour l'obtention des services d'expert aux frais de l'État sera déboutée. Dans *People c. Keene*<sup>194</sup>, l'accusé voulait présenter le témoignage d'un pathologiste pour prouver que la gorge de la victime avait été tranchée par un gaucher et que lui, droitier, n'était donc pas l'auteur du meurtre<sup>195</sup>. La Cour suprême de l'Illinois refusa de faire droit à la requête non pas en se plaçant du point de vue de l'accusé, mais du point de vue de la poursuite<sup>196</sup>: puisque la preuve de l'État ne reposait pas sur la latéralité du meurtrier et que les experts de l'État n'avaient pas exclu la possibilité que cette personne soit droitière, la preuve du pathologiste de l'accusé n'aurait pas constitué le noyau de sa défense. Tout au plus la poursuite aurait-elle été moins à l'aise avec une telle preuve à discréditer<sup>197</sup>.

---

(189) *Idem*, 72.

(190) *Ibid.*

(191) *Ibid.*

(192) *Idem*, 73 et 75.

(193) Les faits de l'arrêt *Dubose c. State*, 662 So.2d 1189, 1199 (Ala. 1995) nous fournissent un autre exemple d'un contexte factuel clair et sans équivoque. La preuve de la poursuite ne reposait sur aucun aveu, le témoignage de témoins oculaires n'avait pu être recueilli, la preuve d'empreintes digitales n'était pas concluante, six témoins confirmaient l'alibi de l'accusé et rien ne prouvait que la victime avait quitté l'église où elle se trouvait ou qu'elle y avait été enlevée.

(194) 660 N.E.2d 901 (Ill. 1995).

(195) *Idem*, 905.

(196) *Idem*, 906.

(197) *Ibid.* Au même effet: *People c. Lawson*, 644 N.E.2d 1172, 1191 (Ill. 1994).



Cette approche est toutefois minoritaire<sup>198</sup>. Les tribunaux centrent généralement leur analyse sur la preuve que l'accusé entend présenter et décident si elle sera centrale à la défense ou non<sup>199</sup>. Le rejet de l'interprétation de l'arrêt *Keene* peut être essentiellement fondé sur la description du rôle et de l'utilité de l'expert qui témoigne au procès:

We see no rational reason that a defense be allowed an *Ake* expert only if the prosecution is relying on an opposing expert. Often, one party needs expert testimony to explain that conditions are other they superficially seem to be, while the opposing party is content with the lay person's unaided assessment of the situation. Without an expert who had performed an adequate exam, Starr was unable to address the prosecution's contention that «mild retardation was essentially no retardation»<sup>200</sup>.

Après tout, le fardeau de preuve repose sur l'accusé et il doit, selon les termes des arrêts *Ake c. Oklahoma*<sup>201</sup> et *Britt c. North Carolina*<sup>202</sup>, démontrer que les services d'un expert sont nécessaires à sa défense.

Les arrêts *Ake*, *Dubose* et *Rodriguez* font ressortir le danger d'élaborer des principes

---

**(198)** Dans *Rowland c. Commonwealth*, 901 S.W.2d 871, 874 (Ky. 1995), la poursuite ne présentait pas d'éléments de preuve reliés au syndrome du stress post-traumatique. Ce facteur, parmi d'autres, a motivé la Cour suprême du Kentucky à refuser d'accorder l'assistance d'un expert autre que celui déjà nommé par le tribunal de première instance. Cette analyse est plus centrée sur la situation de l'accusé, donc plus souple que celle de l'arrêt *Keene*, d'autant plus que la loi du Kentucky utilise le critère de la probabilité raisonnable: *ibid.* Dans *Williamson c. Reynolds*, 904 F.Supp. 1529, 1562 (E.D.Okl. 1995), on a estimé que le fait que la poursuite comptait s'acquitter de son fardeau de preuve principalement à l'aide de témoignages d'experts suffisait à démontrer la nécessité de l'obtention des services d'un expert aux frais de l'État. L'analyse n'en est pas moins centrée sur l'accusé, puisque l'on examine la preuve qu'il aura à réfuter.

**(199)** Par exemple, dans *Rey c. State*, 897 S.W.2d 333, 341 (Tex.Cr.App. 1995), l'accusé mettait en doute la fiabilité du rapport d'autopsie. En faisant référence au fait qu'aucune note n'avait été prise pendant l'autopsie, qu'une partie de la cassette audio avait été effacée et que rien dans le rapport (documents et photographies) ne soutenait les conclusions quant à la nature des blessures à la tête ou au cœur, l'accusé avait démontré que la cause de la mort de la victime était une question centrale au litige et que les services d'un pathologiste étaient un outil essentiel à sa défense (p. 342). On s'est donc demandé si la preuve était centrale à la défense, non à la poursuite, ou non.

**(200)** *Starr c. Lockhart*, 23 F.3d 1280, 1290 n. 8 (8th Cir. 1990). L'accusé tentait d'atténuer sa responsabilité criminelle en présentant une preuve de handicap intellectuel moyen. Son âge mental était évalué à celui d'un enfant de six ou sept ans. Ces commentaires se rapprochent de ceux qui sont maintenant la règle d'admissibilité de l'expert du syndrome de la femme battue.

**(201)** 470 U.S. 68, 77 (1985).

**(202)** 404 U.S. 226, 227 (1971).

à partir de cas très clairs. Il devient dès lors simple pour les tribunaux qui sont assujettis à l'application d'une règle constitutionnelle dont ils craignent les conséquences néfastes (notamment l'avalanche de demandes d'appel et la hausse des coûts de fonctionnement du système judiciaire) de s'abandonner à des distinctions factuelles oisives et à refuser l'accès aux services d'un expert aux frais de l'État. L'intention de la Cour suprême américaine dans l'arrêt *Ake* était pourtant de favoriser non seulement l'accès, mais la participation effective et efficace des accusés aux procédures intentées contre eux. Les tribunaux ont la responsabilité de développer des critères susceptibles de réaliser cette intention et favoriser le moins de refus possible.

### c. La preuve d'un besoin particularisé

Cette troisième interprétation de l'arrêt *Ake* a débouché sur l'élaboration de l'expression la plus restrictive du critère de nécessité. L'exigence de la preuve d'un besoin particularisé s'exprime de deux façons: la preuve d'un besoin particularisé et la demande spécifique.

Le critère de la preuve du besoin particularisé se définit souvent par la réunion de plusieurs facteurs en eux-mêmes plus ou moins stricts. Dans *State c. Green*<sup>203</sup>, la preuve d'un besoin particularisé a été définie par la conjugaison de deux facteurs: l'accusé doit démontrer que le procès ne sera pas équitable si l'aide d'un expert est refusée et qu'il existe une probabilité raisonnable que l'assistance est importante à la préparation de la défense<sup>204</sup>.

---

(203) 477 S.E.2d 182 (N.C.App. 1996).

(204) *Idem*, 189. C'est la norme qui prévaut en Caroline du Nord depuis 1988: *State c. White*, 457 S.E.2d 841, 848 (N.C. 1995); *State c. Rose*, 451 S.E.2d 211, 219 (N.C. 1994). *State c. Jones*, 451 S.E.2d 826, 838 (N.C. 1994); *State c. Parks*, 417 S.E.2d 467, 471 (N.C. 1992); *State c. Moore*, 364 S.E.2d 648, 653 (N.C. 1988); *State c. Allen*, 435 S.E.2d 802 (N.C.App. 1993); *State c. Thompson*, 429 S.E.2d 590, 595 (N.C.App. 1993) et en Géorgie: *Burgess c. State*, 450 S.E.2d 680, 687 (Ga. 1994); *State c. Mason*, 694 N.E.2d 932, 943 (Ohio 1998). Dans *State c. Gambrell*, 347 S.E.2d 390, 394 (N.C. 1986), on avait plutôt tenté de définir le critère de l'aspect suffisamment important du procès à partir d'un ensemble de faits sans équivoque, ce qui revenait à ne pas donner des lignes directrices du tout. On reconnaissait que l'accusé était dans un état comateux, incapable de communiquer intelligiblement avec son avocat, incapable de témoigner, qu'il souffrait probablement d'une psychose schizoïde et des membres de sa famille avaient souffert de dépression et de maladies mentales. Les médecins recommandaient donc son suivi et son traitement. Les jugements qui ont suivi se sont appliqués à donner

Dans *Husske c. Commonwealth*<sup>205</sup>, après avoir rappelé que le droit aux services d'un expert aux frais de l'État n'était pas absolu<sup>206</sup> (donnant ainsi la possibilité de profiter des services d'un expert seulement lorsque c'est nécessaire et évitant les embauches d'experts dont les témoignages sont inutiles et prévenant l'embauche d'«imposteurs»<sup>207</sup>), la Cour suprême de Virginie a réuni les critères de l'aspect suffisamment important du procès (sans le définir) et du préjudice<sup>208</sup>, ce dernier comportant deux aspects: la présentation de la défense nécessite d'une façon importante la présentation d'une preuve d'expert et le procès deviendrait fondamentalement inéquitable advenant le rejet de la requête<sup>209</sup>. Le fardeau de preuve est lourd, mais l'interprétation de l'arrêt *Ake* ne doit pas être restrictive au point d'obliger l'accusé à discréditer la preuve des experts de la poursuite avant d'avoir accès à son propre expert<sup>210</sup>. Un arrêt de la Cour suprême du Mississippi fournit un exemple d'une telle norme.

---

des lignes directrices plus concrètes et significatives. Voir, la même année, *State c. Massey*, 342 S.E.2d 811, 816 (N.C. 1986) (un handicap intellectuel moyen n'est pas suffisant pour mettre en question l'état d'esprit de l'accusé au moment du crime).

**(205)** 476 S.E.2d 920, 925 (Va. 1996). Dans *Branscomb c. Norris*, 47 F.3d 258, 262 (8th Cir. 1995), on a remplacé le critère du préjudice par celui du procès fondamentalement injuste. Considérant la définition du préjudice qu'a donnée la Cour suprême de Virginie, on peut avancer que ce sont deux critères équivalents.

**(206)** Voir aussi *Williams c. Calderon*, 52 F.3d 1465, 1473 (9th Cir. 1995); *Moore c. Kemp*, 809 F.2d 702, 712 (11th Cir. 1987); *McLeod c. State*, 581 So.2d 1144, 1150 (Ala.Cr.App. 1990); *State c. Cornell*, 878 P.2d 1352, 1358 (Ariz. 1994); *Perkins c. State*, 450 S.E.2d 324, 325 (Ga.App. 1994); *People c. Smith*, 614 N.E.2d 1326, 1330 (Ill.App. 5 Dist. 1993); *State c. Seaberry*, 388 S.E.2d 184, 188 (N.C.App. 1990); *State c. Wolf*, 595 N.E.2d 405, 410 (Ohio App. 11 Dist. 1991); *State c. Dickerson*, 827 P.2d 1354, 1358 (Or.App. 1992); *Commonwealth c. Carter*, 643 A.2d 61, 73 (Pa. 1994); *State c. Swallow*, 405 N.E.2d 29, 42 (S.D. 1987); *Norton c. State*, 930 S.W.2d 101, 106 (Tex.App. [Amarillo] 1996); *Davis c. State*, 905 S.W.2d 655, 659 (Tex.App. [Texarkana] 1995); *Barnabei c. Commonwealth*, 477 S.E.2d 270, 275 (Va. 1996); *Hoverter c. Commonwealth*, 477 S.E.2d 771, 776 (Va.App. 1996).

**(207)** *People c. Sims*, 612 N.E.2d 1011, 1025 (Ill.App. 5 Dist. 1993); *Spranger c. State*, 498 N.E.2d 931, 936 (Ind. 1986).

**(208)** Voir aussi *Hoverter c. Commonwealth*, 477 S.E.2d 771, 776 (Va.App. 1996); *State c. Jones*, 451 S.E.2d 826, 838 (N.C. 1994) (qui fait également référence à l'importance de l'assistance de l'expert à la préparation de la défense). Sur le critère du préjudice, *infra*, sous-section IV.

**(209)** 476 S.E.2d 920, 925 (Va. 1996). Voir aussi *State c. Barnett*, 909 S.W.2d 423, 431 (Tenn. 1995) (la preuve d'un besoin particularisé doit démontrer la nécessité de protéger le droit à un procès équitable). La Cour d'appel du Tennessee conjugait plutôt les critères de l'aspect suffisamment important du procès et de l'assistance de l'expert qui est importante à la préparation de la défense: *State c. Edwards*, 868 S.W.2d 682, 697 (Tenn.Cr.App. 1993). Ce dernier arrêt n'est pas désavoué explicitement dans l'arrêt *Barnett*.

**(210)** *State c. Moore*, 364 S.E.2d 648, 657 (N.C. 1988).

Dans *Green c. State*<sup>211</sup>, l'accusé prétendait que la décision du juge du procès de rejeter la requête était erronée. La Cour suprême a jugé que bien que certaines raisons motivaient la présentation d'une preuve psychologique, les moyens de défense n'étaient pas fondées sur l'objet de cette preuve, un stress émotionnel qui aurait affecté son état d'esprit<sup>212</sup>. Les témoins de l'État et l'accusé ne laissaient pas présager l'inexistence de l'état d'esprit blâmable. Cette décision, fondée sur l'analyse du critère de nécessité<sup>213</sup>, est donc bien fondée. Elle rend par contre l'état du droit excessivement contraignant (et ne donne pas suite aux commentaires formulés dans l'arrêt *Moore*<sup>214</sup>) lorsqu'elle énumère les facteurs à considérer lors de l'analyse du critère de nécessité: l'accusé doit prouver la présence d'un préjudice, l'impossibilité de miner la crédibilité des experts de l'État par un contre-interrogatoire serré<sup>215</sup>, la place qu'occuperait la preuve scientifique dans sa défense, à quel point il a eu accès aux experts de l'État et souligner les erreurs qu'ils auraient pu commettre<sup>216</sup>.

La Cour d'appel du Wisconsin a exploré plus à fond les critères qui peuvent circonscrire le fardeau de preuve de l'accusé soumis à cette exigence. Dans *State ex rel. Dressler c. Circuit Court*<sup>217</sup>, le tribunal recommande l'adoption d'un processus détaillé pour juger de la demande. Les deux premiers points s'attardent à la procédure<sup>218</sup>. Le troisième a trait à la preuve d'un besoin particularisé. Il suffit à l'accusé de présenter une explication suffisamment plausible de l'assistance que l'expert apportera à l'avocat

---

(211) 631 So.2d 167, 171-72 (Miss. 1994).

(212) L'État n'a pas présenté de preuve scientifique et l'accusé a néanmoins eu l'occasion de présenter sa défense. Ces circonstances semblent avoir orienté le résultat de l'appel.

(213) Le critère du besoin particularisé est celui qui a cours au Mississippi, mais comme il est composé du critère de la probabilité raisonnable conjugué à celui du préjudice, on peut l'étudier dans cette section.

(214) *Supra*, note 212.

(215) Sur la qualité du contre-interrogatoire comme alternative acceptable à l'assistance d'un expert pour la préparation du contre-interrogatoire, voir *infra*, sous-section III.

(216) 631 So.2d 167, 171-72 (Miss. 1994). On exige également la preuve de ce dernier élément dans *People c. Glass*, 597 N.E.2d 660, 672 (Ill.App. 1 Dist. 1992); *State c. Gremillion*, 529 So.2d 497, 501 (La.App. 3 Cir. 1988).

(217) 472 N.W.2d 532, 540 n. 12 (Wis.App. 1991).

(218) La demande doit être présentée *ex parte*, à l'instar de l'exigence du *Criminal Justice Act*, 18 U.S.C. § 3006A(e)(1) et jugée en chambre. La décision du juge doit prévaloir jusqu'à la fin du procès: *ibid.*

semblent à leur lecture même indiquer quel type d'expertise serait nécessaire<sup>223</sup>. C'est ce qui fait de ce critère une norme contraignante.

### III. L'impact et la complexité de la preuve scientifique

La complexité de la preuve peut, dans plusieurs cas, jouer pour beaucoup. Il semble que plus la preuve est complexe et controversée — et qu'elle répond aux exigences d'admissibilité de la preuve scientifique — plus grandes seront les chances que le tribunal accède à la requête<sup>224</sup>. C'est ainsi que certaines juridictions ont élaboré le critère du domaine d'expertise susceptible de soulever des théories divergentes<sup>225</sup>. Dans d'autres situations, c'est la possibilité qu'un élément de preuve ait eu un impact significatif sur l'issue du procès et qu'un doute raisonnable soit soulevé qui motivera

---

**(223)** L'accusé réclamait les services d'un expert en reconstitution d'accident pour confirmer la théorie que le témoin de l'État ne pouvait témoigner à propos de la trajectoire du corps de la victime, de la longueur des véhicules impliqués, de l'état de l'accotement, du moment de l'arrêt des véhicules et de la position de la victime sur la route. Le requête a été rejetée, le tribunal considérant ne pas pouvoir identifier quel type d'expertise était recherché: *Roberts c. State*, 923 S.W.2d 141, 145 (Tex.App. [Texarkana] 1996). Tout indique qu'il s'agit d'un prétexte pour restreindre la portée du droit constitutionnel, puisque les compagnies d'assurances ont régulièrement recours à ces experts. Le type d'expertise est dès lors facilement identifiable. Voir, par exemple, *State c. Van Scoyoc*, 511 N.W.2d 628, 631 (Iowa App. 1993). La Cour suprême de l'Illinois a refusé d'être aussi pointilleuse en soutenant que le tribunal n'est pas plus éclairé parce que la requête fait mention du nom de l'expert et des coûts anticipés de l'expertise: *People c. Lawson*, 644 N.E.2d 1172, 1188 et 1192 (Ill. 1994) (en *obiter*; le droit de l'Illinois n'utilise pas le critère de la preuve d'un besoin spécifique, mais une combinaison des critères de nécessité et de préjudice. Voir également Ill.Rev.Stat. 1989, ch. 38, par. 113-3(d)). La Cour d'appel de la Californie (1<sup>er</sup> district) est tout aussi nuancée: *People c. Gaglione*, 32 Cal.Rptr.2d 169, 177 (Cal.App. 1 Dist. 1994). *Contra: People c. Smith*, 614 N.E.2d 1326, 1330 (Ill.App. 5 Dist. 1993).

**(224)** *Scott c. State*, 593 N.E.2d 198, 201 (Ind. 1992). Voir, par exemple, les faits de l'arrêt *Rodriguez c. State*, 906 S.W.2d 70 (Tex.App. [San Antonio] 1995), aux notes 188 à 192. Le tribunal concluait que lorsque la matière s'éloigne du droit, les données introduites en preuve ne veulent rien dire sans l'aide d'un expert compétent pour les interpréter et exprimer son désaccord, lorsqu'il y a matière à contestation. On donne ainsi à l'accusé une opportunité raisonnable de présenter sa défense et sa version des faits: *idem*, 75. Lorsque les faits sont peu compliqués, il faut s'en remettre aux remarques à propos de l'admissibilité du témoignage scientifique et de la capacité du juge des faits de connaître de la question (sous-section I). Voir *Tidwell c. State*, 644 N.E.2d 557, 560 (Ind. 1994) (faits peu compliqués, beaucoup de témoins potentiels); *State c. Moseley*, 449 S.E.2d 412, 425 (N.C. 1994).

**(225)** Par exemple, *Smith c. State*, 623 So.2d 369, 375 (Ala.Cr.App. 1992). Cette qualification du domaine scientifique donne droit à une évaluation ou une analyse indépendante. Voir aussi *Yohey c. Collins*, 985 F.2d 222, 227 (5th Cir.1993); *Ex parte Grayson*, 479 So.2d 76, 79 (Ala.1985); *Roseboro c. State*, 365 S.E.2d 115, 116 (Ga. 1988); *Rojem c. State*, 753 P.2d 359, 364 (Okla.Cr. 1988); *State c. Swallow*, 405 N.E.2d 29, 42 (S.D. 1987) (un autre expert aurait probablement été en désaccord avec celui de la poursuite).

persuasive if this premise were valid. However, we disagree with his contention that the average attorney is ill-equipped to defend against this type of evidence. To the contrary, law libraries — i.e. law journals, practitioners' guides, annotated law reports, CLE materials, etc. — are teeming with information for preparing to deal with DNA evidence in trial. Even a cursory perusal of the literature in this area reveals copious lists of questions for defense attorneys to use in cross-examination and other strategies for undermining the weight of DNA evidence. Point denied<sup>230</sup>.

La Cour suprême de l'Indiana a tenté de mettre en lumière la dichotomie qui existe entre la psychiatrie et l'analyse d'échantillons d'ADN en mettant l'accent sur le potentiel de précision de chaque discipline:

Psychiatry is an extremely uncertain field dealing with the mysteries of the human mind where expert opinions can be expected to and do differ widely. In contrast, the neutral Genescreen experts here were testifying to the results of a test «involving precise, physical measurements and chemical testing»<sup>231</sup>.

Un courant d'opinion contraire examine les différents aspects de la preuve d'ADN d'un angle beaucoup plus complet et réaliste et considère que la preuve d'ADN se démarque des rapports de routine comme les rapports d'analyse d'échantillons de sang ou les rapports de balistique<sup>232</sup>. La Cour suprême d'Alabama s'est campée dans une position beaucoup plus claire et remet les pendules à l'heure: à cause de la complexité de la preuve, il est douteux que l'avocat de la défense puisse efficacement analyser les autoradiogrammes, les rapports des laboratoires qui ont procédé aux analyses, comprendre les calculs statistiques sans l'assistance d'un expert<sup>233</sup>, d'autant plus que la poursuite présente généralement le témoignage de deux experts, le premier confirmant la fiabilité de l'analyse des échantillons d'ADN, le second affirmant

---

**(230)** *State c. Huchting*, 927 S.W.2d 411, 420 (Mo.App.E.D. 1996).

**(231)** *Harrison c. State*, 644 N.E.2d 1243, 1253 (Ind. 1995) (renvois omis). Voir aussi *Clishy c. Jones*, 907 F.2d 1047, 1050 (11th Cir. 1990). Le potentiel de précision d'un type d'analyse scientifique est même un des facteurs à considérer dans l'évaluation de la nécessité des services d'un expert: *James c. State*, 613 N.E.2d 15, 21 (Ind. 1993).

**(232)** *McKinney c. State*, 463 S.E.2d 136, 139 (Ga.App. 1995). La qualification de rapports de routine est peut-être elle-même discutable; il faut comprendre de cette opinion que le tribunal considère la preuve d'ADN plus complexe et plus sujette à soulever d'intenses débats scientifiques. Voir *idem*, 140.

**(233)** *Dubose c. State*, 662 So.2d 1189, 1196 (Ala. 1996). Voir aussi *Husske c. Commonwealth*, 448 S.E.2d 331, 336-39 (Va.App. 1994), inf. pour d'autres motifs, 476 S.E.2d 920 (Va. 1996).



témoignage de l'expert n'a pas qu'un effet négatif: il permet au jury de replacer les faits dans un contexte différent et approprié<sup>239</sup>. Le jury peut ainsi évaluer et tenir compte de toutes les circonstances individuelles et pertinentes à la condamnation à la peine de mort (notamment les facteurs atténuants)<sup>240</sup> ou, plus généralement, de tous les aspects d'une question en litige.

Pourtant, dans certaines circonstances, on considère que le verdict aurait été le même et on minimise, sans trop expliquer pourquoi, l'influence que l'on impute à l'expert<sup>241</sup>. On peut tout de même supposer, bien que les jugements soient souvent loquaces, que l'ensemble de la preuve, lorsqu'elle convainc hors de tout doute raisonnable un tribunal de la culpabilité de l'accusé, influence beaucoup cette évaluation et la conclusion tient moins à la qualité de la preuve scientifique et sa valeur probante qu'à la qualité de la preuve offerte par les experts de la poursuite, la crédibilité dont ont joui les autres témoins à charge et la volonté tacite des tribunaux de limiter le nombre de demandes d'expertise aux frais de l'État.

On semble craindre qu'une avalanche de demandes allonge indûment la durée et les coûts d'un procès et cette considération de politique prime l'implantation efficace et efficiente du droit de l'accusé aux services d'un expert, dans certaines circonstances, aux frais de l'État. Pourtant, une récente étude effectuée au Maryland prend à témoin les plaidoyers d'aliénation mentale, qui ne représentaient en 1985 que 1,2% de tous les plaidoyers<sup>242</sup>. Par contre, l'aliénation mentale est certainement le moins bon

---

**(239)** *Castro c. Oklahoma*, 71 F.3d 1502, 1514 (10th Cir. 1995).

**(240)** *Ibid.*

**(241)** *People c. Hall*, 626 N.E.2d 131, 138 (Ill. 1993) (la sentence n'aurait pas été différente). Pourtant, le témoignage d'un expert de la défense peut avoir pour effet d'amener les experts du ministère public à prendre plus de précautions et à réviser leurs conclusions: *Dubose c. State*, 662 So.2d 1156, 1188 (Ala.Cr.App. 1993).

**(242)** Jeffrey S. JANOFSKY, Michael B. VANDEWALLE et Jonas R. RAPPAPORT, «Defendants Pleading Insanity: An Analysis of Outcome», 17 *Bull.Am.Acad. Psychiatry Law* 203, 205 et s. (1989). L'étude portait sur la fiabilité des évaluations faites avec les accusés qui voulaient plaider l'aliénation mentale. Des 11 497 personnes accusées devant la Cour supérieure de Baltimore entre le 5 septembre 1984 et le 5 septembre 1985, 143 ont plaidé non criminellement responsables, l'équivalent au Maryland d'un plaidoyer d'aliénation mentale. La poursuite a décidé d'abandonner les accusations contre seize d'entre eux. Des 127 autres accusés, 76 ont retiré leur moyen de défense avant même d'être évalués, 48 ont été référés pour évaluation par le bureau médical de la cour et trois sur demande de leur avocat.

exemple, puisque les conséquences d'un acquittement pour cause d'aliénation mentale sont parfois plus importantes que l'imposition d'une peine d'emprisonnement, ce qui est en soi un désincitatif à un déluge de plaidoyers, mais il peut brosser un tableau de l'effet d'une protection constitutionnelle élargie sur l'évolution du nombre de demandes d'expertise aux frais de l'État.

La Cour suprême de l'Alabama dans *Dubose* refuse également de placer une trop grande obligation de complément de formation sur l'avocat; la complexité du sujet d'expertise semble donc pouvoir être estimé aussi de l'angle de la complexité pour l'avocat moyen:

While defense counsel is obligated to inform himself about the scientific area in question, we also recognize that defense counsel may be unfamiliar with specific scientific theories implicated in a case and therefore unable to provide the court with detailed analysis the appointed expert might provide. Plus, defense counsel cannot testify in front of the jury and otherwise has the sole remedy of questioning the prosecution's expert, who is unlikely to give testimony unfavorable to himself or his processes<sup>243</sup>.

Ces propos font écho à ceux plus détaillés et explicites encore de la Cour d'appel en matières criminelles dans la même affaire:

The jury in this case encountered the typical testimony a jury hears

---

De ces derniers (51), seulement seize ont maintenu leur plaidoyer. Dans treize cas, la poursuite et la défense étaient d'accord sur un verdict de non-responsabilité criminelle. Un accusé a dû retirer son plaidoyer pour des raisons techniques. Les deux autres accusés (ce qui représente 0,02% de tous les accusés) ont dû présenter une preuve positive et contre-interroger les experts de la poursuite. Un procès s'est soldé par un acquittement. Des 111 accusés qui ont retiré leur défense d'aliénation mentale, 80 ont plaidé coupable à la suite d'une négociation de plaidoyer, vingt-sept ont été déclarés coupables, trois ont été acquittés et un nouveau procès a été ordonné dans le dernier cas pour vice de procédure. Cette étude semble appuyer ceux qui soutiennent que les nouvelles règles ne provoqueront pas d'interminables et creuses batailles d'experts. Toutefois, l'étude ne tient pas compte de l'impact de l'arrêt *Ake*, rendu le 26 février 1985. Un tableau de la distribution des plaidoyers dans le temps aurait permis de le faire. On a également dû faire abstraction des lois du Maryland, qui ne reconnaissent pas encore le droit aux services d'un expert aux frais de l'État. Cette omission est compensée par le fait que le fonds de recherche servait à défrayer les coûts des évaluations et des témoignages des psychiatres et un budget de l'État pouvait financer quelques expertises additionnelles indépendantes. L'impact du droit sur la fréquence des plaidoyers n'est donc pas totalement ignorée et il est possible de citer les résultats de cette étude en exemple.

(243) *Dubose c. State*, 662 So.2d 1189, 1197 (Ala. 1996). *Contra: State c. Newton*, 347 S.E.2d 81, 83 (N.C.App. 1986).



when confronted with DNA «matching» evidence, without the benefit of defense expert testimony. The prosecution's experts possessed numerous credentials and had years of experience; they explained the principles underlying DNA identification in overly simplistic and thus misleading language; and they showed the jury how the autorads «match». In response, defense counsel, without an expert to refute their broad statement of accuracy, made a valiant effort to show the jury that the technique is not so simple and that there are many possibilities for error. However, to the jury, his questions sounded nitpicking, confusing, and ignorant and were not as interesting as the lesson in genetics they had just received. This cross-examination did not sufficiently counter the general and overly simplistic and consequently misleading explanations of an incredibly complex process. (The technique as it is performed by Lifecodes involves about 200 steps and takes approximately eight weeks to complete; a «troubleshooting guide» lists no fewer than 37 different problems that may arise during restriction digestion alone.) Clearly their comments to the trial court indicated that several jurors considered that they understood the technique as they followed the State experts' explanations, but their expression of understanding was a clear signal that they unquestionably believed the testimony of the State experts and also believed that they could see the matches themselves and did not fathom or effectively evaluate the complexity of the technique. We find the following quite applicable: «Ill-equipped cross-examiners, the tendency of jurors to be awed by the cutting-edge technology and unimpressed by the nitpicking of the defense, and the possibility of improper presentation and use of statistics increase the difficulty of a successful attack on the profiling technique». We do not agree with the prosecutor's assessment that defense counsel's purpose in his cross-examination was to bolster his assertion of his need for expert assistance. [...] (Even the prosecutor, in his opening statement, admitted he could not even pronounce the words for which DNA is the abbreviation)<sup>244</sup>.

De plus, le témoin expert peut sortir des limites de son expertise en émettant des conclusions qui normalement devraient être tirées par le juge des faits, par exemple, sans que l'avocat soit capable d'identifier les fausses représentations de la réalité ou les erreurs de méthodologie<sup>245</sup>. Seul l'expert peut assurer à l'accusé indigent une défense pleine et entière lorsque le témoignage d'un expert joue un rôle clé dans la preuve

---

**(244)** *Dubose c. State*, 662 So.2d 1156, 1187-88 (Ala.Cr.App. 1993). Il est intéressant de comparer cette position avec celle qui a cours en Indiana, laquelle laisse au juge la discrétion de faire droit à la requête lorsque l'ADN est le sujet d'expertise: *Harrison c. State*, 644 N.E.2d 1243, 1252 (Ind. 1995).

**(245)** *Williamson c. Reynolds*, 904 F.Supp. 1529, 1562 (E.D.Okl. 1995).

de la poursuite<sup>246</sup>.

Certaines juridictions considèrent pourtant l'existence d'alternatives comme étant un des critères permettant de bloquer l'accès à un expert<sup>247</sup>. L'accusé qui veut produire une preuve positive, par exemple démontrer la violence de la victime, peut être forcé de présenter des témoins ordinaires, divulguer son casier judiciaire, etc., plutôt que recourir à un expert pour prouver l'absorption de cocaïne<sup>248</sup>.

Deux écoles s'entrechoquent. La première considère que le contre-interrogatoire efficace des experts de l'État est un substitut acceptable à la présentation d'une preuve scientifique positive à l'initiative de la défense et que la plupart des principes médicaux ou scientifiques sont à la portée de la plupart des avocats<sup>249</sup>. Cette école minimise l'impact du témoignage d'expert sur la décision du juge des faits et suppose que l'avocat aura adéquatement complété sa formation. Parfois, on ne considère le contre-interrogatoire comme une alternative que lorsque l'avocat possède les habiletés requises pour contre-interroger les experts de la poursuite ou pour s'y préparer à l'aide d'articles

---

**(246)** *Williamson c. Reynolds*, 904 F.Supp. 1529, 1562 (E.D.Okl. 1995). Les faits particuliers de l'affaire impliquaient un avocat de la défense non voyant qui demandait les services d'un expert pour analyser les rapports écrits des experts de l'État. Le tribunal considéra qu'il était déraisonnable de penser que l'avocat puisse examiner les rapports ou les interpréter sans l'aide d'un expert: *ibid.* n. 31.

**(247)** *United States c. Childress*, 58 F.3d 693, 732 (D.C. 1995); *Davis c. State*, 549 So.2d 577, 579 (Ala.Cr.App. 1989); *State c. Cornell*, 878 P.2d 1352, 1359 (Ariz. 1994); *Williams c. State*, 619 N.E.2d 569, 572 (Ind. 1993); *State c. White*, 508 N.W.2d 554, 562 (Neb. 1993); *State c. Smith*, 574 N.E.2d 510, 515 (Ohio 1991); *State c. Jamison*, 552 N.E.2d 180, 188 (Ohio 1990); *State c. Sowell*, 598 N.E.2d 136, 142 (Ohio App. 1 Dist. 1991) (RC 2929.024); *Massey c. State*, 933 S.W.2d 141, 152 (Tex.Cr.App. 1996). L'accusé réclamait les services d'un généticien pour analyser les échantillons d'ADN et contester les résultats d'analyse, ce que le premier expert n'avait pu faire. Cette demande a été refusée, mais on a permis à l'accusé de procéder à de plus amples analyses au laboratoire de l'État qui avait d'abord analysé les échantillons.

**(248)** *State c. Sokolowski*, 474 S.E.2d 333, 335 (N.C. 1996). Voir aussi *State c. Durosseau*, 626 So.2d 51, 54 (La.App. 3 Cir. 1993) (expert en analyse d'échantillons de cheveux); *Moore c. State*, 836 S.W.2d 255, 261 (Tex.App. [Texarkana] 1992) (intoxication).

**(249)** *United States c. Manning*, 79 F.3d 212, 219 n. 3 (1st Cir. 1996); *James c. State*, 613 N.E.2d 15, 21 (Ind. 1993); *Scott c. State*, 593 N.E.2d 198, 202 (Ind. 1992); *State c. Johnson*, 344 S.E.2d 775, 779 (N.C. 1986); *State c. Edwards*, 868 S.W.2d 682, 698 (Tenn.Cr.App. 1993). *Contra*: *State c. Robinson*, 835 S.W.2d 303, 307 (Mo. 1992) (analyse des dossiers médicaux et psychiatriques de la victime auxquels l'accusé a eu accès); *State c. Gleason*, 785 P.2d 376, 377 (Or.App. 1990); *Rodriguez c. State*, 906 S.W.2d 70, 73 (Tex.App. [San Antonio] 1995).

de périodiques, de livres, etc., sans l'aide d'un expert<sup>250</sup>. On peut aussi nommer un avocat-conseil qui possède une connaissance adéquate de la matière à l'avocat de l'accusé<sup>251</sup>. La complexité de la science — les commentaires précédents à propos de l'ADN peuvent ici être transposés à la science en général — devrait conduire les juges à s'écarter d'une telle pratique, à moins que l'avocat soit non pas familier avec les analyses dont les résultats sont mis en preuve, mais suffisamment compétent et qualifié pour être qualifié d'expert selon les règles habituelles d'admissibilité du témoignage d'expert.

L'accusé dont l'avocat a contre-interrogé de façon complète et approfondie les experts de la poursuite et qui a fait ressortir les faiblesses du témoignage ne subit pas de préjudice<sup>252</sup>, surtout lorsque la preuve scientifique est formée de données qui ne sont pas sujettes à imprécision<sup>253</sup>, lorsque l'expert n'a pas fait preuve d'incompétence ou n'était pas ouvertement favorable à une partie plus qu'à une autre<sup>254</sup> ou lorsque les faits en litige peuvent et doivent être déterminés par le juge des faits seulement<sup>255</sup>. On éviterait ainsi d'éloigner le jury de sa préoccupation première, décider de la

---

**(250)** *Matthews c. Price*, 83 F.3d 328, 335 (10th Cir. 1996); *James c. State*, 613 N.E.2d 15, 21 (Ind. 1993). Dans un tel cas, on peut également considérer que l'accusé n'a pas satisfait à l'exigence de nécessité: *State c. Weeks*, 582 N.E.2d 614, 616 (Ohio App. 12 Dist. 1989). Si l'avocat n'est pas compétent ou ne possède pas les connaissances requises à préparer la défense de son client, il doit néanmoins établir la nécessité de l'expertise: *Isaacs c. State*, 386 S.E.2d 316, 325 (Ga. 1989).

**(251)** *Husske c. Commonwealth*, 476 S.E.2d 920, 923 (Va. 1996) (ADN).

**(252)** *United States c. Manning*, 79 F.3d 212, 219 n. 3 (1st Cir. 1996); *Garth c. State*, 536 So.2d 173, 177 (Ala.Cr.App. 1988); *Dennis c. State*, 555 So.2d 679, 683 (Miss. 1989); *State c. Stow*, 620 A.2d 1023, 1027 (N.H. 1993); *State c. Weeks*, 582 N.E.2d 614, 616 (Ohio App. 12 Dist. 1989); *Williamson c. State*, 812 P.2d 384, 396 (Okl.Cr. 1991); *Banks c. State*, 810 P.2d 1286, 1293 (Okl.Cr. 1991); *State c. Matthews*, 353 S.E.2d 444, 448 (S.C. 1986).

**(253)** *James c. State*, 613 N.E.2d 15, 21 (Ind. 1993); *Williamson c. State*, 812 P.2d 384, 396 (Okl.Cr. 1991). Certains jugements ont considéré que les résultats d'analyse des échantillons d'ADN faisaient partie de ce type de mesures et ont rejeté les demandes de contre-expertise aux frais de l'État. La faible valeur de cette conclusion est mise en exergue par les commentaires précédents (notes 227 à 246 et le texte y correspondant).

**(254)** *Dennis c. State*, 555 So.2d 679, 683 (Miss. 1989).

**(255)** C'est notamment le cas des témoins oculaires: *United States c. Labansat*, 94 F.3d 527, 530 (9th Cir. 1996); *United States c. Brewer*, 783 F.2d 841, 843 (9th Cir. 1986). Voir aussi *State c. Scott*, 535 N.E.2d 379, 382 (Ohio App. 1987); *State c. Abraham*, 451 S.E.2d 131, 149 (N.C. 1994). L'expert en hypnose peut être contre-interrogé de la même façon: *State c. Haislip*, 701 P.2d 909, 926 (Kan. 1985).

culpabilité de l'accusé<sup>256</sup>.

La deuxième école pense tout le contraire<sup>257</sup>. L'avocat a toutes les chances de ne pas être familier avec le type de preuve présentée et les subtilités de l'interprétation des résultats<sup>258</sup>. Même s'il l'est, l'assistance d'un expert peut rendre son contre-interrogatoire plus efficace encore, notamment si la masse de rapports et de documentation scientifique est particulièrement volumineuse<sup>259</sup>, permettant ainsi au tribunal de s'appuyer sur une preuve fiable que l'accusé aura eu l'occasion de réfuter<sup>260</sup>. Une preuve objective, comme la preuve que les blessures au vagin de la victime n'ont pu être autrement causées que par la pénétration forcée d'un pénis, ne peut être réfutée par un simple contre-interrogatoire; seule une preuve scientifique peut favoriser l'atteinte de cet objectif<sup>261</sup>.

#### IV. Le préjudice subi par l'accusé

L'interprétation «négative» du critère de nécessité se rencontre sous deux formes: le préjudice de façon générale et la preuve que le rejet de la requête rendra le procès fondamentalement injuste ou inéquitable<sup>262</sup>. L'accusé doit faire la preuve que l'impossibilité de présenter une preuve d'expert influencera indûment le résultat du procès et qu'il ne jouira pas de la pleine possibilité de présenter une défense pleine

---

(256) Une préoccupation exprimée dans *United States c. Manning*, 79 F.3d 212, 219 (1st Cir. 1996).

(257) *Williamson c. Reynolds*, 904 F.Supp. 1529, 1562 (E.D.Okl. 1995); *Dubose c. State*, 662 So.2d 1189, 1196 (Ala. 1995); 662 So.2d 1156, 1186 (Ala.Cr.App. 1993) (voir citation *supra*, note 244); *People c. Lawson*, 644 N.E.2d 1172, 1192 (Ill. 1994).

(258) *People c. Lawson*, 644 N.E.2d 1172, 1192 (Ill. 1994) (expert en empreintes digitales et empreintes de pied); *James c. State*, 613 N.E.2d 15, 21 (Ind. 1993) (analyse des taches de sang)

(259) *DeFreece c. State*, 848 S.W.2d 150, 160 (Tex.Cr.App. 1993). L'arrêt *Williamson c. Reynolds*, 904 F.Supp. 1529, 1562 (E.D.Okl. 1995) est plus nuancé. Lorsque l'avocat possède les connaissances suffisantes pour contre-interroger un expert, l'accusé ne peut réclamer les services d'un expert. Néanmoins, lorsque ce témoin joue un rôle clé dans la preuve de la poursuite, seul un expert peut assurer à l'accusé une défense adéquate.

(260) *State c. Cannon*, 922 P.2d 1293, 1302 (Wash. 1996).

(261) *Harrison c. State*. 635 So.2d 894, 902 (Miss. 1994).

(262) Ces deux formulations du critère sont parfois réunies, comme dans *People c. Leonard*, 569 N.W.2d 663, 670 (Mich.App. 1997), app. ref. 570 N.W.2d 659 (Mich. 1997).

et entière<sup>263</sup>. On peut considérer que le préjudice est présent lorsqu'il a été préalablement décidé que l'élément de preuve que l'accusé avait l'intention d'introduire est central à sa défense<sup>264</sup>.

Généralement, la preuve du préjudice doit être jumelée à une variante du critère de nécessité<sup>265</sup>. Il s'agit une fois de plus d'une question factuelle dont la définition n'en a été donnée qu'à partir d'un ensemble de faits particuliers:

As a result, psychiatric evidence [présentée par l'État] went unchallenged, which may have unfairly increased its persuasiveness

---

**(263)** Il s'agit d'un contrôle *a priori* de la légalité et du bien-fondé de la requête, puisque cette dernière est généralement présentée avant le procès. Cette position a comme conséquence d'obliger l'accusé à prévoir le déroulement et le dénouement du procès, ce qui est en pratique impossible à faire: voir *infra*, partie II. Seule la Cour suprême du Maine a limité l'utilisation de ce critère aux procédures d'appel: *State c. Gordius*, 544 A.2d 309, 310 (Me. 1988). On exige également qu'un autre critère (une variante du critère de nécessité) soit satisfait: *Husske c. Commonwealth*, 476 S.E.2d 920, 925 (Va. 1996) (aspect suffisamment important du procès); *McDonald c. Delo*, 897 F.Supp. 1224, 1237 (E.D.Mo. 1995) (probabilité raisonnable); *Ex parte Dobyne*, 672 So.2d 1354, 1357 (Ala. 1995) (probabilité raisonnable); *Davis c. State*, 905 S.W.2d 655, 659 (Tex.App. [Texarkana] 1995) (Tex.Code Crim.Proc. art. 26.05(a), probabilité raisonnable); *State c. White*, 457 S.E.2d 841, 848 (N.C. 1995) (probabilité raisonnable; l'ensemble de ces deux critères formaient le critère du besoin spécifique ou particularisé); *Rey c. State*, 897 S.W.2d 333, 338 (Tex.Cr.App. 1995) (preuve centrale; *Ake* mettrait l'emphase sur l'aspect fondamentalement injuste du procès); *Commonwealth c. Martinez*, 651 N.E.2d 380, 384 (Mass. 1995) (nécessité en général; s'exprime par l'erreur judiciaire). Par contre, dans *State c. Moseley*, 449 S.E.2d 412, 424 (N.C. 1994), on a jugé que seule la preuve d'un préjudice ou de la privation d'un procès équitable était nécessaire. Cette position n'a pas été reprise par l'arrêt *White*, cité précédemment.

**(264)** *People c. Keene*, 660 N.E.2d 901, 905 (Ill. 1995).

**(265)** Voir, par exemple, *United States c. Childress*, 58 F.3d 693, 732 (D.C. 1995) (nécessité en général); *Williamson c. Reynolds*, 904 F.Supp. 1529, 1559 (E.D.Okl. 1995) (*ibid.*); *State c. Gonzales*, 892 P.2d 838, 847 (Ariz. 1995) (nécessité raisonnable, préjudice substantiel); *State c. Apelt*, 861 P.2d 654, 660 (Ariz. 1993); *Dingle c. State*, 654 So.2d 164, 166 (Fla.App. 3 Dist. 1995) (requête très spécifique); *Burgess c. State*, 450 S.E.2d 680, 687 (Ga. 1994) (probabilité raisonnable); *People c. Lawson*, 644 N.E.2d 1172, 1192 (Ill. 1994) (preuve centrale); *People c. Keene*, 660 N.E.2d 901, 905 (Ill. 1995) (*ibid.*); *People c. Evans*, 648 N.E.2d 964, 968 (Ill.App. 1 Dist. 1995) (*ibid.*); *Harrison c. State*, 644 N.E.2d 1243, 1253 (Ind. 1995) (nécessité en général); *Kennedy c. State*, 578 N.E.2d 633, 639 (Ind. 1991) (*ibid.*); *State c. Wainwright*, 856 P.2d 163, 167 (Kan.App. 1993) (nécessité en général); *Sommers c. Commonwealth*, 843 S.W.2d 879, 885 (Ky. 1992) (nécessité raisonnable, erreur préjudiciable); *State c. Miskell*, 676 So.2d 1092, 1095 (La.App. 4 Cir. 1996) (preuve centrale); *State c. Murray*, 644 A.2d 1040 (Me. 1994) (nécessité de la présentation d'une défense adéquate); *Green c. State*, 631 So.2d 167, 171 (Miss. 1994) (preuve cruciale, faiblesse du contre-interrogatoire des experts de l'État, existence d'erreurs commises par ces experts, risque de déclaration de culpabilité erronée et accès restreint aux experts de l'État); *State c. Stow*, 620 A.2d 1023, 1027 (N.H. 1993) (nécessité en général); *Salazar c. State*, 852 P.2d 729, 735 (Okl.Cr. 1993) (*ibid.*); *Hoverter c. Commonwealth*, 477 S.E.2d 771, 776 (Va. 1996) (besoin particularisé, aspect suffisamment important du procès); *Husske c. Commonwealth*, 476 S.E.2d 920, 925 (Va. 1996) (aspect suffisamment important du procès, procès fondamentalement injuste). Le lecteur se reportera également à la sous-section III, *supra*.

in the eyes of the jury, as the Virginia Supreme Court and Court of Appeals found, that petitioner's psychiatric evidence would not have influenced the jury's determination concerning vileness. Nevertheless, the absence of such evidence may well have affected the jury's ultimate decision, based on all of the evidence before it, to sentence petitioner to death rather than life imprisonment<sup>266</sup>.

L'importance relative du témoignage de l'expert de l'État peut à cet égard devenir un facteur de l'équité du procès<sup>267</sup>.

La spécificité de ces motifs nous oblige à extrapoler une règle générale. La peine de mort étant inexistante en droit canadien<sup>268</sup>, on pourrait dire, à partir de cet énoncé, que lorsque la preuve aurait permis au jury d'en arriver à une conclusion différente sur la question de la culpabilité de l'accusé ou sur l'à-propos de l'imposition de la peine de mort<sup>269</sup>, sans nécessairement qu'il soit prouvé que la décision ait été différente, un nouveau procès devrait être ordonné. On a défini la notion générale de préjudice substantiel dans la même ligne de pensée:

Substantial prejudice exists only where the defendant shows that there is a reasonable probability that, but for the denial of funds, the factfinder would have a reasonable doubt regarding guilt<sup>270</sup>.

---

(266) *Tuggle c. Netherland*, 116 S.Ct. 283, 285 (1995).

(267) *Harrison c. State*, 635 So.2d 894, 901 (Miss. 1994).

(268) Sauf en vertu de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), c. N-5, al. 139(1)a). Les principes dégagés de l'arrêt *Ake* s'appliquent de toute façon tant aux affaires où la peine de mort peut être imposée qu'aux cas où elle ne peut l'être: *State c. Barnett*, 909 S.W.2d 423, 427 (Tenn. 1995).

(269) *State c. Eastlack*, 883 P.2d 999, 1019 (Ariz. 1994). L'accusé faisait face à la peine de mort suite à une déclaration de culpabilité pour la perpétration de meurtres qualifiés d'horribles. La présence de tels facteurs aggravants accentuait la possibilité de l'imposition de la peine de mort et les seuls facteurs atténuants, le passé comportemental de l'accusé et sa santé psychologique précaire, n'auraient pu être présentés valablement que par un expert. Ce dernier aurait pu témoigner de l'usage de cocaïne deux heures avant la commission des crimes, de son hypomanie et sa personnalité antisociale. Le témoignage de l'expert aurait pu servir à commuer la peine de mort en une sentence d'emprisonnement à perpétuité. Bien que l'on ait jugé que l'accusé dans un tel cas avait subi un préjudice substantiel, il avait en fait démontré la nécessité des services d'un expert. Ne sachant pas que la peine de mort serait imposée, il ne pouvait donc faire la preuve de ce préjudice devant le juge du procès. Le critère du préjudice demeure donc une norme d'analyse en appel, puisque ce n'est qu'à ce moment qu'il est possible de déterminer si l'accusé a réellement subi un préjudice suite au rejet de sa requête. Pour des exemples semblables, voir *State c. Van Scoyoc*, 511 N.W.2d 628, 630-31 (Iowa App. 1993) (la Cour examine la preuve de nécessité de l'accusé et conclut qu'il a subi un préjudice certain); *Rodriguez c. State*, 906 S.W.2d 70, 73 (Tex.App. [San Antonio] 1995).

(270) *Robedeaux c. State*, 866 P.2d 417, 431 (Okl.Cr. 1993); *Munsen c. State*, 758 P.2d 324, 330 (Okl.Cr. 1988) (le critère du préjudice substantiel était énoncé sans le définir). Maintes autres juridictions



Seuls les éléments de preuve qui ont un impact significatif sur la détermination de la culpabilité de l'accusé pourront donc faire l'objet d'un appel lorsque l'accusé estime que les services d'un expert lui ont été injustement niés:

Evidence that merely impeaches or contradicts trial testimony that was inconclusive on the issue of defendant's guilt would not support a finding of substantial prejudice where, as here, there is overwhelming independent evidence of culpability<sup>271</sup>.

La production du rapport d'un expert dont les conclusions ne siéent pas à l'accusé ne constitue pas un préjudice<sup>272</sup>. En conséquence, il ne peut choisir l'expert de son choix<sup>273</sup> ou obtenir les fonds nécessaires à un «magasinage» d'expert<sup>274</sup>. On éviterait ainsi l'avalanche des demandes.

Le préjudice peut aussi se concrétiser par la privation du droit à un procès juste et équitable<sup>275</sup>. L'accusé, dans ce cas, devra faire la preuve que le procès sera fondamentalement injuste du fait du rejet de la requête. Dans d'autres cas, il devra faire la preuve que le refus injustifié du juge du procès n'est pas une erreur de peu

---

ne se sont pas contentées d'adopter le simple critère du préjudice: *United States c. Labansat*, 94 F.3d 527, 530 (9th Cir. 1996) (preuve claire et convaincante du préjudice) *United States c. Brewer*, 783 F.2d 841, 843 (9th Cir. 1986); *Matthews c. Price*, 83 F.3d 328, 335 (10th Cir. 1996) (préjudice substantiel); *United States c. Kennedy*, 64 F.3d 1465, 1473 (10th Cir. 1995) (*ibid.*); *State c. Gonzales*, 892 P.2d 838, 847 (Ariz. 1995), *State c. Eastlack*, 883 P.2d 999, 1019 (Ariz. 1994), *State c. Apelt*, 861 P.2d 654, 660 (Ariz. 1993) et *State c. Amaya-Ruiz*, 800 P.2d 1260, 1290 (Ariz. 1990) (*ibid.*); *Pittman c. State*, 528 N.E.2d 67, 72 (Ind. 1988) (préjudice tangible); *State c. Durosseau*, 626 So.2d 51, 54 (La.App. 3 Cir. 1993) (préjudice substantiel ou preuve de l'impossibilité d'obtenir autrement la preuve des éléments de la défense); *Kennedy c. State*, 578 N.E.2d 633, 639 (Ind. 1991) (préjudice évident); *State c. Grisby*, 666 A.2d 503, 504 (Me. 1995) (préjudice substantiel); *State c. Campbell*, 498 A.2d 330, 333 (N.H. 1985) (préjudice substantiel); *Green c. State*, 881 P.2d 751, 752 (Okl.Cr. 1994) (préjudice substantiel); *Banks c. State*, 810 P.2d 1286, 1293 (Okl.Cr. 1991) (préjudice tangible); *Munsen c. State*, 758 P.2d 324, 330 (Okl.Cr. 1988) (préjudice substantiel).

**(271)** *State c. Amaya-Ruiz*, 800 P.2d 1260, 1290 (Ariz. 1990).

**(272)** *Palmer c. State*, 486 N.E.2d 477, 482 (Ind. 1985).

**(273)** *Ake c. Oklahoma*, 477 U.S. 68, 83 (1985).

**(274)** *Palmer c. State*, 486 N.E.2d 477, 482 (Ind. 1985).

**(275)** *Terry c. Rees*, 985 F.2d 283, 284 (6th Cir. 1993); *McDonald c. Bowersox*, 101 F.3d 588, 593 (8th Cir. 1996); *Branscomb c. Norris*, 47 F.3d 258, 262 (8th Cir. 1995); *Starr c. Lockhart*, 23 F.3d 1280, 1288 (8th Cir. 1994); *Mendoza c. Leapley*, 5 F.3d 341, 342 (8th Cir. 1993); *Moore c. Kemp*, 809 F.2d 702, 712 (11th Cir. 1987); *Burgess c. State*, 450 S.E.2d 680, 687 (Ga. 1994); *State c. Touchet*, 642 So.2d 1213, 1216 (La. 1994).



d'importance et que la situation doit être corrigée<sup>276</sup>, bien que l'arrêt *Ake* ait été rendu sans que la Cour suprême ne procède à cette analyse<sup>277</sup>. Les cas de refus nient l'impact du témoignage d'un expert sur la décision que doit prendre le juge des faits.

Ce long examen n'avait pour but que d'explorer les différentes avenues qui s'offrent au législateur, s'il voulait compléter les dispositions procédurales du *Code criminel*, ou aux tribunaux qui seraient saisis d'une telle requête. Cette étude ne saurait être complète sans un examen détaillé des assises constitutionnelles de l'instauration en droit canadien du droit constitutionnel aux services d'un expert aux frais de l'État.

---

(276) Ce principe s'énonce comme le test de l'erreur sans conséquences ou non préjudiciable (*harmless error*) et fait partie du droit de plusieurs juridictions: *United States c. Smith*, 987 F.2d 888, 891 (2d Cir. 1993); *United States c. Labansat*, 94 F.3d 527, 530 (9th Cir. 1996) (il y avait peu de chances que le témoignage d'un expert aurait provoqué un verdict différent); *Castro c. Ward*, 138 F.3d 810, 829 (10th Cir. 1998); *Castro c. Oklahoma*, 71 F.3d 1502, 1515 (10th Cir. 1995); *Christy c. Horn*, 28 F.Supp.2d 321, 321 (W.D.Pa. 1998); *Buttrum c. Black*, 721 F.Supp. 1268, 1313 (N.D.Ga. 1989); *United States c. Guzman*, 894 F.Supp. 642, 648 (W.D.N.Y. 1995) (l'opinion de l'expert n'était pas susceptible de modifier les conclusions de fait); *Davis c. State*, 549 So.2d 577, 580 (Ala.Cr.App. 1989); *Morgan c. State*, 639 So.2d 6, 12 (Fla. 1994); *McKinney c. State*, 463 S.E.2d 136, 140 (Ga.App. 1995); *People c. Redd*, 670 N.E.2d 583, 600 (Ill. 1996); *People c. Lawson*, 644 N.E.2d 1172, 1187 (Ill. 1994); *People c. Hall*, 626 N.E.2d 131, 138 (Ill. 1993). L'analyse devra démontrer que l'erreur «had substantial and injurious effect or influence in determining the jury verdict»: *Brecht c. Abrahamson*, 507 U.S. 619, 623 (1993); *Kotteakos c. United States*, 328 U.S. 750, 776 (1946). Une sentence sévère créera une présomption favorable à l'accusé.

(277) *DeFreece c. State*, 848 S.W.2d 150, 160 (Tex.Cr.App. 1993).

## Partie II

### Le droit constitutionnel aux services d'un expert en droit canadien

**I**l est impensable, dans la proposition d'une version canadienne du droit constitutionnel aux services d'un expert aux frais de l'État, de valablement tracer un parallèle avec l'état du droit aux États-Unis sans d'abord identifier les notions d'ici sur lesquelles ma proposition pourrait se fonder. Le droit constitutionnel américain, basé sur la *Constitution des États-Unis* et sur la jurisprudence américaine, présente plusieurs différences avec le droit canadien. On n'a qu'à penser au droit d'être protégé des saisies abusives, qui est beaucoup plus étendu dans le IV<sup>e</sup> Amendement<sup>278</sup> qu'à l'art. 8 de la *Charte canadienne*, à la notion de *due process*<sup>279</sup>, qui ne correspond pas

---

(278) «The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized». La portion qui porte sur les mandats est absente de l'art. 8 de la *Charte*. C'est l'interprétation qui se dégage de l'arrêt *Hunter c. Southam inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 et des arrêts qui ont suivi qui ont implanté cette notion ici.

(279) On la retrouve en deux endroits dans la *Constitution des États-Unis* et dans des termes presque identiques. Le V<sup>e</sup> Amendement, qui s'applique au gouvernement fédéral, dispose que «No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty or property, without due process of law [...]». Le XIV<sup>e</sup> Amendement, section 1 reprend les mêmes termes en spécifiant qu'ils s'appliquent aussi aux États. L'al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), App. III, qui proclame «le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de sa personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de s'en voir privé que par l'application régulière de la

tout à fait aux principes de justice fondamentale que protège l'art. 7<sup>280</sup> et qui ne s'applique qu'en droit criminel, et au droit de confronter les témoins à charge<sup>281</sup>, qui n'existe pas au Canada<sup>282</sup>, pour se convaincre que malgré certaines similitudes, il serait peu rigoureux d'appliquer les notions qui ont été développées dans la partie précédente sans les critiquer et les adapter au contexte constitutionnel d'ici.

Mais avant tout, le droit constitutionnel américain n'a pas les mêmes assises philosophiques, sociales, culturelles, politiques et juridiques que la *Charte canadienne*; c'est l'argument premier qui nous dicte de ne pas nous livrer à un exercice de substitution des dispositions législatives et à un parachutage aveugle des principes constitutionnels élaborés par des tribunaux étrangers<sup>283</sup>. Les propos du juge Lamer dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*<sup>284</sup> sont à cet égard très éloquentes. Il écrit ceci à propos des choix qu'impose la dichotomie entre le fond et la procédure dans l'application de la *Charte*:

Elle [dichotomie] transpose dans le contexte canadien une terminologie, une théorie et des concepts américains qui sont tous inextricablement liés aux problèmes associés à la Constitution des États-Unis. Dans cette constitution, faut-il le rappeler, on ne trouve ni l'art. 52, ni le contrôle interne des art. 1 et 33. À mon avis, nous rendrions un mauvais service à notre propre constitution en permettant simplement que le débat américain définisse la question pour nous, tout en ignorant les différences de structure vraiment fondamentales entre les deux constitutions<sup>285</sup>.

Ces considérations de base doivent guider toute l'élaboration du droit constitutionnel aux services d'un expert aux frais de l'État en droit canadien. Elles sont générales et

---

loi», utilise donc cette même expression («application régulière de la loi» est la traduction de *due process*).

**(280)** *Charte canadienne*, art. 7: «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale».

**(281)** *Constitution des États-Unis*, VI<sup>e</sup> Amendement: «In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to be confronted with the witnesses against him [...]».

**(282)** *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, 542.

**(283)** La Cour suprême canadienne s'exprimait ainsi à propos de l'art. 8 de la *Charte canadienne* et du IV<sup>e</sup> Amendement de la Constitution américaine dans *Hunter c. Southam inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 155 et *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 425, 491.

**(284)** [1985] 2 R.C.S. 486.

**(285)** *Idem*, 498. Voir aussi David C. McDONALD, *Legal Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1989, p. lxx-lxvi.

s'appliquent à toute analyse de droit comparé. Il faut également tenir compte des principes juridiques qui forment l'état du droit au Canada pour que la proposition de reconnaître le droit constitutionnel aux services d'un expert soit cohérente. La preuve d'expert étant évidemment centrée sur le droit de la preuve, il convient de revoir les principes généraux qui orienteront la réflexion.

Les règles de preuve, dont certaines sont maintenant constitutionnalisées<sup>286</sup>, sont axées sur la recherche de la vérité<sup>287</sup> de façon à permettre au juge de trancher correctement les questions en litige<sup>288</sup>, de prononcer la condamnation de l'accusé vraiment coupable ou l'acquittement de l'accusé vraiment innocent<sup>289</sup>. La présentation d'une preuve d'expert dans un procès criminel, en plus d'être soumise aux règles d'admissibilité de la preuve d'expert, aura également comme objectif premier la découverte de la vérité. C'est d'ailleurs pour donner à l'accusé, qui n'en a pas toujours les moyens mais qui demeure toujours celui dont l'intérêt personnel est le plus grand, la possibilité de contribuer à cette tâche que la création du droit constitutionnel aux services d'un expert prend tout son sens. Après tout, la liberté de l'accusé est en jeu et on ne saurait mettre en péril la crédibilité du processus judiciaire qui la restreint pour de simples questions de ressources financières ou matérielles. Un principe séculaire veut qu'un innocent ne doit pas être puni<sup>290</sup> et il ne saurait en être autrement en matière de preuve d'expert.

En matière scientifique, la reconnaissance du droit constitutionnel aux services d'un expert aux frais de l'État comblera le fossé qui risque de se creuser entre les

---

**(286)** Peter K. McWILLIAMS, *Canadian Criminal Evidence*, 3<sup>e</sup> éd., Aurora (Ontario), Canada Law Book, 1998 (éd. feuilles mobiles), p. 1-6.

**(287)** *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 609.

**(288)** *Ibid.*

**(289)** P.K. McWILLIAMS, *op.cit.*, note 286, p. 1-5.

**(290)** *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 513: «Depuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit». Ce passage, qui reprend une opinion exprimée sept ans plus tôt dans *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, 1310, a été cité avec approbation dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 606, 607 et 611. Voir aussi *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, 878

ressources de l'État et celles de l'accusé. Dans l'arrêt *Seaboyer*<sup>291</sup>, la juge McLachlin écrit qu'à l'instar d'une disposition législative qui écarte un élément de preuve sans motif clair fondé sur une règle de droit qui justifie son exclusion, la règle de droit qui empêche l'accusé d'avoir accès à cette preuve admissible «va à l'encontre de nos conceptions fondamentales de la justice et de ce que constitue un procès équitable»<sup>292</sup>. J'ajouterais qu'ici, c'est l'absence d'une règle de droit, plutôt que son existence, qui donne et assure à l'accusé l'accès à une preuve admissible, la preuve d'expert, qui va à l'encontre des principes de justice. Il faut, pour saisir la pleine mesure de cette affirmation, tenir compte de l'importance de la présentation d'une preuve d'expert en droit criminel.

On ne saurait trop mettre l'accent sur l'impact que peut avoir l'opinion d'un expert sur la décision qu'aura à prendre le juge des faits. Cet impact se présente sous deux facettes: lorsque, au soutien de l'accusation, le ministère public présente une preuve d'expert et lorsque la défense, faute de moyens, ne peut intégrer à ses moyens de défense des éléments de preuve scientifique.

La présentation d'une preuve d'expert par la Couronne peut donner lieu à la condamnation d'un innocent. L'accusé qui ne bénéficie pas des services d'un expert n'aura pas les moyens de la réfuter efficacement; bien plus, le juge ou le jury, n'ayant pas de connaissances suffisantes, ce qui sera très souvent le cas en matière scientifique, ne peut évaluer la validité de ce qui lui est présenté. Les éléments apportés par la Couronne feront donc preuve de ce qui y est contenu, ce qui à coup sûr désavantagera l'accusé, peu importe qu'il soit réellement coupable ou non.

Le désavantage que subit l'accusé se présentera quelque peu différemment lorsque, cette fois, l'accusé n'aura toujours pas accès aux ressources disponibles, mais pour étayer un moyen de défense. La preuve ainsi présentée aurait un impact disculpatoire semblable à celui d'une preuve scientifique présentée par la poursuite. En donnant

---

(291) [1991] 2 R.C.S. 577.

(292) *Idem*, 609.

accès à l'accusé aux ressources pertinentes, on n'affaiblit pas pour autant le processus judiciaire parce que immanquablement le ministère public répliquera avec l'aide d'un expert à la preuve présentée. Le juge des faits possédera alors certains paramètres pour évaluer la validité du moyen de défense et, contrairement à ce qui se passe lorsque la Couronne présente une preuve d'expert incontestée, la preuve d'expert de la défense ne fera pas preuve de ce qu'elle contient. Par contre, là où les deux scénarios se rejoignent, c'est lorsque l'accusé n'a pas accès à cette preuve à impact disculpatoire.

Dans les deux cas que je viens de présenter, le nonaccès aux ressources pour l'accusé change radicalement la donne et déséquilibre les forces en présence. Bien plus, un élément de preuve dont l'impact est si grand et difficilement mesurable orientera toujours le débat vers un prononcé de culpabilité; si la preuve scientifique de la Couronne demeure sans réplique, les éléments de preuve à charge, scientifiques et ordinaires, auront un poids écrasant que seul un moyen de défense en béton peut renverser. On mine ainsi la crédibilité et la validité du processus judiciaire qui ultimement est chargé de faire la lumière sur la vérité des accusations portées contre le prévenu. Le déséquilibre des ressources débouche sur un déséquilibre entre la qualité de l'accusation et celle de la défense et ultimement, l'équité du procès est gravement affectée. D'ailleurs, c'est notamment pour éviter l'émergence de cette disparité que les règles de preuve ont été constitutionnalisées:

They [les principes qui régissent le droit de la preuve] are designed to achieve the goal of providing a fair trial to the accused against the power of the State, the police and the prosecution by providing a level playing field<sup>293</sup>.

On trouve dans les préceptes existants du droit constitutionnel canadien les pistes qui me permettent d'asseoir les principes qui devraient régir l'élaboration en droit canadien du droit constitutionnel à l'expert. Loin d'en faire un exposé détaillé couvrant toutes les situations dans lesquelles certains droits constitutionnels ciblés ont été interprétés, il s'agit de rappeler les grands principes du droit à un procès juste et

---

(293) P.K. McWILLIAMS, *op.cit.*, note 286, p. 1-6.

équitable, desquels découlent le droit à une défense pleine et entière, le droit à la présence d'un avocat au procès, au contre-interrogatoire et à la divulgation de la preuve. Ces droits plus que tous les autres ont une incidence particulière en matière scientifique sur l'atteinte de l'objectif de recherche de la vérité et sur la possibilité pour l'accusé de présenter des éléments de preuve qui tendent à soulever un doute raisonnable.

Il ressortira de cet examen que l'exercice efficace de ces droits est dans un contexte de preuve scientifique impraticable sans la consultation et le témoignage d'experts dont les honoraires sont défrayés par l'État. Il faut en somme que le justiciable qui fait partie des deux catégories d'accusés qui ont été développées en introduction puisse bénéficier de moyens équivalents à ceux d'un accusé moyen qui peut s'offrir les services d'un expert lorsque cela s'impose. Cette analyse forme le chapitre 1.

Cette analyse culminera avec l'objectif principal de ce mémoire, une proposition des paramètres de la reconnaissance du droit à l'expert en vertu de la *Charte canadienne*. L'exemple américain doit demeurer un exemple, et non un modèle, parce les critères utilisés, notamment celui du préjudice, ont considérablement minimisé la portée considérable que l'arrêt *Ake*<sup>294</sup>. Cela s'explique probablement par la volonté des tribunaux des États<sup>295</sup> de décourager à l'avance la présentation de requêtes farfelues, même au risque de rejeter certaines demandes valables. On peut vraisemblablement supposer, puisque les motifs qui justifient le choix des critères est rarement, voire jamais, énoncé, que des motifs d'engorgement des tribunaux et de fardeau financier étatique sont à la base d'une implantation aussi restrictive.

Il s'agit alors de trouver un juste équilibre entre les droits de l'accusé, la tenue de procès justes et équitables pour toutes les parties et les problèmes administratifs et financiers qui peuvent découler de la reconnaissance du droit à l'expert. Si les critères

---

(294) *Ake c. Oklahoma*, 470 U.S. 68 (1985).

(295) Comme on l'a vu, la Cour suprême des États-Unis confiait, dans le premier jugement qu'elle rendait sur cette question, la tâche de l'implantation aux États, bien que la reconnaissance ait pour fondement la *Constitution des États-Unis* et non la constitution particulière d'un État: *idem*, 83.



doivent être moins restrictifs, par exemple en ne retenant pas le critère du préjudice constitutionnel parce qu'il oblige l'accusé à prouver *a priori* qu'il peut miner la preuve scientifique présentée par la Couronne sans l'aide de l'expert qu'il réclame, les facteurs de reconnaissance et les mécanismes doivent être suffisamment élaborés pour éviter tout dérapage trop favorable aux intérêts particuliers de l'accusé ou généraux du système judiciaire et de la société en général. La création d'une étape de consultation permettrait d'avoir accès à un expert indépendant dont la fonction serait essentiellement exploratoire. Ce mécanisme pourrait être soutenue par un institut de recherche semblable à celui auquel les membres du Congrès américain ont accès<sup>296</sup> et auquel la Cour suprême américaine a eu recours dans l'arrêt *Bowen c. American Hospital Association*<sup>297</sup> ou encore un système d'accès structuré. À partir de ces conclusions, l'accusé serait en mesure d'évaluer ses chances d'obtenir des services plus complets d'expertise, mais surtout ses chances de présenter un moyen de défense valable. Une telle mesure intermédiaire aurait pour effet, entre autres, de placer la demande d'accès aux services d'un expert dans une perspective beaucoup plus concrète et, les conseils des avocats aidant, dresserait un certain rempart contre les requêtes farfelues et dilatoires sans pour autant pénaliser les requêtes valables et sans que la cause soit entendue avant même l'instruction du procès. Cette analyse forme le chapitre 2.

## **CHAPITRE 1. LES FONDEMENTS PROVENANT DU DROIT CONSTITUTIONNEL CANADIEN**

Le système de justice criminelle tire son fondement de plusieurs sources. Il existe un principe de *common law* vieux de plusieurs siècles qui reconnaît à l'accusé le droit de n'être déclaré coupable qu'à la suite de la tenue d'un procès juste et équitable<sup>298</sup>. La *Déclaration canadienne des droits*<sup>299</sup>, adoptée en 1960, n'a pas repris nommément

---

(296) Kenneth Culp DAVIS, «Judicial, Legislative and Administrative Lawmaking: A Proposed Research Service for the Supreme Court», 71 *Minn.L.Rev.* 1, 9 (1986).

(297) 476 U.S. 610 (1986); K.C. Davis, *loc.cit.*, note 296, p. 9.

(298) *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 585.

(299) L.R.C. (1985), App. III.

ce concept<sup>300</sup>. Cette loi n'a pas semblé servir de modèle aux rédacteurs de la *Charte canadienne*, l'expression moderne du fondement du système de justice criminelle<sup>301</sup>, qui ont codifié la règle de *common law* dans les termes suivants:

«11. Tout inculpé a le droit:

- d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable; [...].»

L'équité du procès criminel est également un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*, une disposition de facture plus générale<sup>302</sup>. Mais, comme l'art. 7 et l'al. 11d) sont souvent traités indistinctement<sup>303</sup>, je ne ferai référence qu'à l'al. 11d)<sup>304</sup>.

Cette notion de procès juste et équitable chapeaute toutes les autres<sup>305</sup>. Tous les autres droits constitutionnels sont donc une composante de la notion de procès juste

**(300)** Il est intéressant de constater que l'art. 2 de la *Déclaration*, qui énonce toute une série de droits procéduraux analogues à certains égards à ceux prévus par la *Charte*, contient plusieurs éléments de la tenue d'un procès équitable (le droit à l'avocat (al. 2d)), la protection contre l'auto-incrimination (al. 2d)), le droit à une audition impartiale (al. 2e)), le droit à la présomption d'innocence (al. 2f)) et le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial (al. 2f)), par exemple) sans jamais faire référence à cette notion même.

**(301)** *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 585; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, 103.

**(302)** *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 608: «Toutes les parties reconnaissent que le droit à un procès équitable — celui qui permet au juge des faits de découvrir la vérité et de rendre une décision équitable — est un principe de justice fondamentale». Malheureusement, cet énoncé est avare de précisions sur le contenu de la notion d'équité. Voir également *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, 165; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 585; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, 561-62; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 425, 546; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, 745; *Singh c. MEI*, [1985] 1 R.C.S. 177, 212.

**(303)** *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, 300 et 316; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 585.

**(304)** La juge McLachlin dans l'arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 585, utilise la même approche. Il convient toutefois de signaler une nuance, apportée par l'arrêt *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, 316, qui limite la fongibilité de ces deux articles aux situations qui relèvent de l'une et de l'autre disposition. Habituellement, «les demandes fondées sur la *Charte* devraient invoquer les garanties juridiques précises qui y sont énoncées lorsqu'une violation alléguée relève carrément de l'une de ces dispositions particulières»: *ibid.* Voir également *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, 311.

**(305)** *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Enquête Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, 157; *Dagenais c. SRC*, [1994] 3 R.C.S. 835, 920 (j. Gonthier, diss., mais non sur ce point); *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, 160; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, 532; *R. c. Eagles*, (1989) 68 C.R. (3d) 271, 274 (C.A.N.-É.): «One of the cardinal cornerstones of our system of criminal justice is that an accused is entitled to a fair trial. Inherent in such a principle is the substantive right to make full answer and defense to criminal allegations».

et équitable et servent à le définir. On peut donc dire que le procès juste et équitable, dans le cas de l'accusé confronté à des éléments ou des témoignages à teneur scientifique, sera celui pendant lequel l'accusé a eu une véritable chance de réfuter ces éléments par la présentation d'une preuve scientifique indépendante. L'accusé qui a eu cette chance aura pu présenter une défense pleine et entière. Cette affirmation générale doit être validée par l'étude du contenu des différentes notions constitutionnelles en jeu.

### A. Le droit à un procès juste et équitable

Le droit à un procès juste et équitable est une notion difficile à saisir en elle-même<sup>306</sup>. Elle ne peut être réduite à certaines règles précises<sup>307</sup> et, donc, est plus facilement définissable par ses composantes avec lesquelles elle est parfois intimement liée<sup>308</sup> ou par l'examen d'une situation concrète<sup>309</sup>. L'exemple suivant est d'ailleurs représentatif de ce qui se produit souvent lorsque les tribunaux sont saisis d'une question portant sur l'équité du procès<sup>310</sup>.

Dans l'arrêt *Richard*<sup>311</sup>, la Cour suprême du Canada devait décider si la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*<sup>312</sup> du Nouveau-Brunswick, qui permet au juge du procès, à la suite de certaines vérifications procédurales, de condamner

---

(306) *R. c. Herrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 586.

(307) *Idem*, 578.

(308) Voir, par exemple, les arrêts *R. c. MacDonnell*, (1995) 141 N.S.R. (2d) 266 (C.S.), inf. (1996) 47 C.R. (4th) 97 (C.A.), inf. [1997] 1 R.C.S. 305; *R. c. L.(W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091; *Rahey c. R.*, [1987] 1 R.C.S. 588 et *Mills c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 863 qui reconnaissent, expressément ou tacitement, la proximité du droit à un procès instruit dans un délai raisonnable et le droit à un procès juste et équitable, mais qui les distinguent tout de même sans trop de clarté.

(309) Jean PRADEL, «La notion de procès équitable en droit pénal européen», (1996) 27 *R.G.D.* 505, 506.

(310) Pour ne donner que quelques références, la Cour suprême canadienne a adopté une approche semblable à celle qui est illustrée au paragraphe suivant dans les quelques affaires suivantes portant également sur l'équité: *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, 294-95, 300-302 et 317-326 (droit de réplique de l'accusé lors des plaidoiries); *R. c. Terry*, [1996] 1 R.C.S. 207, 218 (admission d'éléments de preuve recueillis à l'étranger); *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, 536 (le droit de récusation motivée des jurés est un élément important du procès équitable); *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, 542-43 (constitutionnalité de l'art. 715(1) C.cr. (dépôt au procès de témoignages antérieurement recueillis)).

(311) [1996] 3 R.C.S. 525.

(312) L.R.N.-B. 1987, c. P-22.1.

par défaut une personne qui n'a pas payé l'amende et ne s'est pas présentée en cour bien que dûment convoquée, violait le droit à un procès équitable. La Cour a répondu par la négative à cette question, concluant ainsi que l'on peut inférer des actes de l'accusé qu'il renonce à la tenue d'un procès équitable<sup>313</sup>. Pourtant, sur les treize pages qui constituent le cœur de la décision, pas une ne traite du contenu de la notion d'équité. Quelques commentaires, glanés principalement à travers la jurisprudence de la Cour suprême du Canada (la doctrine est plutôt pauvre sur le sujet), peuvent néanmoins nous permettre de tracer un cadre général d'analyse. La notion générale d'équité telle que la définit le professeur Jean Pradel précédera l'analyse basée sur l'interprétation de la *Charte*.

## I. La notion d'équité

Le professeur Jean Pradel donne deux sens à la notion d'équité. L'équité strictement entendue est celle qui

[...] requiert que chacune des parties puisse soutenir sa cause [...] dans des conditions qui ne la désavantagent pas, au total du procès, par rapport à la partie adverse. Le mot équité vient du latin *æquus*, égal, équilibré. L'équité inclut en conséquence le respect des droits de la défense, l'égalité des armes, la nécessité du débat contradictoire. La Cour européenne des droits de l'Homme [...] précise que les droits de la défense et l'égalité des armes «sont des éléments de la notion, plus large, du procès équitable»<sup>314</sup>.

Au sens large, le droit à un procès équitable fait référence à la notion générale de bonne justice, qui elle-même est composée d'un certain nombre de droits distincts qui font tous partie du droit canadien: le droit d'être jugé par un tribunal impartial, au terme d'un débat contradictoire, public et instruit dans un délai raisonnable<sup>315</sup>.

---

(313) *R. c. Richard*, [1996] 3 R.C.S. 525, 529-41.

(314) J. PRADEL, *loc.cit.*, note 309, p. 507.

(315) *Ibid.* Le droit d'être jugé par un tribunal impartial au cours d'un débat public et de bénéficier de la présomption d'innocence est prévu à l'al. 11d) de la *Charte*. Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est consacré par l'al. 11b). Le droit à un débat contradictoire n'est pas prévu par la *Charte*, mais la Cour suprême estime qu'il fait partie des principes fondamentaux de notre système juridique: *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, 1133; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 643 (j. McLachlin, diss., mais non sur ce point); *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 971-72.

Bien sûr, l'accusé doit jouir de la présomption d'innocence, sans laquelle on ne peut parler de procès équitable<sup>316</sup>.

La définition au sens large de l'équité ne donne que peu d'éclairage et on peut difficilement l'utiliser pour construire un fondement du droit constitutionnel aux services d'un expert aux frais de l'État. Toutefois, on retrouve dans la «définition» étroite de l'équité deux pistes pour orienter et soutenir la reconnaissance de ce droit. D'entrée de jeu, le professeur Pradel souligne, par la première partie de son analyse, qu'une condition du procès équitable est la présentation d'une thèse efficace par chacune des parties:

[...] l'équité requiert que chacune des parties puisse soutenir sa cause  
[...] dans des conditions qui ne la désavantagent pas au total du  
procès, par rapport à la partie adverse. [...]

Pour l'accusé, cela se traduira par la présentation d'une défense d'une qualité et d'une force équivalente à la présentation de la preuve à charge par la Couronne. La défense doit ici être comprise au sens large; elle couvre donc la possibilité pour l'accusé de contrer efficacement la preuve présentée par la Couronne, notamment par le contre-interrogatoire préparé des témoins de la Couronne, et la présentation de moyens de défense. Bien sûr, les mots de Pradel ne veulent pas dire que l'accusé a droit de soulever à tout coup le doute raisonnable en identifiant les failles de la preuve de la Couronne ou qu'il doit pouvoir présenter une défense solide lorsqu'en fait ses moyens de défense sont faibles ou représentent un simple coup de dés. On en viendrait ainsi à dénaturer le processus de recherche de la vérité pour le transformer en processus de recherche d'un moyen de défense susceptible d'innocenter l'accusé. Or, la recherche de la vérité, à mon sens, doit demeurer centrée sur les événements qui sont à l'origine de l'accusation et non sur les intérêts qu'ont à défendre les différentes parties. C'est pourquoi il faut plutôt comprendre que ce passage signifie que l'accusé doit avoir eu la possibilité de présenter, du mieux qu'il est raisonnablement possible d'espérer, ses moyens de défense. Qu'ils soient faibles n'affecte pas l'équité du procès ni ne mine

---

(316) J. PRADEL, *loc. cit.*, note 309, p. 507.

le processus de recherche de la vérité; c'est probablement pour cette raison que M. Pradel fait référence aux «conditions qui ne la désavantagent pas au total du procès».

Par ce même passage et par les deux références faites à «l'égalité des armes», M. Pradel introduit une deuxième condition de la tenue d'un procès équitable, celle de l'accessibilité des ressources. Pour soutenir sa cause, il faut bien évidemment avoir accès aux ressources, aux «armes», disponibles et pertinentes. On peut interpréter les «conditions» auxquelles fait référence le professeur Pradel comme étant également les ressources dont l'accusé doit disposer pour soutenir sa cause sans subir un désavantage au total du procès. Dans la première partie de l'analyse de la définition étroite, j'écris que le droit de soutenir efficacement sa cause ne donnait pas le droit de présenter des moyens de défense disculpatoires lorsqu'il était impossible de le faire. De même, on ne doit pas prendre au pied de la lettre les conditions et l'égalité des armes pour les transformer en un droit à des ressources peu importe qu'elles soient utilisées frivolement ou non. L'accès aux ressources doit se faire, encore une fois pour ne pas décentrer l'objet de la recherche de la vérité et pour ne pas discréditer le processus judiciaire, dans un cadre qui permette d'éliminer autant que faire se peut les utilisations des ressources qui auraient pour effet de contrecarrer l'objet et la qualité du système de justice criminelle. Cette dernière remarque forme l'objet du chapitre 2 et il ne convient pas de s'y attarder davantage pour l'instant.

En matière scientifique dans le cadre d'une poursuite criminelle, le droit constitutionnel à un expert répond tout à fait aux exigences d'équité telles que les délimite le professeur Pradel. Bénéficiant de ce droit, l'accusé pourra s'adjoindre les services d'un expert qui saura identifier les faiblesses, si elles existent, des éléments de preuve scientifique de la Couronne. L'expert pourra également préparer la présentation d'un moyen de défense à teneur scientifique, qu'il soit présenté directement à l'encontre des éléments de preuve présentés par la Couronne, comme une contre-analyse des échantillons de sang ou de cheveux, par exemple, ou qu'il soit indépendant, c'est-à-dire à l'initiative de la défense, comme la présentation d'une

défense d'aliénation mentale. En termes de qualité et de force, on pourra alors dire que la Couronne et la défense seront, lorsque les besoins de l'accusé auront été satisfaits de façon à ce qu'un procès équitable soit tenu, équivalents.

La seule façon, en matière d'expertise, de remplir totalement la première condition de qualité et de force, est de donner accès à l'accusé aux ressources dont il a besoin. Or, on satisfait du même coup à la deuxième condition, celle de l'accessibilité des ressources. C'est évidemment qu'en matière scientifique elles sont étroitement interreliées, la qualité et la force ne pouvant être atteintes sans l'accès aux ressources. Il apparaît donc que le droit constitutionnel aux services d'un expert, en matière scientifique, peut avoir comme fondement les exigences générales de l'équité. Ce sera d'autant plus vrai après l'analyse de la notion d'équité telle qu'elle se dégage de l'interprétation de la *Charte canadienne*, qui me permettra d'asseoir plus solidement les bases du droit constitutionnel à un expert.



## II. L'équité telle qu'elle se dégage de l'interprétation de la *Charte*

À part la brève mention qu'en fait l'al. 11*d*), la *Charte canadienne* ne définit pas ce qu'est l'équité. D'ailleurs, la *Charte* ne dit même pas que le droit à un procès équitable est celui qui chapeaute tous les autres. C'est l'interprétation des tribunaux qui lui ont donné cette préséance<sup>317</sup> et c'est l'interprétation de l'al. 11*d*) qui nous permet d'en tracer les contours. Avant de me lancer pour de bon dans cette analyse, je dois glisser quelques commentaires sur le par. 24(2) de la *Charte*, dont l'interprétation comporte une certaine notion d'équité.

La jurisprudence relative au par. 24(2)<sup>318</sup> de la *Charte*, dans lequel l'équité occupe une part importante, n'est d'aucun secours pour définir le concept d'équité. On sait que l'art. 24 donne aux tribunaux le pouvoir d'ordonner des mesures de redressement lorsque les droits constitutionnels d'une personne, ici d'un accusé, ont été violés. L'interprétation du par. 24(1)<sup>319</sup> ne contient pas de composante portant sur l'équité; il faut bien sûr démontrer la violation d'un droit constitutionnel<sup>320</sup>, et l'équité en est un, mais il n'y a pas que le non-respect du droit à un procès équitable qui donne ouverture à ce type de réparation constitutionnelle; dans de tels cas, la notion d'équité disparaît du portrait et la jurisprudence sur le sujet devient dénuée d'intérêt pour mon propos.

Le par. 24(2), qui dit en gros que lorsque des éléments de preuve ont été obtenus en violation des droits constitutionnels et que leur admission est susceptible de

---

(317) Voir *supra*, note 305.

(318) Le par. 24(2) est ainsi rédigé: «Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice».

(319) *Charte canadienne*, par. 24(1): «Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances».

(320) Les termes du par. 24(1) sont clairs. Ils exigent la preuve que le justiciable qui demande réparation est une personne qui a été victime d'une violation ou d'une négation de ses droits constitutionnels. Rien de plus.

déconsidérer l'administration de la justice, ils doivent être écartés, ne comporte pas non plus de composante d'équité dans son libellé. Par contre, lorsqu'elle a interprété pour la première fois le critère de la déconsidération de l'administration de la justice, la Cour suprême a élaboré trois groupes de facteurs<sup>321</sup> dont le premier porte sur l'équité; il mesure l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès, tandis que le second évalue la gravité de l'atteinte aux droits et le troisième les conséquences de l'exclusion de la preuve<sup>322</sup>. Malheureusement, dans tous les arrêts consultés sur la question, la Cour suprême est avare de commentaires sur le contenu de la notion d'équité. Elle résoud le problème en examinant plutôt la nature de la preuve obtenue et la nature du droit atteint pour déterminer l'effet de l'admission des éléments de preuve sur l'équité du procès. Cependant, l'éclairage jeté sur la notion d'équité reste faible.

C'est pourquoi je ne reprends pas, dans mon analyse, la jurisprudence qui a interprété le par. 24(2). Une seconde raison justifie ce choix. L'analyse du par. 24(2) est centrée sur la violation d'un droit constitutionnel qui a permis l'obtention d'éléments de preuve. Dans le cadre du par. 24(2), la preuve d'expert ne sera soumise à cette même évaluation que dans la mesure où ce qui forme la base factuelle de l'opinion de l'expert (des échantillons de sang, des paroles de l'accusé, etc.) a été obtenu illégalement. Autrement, lorsque la preuve est présentée et que les contestations sur l'obtention des éléments de preuve factuels ont été résolues, le débat constitutionnel se transforme; la preuve d'expert ne peut alors être obtenue illégalement. Les droits de l'accusé ne seront violés que lorsqu'il n'aura pu répliquer adéquatement à la preuve d'expert de la Couronne ou qu'il n'aura pu présenter efficacement ses moyens de défense. Cette analyse ne s'apparente plus à celle du par. 24(2) et, pour les fins de ce mémoire, demeure centrée sur l'al. 11d) de la *Charte*.

Les allégations de violation du droit à un procès juste et équitable, comme toute

---

(321) *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, 284 et s.

(322) *Ibid.*

violation alléguée de la *Charte*, ne doivent pas reposer sur de pures spéculations<sup>323</sup>. L'équité et les principes de justice fondamentale ne sont pas absolus ou immuables; leur contenu peut varier en fonction du contexte dans lequel ils sont invoqués<sup>324</sup>. Il faut donc procéder à une étude cas par cas et tenir compte de tous les facteurs pertinents<sup>325</sup>, c'est-à-dire à l'objet de la *Charte* elle-même, le libellé de la disposition pertinente, l'origine historique des concepts qu'elle contient et la définition et les objectifs d'autres droits associés, s'il y a lieu<sup>326</sup>. La *Charte* doit être interprétée largement et libéralement dans son contexte linguistique, philosophique et historique propre<sup>327</sup>.

Le processus pénal équitable sera celui qui est orienté vers la recherche et la découverte de la vérité<sup>328</sup> et qui permet au juge des faits de rendre une décision équitable<sup>329</sup>. L'équité doit également avoir pour effet d'assurer à l'accusé la présentation d'une défense pleine et entière ou de mettre en place les moyens qui lui permettront de la constituer<sup>330</sup>. Le droit à un procès équitable garantit en outre que l'intégrité du système judiciaire sera toujours une préoccupation primordiale des tribunaux<sup>331</sup>. Il revient d'ailleurs au juge du procès de garantir l'équité du procès<sup>332</sup>.

---

**(323)** *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Enquête Westray)*, [1995] 1 R.C.S. 97, 114 et 123; *Dagenais c. SRC*, [1994] 3 R.C.S. 835, 879; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985, 992, qui fait référence à *Operation Dismantle inc. c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441.

**(324)** *États-Unis c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, 515-16; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 573 et 587, se basant sur *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, 361; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 700 (j. L'Heureux-Dubé, diss. en partie quant au résultat); *R. c. L.(W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091, 1100; *Singh c. MEI*, [1985] 1 R.C.S. 177, 213.

**(325)** *R. c. Hardy*, (1991) 69 C.C.C. (3d) 190, 191 (C.A.Alb.).

**(326)** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 344.

**(327)** *Ibid.*

**(328)** *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482, 498-99: «Un procès, plus particulièrement un procès criminel, doit se dérouler conformément aux règles d'équité de façon à garantir la protection de la personne accusée. Toutefois, les règles ne devraient pas aller jusqu'à priver le juge des faits d'éléments de preuve importants, susceptibles d'être utiles à la solution d'un élément essentiel du litige». Ce passage est cité avec approbation par la juge McLachlin, dissidente, dans *R. c. G.(S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716, 755. Voir aussi *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 609.

**(329)** *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, 486.

**(330)** *Rahey c. R.*, [1987] 1 R.C.S. 588, 646-47; *Singh c. MEI*, [1985] 1 R.C.S. 177, 214.

**(331)** Charles BROCHU et autres, *La Charte canadienne des droits et libertés commentée et annotée*, Farnham, CCH/FM, ¶64-435, s'appuyant sur les motifs du juge Lamer dans l'arrêt *Mills c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 833.

**(332)** *R. c. Swietlinski*, [1994] 3 R.C.S. 481, 501; *R. c. L.(D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 461; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, 532; *R. c. Darlyn*, (1946) 88 C.C.C. 269, 277 (C.A.C.-B.); P.K. McWILLIAMS,

La définition de l'équité doit établir un juste équilibre entre les intérêts de l'accusé et l'intérêt de l'État à assurer la tenue d'un procès juste et équitable pour toutes les parties et pas seulement pour l'accusé<sup>333</sup>, bien que l'art. 11 dans son entier ne reconnaisse des droits qu'à l'accusé<sup>334</sup> par l'utilisation de l'expression «Tout inculpé a le droit [...]». Dans certaines circonstances, le droit des tiers à la liberté d'expression peut entrer en conflit avec le droit de l'accusé à un procès juste et équitable; il faut alors pondérer les intérêts en cause de la même façon<sup>335</sup>. Cette démarche doit être entreprise lors de l'élaboration de tout droit dont bénéficierait l'accusé<sup>336</sup> et de tout droit constitutionnel en général<sup>337</sup>.

L'accusé ne jouira donc pas des procédures les plus favorables imaginables<sup>338</sup>, mais on ne peut refuser ou compromettre l'exercice du droit à un procès juste et équitable<sup>339</sup>. En somme, le procès équitable «est celui qui répond à l'intérêt qu'a le public à connaître la vérité, tout en préservant l'équité fondamentale en matière de procédure pour

---

*op. cit.*, note 286, p. 1-2: «The trial judge has an important duty to see that the scales of justice are evenly balanced».

**(333)** *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 480; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 573 et 587; *Dagenais c. SRC*, [1994] 3 R.C.S. 835, 879 et 920 (j. Gonthier, diss., mais non sur ce point); *R. c. L.(D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 446 et 453; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, 690-91 et 745.

**(334)** *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, 745.

**(335)** Ce conflit est à la base de la décision de la Cour suprême canadienne dans *Dagenais c. SRC*, [1994] 3 R.C.S. 835, 855 et s., en partic. 877, mais aurait très bien pu mettre en présence d'autres droits, comme celui des victimes à la vie privée: *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 480; *R. c. E.(A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155, 198.

**(336)** *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 700 (j. L'Heureux-Dubé, diss. en partie mais non sur ce point).

**(337)** *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, 1133; *Law Society of Upper Canada c. Shapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, 366-67, notamment. L'opinion divergente du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Swain*, qui préconise plutôt une évaluation des intérêts de la société dans le cadre de l'article premier de la *Charte* et qui soutient que les garanties juridiques ont été énoncées au seul profit des particuliers (lire l'accusé), apparaît, malgré une certaine justesse, somme toute isolée: *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 977. Il reprend l'opinion qu'il avait déjà exprimée dans *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, 1247-48, au sujet de la démarche à suivre dans l'analyse de l'al. 11b) de la *Charte* (droit à la tenue d'un procès dans un délai raisonnable).

**(338)** L'énoncé de la règle est constant depuis l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, 362. Voir *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, 412; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 425, 539; *Dehghani c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 1053, 1077; *R. c. L.(D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 454; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, 492; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, 774; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, 293; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 573 et 587; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 480 et 517; *États-Unis c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, 516; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, 294 et 317.

**(339)** *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 585.

l'accusé»<sup>340</sup>. Plus précisément, on pourrait schématiser les principes à retenir de la façon suivante, tout résumé étant néanmoins un pauvre reflet de la diversité des éléments qui forment le corpus d'une notion:

- [...] le droit à un procès équitable garanti à l'accusé:
1. Le droit à une défense pleine et entière et le droit de se constituer une telle défense;
  2. Le droit aux garanties fondamentales en matière de preuve et de procédure;
  3. Le droit à l'intégrité du processus judiciaire et le droit de faire réviser l'abus de procédures<sup>341</sup>.

Tous ces éléments glanés d'un arrêt à l'autre ne donnent que les grandes lignes de l'orientation que doivent suivre les tribunaux lorsqu'ils se prononcent sur la notion d'équité. Ces directives sont censées permettre de résoudre la plupart des questions que peut poser l'application pratique du droit à un procès équitable. Elles sont donc, par leur généralité, également applicables au droit de la preuve, qui intéresse mon propos plus particulièrement. Sur la base du droit à un procès équitable, on le verra dans les lignes qui suivent, les tribunaux, principalement la Cour suprême, ont passablement chamboulé en les libéralisant les règles rigides et anciennes qui formaient le corpus du droit de la preuve avant l'adoption de la *Charte*.

Les tribunaux tendent maintenant à admettre les éléments de preuve pertinents et probants et laisser au juge des faits la tâche de les apprécier comme éléments de l'ensemble de la preuve. La juge L'Heureux-Dubé résume et explique cette attitude ainsi:

Dans ce domaine [le droit de la preuve], la tendance actuelle est d'admettre la preuve pertinente et probante et de laisser au juge des faits le soin de l'apprécier afin d'arriver à un résultat qui soit juste. La meilleure façon d'y parvenir est de disposer de toutes les informations pertinentes et probantes, [à moins que des «considéra-

---

**(340)** *R. c. Herrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 587. D'ailleurs, l'objectif de recherche de la vérité ressort du principe fondamental de pertinence qui est à la base des règles d'admissibilité de la preuve: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 608-09.

**(341)** C. BROCHU, *op.cit.*, note 331, ¶64-435.

tions impérieuses de politique générale n'en commande l'exclusion<sup>342</sup>.] Il semblerait contraire aux arrêts de notre Cour (*Seaboyer* et *B. (K.G.)*, précités) de refuser une preuve disponible grâce au progrès technologique, tel l'enregistrement magnétoscopique, et qui est susceptible de contribuer à la recherche de la vérité<sup>343</sup>.

[...]

De plus, la Cour, dans une véritable tentative de revenir au but fondamental de la recherche de la vérité, a cherché récemment à éliminer d'autres obstacles entravant ce processus<sup>344</sup>.

D'ailleurs, «[l]e principe de la pertinence contribue à assurer un procès équitable dans le cadre duquel justice est rendue»<sup>345</sup>; la pertinence et les autres règles d'admissibilité de la preuve ont grandement déterminé le contenu de la notion d'équité<sup>346</sup>.

Il ne faut toutefois pas croire que les portes sont grandes ouvertes à l'admission en preuve de tout élément susceptible d'être pertinent, qui contribue à la découverte de la vérité ou qui peut être obtenu grâce aux progrès technologiques. La juge L'Heureux-Dubé dans les extraits précités<sup>347</sup> joint toujours la valeur probante à la pertinence; c'est qu'il existe une règle qui octroie au juge du procès possède le pouvoir discrétionnaire, complémentaire à l'al. 11d) et qui sert de contrepoids à l'attitude libérale des tribunaux en matière d'admissibilité de la preuve, d'exclure les éléments de preuve dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur probante<sup>348</sup>. Ce pouvoir

---

**(342)** *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 462; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 609.

**(343)** *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 454-55. Voir aussi *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 621.

**(344)** *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 455. L'arrêt *R. c. Buric*, (1996) 106 C.C.C. (3d) 97, 115 (C.A.Ont.), motifs du juge Labrosse conf. [1997] 1 R.C.S. 535, 536, mentionne les exemples des faits similaires (*R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697 et *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763) et du ouï-dire (*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531), entre autres. Voir également, sur l'objectif de recherche de la vérité mis en relation avec les exigences de l'équité, *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, 487; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 455; *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482, 498-99 et *supra*, note 328.

**(345)** *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, 744.

**(346)** *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 697 (j. L'Heureux-Dubé, diss. en partie, mais non sur ce point).

**(347)** *Supra*, notes 343 et 344.

**(348)** *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 578 et 585-86; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 461. Il en est de même des condamnations antérieures qui, mises en preuve en vertu de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui mineraient le droit à un procès juste et équitable: *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, 692 et 696-97.

discrétionnaire est destiné à préserver l'équité du procès<sup>349</sup> ou, en d'autres termes, à maintenir l'équilibre dont il a déjà été question dans les paragraphes précédents. C'est pourquoi il a été élevé au rang d'exigence constitutionnelle<sup>350</sup>. En fait, les nouvelles règles ne font que reprendre dans un contexte constitutionnel la règle traditionnelle d'admissibilité de la preuve: le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'écarter toute preuve sans valeur probante ou dont la valeur probante est moins importante que le préjudice qui peut être causé à l'accusé<sup>351</sup>. Sur cette base, le juge des faits peut écarter une preuve logiquement pertinente<sup>352</sup>.

Rien ne préserve les règles d'admissibilité de la preuve d'expert d'une attitude aussi libérale. Dans la mesure, pour reprendre le passage précité de l'arrêt *L. (D.O.)*<sup>353</sup>, où la preuve d'expert que l'une des parties tente de présenter est pertinente et probante et qu'elle permet au juge des faits d'en arriver à un résultat plus juste parce qu'il dispose de toutes les informations pertinentes (en d'autres termes parce que cette preuve peut potentiellement contribuer à la découverte de la vérité), les règles d'exclusion traditionnelles et tout obstacle à l'admission en preuve d'éléments de preuve scientifiques, même jusqu'à un certain point controversé, sont appelées également à tomber. Il est donc possible que cette libéralisation des critères touche, principalement pour des motifs d'équité, les éléments de preuve qui peuvent faire l'objet d'expertises et qui étaient jusqu'à maintenant considérés intrinsèquement inadmissibles. Le développement technologique et, j'ajouterais, des connaissances scientifiques, auquel fait allusion la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *L. (D.O.)*<sup>354</sup> ne fera qu'alimenter les arguments en faveur de l'admission et de la modernisation des règles.

La preuve de propension est un exemple d'une règle d'exclusion dont l'application,

---

(349) *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 461.

(350) *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 585-86, faisant référence à *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, 439-40. Ce dernier arrêt traitait l'art. 8 de la *Charte*. Voir également *Kourtessis c. MRN*, [1993] 2 R.C.S. 53, 117, qui sur ce point conclut de la même façon que l'arrêt *Baron*.

(351) *Morris c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 190, 198 (j. Lamer, diss. sur une autre question).

(352) *Idem*, 201.

(353) *Supra*, note 343 et 344.

(354) *Ibid.*



pour des motifs constitutionnels, pourrait s'assouplir. La preuve de propension a pour objet de démontrer qu'en raison «de sa constitution mentale ou de son état mental, l'accusé serait incapable de commettre le crime ou ne pourrait être prédisposé à le commettre»<sup>355</sup> et est généralement présentée par un expert.

De tout temps, ce moyen de preuve, sauf exceptions, a fait l'objet d'une exclusion systématique<sup>356</sup>. On jugeait que la preuve qui tendait à démontrer que l'accusé avait ou n'avait pas, tout dépendant de qui présentait cet élément de preuve, le *profil* du criminel type pour un crime donné, était en soi peu fiable et son effet préjudiciable sur la décision à prendre était beaucoup plus grand que sa valeur probante. Il est néanmoins possible de présenter une preuve de propension qui n'aurait pas comme objectif de démontrer la prédisposition. Les tribunaux ont développé des règles d'admissibilité, différentes selon l'identité de la partie qui souhaite présenter un tel élément de preuve, qui encadrent de façon serrée sa présentation.

Si l'accusé ne met pas sa moralité en jeu, la preuve de propension ne peut être présentée par le ministère public «que si elle est pertinente et n'est pas utilisée comme simple preuve de la prédisposition»<sup>357</sup>. La preuve de propension sera pertinente si elle tend à démontrer que l'accusé et l'auteur du crime présentent tous deux une caractéristique comportementale distinctive<sup>358</sup>, mais ne le sera pas si elle sert à affirmer que l'accusé appartient, tout comme l'auteur du crime, à un groupe spécifique dont les membres présentent des caractéristiques comportementales distinctives et inhabituelles<sup>359</sup>, comme les abuseurs. En somme, la preuve de propension présentée par la Couronne doit ressembler à une preuve d'identification; elle doit identifier clairement l'auteur du crime<sup>360</sup> et, à l'aide de cette caractéristique comportementale,

---

(355) *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 27.

(356) *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 27; *Morris c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 190, 201 (j. Lamer, diss. mais non sur ce point).

(357) *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 26, s'appuyant sur *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

(358) *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, 371.

(359) *Ibid.*

(360) Dans l'arrêt *Morin*, *ibid.*, la Cour fait référence à une «étiquette», une «marque qui identifie l'auteur du crime». L'analogie est frappante avec les empreintes digitales ou l'analyse du code génétique,

à l'homosexualité<sup>367</sup>, a jugé cette preuve admissible<sup>368</sup> même si elle amène le témoin expert à se prononcer sur la prédisposition d'une personne à commettre l'infraction alléguée<sup>369</sup>.

La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *MacMillan*<sup>370</sup>, rendu en 1975, a, de l'avis du juge Sopinka dans l'arrêt *Mohan*<sup>371</sup>, élargi quelque peu la portée de l'arrêt *Lupien*. Il faut toutefois noter qu'il ne s'agit pas d'une nouvelle exception; en fait, à cause de son étroite interrelation avec l'arrêt *Lupien*, on doit plutôt la qualifier de précision, une nuance de la règle d'exception créée par la Cour suprême dans l'arrêt *Lupien*. On a jugé que la preuve de propension, présentée par un psychiatre, qui tendrait à démontrer la probabilité que l'accusé ou une autre personne ait commis le crime est admissible, dans la mesure où l'accusé présente des caractéristiques «anormales», si elle est pertinente, qu'elle n'est pas exclue par une règle de principe et qu'elle entre dans le domaine de la preuve d'expert<sup>372</sup>. En somme, si l'accusé peut être catégorisé «anormal», il pourra présenter une preuve de propension qui serait, dans ce cadre, admissible<sup>373</sup>.

L'exception de l'arrêt *Lupien* a été appliquée restrictivement 15 ans plus tard dans l'arrêt *Mohan*<sup>374</sup>, maintenant la décision clef en matière d'admissibilité de la preuve d'expert. Pédiatre accusé d'agression sexuelle sur quatre de ses patientes mineures<sup>375</sup>, Mohan désirait présenter le témoignage d'un psychiatre qui affirmerait que «l'auteur des infractions alléguées appartenait à un groupe limité et inhabituel d'individus et

---

(367) *Idem*, 278.

(368) *Ibid.* Dans la mesure bien sûr où cette preuve est pertinente.

(369) *Ibid.*

(370) *R. c. MacMillan*, (1975) 23 C.C.C. (2d) 160 (C.A.Ont.), conf. [1977] 2 R.C.S. 824.

(371) [1994] 2 R.C.S. 9, 30.

(372) *R. c. MacMillan*, (1975) 23 C.C.C. (2d) 160, 173-75 (C.A.Ont.).

(373) C'est cette exception qui était au cœur de l'arrêt *Mohan*; l'accusé plaidait qu'un médecin qui abuserait de ses patientes serait une personne présentant des caractéristiques anormales qu'il ne possédait pas. Il voulait que soit admis en preuve le témoignage d'un psychiatre à cet effet. La Cour a refusé de se ranger à son avis: *R. c. Mohan*. [1994] 2 R.C.S. 9, 38.

(374) *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9.

(375) *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 13-14.

que [Mohan] ne faisait pas partie de cette catégorie restreinte parce qu'il n'en possédait pas les caractéristiques propres<sup>376</sup>. Le juge du procès a, lors du voir-dire, jugé la preuve inadmissible<sup>377</sup>, notamment parce que la prétention du psychiatre ne reposait sur aucune étude scientifique portant sur le profil psychiatrique des médecins abuseurs<sup>378</sup>. Déclaré coupable au procès, l'affaire s'est rendue en Cour suprême<sup>379</sup>; le seul objet du pourvoi était de déterminer dans quelles circonstances la preuve d'expert qui tend à démontrer que l'accusé ne présente pas le profil psychologique du présumé agresseur est admissible<sup>380</sup>.

Dans l'arrêt *Mohan*, la Cour n'avait pas à baliser la relation qui existe entre les règles d'admissibilité du témoignage d'expert et particulièrement les règles traditionnelles d'exclusion et les droits fondamentaux tout simplement parce que la question ne se posait pas. Mohan n'alléguait pas la violation d'un droit constitutionnel causée par le refus d'admettre la preuve de propension. L'incidence de l'équité ou d'autres droits constitutionnels sur l'admissibilité de la preuve n'était pas en litige et n'a donc pas fait l'objet de commentaires de la Cour. Pourtant, il n'est pas dit que cette règle traditionnelle s'appliquera toujours et avec autant d'étanchéité.

Il est possible que la libéralisation des règles d'admissibilité dans un cas donné soit due tant à des motifs constitutionnels qu'aux percées scientifiques et au développement des connaissances. On pourrait, par exemple, décider qu'une règle d'exclusion, comme celle de la preuve de propension, est toujours applicable, mais que son application dans une situation donnée rendrait le procès inéquitable. Dans ce cas, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès pourrait s'exercer et rendre la preuve admissible. Cette approche s'inscrit en droite ligne des préceptes libéraux qu'a explicitement énoncés la Cour, notamment dans le court extrait précité des motifs de la juge

---

(376) *Idem*, 14.

(377) *Ibid.*

(378) *Idem*, 17.

(379) *Idem*, 14.

(380) *Idem*, 13. La Cour a jugé que la preuve d'expert que voulait présenter Mohan était inadmissible parce qu'il ne faisait pas partie d'un groupe de personnes présentant des caractéristiques anormales facilement identifiables: *idem*, 38.

L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *L. (D.O.)*<sup>381</sup>. La preuve serait alors soumise à une analyse pragmatique; on cherchera donc, ultimement, à déterminer non pas si un élément de preuve qui repose sur une théorie *x* est fiable en lui-même, mais si l'évaluation ou l'expertise qui a été complétée dans le dossier qui est soumis à l'examen du tribunal a une valeur probante suffisante pour s'inscrire dans le lot des éléments de preuve sur lesquels le juge des faits assoira sa conclusion. Seuls les éléments de preuve sans valeur probante<sup>382</sup> ou qui manifestement, s'ils étaient admis, compromettraient le déroulement d'un procès juste et équitable<sup>383</sup>, seront exclus au stade de l'admissibilité. Il faut, bien sûr, rencontrer toutes les autres exigences en matière d'admissibilité de la preuve; en cas de doute, il y a tout lieu de penser que la question sera soumise au juge des faits et laissée à son appréciation. Par contre, une fois cette démonstration préliminaire terminée, les éléments de preuve scientifiques devront passer l'épreuve plus rude de la valeur probante. Cette détermination relève du juge des faits.

On peut sans craindre de se tromper prédire que les éléments de preuve scientifiques habituellement exclus bénéficieront tour à tour de cette libéralisation, notamment lorsque les avancées techniques et scientifiques et les études sérieuses permettront de combler les lacunes qui leur sont reprochées. En rendant admissible, cette fois pour des motifs autres que constitutionnels, ce qui traditionnellement ne l'était pas, on assujettit un élément de preuve aux mêmes règles d'admissibilité que tous les autres éléments de preuve.

Que les règles d'exclusion soient appelées à tomber, soit; de tout façon, cette tendance ne peut que favoriser la présentation par l'accusé d'éléments de preuve qui autrement auraient été écartés. Que les juges, concentrant l'équité du procès dans la perspective plus large de la recherche de la vérité, soient plus enclins à ce que des éléments de preuve soient entendus malgré la possible controverse juridico-scientifique

---

(381) Précité, notes 343 et 344.

(382) *R. c. Buric*, (1996) 106 C.C.C. (3d) 97, 114 (C.A.Ont.), s'appuyant sur les arrêts *Mohan* et *Harrer*. Cette affirmation est logique avec l'existence du pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'exclure toute preuve dont la valeur probante est moins grande que son effet préjudiciable.

(383) *Idem*, 116.

qu'ils suscitent fait partie de l'évolution prévisible de l'interrelation grandissante entre la science et le droit criminel. Il serait quasiment hérétique d'affirmer que le droit criminel doit demeurer cloisonné de la science et qu'il doit opérer sans elle. La société, en se donnant le droit de punir, doit se donner les moyens de ne punir que les coupables et elle a tout intérêt à mettre à profit les avancées techniques, technologiques et scientifiques dont elle peut disposer. Mais l'accusé, inévitablement, fera face à une inégalité ou une absence de moyens.

C'est ici que le droit à un procès juste et équitable prend son sens le plus moderne. L'inégalité de moyens mettra l'accusé en opposition avec le ministère public, qui, fort des règles d'exclusion désavouées ou fortement nuancées, pourra faire témoigner des experts dans une pléthore de domaines scientifiques pour prouver la culpabilité de l'accusé. Ce même accusé, dans le plein exercice des droits que lui confère la *Charte*, voudra réfuter ou nuancer les éléments de preuve à charge ou encore, on le verra plus en détails dans le paragraphe suivant, présenter ses propres éléments disculpatoires, même en l'absence d'une preuve semblable ou reliée par la Couronne. Dans certains cas, cela voudra également dire qu'il faudra à l'accusé abattre toutes sortes de croyances. Dans le cas de l'ADN, par exemple, le préjugé de fiabilité absolue des analyses comparatives d'échantillons et une foule d'autres mythes qui se sont développés et transmis sans critique tant parmi les profanes que les membres de la communauté juridique devront être combattus avant d'espérer miner la crédibilité des témoins de la Couronne et des éléments de preuve qu'elle a présentés. D'ailleurs, la juge L'Heureux-Dubé n'écrit-elle pas, dans le contexte de la divulgation du dossier médical de la victime en possession d'un tiers, qu'«un élément important de l'équité du procès est la nécessité de supprimer les croyances et préjugés discriminatoires du processus d'application de faits»<sup>384</sup>? L'accusé pourra pour ce faire utiliser le contre-interrogatoire ou présenter un témoin indépendant. Quelque soit le moyen utilisé,

---

(384) *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 481. Elle aurait également pu faire référence à l'importance déterminante de la preuve présentée par l'accusée dans *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, et qui a amené la Cour à reconnaître la validité du syndrome de la femme battue comme élément du moyen de défense de légitime défense. Voir *infra*, note 385 et s.

lorsqu'il fait partie d'une des catégories d'accusés dont j'ai énoncé les grandes lignes en Introduction, l'accusé devra avoir accès à des experts qui l'aideront à préparer le contre-interrogatoire et la présentation d'une preuve indépendante. L'État devra donc, puisqu'il a intérêt tout autant que l'accusé à la tenue d'un procès juste et équitable, mettre en place une structure d'accès aux experts. À défaut, l'accusé pourrait, en déposant une requête pour des motifs d'équité constitutionnelle, forcer l'État à les lui fournir.

Encore, la présentation par la Couronne d'éléments de preuve scientifiques n'est qu'une face de la médaille. L'équité du procès, ou pour reprendre les termes de Pradel, l'égalité des armes, veut que la défense comme la Couronne puisse utiliser tous les moyens qui peuvent être raisonnablement mis à sa disposition pour faire sa preuve. Cela ne veut pas dire que les ressources doivent être absolument identiques, ni que la Couronne emploiera inévitablement, dans tous les cas importants, des éléments de preuve scientifiques. Cela ne veut pas dire non plus qu'en l'absence de recours par la Couronne à la preuve scientifique, l'accusé ne doit pas avoir les moyens de présenter le témoignage d'un expert ou soumettre au tribunal les résultats d'examen ou d'études, comme une évaluation psychiatrique ou des rapports balistiques. Autrement, on restreindrait les options de la défense aux options du procureur de la Couronne et on enlèverait toute indépendance à la défense. Cette restriction est tout à fait incompatible avec les règles d'un système de justice criminelle contradictoire. Dans un tel contexte, un cas comme celui de l'arrêt *Lavallée*<sup>385</sup> aurait inéluctablement mené à un prononcé de culpabilité.

Dans cet arrêt, deux questions étaient posées. La première touchait la suffisance des directives sur la preuve d'expert données au jury par le juge du procès; la deuxième était de savoir si cette même preuve pouvait être utilisée pour présenter un plaidoyer de légitime défense<sup>386</sup> basé sur le syndrome de la femme battue à l'encontre d'une

---

(385) [1990] 1 R.C.S. 852.

(386) *Code criminel*, art. 34.

accusation de meurtre<sup>387</sup>.

D'après la juge Wilson, qui écrit l'opinion majoritaire (le juge Sopinka rend des motifs concordants), la preuve de brutalisation de la part du conjoint de fait à l'endroit de Madame Lavallée était abondante<sup>388</sup>. C'est pendant une autre de ces altercations que l'accusée a tué son conjoint d'un coup de carabine. Un psychiatre spécialisé dans le traitement des femmes battues a expliqué au procès qu'elle

avait été terrorisée par Rust [son conjoint] à un point tel qu'elle se sentait piégée, vulnérable, bonne à rien et incapable de s'échapper malgré la violence de la situation. En même temps, les mauvais traitements systématiques et continus mettaient sa vie en danger. Selon le D<sup>r</sup> Shane [le psychiatre qui a témoigné], quand l'appelante a tiré sur Rust, c'était l'ultime acte désespéré d'une femme qui croyait sincèrement qu'elle serait tuée cette nuit-là<sup>389</sup>.

La juge Wilson insiste sur l'importance de la preuve d'expert présentée à ce procès dans deux sections de ses motifs: d'abord, lorsqu'elle aborde la question de l'admissibilité du témoignage du D<sup>r</sup> Shane<sup>390</sup>; ensuite, lors de l'examen des éléments constitutifs de la légitime défense<sup>391</sup>.

Les arguments qu'utilise la juge Wilson pour démontrer l'impossibilité pour la personne moyenne d'évaluer correctement le comportement de l'accusée dans de telles circonstances auraient pu être utilisés du même souffle pour soutenir la création ou la reconnaissance du droit aux services d'un expert pour l'accusée qui se serait retrouvée dans la même situation que Madame Lavallée, mais qui n'aurait pas eu les moyens de retenir les services d'un psychiatre. Son plaidoyer est fort et il serait à-propos d'en citer un large extrait:

---

**(387)** *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, 856.

**(388)** *Idem*, 857 et 871.

**(389)** *Idem*, 859.

**(390)** Le ministère public plaidait en substance que les juges et jurys connaissant à fond la nature humaine, la question de savoir si une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances que l'accusée agirait de la même façon pouvait être tranchée sans l'aide d'un expert et que la preuve de brutalité et du meurtre à la carabine étaient les seuls faits dont le jury avait besoin pour rendre une décision: *idem*, 871. La juge «rejette sans hésitation l'argument du ministère public»: *ibid.*

**(391)** *Idem*, 873 et s.



Une preuve d'expert relative à l'effet psychologique que peut avoir la violence sur les épouses et les conjoints de fait doit, me semble-t-il, être à la fois pertinente et nécessaire dans le contexte du présent litige. En effet, comment peut-on juger de l'état mental de l'appelante sans cette preuve? On peut pardonner au citoyen (ou au juré) moyen s'il se demande: Pourquoi une femme supporterait-elle ce genre de traitement? Pourquoi continuerait-elle à vivre avec un tel homme? Comment pouvait-elle aimer quelqu'un qui la battait tellement qu'elle devait être hospitalisée? On s'attendrait à ce que la femme plie bagage et s'en aille. N'a-t-elle aucun respect de soi? Pourquoi ne part-elle pas refaire sa vie? Telle serait la réaction de la personne moyenne devant ce qu'il est convenu d'appeler le [TRADUCTION] «syndrome de la femme battue». Nous avons besoin d'aide pour le comprendre et cette aide, nous pouvons l'obtenir d'experts compétents en la matière<sup>392</sup>.

[...]

Toutefois, une femme qui allègue devant un juge ou un jury avoir été battue, et qui fait valoir cela comme facteur pertinent à prendre en considération dans l'appréciation d'actes ultérieurs, risque toujours la condamnation en raison de la mythologie populaire relative à la violence domestique: Elle était certainement moins gravement battue qu'elle le prétend, sinon elle aurait quitté cet homme depuis longtemps. Ou, si elle était si sévèrement battue, elle devait rester par pur plaisir masochiste<sup>393</sup>.

Le témoignage de l'expert peut également servir à repousser les présomptions juridiques qui découlent de l'application de l'art. 34 C.cr.<sup>394</sup> Le par. 34(1) limite l'emploi de la force à celle qui est nécessaire pour repousser une attaque ou toute attaque subséquente, de même qu'on ne doit pas utiliser la force pour empêcher une attaque dont on ne sait si elle se concrétisera<sup>395</sup>. Selon la juge Wilson, le témoignage de l'expert prend toute son importance dans le cas du syndrome de la femme battue car

---

**(392)** *Idem*, 871.

**(393)** *Idem*, 872-73.

**(394)** «34. (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à employer la force qui est nécessaire pour repousser l'attaque si, en ce faisant, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves.

(2) Quiconque est illégalement attaqué et cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque est justifié si:

- a) d'une part, il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein;
- b) d'autre part, il croit, pour des motifs raisonnables, qu'il ne peut autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.»

**(395)** *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, 877, citant *R. c. Whynot*, (1983) 9 C.C.C. (3d) 449, 464 (C.A.N.-É.).

Il ressort implicitement du raisonnement de la cour [dans l'arrêt *Whynot*] qu'il est fondamentalement déraisonnable d'appréhender la mort ou une lésion corporelle grave tant que l'agression n'est pas réellement en cours et, à ce moment-là, doit-on supposer, la victime est en mesure d'apprécier le degré de force requise pour repousser l'attaque et d'agir en conséquence. Selon moi, un témoignage d'expert peut mettre en doute ces présomptions lorsqu'elles sont appliquées dans le contexte des tentatives d'une femme battue de repousser une agression<sup>396</sup>.

Il ressort clairement de ces explications que le syndrome de la femme battue est une notion compliquée; même si dans ces extraits on n'entre pas dans les détails, les explications d'un expert sont nécessaires pour comprendre les mécanismes et les étapes par lesquels une femme peut devenir psychologiquement incapable de mettre fin à une relation destructrice autrement que par l'homicide. Elles sont non seulement vitales à la compréhension, mais aussi, si l'on se place du côté de l'avocat de la défense qui soutient le moyen de légitime défense pour cause de syndrome de la femme battue, essentielles s'il espère avoir une chance raisonnable de convaincre le jury de sa vraisemblance. On voit difficilement comment, sans expert, on peut espérer un acquittement, particulièrement lorsque la preuve doit défaire les préjugés de la personne moyenne. À peu de choses près, on pourrait commenter pareillement la présentation d'une contre-preuve d'ADN ou toute une panoplie d'éléments de preuve scientifique.

C'est l'absence d'expert faute de moyens financiers dans ce type de situation que le droit aux services d'un expert en droit criminel pallierait. Des circonstances telles que celles de l'arrêt *Lavallée* sont survenues et surgiront toujours. Certaines condamnations étaient certainement, au vu des connaissances actuelles, erronées. Peut-être même a-t-on condamné des personnes qui auraient pu être acquittées si elles avaient pu faire témoigner un expert. Il ne s'agit cependant pas de refaire les procès dans lesquels une preuve scientifique est intervenue ou aurait pu l'être; il s'agit seulement, dans le respect des principes qui régissent les droits constitutionnel et criminel canadiens, de ne punir que les coupables (ou que les personnes qui doivent

---

(396) *Idem*, 877.

être condamnées) en leur garantissant notamment la tenue d'un procès juste et équitable. Le droit aux services d'un expert ne garantirait pas le respect absolu de ces principes, mais un procès qui leur serait conforme compte tenu des circonstances, de l'état des connaissances au moment de son déroulement et d'une foule d'autres facteurs qui influencent l'issue d'une poursuite criminelle.

Je crois cependant qu'il est important de rappeler, dans le contexte du droit à l'expert, les propos tenus maintes fois par les tribunaux dans les décisions qui portent sur l'équité: la création du droit à l'expert, prenant sa source dans le droit à la tenue d'un procès équitable, n'a pas pour objet de donner à l'accusé de meilleures chances ou les meilleures possibles d'obtenir un acquittement<sup>397</sup>. Il faut plutôt retenir l'explication de la définition de Pradel qui, en faisant référence à l'«égalité des armes», peut poser comme condition du respect du droit à la tenue d'un procès équitable l'accessibilité aux ressources<sup>398</sup>. Pour soutenir sa cause, il faut bien évidemment avoir accès aux ressources, aux «armes», disponibles et pertinentes. On peut interpréter les «conditions» auxquelles fait référence le professeur Pradel comme étant également les ressources dont l'accusé doit disposer pour soutenir sa cause sans subir un désavantage au total du procès. L'interprétation que donneraient les tribunaux de l'expression «total du procès» serait certainement semblable à celle du procès équitable: l'accusé ne bénéficiera pas des procédures les plus favorables imaginables<sup>399</sup>. En invoquant ce droit, l'accusé ne peut forcer la présentation d'un élément de preuve qui dénaturerait ou entraverait l'appréciation des faits ni même qui potentiellement donnerait lieu à un acquittement, puisque cela reviendrait à vider l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* de leur contenu<sup>400</sup>, mais les tribunaux ne peuvent refuser ou compromettre

---

(397) Voir notamment J. PRADEL, *loc.cit.*, note 309 et le texte qui l'accompagne.

(398) *Supra*, p. 73.

(399) L'énoncé de la règle est constant depuis l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, 362. Voir *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, 412; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 425, 539; *Dehghani c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 1053, 1077; *R. c. L.(D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 454; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, 492; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, 774; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, 293; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 573 et 587; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 480 et 517; *États-Unis c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, 516.

(400) *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 696 et 700-01 (j. L'Heureux-Dubé, diss. en partie), citant l'arrêt *Dersch c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 1505, 1515.

l'exercice du droit à un procès juste et équitable<sup>401</sup>. Ainsi, l'accusé doit être soumis à un processus pénal équitable, orienté vers la recherche et la découverte de la vérité<sup>402</sup> et qui permet au juge des faits de rendre une décision équitable<sup>403</sup>. L'équité doit également avoir pour effet d'assurer à l'accusé la présentation d'une défense pleine et entière ou de mettre en place les moyens qui lui permettront de la constituer<sup>404</sup>.

Les assises constitutionnelles et le cadre général de ce que pourrait être le droit constitutionnel aux services d'un expert en droit canadien ont été définis dans cette section; il est possible d'en raffiner les composantes, puisque les bases de la reconnaissance de ce droit peuvent être plus larges et plus précises, en analysant d'abord la notion de défense pleine et entière, une notion qui revient souvent dans la notion de procès juste et équitable.

---

**(401)** *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 585. Pour l'interprétation plus complète de la notion de procès juste et équitable, revoir la section II, *supra*.

**(402)** *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482, 498-99: «Un procès, plus particulièrement un procès criminel, doit se dérouler conformément aux règles d'équité de façon à garantir la protection de la personne accusée. Toutefois, les règles ne devraient pas aller jusqu'à priver le juge des faits d'éléments de preuve importants, susceptibles d'être utiles à la solution d'un élément essentiel du litige». Ce passage est cité avec approbation par la juge McLachlin, dissidente, dans *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716, 755. Voir aussi *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 609.

**(403)** *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, 486.

**(404)** *Rahey c. R.*, [1987] 1 R.C.S. 588, 646-47; *Singh c. MEI*, [1985] 1 R.C.S. 177, 214.

## B. Le droit à une défense pleine et entière

Le droit à une défense pleine et entière était à l'origine un droit de *common law*<sup>405</sup>. Il fait aussi partie des principes de justice fondamentale dont fait état l'art. 7 de la *Charte* et a maintenant un statut constitutionnel<sup>406</sup>. Bien qu'il soit une des facettes de la tenue d'un procès équitable, le droit à une défense pleine et entière a une valeur à peu près équivalente<sup>407</sup>. En effet, on le décrit souvent, notamment depuis l'arrêt *Stinchcombe*<sup>408</sup>, comme «un des piliers de notre système de justice criminelle»<sup>409</sup> et il est interdit d'en entraver l'exercice<sup>410</sup>. Pourtant, à l'instar du procès équitable, cette notion veut dire beaucoup plus que ce qu'elle laisse entendre et il est illusoire d'en donner une définition satisfaisante en elle-même sans l'accompagner de nombreux exemples<sup>411</sup>. D'ailleurs, dans un arrêt récent, la Cour suprême rappelait que «le droit à une défense pleine et entière se manifeste par l'entremise de plusieurs autres droits et principes particuliers»<sup>412</sup>. On peut néanmoins, encore une fois, en dégager les grands principes et un cadre général d'analyse.

Comme partie du droit à un procès juste et équitable, le droit de présenter une défense pleine et entière signifie que l'accusé a le droit d'exposer adéquatement sa cause<sup>413</sup> et que l'on doit lui donner l'occasion suffisante de le faire<sup>414</sup>. «L'application de ce principe est importante pour l'accusé qui n'a pas à sa disposition les ressources

---

(405) *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, 878; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, 336.

(406) *Ibid.*

(407) *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, 317: «Ce droit est intégralement lié à d'autres principes de justice fondamentale, comme la présomption d'innocence, le droit à un procès équitable et le principe interdisant l'auto-incrimination».

(408) [1991] 3 R.C.S. 326.

(409) *Idem*, 336. Voir *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, 878.

(410) *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, 879.

(411) Patrice GARANT, «Fundamental Rights, Fundamental Justice» dans Gérald A. BAUDOIN et Errol P. MENDES, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1996 p. 9-92 et s., en dresse une longue liste. Voir également *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, 316-17.

(412) *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, 316.

(413) *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 607; *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 662-63 (C.A.); *Duke c. R.*, [1972] R.C.S. 917, 923.

(414) *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 662-63 (C.A.); *Duke c. R.*, [1972] R.C.S. 917, 923; *R. c. Bartlett*, (1950) 97 C.C.C. 100, 101 (H.C.Ont.); *R. c. Farrell*, (1907) 12 C.C.C. 524, 531 (H.C.J.Ont.).

de l'État»<sup>415</sup> puisqu'il est intimement lié au «droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable»<sup>416</sup>. L'accusé doit conséquemment connaître tous les éléments de preuve qui serviront de fondement au tribunal qui rendra une décision pour qu'il ait réellement l'occasion de les réfuter<sup>417</sup>.

Toutefois, le bénéfice d'une défense pleine et entière ne donne pas, à l'instar du droit à un procès équitable, le droit de présenter une preuve qui dénature le débat ou toute preuve qui peut donner lieu à un acquittement<sup>418</sup>, sans quoi on vide de sens le contenu de cette notion<sup>419</sup>. Comme tous les droits, le droit à une défense pleine et entière n'est donc pas absolu<sup>420</sup>. Toutefois, si la preuve est admissible, mais que les moyens de défense sont faibles, l'exercice du droit à une défense pleine et entière veut que l'accusé puisse, dans la mesure où les intérêts d'autres parties ne sont pas brimés<sup>421</sup>, les exposer<sup>422</sup>.

Jusqu'ici, seuls les guides que doit suivre la reconnaissance du droit aux services d'un expert, dans l'état actuel de la jurisprudence, ont été développés. La notion de défense pleine et entière a été définie abstraitement comme l'a été la notion de procès juste et équitable. En elles-mêmes et dans la mesure où on accepte que l'introduction de connaissances scientifiques complexes dans un procès criminel désavantage l'accusé qui n'a pas les ressources financières suffisantes pour se défendre convenablement,

---

(415) *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 607.

(416) *Idem*, 608.

(417) *Re M.*, (1970) 2 C.C.C. (2d) 536, 537 (H.C.J.Ont.). On verra plus loin que ce principe a comme corollaire une obligation constitutionnelle de divulgation par la Couronne depuis l'arrêt *Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

(418) *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, 317; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 696 (j. L'Heureux-Dubé, diss. en partie mais non sur ce point); *Dersch c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 1505, 1515.

(419) *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 696 (j. L'Heureux-Dubé, diss. en partie mais non sur ce point).

(420) *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, 879.

(421) Ce serait notamment le cas lorsque la présentation d'un moyen de défense reposerait sur la présentation du dossier médical de la plaignante. Dans ce cas, les parties de pêche ne sont pas permises, surtout si les questions que l'accusé entend débattre à partir de ces documents ne sont «pas susceptibles d'avoir une incidence sur le procès»: *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 612 (j. L'Heureux-Dubé, diss. mais non sur ce point).

(422) *R. c. Jefferies*, (1956) 115 C.C.C. 331, 331 (C.A.C.-B.); *R. c. Sproule*, (1887) 14 O.R. 375, 384 (H.C.J.Ont.).

cette analyse suffit à justifier la reconnaissance du droit aux services d'un expert aux frais de l'État. L'état actuel de la jurisprudence portant sur la *Charte* permet cependant de pousser plus loin l'analyse et d'explorer d'autres fondements, à la fois constitutionnels, pratiques et concrets.

L'art. 11 de la *Charte* définit en quelque sorte les composantes du droit à un procès équitable<sup>423</sup>; aucun ne touche directement le sujet de ce mémoire, intimement rattaché à la présentation d'une défense pleine et entière. Bien sûr, la reconnaissance du droit à un expert, comme partie ou non du droit à une défense pleine et entière<sup>424</sup>, assurera à l'accusé la possibilité de présenter une défense convenable puisque l'accusé aurait les moyens de forcer l'État à défrayer les honoraires de l'expert dans des cas bien circonscrits. Ultimement, si tous les autres aspects du procès sont conformes à l'interprétation de la *Charte*, le processus de justice criminelle ainsi enrichi demeurera conforme aux exigences modernes du droit à un procès équitable. Toutefois, il est inutile d'examiner en détails toutes les composantes de ce dernier. Elles ne sont pas pertinentes et seuls les principes généraux contribuent à la présente réflexion.

Les décisions des tribunaux qui ont précisé, à partir de l'art. 7 de la *Charte*, les composantes du droit à une défense pleine et entière recèlent par contre plusieurs pistes intéressantes. Définies elles-mêmes en termes de droits constitutionnels, ces composantes sont en quelque sorte les moyens juridiques mis à la disposition de l'accusé. Encore une fois, il ne serait pas pertinent de passer en revue tous ces moyens, ce qui de toute façon serait trop long et ferait perdre de vue l'objet de l'analyse. J'en ai plutôt choisi trois, directement rattachés à la présentation d'une défense pleine et entière lors de la présentation d'une preuve scientifique sous toutes ses facettes.

---

**(423)** Le droit pour un inculpé «d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche» (al. 11a), «d'être jugé dans un délai raisonnable» (al. 11b) et «d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi [...]» (al. 11d) en sont des exemples.

**(424)** Le caractère accessoire, c'est-à-dire qui découle de l'interprétation de la notion de défense pleine et entière, ou indépendant, qui découle de l'interprétation d'un article de la *Charte* sans nécessairement faire référence à un droit préexistant (comme le droit à une défense pleine et entière) des droits qui découlent de l'interprétation de l'art. 7 est une problématique qui influencera l'intensité de l'obligation de l'État, mais qui n'apporterait rien à la présente analyse et qui déborde le cadre de la présente analyse. Se reporter à la conclusion.



Le droit constitutionnel à la représentation par avocat au procès dont les honoraires sont défrayés par l'État, d'abord, à cause de la similitude de l'enjeu, la représentation, et des rôles respectifs de l'expert et de l'avocat. Le droit au contre-interrogatoire, ensuite, qu'il serait tout à fait illusoire d'invoquer si l'avocat, comme on peut raisonnablement présumer de l'avocat moyen, même d'un grand avocat, ne possède pas les connaissances et une compréhension suffisantes du sujet d'expertise et n'a aucun moyen de les acquérir ou de préparer adéquatement le contre-interrogatoire. Un tel contre-interrogatoire aurait peu de chances de miner la crédibilité de l'expert, même si son expertise comporte des failles plus ou moins importantes, et de soulever un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits. Le droit à la divulgation de la preuve, enfin, qui intervient d'au moins deux façons. D'abord, puisque les éléments de preuve recueillis, scientifiques ou non, sont connus à l'avance, l'avocat pourra identifier ceux qui pourraient et/ou devraient être contestés par une preuve scientifique contraire. Ensuite, jumelée à l'information provenant de l'accusé, l'information contenue au dossier de la Couronne permettra dans certains cas d'identifier un moyen de défense dont la présentation comprend un volet scientifique.

### **I. Les moyens d'exercer une défense pleine et entière**

L'accusé est présumé innocent<sup>425</sup> et c'est la Couronne qui doit faire la preuve hors de tout doute raisonnable de sa culpabilité<sup>426</sup>. L'essentiel de la tâche de l'accusé, durant tout le procès, consiste donc à se défendre des accusations qui sont portées contre lui. La juge McLachlin, dissidente mais non sur ce point dans l'arrêt *Osolin*, décrit ce processus ainsi:

Notre système pénal est de type essentiellement contradictoire. Le ministère public présente des éléments de preuve visant à établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. L'accusé fait

---

(425) *Charte canadienne*, al. 11*d*).

(426) *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, 1133; *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874, 929; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 643 (j. McLachlin, diss. mais non sur ce point); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 119-21; *Dubois c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 350, 357; *Linney c. R.*, [1978] 1 R.C.S. 646, 650; *R. c. Appleby*, [1972] 2 R.C.S. 303, 317. Ce principe tire son origine de l'arrêt *Woolmington c. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462, 480-82 (Ch.L.).

ressortir les faiblesses de la preuve du ministère public et présente parfois une contre-preuve. Le tribunal, composé d'un juge et d'un jury, siège à titre d'arbitre neutre chargé de décider si, après présentation de tous les éléments de preuve, le ministère public a prouvé la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable<sup>427</sup>.

Ces accusations seront prouvées par une pléthore de moyens: témoignage de témoins oculaires, de policiers, d'enquêteurs, d'experts, dépôt de documents de toutes sortes, comme la déposition de l'accusé, des photographies ou des documents bancaires, dépôt aussi d'éléments de preuve matérielle, comme l'arme du crime, les vêtements de l'accusé, etc. Lorsque la Couronne a terminé la présentation de sa preuve, la preuve doit être suffisante pour fonder un verdict du juge des faits. Si tel n'est pas le cas parce qu'un des éléments essentiels de l'infraction n'a pas été prouvé, l'accusé peut demander le non-lieu ou au juge de prononcer un verdict dirigé d'acquittement<sup>428</sup>. Ces cas nous intéressent dans la mesure où l'accusé aura dû dans certains cas contre-interroger efficacement les témoins experts de la Couronne pour soutenir ce type de requête. Ils peuvent cependant être assimilés à l'hypothèse dans laquelle l'accusé est obligé de se défendre.

Pour être acquitté, l'accusé n'a donc qu'à soulever un doute raisonnable. Il peut le faire de deux façons: soit en discréditant les éléments de preuve à charge, soit en présentant une contre-preuve (comprise ici de tous les éléments qui la compose, et non un élément en particulier) qui non seulement a le même effet discréditant, mais qui a pour but de substituer à la thèse du ministère public une autre qui sème ce doute dans l'esprit du juge des faits. Cette contre-preuve peut se composer d'éléments semblables à ceux qu'utilise la Couronne. L'accusé peut en outre, si ses droits procéduraux n'ont pas été respectés, présenter une requête demandant l'arrêt des procédures sur la base d'une violation de ses droits constitutionnels, comme le droit d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa

---

(427) *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 643.

(428) Examiné dans les arrêts *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; *Mezzo c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 802.

détention<sup>429</sup>, le droit d'avoir recours aux services d'un avocat et d'en être informé<sup>430</sup> ou le droit à la tenue d'un procès dans un délai raisonnable<sup>431</sup>. Toute cette activité représente ce qu'on appelle communément sa défense et, dans le cours du procès, elle comporte de multiples facettes.

Chaque fois que la poursuite voudra introduire un élément de preuve, il sera possible d'en contester l'admissibilité si les critères de pertinence et de valeur probante ne sont pas respectés<sup>432</sup>. Si cet élément de preuve a été obtenu grâce à la violation d'un droit constitutionnel, comme la protection contre les fouilles, saisies et perquisitions abusives<sup>433</sup>, l'accusé pourra en demander l'exclusion si son utilisation est susceptible de déconcréter l'administration de la justice<sup>434</sup>. De même, l'admissibilité d'une preuve d'expert devra répondre aux quatre critères déjà présentés en Introduction, sans quoi elle est inadmissible. Si elle est admise et qu'un témoin expert est entendu, ce qui sera généralement le cas, l'accusé pourra s'objecter à certaines questions qui lui sont posées et pourra le contre-interroger, comme tout témoin. Il pourra faire entendre ses propres témoins (experts et ordinaires) et les interroger, présenter ses propres éléments de preuve, scientifique ou non, présenter des moyens de défense reconnus en droit criminel, dans le but de soulever un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits. Simple en apparence, la tâche, pour la personne ordinaire, ne va pas de soi.

Notre système politique est régi par la règle de droit et tout le processus criminel, de l'arrestation au procès, n'y fait pas exception. Les dispositions législatives applicables à toutes les facettes du procès que je viens de décrire sont nombreuses et les principes dégagés par les différentes cours de justice encore plus nombreux. Sans une formation juridique, la défense de l'accusé peut devenir dans bien des cas un véritable casse-tête,

---

(429) *Charte canadienne*, al. 10a).

(430) *Idem*, al. 10b).

(431) *Idem*, al. 11b).

(432) *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 611; *Morris c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 190, 198 (j. Lamer, diss. mais non sur ce point); *Sweitzer c. R.*, [1982] 1 R.C.S. 949, 953.

(433) *Charte canadienne*, art. 8.

(434) *Charte canadienne*, par. 24(2). Les critères d'application de ce paragraphe ont été pour la première fois élaborés dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

voire être impossible. Dans beaucoup de cas, on pourra même dire qu'un procès juste et équitable ne peut être tenu sans la présence d'un avocat au procès. Il faut par conséquent reconnaître que l'avocat, par ses connaissances, sa formation et son expérience, mais surtout par le rôle qu'il joue dans la conduite du procès, est l'élément primordial de la tenue d'un procès juste et équitable et de la présentation d'une défense pleine et entière.

### a. Le droit constitutionnel à la présence d'un avocat au procès dont les honoraires sont défrayés par l'État

D'abord, des distinctions fondamentales s'imposent. Le droit à la présence d'un avocat est déjà reconnu par les par. 650(3) (lors du procès devant jury) et 802(2) (en matières de déclaration de culpabilité par procédure sommaire) du *Code criminel*, mais ce droit n'embrasse pas celui d'être représenté si l'accusé n'en a pas les moyens<sup>435</sup>. Ces paragraphes ne font qu'énoncer que l'accusé peut être représenté par un avocat qui, en son nom, veillera au respect de tous ses droits constitutionnels, contre-interrogera les témoins à charge, appellera des témoins à la barre, soulèvera des objections, plaidera pour son acquittement et fera des recommandations lors de l'imposition de la sentence. Ces dispositions ne sauraient donc servir de fondement à une ordonnance enjoignant le Procureur général ou les services d'aide juridique à défrayer les coûts de représentation d'un accusé ou à une ordonnance d'arrêt des procédures. D'ailleurs, ni le par. 650(3) ni le par. 802(2) ne le prévoient<sup>436</sup>.

Les par. 684(2) (représentation devant la cour d'appel) et 694.1(2) C.cr. (représentation devant la Cour suprême du Canada) ne s'appliquent pas non plus. Ils donnent le pouvoir aux juges de ces cours de nommer un avocat à la défense de l'accusé et d'ordonner au procureur général d'assumer ses honoraires, mais ils sont limités aux procédures d'appel et n'ont pas de portée constitutionnelle donnant notamment ouverture aux recours qu'offre le par. 24(1) de la *Charte*. Dans les lignes qui suivent, le droit à l'avocat s'entend donc du droit constitutionnel pris dans son sens le plus large à être représenté par avocat à son procès et à ce que des procédures ne soient pas intentées contre lui tant qu'il n'est pas représenté. Le tracé des contours du droit constitutionnel à l'avocat se fait donc au moyen de la *Charte canadienne*.

Le droit constitutionnel à la présence d'un avocat au procès n'est pas expressément

---

(435) *R. c. Rowbotham*, (1988) 41 C.C.C. (3d) 1, 62 (C.A.Ont.).

(436) Dans l'arrêt *Re White and the Queen*, (1976) 32 C.C.C. (2d) 478, 491 (C.S.Alb.), on note que l'absence de ce pouvoir d'ordonnance ne porte pas atteinte au pouvoir de *common law* d'ordonner la nomination d'un avocat. Cette position a été citée et adoptée plus récemment dans *R. c. L. (D.)*, (1994) 116 Nfld. & P.E.I.R. 92, 96 (C.S.T.-N.).

inclus dans la *Charte canadienne*<sup>437</sup>. Évidemment, à cause de la portée résiduaire de l'art. 7<sup>438</sup> de la *Charte*, on ne doit pas en conclure aussitôt qu'il n'existe pas; les tribunaux de la plupart des provinces<sup>439</sup> ont unanimement reconnu son existence, ont développé de nombreux critères<sup>440</sup> permettant d'évaluer les demandes des accusés et ont, de ce fait, reconnu que le droit à l'avocat est un élément primordial de la présentation d'une défense pleine et entière. Aucun arrêt de la Cour suprême ne porte sur la question, mais on doit conclure de l'*obiter dictum* du juge Iacobucci dans l'arrêt *Dehghani*<sup>441</sup>, qui écrit que l'art. 7 de la *Charte* couvre les situations que l'al. 10b)<sup>442</sup> ne couvrent pas, qu'elle n'y est pas réfractaire. Il n'existe à ce sujet qu'une seule voix discordante.

---

**(437)** Il faut distinguer le droit à l'avocat prévu aux al. 10a) et b) de la *Charte*, qui ne s'applique que lors de l'arrestation ou la détention avant le procès, du droit d'être représenté par avocat, qui relèverait de l'art. 7. Quelques arrêts ne traitent pas directement le droit constitutionnel à l'avocat, mais par le biais de la *common law* ou de l'art. 684 C.cr., qui dispose que tous ont droit à être représenté par un avocat devant les cours d'appel et que ces dernières peuvent obliger le procureur général à défrayer les honoraires d'un avocat qu'elles auront nommé. Les critères dégagés par les tribunaux qui les ont rendus sont néanmoins utiles parce que seule l'intensité du droit — constitutionnelle ou statutaire, et non pas les critères de reconnaissance — est en question. Voir *R. c. Robinson*, (1989) 51 C.C.C. (3d) 452, 455 et 479 (C.A.Alb.).

**(438)** Plusieurs arrêts traitent le droit constitutionnel à la présence d'un avocat sous l'angle bifocal de l'art. 7 et de la portion de l'al. 11d) qui énonce le droit à un procès équitable. Voir, par exemple, *R. c. Sechon*, (1995) 104 C.C.C. (3d) 554, 558 (C.A.Qué.); *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734, 749; *R. c. Rowbotham*, (1988) 41 C.C.C. (3d) 1, 66 (C.A.Ont.). À cause de l'interrelation entre l'art. 7 et l'al. 11d), abordée précédemment dans la section du procès équitable (note 303), il est possible de limiter notre analyse à l'art. 7 sans que la rigueur de la démonstration n'en soit atteinte.

**(439)** *R. c. Rowbotham*, (1988) 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A.Ont.); *R. c. Robinson*, (1989) 51 C.C.C. (3d) 452 (C.A.Alb.); *R. c. Munroe*, (1990) 59 C.C.C. (3d) 446 (C.A.N.-É.); *Mireau c. Canada*, (1991) 96 Sask.R. 197 (B.R.); *Spellacy c. Newfoundland*, (1991) 91 Nfld. & P.E.I.R. 84 (C.S.T.-N.); *R. c. McCormick*, (1993) 81 C.C.C. (3d) 209 (C.A.C.-B.); *R. c. Sechon*, (1995) 104 C.C.C. (3d) 554 (C.A.Qué.), pour ne mentionner que les arrêts les plus importants dans ces provinces. Les autres provinces ne se sont pas encore prononcées. En droit fédéral, *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642 (C.A.). *Contra*: *R. c. Wilson*, (1997) 121 C.C.C. (3d) 92 (C.A.N.-É.); *R. c. Keating*, (1997) 159 N.S.R. (2d) 357 (C.A.N.-É.), décisions qui contrastent évidemment avec l'arrêt de la même cour dans l'affaire *Munroe*, *supra*, qui n'a pas été expressément désavoué.

**(440)** *Infra*, notes 458 et s.

**(441)** *R. c. Dehghani*, [1993] 1 R.C.S. 1053, 1076. Il rendait le jugement unanime du banc de la Cour composé de sept juges.

**(442)** L'al. 10b) ne couvre que le droit à l'avocat lors de l'arrestation ou la détention avant le procès.

## i. La voix discordante du professeur Hogg

Le professeur Hogg affirme que la Cour suprême n'interpréterait pas l'art. 7 de façon à reconnaître à l'accusé le droit constitutionnel à un avocat aux frais de l'État<sup>443</sup>. Sa position repose sur une extrapolation de l'interprétation donnée par la Cour au droit à l'avocat contenue à l'al. 10b) de la *Charte* dans les arrêts *Brydges*<sup>444</sup>, *Bartle*<sup>445</sup>, *Prosper*<sup>446</sup> et *Matheson*<sup>447</sup>, qui ont reconnu que lors de l'arrestation, le policier doit faire référence au droit à l'avocat, à la disponibilité de recourir à un avocat de garde ou de l'aide juridique, mais n'ont pas reconnu le droit constitutionnel à un service d'avocats de garde ou d'avocats disponibles 24 heures par jour. Il est d'avis que l'application stricte de cette distinction (en somme, que le droit théoriquement existe, mais que l'Administration ne peut être forcée d'en assurer l'exercice) risque de prévaloir et joue contre la reconnaissance du droit constitutionnel à la présence d'un avocat au procès et en appel.

All three bases for the claim to free legal services are obviously strong. However, the reasons given by Lamer C.J. for rejecting the constitutional right to free duty counsel were couched in a language that would apply to equal force to free legal services at trial and on appeal. The problem of enforcement against a government in default is especially difficult. The judicial grant of legal aid to a person who was disqualified by the province's legal aid plan would require additional resources from the province and probably other administrative arrangements. A court would, I think, require a *clear case of injustice* before overriding the rules of a province's legal aid plan<sup>448</sup>.

Cette position s'appuie cependant sur des prémisses erronées et une analyse de la *Charte* qui omet de faire certaines distinctions. Les griefs qu'on peut lui reprocher sont de deux ordres: le cadre de l'analyse, l'al. 10b), n'est pas approprié; le droit constitutionnel

---

(443) La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, dans deux jugements relativement récents, était du même avis; cependant, l'accusé n'était pas sans recours puisqu'il pouvait toujours demander l'arrêt des procédures: *R. c. Wilson*, (1997) 121 C.C.C. (3d) 92, 95; *R. c. Keating*, (1997) 159 N.S.R. (2d) 357, 362.

(444) *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

(445) *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173.

(446) *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236.

(447) *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328.

(448) Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, éd. feuilles mobiles., p. 47-16, § 47.4(k).



à la présence d'un avocat, bien qu'il ne soit pas expressément prévu par la *Charte*, existe, comme on le verra plus loin, sur la base de l'art. 7 de la *Charte* et plusieurs critères se dégagent d'une jurisprudence étonnamment homogène, qui est examinée en détail à la section suivante et à laquelle Hogg ne fait pas la moindre allusion, que la Cour suprême ne saurait rejeter du revers de la main sans des raisons qui demeurent actuellement difficiles à concevoir.

D'abord, les arrêts portant sur l'al. 10b) cités par Hogg portent, justement, sur l'al. 10b), qui se situe dans un contexte d'avant-procès, limité à l'arrestation ou la détention d'un individu<sup>449</sup>. La Cour suprême a reconnu, dans l'arrêt *Dehghani*<sup>450</sup>, que l'art. 7 s'appliquerait à des situations qui ne seraient pas couvertes par l'al. 10b)<sup>451</sup>. Elle est même allée jusqu'à écrire que plus les situations de fait se rapprochaient des procédures criminelles, plus les tribunaux devaient être vigilants<sup>452</sup>. Le contexte de cet arrêt peut donner une idée de ce que la Cour entend par cette dernière expression.

Dehghani était revendicateur du statut de réfugié. Pendant l'enquête dite secondaire sur son état de santé<sup>453</sup>, on ne l'a pas informé de son droit à l'avocat. Il y a omis de mentionner plusieurs faits importants, bien qu'il ait été assisté d'un interprète. Il plaidait en appel qu'il avait droit à l'avocat pendant cette enquête. La Cour a rejeté cette interprétation de la loi et de la *Charte*, considérant qu'il s'agissait d'une enquête de routine et qu'une audition en bonne et due forme, en présence de son avocat, avait été tenue sur le minimum de fondement de la revendication du statut de réfugié. C'est à partir de cette dernière que la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR)<sup>454</sup> peut rendre une décision. On peut donc affirmer que l'interprétation que la Cour a donnée dans la tétralogie de l'al. 10b) ne serait pas transposée à l'interprétation de l'art. 7 dans le contexte d'un procès. L'art. 7, il ne faut pas l'oublier, étend les

---

(449) *Panacui c. Legal Aid Society of Alberta*, [1988] 1 W.W.R. 60, 67 (C.S.Alb.).

(450) *R. c. Dehghani*, [1993] 1 R.C.S. 1053.

(451) *Idem*, 1076.

(452) *Idem*, 1057-58 et 1078.

(453) *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), c. I-2, art. 19.

(454) *Idem*, art. 57 et s., qui prolonge la création antérieure à 1976 de la CISR.

exigences traditionnelles du droit à une défense pleine et entière<sup>455</sup>.

Puisque le pourvoi de l'arrêt *Dehghani* ne s'y prêtait pas (l'examen secondaire en matière d'immigration n'est pas analogue à une audience<sup>456</sup>), la Cour suprême n'a donc pas établi les critères de la reconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat au procès. Par contre, la jurisprudence abondante des tribunaux inférieurs sur le sujet permet d'en dégager plusieurs.

## ii. La présence d'un avocat est nécessaire à la tenue d'un procès juste et équitable et à la présentation d'une défense pleine et entière

Dire qu'un droit constitutionnel n'est pas absolu est devenu un truisme et le droit à l'avocat n'échappe pas à la règle<sup>457</sup>: même si la présence d'un avocat est importante,

---

(455) *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 684 (C.A.). La Cour d'appel, à cause de l'importance des questions que posait le droit à l'avocat, a rendu une décision bien que l'appel soit devenu théorique. La Cour suprême, sans désavouer les motifs de la Cour d'appel, a refusé de faire de même et a annulé l'appel: [1987] 2 R.C.S. 687, 687. Les motifs de la Cour d'appel conservent donc toute leur valeur; ils ont d'ailleurs été repris par le juge McNair dans *Mitchell c. Crozier*, [1986] 1 C.F. 255, 272.

(456) *R. c. Dehghani*, [1993] 1 R.C.S. 1053, 1077.

(457) *R. c. Rain*, (1996) 3 C.R. (5th) 122, 127 (B.R.Alb.); *R. c. McCormick*, (1993) 81 C.C.C. (3d) 209, 216 (C.A.C.-B.); *R. c. Munroe*, (1990) 59 C.C.C. (3d) 446, 448 (C.A.N.-É.); *R. c. Robinson*, (1989) 51 C.C.C. (3d) 452, 456 et 482 (C.A.Alb.); *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 662 (C.A.); *Joplin c. Chief Constable of Vancouver Police Dept.*, [1983] 2 W.W.R. 52, 67 (C.S.C.-B.). Dans ce dernier arrêt, on remarque qu'en filigrane le juge McEachern accorde une importance prépondérante à la présence d'un avocat lorsqu'il ajoute que ce droit n'est pas absolu dans la mesure où les procédures intentées ne sont pas «graves». Il ajoute aussi que les plaintes disciplinaires portées contre les policiers sont graves en soi. Cette notion de gravité est ambiguë: elle peut vouloir dire que toute accusation disciplinaire, *a fortiori* toute accusation criminelle, à cause des répercussions (emprisonnement, amende, casier judiciaire, etc.) qu'elle engendre, pour être valable, doit être instruite en présence d'un avocat de la défense. Elle peut aussi supposer que la gravité doit être évaluée en fonction de l'emploi et des répercussions sur l'employé. L'affirmation du juge McEachern aurait mérité d'être nuancée (d'autant plus que le policier poursuivi ne risquait que la perte d'une journée de salaire). De toute façon, la deuxième interprétation ne saurait être retenue: elle introduirait une notion d'arbitraire basée sur des motifs spécieux qui n'ont rien à voir avec la gravité des accusations et la complexité des procédures intentées par le ministère public, même si elles ont possiblement des conséquences sérieuses. Une telle position est également contraire à l'esprit du droit de tous à un procès juste et équitable. Par ailleurs, si l'accusé ou, dans ce cas-ci, le détenu, est incapable de trouver un avocat et qu'il a eu le temps nécessaire à une recherche satisfaisante, le droit à la présence de son avocat n'a pas été violé de ce seul fait: *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734, 749. Encore faut-il avoir demandé en première instance à être représenté: *R. c. Sechon*, (1995) 104 C.C.C. (3d) 554, 561 (C.A.Qu.); *Mitchell c. Crozier*, [1986] 1 C.F. 255, 273.

son absence n'équivaudra donc pas dans tous les cas à une violation de la *Charte*<sup>458</sup>. Cette affirmation est d'ailleurs valable pour tous les domaines du droit depuis que la Cour suprême a précisé à maintes reprises le caractère contextuel de l'interprétation de la *Charte*<sup>459</sup>.

Le droit à l'avocat est essentiellement une expression du droit de présenter une défense pleine et entière<sup>460</sup>. La notion qu'en trace le juge en chef Thurlow dans l'arrêt *Howard* rappelle d'ailleurs étrangement la notion de défense pleine et entière:

Il est sans doute de la plus grande importance que la personne dont la vie, la liberté ou la sécurité sont en jeu ait l'occasion d'exposer sa cause aussi pleinement et adéquatement que possible. Les avantages de l'assistance d'un avocat à cette fin ne sont pas contestés. Cependant, ce qui est exigé c'est l'occasion d'exposer la cause adéquatement et je ne crois pas que l'on puisse affirmer qu'il n'existe pas de cas où une telle occasion ne puisse être fournie sans qu'il faille également accorder le droit d'être représenté par avocat à l'audition<sup>461</sup>.

En somme, l'accusé qui demande à être représenté doit démontrer que cela est nécessaire à la tenue d'un procès juste et équitable ou à la présentation d'une défense pleine et entière<sup>462</sup>. La présence d'un avocat n'est toutefois pas une condition *sine qua non* de la tenue d'un procès équitable<sup>463</sup>. C'est parfois le contraire, sinon cela reviendrait à dire qu'un juge ne peut présider un procès équitable sans la présence d'un avocat, alors qu'il est celui qui doit en assurer la tenue, et violerait le droit absolu d'un accusé de se représenter lui-même<sup>464</sup>. Il faut toutefois retenir que l'intérêt de l'accusé est

---

**(458)** *R. c. Cormier*, (1988) 90 N.B.R. (2d) 265, 267 (B.R.).

**(459)** Voir *supra*, notes 327 et s.

**(460)** Plusieurs considèrent plus généralement qu'il s'agit d'un facteur important de l'équité du procès: *R. c. Zylstra*, (1996) 47 C.R. (4th) 314, 317 (C.J.Ont. Div.gén.); *R. c. Rowbotham*, (1988) 41 C.C.C. (3d) 1, 66 (C.A.Ont.); *Deutsch c. Law Society of Upper Canada Legal Aid Fund*, (1985) 48 C.R. (3d) 166, 173 (C.S.Ont.); *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734, 749.

**(461)** *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 662-63 (C.A.)

**(462)** *R. c. Zylstra*, (1996) 47 C.R. (4th) 314, 318 (C.J.Ont. Div.gén.); *R. c. James*, (1990) 107 A.R. 241, 244 (B.R.); *R. c. Robinson*, (1989) 51 C.C.C. (3d) 452, 479 (C.A.Alb.); *R. c. Cormier*, (1988) 90 N.B.R. (2d) 265, 268 (B.R.).

**(463)** *R. c. James*, (1990) 107 A.R. 241, 243 (B.R.); *Re White and the Queen*, (1976) 32 C.C.C. (2d) 478, 488 (C.S.Alb.).

**(464)** *Ibid.* Voir également, sur le droit de se représenter, *R. c. Cook*, (1960) 127 C.C.C. 287, 298 (C.A.Alb.).

d'abord mieux servi par la représentation, surtout lorsque que des questions complexes sont posées<sup>465</sup>. Les critères de reconnaissance de cet intérêt, malgré leur nombre, tournent autour de deux grands axes: la complexité des procédures et la privation possible de liberté<sup>466</sup>.

### 1. La complexité des procédures, des règles de droit et la capacité de l'accusé de se défendre seul

La complexité des procédures, des règles de droit et la capacité de l'accusé de les comprendre, les appliquer au bon moment et de la bonne façon et sa capacité générale à présenter une défense est déterminante<sup>467</sup>. «Il faut se placer du point de vue de l'accusé qui, en plus de supporter l'épreuve d'une accusation, doit se débattre au milieu de procédures, de concepts et d'interprétations dont il ne saisira pas nécessairement la lettre, aussi intelligent soit-il»<sup>468</sup>. C'est ici que s'exprime dans toute sa plénitude le rôle primordial de l'avocat dans la présentation d'une défense pleine et entière:

Even the intelligent and educated layman has small and sometimes no skill in the science of law. If charged with a crime, he is incapable, generally, of determining for himself whether the indictment is good or bad. He is unfamiliar with the rules of evidence. Left without the aid of counsel, he may be put on trial without a proper charge, and convicted upon incompetent evidence, or evidence irrelevant to the

---

(465) *R. c. Powell*, (1984) 30 Alta.L.R. (2d) 83, 93 (C.P.). La liberté de religion (al. 2a) de la *Charte*, était en cause. Généraliser l'absence de représentation et la pallier par l'assistance que le juge doit prêter à l'accusé non représenté aurait également comme effet pervers de rendre les causes déficientes en appel: *ibid.*

(466) Il est pratiquement nécessaire de les regrouper ainsi pour deux raisons principales: les critères les plus importants se rapportent à ces deux groupes et la plupart des critères sont utilisés sans que leur utilisation ne soit justifiée, expliquée ou appuyée autrement qu'en référence à un autre arrêt.

(467) *R. c. Zylstra*, (1996) 47 C.R. (4th) 314, 319 (C.J.Ont. Div.gén.). Évidemment, la notion de complexité donnera lieu à des débordements, comme dans l'arrêt *James*, (1990) 107 A.R. 241, 244 (B.R.), dans lequel le juge Cavanagh est d'avis que des accusations de fraudes bancaires d'environ 25 millions de dollars ne sont pas complexes du seul fait que ce qui est en jeu est la complicité des accusés avec d'autres personnes déjà déclarées coupables et qui témoigneront au procès. Le juge considère que le niveau d'éducation des accusés leur permettait de se défendre eux-mêmes. La demande des accusés a toutefois été rejetée dès le stade de l'analyse de leur situation financière: *idem*, 245.

(468) *Pett c. Greyhound Racing Ass'n Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 545, 549 (C.A.). La traduction est tirée de *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 682 (C.A.). Voir aussi *Joplin c. Chief Constable of Vancouver Police Dept.*, [1983] 2 W.W.R. 52, 67 (C.S.C.-B.). Par contre, le juge MacGuigan dans l'arrêt *Howard* désapprouve l'adoption d'un tel critère, jugeant qu'il est impossible d'évaluer l'aptitude du détenu sans l'avoir préalablement entendu: *idem*, 688.

issue or otherwise inadmissible. He lacks both the skill and knowledge to adequately prepare his defense, even though he have a perfect one. He requires the guiding hand of counsel at every step of the proceedings against him. Without it, though he be not guilty, he faces the danger of conviction because he does not know how to establish his innocence<sup>469</sup>.

On peut à juste titre penser que le juge McEachern va trop loin et que nombre d'infractions pénales peuvent être débattues sans la présence d'un avocat de la défense qui, somme toute, interviendrait peu ou même pas du tout. Il faut éviter de faire une lecture aussi étroite de ses propos et se rappeler que la jurisprudence mentionne expressément que le droit à l'avocat ne sera reconnu que dans des circonstances importantes par la démonstration de plusieurs facteurs<sup>470</sup>, imposant ainsi aux tribunaux l'exercice d'une certaine retenue avant de passer outre aux dispositions des lois portant sur l'aide juridique<sup>471</sup>.

L'arrêt *Powell*<sup>472</sup> nuance cependant l'obligation de retenue lorsque des questions constitutionnelles sont soulevées au procès. Le juge Litsky estime que l'analyse des critères habituels de reconnaissance du droit à l'avocat est surperflue car elle cerne mal l'impact de la *Charte* sur l'issue des accusations:

The nature of an offence, coupled with the degree of punishment or penalty does not in itself define the criteria for counsel. Indeed, the potential legal magnitude of this case under the *Charter* overshadows any consideration of the penalty. In many instances, quasi-criminal matters are of as much importance as indictable offences in *Charter* interpretation<sup>473</sup>.

---

(469) *Joplin c. Chief Constable of Vancouver Police Dept.*, [1983] 2 W.W.R. 52, 68 (C.S.C.-B.).

(470) Ainsi peut-on interpréter les motifs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. McCormick*, (1993) 81 C.C.C. (3d) 209, 216 (j. Gibbs, diss. mais non sur ce point), qui rappelle que la violation du droit à un procès juste et équitable, ici vue sous l'angle du droit constitutionnel à l'avocat, doit être évaluée à la lumière de l'ensemble du procès.

(471) *R. c. Robinson*, (1989) 51 C.C.C. (3d) 452, 482 (C.A.Alb.); *R. c. Rowbotham*, (1988) 41 C.C.C. (3d) 1, 69 (C.A.Ont.), cité avec approbation dans *R. c. Sechon*, (1995) 104 C.C.C. (3d) 554, 560 (C.A.Qué.); *Deutsch c. Law Society of Upper Canada Legal Aid Fund*, (1985) 48 C.R. (3d) 166, 173 (C.S.Ont.). C'est ce qui fait écrire au juge Creaghan que l'égalité du système social est plus une tâche dévolue au législateur qu'aux tribunaux: *R. c. Cormier*, (1988) 90 N.B.R. (2d) 265, 270 (B.R.).

(472) (1984) 30 Alta.L.R. 83, 93 (C.P.).

(473) *Ibid.*

Dans ces cas, poursuit le juge Litsky, les droits de l'accusé ne peuvent être adéquatement préservés que si l'accusé est représenté<sup>474</sup>, non seulement pendant le procès lui-même, mais pour toutes les étapes préalables à la présentation de la preuve, de l'arrestation à la mise en accusation. L'importance de la présence d'un avocat à toutes les étapes du processus, non seulement lorsque des questions constitutionnelles sont soulevées, a d'ailleurs amené la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Howard* à conclure que le processus disciplinaire carcéral ne permettait pas à l'accusé de présenter une défense pleine et entière et que l'imprécision de l'acte d'accusation ou d'une infraction et l'absence de possibilité d'appel (ce qui ne serait vraisemblablement pas le cas en droit criminel) devaient favoriser la représentation de l'accusé<sup>475</sup>.

## 2. La privation possible de liberté

Il semble surtout que la privation possible de liberté, aussi insignifiante semble-t-elle être<sup>476</sup>, soit un facteur prépondérant à la reconnaissance du droit à l'avocat si l'on en juge par le passage suivant du juge en chef Thurlow:

En outre, dans une société qui reconnaît le droit [au sens large] de tout individu d'être représenté par un avocat devant toutes les cours de justice ordinaire afin de se défendre contre toute accusation, même si les conséquences en sont insignifiantes, il me semble absurde de refuser ce droit à une personne qui, bien que ne souffrant d'aucun handicap physique ou psychologique l'empêchant de se défendre, fait néanmoins face à des accusations pouvant se traduire par la perte de sa liberté, aussi restreinte ou fragile soit-elle pour quelque 267 jours<sup>477</sup>.

Howard faisait face à diverses accusations disciplinaires carcérales et risquait de perdre 267 jours de réduction de peine méritée. C'est cette perte qui a été interprétée comme une perte de liberté<sup>478</sup>. Allant même plus loin, le juge MacGuigan estime que cette

---

(474) *Idem*, 94.

(475) *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 665 (C.A.); *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734, 742 et 745.

(476) *Joplin c. Chief Constable of Vancouver Police Dept.*, [1983] 2 W.W.R. 52, 57. Le policier faisait face à la perte d'une journée de salaire.

(477) *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 665 (C.A.).

(478) *Idem*, 660. Voir aussi *R. c. McCormick*, (1993) 81 C.C.C. (3d) 209, 220 (C.A.C.-B.); *Mitchell c. Crozier*, [1986] 1 C.F. 255, 270; *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734, 747.



privation potentielle de liberté crée une présomption en faveur de la représentation par avocat<sup>479</sup>. Par contre, même lorsque les conséquences criminelles sont sérieuses, l'accusé n'a pas le droit à l'avocat si l'examen de l'ensemble des circonstances favorise la non-reconnaissance de ce droit<sup>480</sup>.

Si l'on fait l'analogie avec le droit criminel plus classique, dont le processus débouche ultimement sur une perte de liberté lorsqu'une condamnation est prononcée et que la liberté de l'accusé est restreinte de quelque façon que ce soit, on peut conclure qu'une application semblable, sinon plus généreuse envers les accusés, des critères relatifs à la perte de liberté permettraient aux accusés d'avoir accès à un avocat aux frais de l'État sur la base de l'art. 7 de la *Charte canadienne* de la même façon qu'en droit disciplinaire carcéral.

### 3. Un résumé de tous les critères utilisés

Le droit, donc, bien qu'il ne soit pas expressément prévu par la *Charte*<sup>481</sup> et que son existence fasse l'objet d'une controverse en *common law*<sup>482</sup>, est bien implanté en droit

---

(479) *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 686 (C.A.).

(480) *R. c. Sechon*, (1995) 104 C.C.C. (3d) 554, 560 (C.A.Qué.).

(481) *R. c. Rowbotham*, (1988) 41 C.C.C. (3d) 1, 66 (C.A.Ont.); *R. c. Sechon*, (1995) 104 C.C.C. (3d) 554, 560 (C.A.Qué.); *R. c. Stiopu*, (1983) 8 C.R.R. 216, 232 (B.R.Alb.), conf. sans motifs 8 C.R.R. 216, 217n (C.A.Alb.). L'existence préalable à l'adoption de la *Charte* de régimes d'aide juridique provinciaux expliquerait cette non-inclusion: *Rowbotham*, *ibid.*

(482) Dans l'arrêt *Re Ewing et Kearney et La Reine*, (1974) 18 C.C.C. (2d) 356 (C.A.C.-B.), le juge Seaton, écrivant au nom du juge Taggart, est d'avis que la *common law* n'a jamais reconnu le droit à la présence d'un avocat au procès dont les honoraires sont défrayés par l'État (p. 363). Le juge McLean est du même avis (p. 360) alors que le juge Farris, auquel se rallie le juge Branca, affirme le contraire en s'appuyant sur la décision de la Cour d'appel anglaise dans *R. c. Clewer*, (1953) 7 Cr.App.R. 37, 40. Dans *R. c. Rowbotham*, (1988) 41 C.C.C. (3d) 1, 62 (C.A.Ont.), on affirme aussi son inexistence en *common law*. Toutefois, le juge Seaton, dans l'arrêt *Ewing*, laisse une ouverture aux cas dans lesquels l'emprisonnement peut être imposé (p. 366). C'est entre autres ce qui motive le juge McDonald dans l'arrêt *Re White and the Queen*, (1976) 32 C.C.C. (2d) 478, 486 et 488 (C.S.Alb.) à reconnaître l'existence du droit à la présence d'un avocat au procès en *common law*. Il s'appuie également sur les motifs de la Cour suprême dans *Vescio c. R.*, [1949] R.C.S. 139, 147 (en *obiter*) et *Barrette c. R.*, [1977] 2 R.C.S. 121, 126. Toutefois, ce dernier arrêt ne portait pas directement sur le droit à l'avocat, mais sur le droit à une remise lorsque l'avocat de l'accusé ne se présente pas au procès et que le comportement de l'accusé n'est pas en cause. Voir aussi *Deutsch c. Upper Canada Law Society Legal Aid Fund*, (1985) 48 C.R. (3d) 166, 171 (C.S.Ont.) (le droit à un avocat en *common law* ne s'applique pas dans tous les cas); Bruce MacFARLANE, «The Right to Counsel at Trial and on Appeal», (1989-90) 32 *Crim.L.Q.* 440, 441 et s.



canadien. Sa reconnaissance devra s'appuyer sur la preuve d'un ensemble de faits qui seront évalués, cas par cas<sup>483</sup>, à la lumière de cette liste non exhaustive<sup>484</sup> de facteurs:

1. l'inadmissibilité à l'aide juridique et l'impossibilité d'engager un avocat<sup>485</sup>. L'inadmissibilité à l'aide juridique fait naître une présomption de capacité financière que l'accusé devra renverser<sup>486</sup>; toutefois, seule la situation de l'accusé, et non celle de parents ou de tiers, doit être examinée<sup>487</sup>. De plus, la requête de l'accusé ne doit pas être considérée comme un appel des décisions des instances administratives des services d'aide juridique, mais comme une demande ou un appel fondé sur une violation alléguée de la *Charte*<sup>488</sup>;
2. la nature et la gravité de l'infraction<sup>489</sup> et de la peine qui peut être imposée<sup>490</sup>;
3. la complexité des procédures intentées contre la personne concernée<sup>491</sup>;
4. les difficultés à entrevoir dans la collecte des éléments de preuve<sup>492</sup>;

---

**(483)** *R. c. Rain*, (1996) 3 C.R. (5th) 122, 128 (B.R.Alb.).

**(484)** *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 663 (C.A.).

**(485)** *R. c. Rain*, (1996) 3 C.R. (5th) 122, 128 (B.R.Alb.); *R. c. Sechon*, (1995) 104 C.C.C. (3d) 554, 561 (C.A.Qué.); *Spellacy c. Newfoundland*, (1991) 91 Nfld. & P.E.I.R. 74, 84 (C.S.T.-N.); *R. c. James*, (1990) 107 A.R. 241, 244 (B.R.); *Panacui c. Legal Aid Society of Alberta*, [1988] 1 W.W.R. 60, 67 (C.S.Alb.); *R. c. Powell*, (1984) 30 Alta.L.R. (2d) 83, 91 (C.P.); *Re White and the Queen*, (1976) 32 C.C.C. (2d) 478, 489 (C.S.Alb.).

**(486)** *R. c. Sechon*, (1995) 104 C.C.C. (3d) 554, 561 (C.A.Qué.); *R. c. Zylstra*, (1996) 47 C.R. (4th) 314, 317 (C.J.Ont. Div.gén.).

**(487)** *R. c. M.(B.)*, (1998) 128 C.C.C. (3d) 149, 158 (C.Ont. Div.prov.), au sujet du droit à l'avocat reconnu par le par. 11(4) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), c. Y-1.

**(488)** *R. c. Zylstra*, (1996) 47 C.R. (4th) 314, 317 (C.J.Ont. Div.gén.); *R. c. Munroe*, (1990) 50 C.C.C. (3d) 446, 448 (C.A.N.-É.).

**(489)** *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 663 et 685 (C.A.). Ce dernier fait référence à l'arrêt *Ex parte Tarrant*, [1984] 2 W.L.R. 613, 635-37 (B.R.) pour tous les facteurs mentionnés dans ses motifs. Voir aussi *R. c. Zylstra*, (1996) 47 C.R. (4th) 314, 317-18 (C.J.Ont. Div.gén.); *Mireau c. Canada*, (1991) 96 Sask.R. 197, 205 (B.R.); *Panacui c. Legal Aid Society of Alberta*, [1988] 1 W.W.R. 60, 67 (C.S.Alb.); *Deutsch c. Law Society of Upper Canada Legal Aid Fund*, (1985) 48 C.R. (3d) 66, 173 (C.S.Ont.); *R. c. Stiopu*, (1983) 8 C.R.R. 216, 233 (B.R.Alb.) (huit accusés, 174 chefs d'accusation de fraude).

**(490)** *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 685 (C.A.).

**(491)** *R. c. Keating*, (1997) 159 N.S.R. (2d) 357, 364 (C.A.); *R. c. Rain*, (1996) 3 C.R. (5th) 122, 128 (B.R.Alb.); *R. c. Zylstra*, (1996) 47 C.R. (4th) 314, 317 (C.J.Ont. Div.gén.); *R. c. Sechon*, (1995) 104 C.C.C. (3d) 554, 560 (C.A.Qué.); *R. c. James*, (1990) 107 A.R. 241, 244 (B.R.); *Panacui c. Legal Aid Society of Alberta*, [1988] 1 W.W.R. 60, 67 (C.S.Alb.); *Deutsch c. Law Society of Upper Canada Legal Aid Fund*, (1985) 48 C.R. (3d) 166, 173 (C.S.Ont.); *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 663, 682 et 685 (C.A.); *R. c. Powell*, (1984) 30 Alta.L.R. (2d) 83, 92 (C.P.); *Joplin c. Chief Constable of Vancouver Police Dept.*, [1983] 2 W.W.R. 52, 68 (C.S.C.-B.); *Re White and the Queen*, (1976) 32 C.C.C. (2d) 478, 489 (C.S.Alb.).

**(492)** *R. c. Rain*, (1996) 3 C.R. (5th) 122, 128 (B.R.Alb.); *R. c. Powell*, (1984) 30 Alta.L.R. (2d) 83, 91 (C.P.). Ces deux arrêts s'appuient sur l'arrêt rendu avant l'adoption de la *Charte* dans *Re White and the Queen*, (1976) 32 C.C.C. (2d) 478, 489 (C.S.Alb.).

5. la longueur prévue du procès et les ressources financières de l'accusé<sup>493</sup>;
6. la possibilité que des témoins présentent leur déposition<sup>494</sup>;
7. la probabilité que soient soulevés des points de droit<sup>495</sup>, notamment de nature constitutionnelle<sup>496</sup>;
8. la nécessité d'obtenir une décision dans un court délai<sup>497</sup>;
9. l'aptitude du détenu ou de l'accusé à comprendre la cause et présenter ses moyens de défense<sup>498</sup>;
10. la privation possible de liberté<sup>499</sup>;
11. en appel, l'accusé doit en outre démontrer qu'il a demandé en première instance (par le biais d'une requête présentée avant le procès ou au procès) à être représenté par avocat<sup>500</sup>, qu'il n'a pas renoncé tacitement ou expressément à ce droit<sup>501</sup>, qu'il n'en a pas abusé<sup>502</sup> et que sa requête a été rejetée<sup>503</sup>;
12. si l'accusé était admissible à l'aide juridique, mais que le comportement de son avocat le prive d'un procès juste et équitable, il se retrouve dans la même situation que celui qui n'est pas représenté<sup>504</sup>.

**(493)** *R. c. Rowbotham*, (1988) 41 C.C.C. (3d) 1, 67 (C.A.Ont.). Laura Kononow, une des coaccusés de Rowbotham, gagnait quelque 24 000\$ par année et était évidemment inadmissible à l'aide juridique (p. 60). Par contre, ce salaire ne lui donnait pas les moyens d'être représentée pendant les douze mois qu'a duré le procès. La Cour a jugé qu'il était irréaliste de penser que l'accusée pouvait engager un avocat: *ibid.* Voir aussi *R. c. Sechon*, (1995) 104 C.C.C. (3d) 554, 560 (C.A.Qué.); *Spellacy c. Newfoundland*, (1991) 91 Nfld. & P.E.I.R. 74, 84 (C.S.T.-N.); *R. c. Stiopu*, (1983) 8 C.R.R. 216, 233 (B.R.Alb.).

**(494)** *Joplin c. Chief Constable of Vancouver Police Dept.*, [1983] 2 W.W.R. 52, 68 (C.S.C.-B.). Le juge McEachern fait référence à tout ce qui peut contribuer à établir l'innocence de l'accusé. En matière disciplinaire policière, en Colombie-Britannique en 1983, des témoins pouvaient être entendus. Il s'appuie notamment sur *Pett c. Greyhound Racing Ass'n Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 545, 549 (C.A.)

**(495)** *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 685 (C.A.).

**(496)** *R. c. Powell*, (1984) 30 Alta.L.R. (2d) 83, 92 (C.P.).

**(497)** *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 685 (C.A.).

**(498)** *R. c. Taylor*, (1996) 154 N.S.R. (2d) 378, 382 (C.A.), perm. app. ref. [1997] 2 R.C.S. xv; *R. c. Rain*, (1996) 3 C.R. (5th) 122, 128 (B.R.Alb.); *R. c. Zylstra*, (1996) 47 C.R. (4th) 314, 319 (C.J.Ont. Div.gén.); *R. c. McCormick*, (1993) 81 C.C.C. (3d) 209, 220 (C.A.C.-B.); *R. c. James*, (1990) 107 A.R. 241, 244 (B.R.); *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 663 et 685 (C.A.); *R. c. Powell*, (1984) 30 Alta.L.R. (2d) 83, 91 (C.P.); *Re White and the Queen*, (1976) 32 C.C.C. (2d) 478, 489 (C.S.Alb.).

**(499)** *R. c. Rain*, (1996) 3 C.R. (5th) 122, 128 (B.R.Alb.); *R. c. McCormick*, (1993) 81 C.C.C. (3d) 209, 220 (C.A.C.-B.); *R. c. James*, (1990) 107 A.R. 241, 244 (B.R.); *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 665 (C.A.); *R. c. Powell*, (1984) 30 Alta.L.R. (2d) 83, 91 (C.P.); *Joplin c. Chief Constable of Vancouver Police Dept.*, [1983] 2 W.W.R. 52, 57 (C.S.C.-B.); *Re White and the Queen*, (1976) 32 C.C.C. (2d) 478, 489 (C.S.Alb.).

**(500)** *Mitchell c. Crozier*, [1986] 1 C.F. 255, 273; *R. c. McGibbon*, (1988) 45 C.C.C. (3d) 334, 346 (C.A.Ont.); *R. c. Sechon*, (1995) 104 C.C.C. (3d) 554, 561 (C.A.Qué.).

**(501)** *R. c. McGibbon*, (1988) 45 C.C.C. (3d) 334, 347 (C.A.Ont.).

**(502)** *R. c. McCormick*, (1993) 81 C.C.C. (3d) 209, 220 (C.A.C.-B.).

**(503)** *R. c. McGibbon*, (1988) 45 C.C.C. (3d) 334, 346 (C.A.Ont.).

**(504)** *R. c. McCormick*, (1993) 81 C.C.C. (3d) 209, 220 (C.A.C.-B.). Les deux accusés étaient initialement représentés, mais les avocats ne se sont pas présentés au procès; finalement, après plusieurs remises, seul McCormick n'avait toujours pas de représentant. Toutefois, un avocat de la défense n'était pas présent pendant l'interrogatoire et le contre-interrogatoire du principal témoin de la poursuite.

C'est à l'aide de ces facteurs que l'on pourra répondre à la question ultime suivante: «L'accusé aura-t-il droit à un procès juste et équitable et à la présentation d'une défense pleine et entière si sa demande lui est refusée<sup>505</sup>?» Dans l'affirmative, l'accusé pourra être représenté par un avocat qui devrait assurer la présentation d'une défense pleine et entière. On peut préciser la notion de défense pleine et entière en examinant une facette du rôle de l'avocat, le droit de contre-interroger.

Le droit de contre-interroger revêt une importance vitale lors de la présentation par la Couronne d'une preuve scientifique. C'est d'abord par le contre-interrogatoire que la défense tentera de semer le doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits, une tâche parfois ardue, voire insurmontable, lorsque des faits scientifiques sont présentés comme des conclusions à un juge des faits peu instruit en la matière, ce qui sera souvent le cas. Le droit de contre-interroger et, on le verra dans la conclusion de ce chapitre, de le faire efficacement sous-entend qu'en reconnaissant à l'accusé un tel droit, il faut y ajouter une dimension qui reflète la réalité de la présentation d'une preuve scientifique.

---

Voir aussi *Barrette c. R.*, [1977] 2 R.C.S. 121, 124-25, un arrêt portant sur le droit à une remise afin d'être représenté par son avocat.

(505) *R. c. Rain*, (1996) 3 C.R. (5th) 122, 128 (B.R.Alb.).

## b. Le droit de contre-interroger

Le droit de contre-interroger s'exerce particulièrement dans le cadre du débat contradictoire qui caractérise notre système judiciaire. La Couronne présentera sa preuve et la défense tentera de la réfuter. Lorsque l'accusé présentera ses moyens de défense, la Couronne tentera à son tour de les discréditer.

Depuis l'adoption de la *Charte*, la présence d'un débat contradictoire est devenue plus qu'une caractéristique importante du procès<sup>506</sup>; elle est devenue une exigence érigée en principe de justice fondamentale<sup>507</sup>. Elle vise à garantir la présentation et le débat complets par les parties de leur position respective sur les questions en litige<sup>508</sup> et est la source «de la capacité des tribunaux de trancher les litiges»<sup>509</sup>. En ce sens, le débat contradictoire est un moyen de recherche de la vérité<sup>510</sup>, l'objectif ultime du droit de la preuve.

Le droit de contre-interroger est tantôt considéré comme un élément de fond de la tenue d'un procès équitable<sup>511</sup>, tantôt comme un élément de la présentation d'une défense pleine et entière<sup>512</sup> ou encore comme un élément du système de justice contradictoire<sup>513</sup>. Ce rattachement aux plus grands principes fondamentaux de notre droit pénal témoigne éloquemment de son importance «incontestable»<sup>514</sup>, une qualité qui lui est reconnue depuis longtemps:

Cross-examination is a powerful weapon of defense, and often its sole

---

(506) Le processus contradictoire a été qualifié comme tel dans *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, 1124 et *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, 295.

(507) *Borowski c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 342, 358-59, repris dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 971. Voir aussi *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, 1133.

(508) *Ibid.*

(509) *Ibid.*

(510) *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, 1124.

(511) *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 663; *R. c. Williams*, (1985) 18 C.C.C. (3d) 356, 372 (C.A.Ont.), perm. app. ref. [1985] 1 R.C.S. xiv.

(512) *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, 878; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 608; *Pilon c. R.*, (1973) 23 C.R.N.S. 392, 394 (C.A.Qué.).

(513) *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 643 (j. McLachlin, diss. mais non sur ce point).

(514) L'expression est du juge Cory dans *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 663.

weapon. The denial of full opportunity to sift and probe the witnesses of the opposing side has always been regarded with extreme disfavour by British courts of justice<sup>515</sup>.

Depuis fort longtemps, il est un principe établi que l'on ne doit pas le restreindre indûment<sup>516</sup> ou à la légère<sup>517</sup>, que les questions portent sur des aspects secondaires du litige<sup>518</sup> ou qu'elles soient inextricablement liées à d'autres qui sont plus déterminants<sup>519</sup>. On doit même favoriser l'exercice du contre-interrogatoire, dans des limites raisonnables<sup>520</sup>, par exemple en accordant une remise permettant à l'avocat de contre-interroger raisonnablement un témoin<sup>521</sup>. Ceci est particulièrement vrai lorsqu'il est question de la crédibilité d'un témoin<sup>522</sup>; le contre-interrogatoire joue alors

**(515)** *R. c. Anderson*, (1938) 70 C.C.C. 275, 278 (C.A.Man.).

**(516)** C'était l'opinion unanime de la Haute Cour de justice de l'Ontario en 1887, exprimée dans *R. c. Sproule*, (1887) 14 O.R. 375, 380, une opinion reprise par la Cour suprême du Canada récemment: *R. c. R.(D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, 313 (j. Major) et 327 (j. L'Heureux-Dubé, diss. mais non sur ce point). Voir aussi *R. c. Watson*, (1996) 106 C.C.C. (3d) 445, 456-57 (C.A.Ont.); *R. c. Lindlau*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 47, 48 (C.A.Ont.); *R. c. Abel*, (1955) 115 C.C.C. 119, 124 (B.R.Qué.); *R. c. Simmons*, [1923] 3 W.W.R. 749, 750, 751 et 753 (C.A.C.-B.).

**(517)** *United Nurses of Alberta c. Alberta*, [1992] 1 R.C.S. 901, 925 (j. Cory, diss. mais non sur ce point).

**(518)** *R. c. Lindlau*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 47, 48 (C.A.Ont.).

**(519)** *R. c. Dombrowski*, (1985) 18 C.C.C. (3d) 164, 170 (C.A.Sask.).

**(520)** *R. c. Rewniak*, (1949) 93 C.C.C. 142, 147 (C.A.Man.), citant le résumé de *R. c. Simmons*, [1923] 3 W.W.R. 749, 749 (C.A.C.-B.): «It is the right of the prisoner, at a criminal trial, that his counsel should have the right to cross-examine in the fullest and the widest sense of the word so long as he does not abuse the right». Cette citation est également reprise par le juge Dennistoun dans l'arrêt *R. c. Anderson*, (1938) 70 C.C.C. 275, 279 (C.A.Man.). Lire aussi les motifs du juge McPhillips, dans l'arrêt *Simmons* (p. 753). Le contre-interrogatoire qui serait vexatoire, inutilement long ou impertinent, par exemple, serait considéré comme un abus: *R. c. Anderson*, (1938) 70 C.C.C. 275, 279. Le contre-interrogatoire, comme toute preuve, est soumis au critère de pertinence: *United Nurses of Alberta c. Alberta*, [1992] 1 R.C.S. 901, 924 (j. Cory, diss. mais non sur ce point) et 942.

**(521)** *R. c. B.E.S.T. Plating Shoppe Ltd. and Siapas*, (1987) 32 C.C.C. (3d) 417, 422 (C.A.Ont.). Cette affaire ne portait pas sur l'application de la *Charte*, mais les motifs qui portent sur la preuve par affidavit ont été approuvés par le juge Cory, diss. mais non sur ce point, dans *United Nurses of Alberta c. Alberta*, [1992] 1 R.C.S. 901, 924, une affaire mettant en cause l'art. 7 de la *Charte*.

**(522)** *R. c. R.(D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, 313 et 327 (j. L'Heureux-Dubé, diss. mais non sur ce point); *R. c. Abel*, (1955) 115 C.C.C. 119, 124 (B.R.Qué.); *R. c. Rewniak*, (1949) 93 C.C.C. 142, 146 (C.A.Man) (j. Dysart, diss. mais non sur ce point). Dans un vieux arrêt anglais qui s'est penché sur la question, deux juges, le juge en chef Lord Denman et Lord Abinger, sur 15 (les autres ne s'exprimant pas sur la question) de la Cour du Banc de la Reine d'Angleterre étaient d'avis que la crédibilité est toujours une question centrale: *R. c. Overton*, (1842) 174 E.R. 676, 678. Ce passage de Lord Abinger est sans équivoque: «Every question of cross-examination, which goes to the credit of the witness, is material. If a witness were asked, in cross-examination, whether he was in such a place at such a time, and he denies it, that would be material if it went to his credit» (*ibid.*). Cette position est appuyée par le juge Dennistoun lorsqu'il écrit que le contre-interrogatoire qui porte sur une question centrale au litige ou sur la crédibilité d'un témoin ne peut jamais être limité: *R. c. Anderson*, (1938) 70 C.C.C. 275, 279 (C.A.Man.).

un rôle «essentiel»<sup>523</sup>. Autrement, il serait impossible d'atteindre les objectifs poursuivis par le contre-interrogatoire:

J'estime primordial de souligner le but pour lequel le contre-interrogatoire est permis: il faut que la défense puisse rechercher à fond les facteurs susceptibles de mettre à jour la fragilité de la preuve de la poursuite. L'accusé qui se trouve au banc des prisonniers dans un procès pour meurtre est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit prouvée hors de tout doute raisonnable; c'est là une des présomptions fondamentales inhérentes à la *common law*; c'est ce qui permet à l'accusé d'employer tous les moyens légitimes pour tester la preuve que présente la poursuite pour renverser cette présomption, et cela comprend, à mon avis, le droit d'indiquer qu'un des témoins de la poursuite a un motif de favoriser la poursuite<sup>524</sup>.

En somme, l'objectif principal du contre-interrogatoire est le même qui sous-tend toutes les règles de preuve: favoriser la découverte de la vérité<sup>525</sup> par la présentation de tous les éléments de preuve pertinents<sup>526</sup>. Il constitue même le meilleur moyen d'en arriver à cette fin<sup>527</sup>.

Ce principe peut s'appliquer dans toutes sortes de situations, mais un principe de justice fondamentale demeure: l'accusé doit avoir l'occasion voulue, au procès ou

---

**(523)** *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 663. Le juge Sopinka réitère cette qualité à la page suivante de ses motifs et conclut, à la p. 665, que «le contre-interrogatoire a toujours été fondamental en droit criminel». Voir aussi *R. c. Simmons*, [1923] 3 W.W.R. 749, 752 (C.A.C.-B.).

**(524)** *Titus c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 259, 263. Lire les propos similaires du juge Dennistoun dans *R. c. Anderson*, (1938) 70 C.C.C. 275, 278 (C.A.Man.).

**(525)** *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, 483. L'arrêt *Crawford* illustre bien la force d'application de ce principe. On y a décidé que le droit de présenter une défense pleine et entière comprenait le droit de contre-interroger son coaccusé: *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, 878. Le coaccusé est contraignable depuis fort longtemps: *Gouin c. R.*, [1926] R.C.S. 526, 539.

**(526)** *R. c. Simmons*, [1923] 3 W.W.R. 749, 752 (C.A.C.-B.): «The jury must weigh the evidence and to do so must be put into the position to do so intelligently. [...] The jury is entitled to have the evidence laid bare, and demeanour is all-important».

**(527)** *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 663. Il ne faut toutefois pas confondre contre-interrogatoire et possibilité d'appeler des témoins à la barre. Dans l'arrêt *Watson*, (1996) 106 C.C.C. (3d) 445, 456 (C.A.Ont.), le juge Prowse rappelait, dans une décision unanime, que le droit à une défense pleine et entière n'emporte pas celui d'appeler tous les témoins potentiels, qu'ils soient essentiels ou non. Cette restriction imposée par le juge du procès n'affecte en rien la possibilité de contre-interroger ou même, celle d'appeler des témoins.



avant<sup>528</sup>, de contre-interroger les témoins à charge<sup>529</sup>. On aura satisfait à ce critère lorsque l'accusé aura eu droit à un contre-interrogatoire non écourté, complet, qui porte tant sur les contradictions du témoin dans le but de le discréditer que sur l'analyse de son comportement général, dont la crédibilité est incontestablement l'élément central<sup>530</sup>. Cette occasion est «cruciale» au traitement équitable de l'accusé et «essentiel[le] à notre système de justice»<sup>531</sup>.

Le droit de contre-interroger doit recevoir, de par son statut constitutionnel<sup>532</sup>, une interprétation large et généreuse<sup>533</sup> et «devrait exister sans conditions préalables»<sup>534</sup>, bien qu'il ne soit pas, comme tous les autres droits constitutionnels, illimité<sup>535</sup>. L'accusé a aussi le droit de contrôler la conduite de sa propre défense<sup>536</sup>. Dans un contexte scientifique, l'accusé aura la possibilité de contre-interroger les témoins experts de la poursuite de la même façon que tous les témoins ordinaires. Il faut que cette possibilité ait vraiment un sens; en matière scientifique, cela impliquera l'accès aux ressources pertinentes à la préparation du contre-interrogatoire, comme le fera inévitablement le procureur de la Couronne qui se prépare à contre-interroger un expert de la défense. C'est dans cette dimension d'efficacité du droit de contre-interroger

---

**(528)** *R. c. L.(D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 459; *United Nurses of Alberta c. Alberta*, [1992] 1 R.C.S. 901, 924 (j. Cory, diss. mais non sur ce point).

**(529)** *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 663; *R. c. L.(D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 459; *Dersch c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 1505, 1516; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, 543-44.

**(530)** *R. c. Simmons*, [1923] 3 W.W.R. 749, 750, 751 et 753 (C.A.C.-B.).

**(531)** *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, 543.

**(532)** Il est maintenant protégé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*: *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, 543.

**(533)** *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 665; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, 544.

**(534)** *United Nurses of Alberta c. Alberta*, [1992] 1 R.C.S. 901, 924 (j. Sopinka, diss. mais non sur ce point).

**(535)** *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 665; *United Nurses of Alberta c. Alberta*, [1992] 1 R.C.S. 901, 924 (j. Cory, diss. mais non sur ce point) et 942. Le même principe prévalait en *common law*: *R. c. Rwniak*, (1949) 93 C.C.C. 142, 146 (j. Dysart, diss. mais non sur ce point) et 147 (C.A.Man.); *R. c. Anderson*, (1938) 70 C.C.C. 275, 279 (B.R.Man.); *R. c. Simmons*, [1923] 3 W.W.R. 749, 752-53 (C.A.C.-B.). Un des exemples les plus éloquentes, avec celui des informateurs, d'une limite imposée au contre-interrogatoire est certainement celui de l'écoute électronique. Dans l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, 1464, le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, écrivait qu'il n'est pas nécessaire, pour obtenir l'ouverture des paquets scellés, de contre-interroger les affiants si l'on peut autrement établir les faits qui y donneraient ouverture. Il réaffirmait tout de même le principe général du maintien de la possibilité de contre-interroger tout témoin.

**(536)** *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 972; *R. c. Cook*, (1960) 127 C.C.C. 287, 298 (C.A.Alb.).



que le droit à l'expert et de contre-interroger sont étroitement reliés.

Le contre-interrogatoire suppose, à une exception près<sup>537</sup>, que la preuve est soumise par le ministère public. L'obligation de divulgation fait en sorte que cette information doit être connue de l'accusé à l'avance, bien que le moment auquel les éléments de preuve sont divulgués peut varier. Qui dit divulgation de preuve scientifique dit compréhension à l'aide d'un expert, dans les cas où cela est nécessaire, pour guider les décisions à prendre quant à la déclaration de culpabilité, de non-culpabilité, des moyens de défense qu'il est possible d'invoquer et à la préparation générale de la défense. La possibilité d'exiger de la poursuite qu'elle divulgue tous ces éléments de preuve influence tant la présentation d'une défense pleine et entière que l'exercice du droit au contre-interrogatoire.

### c. Le droit à la divulgation de la preuve

Le poursuivant a l'obligation constitutionnelle<sup>538</sup> et de *common law*<sup>539</sup>, corollaire du droit à une défense pleine et entière<sup>540</sup>, de divulguer tous les renseignements et documents qu'il a en sa possession<sup>541</sup>. Les éléments de preuve, qui dépositions des témoins, qui dépositions de l'accusé, qui encore les pièces à conviction, incriminants ou disculpatoires, doivent être communiqués à la défense avant le début du procès. Les rapports d'analyse médico-légales, tels que les rapports d'analyse comparative des

---

**(537)** Il est possible de contre-interroger son propre témoin s'il s'avère qu'il contredit ses propres déclarations antérieures: *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, par. 9(2).

**(538)** *Charte canadienne*, art. 7, tel qu'interprété pour la première fois par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 et la jurisprudence subséquente qui l'a appliqué.

**(539)** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, 339; *R. c. C.(M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763, 773-74.

**(540)** *États-Unis c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, 517.

**(541)** Par définition, donc, cette obligation ne s'étend pas aux documents en possession des tiers: *R. c. Stinchcombe (no. 2)*, [1995] 1 R.C.S. 754, 755; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, 741. Ces derniers ne sont pas non plus tenus à une obligation de divulgation: *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 478. Par contre, dans certains cas, la production d'éléments de preuve peut être ordonnée (l'arrêt *O'Connor* a débouché sur l'adoption des nouveaux art. 278.1 à 278.91 C.cr. et des par. 699(5.1), (6) et (7) C.cr., qui régissent maintenant la production des dossiers thérapeutiques de la victime) et la non-production peut donner lieu à une ordonnance d'arrêt des procédures, notamment lorsque les éléments de preuve ont été détruits; voir par exemple *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, 90 et s. (dossiers thérapeutiques détruits avant l'émission du *subpoena duces tecum*). La Couronne n'est pas non plus obligée de produire des témoins, seulement de l'information: *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, 1129 et s. Elle conserve ainsi le large pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré dans la poursuite de sa cause.

échantillons d'ADN, et tous les éléments de preuve scientifique à proprement parler devront également être communiqués.

Avant de tracer les grandes lignes de cette facette du droit à l'expert, il convient de tracer les lignes actuelles et les ouvertures que présente l'interprétation de l'obligation de divulgation de la Couronne.

### **i. L'arrêt *Stinchcombe*<sup>542</sup> et sa progéniture**

La Cour suprême du Canada s'est prononcée pour la première fois sur l'existence et l'étendue de l'obligation de divulgation par la Couronne des éléments de preuve dont elle dispose dans l'arrêt *Stinchcombe*<sup>543</sup>. Le juge Sopinka, pour la Cour, débute son analyse en faisant l'analogie avec les règles qui régissent la divulgation de la preuve en droit civil<sup>544</sup>. Depuis longtemps déjà, l'élément de surprise est disparu du droit civil et la communication intégrale préalable des documents, des transcriptions des interrogatoires oraux, des dossiers médicaux, etc., est la règle<sup>545</sup>. On pose pour principe que l'intérêt de la justice est mieux servi par l'élimination de l'effet de surprise et un débat à partir d'éléments de preuve les plus complets possibles.

En droit criminel, par contre, l'élément de surprise subsistait encore au moment de rendre l'arrêt *Stinchcombe*. Le juge Sopinka note que les procureurs de la Couronne ont toujours été coopératifs pour communiquer volontairement les éléments de preuve à charge, mais ont toujours été rébarbatifs à l'adoption de règles détaillées<sup>546</sup>. Cette réticence s'expliquerait par l'absence d'une obligation corrélative pour la défense<sup>547</sup>.

Les arguments qui militent en faveur de l'adoption de nouvelles règles sont

---

(542) [1991] 3 R.C.S. 326.

(543) *Ibid.*

(544) *Idem*, 332.

(545) Voir, par exemple, le *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 331.1 à 331.6 (communication des pièces en général), 398.1 et 398.2 (interrogatoires préalables), 402 (éléments matériels), 402.1 (preuve d'expert), etc.

(546) *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, 332.

(547) *Ibid.*

accablants<sup>548</sup>. On ne doit pas tenir compte de l'absence d'obligation réciproque de la défense, puisque c'est méconnaître la différence fondamentale des rôles respectifs de la poursuite et de la défense:

Les fruits de l'enquête qui se trouvent en la possession du substitut du procureur général n'appartiennent pas au ministère public pour qu'il s'en serve afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à ce que justice soit rendue. La défense, par contre, n'est nullement tenue d'aider la poursuite et il lui est loisible de jouer purement et simplement un rôle d'observateur à l'égard de cette dernière. L'absence d'une obligation de divulgation peut donc se justifier comme étant compatible avec ce rôle<sup>549</sup>.

L'alourdissement de la tâche des procureurs de la Couronne, un des arguments invoqués à l'encontre de l'adoption de règles de divulgation détaillées, est compensé par l'économie de temps à débattre des litiges qui entourent la divulgation de la preuve<sup>550</sup>. En effet, l'effet de surprise entraîne des remises et allonge la durée des procès et des enquêtes préliminaires<sup>551</sup>. La divulgation préalable permet également aux parties d'envisager le retrait des accusations ou la présentation d'un plaidoyer de culpabilité<sup>552</sup>.

«Un des piliers de la justice criminelle sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables» est la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière<sup>553</sup>. L'obligation de mettre en preuve ou de communiquer tout fait substantiel, incriminant ou non, que l'on envisage ou pas de présenter au procès, particulièrement les éléments susceptibles de contribuer

---

(548) *Idem*, 333.

(549) *Ibid.* Voir aussi *Boucher c. R.*, [1955] R.C.S. 16, 23-24.

(550) *Idem*, 334.

(551) *Ibid.*

(552) *Ibid.* Voir aussi p. 343 et *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, 472.

(553) *Idem*, 336. De ce principe pourrait naître une obligation de conservation des éléments de preuve qui pourrait dans certains cas être plus longue, en vertu des règles de l'arrêt *Stinchcombe*, que ce que la loi prescrit: *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, 472 (en principe, la Couronne doit conserver les échantillons de sang prélevés dans le cadre de poursuites pour conduite avec les facultés affaiblies pendant trois mois (par. 258(4) C.cr.)), en *obiter*. *Contra*: *R. c. Hodgson*, (1990) 57 C.C.C. (3d) 278; 78 C.R. (4th) 333, 340 et s. (C.A.C.-B.).

à la cause de l'accusé, permet d'aboutir à cette fin<sup>554</sup>.

La divulgation de la preuve ne fera pas invariablement naître la présentation de témoignages qui s'accordent sur l'orientation des éléments de preuve de la poursuite<sup>555</sup>. L'équité envers le témoin exige qu'il puisse se rafraîchir la mémoire et qu'il puisse, en vue de faire face à l'avantage énorme que détient l'avocat de la défense en contre-interrogatoire, être confronté à des déclarations contradictoires dont il a au préalable pris connaissance<sup>556</sup>. En somme, «la recherche de la vérité est facilitée plutôt qu'entravée par la divulgation complète»<sup>557</sup>.

Cette obligation n'est pas sans limites<sup>558</sup>. La Couronne conserve le pouvoir discrétionnaire, sous réserve d'une obligation de bonne foi<sup>559</sup>, de retenir la divulgation des éléments de preuve qui ont été obtenus d'un indicateur<sup>560</sup> ou qui sont protégés un privilège reconnu par la loi ou la *common law*<sup>561</sup>. Elle peut exercer son pouvoir

(554) *Idem*, 336, 338 et 343. Voir aussi *Lemay c. R.*, [1952] R.C.S. 232, 257; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, 105 et 114 (communication du dossier de la plaignante). L'on doit toutefois tenir compte des exclusions fondées sur «une politique d'intérêt public prépondérante»: *Carosella*, 114.

(555) *Idem*, 335.

(556) *Ibid.*

(557) *Ibid.*

(558) *Idem*, 339.

(559) *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, 739. L'omission de ce faire donne ouverture au prononcé d'une ordonnance de réparation (arrêt des procédures, remise, etc.).

(560) Et encore, ce privilège peut être écarté si la preuve émanant de l'informateur peut démontrer l'innocence de l'accusé (*Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, 93; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, 995-996) ou nuit à la présentation d'une défense pleine et entière: *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201, 211.

(561) Voir, par exemple, *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, 569 et s. (les dossiers psychiatriques ne jouissent que d'un privilège particulier, par opposition à un privilège générique qui opère une présomption d'inadmissibilité et qui en empêche la production; voir *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, 204 et s. (*idem* en matières civiles)). Les exemples les plus fréquents sont sans aucun doute les relations avocat-client (*Charte des droits et libertés de la personne*, art. 9 al. 1, L.R.Q., c. C-12 (*Charte québécoise*)); *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, art. 3.06.01), médecin-patient (*Loi médicale*, L.R.Q., c. M-9, art. 42; *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, art. 19), ministre du culte-pénitent (*Charte québécoise*, art. 9 al. 2), le privilège entre conjoints (par. 189(6) C.cr. et *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, par. 4(3)) et les secrets d'État (*Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, 842). Voir également *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469, 492 (accès aux affidavits présentés au soutien d'une demande d'autorisation d'interception de communications (art. 187 C.cr.); *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, 1443; *Dersch c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 1505, 1514; *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520, 1523 (accès aux paquets scellés et production de leur contenu)).

discrétionnaire lorsque l'enquête n'est pas terminée ou est susceptible d'être rouverte<sup>562</sup> et peut de son propre chef exclure toute preuve jugée non pertinente à résoudre les faits en litige<sup>563</sup>. Toutefois, lorsque la Couronne exerce son pouvoir discrétionnaire de rétention d'information, elle doit dévoiler l'existence des éléments de preuve<sup>564</sup>. Est pertinente la preuve que l'accusé peut raisonnablement utiliser pour présenter une défense pleine et entière<sup>565</sup>, réfuter la thèse du ministère public ou déterminer le sort d'une question en litige, présenter un moyen de défense, «[...] parvenir à une décision susceptible d'avoir un effet sur le déroulement de la défense, comme, par exemple, de présenter ou non une preuve»<sup>566</sup> ou évaluer l'habileté d'une personne à témoigner<sup>567</sup>. De plus, l'obligation est circonscrite à l'obligation de tenir un procès fondamentalement équitable, par opposition à un procès parfait; cet idéal de perfection étant impossible à atteindre, tant à l'étape de la cueillette des éléments de preuve qu'au procès, l'accusé ne doit pas s'attendre à ce que littéralement tous et chacun des faits qui peuvent servir à discréditer un témoin ou tout événement relié aux événements en cause ne soient divulgués<sup>568</sup>. Cette limite intrinsèque est nécessaire à l'exercice d'une justice fonctionnelle, abordable et rapide qui ne sera pas paralysée parce que les accusés n'ont qu'à démontrer qu'un élément de preuve manquant est pertinent pour obtenir l'arrêt des procédures<sup>569</sup>.

Le ministère public possède également le pouvoir discrétionnaire de choisir le

---

(562) *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, 339.

(563) *Idem*, 336 et 338.

(564) *R. c. Petten*, (1993) 81 C.C.C. (3d) 347, 349 (C.A.T.-N.).

(565) *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, 743.

(566) *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, 467 (l'existence d'un deuxième échantillon de sang (prélevé préalablement au dépôt d'accusations de conduite avec les facultés affaiblies) et de la possibilité de procéder à une contre-expertise a été apparentée à des renseignements qui correspondent à cette définition (p. 472)); *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, 108 (dossier de la plaignante détruit sans son autorisation par le centre d'aide aux victimes); *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 495; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, 740.

(567) *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, 108.

(568) *Idem*, 121 (j. L'Heureux-Dubé, diss., non contredite sur ce point).

(569) *Ibid.* On risquerait autrement de détourner les jurés des véritables questions en litige et on violerait indûment le droit à la vie privée des personnes impliquées dans le litige. Le fondement de ce principe se retrouve dans l'arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562 et a été réaffirmé notamment dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 517.

moment de divulguer les éléments de preuve<sup>570</sup>, ce qui fait que bien souvent, la preuve n'est communiquée que le matin même du procès *pro forma*. Toutefois, dans le cas de la preuve d'expert, on peut supposer qu'elle sera divulguée suffisamment longtemps avant le début du procès pour donner le temps à l'accusé de l'étudier et de préparer, s'il y a lieu, les éléments de sa contestation.

Ces principes s'appliqueront différemment dans chaque cas. Néanmoins, il est possible de tracer certaines lignes directrices, spécifiques à la preuve d'expert, qui devraient encadrer l'obligation de divulgation.

## ii. L'élargissement de l'obligation de divulgation à la preuve d'expert

Plusieurs sections du *Code criminel* impliquent la production d'un rapport d'expert. L'accusé qui, pour se défendre d'une accusation, plaide l'aliénation mentale, doit prouver qu'il était atteint de «troubles mentaux qui [le] rendaient incapable de juger la nature et la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais»<sup>571</sup> et peut être exonérée de toute responsabilité criminelle<sup>572</sup>. Les troubles mentaux sont définis largement comme étant toute maladie, désordre ou état anormal qui affaiblit le cerveau et son fonctionnement, sauf ceux qui sont donnés volontairement par l'absorption d'alcool ou de drogues et les états transitoires comme l'hystérie et la commotion cérébrale<sup>573</sup>; seul un expert peut éclairer le juge des faits sur les maladies mentales reconnues, faire les distinctions entre les maladies mentales et donner une opinion sur la santé mentale de l'accusé. Si la Couronne était en possession d'informations ou d'éléments qui tendraient à établir l'existence de troubles mentaux, elle devrait les transmettre à l'accusé.

---

(570) *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, 336. La Cour suggère tout de même de divulguer la preuve avant que l'accusé ait à choisir son mode de procès: *idem*, 342. De façon générale, le moment de la divulgation doit laisser à la défense suffisamment de temps pour présenter une défense pleine et entière: *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201, 213. Il n'est plus loisible à la Couronne de déterminer le moment ni l'étendue de l'obligation lorsque le pouvoir discrétionnaire a été réformé (*ibid.*).

(571) *Code criminel*, par. 16(1).

(572) *Ibid.*

(573) *R. c. Charest*, (1990) 57 C.C.C. (3d) 312 (C.A.Qué.).

Lorsqu'une personne est arrêtée pour conduite avec les facultés affaiblies ou dont le taux d'alcoolémie est supérieur à celui permis par la loi<sup>574</sup>, l'agent de la paix a le pouvoir de lui ordonner de fournir des échantillons d'haleine<sup>575</sup>. Généralement, sera déposé comme preuve à charge un certificat d'analyste qui, par le jeu de la présomption de l'al. 258(1)i) C.cr., fait preuve des résultats de l'analyse, mais l'accusé peut demander, dans les trois mois du jour du prélèvement, que lui soit remis un échantillon du sang qui aurait été prélevé sur sa personne<sup>576</sup>. L'accusé peut également requérir du tribunal une ordonnance enjoignant le technicien, le médecin ou l'analyste de se soumettre au contre-interrogatoire de la défense<sup>577</sup>.

Les récentes percées scientifiques dans le domaine de la preuve d'ADN ont amené, en 1995, le législateur fédéral à doter le poursuivant de moyen d'obtenir, sans son consentement, de la personne accusée d'une infraction énumérée des échantillons de substance corporelle<sup>578</sup>. On doit présumer que des comparaisons des échantillons ainsi recueillis<sup>579</sup>, de ceux retrouvés sur la scène du crime, sur la victime et certains éléments de preuve matérielle, comme les vêtements ou le siège d'une voiture, seront complétées. Une ou des expertises seront alors déposées au dossier de la Couronne, qui aura l'obligation de les divulguer à l'accusé.

La Partie XXIV du *Code criminel* porte sur la procédure à suivre pour qu'une personne coupable soit déclarée délinquant dangereux. Le par. 755(1) C.cr. prévoit que lors de l'audition d'une demande de ce type, la cour entendra le témoignage d'au moins deux psychiatres et «toute autre preuve qu'[elle] considérera pertinente, y compris la preuve de tout psychologue ou criminologue appelé comme témoin par la poursuite

---

(574) *Code criminel*, art. 253.

(575) *Code criminel*, par. 254(2) et (3). Dans certaines circonstances, il peut, lorsqu'il a obtenu un mandat de perquisition, obtenir des échantillons de sang (art. 256 C.cr.).

(576) *Code criminel*, par. 258(4).

(577) *Code criminel*, par. 258(6).

(578) *Code criminel*, al. 487.04a) à e). Le ministère public doit à cette fin obtenir un mandat de perquisition au moyen de la procédure prescrite par les art. 487.05 à 487.06 C.cr. L'art. 487.07 C.cr. prescrit la procédure de prélèvement des échantillons.

(579) Ou, si on reproche à l'accusé des crimes autres que ceux énumérés et qu'il y consent, obtenus conformément aux directives de l'arrêt *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145.



ou par le délinquant». Les rapports des psychiatres seront évidemment communiqués à la défense; de même le seront ceux des psychologues ou criminologues qui agiront comme témoins à charge. L'accusé peut également, si le tribunal l'estime opportun, présenter une preuve de moralité et de bonne réputation<sup>580</sup>.

Il est certain que, sans même l'intervention de la *Charte*, des éléments de preuve scientifique seront divulgués dans les quatre situations précédentes, qui ne sont illustrées qu'à titre d'exemples. Le droit à l'expert découle de la même façon de la divulgation implicite à toutes ces situations que de la divulgation pour des motifs constitutionnels: il s'agit d'éléments de preuve, on le verra en conclusion de ce chapitre, qui nécessitent l'analyse d'un expert.

Le droit constitutionnel aux services d'un expert aux frais de l'État est un corollaire de cette obligation de divulgation étendue. Normalement, lorsqu'un accusé en a les moyens, il engagera les services d'un expert qui procédera à la contre-analyse du rapport de l'expert de la poursuite. Parfois même, il procédera à une analyse indépendante, lorsque cela est possible. Dans cette dernière éventualité, l'accès à la matière première des analyses, comme les échantillons de sang, de salive ou de cheveux, est primordiale. Dans tous les cas, la divulgation d'une preuve scientifique n'a aucune signification si on ne donne pas à l'accusé les moyens de comprendre le rapport qui lui est communiqué ou de procéder à une expertise. La réalisation de cette étape de la préparation du procès, à travers laquelle tout procureur de la Couronne se soumettra avant de procéder à l'accusation, serait assurée par la reconnaissance du droit constitutionnel aux services d'un expert.

La définition du droit à l'avocat payé par l'État, du droit au contre-interrogatoire et à la divulgation préalable de la preuve par la Couronne ne comporte pas comme telle de «composante scientifique». Bien sûr, le bénéfice de tous ces droits subsiste lors de la présentation d'une preuve scientifique. Toutefois, leur plein respect, dans

---

(580) *Code criminel*, art. 757.

l'état actuel de la jurisprudence, risque dans plusieurs cas de ne pas fournir à l'accusé la tenue d'un procès juste et équitable, mais surtout la présentation d'une défense pleine et entière. Il faut pousser plus loin la réflexion et démontrer comment, lors de la présentation d'une preuve scientifique, ils sont insuffisants à accomplir le rôle qui leur est dévolu.

## II. L'impact du droit à une défense pleine et entière en matière scientifique

L'accusé qui en a les moyens et les besoins s'adjoindra normalement les services d'un expert. Ce n'est pas par pur caprice, mais plutôt une nécessité. Cette nécessité est le fondement du droit constitutionnel à un expert; c'est d'ailleurs au concept de nécessité que la Cour suprême américaine renvoie lorsqu'elle pose le principe général de l'arrêt *Ake*:

We hold that when a defendant has made a preliminary showing that his sanity at the time of the offence is likely to be a significant factor at trial, the Constitution requires that a State provide access to a psychiatrist's assistance on this issue if the defendant cannot afford one<sup>581</sup>.

Comme on l'a vu dans les pages précédentes, les cours d'appel américaines ont élargi la portée de l'arrêt *Ake* pour couvrir la plupart des domaines de la science<sup>582</sup>. Lorsque dans un procès la preuve scientifique sera un «*significant factor at trial*», c'est qu'elle sera nécessaire au déroulement régulier du procès. Dès lors, la *Constitution des États-Unis*, telle qu'interprétée dans l'arrêt *Ake* et les arrêts qui l'ont suivi, requiert que l'État fournisse à l'accusé l'accès aux services d'un expert si l'accusé n'en a pas les moyens financiers.

La nécessité d'un expert est renforcée par le rôle central et parfois déterminant qu'il peut jouer dans la déclaration de culpabilité. Le témoin expert à charge jouit de prime abord, sans avoir témoigné, d'une certaine présomption d'expertise et de professionnalisme<sup>583</sup>. Plusieurs études démontreraient en outre qu'en l'absence de contre-expertise, les juges, avocats, jurés s'en remettraient presque invariablement à l'opinion de

---

(581) *Ake c. Oklahoma*, 470 U.S. 68, 74 (1985). La Cour renverse explicitement l'opinion contraire exprimée par la majorité dans l'arrêt *United States ex rel. Smith c. Baldi*, 344 U.S. 561 (1953). Elle explique ce renversement par l'absence, en 1953, de reconnaissance du droit constitutionnel à la représentation par un avocat dont les honoraires sont défrayés par l'État. De plus, l'expert ne jouait pas alors un rôle aussi central à la détermination des litiges. Il va sans dire qu'on ne pouvait reconnaître à l'accusé, logiquement, le droit constitutionnel aux services d'un expert.

(582) *Supra*, note 82.

(583) Michael J. LORENGER, «*Ake v. Oklahoma and Harmless Error: The Case of a per se Rule of Reversal*», 81 *Va.L.Rev.* 521, 547 (1995).

l'expert<sup>584</sup> et, donc, que l'accusé aurait très très peu de chances de présenter une défense vraiment convaincante dans ce contexte<sup>585</sup>. Il faut conséquemment donner au jury la possibilité raisonnable d'en arriver à une conclusion différente de l'opinion de l'expert à charge<sup>586</sup>, évitant ainsi au juge des faits de pervertir le processus contradictoire et compromettre sa viabilité en s'en remettant systématiquement à l'expert<sup>587</sup>. L'accusé (et j'ajouterais tout le système judiciaire) éviterait ainsi la tenue d'un «*trial by expert*»<sup>588</sup>, l'expert de la défense jouant un rôle non seulement de défenseur, mais qui permettrait de paver la voie à l'atténuation de la perversion que cause la présentation d'une preuve d'expert sur le processus décisionnel:

Competing testimony increases the chance that the jury will be exposed to a more accurate assessment of the defendant's sanity and allows the jury to balance contrary viewpoints<sup>589</sup>.

On peut décrire le rôle de l'expert en prenant l'exemple de l'accusé qui veut présenter une défense d'aliénation mentale, exemple que nous donne l'arrêt *Ake*. Le rôle du psychiatre de la défense est alors semblable à celui que l'on demande à l'expert de remplir lorsqu'un voir-dire est tenu sur l'admissibilité du témoignage d'expert: il recueille les faits à la suite de divers examens et entrevues dont il fera part au juge des faits, il analyse l'information recueillie et tire des conclusions sur la santé mentale de l'accusé, il décrit les effets d'un handicap intellectuel sur le comportement, il donne son opinion sur la façon dont l'état de l'accusé peut avoir affecté son comportement au moment du crime, il connaît les bonnes questions à poser en contre-interrogatoire des experts à charge et peut interpréter leurs réponses<sup>590</sup>. Contrairement aux témoins ordinaires, il peut identifier les symptômes qui échappent aux non-initiés et qui sont souvent trompeurs<sup>591</sup>. Il peut dire au jury en quoi ses observations sont pertinentes<sup>592</sup>

---

(584) *Ibid.*

(585) *Idem*, 548.

(586) *Idem*, 550.

(587) *Idem*, 549.

(588) *Ibid.*

(589) *Ibid.*

(590) *Ake c. Oklahoma*, 470 U.S. 68, 74 (1985).

(591) *Ibid.*

(592) *Ibid.*

et vulgariser le diagnostic médical, lorsque les règles de preuve le permettent<sup>593</sup>. Il rend ainsi le juge des faits capable de déterminer précisément la vérité sur la question en litige qui lui est soumise<sup>594</sup>. Lorsque la situation de l'accusé s'y prête, le témoignage d'un psychiatre revêt donc une très grande valeur et peut s'avérer déterminant dans la décision du juge des faits. Il peut devenir une nécessité pour conserver une chance de présenter avec succès une défense d'aliénation mentale<sup>595</sup>. On pourrait en dire autant de l'accusé qui veut réfuter la preuve balistique et d'ADN de la Couronne. En matière scientifique, le rôle de l'expert est aussi central que celui de l'avocat et c'est pour cette raison que l'accusé qui n'en a pas les moyens financiers doit avoir accès aux ressources financières et techniques lui permettant de présenter une défense pleine et entière. Le développement final de la reconnaissance du droit à l'expert fait toutefois l'objet du second chapitre de cette partie.

Mais voilà, tout ira bien tant que des éléments de preuve scientifiques ne sont pas présentés. L'avocat moyen n'est pas rompu aux matières scientifiques<sup>596</sup>, et même s'il l'est, on peut présumer qu'il ne pourra adéquatement mettre ses connaissances tant scientifiques que juridiques à jour suffisamment pour procéder au contre-interrogatoire sans aide<sup>597</sup>. S'il y a plusieurs siècles, tout le savoir du monde était contenu en sept volumes, on sait qu'aujourd'hui chaque domaine s'«ultraspécialise» de jour en jour. Les champs de recherche et d'expertise sont de plus en plus restreints à l'intérieur d'une même spécialité, la somme de connaissances tellement immense dans chaque ultraspécialité qu'il est impensable de demander à l'avocat de bâtir le contre-interrogatoire de l'expert lui-même et espérer qu'en plus il sera efficace. Et il y a

---

(593) *Ibid.*

(594) *Idem*, 81. C'est en général pour cette raison que l'État et les individus qui en ont les moyens financiers y ont recours: *ibid.*

(595) *Ibid.*, n. 7.

(596) La Cour suprême des États-Unis s'est exprimée clairement ainsi lorsqu'elle traitait la preuve statistique: *Craig c. Boren*, 429 U.S. 190, 204 (1976).

(597) M.J. LORENGER, *loc. cit.*, note 583, p. 545 et 547, s'exprime ainsi sur la présentation d'une défense d'aliénation mentale et cite plusieurs études qui démontreraient qu'en l'absence d'une contre-expertise de l'accusé, les juges, avocats et jurés s'en remettent presque toujours à l'opinion de l'expert: *idem*, 547. Voir aussi David L. FAIGMAN, «Mapping the Labyrinth of Scientific Evidence», 46 *Hastings L.J.* 555, 558 (1995).

beaucoup de chances pour que cet avocat ne soit pas spécialiste des questions dont traite l'expertise qui lui est soumise. L'impact de la preuve scientifique est grand et sans l'addition d'un autre outil, la présentation d'une défense pleine et entière, le rôle central de la représentation par avocat et le contre-interrogatoire ne seront que vœux pieux. Ce n'est pas que l'avocat perde de l'importance lors de la présentation d'une preuve scientifique, mais son expertise est limitée et son rôle ne couvre pas les aspects essentiels du rôle joué par l'expert.

L'importance de l'avocat a été soulignée emphatiquement par le juge Farris dans *Ewing*<sup>598</sup> et, bien que la portée de la description ne fasse pas l'unanimité parce qu'elle laisse entendre qu'aucun procès équitable ne peut être tenu sans la présence d'un avocat<sup>599</sup>, elle situe admirablement bien le contexte du droit criminel.

Our criminal justice system is administered under the adversary system; that is to say, a system where a conflict arises between a citizen and the State the two are to be regarded as adversaries. The conflict is to be resolved by fighting it out according to fixed, sometimes rather arbitrary rules. The tribunal trying the matter settles the dispute on the basis of only such evidence as the contestants choose to present. In such a proceeding there are rules of procedure and rules of evidence that can only be properly understood and applied after years of training and experience. For this reason, the Crown in this case, as it does in most criminal cases, employs counsel who are trained in the law. The prosecutor not only has this advantage but he has the resources of the State and the power of the police force behind him. Anyone who has prosecuted an assize or who has conducted prosecutions in any court knows what it means to have such power available. [...] In my opinion, it is unrealistic in the extreme to believe that in such a contest these accused [Ewing et Kearney] can be assured a fair trial without the assistance of counsel<sup>600</sup>.

Le juge McDonald de la Cour suprême de l'Alberta reprend cette idée de déséquilibre des forces, mais va plus loin et s'attarde aux conséquences importantes du dépôt d'accusations criminelles:

---

**(598)** (1974) 18 C.C.C. (2d) 356 (C.A.C.-B.).

**(599)** C'est ainsi qu'interprète ce passage le juge McDonald dans *Re White and the Queen*, (1976) 32 C.C.C. (2d) 478, 488 (C.S.Alb.).

**(600)** *Re Ewing et Kearney et La Reine*, (1974) 18 C.C.C. (2d) 356, 358 (C.A.C.-B.).

Its sum, in the context of the process of the criminal law, is the protection of dignity of the citizen when he is deprived of his liberty and he is accused of having committed an offence. The power and forces of the state are marshalled against him; he has suffered the humiliation and degradation of being deprived of his liberty and threatened with continued deprivation of his liberty or some other penalty; he faces potential obloquy among family, friends, employer and associates in his vocation; he faces economic loss and even disaster<sup>601</sup>.

À cet égard, être représenté par un avocat présente plusieurs avantages. Le juge McDonald, de la Cour supérieure de l'Alberta, en dresse une liste non exhaustive. L'avocat nous permet notamment de:

1. connaître ses droits relatifs à l'arrestation et la détention;
2. savoir comment obtenir une libération sous caution;
3. exercer effectivement son droit au silence au procès;
4. obtenir une aide professionnelle à la préparation de la défense sans que l'incarcération préventive ne soit un obstacle;
5. questionner efficacement les témoins et évaluer adéquatement les faits présentés à l'enquête préliminaire;
6. préparer et présenter une défense pleine et entière, notamment sur les questions à poser aux témoins, l'admissibilité de la preuve, l'adresse au jury à l'ouverture du procès et la plaidoirie finale sur les faits et le droit;
7. être représenté en appel<sup>602</sup>.

L'accusé a droit à ce que le système de justice ne soit pas injuste envers lui<sup>603</sup>, il doit avoir la possibilité d'être représenté et parfois, c'est l'intérêt de la justice qui le recommande<sup>604</sup>. Les tribunaux agissant sous l'empire de la *Charte* sont allés plus loin: l'accusé peut maintenant exercer son droit d'être représenté aux frais de l'État s'il répond aux critères précédemment exposés.

Toutefois, il est apparent à la lecture de la description de l'importance et du rôle de l'avocat que ce dernier ne remplit pas les tâches essentielles qui sont habituellement réservées à l'expert pour des raisons, justement, d'expertise: cueillette des données,

---

(601) *Panacui c. Legal Aid Society of Alberta*, [1988] 1 W.W.R. 60, 66, conf. pour d'autres motifs (1991) 111 A.R. 237, 238 (C.A.).

(602) *Ibid.*

(603) *Idem*, 67.

(604) *Barrette c. R.*, [1977] 2 R.C.S. 121, 126; *Vescio c. R.*, [1949] R.C.S. 139, 147 (en obiter).



analyse, vulgarisation, etc.<sup>605</sup> Le rôle de l'avocat sera de mettre la science en relation avec le droit pour soutenir la cause de son client. L'avocat et l'expert sont donc complémentaires, mais à chacun son domaine d'expertise.

Le contre-interrogatoire de tous les témoins, ordinaires ou experts, est un élément qui ressort beaucoup de la description du contexte des procédures criminelles et de l'importance et du rôle de l'avocat. Le contre-interrogatoire est un droit, maintenant constitutionnalisé<sup>606</sup>, une facette du droit de présenter une défense pleine et entière, mais, encore plus que la généralité du droit à l'avocat, un outil très concret de la défense de l'accusé.

Le contre-interrogatoire du témoin ordinaire est particulièrement crucial, notamment s'il est un témoin oculaire. L'avocat de la défense doit faire ressortir les faiblesses de sa déposition, ses contradictions, les incertitudes ou les faussetés de ses propos, par des questions précises sur l'identité de l'accusé, les dates, heures, durée, connaissance personnelle et déroulement des événements, conditions climatiques, visibilité, etc. L'avocat, dont c'est une des tâches principales, puisera à même les informations fournies par son client, ses proches, d'autres témoins et lors de la divulgation de la preuve par la Couronne, qui comprend notamment des résumés des dépositions des témoins à charge, pour bâtir le contre-interrogatoire.

L'avocat procédera de même avec le témoin expert. Les résultats de ses analyses seront, comme tous les éléments de preuve disculpatoires ou incriminants recueillis par la poursuite, préalablement divulgués par la Couronne. L'avocat de la défense examinera la méthodologie utilisée, la comparera à celle qui a généralement cours dans le domaine; il vérifiera l'acceptation par la communauté scientifique de la théorie utilisée; il scrutera la validité des observations empiriques et des conclusions de l'expert. À partir de ces informations, il tentera d'attirer l'attention du juge des faits sur les faiblesses qui minent la validité des conclusions de l'expert et tentera par le fait même

---

(605) *Supra*, notes 590 et s., sur le rôle de l'expert.

(606) *Supra*, note 532.

d'amoindrir l'impact du témoignage de l'expert sur la décision ultime du juge des faits.

Cependant, il est illusoire de présumer que l'avocat moyen aura toutes les connaissances requises pour mener à bien ces tâches et contre-interroger efficacement l'expert. L'efficacité ne suppose pas de miner à tout coup la crédibilité, mais d'avoir pu raisonnablement fait ressortir les faiblesses et les zones floues du témoignage de l'expert, de l'amener à tracer certaines nuances, préciser certains calculs, la certitude des conclusions et le confronter à d'autres expertises, études, etc. Cependant, il est clair que la présence d'un expert sera nécessaire à l'avocat pour remplir son rôle.

La relation entre le droit à l'expert et le droit à la divulgation de la preuve se définit un peu différemment. En fait, dans ce cas, le droit à l'expert est plutôt sous-jacent au droit à la divulgation. En effet, peu importe le type de preuve présenté<sup>607</sup>, l'avocat peut veiller au respect du droit à la divulgation sans l'aide d'un expert. Cependant, lorsque la preuve divulguée a une teneur scientifique, l'expert interviendra, en jouant le même rôle qu'il joue lorsqu'il témoigne au procès ou qu'il aide l'avocat à préparer le contre-interrogatoire. Seulement, son intervention se situe en phase préparatoire au procès; l'expert peut alors jouer le rôle de conseiller en guidant l'avocat de la défense sur la stratégie à suivre. Par exemple, si un rapport d'autopsie est accablant, la confirmation de l'opinion de l'expert de la Couronne peut amener l'avocat à suggérer à son client de plaider coupable et négocier une mise en accusation pour une infraction moindre et incluse ou l'imposition d'une peine plus douce. Inversement, devant un rapport moins convaincant, l'expert recommanderait alors l'adoption d'une stratégie plus agressive, établirait les éléments nécessaires à la contestation de la preuve, guidant ainsi le choix de l'avocat d'une tout autre façon. De même, il peut exprimer une opinion sur la situation de l'accusé en suggérant la présentation d'une défense d'aliénation

---

(607) Voici des exemples de types de preuve dont la divulgation a été ordonnée: *R. c. Wood*, (1989) 51 C.C.C. (3d) 201 (C.A.Ont.) (rapports de sciences criminelles (*forensic reports*), d'autopsies, d'autorisations et de transcriptions d'écoute électronique et des photographies prises par les policiers); *R. c. W.(D.D.)*, (1994) 94 C.C.C. (3d) 424 (C.S.C.-B.). inf. (1997) 114 C.C.C. (3d) 506 (C.A.C.-B) (rapport d'analyse d'échantillons d'ADN); *R. c. Adams*, (1995) 38 C.R. (4th) 257, 263 (C.P.T.-N) (manuel d'utilisation du *Breathalyzer*).

mentale<sup>608</sup> ou de légitime défense causée par le syndrome de la femme battue<sup>609</sup>, pour ne reprendre que des exemples courants.

Parfois, sans nécessairement qu'aucun droit conféré par la *Charte canadienne* n'intervienne directement, les conditions d'ouverture de certaines défenses font que la présentation d'une preuve d'expert est nécessaire. C'est des motifs des jugements rendus sur la question que l'on pourra déduire cette nécessité, laquelle peut être illustrée par deux exemples.

Dans l'arrêt *Daviault*<sup>610</sup>, qui porte sur la possibilité de présenter une défense d'intoxication volontaire à l'encontre d'une accusation d'agression sexuelle, la Cour donne plusieurs indices de la nécessité d'une preuve d'expert dans les cas d'intoxication grave:

Les motifs par lesquels le juge La Forest souligne l'importance d'établir la *mens rea* dans les infractions criminelles apportent un appui solide à l'adoption de la position préconisée par les juges Wilson et L'Heureux-Dubé, savoir de modifier la règle de l'arrêt *Leary* de façon à permettre qu'on fasse la preuve d'une intoxication grave ayant entraîné chez l'accusé un état voisin de l'aliénation mentale ou de l'automatisme<sup>611</sup>.

L'aliénation mentale et l'automatisme étant des sujets d'expertise, on peut présumer que pour prouver que l'accusé était, au moment de la commission du crime, dans un état qui s'y apparentait, il devra présenter le témoignage d'un expert. C'est ce que conclut en toutes lettres la Cour suprême:

Seul l'accusé est en mesure de témoigner quant à la quantité d'alcool qu'il a consommée et aux effets que cela lui a causés. Il faudra recourir au témoignage d'experts pour confirmer que l'accusé se trouvait probablement dans un état voisin de l'automatisme ou de l'aliénation mentale par suite de son ivresse. Dans ses motifs, le juge Grenier

---

(608) *Code criminel*, art. 16.

(609) *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852.

(610) *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63. Les effets de ce jugement ont été contrés par l'adoption de l'art. 33.1 C.cr. Voir *supra*, note 5.

(611) *Idem*, 86.

([1991] R.J.Q. 1794) a souligné à bon droit la nécessité de recourir au témoignage d'un expert. Il a dit (à la p. 1797):

La déposition de l'expert Louis Léonard revêt une importance particulière dans ce dossier. Le seul témoignage d'un accusé à l'effet qu'il n'était pas conscient de ce qu'il faisait risque, dans la plupart des cas, de ne pas constituer un fondement suffisant pour permettre au tribunal de conclure qu'il était inconscient en raison d'une absorption excessive d'alcool. Une preuve scientifique est quasi essentielle pour étayer une défense d'automatisme attribuable à un degré avancé d'intoxication<sup>612</sup>.

L'arrêt *Parks*<sup>613</sup> portait quant à lui sur la présentation d'une défense d'automatisme. L'accusé avait présenté le témoignage de cinq experts qui étaient tous d'avis qu'il était en état de somnambulisme au moment de la commission des crimes, mais pas de maladie mentale<sup>614</sup>. Ils étaient cependant d'avis qu'une personne qui se trouve dans un tel état ne peut penser, réfléchir ou agir volontairement<sup>615</sup>. Dans ce cas comme dans l'arrêt *Daviault*, il ne suffit pas que l'accusé témoigne du manque de contrôle de lui-même: il doit prouver certains faits précis et des antécédents médicaux, en plus de se soumettre à une batterie de tests médicaux<sup>616</sup>.

L'accusé, donc, qui aurait voulu présenter une défense d'intoxication volontaire grave ou qui veut présenter une défense d'automatisme doit, tel qu'il ressort des motifs de la Cour suprême dans ces deux arrêts, recourir aux services d'un expert. Pourtant, surgiront inévitablement des cas dont la base factuelle se prête à la présentation de tels moyens de défense, mais, faute de moyens, l'accusé ne pourra les invoquer.

Le procès juste et équitable, dans le cas de l'accusé confronté à des éléments ou des témoignages à teneur scientifique, sera donc celui pendant lequel l'accusé a eu une véritable chance de réfuter ces éléments par la présentation d'une preuve scientifique indépendante. La présentation d'une défense pleine et entière, dans ce cas, sera la possibilité de présenter une preuve scientifique contraire ou, lorsque l'accusé

---

(612) *Idem*, 101.

(613) *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871.

(614) *Idem*, 885. Le somnambulisme ne serait pas une maladie mentale: *ibid.*

(615) *Idem*, 886.

(616) *Idem*, 908. Ce qui fait dire à la Cour qu'il est très difficile de feindre le somnambulisme.

a à faire valoir des moyens de défense à sa propre initiative, la possibilité de recueillir les éléments de preuve nécessaires et de faire témoigner l'expert, si cela est indiqué. En anglais, l'expression «*full answer and defence*» a été interprétée dans un sens large, «*answer*» couvrant la défense visant à contrer les faits mis en preuve et «*defence*» désignant tous les moyens, en faits et en droit, dont dispose l'accusé pour se défendre<sup>617</sup>. La possibilité d'exercer le droit à une défense pleine et entière ne peut exister sans latitude et il revient à l'accusé de choisir comment il entreprendra sa défense<sup>618</sup>. L'accusé doit donc, lorsqu'il exercera son droit d'être assisté des services d'un expert, pouvoir choisir de quelle façon ces services seront utilisés<sup>619</sup>.

Tout au long de ce mémoire, il n'est nullement question de la violation des droits constitutionnels de l'accusé. Le principe de base qui tient lieu d'épicentre de la réflexion est qu'il faut donner à l'accusé les moyens de faire face, de façon efficace, à la preuve d'expert qui sera présentée contre lui et de présenter ses moyens de défense avec tous les outils dont il aura besoin. Le procès qui se déroulera de cette façon sera considéré juste et équitable et l'accusé qui disposera de ces moyens pourra présenter une défense pleine et entière. Maintenant que les fondements du droit constitutionnel aux services d'un expert en droit canadien sont posés, il faut analyser les facteurs qui donnent ouverture à la reconnaissance de ce droit.

---

(617) *R. c. Romer et autres*, (1914) 23 C.C.C. 235, 241 (C.M.Mtl.).

(618) *R. c. Sproule*, (1887) 14 O.R. 375, 380 et 384 (H.C.J.Ont.).

(619) Dans l'arrêt *Sproule*, *idem*, le juge Cameron spécifie que le droit à une défense pleine et entière couvre celui d'appeler comme témoin toute personne, même un magistrat (p. 383). Si l'accusé, pour des raisons financières, ne peut appeler comme témoin un expert, on ne peut pas dire, pour reprendre ces motifs, qu'il possède toute la latitude requise à la possibilité réelle de présenter une défense pleine et entière. Les termes généraux du juge Cameron, même s'ils sont plus que centenaires, conservent toute leur pertinence. Les propos de la juge McLachlin dans l'arrêt *Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 608, sont au même effet: «Bref, la dénégaration du droit de présenter ou de contester une preuve équivaut à la dénégaration du droit d'invoquer un moyen de défense autorisé par la loi».

tous les coaccusés<sup>627</sup>. Toutefois, chaque accusé a droit à son avocat lors de la comparution, du choix du jury, de la présentation de la preuve contre lui, de l'appel des témoins de la défense, de l'adresse aux jurés et pendant les délibérations, ces étapes du procès étant jugées «[t]he critical parts of the trial requiring the presence of counsel.»<sup>628</sup>. Or, jamais la commodité administrative n'a-t-elle eu droit de cité en matière de contestation fondée sur la *Charte*<sup>629</sup> et le fardeau fiscal ne doit jamais être pris en considération. Un tribunal pourrait légitimement imposer des critères rigoureux (bien qu'il faille à tout prix éviter d'imposer des critères à partir de cas flagrants parce que la barre est placée trop haute et cela équivaut presque à ne pas reconnaître de droit du tout) pour éviter l'avalanche de demandes, mais ces tracasseries ne sauraient à eux seuls justifier la non-reconnaissance du droit constitutionnel à la présence d'un avocat au procès et en appel. De plus, et cela est fondamental, on ne saurait affirmer que les tribunaux doivent éviter le plus possible de s'ingérer dans le régime d'aide juridique des provinces; les dispositions de la *Charte*, le droit à un procès équitable en tête, sont les considérations principales qui doivent guider l'effet sur les droits de l'accusé des critères d'admissibilité des justiciables. Les lois sur l'aide juridique, comme les autres, sont soumises aux préceptes fondamentaux de la *Charte*. Que les déclarations de principe des tribunaux obligent les provinces à augmenter les budgets alloués à ces postes ne doit pas être un facteur à considérer dans la reconnaissance d'un droit constitutionnel.

En fait, il faut replacer le débat dans le contexte propre au droit criminel et à ses fondements. Le passage suivant des motifs du juge Farris, dissident dans l'affaire *Ewing*, trace la marche à suivre et situe admirablement bien les antagonistes:

Our criminal justice system is administered under the adversary system; that is to say, a system where a conflict arises between a citizen and the State the two are to be regarded as adversaries. The conflict is to be resolved by fighting it out according to fixed,

---

(627) *R. c. Rowbotham*, (1988) 41 C.C.C. (3d) 1, 68 (C.A.Ont.).

(628) *Ibid.*

(629) *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, 681 (C.A.); *Ake c. Oklahoma*, 470 U.S. 68, 83 (1985).

sometimes rather arbitrary rules. The tribunal trying the matter settles the dispute on the basis of only such evidence as the contestants choose to present. In such a proceeding there are rules of procedure and rules of evidence that can only be properly understood and applied after years of training and experience. For this reason, the Crown in this case, as it does in most criminal cases, employs counsel who are trained in the law. The prosecutor not only has this advantage but he has the resources of the State and the power of the police force behind him. Anyone who has prosecuted an assize or who has conducted prosecutions in any court knows what it means to have such power available. [...] In my opinion, it is unrealistic in the extreme to believe that in such a contest these accused [Ewing et Kearney] can be assured a fair trial without the assistance of counsel<sup>630</sup>.

## B. L'analyse des critères retenus par les tribunaux américains

Les tribunaux américains semblent bien tentés, pour la plupart, de limiter d'autres façons l'accès à un expert. Loin de nier explicitement le rôle de l'expert, ils les excluent des questions dites secondaires ou, craignant les batailles d'expert, impose un fardeau de preuve trop lourd à l'accusé en élaborant des tests beaucoup trop restrictifs ou en exigeant une preuve de la viabilité de la défense avant même qu'elle ne soit présentée, expert à l'appui. Deux auteurs, plus libéraux, prônent carrément l'abandon même des critères de nécessité<sup>631</sup> et de préjudice<sup>632</sup>, le premier étant trop difficile à satisfaire, le deuxième parce que la preuve est impossible à faire. L'expérience américaine n'est cependant pas qu'insatisfaisante; comme dans toute analyse comparée, certains critères doivent être rejetés, d'autres retenus.

---

(630) *Re Ewing et Kearney et La Reine*, (1974) 18 C.C.C. (2d) 356, 358 (C.A.C.-B.).

(631) F.W. BENNETT, *loc.cit.*, note 626, p. 135.

(632) *Idem*, 137. L'arrêt *Ake* créerait une présomption qu'un procès ne sera pas équitable si l'état d'esprit de l'accusé est remis en question, mais qu'il n'a pas l'aide d'un expert pour présenter sa défense. Voir aussi David A. HARRIS, «*Ake Revisited: Expert Psychiatric Witnesses Remain Beyond Reach of the Indigent*», 68 *N.C.L.Rev.* 763, 771 (1990).



## I. Les critères à rejeter

Regroupés en quatre sous-groupes, les critères retenus en droit américain<sup>633</sup>, somme toute peu nombreux, n'ont pas tous le même effet sur la reconnaissance concrète (par opposition à la reconnaissance de principe formulée par la Cour suprême américaine dans l'arrêt *Ake*) du droit à l'expert. Dans le sous-groupe de la nécessité de l'expertise, de limiter l'accès à l'expert aux situations où son témoignage sera central revient à nier l'influence qu'il peut avoir sur les questions dites secondaires, mais d'une grande importance; l'exigence de la preuve d'un besoin particularisé, quant à elle, est beaucoup trop lourde pour que les accusés dont la cause n'est pas des plus claires, solides, puissent satisfaire à un tel fardeau de preuve.

Deux autres sous-groupes de critères, ceux de l'impact de la preuve sur l'issue du procès et de l'exigence de la preuve d'un préjudice, restreignent quant à eux l'accès aux services d'un expert en obligeant l'accusé, qui n'a pas eu les bénéfices d'une consultation ou d'une expertise préparatoire, à prouver *a priori*, en toute hypothèse, le déroulement du procès et son issue. L'adoption par les tribunaux américains de tous les critères rejetés va à l'encontre de l'esprit et de la lettre de l'arrêt *Ake*.

### a. Deux formulations du critère de nécessité

Le critère de nécessité exige en gros que l'accusé présente une preuve *prima facie* de ses moyens de défense, ce qu'il entend démontrer, à l'aide de quelle base factuelle, bref, l'accusé doit prouver, selon un fardeau de preuve plus ou moins intense, en quoi ou comment l'expert est nécessaire à la présentation d'une défense pleine et entière. Pourtant, on écarte ainsi de nombreuses demandes valables: pour satisfaire à ce critère, il faudrait dans beaucoup de cas consulter un expert pour savoir si la défense est viable et livrer, dès ce stade préliminaire, ses moyens de défense, alors que la demande vise justement à combler le besoin d'en bâtir une. Certains commentateurs, comme on le verra dans la section B, préconisent ainsi un fardeau de preuve beaucoup plus léger

---

(633) *Supra*, notes 109 et s.

et des critères plus généraux.

Deux formulations du critère de nécessité sont à rejeter: l'exigence que le témoignage de l'expert soit central à la défense et la preuve d'un besoin particularisé.

### **i. Le témoignage central à la défense**

Le témoignage de l'expert, si l'on doit satisfaire à ce critère pour obtenir l'accès aux services d'un expert, doit non seulement dépasser en importance tous les autres éléments de preuve, mais doit porter sur l'unique question en jeu, l'unique élément de preuve qui relie l'accusé au crime ou qui établit les éléments constitutifs de l'infraction<sup>634</sup> ou, de façon plus générale, doit se situer au cœur de la défense<sup>635</sup>.

Le principal défaut d'un tel critère est qu'il est dénué de nuances. L'accusé qui est confronté à une telle exigence tentera inévitablement, dans son intérêt, de placer plus d'emphase qu'il ne le ferait normalement sur l'importance de la preuve scientifique au procès. De ce fait, pour avoir accès aux services d'un expert, il doit mettre de côté ou minimiser le traitement d'autres questions qui auraient pu être soulevées au procès, mais dont il doit atténuer l'importance pour qu'un tribunal accède à sa requête.

La perversion que cause l'adoption d'un tel critère est triple. D'abord, l'emphase est indûment placée sur l'expertise, alors que le juge des faits doit évaluer l'ensemble de la preuve avant de statuer sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé<sup>636</sup>. Les risques que le juge des faits ne s'attarde qu'à la preuve d'expert pour rendre sa décision sont grands, alors que le rôle de l'expert n'est pas de donner une opinion sur la culpabilité

---

(634) *Supra*, notes 170 et s.. La preuve peut être centrale à la poursuite, en quel cas elle devient centrale à la défense (note 170), centrale à la défense seulement (note 173) ou devenir centrale du seul fait du domaine d'expertise, comme l'ADN, dont l'utilisation en droit criminel suscite encore beaucoup de débats (note 176).

(635) *Supra*, note 186.

(636) Dans *Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 21, la Cour suprême rappelle que: «La preuve d'expert risque d'être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits. Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infaillible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite».

ou l'innocence de l'accusé<sup>637</sup>, mais d'évaluer les faits qu'il a observés ou qui lui ont été soumis et, dans la mesure où les règles de preuve le permettent, de tirer certaines conclusions factuelles<sup>638</sup>.

Un tel critère oblige ensuite l'accusé à gonfler l'importance de l'objet de l'expertise, alors qu'il n'en connaît pas les conclusions (sa requête vise principalement à obtenir une opinion et il est impossible d'en connaître la teneur et la valeur probante à l'avance). L'accusé se voit en quelque sorte obligé de négliger certains aspects de sa défense, si ce n'est pas d'autres moyens de défense qu'il devra carrément mettre de côté pour avoir accès à un expert et soutenir efficacement un moyen de défense ou contredire valablement la preuve présentée par la Couronne. Un bon plaideur convaincra le tribunal de la grande importance de la preuve scientifique, alors qu'elle est peut-être marginale. De ce fait, l'utilisation de la science au procès se pervertit parce qu'elle n'est pas replacée dans la juste perspective d'un élément de preuve, important certes dans plusieurs cas, mais d'un élément parmi tant d'autres. Il faut donner à la science l'importance qui lui revient. Il n'est pas dit que dans chaque cas, la preuve scientifique doive demeurer la seule question en jeu sur laquelle repose la culpabilité ou l'innocence de l'accusé.

L'accusé qui, enfin, ne bénéficie d'une cause en béton et composée d'une multitude d'éléments de preuve de toutes sortes, donc qui se situe dans la majorité des cas, et dont la défense a besoin d'être enrichie d'une expertise ne pourra avoir accès aux services raisonnables d'expertise. L'adoption d'un tel critère en droit canadien, qui vise non seulement la découverte de la vérité, mais la condamnation des personnes coupables et la libération des innocents, serait incompatible avec ces deux derniers principes fondamentaux et restreindrait indûment l'accès aux services.

Mais il n'est pas que cette formulation du critère qui soit contraignante. La preuve d'un besoin particularisé, l'expression le laisse entendre, est encore plus exigeante.

---

(637) *Idem*, 24.

(638) *Ibid.*

## ii. La preuve d'un besoin particularisé

Ici encore, il s'agit d'un sous-groupe composé de deux expressions du critère de nécessité, le besoin particularisé et la demande spécifique, cette fois d'une norme plutôt contraignante.

Le critère de la preuve d'un besoin particularisé se définit souvent par la réunion de plusieurs facteurs en eux-mêmes plus ou moins stricts<sup>639</sup>, comme la probabilité raisonnable que l'expertise soit importante à la préparation de la défense et la démonstration que le procès ne sera pas équitable si l'aide d'un expert est refusée<sup>640</sup>.

Une démonstration *a priori* de l'impossibilité ou de la difficulté de tenir un procès équitable sans le témoignage d'un expert est impossible à faire pour une foule de raisons qui forment la base du rejet du critère du préjudice. Comme j'examine ces raisons dans la sous-section (c), *infra*, j'y renvoie le lecteur. Mais si, en plus, on exige de l'accusé la preuve d'un autre facteur, on s'aperçoit bien vite que le fardeau devient extrêmement lourd pour l'accusé qui recherche les moyens de bâtir sa défense, explorer les stratégies raisonnablement disponibles et évaluer les éléments de preuve scientifiques qui seront présentés par la Couronne pour prouver sa culpabilité.

L'exemple de l'arrêt *Green*<sup>641</sup> illustre clairement mon propos. Pour satisfaire au critère de nécessité retenus par la Cour suprême du Mississippi, l'accusé doit prouver la présence d'un préjudice, l'impossibilité de miner la crédibilité des experts de l'État à l'aide d'un contre-interrogatoire serré, la place qu'occuperait la preuve scientifique dans sa défense, à quel point il a eu accès aux experts de l'État<sup>642</sup> et souligner les erreurs

---

(639) *Supra*, notes 203 et s.

(640) *State c. Green*, 477 S.E.2d 182, 189 (N.C.App. 1996). D'autres critères ont été réunis: notes 205 et s.

(641) 631 So.2d 167, 171-72 (Miss. 1994). Voir les détails de cet arrêt *supra*, note 211 et s.

(642) Dans l'État du Mississippi, il est acceptable de consulter les experts de l'État pour bâtir une preuve qui minera leur crédibilité. La présence d'un expert indépendant n'est pas considérée vitale à la présentation d'une défense pleine et entière et à la tenue d'un procès équitable: *ibid.* On peut cependant se demander dans quelle mesure et avec quel désintéressement l'expert de l'État saura-t-il «aider» l'accusé qui cherche à miner la validité de ses conclusions.

que ces derniers auraient pu commettre, le tout... sans expert<sup>643</sup>. On ne peut prouver l'impossibilité, qui est une exigence beaucoup plus grande que d'exiger la preuve d'une certaine ou grande difficulté, de miner les experts de l'État sans l'avis d'un expert qui confirmera à l'accusé, pendant la préparation de son procès, l'impossibilité d'attaquer cette crédibilité et qui, de toute façon, sera indispensable à la préparation d'un contre-interrogatoire serré, pas plus que l'on peut souligner les erreurs qui auraient pu être commises sans posséder une certaine connaissance du domaine d'expertise.

La norme de la demande spécifique s'attache au contenu de la requête<sup>644</sup>. Par exemple, le code de procédure criminelle de la Floride<sup>645</sup> prévoit que la requête doit être très spécifique et souligner la complexité des connaissances scientifiques impliquées, identifier l'expert et son domaine d'expertise, indiquer en substance le contenu de son témoignage potentiel, identifier quels experts de l'État sont réfutés et préciser que l'expertise est centrale à la défense<sup>646</sup>. Comme si le fardeau n'était pas assez lourd et ne demandait pas d'avoir complété des démarches auprès d'un expert dont on recherche pourtant l'accès, la jurisprudence exige en plus la preuve de la nécessité de l'expertise et du préjudice qui découlerait du rejet de la requête<sup>647</sup>.

Quelle que soit la formulation du critère de nécessité, le témoignage central à la défense ou la preuve d'un besoin particularisé, le résultat est le même: le fardeau de preuve est lourd, peut-être parce que les tribunaux cherchent à développer une norme qui leur permet de se prémunir des requêtes frivoles et éviter de surcharger les tribunaux de demandes d'accès aux services d'un expert, d'éviter ainsi l'allongement des délais procéduraux d'instruction des accusations et, par le fait même, réduire ou contribuer à maintenir les coûts de l'administration de la justice. Les critères développés sont indûment restrictifs et ne contribuent pas à donner sa pleine acception moderne au droit de présenter une défense pleine et entière, ce que pourtant laisse supposer

---

(643) *Ibid.*

(644) *Supra*, notes 221 et s.

(645) *Code of Criminal Procedure*, F.S. §914.06. Voir le texte en annexe.

(646) *Ibid.*

(647) *Dingle c. State*, 654 So.2d 164, 166 (Fla.App. 3 Dist. 1995).

les motifs généraux de l'arrêt *Ake*. Ce faisant, les tribunaux écartent bon nombre de requêtes valables, qui portent sur des sujets qui auraient mérité d'être traités en profondeur, pour des motifs qui n'ont rien à voir avec l'accusation ou l'accusé lui-même. D'autres critères, dont celui de la preuve de l'impact de la preuve scientifique sur l'issue du procès, ont un effet similaire.

### **b. L'impact et la complexité de la preuve scientifique**

Certaines juridictions<sup>648</sup> exigent de l'accusé qu'il démontre la possibilité que la preuve qui serait présentée par l'expert ait un impact significatif sur l'issue du procès et qu'un doute raisonnable serait soulevé pour motiver l'accès aux services d'un expert<sup>649</sup>. Une telle norme crée le fardeau de preuve suivant: l'accusé doit prévoir l'influence sur le juge des faits d'une preuve dont il n'a pas connaissance, l'accusé lui-même n'en connaissant pas la teneur puisque sa demande vise à avoir accès à un expert. L'accusé doit en outre prévoir la réaction du juge des faits et démontrer que la preuve scientifique présentée par la défense sera suffisamment solide pour miner la crédibilité de la preuve scientifique présentée par la poursuite, au point même de motiver un acquittement.

Il existe cependant un courant d'opinion qui présume que l'avocat de la défense ne possède pas l'expertise requise pour défendre efficacement son client face à une preuve scientifique et qui prône un accès assez large aux services d'un expert<sup>650</sup>. On bénéficie ainsi du témoignage de l'expert de la défense, ce qui n'a pas qu'un effet négatif: l'expert de la défense aidera le juge des faits à replacer les faits dans un contexte différent et approprié<sup>651</sup> et «protège» l'accusé contre une certaine paresse intellectuelle du juge des faits qui ne s'en remettrait qu'à l'opinion de l'expert de la

---

(648) *Supra*, note 226

(649) *Ibid.*

(650) *Supra*, notes 235 et s.

(651) *Supra*, note 239 Voir également Elizabeth F. MARINGER, «Witness for the Prosecution: Prosecutorial Discovery of Information Generated by Non-testifying Defense Psychiatric Experts», 62 *Fordham L.Rev.* 653, 657 (1993).

Couronne, toujours favorable à celle-ci, qui serait d'ailleurs incontestée<sup>652</sup>.

La complexité de la preuve touche des points un peu différents. En général, les tribunaux qui utilisent ce facteur dans l'évaluation de la demande considèrent que plus la preuve est complexe et controversée, plus la balance doit pencher du côté de l'accusé et favoriser l'accès aux services d'un expert<sup>653</sup>. J'écris en général parce que, comme il est démontrée dans la partie précédente<sup>654</sup>, l'ADN, pour ne prendre que cet exemple, fait l'objet de nombreux débats dans la doctrine américaine<sup>655</sup> sans pour autant que cette controverse suffise à assurer l'accès à l'expert dès que la poursuite entend présenter ce type de preuve.

L'utilisation d'un tel critère est éminemment subjectif et l'analyse qui est faite par le juge des faits de l'absence et de l'existence de controverse peut être influencée par une foule de facteurs qui n'ont rien à voir avec le procès ou la preuve elle-même. Là encore, l'ADN fournit un bon exemple de la subjectivité d'un tel critère.

On peut penser, à la lecture des titres-chocs ou simplement évocateurs des journaux, que la preuve d'ADN qui est présentée à un procès criminel est exempte de toute contestation. Le mythe est répandu même dans la communauté juridique; moi-même, avant de m'informer sur le sujet, j'avais une opinion semblable à celle qui est véhiculée généralement sur la preuve d'ADN<sup>656</sup>. Il en irait de même pour tout domaine de la science avec lequel le juge n'est pas familier; il risque de porter des jugements rapides, croyant posséder les connaissances suffisantes pour le faire, basés sur ses préjugés ou ses croyances. Lorsqu'un juge veut creuser un point de droit particulier, il effectue des recherches, lit des décisions rendues par les tribunaux de sa juridiction, parfois par des tribunaux étrangers. Il fouille les articles de doctrine, les lois, toutes sortes de documents. Si un jury a été formé, le juge doit l'instruire correctement de l'état

---

(652) *Supra*, note 238.

(653) *Supra*, note 224.

(654) *Supra*, notes 227 et s.

(655) Voir spécifiquement la note 229, *supra*.

(656) Voir la bibliographie citée en note 229, *supra*.



du droit sur une question *x*. Pourtant, l'impact et la complexité sont évaluées en l'absence de référence pour confirmer ou infirmer l'opinion première que le juge s'est faite. De plus, comme dans le cas du critère du préjudice, cette évaluation se fait abstraitement, sans possibilité de s'appuyer sur des faits concrets pour évaluer l'impact de la preuve sur le juge des faits et en tenant compte d'un facteur de complexité subjectif qui, de toute façon, ne devrait pas être pris en compte dans l'évaluation des besoins d'expertise de l'accusé.

### **c. Le critère du préjudice**

Plus restrictive encore est l'exigence de la preuve d'un préjudice. Dans plusieurs États, le droit exige que l'accusé démontre qu'il subira un préjudice découlant de la non-présentation d'une preuve d'expert à son procès<sup>657</sup>. Généralement, les tribunaux qui imposent la preuve d'un préjudice requièrent également la preuve de la nécessité de l'expertise, quelle que soit sa forme<sup>658</sup>. En somme, l'accusé doit prouver que le rejet de la requête pour avoir accès aux services d'un expert rendra le procès inéquitable ou fondamentalement injuste.

Contrairement aux critères précédents (sous-sections (a) et (b)), la notion de préjudice a fait l'objet de commentaires par la Cour suprême du Canada. Il en ressort assez clairement que ce n'est pas un critère à retenir en droit canadien, mais il convient de passer en revue l'état du droit sur la question avant d'expliquer les raisons qui motivent son rejet, tant en droit canadien qu'américain.

### **i. Le critère du préjudice en droit canadien**

La jurisprudence de la Cour suprême, à part la position de la juge L'Heureux-Dubé dans *O'Connor*<sup>659</sup> et *Carosella*<sup>660</sup>, est très claire: le préjudice ne doit pas être prouvé pour établir la violation allégué d'un droit constitutionnel.

---

(657) *Supra*, notes 262 et s.

(658) *Supra*, notes 262 et 264.

(659) [1995] 4 R.C.S. 411.

(660) [1997] 1 R.C.S. 80.

La juge L'Heureux-Dubé, dans l'arrêt *O'Connor*, est la seule à traiter le critère du préjudice; les autres juges n'en font même pas mention. Elle est d'avis que deux critères doivent prévaloir dans l'analyse de la réparation appropriée à une violation de l'art. 7 de la *Charte* pour non-divulgence des éléments de preuve<sup>661</sup>, tous deux fondés sur le critère du préjudice<sup>662</sup>. Spécifiquement, l'accusé qui cherche à obtenir l'arrêt des procédures doit satisfaire aux critères suivants:

1. Le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;
2. aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice<sup>663</sup>.

Ce n'est que dans l'arrêt *Carosella* qu'elle affirme plus clairement sa position. Partant de l'idée que l'accusé n'a pas droit à un procès parfait, mais équitable, elle avance que l'accusé qui entend prouver qu'il ne bénéficiera pas d'un procès équitable (à cause de la destruction des éléments de preuve, dans cette affaire) doit prouver qu'il a subi un préjudice<sup>664</sup>. Il faut prouver non pas un préjudice potentiel, mais «une probabilité réelle de préjudice à sa défense par suite de l'absence de documents pertinents»<sup>665</sup>.

Le juge Sopinka, écrivant l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Carosella*, trace une distinction que la juge L'Heureux-Dubé ne fait pas:

---

**(661)** L'arrêt *O'Connor* porte sur la divulgation par la Couronne d'éléments de preuve dont des tierces personnes sont en possession et l'arrêt *Carosella* porte sur la destruction ou la perte de tels éléments de preuve.

**(662)** *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 465.

**(663)** *Ibid.*

**(664)** *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, 122.

**(665)** *Ibid.* La juge L'Heureux-Dubé s'appuie principalement sur la jurisprudence des cours d'appel canadiennes et sur plusieurs jugements rendus par des tribunaux américains. Elle s'appuie également, à la p. 125, sur un passage de l'arrêt *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, 875: «En l'espèce, je n'arrive pas à voir le bien-fondé des arguments de l'intimé suivant lesquels il a subi un préjudice en raison du délai antérieur à l'accusation. En fait, il est beaucoup plus probable que le délai ait été plus préjudiciable à la preuve du ministère public qu'à celle de la défense. [...]». Elle interprète ce passage comme reconnaissant «qu'il fallait démontrer l'existence d'un préjudice véritable avant de pouvoir conclure qu'il y avait eu violation des droits de l'accusé». À mon avis, ce passage ne dit rien de plus que ce qui est écrit: l'accusé a tenté de prouver que la non-disponibilité d'éléments de preuve, 45 ans après les événements allégués, lui causait un préjudice, mais la Cour ne s'est pas rangée à son argument. Ce passage ne spécifie pas que le préjudice doit être prouvé lorsque l'on allègue la violation d'un droit constitutionnel.

Notre Cour a constamment affirmé que l'ampleur du préjudice subi par un accusé n'est pas une question qui doit être prise en considération pour déterminer s'il y a eu violation d'un droit fondamental garanti par la *Charte*. La mesure dans laquelle la violation de la *Charte* a causé préjudice à l'accusé n'est examinée, dans le cadre de l'analyse fondée sur la *Charte*, qu'à l'étape concernant la réparation<sup>666</sup>.

Comme ce mémoire ne porte que sur le droit constitutionnel aux services d'un expert aux frais de l'État, et non sur les réparations qui pourraient découler d'une violation de ce droit, il faut seulement retenir de ce passage que le critère du préjudice ne doit pas être pris en considération en droit canadien. Quoiqu'il en soit de la position définitive de la Cour suprême sur la question, il existe d'autres raisons pour rejeter l'utilisation du critère de préjudice.

## ii. Le rejet du critère du préjudice

Obliger l'accusé à prouver le préjudice qui découlerait de l'impossibilité de présenter au procès une preuve d'expert qui appuie sa thèse, c'est l'obliger à conjecturer sur le déroulement du procès et sur l'impact de la preuve qu'il présenterait. Un passage de l'arrêt *Antinello*<sup>667</sup>, qui porte sur la non-divulgaration par la Couronne d'éléments de preuve, exprime bien cette idée:

Le ministère public [...] a proposé l'étonnant argument suivant, savoir que l'accusé qui allègue la violation de son droit de présenter une défense pleine et entière par suite de la non-divulgaration d'éléments de preuve doit prouver que cette omission du ministère public l'a *probablement* privé d'un procès équitable. Accepter ce point de vue équivaldrait à dire que l'accusé, pour faire respecter son droit à la divulgation, doit d'abord démontrer la chose même dont il se plaint d'être privé, c'est-à-dire la connaissance de toute l'importance de ce qui n'a pas été révélé<sup>668</sup>.

Évidemment, on ne peut avoir une idée précise<sup>669</sup> de la nature de la preuve d'expert pour les mêmes raisons qui justifient l'abandon des deux premières formulations du

(666) *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, 100. Voir aussi p. 101-03

(667) *R. c. Antinello*, (1995) 97 C.C.C. (3d) 126 (C.A.Alb.).

(668) *Idem*, 136-37. La traduction est tirée de *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, 105.

(669) A.M. WILLIS, *loc.cit.*, note 1, p. 1026.

critère de nécessité<sup>670</sup>, encore moins de son impact<sup>671</sup>. Il faudrait pour ce faire évaluer la solidité des témoins experts eux-mêmes, ce qui peut influencer le jugement que l'on portera sur les résultats de leur expertise, prévoir la composition du jury, s'il y en a un, et la compréhension qu'il aura des expertises qui seront présentées, prouver que la présentation d'une expertise par la Couronne seulement, de même que l'absence de preuve présentée par l'accusé au soutien d'un moyen de défense lui crée un tort qui rendra le procès fondamentalement injuste ou inéquitable et l'empêcherait de présenter une défense pleine et entière, sans connaître le déroulement de l'instruction du procès ni ses acteurs<sup>672</sup> et en étant profane en matière scientifique<sup>673</sup>. Autant nier le droit à l'expert.

Tout au plus aurait-on pu limiter, comme la Cour suprême du Maine l'a fait, l'utilisation du critère du préjudice aux procédures d'appel<sup>674</sup>. On nage néanmoins dans l'abstrait parce que l'on n'a pas eu le bénéfice des services de l'expert et on devra prouver, même si l'on est en appel, tous les éléments énumérés quelques lignes plus haut pour faire la preuve du préjudice. L'exigence de la preuve d'un préjudice a le même effet en matières scientifiques que sur les questions de droit ordinaires; on ne peut invoquer la négation d'un droit et prouver ce qui aurait pu se passer si le tribunal de première instance avait reconnu ce droit ou si, en respectant toutes les exigences, le juge des faits aurait rendu une décision différente.

L'expérience américaine peut sembler négative à plusieurs égards; plusieurs critères doivent être rejetés parce qu'ils restreignent l'accès aux services d'un expert au-delà

---

(670) *Supra*, sous-section (a).

(671) D.A. HARRIS, *loc.cit.*, note 632, p. 771: «The reasoning behind this rule [celle du préjudice] is flawed. To get the expert, the defense must show what the expert can do for him; without the expert, the defense may be unable to demonstrate the expert's potential importance. Given the complexity of psychiatry, defense counsel may be ill-equipped to show the court how the trial would be found unfair without the expert's help».

(672) Habituellement, on peut évaluer l'impact qu'a une preuve sur le procès quand elle a été admise, pas quand elle est exclue ou qu'on ne peut la «créer»: M.J. LORENGER, *loc.cit.*, note 583, p. 553; D.A. HARRIS, *loc.cit.*, note 632, p. 772.

(673) A.M. WILLIS, *loc.cit.*, note 1, p. 1026.

(674) *State c. Gordius*, 544 A.2d 309, 310 (Me. 1988). Elle est d'ailleurs le seul tribunal à avoir adopté cette position.

de ce qui est nécessaire à la conservation de l'intégrité des procédures criminelles. Il subsiste néanmoins quelques critères acceptables. Tout compte fait, une expérience aussi négative a l'avantage de nous indiquer comment ne pas développer un concept qui ne répond pas à ses objectifs premiers, c'est-à-dire maintenir la tenue de procès justes et équitables et assurer à l'accusé la possibilité de véritablement présenter une défense pleine et entière.

## **II. Les critères à retenir**

Il n'y en a que deux. Le premier, l'admissibilité de la preuve scientifique, tombe sous le sens. Si la preuve est inadmissible, elle ne peut servir de base à la reconnaissance constitutionnelle du droit à l'expert; en effet, on ne peut forcer la présentation d'un élément de preuve qui dénaturerait ou entraverait l'appréciation des faits, ni même qui donnerait lieu à un acquittement, sans vider les art. 7 et a. 11d) de la *Charte* de leur contenu<sup>675</sup>. Il ne faut cependant pas faire de cette règle une règle absolue, tout comme il faut nuancer l'utilisation du critère de la probabilité raisonnable.

Formulation la moins contraignante du critère de nécessité, l'exigence de la probabilité raisonnable doit néanmoins être nuancée. Il ne faut pas, bien sûr, acquiescer à toutes les demandes des accusés. Ils devront mettre en preuve certains faits, par exemple qui donneraient ouverture à un certain moyen de défense; néanmoins, il est possible d'éviter les effets pervers des autres formulations du critère de nécessité, qui étaient surtout d'obliger à établir la nécessité à partir de ce que l'expert viendrait dire alors que l'accusé n'a pu le rencontrer, en ajoutant la possibilité d'obtenir les services d'un expert à l'étape préparatoire et exploratoire du procès.

### **a. L'admissibilité de la preuve scientifique**

Il est inutile de rappeler les critères d'admissibilité de la preuve d'expert. La question la plus importante à ce stade de l'analyse serait plutôt de guider la décision du juge

---

(675) *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 696 et 700-01 (j. L'Heureux-Dubé, diss. en partie), s'appuyant sur *Dersch c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 1505, 1515.

qui sera placé devant une demande d'accès aux services d'un expert sur une question qui ne fait pas l'unanimité ou dont le statut «scientifique» n'est pas tout à fait reconnu.

Pour l'instant, la preuve de polygraphe est inadmissible au Canada<sup>676</sup>. Il est possible, peu importe à quel degré, qu'un jour, un scientifique découvre une façon fiable d'interpréter les réactions physiologiques d'une personne qui est soumise à ce type d'examen. On peut raisonnablement supposer qu'une telle découverte ne suffirait pas à donner une crédibilité et un statut «scientifique» à la preuve de polygraphe dès sa découverte. Pourtant, l'accusé pourrait réussir à prouver que, malgré le peu de fiabilité habituellement prêté à ce type d'élément de preuve, les nouvelles découvertes sont susceptibles de remettre en question l'inadmissibilité totale de ce type de preuve. Dès lors, dans certains cas, il sera peut-être préférable de permettre à l'accusé l'accès qu'il réclame, le laisser présenter ses éléments de preuve et, plutôt que de les évaluer à la lumière des motifs d'admissibilité, les soumettre au test de la valeur probante qui suit l'admissibilité de la preuve<sup>677</sup>.

### **b. Le critère de nécessité**

Il y a peu à ajouter sur le critère de nécessité lui-même. L'exigence de probabilité raisonnable est articulée différemment des autres formulations du critère de nécessité en ce qu'elle exige la preuve de faits, bien sûr, mais pas nécessairement une preuve du contenu de l'expertise qui pourrait être présentée. Toutefois, on verra que dans une certaine mesure, même si la probabilité raisonnable est moins exigeante que les autres formulations du critère de nécessité, elle peut avoir les mêmes effets négatifs. C'est pourquoi il est important d'ajouter au droit d'obtenir les services d'un expert au procès la possibilité de consulter un expert pendant les phases exploratoire et préparatoire; de cette façon, on pourra, à l'aide de faits concrets, prouver que l'expertise est nécessaire à la présentation d'une défense pleine et entière et à la tenue d'un procès juste et équitable.

---

(676) *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, 408.

(677) *Graat c. R.*, [1982] 2 R.C.S. 819, 835-38.

### i. La probabilité raisonnable

On rencontre deux autres expressions de ce concept: la nécessité raisonnable et l'aide que l'expertise peut apporter à la défense<sup>678</sup>. L'exigence de probabilité raisonnable oblige l'accusé à démontrer l'apport de l'expert à la présentation de sa défense<sup>679</sup> ou que l'expert permettra la présentation d'un moyen de défense valable<sup>680</sup> en s'appuyant sur des faits concrets, apparents à la consultation du dossier.

L'exemple donné par l'arrêt *Dobynne*<sup>681</sup> marque bien la différence entre cette formulation du critère de nécessité et celles rejetées précédemment. La défense avait mis en preuve que l'accusé avait été délaissé par sa mère à l'âge de deux ans, que ses parents étaient tous les deux alcooliques et que sa mère était dépendante à l'héroïne; son profil indiquait une dépendance à la cocaïne au moment du crime, des abus de drogue, un quotient intellectuel peu élevé et une grande possibilité d'exposition fœtale à l'alcool<sup>682</sup>. Évidemment, tous les accusés ne présenteront pas autant de symptômes ou d'éléments documentés comme dans cet exemple. Il faudrait, dans certains cas, avoir la possibilité de dresser le profil de l'accusé, ce qui permettrait à la défense d'explorer divers moyens de défense, rejeter ceux qui ne sont pas valables et préparer la présentation de la défense, ce qui inclut le contre-interrogatoire des témoins à charge, experts ou non, et la présentation des moyens de défense. Sans cette phase préparatoire, la possibilité que le critère de la probabilité raisonnable soit interprété de façon aussi défavorable que les critères qui ont été rejetés subsiste<sup>683</sup>; c'est entre autres pour éliminer cette possibilité que le droit aux services d'un expert aux frais de l'État devrait comporter une phase exploratoire et préparatoire.

---

(678) *Supra*, notes 153 et s.

(679) *Supra*, note 146.

(680) *Supra*, note 147.

(681) 672 So.2d 1319 (Ala.Cr.App. 1994); 672 So.2d 1354 (Ala. 1995).

(682) *Idem*, 1346.

(683) D'ailleurs, F.W. BENNETT, *loc.cit.*, note 626, p. 136, estime que le test de raisonnabilité n'est pas susceptible de rencontrer les préceptes de l'arrêt *Ake*.



## ii. L'importance des phases exploratoire et préparatoire

En droit criminel, le rôle de l'expert est de plus en plus considéré vital à la défense de l'accusé. C'est celui qui peut faire pencher la balance vers un acquittement si son témoignage et ses rapports d'expertise suffisent à soulever un doute sur la validité des conclusions des experts à charge. Entre le doute sur la validité des conclusions de l'expert et le doute raisonnable, il n'y a qu'un pas qui sera vite franchi et, malheureusement, le doute raisonnable en droit et le doute quant à la validité d'une expertise particulière seront bien souvent confondus. De même, si seul un expert témoigne en faveur de la poursuite, l'absence de doute quant à la validité de son opinion et l'absence de doute raisonnable risquent de ne faire qu'un, ce qui est une situation encore pire: le juge des faits n'a pas de référence pour évaluer la preuve scientifique et faute de connaissances, il ne pourra la rejeter<sup>684</sup>. La confusion s'installe et l'impact de l'expertise fournira toutes les bases à une condamnation, parfois d'innocents. Que la preuve scientifique puisse mener à une condamnation n'est pas grave en soi. Il est même souhaitable que les poursuites criminelles s'instruisent à partir de tous les moyens valides mis à la disposition des parties. Toutefois, lorsque le processus est vicié, il faut le redresser et c'est dans cette optique que l'accusé doit avoir les moyens de présenter sa vision d'une question scientifique particulière. La décision finale prise par le juge des faits n'en acquiert que plus de crédibilité.

Prenant ainsi pour acquis que l'accusé est mieux servi par les services d'un expert que par ceux d'un avocat en matière scientifique, il faut explorer le rôle qu'il peut jouer dans la présentation par l'accusé d'une défense pleine et entière. Il comporte deux facettes.

L'expert, et c'est peut-être là sa fonction la plus importante<sup>685</sup>, peut jouer une fonction

---

(684) Au contraire, ce sont ces «batailles d'experts» qui permettent au juge des faits d'évaluer la preuve scientifique qui lui est présentée: John M. WEST, «Expert Services and the Indigent Criminal Defendant: The Constitutional Mandate of *Ake v. Oklahoma*», 84 *Mich.L.Rev.* 1326, 1349 (1986).

(685) F.W. BENNETT, *loc.cit.*, note 626, p. 123. Limiter cette fonction aux questions essentielles du procès plutôt que secondaires sera des plus tentants pour les tribunaux, d'autant plus qu'il existe à ce jour au moins un précédent: *People c. Scott*, 593 N.E.2d 198 (Ind. 1992). Encore une fois, cette

exploratoire et préparatoire. C'est avant le procès que l'avocat de la défense préparera sa stratégie. Il évaluera les éléments de preuve divulgués par le ministère public, analysera les besoins d'une contre-expertise ou, à partir des informations qu'il recueillera ou qui seront transmises par son client, décidera de procéder à des expertises pour soutenir un moyen de défense. On pense tout de suite à l'aliénation mentale, mais on pourrait également souligner la légitime défense par la preuve du syndrome de la femme battue, par exemple.

L'aide de l'expert à cette étape est inestimable. En plus de conseiller l'avocat dans la préparation du contre-interrogatoire de l'expert à charge, il évaluera la qualité des moyens de défense qu'il entend présenter<sup>686</sup>, saura orienter sa stratégie vers d'autres moyens auxquels l'avocat n'avait pas songé et pourra lui conseiller d'abandonner ceux qui présentent le moins de chances de succès<sup>687</sup>. C'est pourquoi l'American Bar Association recommande que les critères retenus pour régir l'accès aux services d'un professionnel de la santé mentale laissent aux accusés une latitude optimale<sup>688</sup>.

Le processus criminel y gagne à tout point de vue. L'accusé pourrait ainsi explorer les moyens de défense qui seraient raisonnablement ouverts dans son cas et pourrait adéquatement, à l'aide d'un rapport préliminaire ou d'éléments en tenant lieu, soutenir une demande d'accès plus complet aux services d'un expert. Mais c'est le processus judiciaire qui se trouverait passablement amélioré par l'introduction d'une telle étape.

D'abord, l'avocat devra mettre en preuve certains faits qui lui permettent d'appuyer sa demande d'accès préliminaire aux services d'un expert. Ce pourrait être des faits qui ressemblent à ceux de l'arrêt *Dobyne*<sup>689</sup> ou la présentation par la Couronne d'un

---

évaluation avant-procès vide le débat de tout son sens en l'absence de base factuelle, de la connaissance du déroulement du procès et de l'importance de certaines questions sur l'issue de la poursuite.

(686) NOTE, «The Supreme Court — Leading Cases. Indigent Criminal Defendants Right to a Psychiatrist», 99 *Harv.L.Rev.* 130, 136 (1985).

(687) AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Criminal Justice Mental Health Standards*, Washington (D.C.), éd. ABA, 1989, p. 85.

(688) *Ibid.*

(689) *Supra*, note 681.

rapport d'expertise. L'étape préparatoire permettrait à l'avocat d'éliminer les stratégies douteuses pour se concentrer sur celles qui sont plus valables, optimisant ainsi le temps des audiences et évitant de détourner l'attention du juge des faits vers des questions qui n'ont que peu de rapports avec les questions qui sont vraiment soulevées au procès. Dans certains cas, l'accusé qui aura eu l'occasion d'évaluer toutes les stratégies possibles préférera peut-être présenter un plaidoyer de culpabilité et négocier l'imposition d'une sentence plus légère. Le système judiciaire y gagnerait non seulement en célérité, mais s'approcherait de son objectif de découverte de la vérité plus efficacement et plus complètement. Une étape préparatoire et exploratoire permettrait également d'identifier les cas où le juge des faits bénéficierait d'une contre-expertise ou d'une opinion qui viendrait nuancer celle de l'expert de la Couronne. La tâche du juge des faits serait plus efficace puisqu'il aurait deux références, partisans bien sûr, mais ce sera inévitablement le cas dans un système contradictoire, plutôt qu'une pour juger de la valeur probante de l'expertise présentée devant lui. Enfin, le fait d'accorder une consultation préliminaire rendrait plus difficile d'en appeler des décisions du tribunal de première instance. L'accusé qui a eu accès à un expert, même en phase préliminaire, et qui n'a pas réussi à convaincre le juge de la nécessité de pousser plus loin la phase préparatoire du procès, ou qui a choisi pour des raisons stratégiques de ne pas présenter de preuve d'expert, pourra difficilement invoquer qu'il n'a pu présenter une défense pleine et entière ou qu'un procès juste et équitable n'a pas été tenu. Il vaut mieux pencher vers l'erreur en accordant l'accès aux services d'expertise, surtout que, en imposant la preuve de la nécessité de l'expertise, l'accusé ne peut être en mesure de la prouver lors de la présentation de sa demande<sup>690</sup>.

L'étude du droit américain a l'avantage de porter directement sur la question du droit à l'expert. Il ne faut cependant pas négliger l'apport du droit canadien à notre analyse; outre l'assise constitutionnelle qu'il fournit, le droit à la présence d'un avocat

---

(690) F.W. BENNETT, *loc.cit.*, note 626, p. 123; D.A. HARRIS, *loc.cit.*, note 632, p. 782: «If a resource basic to an adequate defense is at stake, it makes sense to use a standard that errs in favor of providing the assistance of an expert whenever reasonably beneficial rather than a standard so difficult to meet that defendants unable to conduct an adequate defense without assistance cannot obtain it».

au procès tel que défini en droit canadien rend l'étude de ce mémoire spécifique au droit canadien.

L'expert et l'avocat jouent des rôles similaires. Chacun est un expert dans son domaine; l'expert en sciences, l'avocat en droit. Au procès, ils ont la tâche commune de représenter l'accusé et défendre ses intérêts. L'expert mettra à son service ses connaissances scientifiques, l'avocat ses connaissances juridiques. Le rôle de l'expert et de l'avocat sont également complémentaires dans la préparation de la défense en ce que l'avocat mettra en termes juridiques la preuve présentée par l'expert: il devra établir son admissibilité en preuve, faire ressortir la valeur probante de l'expertise à partir des critères développés en droit et démontrer que la preuve présentée contribue à soulever un doute raisonnable. L'expert et l'avocat, ayant des rôles et des connaissances respectives spécifiques, ne peuvent exister l'un sans l'autre; c'est pourquoi, avant de proposer une série de facteurs qui pourraient être retenus en droit canadien, il est important de s'attarder aux critères retenus pour l'analyse des contestations déposées sur la base du droit à la présence d'un avocat au procès.

### **C. L'exemple du droit à l'avocat au procès en droit canadien et l'élaboration d'une proposition canadienne**

On a vu dans la section précédente (B) que les différentes interprétations de l'arrêt *Ake* proposées par les tribunaux américains sont indûment restrictives et s'écartent sensiblement de l'objectif poursuivi par la Cour suprême américaine lorsqu'elle a rendu cette décision de principe. Subrepticement, la conjugaison des critères de nécessité et de préjudice (ou la conjugaison d'autres facteurs), la définition trop exigeante du critère de nécessité ou le rejet des requêtes pour de simples formalités (par exemple, ne pas avoir nommé l'expert que l'on voudrait engager ou avoir omis de fournir une estimation des coûts engagés) ou la simple exigence de la preuve du préjudice ont compliqué outre mesure la tâche des avocats de la défense et ont placé l'emphase sur l'intérêt de l'État à maintenir son avantage stratégique et financier sur l'accusé. Dans l'arrêt *Ake*, le juge Marshall pour la majorité avait pourtant pris la peine de répéter

que la décision s'inscrivait dans le courant du développement des droits de l'accusé et modernisait la signification de l'accès significatif à la justice et de l'expression «the basic tools of an adequate defense»<sup>691</sup>. L'argument voulant que le fardeau financier serait trop lourd à supporter pour les États et que l'administration de la justice avait tout intérêt à restreindre autant que possible l'accès aux services d'un psychiatre (pour éviter la présentation d'une avalanche de demandes et de défenses frivoles) avait également été rejeté du revers de la main<sup>692</sup>.

On peut illustrer l'effet de l'absence d'un expert au procès par l'énumération des désavantages que comporte la non-représentation par un avocat au procès:

1. l'accusé n'est généralement pas familier avec la procédure et ne pourra relever les erreurs procédurales;
2. il ne connaît pas nécessairement ses droits en matière de divulgation de la preuve;
3. il ne peut valablement évaluer les éléments de preuve qui seront présentés et identifier ceux qui sont inadmissibles;
4. il ne possède pas les outils pour plaider la demande d'exclusion;
5. il ne peut évaluer la qualité des éléments de preuve qui sont présentés par la Couronne;
6. le contre-interrogatoire des témoins ne sera certainement pas efficace, particulièrement s'il s'agit d'un expert;
7. il ne peut identifier les moyens de défense crédibles à présenter, particulièrement les moyens de droit;
8. il ne connaît pas les rouages de la présentation de la preuve par l'accusé;
9. il peut facilement omettre de présenter des éléments de preuve pertinents;
10. il ne peut plaider efficacement lors de l'audience sur sentence.

L'absence d'un avocat de la défense au procès peut avoir plusieurs conséquences très importantes, qui peuvent se traduire par une déclaration de culpabilité, la privation de liberté plus ou moins longue ou l'imposition d'une amende plus ou moins lourde et la constitution d'un casier judiciaire.

L'absence d'un expert, qui d'une certaine manière n'est que l'extension de l'avocat

---

(691) Une position reprise dans *Husske c. Commonwealth*, 448 S.E.2d 331, 335 (Va.App. 1994), inf. pour d'autres motifs, 476 S.E.2d 920 (Va. 1996).

(692) *Ake c. Oklahoma*, 470 U.S. 68, 83 (1985).

— il le complète en apportant son bagage de connaissances scientifiques — aurait absolument un effet semblable à l'absence d'un avocat. Il faut cependant circonscrire les facteurs de reconnaissance du droit à l'expert, comme les tribunaux le font pour tout droit, inscrit nommément dans la *Charte* ou pas. Pour toutes ces raisons, que l'on pourrait détailler et auxquelles on peut en ajouter bien d'autres<sup>693</sup>, la présence d'un avocat est cruciale à la tenue d'un procès juste et équitable et la présentation d'une défense pleine et entière. Autrement, l'accusé serait obligé d'en appeler de la déclaration de culpabilité, mais la technicité et la complexité des appels et des questions de droit qui y sont débattues rendent illusoire pour un accusé de se représenter lui-même. La possibilité d'en appeler de la décision n'est qu'un élément de plus qui rend l'argument circulaire.

Quelques décisions canadiennes portant sur le droit à la présence d'un avocat au procès proposent des tests moins élaborés et plus généraux<sup>694</sup> que ceux développés à partir de l'arrêt *Ake*, mais posent, en bout de ligne, la même question que celle à laquelle doivent répondre les tribunaux américains qui ont à traiter les demandes d'accès aux services d'un expert: est-ce qu'un procès équitable peut être tenu, dans les circonstances, sans la présence d'un avocat? Il est plus utile de se reporter à un ensemble de facteurs, comme ceux que propose la jurisprudence et d'autres propres à chaque espèce. De cette façon, les avocats seront mieux outillés pour évaluer les chances de succès d'une éventuelle requête; ils seront à même de mieux la préparer sachant d'avance et précisément quelles données factuelles peuvent et doivent être mises en preuve; les juges pourront prendre une décision plus cohérente, basée sur un ensemble de faits et ne seront pas pris au dépourvu devant un vide factuel; l'ensemble des décisions formera un tout plus homogène. On pourra ainsi couvrir la plupart des situations factuelles et quelques décisions pourront servir de précédents sans nécessairement attendre que la Cour suprême se prononce sur la question.

---

(693) Voir *supra*, note 602, sur les avantages d'être représenté.

(694) *R. c. Robinson*, (1989) 51 C.C.C. (3d) 452, 479 (C.A.Alb.); *Spellacy c. Newfoundland*, (1991) 91 Nfld. & P.E.I.R. 74, 84 (C.S.T.-N.). Évidemment, tous les critères développés dans la section du droit à la présence d'un avocat ne sont pas utiles à développer un modèle du droit à l'expert en droit canadien. Seuls ceux retenus sont traités dans les paragraphes suivants.

Évidemment, le droit à l'expert, pas plus que les autres droits, ne doit pas devenir un droit absolu, automatique, qu'il suffit de mentionner pour y avoir droit. Pour préserver l'intégrité du système judiciaire et éviter que le procès ne devienne un forum où les avocats plaident à coups d'expertise, il faut circonscrire l'accès aux services d'un expert aux cas où les intérêts de la justice et de l'accusé le requièrent.

Les principes qui se dégagent de ce mémoire s'appliquent dans une situation bien précise: lorsque l'accusé n'a pas accès aux services d'un expert par le biais du service d'aide juridique de sa province. Donc, comme pour le droit à l'avocat<sup>695</sup>, l'inadmissibilité à l'aide juridique ou si l'accusé est admissible, mais que l'accès aux services d'un expert ne lui est pas accordé, est une condition préalable à l'ouverture d'un recours contre l'État. Le tribunal devra ensuite évaluer la situation financière de l'accusé, qui devra prouver qu'il n'est pas en mesure d'embaucher un expert<sup>696</sup>.

Les deuxième, troisième et quatrième critères de reconnaissance du droit à l'avocat peuvent être regroupés sous l'expression «complexité des procédures». La jurisprudence sur le droit à l'avocat fait de la nature et la gravité de l'infraction<sup>697</sup> et de la peine qui peut être imposée<sup>698</sup>, de la complexité des procédures intentées contre l'accusé<sup>699</sup> et des difficultés à entrevoir dans la collecte des éléments de preuve<sup>700</sup> les premiers critères auxquels l'accusé devra satisfaire. Pour les fins du droit à l'expert, ce n'est pas la complexité des procédures qui importe, mais la complexité de la preuve présentée par la Couronne ou la défense.

Une preuve scientifique sera par essence toujours complexe pour la personne non initiée. Il est irréaliste de présumer que l'avocat moyen, si l'accusé est représenté, pourra s'acquitter de sa tâche efficacement en face des éléments de preuve scientifique

---

(695) *Supra*, notes 485 à 488.

(696) *Supra*, note 493.

(697) *Supra*, note 489.

(698) *Supra*, note 490.

(699) *Supra*, note 491.

(700) *Supra*, note 492.



simples aux yeux du spécialiste, mais complexes aux yeux du profane qu'est l'avocat<sup>701</sup>. De plus, contrairement au droit à l'avocat auquel, dans une certaine mesure, on peut suppléer l'obligation du juge du procès de veiller au respect des droits de l'accusé non représenté, on ne peut se rabattre sur une telle option en matière scientifique. Le juge moyen, on peut encore le présumer, ne possédera pas les connaissances requises pour efficacement guider le contre-interrogatoire de l'expert par l'accusé. Il est profane autant que l'avocat qui se débat contre une preuve d'expert. Il est alors superfétatoire d'imposer la preuve de la complexité des éléments de preuve puisque celle-ci pourrait, dans une certaine mesure, être présumée. Cependant, il ne faut pas conclure que toutes les demandes seront acceptées: l'accusé devra satisfaire aux autres critères, dont celui de nécessité et, en cas de doute, le juge pourrait n'accorder qu'un accès limité à la phase exploratoire. Encore, l'accusé devra mettre en lumière un certain nombre de faits qui justifient l'accès aux services d'un expert pour la phase préparatoire. À partir des recommandations ou conclusions de l'expert, il pourra formuler une nouvelle requête pour un accès plus approfondi et complet. À cette étape, l'accusé devra également présenter suffisamment d'éléments de preuve pour justifier la nécessité de l'expertise. De cette façon, il est possible, sans rendre la tâche des avocats de la défense autrement difficile, de réguler le nombre de demandes sans pour autant nier l'accès aux accusés qui en auraient besoin.

En somme, on peut résumer les critères à utiliser comme suit:

1. L'inadmissibilité à l'aide juridique et le refus des services d'aide juridique de défrayer les coûts d'une expertise alors qu'elle est nécessaire;
2. L'admissibilité de la preuve scientifique selon les critères habituels développés par la jurisprudence;
3. La nécessité de l'expertise, qui devra être démontrée à la phase exploratoire et à la phase préparatoire du procès et celle du témoignage au procès comme tel.

Cette position souple rejoint celle préconisée par un auteur:

---

**(701)** Il en sera de même de la grande majorité des accusés; il devient alors superflu d'évaluer la capacité de l'accusé à se défendre contre la preuve présentée comme des accusations qui pèsent contre lui dans le cas du droit à l'avocat: *supra*, note 498.

«A defendant who has been qualified to proceed as an indigent in a criminal case and who is unable to obtain investigative, expert or other services for his defense may request them in an *ex parte* application to the court filed by defense counsel. That court shall authorize defense counsel to obtain the services on behalf of the defendant when:

(A)(1) There is a timely request by defense counsel, accompanied by a motion and affidavit setting forth specific facts and reasons why the request is necessary or helpful to an adequate defense; or

(2) whenever the government has indicated by pretrial discovery or a pretrial conference that it will be offering the testimony of an expert, and the defense deems it appropriate to retain a defense expert to prove the same facts or legal issue; and

(B) the court makes a finding that the defendant is financially unable to obtain the requested services; and

(C) defense counsel certifies that the case is one that will result, or is likely to result, in a contested trial<sup>702</sup>.

---

(702) F.W. BENNETT, *loc.cit.*, note 626, p. 135.

## Conclusion

Ce mémoire prend pour acquis la complexité de la preuve scientifique présentée au procès et l'incapacité de l'accusé, avocat, juge ou juré moyen de s'y retrouver. J'aurais bien sûr pu épiloguer davantage sur la question, mais il me semblait que cette affirmation ne saurait être totalement fausse même si elle n'était pas analysée dans ses moindres détails. Les opinions peuvent être partagées, on l'a vu notamment sur l'appréciation de la complexité de la preuve d'ADN, et une bonne partie de ce mémoire aurait pu être consacrée à l'utilité d'un expert dans la présentation de toutes sortes de preuve. Cependant, les motifs généraux de l'arrêt *Ake* sous-tendent la complexité de la preuve et l'impossibilité pour un avocat de pallier l'absence d'un expert. Sinon, je ne vois pas pourquoi la Cour suprême américaine aurait donné des lignes directrices aussi larges.

Je voulais donc centrer mon mémoire sur une autre question, celle du résultat de l'arrêt *Ake*, qui a été de reconnaître en droit constitutionnel américain le droit aux services d'un expert aux frais de l'État. Ultimement, je voulais transposer tout en l'adaptant l'état du droit américain à l'état du droit constitutionnel canadien. Mes recherches m'avaient démontré la pauvreté des publications juridiques sur la preuve d'expert en droit criminel canadien et toutes ses implications, constitutionnelles ou non. L'accès à un expert semblait constituer le bon point de départ de tout un corpus juridique de la preuve scientifique en droit criminel.

Cet accès, que la Cour suprême américaine semblait vouloir favoriser plutôt largement, a cependant été restreint par les motifs des différentes cours suprêmes et d'appel des États; bien que l'argument financier ait été rejeté explicitement dans l'arrêt *Ake*, on peut comprendre de cette attitude qu'à la fois les tribunaux cherchent à limiter l'avalanche de demandes frivoles qui pourraient paralyser le système judiciaire et qui coûteraient, en bout de ligne, très cher à l'administration de la justice. Pourtant, rien ne prouve que ce serait le cas. Ce choix a comme conséquence directe de restreindre indûment l'accès aux services d'un expert et fait porter aux accusés le fardeau de renverser le préjugé des juges au sujet du sérieux des demandes en plus de les obliger à prouver le bien-fondé de leur demande. On a vu, dans le cas de l'ADN, que des tribunaux sont allés jusqu'à juger qu'il s'agissait d'un élément de preuve peu complexe qui ne nécessitait pas la présentation d'une preuve d'expert au soutien de la défense. Considérant que la Couronne fera toujours témoigner au moins un expert qui viendra expliquer les résultats de l'analyse, en apparence si simples, on peut se demander dans quelle mesure les préceptes de l'arrêt *Ake* ont servi de guide à de telles décisions.

Non seulement, donc, la jurisprudence américaine peut-elle servir de canevas à la reconnaissance en droit canadien du droit à l'expert, mais elle donne un exemple clair de l'orientation que l'on ne doit pas emprunter dans l'état actuel des différentes notions de droit constitutionnel canadien. Le droit à un procès juste et équitable, à une défense pleine et entière, dont découlent le droit à la présence d'un avocat au procès, le droit au contre-interrogatoire et à la divulgation préalable de la preuve sont définis, en droit canadien, largement et de façon analogue aux principes qui se dégagent de l'arrêt *Ake*. Il se dégage des principes du droit constitutionnel canadien que tout doit être raisonnablement mis en œuvre pour permettre à l'accusé de bénéficier pleinement des droits que lui confèrent la *Charte* et la jurisprudence; il devenait alors important de ne pas tomber dans le panneau et de donner les pistes, dès maintenant, qui permettraient d'éviter la construction d'un schéma théorique dont les effets pratiques iraient à l'encontre des orientations qui guident habituellement les décisions

des tribunaux.

Des critères, on ne peut en inventer indéfiniment. Des restrictions pratiques m'obligent à énumérer une série de facteurs qui, si l'on veut à la fois stimuler l'accès aux services d'un expert et limiter les contrecoups inévitables de la reconnaissance d'un tel droit, comme l'avalanche de demandes frivoles, impliquent la présentation de certains éléments de preuve qui portent directement sur le sujet de l'expertise. Il fallait donc ajouter la composante de la préparation, totalement occultée par la jurisprudence américaine, mais qui permet à toutes les parties de disposer de faits concrets, dont certains peuvent impliquer des connaissances, sur lesquels débattre la demande d'accès. On retarde peut-être le processus initial de l'audition du procès, mais on évite ainsi la présentation de moyens de défense ou d'éléments de preuve peu crédibles ou dont l'effet est de détourner le juge des faits de la seule question qui doit toujours être débattue au procès: la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. On évite aussi les longues procédures d'appel, du moins sur ces questions.

Le droit à l'expert au procès ne doit pas être l'ultime, mais bien le déclencheur d'une réflexion plus vaste sur la place et la fonction de la science en droit criminel. Bien sûr, entre-temps, il faut développer des modalités d'implantation de ce droit. Il reste plusieurs étapes à franchir avant d'avoir une notion complète, dont la plupart des facettes a été explorée. Une brève analyse de la jurisprudence et de la doctrine américaines fait ressortir d'autres éléments, qui débordent du cadre restreint de ce mémoire, mais qui ont une influence directe sur la définition du droit à l'expert et sur l'étendue et l'efficacité de son implantation en droit canadien.

L'intensité du droit qui est créé, d'abord. Il convient de signaler une divergence importante au sein de la Cour suprême du Canada, qui s'est principalement exprimée dans l'arrêt *R. c. La*<sup>703</sup>. Le juge Sopinka, écrivant au nom du juge en chef Lamer et des juges Cory, Iacobucci et Major, était d'avis que le droit à la divulgation était un droit

---

(703) [1997] 2 R.C.S. 680.

constitutionnel distinct reconnu par l'art. 7 et que le non-respect de cette obligation entraîne une violation de l'art. 7<sup>704</sup>. Le juge Sopinka soutient que même si le droit à la divulgation est respecté, le droit à une défense pleine et entière subsiste, ce qui en fait un droit constitutionnel autonome<sup>705</sup>. Il s'appuie sur les motifs des arrêts *Stinchcombe, R. c. Tran*<sup>706</sup>, et *Carosella*.

Tout à l'opposé, la juge L'Heureux-Dubé (à laquelle se rallient les juges La Forest, Gonthier et McLachlin) est d'avis que le droit à la divulgation, héritage de la *common law*, n'est qu'un corollaire du droit à une défense pleine et entière et que seul ce dernier doit être reconnu comme un principe de justice fondamentale<sup>707</sup>. La divulgation n'est donc rien d'autre qu'un «processus qui sert les droits de l'accusé»<sup>708</sup>. Tout en reconnaissant l'existence d'une certaine confusion conceptuelle entre le droit à la divulgation et le droit à une défense pleine et entière, elle avance que le droit à la divulgation ne peut être érigé en droit autonome parce que toute omission n'équivaut pas à une violation de la *Charte*<sup>709</sup>. La juge s'appuie notamment sur les motifs des arrêts de la Cour suprême et de la Cour d'appel dans l'affaire *O'Connor*<sup>710</sup>.

Cette distinction conceptuelle balisera l'importance que l'on entend donner au droit à l'expert. En le qualifiant de droit autonome, la violation de ce seul droit donne ouverture à une réparation en vertu de la *Charte*. Inversement, si on entend lui donner peu d'importance, on le rattachera à un droit préexistant, comme le droit à une défense pleine et entière, et l'accusé a dans ce cas le fardeau beaucoup plus lourd de prouver que le non-respect du droit à l'avocat a entraîné la négation du droit à la tenue d'un procès juste et équitable ou à la présentation d'une défense pleine et entière.

Une fois circonscrit, il faut développer le comment, les moyens d'implantation

---

(704) *Idem*, 691-93.

(705) *Idem*, 693.

(706) [1994] 2 R.C.S. 951.

(707) *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, 699.

(708) *Idem*, 700.

(709) *Ibid.*

(710) (1994) 90 C.C.C. (3d) 109 (C.A.C.-B.).

concrète du droit à l'expert en droit canadien. Le comment comporte deux facettes. La première porte sur la base juridique qui permet à un tribunal d'ordonner, en l'absence de disposition législative expresse, à l'État de prendre en charge les honoraires de l'expert dont les services ont été retenus par l'accusé. En l'absence de tels moyens, il est toujours possible au juge d'ordonner l'arrêt des procédures jusqu'à ce que l'État se soit conformé à l'ordonnance.

La deuxième porte spécifiquement sur des questions de procédure. Dans l'arrêt *Ake*, la Cour suprême américaine spécifie bien que la demande de l'accusé, qui vise l'émission d'une ordonnance enjoignant l'État à assumer les dépenses liées à la préparation de la défense et au témoignage de l'expert, doit être présentée au cours d'un processus *ex parte*, c'est-à-dire hors de la présence de l'avocat de la poursuite<sup>711</sup> et des autres parties. C'est également ce que prévoient le code américain depuis les années 1960 et plusieurs lois et décisions étatiques. C'est que sans cela, la Couronne serait informée, à l'avance, de la stratégie qu'entend prendre la défense; elle aurait vent de certains faits, inévitablement dévoilés parce qu'au soutien de la demande, dont elle n'aurait pas nécessairement connu autrement l'existence. Faut-il le rappeler, l'accusé a le droit au silence<sup>712</sup> et il n'est pas obligé de dévoiler quoi que ce soit.

Une fois ces questions résolues, il faut entrer dans le vif du sujet et qualifier la relation qui s'établit entre l'expert et le processus criminel. Les tribunaux américains ont généralement défini le rôle de l'expert de trois façons: en tant qu'expert de la défense, en tant qu'expert de la cour auquel les deux parties ont accès et en tant qu'expert de la poursuite que l'avocat de la défense peut consulter. Comme l'expert n'est qu'en fait l'extension de l'avocat, qui lui défend toujours exclusivement les intérêts de son client, le rôle de l'expert qui s'inscrit dans cette relation avocat-client doit suivre le même schème de pensée, sans quoi il est illusoire de penser que l'avocat de la cour

---

(711) Aucune mention n'est faite des médias, mais pour les raisons qui suivent, il devient évident qu'ils en seraient également exclus. La requête serait donc présentée à huis clos.

(712) *Charte canadienne*, al. 11c) et art. 13; *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, par. 5(1).



ou de la poursuite mettra tout en œuvre pour que l'accusé mine efficacement la preuve qu'il a lui-même présentée. La question de l'indépendance pose également, comme dans le cas du droit à l'avocat, celle du choix de l'expert.

Le rôle de l'expert peut également influencer la qualité du secret professionnel auquel est soumis l'expert; si l'expert de la défense est également l'expert de la Couronne ou de la Cour, il peut se trouver dans l'obligation implicite de violer le secret professionnel, alors que l'expert qui fait partie intégrante de la défense au même titre que l'avocat serait tenu au secret professionnel jusqu'à son témoignage devant le tribunal, qui équivaut alors à une renonciation. L'accusé ayant le droit de garder le silence tout au long des procédures engagées contre lui<sup>713</sup>, le rôle de l'expert doit être défini en conséquence.

Ces questions en soulèveront inévitablement beaucoup d'autres, à un point tel qu'on peut se demander si des alternatives ne sont pas souhaitables à la présentation de la preuve d'expert dans le cadre du processus contradictoire tel qu'on le connaît. Il aurait été intéressant d'en délimiter les pourtours dans ce mémoire, comme le prévoyait mon projet initial, mais la tâche est trop grande pour ce cadre somme toute relativement restreint.

---

(713) *Ibid.*

## **Annexe I**

### *Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*

#### Article 6 — Droit à un procès équitable

(1) Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

## Annexe II

### Le droit aux services d'un expert (législation fédérale)

#### ***Criminal Justice Act, 18 U.S.C. §3006A(e)***

(e) Services Other Than Counsel. -

(1) Upon Request. - Counsel for a person who is financially unable to obtain investigative, expert, or other services necessary for adequate representation may request them in an ex parte application. Upon finding, after appropriate inquiry in an ex parte proceeding, that the services are necessary and that the person is financially unable to obtain them, the court, or the United States magistrate if the services are required in connection with a matter over which he has jurisdiction, shall authorize counsel to obtain the services.

(2) Without Prior Request. - (A) Counsel appointed under this section may obtain, subject to later review, investigative, expert, and other services without prior authorization if necessary for adequate representation. Except as provided in subparagraph (B) of this paragraph, the total cost of services obtained without prior authorization may not exceed \$300 and expenses reasonably incurred. (B) The court, or the United States magistrate (if the services were rendered in a case disposed of entirely before the United States

magistrate), may, in the interest of justice, and upon the finding that timely procurement of necessary services could not await prior authorization, approve payment for such services after they have been obtained, even if the cost of such services exceeds \$300.

(3) Maximum Amounts. - Compensation to be paid to a person for services rendered by him to a person under this subsection, or to be paid to an organization for services rendered by an employee thereof, shall not exceed \$1,000, exclusive of reimbursement for expenses reasonably incurred, unless payment in excess of that limit is certified by the court, or by the United States magistrate if the services were rendered in connection with a case disposed of entirely before him, as necessary to provide fair compensation for services of an unusual character or duration, and the amount of the excess payment is approved by the chief judge of the circuit. The chief judge of the circuit may delegate such approval authority to an active circuit judge.

## Législation citée

- Charte canadienne des droits et libertés*, L.R.C. (1985), App. II, no. 44
- Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64
- Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46
- Code de déontologie des avocats*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1
- Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25
- Code of Criminal Procedure*, F.S. §914.06
- Code of Criminal Procedure*, Ill.Rev.Stat. 1989, c. 38
- Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*
- Constitution des États-Unis*
- Criminal Justice Act*, 18 U.S.C. §3006A
- Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), App. III.
- Legal Advice and Assistance Regulations* (R.-U.)
- Legal Aid Act 1988*, 1988 (R.-U.), c. 34
- Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, c. C-23
- Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), c. N-5
- Loi sur l'aide juridique*, L.R.Q., c. A-14
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5
- Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), c. Y-1
- Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2
- Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), c. N-1
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), c. I-2
- Loi médicale*, L.R.Q., c. M-9
- Penal Law* (New York)
- Règlement sur l'aide juridique*, (1996) 128 G.O. II, 5307
- Règlement sur les normes du travail*, R.R.Q. 1981, c. N-1.1, r. 3
- Règlement ratifiant l'entente entre le ministre de la Justice et le Barreau du Québec intervenue le 4 avril 1997 sur les conditions d'exercice, la procédure de règlement des différends et le tarif des honoraires des avocats dans le cadre du régime d'aide juridique*, R.R.Q. 1981, c. A-14, r. 2.1
- Social Security Act*, 42 U.S.C. §201

## Table de la jurisprudence citée

*Les décisions dont une des parties est le poursuivant (R., United States, People, State, Commonwealth, etc.) ne sont mentionnées que par le nom de l'accusé.*

### A

*A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536  
*Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482  
*Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24  
*Abel*, (1955) 115 C.C.C. 119 (B.R. Qué.)  
*Adams*, (1995) 38 C.R. (4th) 257 (C.P.T.-N.)  
*Anderson*, (1938) 70 C.C.C. 275 (C.A. Man.)  
*Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870  
*Antinello*, (1995) 97 C.C.C. (3d) 126 (C.A. Alb.)  
*Appleby*, [1972] 2 R.C.S. 303  
*Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199

*Abdul-Salaam*, 678 A.2d 342 (Pa. 1996)  
*Abraham*, 451 S.E.2d 131 (N.C. 1994)  
*Adams*, 888 P.2d 1207 (Wash.App.Div. 1 1995)  
*Ake*, 779 P.2d 460 (Okla. Cr. 1989)  
*Ake c. Oklahoma*, 470 U.S. 68 (1985)  
*Alden*, 767 F.2d 314 (7th Cir. 1984)  
*Allen*, 435 S.E.2d 802 (N.C.App. 1993)  
*Allen*, 653 N.E.2d 65 (Ohio 1995)  
*Amaya-Ruiz*, 800 P.2d 1260 (Ariz. 1990)  
*Anderson*, 630 N.Y.S.2d 77 (A.D. 1 Dept. 1995)  
*Apelt*, 861 P.2d 654 (Ariz. 1993)  
*Arthur*, 711 So.2d 1031 (Ala. Cr.App. 1996)  
*Asberry*, 581 N.E.2d 592 (Ohio App. 5 Dist. 1989)

### B

*B.E.S.T. Plating Shoppe Ltd. and Siapas*, (1987) 32 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.)  
*B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697  
*Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91  
*Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416  
*Barrette*, [1977] 2 R.C.S. 121  
*Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173  
*Bartlett*, (1950) 97 C.C.C. 100 (H.C. Ont.)  
*Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387  
*Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398  
*Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295  
*Bisailon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60  
*Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145  
*Borowski c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 342  
*Boucher*, [1955] R.C.S. 16  
*Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190  
*Buric*, (1996) 106 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.)

*Bailey*, 886 F.Supp. 7 (S.D.W.Va. 1995)  
*Baird*, 604 N.E.2d 1170 (Ind. 1992)  
*Baldi*, 344 U.S. 561 (1953)  
*Banks*, 810 P.2d 1286 (Okla. Cr. 1991)  
*Bannister*, 726 S.W.2d 821 (Mo.App. 1987)  
*Barnabei*, 477 S.E.2d 771 (Va.App. 1996)  
*Barnett*, 909 S.W.2d 423 (Tenn. 1995)  
*Baxter c. Thomas*, 45 F.3d 1501 (11th Cir. 1995)  
*Black*, 815 S.W.2d 166 (Tenn. 1991)  
*Boliek c. Bowersox*, 96 F.3d 1070 (8th Cir. 1996)  
*Bowen*, 911 S.W.2d 555 (Ark. 1995)  
*Bowen c. American Hospital Association*, 476 U.S. 610 (1986)

- Boyd*, 481 S.E.2d 471 (N.C. 1992)  
*Branscomb c. Norris*, 47 F.3d 258 (8th Cir. 1995)  
*Brecht c. Abrahamson*, 507 U.S. 619 (1993)  
*Brewer*, 783 F.2d 841 (9th Cir. 1986)  
*Bridges*, 385 S.E.2d 337 (N.C. 1989)  
*Bright*, 455 S.E.2d 37 (Ga. 1995)  
*Britt c. North Carolina*, 404 U.S. 226 (1971)  
*Brown*, 581 So.2d 1133 (Ala.Cr.App. 1990)  
*Brown*, 825 P.2d 482 (Idaho 1992)  
*Brown*, 875 S.W.2d 828 (Ark. 1994)  
*Brown c. Doe*, 803 F.Supp. 932 (S.D.N.Y. 1992)  
*Buchanan*, 483 S.E.2d 757 (Va. 1989)  
*Bullard*, 650 So.2d 631 (Fla.App. 4 Dist. 1995)  
*Burch*, 487 N.E.2d 176 (Ind.App. 1 Dist. 1985)  
*Burgess*, 450 S.E.2d 680 (Ga. 1994)  
*Burke*, 367 S.E.2d 118 (Ga.App. 1988)  
*Burt*, 658 N.E.2d 375 (Ill. 1995)  
*Buttrum c. Black*, 721 F.Supp. 1268 (N.D.Ga. 1989)  
*Byrd c. Armontrout*, 686 F.Supp. 743 (E.D.Mo. 1988)
- Bönisch c. Autriche*, CEDH, Série A, no. 92, arrêt du 6 mai 1985

## C

- 
- C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763  
*Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637  
*Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80  
*Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727  
*Charest*, (1990) 57 C.C.C. (3d) 312 (C.A.Qué.)  
*Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265  
*Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113  
*Cook*, (1960) 127 C.C.C. 287 (C.A.Alb.)
- Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670  
*Cormier*, (1988) 90 N.B.R. (2d) 265 (B.R.)  
*Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858  
*Caldwell c. Mississippi*, 472 U.S. 320 (1985)  
*Campbell*, 498 A.2d 330 (N.H. 1985)  
*Cannon*, 88 F.3d 1495 (8th Cir. 1996)  
*Cannon*, 922 P.2d 1293 (Wash. 1996)  
*Carter*, 643 A.2d 61 (Pa. 1994)  
*Castor*, 587 N.E.2d 1281 (Ind. 1987)  
*Castro*, 545 N.Y.S.2d 985 (Sup. 1989)  
*Castro c. Oklahoma*, 71 F.3d 1502 (10th Cir. 1995)  
*Castro c. Ward*, 138 F.3d 810 (10th Cir. 1998)  
*Chapman*, 645 A.2d 1 (Me. 1994)  
*Childress*, 58 F.3d 693 (D.C. 1995)  
*Christy c. Horn*, 28 F.Supp.2d 321 (W.D.Pa. 1998)  
*City of Mount Vernon c. Cochran*, 855 P.2d 1180 (Wash.App.Div. 1 1993)  
*Clark*, 498 N.E.2d 918 (Ind. 1986)  
*Clarke*, 635 N.E.2d 1197 (Mass. 1994)  
*Clisby c. Jones*, 960 F.2d 925 (11th Cir. 1992)  
*Coker*, 412 N.W.2d 589 (Iowa 1987)  
*Colloway*, 431 S.E.2d 143 (Ga.App. 1993)  
*Conner*, 580 N.E.2d 214 (Ind. 1991)  
*Cornell*, 878 P.2d 1352 (Ariz. 1994)  
*Cotton*, 641 N.Y.S.2d 858 (A.D. 2 Dept. 1996)  
*Cowley c. Stricklin*, 929 F.2d 640 (11th Cir. 1991)  
*Craig c. Boren*, 429 U.S. 190 (1976)  
*Crapps*, 646 So.2d 698 (Ala.Cr.App. 1994)  
*Crawford*, 824 S.W.2d 847 (Ky. 1992)  
*Cronic*, 466 U.S. 648 (1984)  
*Cropp*, 127 F.3d 354 (4th Cir. 1997)  
*Crossley*, 653 So.2d 631 (La.App. 5 Cir. 1995)  
*Curl*, 162 N.W.2d 77 (Wis. 1969)  
*Cuyler c. Sullivan*, 446 U.S. 335 (1980)

*Clewer*, (1953) 7 Cr.App.R. 37 (C.A.)

## D

---

*Dagenais c. SRC*, [1994] 3 R.C.S. 835  
*Darlyn*, (1946) 88 C.C.C. 269 (C.A.C.-B.)  
*Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63  
*Dehghani c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 1053  
*Dersch c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 1505  
*Deutsch c. Law Society of Upper Canada Legal Aid Fund*, (1985) 48 C.R. (3d) 166 (C.S.Ont.)  
*Dombrowski*, (1985) 18 C.C.C. (3d) 164 (C.A.Sask.)  
*Dubois*, [1985] 2 R.C.S. 350  
*Duke*, [1972] R.C.S. 917  
*Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469

*Daughtery*, 563 So.2d 1171 (La.App. 1 Cir. 1990)  
*Davis*, 549 So.2d 577 (Ala.Cr.App. 1989)  
*Davis*, 863 S.W.2d 259 (Ark. 1993)  
*Davis*, 905 S.W.2d 655 (Tex.App. [Texarkana] 1995)  
*DeFreece*, 848 S.W.2d 150 (Tex.Cr.App. 1993)  
*Dennis*, 555 So.2d 679 (Miss. 1989)  
*Dick*, 677 So.2d 1267 (Ala.Cr.App. 1996)  
*Dickerson*, 827 P.2d 1354 (Or.App. 1992)  
*Dill*, 600 So.2d 343 (Ala.Cr.App. 1991)  
*Dingle*, 654 So.2d 164 (Fla.App. 3 Dist. 1995)  
*Djadi*, 528 A.2d 502 (Md.App. 1987)  
*Doe c. Superior Court (People)*, 45 Cal.Rptr.2d 888 (Cal.App. 2 Dist. 1995)  
*Douglas c. California*, 372 U.S. 353 (1963)  
*Draper c. Washington*, 372 U.S. 487 (1963)  
*Dressler c. Circuit Court*, 472 N.W.2d 532 (Wis.App. 1991)  
*Dubose*, 662 So.2d 1189 (Ala. 1995)  
*Dubose*, 662 So.2d 1156 (Ala.Cr.App. 1993)

*Dunn c. Roberts*, 963 F.2d 308 (10th Cir. 1992)  
*Durant*, 545 F.2d 823 (2d Cir. 1976)  
*Duren c. Hopper*, 161 F.3d 655 (11th Cir. 1998)  
*Durosseau*, 626 So.2d 51 (La.App. 3 Cir. 1993)

## E

---

*E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155  
*Eagles*, (1989) 68 C.R. (3d) 271 (C.A.N.-É.)  
*Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451  
*États-Unis c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462

*Eastlack*, 883 P.2d 999 (Ariz. 1994)  
*Edinburgh*, 896 P.2d 1176 (Okl.Cr. 1995)  
*Edwards*, 868 S.W.2d 682 (Tenn.Cr.App. 1993)  
*Espinosa*, 589 So.2d 887 (Fla. 1991)  
*Evans*, 648 N.E.2d 964 (Ill.App. 1 Dist. 1995)  
*Evitts c. Lucey*, 469 U.S. 387 (1985)  
*Ex parte Dobyne*, 672 So.2d 1354 (Ala. 1995)  
*Ex parte Grayson*, 479 So.2d 76 (Ala. 1985)  
*Ex parte Moody*, 684 So.2d 114 (Ala. 1996)  
*Ex parte Sanders*, 612 So.2d 1199 (Ala. 1993)

*Ex parte Tarrant*, [1984] 2 W.L.R. 613 (B.R.)

## F

---

*Farrell*, (1907) 12 C.C.C. 524 (H.C.J.Ont.)  
*Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701  
*Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154



*Faulkner*, 595 A.2d 28 (Pa. 1991)  
*Fischer c. City of Europa*, 587 So.2d 878  
 (Miss. 1994)  
*Ford*, 630 So.2d 111 (Ala.Cr.App. 1991)  
*Funk*, 379 S.E.2d 371 (Va.App. 1989)

## G

---

*G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716  
*Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421  
*Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259  
*Gouin*, [1926] R.C.S. 526  
*Graat*, [1982] 2 R.C.S. 819  
*Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263

*Gaglione*, 32 Cal.Rptr.2d 169 (Cal.App. 1  
 Dist. 1994)  
*Gambrell*, 347 S.E.2d 390 (N.C. 1986)  
*Gardner c. Holden*, 888 P.2d 608 (Utah  
 1994)  
*Garth*, 536 So.2d 173 (Ala.Cr.App. 1988)  
*Gideon c. Wainwright*, 372 U.S. 335  
 (1963)  
*Glass*, 597 N.E.2d 660 (Ill.App. 1 Dist.  
 1992)  
*Gleason*, 785 P.2d 376 (Or.App. 1990)  
*Gonderman*, 531 N.W.2d 11 (N.D. 1995)  
*Gonzales*, 892 P.2d 838 (Ariz. 1995)  
*Goodwin c. Johnson*, 132 F.3d 162 (5th  
 Cir. 1998)  
*Gordius*, 544 A.2d 309 (Me. 1988)  
*Gould*, 603 A.2d 201 (Mass. 1992)  
*Graham*, 535 N.E.2d 1174 (Ind. 1989)  
*Granviel c. Lynaugh*, 881 F.2d 185 (5th  
 Cir. 1989)  
*Granviel c. Texas*, 495 U.S. 963 (1990)  
*Green*, 631 So.2d 167 (Miss. 1994)  
*Green*, 477 S.E.2d 412 (N.C.App. 1996)  
*Green*, 881 P.2d 751 (Okla.Cr. 1995)  
*Greene*, 469 S.E.2d 129 (Ga. 1996)  
*Gremillon*, 529 So.2d 497 (La.App. 3 Cir.  
 1988)  
*Griffin*, 557 So.2d 542 (Miss. 1990)

*Griffin c. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956)  
*Grimes*, 519 N.W.2d 507 (Neb. 1994)  
*Grisby*, 666 A.2d 503 (Me. 1995)  
*Gumm*, 653 N.E.2d 253 (Ohio 1995)  
*Guzman*, 894 F.Supp. 642 (W.D.N.Y.  
 1995)

## H

---

*Hardy*, (1991) 69 C.C.C. (3d) 190  
 (C.A.Alb.)  
*Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562  
*Hodgson*, (1990) 57 C.C.C. (3d) 278; 78  
 C.R. (4th) 333 (C.A.C.-B.)  
*Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337  
*Howard c. Établissement de Stony  
 Mountain*, [1984] 2 C.F. 642 (C.A.)  
*Hunter c. Southam inc.*, [1984] 2 R.C.S.  
 145

*Haislip*, 701 P.2d 909 (Kan. 1985)  
*Hall*, 626 N.E.2d 131 (Ill. 1993)  
*Hall c. Washington*, 916 F.Supp. 1411  
 (C.D.Ill. 1996)  
*Hallman*, 391 N.W.2d 191 (S.D. 1986)  
*Harper*, 930 S.W.2d 625 (Tex.App.  
 [Houston—1st Dist.] 1996)  
*Harris c. Vasquez*, 949 F.2d 1497 (9th Cir.  
 1990)  
*Harrison*, 644 N.E.2d 1243 (Ind. 1995)  
*Harrison*, 635 So.2d 894 (Miss. 1994)  
*Hartsell*, 127 F.3d 343 (4th Cir. 1997)  
*Hashfield*, 210 N.E.2d 429 (Ind. 1966)  
*Henderson*, 662 N.E.2d 1287 (Ill. 1996)  
*Hernandez*, 773 P.2d 857 (Wash.App.  
 1989)  
*Hoffman*, 804 P.2d 577 (Wash. 1991)  
*Hogan*, 360 S.E.2d 371 (Va.App. 1987)  
*Hollande*, 654 So.2d 77 (Ala.Cr.App.  
 1994)  
*Hood*, 422 S.E.2d 679 (N.C. 1992)  
*Hopkins*, 582 N.E.2d 345 (Ind. 1991)  
*Hoverter*, 477 S.E.2d 771 (Va.App. 1996)

*Hubbard*, 584 So.2d 895 (Ala.Cr.App. 1991)  
*Huchting*, 927 S.W.2d 411 (Mo.App.E.D. 1996)  
*Husske*, 476 S.E.2d 920 (Va. 1996)  
*Husske*, 448 S.E.2d 331 (Va.App. 1994)

---

## I

*In re Eidson*, 129 F.3d 1259 (4th Cir. 1997)  
*Isaacs*, 386 S.E.2d 316 (Ga. 1989)

---

## J

*James*, (1990) 107 A.R. 241 (B.R.)  
*Jefferies*, (1956) 115 C.C.C. 331 (C.A.C.-B.)  
*Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229  
*Joplin c. Chief Constable of Vancouver Police Dept.*, [1983] 2 W.W.R. 52 (C.S.C.-B.)

*Jackson*, 625 N.E.2d 1219 (Ind. 1993)  
*Jacobsen*, 532 N.W.2d 838 (Mich. 1995)  
*James*, 613 N.E.2d 15 (Ind. 1993)  
*Jamison*, 552 N.E.2d 180 (Ohio 1990)  
*Jaques*, 428 N.W.2d 260 (S.D. 1988)  
*Johnson*, 609 N.E.2d 294 (Ill. 1993)  
*Johnson*, 344 S.E.2d 775 (N.C. 1986)  
*Jones*, 477 S.E.2d 147 (N.C. 1996)  
*Jones*, 467 S.E.2d 12 (N.C. 1996)  
*Jones*, 620 N.Y.S.2d 656 (A.D. 4 Dept. 1994)  
*Jones*, 899 P.2d 635 (Okla.Cr. 1995)

---

## K

*Keating*, (1997) 159 N.S.R. (2d) 357 (C.A.)

*Keegstra*, [1996] 1 R.C.S. 458; [1995] 2 R.C.S. 38; [1990] 3 R.C.S. 697  
*Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531  
*Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201  
*Kourtessis c. MRN*, [1993] 2 R.C.S. 53

*Keene*, 660 N.E.2d 901 (Ill. 1995)  
*Keeten c. Garrison*, 742 F.2d 129 (4th Cir. 1984)  
*Kegley*, 529 N.E.2d 1118 (Ill.App. 2 Dist. 1988)  
*Kemp*, 885 P.2d 260 (Colo.App. 1994)  
*Kennedy*, 64 F.3d 1465 (10th Cir. 1995)  
*Kennedy*, 578 N.E.2d 633 (Ind. 1991)  
*Kilpatrick*, 471 S.E.2d 624 (N.C. 1996)  
*Kirschbaum*, 535 N.W.2d 462 (Wis.App. 1995)  
*Kotteakos*, 328 U.S. 750 (1946)

---

## L

*L.(D.)*, (1994) 116 Nfld. & P.E.I.R. 92 (C.S.T.-N.)  
*L.(D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419  
*L.(W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091  
*La*, [1997] 2 R.C.S. 680  
*Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734  
*Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852  
*Law Society of Upper Canada c. Shapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357  
*Lemay*, [1952] ecs 232  
*Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475  
*Lindlau*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 47 (C.A.Ont.)  
*Linney*, [1978] 1 R.C.S. 646  
*Lupien*, [1970] R.C.S. 263  
*Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309

*Labansat*, 94 F.3d 527 (9th Cir. 1996)  
*La Folette c. Raskin*, 150 N.W.2d 318 (Wis. 1967)  
*Landry*, 56 Cal.Rptr.2d 824 (Cal.App. 1

Dist. 1996)  
*Lane*, 600 N.Y.S.2d 848 (A.D. 3 Dept. 1993)  
*Larkin*, 978 F.2d 964 (7th Cir. 1992)  
*Lawson*, 644 N.E.2d 1172 (Ill. 1994)  
*Lawson c. Dixon*, 3 F.3d 743 (4th Cir. 1993)  
*Lentz*, 604 So.2d 243 (Miss. 1992)  
*Leonard*, 569 N.W.2d 663 (Mich.App. 1997)  
*Lickey*, 827 P.2d 824 (Nev. 1992)  
*Liles c. Saffles*, 945 F.2d 333 (10th Cir. 1991)  
*Little c. Armontrout*, 833 F.2d 1240 (8th Cir. 1987)  
*Lockett*, 614 So.2d 888 (Miss. 1992)  
*Lockhart c. McCree*, 476 U.S. 162 (1986)  
*Lowery*, 478 N.E.2d 1214 (Ind. 1985)  
*Lumbrera*, 845 P.2d 609 (Kan. 1992)

## M

---

*M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157  
*M. (B.)*, (1998) 128 C.C.C. (3d) 149 (C.Ont. Div.prov.)  
*MacDonnell*, (1995) 141 N.S.R. (2d) 266 (C.S.)  
*MacMillan*, (1975) 23 C.C.C. (2d) 160 (C.A.Ont.)  
*Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223  
*Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328  
*McCormick*, (1993) 81 C.C.C. (3d) 209 (C.A.C.-B.)  
*McGibbon*, (1988) 45 C.C.C. (3d) 334 (C.A.Ont.)  
*Mezzo*, [1986] 1 R.C.S. 802  
*Mills*, [1986] 1 R.C.S. 863  
*Mireau*, (1991) 96 Sask.R. 197 (B.R.)  
*Mitchell c. Crozier*, [1986] 1 C.F. 255  
*Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9  
*Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154  
*Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711  
*Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30

*Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345  
*Morris*, [1983] 2 R.C.S. 190  
*Munroe*, (1990) 59 C.C.C. (3d) 446 (C.A.N.-É.)  
*Mack*, 538 N.E.2d 1107 (Ill. 1989)  
*Manning*, 79 F.3d 212 (1st Cir. 1996)  
*Martin c. Wainwright*, 770 F.2d 918 (11th Cir. 1985)  
*Martinez*, 734 P.2d 126 (Colo.App. 1986)  
*Martinez*, 651 N.E.2d 380 (Mass. 1995)  
*Mason*, 694 N.E.2d 932 (Ohio 1998)  
*Massey*, 342 S.E.2d 811 (N.C. 1986)  
*Massey*, 933 S.W.2d 141 (Tex.Cr.App. 1996)  
*Mathews c. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976)  
*Matthews*, 353 S.E.2d 444 (S.C. 1986)  
*Matthews c. Price*, 83 F.3d 328 (10th Cir. 1996)  
*Mattson*, 789 P.2d 983 (Cal. 1990)  
*Mayer c. Chicago*, 404 U.S. 189 (1971)  
*McDonald c. Bowersox*, 101 F.3d 588 (8th Cir. 1996)  
*McDonald c. Delo*, 897 F.Supp. 1224 (E.D.Mo. 1995)  
*McElroy*, 611 So.2d 431 (Ala.Cr.App. 1992)  
*McKinney*, 463 S.E.2d 136 (Ga.App. 1996)  
*McKoy*, 666 N.E.2d 805 (Ill.App. 1 Dist. 1996)  
*McLane*, 631 N.Y.S.2d 976 (Sup. 1995)  
*McLeod*, 581 So.2d 1144 (Ala.Cr.App. 1990)  
*McMann c. Richardson*, 397 U.S. 759 (1970)  
*McNeal*, 435 S.E.2d 47 (Ga. 1993)  
*McWilliams*, 640 So.2d 982 (Ala.Cr.App. 1991)  
*Mebane*, 902 P.2d 494 (Kan.App. 1995)  
*Medina c. Singletary*, 59 F.3d 1095 (11th Cir. 1995)  
*Mendoza c. Leapley*, 5 F.3d 341 (8th Cir. 1993)  
*Messer c. Kemp*, 831 F.2d 946 (11th Cir.

1987)  
*Miskell*, 676 So.2d 1092 (La.App. 4 Cir. 1996)  
*Mobley*, 455 S.E.2d 61 (Ga. 1995)  
*Moore*, 364 S.E.2d 648 (N.C. 1988)  
*Moore*, 935 S.W.2d 124 (Tex.Cr.App. 1996)  
*Moore*, 836 S.W.2d 255 (Tex.App. [Texarkana] 1992)  
*Moore c. Kemp*, 809 F.2d 702 (11th Cir. 1987)  
*Morgan*, 639 So.2d 6 (Fla. 1994)  
*Moseley*, 449 S.E.2d 412 (N.C. 1994)  
*Mosier*, 462 S.E.2d 643 (Ga.App. 1995)  
*Munsen*, 758 P.2d 324 (Okl.Cr. 1988)  
*Murray*, 644 A.2d 1040 (Me. 1994)  
*Myers*, 510 N.E.2d 1360 (Ind. 1987)

---

## N

*Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874  
*Nordyne c. Canada*, J.E. 95-1340 (C.S.)  
*Newton*, 347 S.E.2d 81 (N.C.App. 1986)  
*Norman*, 507 N.W.2d 522 (N.D. 1993)  
*Norris*, 469 S.E.2d 214 (Ga.App. 1996)  
*Norton*, 930 S.W.2d 101 (Tex.App. [Amarillo] 1996)

---

## O

*Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103  
*O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411  
*Operation Dismantle*, [1985] 1 R.C.S. 441  
*Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595  
*Overton*, (1842) 174 E.R. 676 (B.R.)

## P

---

*Panacui c. Legal Aid Society of Alberta*, [1988] 1 W.W.R. 60 (C.S.Alb.)  
*Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871  
*Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665  
*Petten*, (1993) 81 C.C.C. (3d) 347 (C.A.T.-N.)  
*Phillips c. Nouvelle-Écosse (Enquête Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97  
*Pilon*, (1973) 23 C.R.N.S. 392 (C.A.Qué.)  
*Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525  
*Powell*, (1984) 30 Alta.L.R. (2d) 83 (C.P.)  
*Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236  
*Palmer*, 486 N.E.2d 477 (Ind. 1985)  
*Parker c. Norris*, 64 F.2d 1178 (8th Cir. 1995)  
*Parker c. Norris*, 859 F.Supp. 1203 (E.D.Ark. 1994)  
*Parks*, 417 S.E.2d 467 (N.C. 1992)  
*Peebles*, 640 N.E.2d 208 (Ohio App. 4 Dist. 1994)  
*Perkins*, 450 S.E.2d 324 (Ga.App. 1994)  
*Phipps*, 418 S.E.2d 178 (N.C. 1992)  
*Pittman*, 528 N.E.2d 67 (Ind. 1988)  
*Plunkett*, 719 P.2d 834 (Okl.Cr. 1986)  
*Pofahl*, 990 F.2d 1456 (5th Cir. 1993)  
*Polk*, 612 So.2d 381 (Miss. 1992)  
*Poulsen*, 726 P.2d 1036 (Wash.App. 1986)  
*Powell*, 552 N.E.2d 191 (Ohio 1994)  
*Powell c. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932)  
*Price*, 83 F.3d 328 (10th Cir. 1996)  
*Pruett c. Thompson*, 771 F.Supp. 1428 (E.D.Va. 1991)  
*Pett c. Greyhound Racing Ass'n Ltd.*, [1968] 2 All. E.R. 545 (C.A.)

## R

*R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291  
*Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588  
*Rain*, (1996) 3 C.R. (5th) 122 (B.R.Alb.)  
*Re Ewing and Kearney et La Reine*, (1974) 18 C.C.C. (2d) 356 (C.A.C.-B.)  
*Re M*, (1970) 2 C.C.C. (2d) 536 (H.C.J.Ont.)  
*Re White and the Queen*, (1976) 32 C.C.C. (2d) 478 (C.S.Alb.)  
*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486  
*Rewniak*, (1949) 93 C.C.C. 142 (C.A.Man.)  
*Richard*, [1996] 3 R.C.S. 525  
*Robinson*, (1989) 51 C.C.C. (3d) 452 (C.A.Alb.)  
*Romer et autres*, (1914) 23 C.C.C. 235 (C.M.Mtl.)  
*Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262  
*Rowbotham*, (1988) 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A.Ont.)  
  
*Redd*, 670 N.E.2d 583 (Ill. 1996)  
*Reece c. Georgia*, 350 U.S. 85 (1955)  
*Reeves*, 448 S.E.2d 802 (N.C. 1994)  
*Reid*, 642 A.2d 453 (Pa. 1994)  
*Rey*, 897 S.W.2d 333 (Tex.Cr.App. 1995)  
*Rhines*, 548 N.W.2d 415 (S.D. 1996)  
*Rich*, 549 A.2d 742 (Me. 1988)  
*Robedeaux*, 866 P.2d 417 (Okl.Cr. 1993)  
*Roberts*, 923 S.W.2d 141 (Tex.App. [Texarkana] 1996)  
*Robinson*, 835 S.W.2d 303 (Mo. 1992)  
*Rodriguez*, 906 S.W.2d 70 (Tex.App. [Texarkana] 1995)  
*Rogers*, 890 P.2d 959 (Okl.Cr. 1995)  
*Rogers c. Director of TJCD-ID*, 864 F.Supp. 584 (E.D.Tex. 1994)  
*Rojem*, 753 P.2d 359 (Okl.Cr. 1988)  
*Roman*, 121 F.3d 136 (3d Cir. 1997)  
*Rose*, 451 S.E.2d 211 (N.C. 1994)

*Roseboro*, 365 S.E.2d 115 (Ga. 1988)  
*Ross c. Moffitt*, 417 U.S. 600 (1974)  
*Rouse*, 451 S.E.2d 543 (N.C. 1994)  
*Rowland*, 901 S.W.2d 871 (Ky. 1995)  
*Ruiz c. Norris*, 868 F.Supp. 1471 (E.D.Ark. 1994)

## S

*S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451  
*Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299  
*Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979  
*Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577  
*Sechon*, (1995) 104 C.C.C. (3d) 554 (C.A.Qué.)  
*Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509  
*Simmons*, [1923] 3 W.W.R. 749 (C.A.C.-B.)  
*Singh c. MEI*, [1985] 1 R.C.S. 177  
*Sit*, [1991] 2 R.C.S. 124  
*Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045  
*Spellacy c. Newfoundland*, (1991) Nfld. & P.E.I.R. 84 (C.S.T.-N.)  
*Sproule*, (1887) 14 O.R. 375 (H.C.J.Ont.)  
*Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326  
*Stinchcombe (no. 2)*, [1995] 1 R.C.S. 754  
*Stiopu*, (1983) 8 C.R.R. 216 (B.R.Alb.)  
*Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933  
*Sweitzer*, [1982] 1 R.C.S. 949  
*Swietlinski*, [1994] 3 R.C.S. 481  
  
*Sahlie*, 245 N.W.2d 476 (S.D. 1976)  
*Salazar*, 852 P.2d 729 (Okl.Cr. 1993)  
*Sanchez*, 662 N.E.2d 1199 (Ill. 1996)  
*Sanders*, 824 S.W.2d 353 (Ark. 1992)  
*Schiro c. Clark*, 754 F.Supp. 646 (N.D.Ind. 1990)  
*Schultz*, 497 N.E.2d 531 (Ind. 1986)  
*Schurz*, 859 P.2d 156 (Ariz. 1993)  
*Scott*, 339 S.E.2d 718 (Ga.App. 1985)  
*Scott*, 593 N.E.2d 198 (Ind. 1992)  
*Scott*, 535 N.E.2d 379 (Ohio App. 1987)  
*Seaberry*, 388 S.E.2d 184 (N.C.App. 1990)

*See*, 757 S.W.2d 947 (Ark. 1988)  
*Shepherd*, 902 S.W.2d 895 (Tenn. 1995)  
*Shonubi*, 895 F.Supp. 460 (E.D.N.Y. 1995)  
*Simmons*, 746 S.W.2d 393 (Ky. 1988)  
*Sims*, 612 N.E.2d 1011 (Ill.App. 5 Dist. 1993)  
*Singleton*, 433 S.E.2d 507 (Va.App. 1993)  
*Sloan*, 65 F.3d 861 (10th Cir. 1996)  
*Sloan*, 776 F.2d 926 (10th Cir. 1985)  
*Smith*, 987 F.2d 888 (2d Cir. 1993)  
*Smith*, 623 So.2d 369 (Ala.Cr.App. 1992)  
*Smith*, 614 N.E.2d 1326 (Ill.App. 5 Dist. 1993)  
*Smith*, 734 S.W.2d 437 (Ky. 1987)  
*Smith*, 574 N.E.2d 510 (Ohio 1991)  
*Smith*, 857 S.W.2d 1 (Tenn. 1993)  
*Smith c. McCormick*, 914 F.2d 1153 (9th Cir. 1990)  
*Smith c. Murray*, 477 U.S. 527 (1986)  
*Snodgrass*, 843 P.2d 720 (Kan. 1992)  
*Sokolowski*, 474 S.E.2d 333 (N.C. 1996)  
*Sommers*, 843 S.W.2d 879 (Ky. 1992)  
*Sowell*, 598 N.E.2d 136 (Ohio App. 1 Dist. 1991)  
*Spranger*, 498 N.E.2d 931 (Ind. 1986)  
*Starr*, 759 S.E.2d 535 (Ark. 1988)  
*Starr c. Lockhart*, 23 F.3d 1280 (8th Cir. 1994)  
*Stephens c. Kemp*, 846 F.2d 642 (11th Cir. 1988)  
*Stewart c. Peters*, 878 F.Supp. 1139 (N.D.Ill. 1995)  
*Stone*, 491 N.W.2d 628 (Mich.App. 1992)  
*Stow*, 620 A.2d 1023 (N.H. 1993)  
*Stowers*, 449 S.E.2d 690 (Ga.App. 1994)  
*Stranger*, 545 N.E.2d 1105 (Ind.App. 1 Dist. 1989)  
*Strickland c. Washington*, 466 U.S. 668 (1984)  
*Stuck*, 434 N.W.2d 43 (S.C.1988)  
*Swallow*, 405 N.E.2d 29 (S.D. 1987)

---

**T**


---

*Taylor*, (1996) 154 N.S.R. 378 (C.A.)  
*Terry*, [1996] 1 R.C.S. 207  
*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 425  
*Titus*, [1983] 1 R.C.S. 259  
*Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951  
  
*Tatum*, 229 S.E.2d 562 (N.C. 1976)  
*Taylor*, 939 S.W.2d 148 (Tex.Cr.App. 1996)  
*Teel c. Burton*, 904 F.Supp. 1294 (M.D.Ala. 1995)  
*Terry c. Rees*, 985 F.2d 283 (6th Cir. 1993)  
*Thames*, 478 S.E.2d 682 (S.C. 1996)  
*Thomas*, 486 N.E.2d 531 (Ind. 1985)  
*Thompson*, 492 N.W.2d 410 (Iowa 1992)  
*Thompson*, 429 S.E.2d 590 (N.C.App. 1993)  
*Tibbs*, 819 P.2d 1372 (Okl.Cr. 1991)  
*Tidwell*, 644 N.E.2d 557 (Ind. 1994)  
*Touchet*, 642 So.2d 1213 (La. 1994)  
*Tucker*, 407 S.E.2d 805 (N.C. 1991)  
*Tuggle c. Netherland*, 116 S.Ct. 283 (1995)  
*Tyson*, 618 N.Y.S.2d 796 (A.D. 1 Dept. 1994)

---

**U**


---

*United Nurses of Alberta c. Alberta*, [1992] 1 R.C.S. 901  
  
*Utley*, 589 N.E.2d 232 (Ind. 1992)

---

**V**


---

*Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 638  
*Vescio*, [1949] R.C.S. 139  
*Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985

*Village de Kelliher c. Smith*, [1931] R.C.S. 672

*Van Scoyoc*, 511 N.W.2d 628 (Iowa App. 1993)

*Volanty c. Lynaugh*, 784 F.2d 243 (5th Cir. 1989)

*Volker*, 477 N.W.2d 909 (Minn.App. 1991)

## W

*W.(D.D.)*, (1994) 94 C.C.C. (3d) 424 (C.S.C.-B.)

*Watson*, (1996) 106 C.C.C. (3d) 445 (C.A.Ont.)

*Wholesale Travel Group inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154

*Whynot*, (1983) 9 C.C.C. (3d) 449 (C.A.N.-É.)

*Williams*, (1985) 18 C.C.C. (3d) 356 (C.A.Ont.)

*Wilson*, (1997) 121 C.C.C. (3d) 92 (C.A.N.-É.)

*Wood*, (1989) 51 C.C.C. (3d) 201 (C.A.Ont.)

*Wainwright*, 856 P.2d 163 (Kan.App. 1993)

*Walters*, 426 N.W.2d 136 (Iowa 1988)

*Washington*, 836 P.2d 673 (Okl.Cr. 1992)

*Watkins*, 441 S.E.2d 81 (Ga.App. 1994)

*Watson*, 658 N.E.2d 579 (Ind. 1995)

*Weeks*, 582 N.E.2d 614 (Ohio App. 12 Dist. 1989)

*West*, 767 S.W.2d 387 (Tenn. 1989)

*Westbrook c. Norris*, 923 F.Supp. 1129 (E.D.Ark. 1996)

*White*, 508 N.W.2d 554 (Neb. 1993)

*White*, 457 S.E.2d 841 (N.C. 1995)

*Williams*, 998 F.2d 258 (5th Cir. 1993)

*Williams*, 669 N.E.2d 1372 (Ind. 1996)

*Williams*, 619 N.E.2d 569 (Ind. 1993)

*Williams*, 913 P.2d 587 (Kan. 1996)

*Williams*, 615 So.2d 1009 (La.App. 1 Cir. 1993)

*Williams*, 929 S.W.2d 385 (Tenn.Cr.App. 1996)

*Williams c. Calderon*, 52 F.3d 1465 (9th Cir. 1995)

*Williams c. Collins*, 989 F.2d 841 (5th Cir. 1993)

*Williams c. Martin*, 618 F.2d 1021 (4th Cir. 1980)

*Williamson*, 812 P.2d 384 (Okl.Cr. 1991)

*Williamson c. Reynolds*, 904 F.Supp. 1529 (E.D.Okl. 1995)

*Wilson*, 367 S.E.2d 589 (N.C. 1988)

*Wolf*, 595 N.E.2d 405 (Ohio App. 11 Dist. 1991)

*Wool*, 648 A.2d 655 (Vt. 1994)

*Worthington*, 652 So.2d 790 (Ala.Cr.App. 1994)

*Wright*, 594 N.E.2d 276 (Ill. 1992)

*Woolmington c. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (Ch.L.)

## Y

*Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168

*Yohey c. Collins*, 989 F.2d 841 (5th Cir. 1993)

## Z

*Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520

*Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731

*Zylstra*, (1996) 47 C.R. (4th) 314 (C.J.Ont. Div.gén.)

*Zuck*, 904 P.2d 1005 (Kan.App. 1995)



## Bibliographie

- AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Criminal Justice Mental Health Standards*, Washington (D.C.), éd. ABA, 1989
- BENNETT, Fred Warren, «Toward Eliminating Bargain Basement Justice: Providing Indigent Defendant with Expert Services and an Adequate Defense», 58:1 *L. & Contemp.Probs.* 95 (1995)
- BROCHU, Charles et autres, *La Charte canadienne des droits et libertés commentée et annotée*, Farnham, CCH/FM
- BRODSKY, G. Greg, «DNA: The Technology of the Future is Here», (1993) 36 *Crim.L.Q.* 10
- DAVIS, Kenneth Culp, «Judicial, Legislative and Administrative Lawmaking: A Proposed Research Service for the Supreme Court» 71 *Minn.L.Rev.* 1 (1986)
- DEVELOPMENTS IN THE LAW, «Confronting the New Challenges of Scientific Evidence», 108 *Harv.L.Rev.* 1481 (1995)
- FAIGMAN, David L., «Mapping the Labyrinth of Scientific Evidence», 46 *Hastings L.J.* 555 (1995)
- EVETT, Ian W., «DNA Statistics: Putting the Problems into Perspective», 33 *Jurimetrics J.* 139 (1992)
- FARRINGTON, David, «Unacceptable Evidence», (1993) 143:6603 *New L.J.* 806
- GARANT, Patrice, «Fundamental Rights, Fundamental Justice» dans Gérald A. BAUDOIN et Errol P. MENDES, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1996
- GATEHOUSE, Jonathan, «Mounties Can't Keep Up with Demand for DNA Tests», *The National Post*, 9 fév. 1999, p. A-1 et A-2
- GRIMAUD, Marie-Angèle, «Les enjeux de la recevabilité de la preuve d'identification par ADN dans le système pénal canadien», (1994) 24 *R.D.U.S.* 293
- HARRIS, David A., «Ake Revisited: Expert Psychiatric Witnesses Remain Beyond Reach of the Indigent», 68 *N.C.L.Rev.* 763 (1990)
- HOGG, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, éd. feuilles mobiles
- KOEHLER, Jonathan J., «Error and Exaggeration in the Presentation of DNA Evidence at Trial», 34 *Jurimetrics J.* 21 (1993)
- HOEFFEL, Janet C., «The Dark Side of DNA Profiling: Unreliable Scientific Evidence Meets the Criminal Defendant», 42 *Stan.L.Rev.* 465 (1990)
- JANOFSKY, Jeffrey S., VANDEWALLE, Michael B. et RAPPAPORT, Jonas R., «Defendants Pleading Insanity: An Analysis of Outcome», 17 *Bull.Am.Acad. Psychiatry L.* 203 (1989)
- LEMPERT, Richard, «The Suspect Population and DNA Identification», 34 *Jurimetrics J.* 1 (1993)

- LÉTOURNEAU, Gilles et MORIN, André A., «Technologie nouvelle et droit pénal canadien», (1989) 49 *R. du B.* 821
- LEVINE, Bett, «Fourteenth Amendment — Due Process and an Indigent's Right to Court-Appointed Psychiatrist Assistance in State Criminal Proceedings», 76 *J.Crim.L. & Criminology* 1065 (1985)
- LORENGER, Michael J., «*Ake v. Oklahoma* and Harmless Error: The Case of a *per se* Rule of Reversal», 81 *Va.L.Rev.* 521 (1995)
- MacFARLANE, Bruce, «The Right to Counsel at Trial and on Appeal», (1989-90) 32 *Crim.L.Q.* 440
- MARINGER, Elizabeth F., «Witness for the Prosecution: Prosecutorial Discovery of Information Generated by Non-Testifying Defense Psychiatric Experts», 62 *Fordham L.Rev.* 653 (1993)
- MCCORMICK, Kerrin Maureen, «The Constitutional Right to Psychiatric Assistance: Cause for Reexamination of *Ake*», 30 *Am.Crim.L.Rev.* 1329 (1993)
- MCDONALD, David C., *Legal Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1989
- McWILLIAM, Peter K., *Canadian Criminal Evidence*, 3<sup>e</sup> éd., Aurora (Ontario), Canadian Law Book, 1998, éd. feuilles mobiles
- MERRILLS, J.G., «Decisions on the European Convention on Human Rights During 1985», (1985) 56 *Brit.Y.B.Int'l L.* 335
- NAKASHIMA, Richard A., «DNA Evidence in Criminal Trials: A Defense Attorney's Primer», 74 *Neb.L.Rev.* 444 (1995)
- NOTE, «The Supreme Court — Leading Cases. Indigent Criminal Defendants Right to a Psychiatrist», 99 *Harv.L.Rev.* 130 (1985)
- PRADEL, Jean, «La notion de procès équitable en droit pénal européen», (1996) 27 *R.G.D.* 505
- PRATTE, André, «Gare à l'ADN!», *La Presse*, 26 juil. 1997, p. B-1
- ROBERTS, Kenneth S., «Curing the *Ake* of an Incompetent Expert: A Separate Reviewable Issue?», 29 *San Diego L.Rev.* 799 (1992)
- RUTTER, Marion Ty, «*Ake v. Oklahoma*: A Question of Experts», 12 *Okla.City U.L.Rev.* 385 (1987)
- STATISTIQUE CANADA, «Chronique: le pourcentage de travailleurs qui quittent le seuil de faible revenu», *Le Quotidien*, 17 juin 1998, [www.statcan.ca/daily/francais/980617/q98017.htm](http://www.statcan.ca/daily/francais/980617/q98017.htm)
- TANOVICH, David M., «The Admissibility of Novel Scientific Evidence Under *Mohan*: The Case of DNA Typing», (1996) 1 *Rev.Can.D.P.* 221
- THOMPSON, William C., «DNA Evidence in Criminal Law: New Developments», 30:8 *Trial* 35 (1994)
- WEST, John M., «Expert Services and the Indigent Criminal Defendant: The Constitutional Mandate of *Ake v. Oklahoma*», 84 *Mich.L.Rev.* 1326 (1986)

- WHITMORE, L. Damon, «The Admissibility of DNA Evidence in Criminal Proceedings», 39 *Wayne L.Rev.* 1411 (1993)
- WHITNEY, Sherry J., «*State v. Bible*: The Admissibility of Forensic DNA Profiling and Statistical Probability in Arizona Criminal Proceedings», 26 *Ariz.St.L.J.* 593 (1994)
- WILLIS, A. Michelle, «Nonpsychiatric Assistance and the Requisite Showing of Need: A Catch-22 in the Post-*Ake* Criminal Justice System», 37 *Emory L.J.* 995 (1988)