

2m11.2710.10

Université de Montréal

La divulgation de la preuve et de la défense de l'accusé préalablement au procès: un problème dû à l'absence de théorie articulée de la procédure criminelle au Canada

par

Patrick G. Amyot

Faculté de droit

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

Février, 1999

© Patrick G. Amyot, 1999



AZBD  
UB4E  
1999  
V.014

1999

La Commission de la capitale nationale a l'honneur de vous adresser ce rapport sur les travaux effectués pendant la période de l'été 1999.

1999

1999

Le rapport est disponible en français et en anglais.

1999

1999



**Page d'identification du jury**

Université de Montréal  
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé

La divulgation de la preuve et de la défense de l'accusé préalablement au procès: un problème dû à l'absence de théorie articulée de la procédure criminelle au Canada

présenté par

Patrick G. Amyot

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes:

Anne-Marie Boisvert  
Hélène Dumont  
Diane Labrèche

Mémoire accepté le: 99-03-29

## Sommaire

En 1991 la Cour suprême du Canada a déclaré que le ministère public était désormais obligé, en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de communiquer à la partie défenderesse, dans le cadre d'une poursuite criminelle, les éléments de preuves inculpatives et disculpatives qu'il possède en vue du procès de l'accusé. Dans les années qui ont suivi la parution de cette décision, plusieurs auteurs ont fait valoir que le défendeur devrait aussi être assujéti à une telle obligation de divulgation. On a prétendu que l'accusé devrait être contraint de divulguer à la Couronne, préalablement au procès, les éléments de preuve et la teneur du moyen de défense qu'il compte présenter lors de l'audition de sa cause.

À ce jour, la Cour suprême n'a pas encore été appelée à se prononcer directement sur cette question. Le débat n'est donc pas académique. Ainsi, j'ai défini une problématique de recherche à deux volets. Les questions suivantes ont été posées: (1) l'obligation de divulgation à laquelle pourrait être assujéti la partie défenderesse est-elle compatible avec la procédure criminelle canadienne? (2) est-il opportun de contraindre la partie défenderesse à divulguer ses éléments de preuve et son moyen de défense préalablement à la tenue de son procès?

Les hypothèses que voici ont été formulées: en raison du fait que le système canadien de procédure criminelle n'est pas fondé sur une théorie définie, articulée en fonction d'une hiérarchie de principe, on ne peut déterminer avec précision la place occupée par le principe de la recherche de la vérité par rapport au principe interdisant l'auto-incrimination forcée. Ainsi, il est difficile de se prononcer catégoriquement sur la compatibilité du concept de divulgation par la défense. Enfin, parce que le système procédural devrait avoir comme principe directeur la recherche de la vérité, la partie défenderesse devrait effectivement être soumise à une obligation de divulgation.

Mots clés: obligation de divulgation, accusé, recherche de la vérité factuelle, auto-incrimination, procédure criminelle.

## **Table des matières**

|  |           |
|--|-----------|
| <i>Table des matières</i> .....  | <i>i</i>  |
| <i>Liste des principales abréviations</i> .....  | <i>v</i>  |
| <i>Introduction</i> .....  | <i>1</i>  |
| <b>Chapitre I. Les contours de l'obligation de divulgation</b> .....                   | <b>13</b> |
| Section A. Considérations générales.....   | 13        |
| Section B. L'expérience étrangère .....  | 15        |
| Sous-section 1. L'Angleterre .....   | 15        |
| Sous-section 2. L'Australie .....  | 16        |
| Sous-section 3. Les États-Unis .....   | 17        |
| a) La juridiction fédérale .....   | 17        |
| b) La juridiction des États.....   | 18        |
| Section C. Les arguments à l'appui de la divulgation réciproque .....                  | 20        |
| Sous-section 1. La recherche de la vérité .....  | 20        |
| Sous-section 2. L'élimination de la "surprise" lors des procès.....                    | 22        |
| Sous-section 3. La réduction des délais et des incidents.....                          | 23        |
| Sous-section 4. L'élimination d'accusations non fondées .....                          | 23        |
| Section D. Le contenu des paramètres.....  | 24        |
| Sous-section 1. Les situations où la divulgation doit être exigée.....                 | 24        |
| Sous-section 2. Le moment où la divulgation doit opérer.....                           | 25        |
| Sous-section 3. L'objet de la divulgation.....   | 27        |
| Sous-section 4. Les sanctions imposables en cas de non-respect de<br>l'obligation..... | 27        |
| Section E. Conclusion .....  | 29        |
| <b>Chapitre II. Le régime contradictoire et la divulgation</b> .....                   | <b>30</b> |
| Section A. Le régime contradictoire et la recherche de la vérité.....                  | 30        |
| Sous-section 1. Le régime contradictoire et la dialectique .....                       | 33        |
| Sous-section 2. Les critiques de l'analogie.....                                       | 38        |
| a) Le régime contradictoire et la dissimulation d'information.....                     | 39        |

|   |     |
|---|-----|
| b) Le régime contradictoire: une mécanique dépourvue de valeurs ...   | 41  |
| Section B. Conclusion quant au régime contradictoire et la divulgation<br>réciproque .....  | 52  |
| Chapitre III. La divulgation réciproque, la recherche de la<br>vérité et le rôle du suspect et de l'accusé dans<br>le système canadien de procédure criminelle .... | 53  |
| Section A. La participation du suspect et de l'accusé à la poursuite<br>criminelle et la common law .....   | 53  |
| Sous-section 1. Les règles qui restreignent la participation de l'accusé et<br>du suspect.....  | 54  |
| a) Les procédures judiciaires formelles dirigées contre un individu: la<br>non-contraignabilité de l'accusé .....   | 54  |
| b) Les procédures formelles qui ne sont pas dirigées contre l'individu<br>assigné à témoigner: le privilège interdisant l'auto-incrimination ..                     | 56  |
| c) Les procédures "déjudiciarisées": la règle des confessions .....   | 57  |
| Section B. Conclusion quant à la participation de l'accusé et du suspect et<br>la common law.....   | 58  |
| Section C. La participation de l'accusé et du suspect à la poursuite<br>criminelle depuis l'avènement de la Charte.....   | 59  |
| Sous-section 1. Le principe directeur .....   | 59  |
| Sous-section 2. Les procédures judiciaires formelles dirigées contre<br>l'accusé.....   | 64  |
| a) La non-contraignabilité de l'accusé: l'alinéa 11 c) de la Charte.....  | 64  |
| b) La réouverture d'enquête à la demande de la Couronne: L'article 7<br>de la Charte.....   | 73  |
| Sous-section 3. Les procédures judiciaires formelles qui ne sont pas<br>dirigées contre l'individu appelé à témoigner .....   | 82  |
| a) Le privilège interdisant l'auto-incrimination .....  | 82  |
| (1) L'article 13 de la Charte .....   | 82  |
| (2) La protection résiduelle conférée par l'article 7 de la Charte ...  | 93  |
| Sous-section 4. Les procédures "déjudiciarisées" .....  | 103 |
| a) L'application du paragraphe 24(2) de la Charte .....   | 103 |

|   |     |
|---|-----|
| (1) La déconsidération de l'administration de la justice .....  | 104 |
| (2) La violation d'un droit garanti par la Charte.....  | 108 |
| b) Le droit au silence .....  | 110 |
| (1) Définition générale.....  | 110 |
| (2) Les particularités et les restrictions au droit au silence.....                                       | 112 |
| c) Le droit à l'assistance d'un avocat.....   | 123 |
| (1) L'information au droit à l'assistance d'un avocat.....  | 124 |
| (2) La renonciation à l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat<br>.....                             | 125 |
| (3) L'exercice du droit à l'assistance à l'avocat.....  | 130 |
| d) Le concept de détention .....  | 136 |
| Section D. Conclusion relative à la participation de l'accusé à la poursuite<br>criminelle .....          | 147 |
| <br>Chapitre IV. La recherche de la vérité et le principe<br>interdisant l'auto-incrimination forcée..... | 161 |
| Section A. Introduction .....   | 161 |
| Section B. Les justifications du droit au silence et du principe interdisant<br>l'auto-incrimination..... | 163 |
| Sous-section 1. La protection contre les déclarations de culpabilité<br>erronées .....                    | 163 |
| Sous-section 2. La protection contre les choix cruels.....  | 165 |
| Sous-section 3. La protection de la vie privée .....  | 170 |
| Sous-section 4. La protection contre les abus de pouvoir.....   | 176 |
| a) L'état de nature, l'abus de pouvoir et l'état de droit .....   | 176 |
| b) La mise en oeuvre de la Rule of Law.....   | 182 |
| (1) La nécessité du principe interdisant l'auto-incrimination forcée<br>.....                             | 188 |
| (i) La difficulté liée à la norme de preuve.....  | 190 |
| (ii) La difficulté liée à l'absence de magistrat.....   | 191 |
| (iii) La difficulté liée à la procédure ex parte.....   | 192 |
| (2) Conclusion quant à l'existence du principe interdisant l'auto-<br>incrimination forcée.....           | 192 |

---

|  |            |
|--|------------|
| c) Le système accusatoire et la divulgation par la défense .....   | 193        |
| Sous-section 5. Les difficultés engendrées par la prédominance du<br>principe interdisant l'auto-incrimination.....                    | 195        |
| a) Le constat des difficultés .....  | 195        |
| b) L'assouplissement des restrictions aux atteintes à la liberté et leurs<br>justifications .....                                      | 197        |
| (1) L'approche spatio-temporelle .....   | 197        |
| (2) L'argumentation du professeur Paciocco .....   | 199        |
| (i) La fiabilité de la preuve obtenue.....   | 200        |
| (ii) L'autonomie individuelle, la participation active du suspect et<br>la création de la preuve .....                                 | 202        |
| (iii) L'atteinte à la vie privée.....  | 204        |
| (iv) La réponse aux allégations du poursuivant.....  | 208        |
| Section C. Conclusion quant à l'existence du principe interdisant l'auto-<br>incrimination forcée et à la recherche de la vérité ..... | 209        |
| <br>   |            |
| <b><i>Conclusion.....</i></b>  | <b>213</b> |
| <br>   |            |
| <b><i>Bibliographie.....</i></b>   | <b>226</b> |

---



## Liste des principales abréviations

|                           |   |
|---------------------------|---|
| A.C.                      | Appeal Cases                            |
| All. E.R.                 | All England Law reports                 |
| Am. J. of Comp. L.        | American Journal of Comparative Law     |
| Am. J. Juris.             | American Journal of Jurisprudence       |
| B.C.A.C.                  | British Columbia Appeal Cases           |
| Buf. L. Rev.              | Buffalo Law Review                      |
| C. cr.                    | Code criminel                           |
| C. de D.                  | Cahiers de droit                        |
| C. B. R.                  | Canadian Bankruptcy Reports             |
| C. L. J.                  | Cambridge Law Journal                   |
| C. L. Q.                  | Criminal Law Quarterly                  |
| C. R.                     | Criminal Reports                        |
| C. R. R.                  | Canadian Rights Reporter                |
| Calif. L. Rev.            | California Law Review                   |
| Can. Crim. L. R.          | Canadian Criminal Law Review            |
| Cardozo L. Rev.           | Cardozo Law Review                      |
| Col. L. Rev.              | Columbia Law Review                     |
| Cornell L. Rev.           | Cornell Law Review                      |
| D.L.R.                    | Dominion Law Reports                    |
| Defense L. J.             | Defense Law Journal                     |
| Geo. J. Legal Ethics      | Georgetown Journal of Legal Ethics      |
| Harvard L. Rev.           | Harvard Law Review                      |
| Indiana L. J.             | Indiana Law Journal                     |
| J. of Crim. & Criminology | Journal of Criminal Law and Criminology |
| Law & Hist. Rev.          | Law and History Review                  |
| M.V.R.                    | Motor Vehicle Reports                   |
| Man. R.                   | Manitoba Reports                        |

---

|                             |  |
|-----------------------------|--|
| Maryland L. Rev.            | Maryland Law Review                                |
| McGill L. J.                | McGill Law Journal                                 |
| Michigan L. Rev.            | Michigan Law Review                                |
| N.B.R.                      | New Brunswick Reports                              |
| N.S.R.                      | Nova Scotia Reports                                |
| New Zealand L. J.           | New Zealand Law Journal                            |
| Nfld & P.E.I.R.             | Newfoundland and Prince Edward Island Reports      |
| O.R.                        | Ontario Reports                                    |
| Ohio State L. J.            | Ohio State Law Journal                             |
| R.C.S.                      | Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada    |
| R.J.Q.                      | Recueil de jurisprudence du Québec                 |
| Rev. Can. D. P.             | Revue canadienne de droit pénal                    |
| S. C. L. R.                 | Supreme Court Law review                           |
| San Diego L. Rev.           | San Diego Law Review                               |
| Santa Clara L. Rev.         | Santa Clara Law Review                             |
| Sask. R.                    | Saskatchewan Reports                               |
| Singapore J. of L. Stud.    | Singapore Journal of Legal Studies                 |
| U. of Chi. L. Rev.          | University of Chicago Law Review                   |
| U. of Ill. L. Rev.          | University of Illinois Law Review                  |
| U. of Pa. L. R.             | University of Pennsylvania Law Review              |
| U.C.L.A. L. Rev.            | University of California at Los Angeles Law Review |
| Utah L. Rev.                | Utah Law Review                                    |
| Valparaiso Univ. L. Rev.    | Valparaiso University Law Review                   |
| W.A.C.                      | Western Appeal Cases                               |
| W.W.R.                      | Western Weekly Reports                             |
| West Vir. L. Rev.           | West Virginia Law Review                           |
| Western State Univ. L. Rev. | Western State University Law Review                |
| Will. & Ma. L. Rev.         | William & Mary Law Review                          |
| Yale J. of L. & Hum.        | Yale Journal of Law & Humanities                   |
| Yale L. J.                  | Yale Law Journal                                   |

## Introduction

Lorsque l'on s'attarde à l'opinion des citoyens canadiens concernant l'administration de la justice criminelle au pays, on ne peut manquer de constater que selon une majorité d'entre eux, le système répressif confère trop de droits à l'accusé. On déplore le fait que la balance de la justice incline trop lourdement en faveur de l'accusé et l'on semble croire que l'État a les mains liées dans sa lutte contre le crime. Du reste, cette conviction n'est pas uniquement partagée par les profanes. Nombreux sont ceux qui œuvrent dans le système judiciaire pénal et qui épousent cette vision des choses. Cela explique probablement, en partie du moins, l'émergence relativement récente des discussions concernant la divulgation, préalable au procès, des éléments de preuve et des moyens de défense de l'accusé.

En 1991, la Cour suprême du Canada déclarait que le ministère public serait désormais obligé, en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup>, de communiquer au défendeur les éléments de preuve, inculpataires et disculpatoires, qu'il possède en vue du procès de cet individu<sup>2</sup>. Dans les années qui ont suivi cette décision, plusieurs auteurs ont fait valoir que la partie défenderesse devrait aussi être assujettie à une obligation de divulgation préalable au procès<sup>3</sup>.

Même si en Angleterre et aux États-Unis la partie défenderesse peut être contrainte de communiquer au poursuivant une quantité appréciable d'information avant

---

<sup>1</sup> Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)]. (Ci-après cité: *Charte*).

<sup>2</sup> *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Il faut cependant dire que le poursuivant possède un pouvoir discrétionnaire limité quant à ce qui sera divulgué.

Pour d'autres décisions concernant l'obligation de divulgation incombant à la poursuite, on peut consulter: *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Hutter*, (1994) 16 O.R. (3d) 145 (C.A.); *R. c. Douglas*, (1992) 5 O.R. (3d) 29 (C.A.); *R. c. Jack*, (1992) 70 C.C.C. (3d) 67 (C.A. Man.); *R. c. Sterling*, (1994) 84 C.C.C. (3d) 65 (C.A. Sask.); *R. c. Amutooshkin*, (1995) 7 M.V.R. (3d) 116 (C.A. C.-B.); *R. c. Andrew*, (1993) 12 C.R.R. (2d) 321 (C.A. Ont.); *R. c. V. (W.J.)*, (1992) 72 C.C.C. (3d) 97 (C.A. T.-N.); *R. c. Gillis*, (1995) 5 M.V.R. (3d) 217 (C.A. Alta.); *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201.

<sup>3</sup> On peut consulter notamment: Joseph C. BELLOWS, « I'll Show You Mine if You Show me Yours », (1996) 20(9) *Canadian Lawyer* 13; Gil D. MCKINNON, « Accelerating Defense Disclosure: A Time for a Change », (1996) 1 *Rev. Can. D. P.* 59; David M. TANOVICH et Lawrence CROCKER, « Dancing with Stinchcombe's Ghost: A Modest Proposal for Reciprocal Defense Disclosure », 26 *C.R.* (4th) 333.

la tenue de son procès<sup>4</sup>, le Canada contraste de façon importante avec ces juridictions. Chez nous, le devoir de divulgation est somme toute très limité.

En résumé, le défendeur peut être appelé à divulguer certains renseignements dans les cas suivants. D'abord, l'accusé qui prévoit faire valoir une défense d'alibi lors de son procès est fortement incité à en communiquer la teneur à la Couronne, et cette divulgation doit se révéler assez précise et être faite suffisamment tôt avant le début des audiences pour que les autorités puissent en vérifier l'authenticité. Si le défendeur ne se conforme pas à cette exigence, le juge des faits pourra tirer une conclusion défavorable, au procès, quant à la valeur probante à accorder à ce moyen de défense<sup>5</sup>. En second lieu, il peut arriver que le ministère public ne divulgue pas certains des éléments de preuve qu'il a en sa possession, estimant qu'ils n'ont aucune pertinence au litige. Or, si la partie défenderesse croit qu'ils pourraient lui être utiles à la conduite de sa défense, elle devra demander au juge d'en ordonner la divulgation. Afin de convaincre le magistrat que ces éléments lui sont potentiellement nécessaires, l'accusé aura parfois à faire connaître sa stratégie de défense avant le début du procès<sup>6</sup>. De même, lorsque l'accusé tient à contre-interroger la plaignante en matière d'agression sexuelle, en vertu de l'article 276 du *Code criminel*<sup>7</sup>, l'autorisation du juge est nécessaire et il revient alors au défendeur de motiver sa demande en expliquant ce qu'il cherche à démontrer par le contre-interrogatoire<sup>8</sup>. Dans ce contexte, il devra quelquefois faire connaître sa stratégie de défense. De plus, il peut arriver qu'un accusé veuille témoigner lors de son procès tout en faisant exclure une partie ou la totalité de son casier judiciaire en raison du fait que son effet préjudiciable l'emporterait sur sa valeur probante<sup>9</sup>. Dans ces cas, le juge du procès tiendra un voir-dire au cours duquel le défendeur devra le persuader d'empêcher le dépôt en preuve du casier

---

<sup>4</sup> Voir *Infra*, pp. 15 et ss.

<sup>5</sup> *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175, 179-180. Au même effet, on peut consulter: *Russell v. The King* (1936), 67 C.C.C. 28; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 277, 288; *R. v. Mahoney* (1980) 11 C.R. (3d) 64, conf. à [1982] 1 R.C.S. 834; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 28 C.R. (3d) 324; *R. v. Parrington* (1985), 20 C.C.C. (3d) 184; *R. c. Taillefer*, [1989] R.J.Q. 2023; *R. v. Lavoie* (1993) 78 C.C.C. (3d) 83; *R. v. Ford* (1993), 78 C.C.C. (3d) 480; *R. v. Letourneau and Tremblay* (1994) 87 C.C.C. (3d) 481.

<sup>6</sup> *R. c. Chaplin*, précité, note 2.

<sup>7</sup> L.R.C. (1985), c. C-46 (ci-après cité C.cr.).

<sup>8</sup> Article 276.1 C.cr..

<sup>9</sup> *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

judiciaire. Pour y parvenir, il est possible que l'accusé soit contraint de faire connaître sa stratégie de défense<sup>10</sup>. Enfin, dans un jugement relativement récent, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que la Couronne doit recevoir une copie du témoignage prospectif d'un expert dont les services ont été retenus par le défendeur<sup>11</sup>.

Malgré ces cas isolés, la partie défenderesse n'est pas, à ce jour, soumise à une réelle obligation de divulgation. Elle n'est aucunement contrainte de communiquer au ministère public, avant le début des auditions, l'ensemble des éléments de preuve et des moyens de défense qu'elle compte faire valoir au procès. En outre, le sujet n'a presque pas été traité par les tribunaux canadiens. La Cour d'appel du Québec a déjà étudié une facette du problème et la Cour suprême du Canada a formulé quelques *obiter dictas* sur la question<sup>12</sup>.

Dans *R. c. Peruta*<sup>13</sup>, les appelants Brouillette et Peruta furent inculpés du meurtre d'un dénommé Péloquin au pénitencier de Donnacona. Dans le cadre de la préparation de leur défense, les accusés engagèrent le détective privé Latulippe. Celui-ci rencontra certains codétenus qui avaient accepté de témoigner pour le compte de la partie défenderesse et il obtint d'eux des déclarations écrites qui contenaient, en substance, leurs dépositions projetées.

Durant le procès des accusés, et une fois la preuve de la poursuite complétée, l'avocat de la Couronne demanda qu'on lui communique, avant que ne soient entendus les témoins de la défense et dans l'optique avouée de préparer ses contre-interrogatoires, les déclarations écrites recueillies par le détective Latulippe. Malgré les vives oppositions des avocats de la défense, le juge du procès ordonna la production des déclarations<sup>14</sup>. À la

---

<sup>10</sup> *R. c. Underwood*, [1998] 1 R.C.S. 77. Toutefois, il est à noter que la Cour tenait les propos suivants, à la page 82 du jugement: « Je tiens à souligner que ce voir-dire n'a pas pour objet la "divulgation des moyens de défense". Il ne crée aucun droit indépendant au profit du ministère public, et ne devrait donc pas lui servir de prétexte pour sonder en profondeur la preuve de la défense, comme la défense a le droit de le faire à l'égard de la preuve du ministère public lors d'une enquête préliminaire. ».

<sup>11</sup> *R. v. Stone* (1997), B.C.J. No. 179.

<sup>12</sup> *R. c. Peruta*; *R. c. Brouillette* (1992), 78 C.C.C. (3d) 350 (C.A. Qué.); *R. c. Stinchcombe*, précité, note 2; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451.

<sup>13</sup> *R. c. Peruta*; *R. c. Brouillette*, précité, note 12.

<sup>14</sup> Voici ce qu'a dit le juge Gaston Desjardins:

« [...] We know that the witness Soucy met with an investigator whose services were retained by the defense. It seems that the witness made a

fin des auditions tenues devant juge et jury, les accusés furent trouvés coupables et ils interjetèrent appel de la décision.

En Cour d'appel, plusieurs moyens furent débattus, dont la question de la divulgation. Les trois juges qui entendirent le pourvoi accueillirent l'appel à l'unanimité et ils décidèrent tous que la Couronne n'avait pas droit à la communication des déclarations<sup>15</sup>.

Au soutien de sa position, le procureur de la Couronne fit valoir que la partie défenderesse devait lui communiquer cette information en raison du fait qu'il est lui-même soumis à une obligation de divulgation. Il fit donc valoir la réciprocité. De plus, il invoqua l'article 10 de la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>16</sup>, arguant que puisque les défendeurs étaient en possession des déclarations écrites des témoins de la Couronne et qu'ils pouvaient s'en servir pour les contre-interroger, il devait lui aussi bénéficier d'une telle opportunité.

Reprenant un à un les arguments du poursuivant, le juge Tyndale jugea d'abord que l'article 10 de la *Loi sur la preuve* n'accorde pas le droit d'obtenir la déclaration en possession de la partie adverse, malgré qu'il confère le droit de contre-interroger un

statement to this investigator concerning the facts in this case. The prosecutor requests that this statement be communicated to him for the purpose of cross-examination. The defense makes an objection, arguing the privileged nature of this document.

With respect, I don't agree with the defense. The investigator's report as such is certainly a privileged document and the adverse party doesn't have access to it. He is not requesting that. The case I have before me is different. We have here an out-of-Court statement made by a witness and produced in Court. His evidence is public. Any out-of-Court statement made by this witness belongs to him. In fact, the witness...any witness placed in this situation-like the witness Mr. Soucy-would be entitled to go over his statement to refresh his memory before testifying. He would be entitled to ask for copies of it and to keep them. He would be entitled to refer to his statement during his testimony. It's a document which, in fact, belongs to him. As soon as the witness in question makes a public statement, as in the case here, the adverse party can put forward an out-of-Court statement which he knows of, for the purpose of his cross-examination. To that end, the adverse party must have access to it. I grant the motion... »

Cité dans: *R. c. Peruta*, précité, note 12, 354-355.

<sup>15</sup> *Id.* Pour les motifs du juge Tyndale, voir les pages 354-358 et pour les motifs du juge Proulx, voir les pages 366-372. Le juge Moisan n'a fait qu'adhérer aux motifs fournis par les autres juges.

<sup>16</sup> L.R.C. 1985, c. C-5. (Ci-après cité: *Loi sur la preuve*).

témoin concernant une déclaration antérieure. Pour le magistrat, si le témoin avait voulu, lors de son témoignage, examiner sa déclaration antérieure, la Couronne aurait eu droit à une copie de celle-ci. Mais, puisque les témoins de la défense n'ont en aucun moment cherché à consulter leur déclaration écrite, il ne devait pas y avoir de communication<sup>17</sup>.

Concernant l'autre argument du ministère public, le juge Tyndale déclara que l'obligation de divulgation qui incombe au poursuivant ne provient pas de l'article 10 de la *Loi sur la preuve*. Plutôt, l'obligation découle de la *common law* et de l'article 7 de la *Charte*, comme reconnu dans l'affaire *Stinchcombe*<sup>18</sup>. Qui plus est, pour le magistrat, cet arrêt laissait sous-entendre que l'obligation de divulgation n'est aucunement réciproque<sup>19</sup>. Aussi, décida-t-il que la grande disparité des ressources entre le poursuivant et le défendeur commande que la partie défenderesse ne soit pas tenue de communiquer les déclarations écrites qui ont été recueillies par l'enquêteur Latulippe<sup>20</sup>. Pour le juge Tyndale, la divulgation des déclarations écrites avait accordé un avantage injustifié au poursuivant<sup>21</sup>.

Bien que s'estimant d'accord avec les motifs rendus par le juge Tyndale<sup>22</sup>, le juge Proulx formula sa propre opinion dans laquelle il reprit les conclusions de son collègue<sup>23</sup>. Toutefois, il ajouta qu'en raison de la nature privilégiée des déclarations - elles avaient été demandées par les défendeurs et leurs avocats dans le but de préparer une défense - elles ne pouvaient être divulguées au poursuivant<sup>24</sup>.

Le premier arrêt de la Cour suprême du Canada qui a traité de la divulgation par la partie défenderesse est *R. c. Stinchcombe*<sup>25</sup>. Cette problématique n'a toutefois été

---

<sup>17</sup> *R. c. Peruta*, précité, note 12, 356.

<sup>18</sup> *R. c. Stinchcombe*, précité, note 2.

<sup>19</sup> *R. c. Peruta*, précité, note 12, 357.

<sup>20</sup> *Id.*, 356-357.

<sup>21</sup> Les propos exacts du juge sont les suivants: « ...that the Crown Attorney in this case had no right to possession or communication of the statements of defenses witnesses in possession of defense attorneys, and that the decision of the trial judge in favor of the prosecution and against the defense was erroneous in law. [...] The result was to give the prosecution an unfair advantage. » *Id.*, 357-358.

<sup>22</sup> *Id.*, 366.

<sup>23</sup> *Id.*, 366-371.

<sup>24</sup> *Id.*, 367-368.

<sup>25</sup> Précité, note 2.

abordée qu'accessoirement à la question principale qui visait à déterminer si le ministère public doit divulguer ses éléments de preuve à la partie défenderesse avant la tenue du procès.

Pour le plus haut tribunal du pays, la Couronne doit communiquer à l'inculpé, avant le début des auditions, l'ensemble des éléments de preuve qu'elle possède en vue du procès. Le manquement à ce devoir pourrait empêcher l'accusé de présenter une défense pleine et entière, ce qui serait contraire aux principes de justice fondamentale et à l'article 7 de la *Charte*<sup>26</sup>. Par ailleurs, la Cour s'est empressée de mentionner d'autres raisons qui militent fortement en faveur de la communication des preuves du ministère public. D'abord, les juges ont reconnu que l'élément de surprise devait, dans l'intérêt de la justice, être supprimé du procès pour que les parties puissent débattre les questions litigieuses à la lumière de renseignements complets<sup>27</sup>. En outre, ils ont convenu que la recherche de la vérité serait mieux servie par la divulgation<sup>28</sup> et que « [l'] avantage tactique [devait] être sacrifié au profit de l'équité et de la détermination des véritables faits de l'affaire. »<sup>29</sup>.

Si la Cour a formulé des commentaires sur la divulgation par la partie défenderesse, c'est que le procureur de la Couronne plaidait qu'il ne devait pas être assujéti à une obligation de divulgation en raison du fait que le défendeur n'y était pas davantage soumis. À cet égard, le juge Sopinka a affirmé que la question de la divulgation par la partie défenderesse pouvait mériter que le Tribunal s'y attarde à une autre occasion<sup>30</sup>, mais que l'absence de réciprocité ne pouvait justifier, à elle seule,

---

<sup>26</sup> *Id.*, 336:

« Outre les avantages d'ordre pratique déjà invoqués, il y a surtout la crainte prépondérante que la non-divulgation n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. [...] Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables. Or, certains événements récents démontrent que l'affaiblissement de ce droit résultant de la non-communication de la preuve a été pour beaucoup dans la condamnation et l'incarcération d'un innocent. ».

<sup>27</sup> *Id.*, 332.

<sup>28</sup> *Id.*, 335.

<sup>29</sup> *Id.*, 346.

<sup>30</sup> *Id.*, 333.



d'exempter la Couronne d'une telle obligation. Selon le juge, cette absence de réciprocité peut s'expliquer par les différents rôles que jouent la poursuite et la défense dans un procès criminel. À son avis, la tâche de la Couronne n'est pas d'obtenir une condamnation à tout prix. Elle a plutôt le devoir de présenter au juge des faits ce qu'elle estime être la preuve de la commission d'une infraction criminelle, dans l'ultime dessein de s'assurer que justice soit rendue<sup>31</sup>. Par ailleurs, le magistrat expliquait le rôle du défendeur dans les termes suivants:

« 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'adversaire à l'égard de cette dernière. L'absence d'une obligation de divulgation peut donc se justifier comme étant compatible avec ce rôle. »<sup>32</sup>.

La lecture isolée de cet extrait pourrait amener à croire que la Cour suprême exclut effectivement la possibilité que l'accusé puisse être assujéti à une obligation de divulgation. Par contre, si la Couronne doit communiquer sa preuve parce que l'intérêt de la justice commande que l'élément de surprise soit évacué du procès et parce que la recherche de la vérité requiert que la notion d'avantage tactique soit éliminée, il est difficile de comprendre en quoi ces principes ne devraient pas s'appliquer également à la partie défenderesse<sup>33</sup>. Dans ce contexte, l'extrait précité ne ferait qu'expliquer pourquoi, *présentement*, l'état du droit concernant la divulgation est différent entre la Couronne et l'accusé. Même si l'absence d'une obligation de divulgation est *compatible* avec le rôle de l'accusé, le plein respect de ce rôle ne nécessite peut-être pas de soustraire l'accusé à

---

<sup>31</sup> *Id.* Voir aussi, sur le rôle de la Couronne, *R. c. Bain* [1992] 1 R.C.S. 91.

<sup>32</sup> *Id.*

<sup>33</sup> La Cour affirmait:

« Il est compréhensible que la poursuite soit peu disposée à divulguer des déclarations parce qu'elles auront, par suite de leur divulgation, moins d'effet lors du contre-interrogatoire. La même objection pourrait être soulevée à l'égard de *toutes* les formes de communication de la preuve. L'avantage tactique doit être sacrifié au profit de l'équité et de la détermination des véritables faits de l'affaire. » (Mes italiques).

Ainsi, si l'on peut formuler cette objection à propos de *toutes* les formes de communication de la preuve, mais qu'en définitive, c'est l'équité et la véritable détermination des faits de l'affaire qui doit prévaloir, il n'y a alors aucune raison de croire que la Cour suprême tiendrait un discours différent concernant l'obligation de divulgation incombant à la défense.

une obligation de divulgation. Et alors, des raisons d'un autre ordre pourraient justifier qu'il soit contraint de communiquer ses éléments de preuve et son moyen de défense avant le début des auditions.

Le jugement peut toutefois être interprété de façon différente. En fait, on peut vraisemblablement estimer que la recherche de la vérité et l'élimination de l'effet de surprise représentent, pour la Cour, des considérations importantes mais accessoires au véritable motif qui fonde l'obligation de la Couronne, c'est-à-dire le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Si tel est le cas, on peut alors croire que la partie défenderesse ne devrait pas, selon le juge Sopinka, être assujettie à une obligation de divulgation puisque ce motif ne pourrait, à lui seul, fonder la réciprocité; la Couronne n'ayant probablement aucun droit à une "poursuite pleine et entière"<sup>34</sup>. S'il en était autrement, notre système procédural n'accorderait pas une place aussi considérable aux règles d'exclusion en matière de preuve.

En définitive, le jugement de la Cour n'est pas d'une limpidité exemplaire en ce qui a trait à l'état du droit en matière de divulgation par la défense. Qui plus est, à l'instar de l'affaire *Peruta*, il n'aborde pas la problématique sous l'angle de l'auto-incrimination. À cet égard, d'autres jugements du même tribunal ont été plus clairs.

Malgré que l'affaire *P. (M.B.)*<sup>35</sup> ne concernait aucunement la problématique de la divulgation par l'accusé, une majorité de juges a affirmé, à titre d'*obiter dictum*, que le défendeur n'est pas tenu de communiquer, préalablement au procès, ses éléments de preuve de même que son moyen de défense. Pour le juge en chef Lamer, écrivant au nom de quatre de ses collègues, cela s'explique par l'existence d'un principe interdisant l'auto-incrimination:

« La protection générale accordée à un accusé est sans doute mieux décrite par le principe général interdisant l'auto-incrimination [...].

Avant le procès, le droit criminel cherche à empêcher que l'accusé soit mobilisé contre lui-même grâce [...] à une

---

<sup>34</sup> C'est d'ailleurs ce que prétendait l'avocat des défendeurs dans l'affaire *Peruta*, précitée, note 12, 355.

<sup>35</sup> *R. c. P. (M.B.)*, précité, note 12.

obligation de divulguer de la part de la défense [...]. [L]a défense au Canada n'est pas légalement tenue de collaborer avec le ministère public ou de l'aider en annonçant le recours à un moyen de défense spécial, comme un alibi, ou en produisant une preuve documentaire ou matérielle [...].

Toutefois, il faut garder à l'esprit que cette protection contre la divulgation n'est pas absolue. Par exemple, l'omission de communiquer promptement un alibi peut avoir un effet sur l'importance de ce moyen de défense [...], »<sup>36</sup>.

De même, dans l'arrêt *S. (R.J.)*<sup>37</sup>, le juge Iacobucci reprenait l'*obiter dictum* de l'arrêt *Stinchcombe* pour affirmer que l'absence d'obligation de divulgation imposée à la partie défenderesse se justifie par l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination<sup>38</sup>. Et, le juge en chef Lamer déclarait que la contrainte à témoigner irait parfois à l'encontre du droit à la protection contre l'auto-incrimination, malgré l'existence d'une immunité relative, en ce qu'elle pourrait entraîner la divulgation de la stratégie de défense d'un accusé:

« Dans certains cas, cependant, contraindre une personne à témoigner violera le principe de la preuve complète d'une façon telle qu'une règle d'exclusion ne peut y remédier. Par exemple, le témoignage forcé pourrait révéler la stratégie de défense de l'accusé [...]. »<sup>39</sup>.

Quoiqu'il en soit, ces arrêts ne sont pas décisifs. D'abord, même si la Cour d'appel du Québec a été directement saisie de la question de la divulgation, elle ne l'a pas abordée en considérant l'ensemble des éléments qu'elle fait intervenir. À titre d'illustration, la Cour n'a pas traité la question sous l'angle de la protection contre l'auto-incrimination. Ensuite, si la Cour suprême devait décider d'une affaire similaire, il n'est pas dit qu'elle rendrait un jugement identique à celui de la Cour d'appel.

Quant aux arrêts de la Cour suprême où la question de la divulgation a été

---

<sup>36</sup> *Id.*, 577-578.

<sup>37</sup> *R. c. S. (R.J.)*, précité, note 12.

<sup>38</sup> *Id.*, 508.

<sup>39</sup> *Id.*, 469.

abordée, ils ne sont pas davantage déterminants. Dans chaque cas, il s'agissait d'*obiter dictas*. Or, même si les *obiter* du plus haut tribunal du pays sont passablement persuasifs, il n'en demeure pas moins que les tribunaux inférieurs ne sont pas tenus de s'y conformer<sup>40</sup>.

Au demeurant, ces opinions incidentes s'appuient presque toutes sur le droit à la protection contre l'auto-incrimination pour justifier l'absence d'obligation de divulgation incombant à la partie défenderesse. Néanmoins, le principe interdisant l'auto-incrimination n'est pas absolu en droit canadien, il connaît des restrictions importantes. D'ailleurs, la Cour a reconnu la validité de la règle selon laquelle l'accusé doit communiquer son alibi avant la tenue du procès au risque que le juge des faits tire une conclusion défavorable concernant la valeur probante à accorder à ce moyen de défense. Pourquoi la protection contre l'auto-incrimination empêcherait-elle certaines formes de divulgation alors qu'elle ne ferait pas obstacle à d'autres? Tant que le plus haut tribunal au pays ne fournira pas de motifs précis pour expliquer en quoi la protection contre l'auto-incrimination empêche la partie défenderesse d'être assujettie à une obligation de divulgation, la force persuasive de ses *obiter dictas* demeurera probablement mitigée.

La question de la divulgation réciproque<sup>41</sup> n'est donc pas académique. Dans cette optique, je propose une problématique de recherche à deux volets. Deux questions sont posées. Premièrement, l'obligation de divulgation à laquelle pourrait être assujettie la partie défenderesse est-elle compatible avec la procédure criminelle canadienne? En second lieu, est-il opportun de contraindre la partie défenderesse à divulguer ses éléments de preuve et son moyen de défense préalablement à la tenue du procès?

Les hypothèses sont développées en fonction des deux prémisses que voici: (1) la viabilité de la divulgation par la partie défenderesse dépend d'une conception déterminée de la procédure criminelle, laquelle serait orientée vers la recherche et la découverte de la

---

<sup>40</sup> Sur la question de la portée obligatoire des *obiter dictas* de la Cour suprême, on peut consulter Mathieu DEVINAT, « L'autorité des *obiter dicta* de la Cour suprême », (1998) 77 *Revue du Barreau Canadien*, 1.

<sup>41</sup> Lorsque j'emploie l'expression "divulgation réciproque", je fais principalement référence au volet "divulgation par la partie défenderesse" puisque le poursuivant est déjà assujetti à une obligation de divulgation dont la raison d'être ne semble pas remise en question et dont les constituantes sont relativement définies. Dans la présente étude, j'emploierai donc l'expression "divulgation réciproque" comme faisant référence à la même réalité que celle désignée par les expressions "divulgation par la partie défenderesse", "divulgation par la défense" ou d'autres expressions similaires.

vérité; (2) dans son ensemble, la procédure est constituée de trois principaux éléments qui sont: les *valeurs* sociales; les règles juridiques qui reflètent et traduisent concrètement ces valeurs et qui forment le *système* procédural; la *mécanique* qui permet l'opération ou le fonctionnement pratique du dit système. La justesse de ces prémisses est établie dans les chapitres premier et deuxième du présent travail.

Les hypothèses sont les suivantes. Le concept de divulgation réciproque est pleinement compatible avec la première constituante de la procédure, c'est-à-dire le régime contradictoire ou, de façon plus précise, la *mécanique* contradictoire. Cela s'explique par le fait que ce régime semble intrinsèquement orienté vers la recherche de la vérité factuelle en ce qu'il affiche une structure de fonctionnement qui présente des similarités frappantes avec la méthode dialectique; méthode qui vise principalement à faire découvrir la vérité.

En second lieu, on ne peut se prononcer catégoriquement sur la compatibilité du concept de divulgation réciproque avec la seconde constituante de la procédure, c'est-à-dire le *système* canadien de procédure criminelle. Voici pourquoi. En raison du fait que la viabilité de la divulgation par la partie défenderesse dépend d'une conception de la procédure criminelle dont le principe directeur est la recherche de la vérité, il faut déterminer l'importance accordée à cette dernière dans le *système* canadien de procédure criminelle. S'il existe plusieurs règles favorisant la recherche de la vérité, il s'en trouve plusieurs autres qui la restreignent significativement. Ces dernières découlent d'un principe juridique qui lui est opposé: le principe interdisant l'auto-incrimination forcée. Or, le fait de devoir divulguer certains renseignements peut entraîner l'auto-incrimination forcée de celui qui les communique. L'existence de règles visant à empêcher l'auto-incrimination peut donc rendre le concept de divulgation réciproque incompatible avec le *système* procédural canadien. Toutefois, le *système* canadien de procédure criminelle n'est pas fondé sur une théorie définie de la procédure, articulée selon une hiérarchie de principes. Plus précisément, même si leur place respective dans le *système* peut varier, aucun de ces deux principes juridiques - le principe de la recherche de la vérité et le principe interdisant l'auto-incrimination forcée - ne prévaut clairement sur l'autre. Conséquemment, on peut seulement affirmer que la divulgation réciproque n'est pas totalement compatible avec le système canadien de procédure criminelle, mais qu'elle ne

lui est certes pas tout à fait incompatible.

Enfin, la dernière hypothèse se rattache au second volet de la problématique. Puisque la divulgation réciproque trouverait sa place dans un système procédural fondé sur la recherche de la vérité et puisque la *valeur* dominante qui devrait sous-tendre le système procédural est la recherche de la vérité, la partie défenderesse devrait être assujettie à une obligation de divulgation.

Les trois hypothèses sont respectivement formulées et développées dans les chapitres deuxième, troisième et quatrième du présent ouvrage.

## Chapitre I. Les contours de l'obligation de divulgation

### Section A. Considérations générales

Bien que plusieurs auteurs<sup>42</sup> souhaitent voir la partie défenderesse assujettie à une obligation de divulgation, aucun ne s'est astreint à circonscrire cette notion de façon précise et détaillée. Cela se comprend aisément car la difficulté, puisqu'il en est une, réside dans le fait que nul ne peut aborder la définition de ce concept sans être entraîné dans un cheminement qui, même mené rigoureusement, peut difficilement aboutir.

D'une part, il va sans dire qu'aucune discussion sérieuse ne saurait être entreprise sans que n'ait été préalablement établie, et ce avec un minimum de précision, la substance de la dite obligation. De toute évidence, comment peut-on entreprendre une véritable réflexion sans objet défini? D'autre part, on ne peut attribuer à cette obligation un contenu satisfaisant sans avoir d'abord évalué la valeur de chacun des arguments avancés à la défense et à l'encontre de la proposition. On saisit ainsi toute la difficulté, voire l'absurdité du cheminement: pour débiter l'analyse de la problématique il faut d'abord définir le concept central, mais encore faut-il reconnaître que la définition la plus juste ne saurait se préciser qu'en fin d'analyse. Il appert donc que l'unique façon de contourner cette impasse consiste à opter pour une première définition, même si elle est insatisfaisante et qu'elle nécessitera d'être revue.

Je soumetts donc la méthodologie suivante. En premier lieu, il conviendra de prendre connaissance des mesures qui ont cours, qui ont déjà été en vigueur ou qui ont été proposées en Angleterre, en Australie et aux États-Unis<sup>43</sup> concernant la divulgation

---

<sup>42</sup> Joseph C. BELLOWS, *loc. cit.*, note 3; Harry G. DEITZLER, Susan KLIMAS et Walt AUVIL, « Prosecutorial Discovery: An Overview », (1980) 83 *West Virginia L. Rev.* 187; Daniel G. HERNS, « Comments: Prosecutorial Discovery in California After *People v. Collie*: The Need for Legislation », (1983) 23 *Santa Clara L. Rev.* 543; Gil D. MCKINNON, *loc. cit.*, note 3; Thomas L. STEFFEN, « Truth as Second Fiddle: Reevaluating the Place of Truth in the Adversarial Trial Ensemble », (1988) 4 *Utah L. Rev.* 799; Robert, M. STEEL, « Proposition 115: The Fifth Amendment and Prosecutorial Discovery », (1991) 13 *Criminal Justice Journal* 115; David M. TANOVICH et Lawrence CROCKER, *loc. cit.*, note 3.

<sup>43</sup> La méthodologie proposée ne vise pas à faire une étude de droit comparé. Ainsi, les informations livrées sur la teneur du droit étranger concernant l'obligation de divulgation imposée à la partie défenderesse demeureront superficielles et probablement incomplètes. De toute façon, l'objectif de la démarche consiste essentiellement à s'inspirer de l'expérience étrangère comme guide dans la définition de l'obligation de divulgation. Dans cette perspective, il serait superflu de considérer un échantillonnage plus vaste.

par la partie défenderesse. Dans certaines de ces juridictions, cette idée est discutée depuis plusieurs années<sup>44</sup> et l'expérience acquise peut certainement faciliter l'élaboration de la définition. En second lieu, il s'agira de présenter les arguments formulés par les défenseurs de la divulgation réciproque. Ce n'est que lorsque leurs objectifs auront été clairement identifiés et que nos connaissances auront été enrichies par la consultation du droit étranger qu'il sera possible d'articuler une première définition du concept de divulgation par la défense.

S'il importe, à cette étape, de considérer les arguments fournis par ceux qui militent en faveur de la divulgation réciproque, c'est d'abord en raison du fait qu'ils sont à l'origine du débat. Par surcroît, il apparaît que les principaux motifs formulés à l'appui de l'obligation de divulgation ne se limitent pas à traduire le désir d'en arriver à un meilleur équilibre dans notre système de justice. Fondamentalement, ils forment le germe d'une véritable conception ou théorie de la procédure criminelle, articulée selon une hiérarchie de principes, ce qui, dans l'état actuel des choses, fait défaut en droit canadien. Qui plus est, dans la mesure où cet embryon de théorie peut présenter un certain attrait, et d'ici à ce que l'on soit certain de ne pas le retenir, on devrait sans doute lui accorder l'attention qu'il mérite.

---

De plus, le processus de résolution des litiges en matière criminelle que l'on retrouve dans ces pays, comme au Canada, peut être qualifié de contradictoire. Or, ce n'est que dans un tel système que le concept de divulgation trouve sa place selon le sens que lui prêtent les auteurs précités. On comprendra que dans un système pénal inquisitoire où il revient au juge d'instruction, et non aux parties, de recueillir et de présenter la preuve, on ne peut évidemment pas parler d'une quelconque obligation de divulgation reposant sur l'une ou l'autre des parties au litige. Par conséquent, il serait inutile, pour nos fins immédiates, d'étudier le système pénal inquisitoire qui prévaut en droit continental.

<sup>44</sup> En Californie, par exemple, c'est en 1962 que la divulgation par la défense fut reconnue par les tribunaux. Voir: *Jones v. Superior Court*, 58 Cal. 2d 56, 372 P. 2d 919, 22 Cal. Rptr. 879 (1962). Cependant, dès 1970, les décisions judiciaires ont graduellement restreint la portée de cette obligation, de sorte qu'en 1981 on aurait pu croire qu'elle ne faisait plus partie du droit de cet état. Voir: *Prudhomme v. Superior Court*, 2 Cal. 3d 320, 327 (1970) et *People v. Collie*, 30 Cal. 3d 43 (1981). Malgré cela, la Constitution de la Californie fut amendée en 1990 et la partie défenderesse doit maintenant, dans le cadre d'un procès criminel, se soumettre à une obligation de divulgation. Voir: T. HAVLENA, « Proposition 115 and the Rebirth of Prosecutorial Discovery in California », (1990) 18 *Western State University L. Rev.* 3; Daniel G. HERNS, *loc. cit.*, note 42.



## Section B. L'expérience étrangère

### Sous-section 1. L'Angleterre

En Angleterre, la partie défenderesse qui entend présenter une défense d'alibi doit le signaler à la Couronne tout en lui faisant parvenir, avant que ne débute le procès, les noms et les adresses des témoins convoqués au soutien de cet alibi<sup>45</sup>. De plus, si l'accusé désire présenter un témoignage d'expert à l'appui d'un moyen de défense, la Couronne doit en être préalablement avisée<sup>46</sup>. Aussi, pour les "serious fraud cases"<sup>47</sup>, l'accusé doit informer les autorités des moyens de défense qu'il prévoit faire valoir de même que les questions de droit qu'il compte soulever durant l'audition<sup>48</sup>. La seule sanction applicable en cas de non-respect de ces règles est la suivante: le juge ou le procureur de la Couronne peut, avec la permission du tribunal dans le cas de ce dernier, inviter le jury à tirer une conclusion défavorable quant à la crédibilité de la défense de l'accusé<sup>49</sup>.

En 1993, la *Royal Commission on Criminal Justice* d'Angleterre suggérait d'étendre la procédure de façon à ce que le défendeur soit contraint de divulguer la substance de sa défense pour toutes les infractions criminelles dont il serait accusé. Et ce, peu importe si ladite défense s'appuie sur des moyens particuliers<sup>50</sup> ou si elle consiste à arguer que la Couronne n'a pas fait la preuve de tous les éléments constitutifs de l'infraction<sup>51</sup>. Par ailleurs, la *Royal Commission* n'a pas jugé bon de recommander la divulgation des noms et des adresses des témoins qui seraient appelés à la barre par l'accusé<sup>52</sup>. Enfin, aucune sanction n'a été proposée, hormis celle qui était déjà en

---

<sup>45</sup> *Criminal Justice Act 1967* (U.K.), 1967, c. 80, s. 11.

<sup>46</sup> *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60, s. 81.

<sup>47</sup> Voir: Suzanne COSTOM, « Disclosure by the Defense: Why Should I Tell you? », (1996) 1 *Rev. Can. D. P.* 73, 82; G. D. MCKINNON, *loc. cit.*, note 3, 61.

<sup>48</sup> *Criminal Justice Act 1987* (U.K.), 1987, c. 38, s. 9.

<sup>49</sup> *Id.*

<sup>50</sup> Par exemple: l'aliénation mentale, la provocation, la contrainte, la nécessité, l'intoxication, l'automatisme, la légitime défense, la provocation policière, l'erreur, etc.

<sup>51</sup> *Report of the Royal Commission on Criminal Justice* (1990), par 66-67.

<sup>52</sup> *Id.*, par. 69.

vigueur<sup>53</sup>.

Enfin, notons que si la défense s'appuie ou introduit en preuve un élément que l'accusé a omis de révéler aux forces policières à la suite de son arrestation, alors qu'il était légitime de s'attendre à ce que cet élément soit mentionné, on permettra au juge des faits d'en déduire ce qui lui semble juste. Ainsi, il pourra tirer une conclusion défavorable concernant la véracité de cet élément<sup>54</sup>.

### *Sous-section 2. L'Australie*

En Australie, la question ne paraît pas avoir été grandement considérée et il appert que l'État de Victoria soit le seul à avoir adopté des dispositions portant sur la divulgation par la défense. Deux situations sont envisagées. Dans le premier cas, le ministère public doit demander la divulgation. S'il le fait, l'accusé doit alors l'informer, dans les jours précédant le procès, des éléments de l'infraction qui seront admis (c'est-à-dire ceux dont la preuve n'aura pas à être faite devant le tribunal) et de ceux qui ne seront pas admis. Plus élaboré, le second scénario se présente lorsque le juge tient une sorte de conférence préparatoire<sup>55</sup>. Lors de cette rencontre, le magistrat peut ordonner aux parties de transmettre par écrit, à la Cour et à la partie adverse, l'essence de leur position respective. Dans ce cas, la défense devra notamment indiquer les points qu'elle considère litigieux, elle devra communiquer les rapports des expertises qu'elle prévoit présenter durant le procès et elle devra soumettre ses réponses aux arguments juridiques de même qu'aux interprétations législatives et jurisprudentielles avancés par le poursuivant<sup>56</sup>. Cependant, la partie défenderesse n'est pas tenue de divulguer l'identité de ses témoins, sauf pour ce qui est des experts<sup>57</sup>.

En ce qui a trait aux sanctions, les parties qui s'écartent de leur position initiale, c'est-à-dire de celle divulguée avant le procès, pourront faire l'objet de commentaires

---

<sup>53</sup> *Report of the Royal Commission on Criminal Justice* (1990); G. D. McKINNON, *loc. cit.*, note 3, 62.

<sup>54</sup> *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (U.K.), s. 34. Il est à préciser que cette nouvelle mesure n'émane pas d'une recommandation de la *Royal Commission on Criminal Justice*.

<sup>55</sup> Dans la loi, on parle de « Pre-trial hearing ».

<sup>56</sup> *Crimes (Criminal Trials) Act 1993*, s. 11, 13, 15.

<sup>57</sup> G. D. McKINNON, *loc. cit.*, note 3, 65.

négatifs de la part de la partie adverse. Toutefois, cette façon de faire ne sera permise par le juge du procès que s'il estime que les remarques sont appropriées et qu'il n'en résultera aucune injustice<sup>58</sup>.

### ***Sous-section 3. Les États-Unis***

#### **a) La juridiction fédérale**

Aux États-Unis, il faut établir une distinction entre les différents paliers de gouvernement. Pour ce qui est de la juridiction fédérale, l'accusé qui désire présenter une défense d'alibi doit en aviser le ministère public au moins dix jours avant le début des auditions et il doit lui faire parvenir les noms et les adresses des témoins qui seront appelés à soutenir ce moyen de défense<sup>59</sup>. Si la partie défenderesse apprend, à une date ultérieure, l'existence d'un témoin qu'elle désire faire entendre, elle doit en divulguer l'identité à la partie adverse<sup>60</sup>. Dans l'éventualité où l'accusé ne se conforme pas à ces prescriptions, la Cour a le loisir d'interdire la déposition d'un témoin<sup>61</sup>. Enfin, le fait pour le défendeur de ne pas présenter la défense d'alibi qui avait été annoncée ne peut lui être opposé<sup>62</sup>.

Dans le même ressort, un inculpé qui cherche à faire valoir une défense d'aliénation mentale doit en aviser la partie adverse avant le début du procès et lui indiquer s'il a l'intention de déposer des expertises à ce sujet<sup>63</sup>. Si cette exigence n'est pas respectée, le juge du procès peut interdire le témoignage de l'expert<sup>64</sup>.

Par ailleurs, dans la mesure où le ministère public respecte son obligation de divulgation, les documents et les autres objets tangibles que la défense prévoit déposer en preuve devront lui être remis avant le début de l'instance pour qu'il puisse les examiner ou en faire des reproductions. Il en est de même pour les résultats d'expertises et de tests

---

<sup>58</sup> *Id.*

<sup>59</sup> *Federal Rules of Criminal Procedure*, r. 12.1(a).

<sup>60</sup> *Id.*, r. 12.1(c).

<sup>61</sup> *Id.*, r. 12.1(d).

<sup>62</sup> *Id.*, r. 12.1(f).

<sup>63</sup> *Id.*, r. 12.2(a) (b).

<sup>64</sup> *Id.*, r. 12.2.

commandés par la défense<sup>65</sup>. Enfin, ici encore, l'obligation de divulguer est continue<sup>66</sup>.

Advenant le cas où une partie ne se conformerait pas à ces mesures, la Cour possède le pouvoir discrétionnaire lui permettant de rendre les ordonnances qu'elle estime justes en fonction des circonstances. Ainsi, elle peut enjoindre la partie fautive à se conformer à la loi, ajourner l'audience, ou même empêcher que les éléments de preuve soient reçus par le tribunal<sup>67</sup>.

### **b) La juridiction des États**

C'est cependant dans le droit des différents États que la divulgation réciproque est la plus étendue. Dans certains de ceux-ci, le ministère public jouit d'un droit indépendant à la divulgation, c'est-à-dire qu'il peut exiger que lui soient communiqués par la partie défenderesse bon nombre de renseignements, avant qu'il n'ait lui-même l'obligation de divulguer quoi que ce soit. Ainsi, en Arizona, à Hawaï, au Minnesota, dans l'État de Washington, dans l'Illinois, et dans le Montana, les défenses d'alibi et d'aliénation mentale doivent être divulguées avant le procès. Qui plus est, doivent être communiqués à la partie poursuivante les autres moyens de défense, les noms et les adresses des témoins qui seront cités à comparaître, un résumé de leur témoignage, les rapports d'expertise ainsi que les documents ou objets matériels qui seront déposés en preuve<sup>68</sup>. Dans trois autres États, soit le Missouri, le Nouveau-Mexique et l'Oregon, la partie défenderesse doit faire connaître au ministère public les noms et les adresses des témoins, une copie de leur témoignage, les documents qui seront déposés et les rapports d'experts<sup>69</sup>. En Arkansas, au Colorado et en Idaho, ce sont les moyens de défense, les rapports d'experts et les noms des témoins qui doivent être communiqués<sup>70</sup>.

De plus, dans plusieurs autres États, la partie défenderesse est dans l'obligation de divulguer certaines informations, quoique cela soit conditionnel à une communication

---

<sup>65</sup> *Id.*, r. 16(b) (1) (A) (B).

<sup>66</sup> *Id.*, r. 16(b) (2) (C).

<sup>67</sup> *Id.*, r. 16(d) (2).

<sup>68</sup> Voir: Robert. P. MOSTELLER, « Discovery Against the Defense: Tilting the Adversarial Balance », (1986) 74 *Calif. L. Rev.* 1567, 1570-1584.

<sup>69</sup> *Id.*

<sup>70</sup> *Id.*

préalable des éléments de preuve que possède le ministère public. Ainsi, dans l'État de la Floride et au Rhode Island, l'accusé devra faire connaître les noms des témoins qu'il compte appeler à la barre, les copies de leur déposition, les rapports d'experts et les documents qu'il entend déposer. Il en est de même dans l'État du Mississippi, dans l'Ohio, au Nebraska et en Virginie, sauf en ce qui concerne les copies des déclarations de témoins<sup>71</sup>.

Enfin, le Code Pénal de la Californie exige que le défendeur divulgue les noms et les adresses des témoins prospectifs ainsi qu'une copie de leur déclaration. De plus, les rapports d'experts, les résultats d'expérimentations faites en relation avec la cause et les éléments matériels qui seront déposés en preuve devront être communiqués au ministère public<sup>72</sup> au moins trente jours avant le début du procès<sup>73</sup>. Dans l'éventualité où l'accusé ne se conformerait pas à ces règles, la Cour possède le pouvoir de rendre toute ordonnance jugée nécessaire afin de faire respecter les exigences de la loi. Ainsi, elle pourra ordonner la divulgation, condamner la partie fautive d'outrage au tribunal, accorder un ajournement, aviser le jury d'un manquement de la défense à son obligation et même interdire la déposition d'un témoin<sup>74</sup>.

La pertinence de ce tour d'horizon se situe principalement à deux niveaux. D'abord, le fait que plusieurs mesures soient communes aux diverses juridictions laisse croire vraisemblablement que ce sont ces mesures ou, du moins, certaines d'entre elles qui composeraient l'obligation de divulgation canadienne. Ensuite, pour chaque pays consulté, on retrouve diverses catégories de règles visant, entre autres, les cas concernés par la divulgation, le moment où elle doit avoir lieu, la nature de ce qui doit être divulgué et les sanctions encourues en cas de violation des dispositions qui commandent la divulgation. Ainsi, il est possible de dégager quatre groupes de règles, que j'appellerai *paramètres*, en fonction desquels se dessineront les contours de l'obligation de divulgation. Ces paramètres sont:

1. Les circonstances et les cas pour lesquels la divulgation doit être imposée;

---

<sup>71</sup> *Id.*, 1580.

<sup>72</sup> *California Penal Code*, art. 1054.3.

<sup>73</sup> *Id.*, art. 1054.7.

<sup>74</sup> *Id.*, art. 1054.5.

2. Le moment, dans l'ensemble du processus qui mène au prononcé du jugement, où la divulgation doit être faite;
3. Ce qui doit être visé par la divulgation;
4. Les sanctions encourues lorsque la partie concernée ne se conforme pas au devoir qui lui est imposé.<sup>75</sup>

Afin de pouvoir doter ces paramètres d'un certain contenu, il convient maintenant de se pencher sur les arguments avancés par les promoteurs de l'obligation de divulgation par la défense.

## **Section C. Les arguments à l'appui de la divulgation réciproque**

### ***Sous-section 1. La recherche de la vérité***

Plusieurs justifications ont été formulées à l'appui de la proposition voulant que la partie défenderesse soit soumise à une obligation de divulgation au même titre que le ministère public. Néanmoins, elles reposent pratiquement toutes sur une conception précise et directrice du système de justice criminelle voulant que la fonction première d'un tel système soit la recherche de la vérité<sup>76</sup>. À cet égard, il importe de préciser que le

---

<sup>75</sup> Dans son article, McKinnon propose essentiellement le même ensemble de paramètres. Cependant, il soutient que l'on devrait aussi y inclure les bénéfices que pourrait retirer un accusé qui se montre coopératif vis-à-vis du processus de divulgation. Ainsi, il soumet l'idée selon laquelle une attitude complaisante de la partie défenderesse par rapport au processus de divulgation devrait être un élément militant pour l'imposition d'une sentence plus clémente dans le cas où l'inculpé serait trouvé coupable, au même titre que peut l'être un plaidoyer de culpabilité, tel que l'a reconnu la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Johnson*, [1970] 2 O.R. 780. Pour ma part, je préfère traiter de cet aspect non pas en tant que paramètre mais plutôt sous la rubrique des sanctions puisque, comme ces dernières, il s'agit, dans le cas présent, d'un incitatif visant à amener l'accusé à se conformer à l'obligation de divulgation. McKinnon reconnaît d'ailleurs cet état de fait lorsqu'il dit: « If defense counsel knew that by making adequate disclosure they would be reducing the client's risk of exposure on sentence, most would cooperate. » Voir: G. D. MCKINNON, *loc. cit.*, note 3, 70-71.

<sup>76</sup> Bien que ce ne soit pas nécessairement en rapport avec le concept de divulgation, plusieurs juristes ont manifesté leur adhésion à ce principe. Ainsi, Strier écrivait, en paraphrasant un magistrat américain: « "Justice is truth in action" »: Franklin D. STRIER, « Major Problems Endemic to the Adversary System and Proposed Reform », (1992) 19 *Western State University L. Rev.* 463, 478. Un juge de la Cour suprême du Nevada, en critiquant le système pénal américain, tenait les propos suivants: « The real tragedy in the system, however, is intrinsic and present, rather than extrinsic and prospective. The problem inheres in the failure to acknowledge truth as the paramount value of the system. »: Thomas L. STEFFEN, *loc. cit.*, note 42, 801. Aussi, un autre juge américain soutenait ce principe de la façon suivante: « It is said, commonly by judges, that "[t]he basic purpose of a trial is the determination of truth...". Justice David W. Peck identified "truth and...the right result" as not merely "basic" but "the sole objective of the judge..." [...] These are not questionable propositions as a matter of doctrine or logic. Trials occur because there are questions of fact. In principle, the paramount objective is the truth. »: Marvin E.

terme *vérité* n'est pas employé dans un sens métaphysique. En fait, il s'agit d'une notion relativement simple et concrète, c'est-à-dire la connaissance des faits. Lorsque l'on parle de recherche de la vérité, il importe donc de comprendre qu'il s'agit de vérité *factuelle*. On cherche à connaître avec acuité tous les faits précis qui se sont déroulés à différents moments et qui ont amené quelqu'un à être accusé d'une infraction criminelle; on tente de découvrir exactement quels sont les événements qui ont entouré la commission de l'infraction et qui lui sont reliés<sup>77</sup>.

Puisque cette conception de la procédure criminelle exprime l'idée qu'il ne sera possible d'appliquer les règles de droit sans créer d'injustice que si l'on connaît véritablement les faits à l'origine du litige, on estime que la divulgation réciproque facilitera l'atteinte de cet objectif dans la mesure où elle favorisera l'émergence de la vérité factuelle<sup>78</sup>. De cette façon, on parviendra avec une plus grande justesse à punir les coupables et à exonérer les innocents<sup>79</sup>. Ceci constitue le premier argument.

---

FRANKEL, « The Search for Truth: An Umpireal Point of View », (1975) 123 *U. of Pa. L. Rev.* 1031, 1033. Enfin, Harry Subin écrivait: « the fact that some of the rules of the criminal justice system may result in the suppression of the truth does not undermine the conclusion that it is primarily devoted... to the goal of permitting the truth to be uncovered. »: Harry SUBIN, « The Criminal Lawyer's "Different Mission": Reflections on the "Right" to Present a False Case », (1987) 1 *Geo. J. Legal Ethics*, 125, 141.

<sup>77</sup> Le professeur Uviller nous offre la définition suivante de la "recherche de la vérité": « [...] truth in the sense of a complete and accurate trial reconstruction of an objective occurrence. » H. R. UVILLER, « The Advocate, the Truth and Judicial Hackles: A reaction to Judge Frankel's Idea », (1974-75) 123 *U. of Pa. L. Rev.* 1067, 1076.

<sup>78</sup> Voir entre autres: H. G. DEITZLER, S. KLIMAS et W. AUVIL, *loc. cit.*, note 42, 202: « With the adoption of the new Rules of Criminal Procedure in West Virginia, prosecutorial discovery will become commonplace in the future. This is only proper because our system of justice is only served when a criminal trial is a search for truth and not a contest of surprises. »; D. G. HERNES, *loc. cit.*, note 42, 560: « Truth is more likely to emerge when each side attempts to win through production of evidence rather than by surprise. Prosecutorial discovery serves this objective. »; G. D. MCKINNON, *loc. cit.*, note 3, 71: « I believe that it is possible to develop defense disclosures rules which will safeguard an accused's protection against self-incrimination, and which will make the criminal trial process faster, less expensive and better able to meet its ultimate challenge of searching for the truth. »; D. M. TANOVICH et L. CROCKER, *loc. cit.*, note 3, 339, note infra-paginale 20, en parlant des moyens de défense qui sont des excuses ou des justifications: « To permit the defense to spring these defenses at trial is to encourage the view of the trial as sport, rather than as a search for truth and consequently, it is only for these defenses that pre-trial notice should be given. ».

<sup>79</sup> Selon D. G. HERNES, « [p]rosecutorial discovery contributes to the fair and efficient administration of criminal justice by facilitating an accurate determination of guilt or innocence. The judicial system suffers when the prosecutor functions in an environment hampered by guesswork and surprise. », *loc. cit.*, note 42, 571.

## *Sous-section 2. L'élimination de la "surprise" lors des procès*

Le second argument fait valoir l'idée que le procès ne doit pas être considéré comme un concours entre deux parties. Si tel était le cas, la notion de vérité s'en trouverait du même coup totalement évacuée. Pour parer à une telle éventualité, il faut supprimer tout effet de surprise à laquelle ont parfois recours les protagonistes pour gagner leur cause; ce que plusieurs appellent « Trials by ambush ». Un juriste explique cette réalité de la façon suivante:

« The danger inherent in the "surprise at trial" issue is that the defendant may escape conviction by presenting an "eleventh hour" defense for which the prosecution is unprepared. »<sup>80</sup>.

Selon un autre auteur, cette façon de faire survient couramment, du moins en ce qui a trait aux causes criminelles passablement complexes<sup>81</sup>. Or, la divulgation réduirait forcément l'élément de surprise<sup>82</sup> de façon significative et l'on peut croire que la recherche de la vérité serait mieux servie puisque le ministère public serait en meilleure position pour mettre à l'épreuve les prétentions de la défense et faire ainsi échec au parjure et, surtout,

---

<sup>80</sup> D. G. HERNES, *loc. cit.*, note 42, 560.

<sup>81</sup> J. C. BELLOWS, procureur de la Couronne de la ville de Vancouver, tenait récemment les propos suivants:

« There's a built-in unfairness when the crown must, during a criminal trial, provide full evidentiary disclosure to the defense many months before trial, while, with the possible exception of alibi evidence, no such burdens hinders the defense.

*That imbalance is often seen in the most serious cases where the ultimate defense is based on subtle points buttressed by expert evidence. In murder cases, the Crown typically has no idea whatsoever what the actual defense is, who the experts are or what their evidence will be until the moment they open their mouths on the stand and begin to testify. »*

*loc. cit.*, note 3, 14 (mes italiques).

Il faut toutefois noter que selon certaines études, l'élément de surprise n'est pas aussi fréquent et décisif qu'on pourrait le croire. Voir: S. COSTOM, *loc. cit.*, note 47, 78; *Report of the Royal Commission on Criminal Justice* (1990), *op. cit.*, note 51, p. 98, note infrapaginale n° 29.

<sup>82</sup> Selon Koski: « The purpose of discovery is to provide parties with access to their opponent's files in order to evaluate the case, prepare for trial, and avoid surprise. »: John C. KOSKI, « From Hide-and-Seek to Show-and-Tell: Evidentiary Disclosure Rules », (1993) 17 *American Journal of Trial Advocacy* 497, 500.



aux défenses factices soumises au moment ultime.

### ***Sous-section 3. La réduction des délais et des incidents***

Le troisième argument découle encore une fois du désir de se doter de meilleurs moyens pour découvrir la vérité factuelle. Il se rapporte au fait que la communication préalable au procès est susceptible d'entraîner la réduction d'incidents qui peuvent survenir durant les auditions de même que les ajournements qui devraient conséquemment être accordés par le tribunal. Par le fait même, la divulgation préalable occasionnerait la réduction du nombre de cas où les preuves de la Couronne et de la défense s'entrecroisent en raison de la réouverture de la preuve à charge et à décharge, ce qui brouille et obscurcit le processus de reconstitution des faits<sup>83</sup> et favorise ainsi les erreurs d'appréciation de la preuve que peuvent commettre le juge et le jury. En outre, mais de manière secondaire, les auditions se dérouleraient plus rapidement, ce qui entraînerait une diminution des coûts pour tous<sup>84</sup>.

### ***Sous-section 4. L'élimination d'accusations non fondées***

Enfin, le dernier argument se présente ainsi. À la lumière des informations révélées par l'accusé, il sera possible d'éviter les procès inutiles lorsqu'à l'évidence les accusations portées par la Couronne sont mises en échec par la preuve que détient le

---

<sup>83</sup> En principe, le ministère public doit présenter la totalité de sa preuve avant que la défense n'ait à répondre aux accusations auxquelles elle fait face. Toutefois, la Couronne est parfois autorisée, en contre-preuve, à présenter d'autres éléments de preuve pour réfuter des faits nouveaux et imprévisibles révélés par la partie défenderesse lors de la présentation de sa défense. Lorsqu'une telle situation se présente, l'accusé a parfois la possibilité de répondre, en réplique, à la contre-preuve de la Couronne. Dans une telle éventualité, l'audition se déroule ainsi: la Couronne présente la preuve qu'elle a recueillie contre l'accusé. Ensuite, celui-ci présente sa défense. Si des faits nouveaux et imprévisibles sont ainsi révélés, le ministère public obtient parfois le droit de présenter d'autres preuves. Enfin, l'inculpé se voit offrir alors la possibilité de répondre à la seconde présentation de la Couronne. On comprend qu'il devienne plus ardu, en pareilles circonstances, de distinguer le vrai du faux, c'est-à-dire de déterminer les événements qui se sont réellement produits à un moment donné.

À ce sujet, voir: *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476; *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *R. v. Lavoie* (1992), 72 C.C.C. (3d) 83; *R. c. P. (M.B.)*, précité, note 12; *R. c. S. (G.G.)*, [1997] A.C.S. no. 70 (Quick Law); *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466; *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482; Jacques BELLEMARE et Louise Viau, *Droit de la preuve pénale*, 2<sup>e</sup> édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 1991, pp. 21-30; Pierre BÉLIVEAU, Bernard LÉTENDRE et Martin VAUCLAIR, *Précis élémentaire de preuve et de procédure pénales*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1993, pp. 340-348; Jacques FORTIN, *Preuve pénale*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984, pp. 166-176.

<sup>84</sup> Voir: D. G. HERNES, *loc. cit.*, note 42, 560; *Report of the Royal Commission on Criminal Justice* (1990), *op. cit.*, note 51, p. 97.

défendeur ou par les moyens de défense qu'il compte faire valoir lors de l'audition<sup>85</sup>. Simplement, on laissera tomber les accusations portées contre un individu lorsque la divulgation de sa défense et de ses éléments de preuve démontrera qu'il est manifestement innocent.

### **Section D. Le contenu des paramètres**

Si l'on s'en tient à la démarche proposée au début du présent chapitre, il ne reste qu'à définir le contenu des paramètres énoncés précédemment. En outre, comme la possibilité d'accorder un statut prépondérant à la recherche de la vérité dans notre système procédural n'est pas totalement dépourvue d'à propos et sachant que les arguments fournis par les défenseurs de la divulgation réciproque cherchent à traduire cette idée, il faut, pour être conséquent, attribuer un contenu suffisamment large à l'obligation de divulgation par la défense.

#### ***Sous-section 1. Les situations où la divulgation doit être exigée***

Tel que recommandé par la *Royal Commission on Criminal Justice* d'Angleterre<sup>86</sup>, tous les procès criminels devraient être assujettis au régime de communication forcée. Que les auditions s'échelonnent sur une longue ou une courte période, que les litiges soient complexes ou simples, que les prévenus soient poursuivis par mise en accusation ou par voie de procédure sommaire ne devrait rien changer. Même s'il a déjà été dit que l'élément de surprise est plus susceptible d'être retrouvé dans les causes épineuses que dans les autres causes et que c'est probablement aussi dans les procès complexes que les *eleventh hour defenses* risquent le plus souvent d'entraîner des conséquences funestes pour la Couronne, je ne pense pas qu'il soit possible de prédire avec certitude que ces vices ne se retrouveront pas un jour ou l'autre dans le cadre de procès plus simples. Si la recherche de la vérité<sup>87</sup> doit être une fonction première de notre système pénal, il n'y a aucune raison pour qu'elle soit privilégiée dans certains cas plutôt que d'autres et les vertus qu'on lui prête devraient, en principe, profiter à toute forme de

---

<sup>85</sup> *Report of the Royal Commission on Criminal Justice* (1990), *op. cit.*, note 51, p. 97.

<sup>86</sup> *Supra*, p. 15.

procès.

### *Sous-section 2. Le moment où la divulgation doit opérer*

Trois questions se posent d'emblée relativement au moment où doit s'effectuer la divulgation. D'abord, la communication des informations possédées par l'accusé devrait-elle avoir lieu avant ou après que le ministère public se soit déchargé de son obligation de divulgation? En d'autres termes, le poursuivant devrait-il avoir un droit indépendant à la divulgation par la partie adverse, faisant en sorte qu'il puisse requérir bon nombre de renseignements avant d'avoir lui-même à fournir quelque information que ce soit; ou la divulgation par la partie défenderesse devrait-elle être tributaire d'une communication préalable par la partie poursuivante? Si l'on opte pour la seconde hypothèse, la divulgation devrait-elle être avoir lieu avant le début des auditions ou après que le procès soit entamé, une fois la présentation de la preuve du ministère public terminée? Enfin, si le choix se porte sur le premier des deux derniers scénarios, à quel moment l'accusé devrait-il communiquer les informations réclamées?

La réponse à la première interrogation vient sans trop de difficulté. Même en considérant que la recherche de la vérité puisse être la pierre angulaire de notre système de procédure criminelle, il n'y a aucune raison pour que l'accusé soit contraint de communiquer quoi que ce soit avant que le ministère public ne se soit lui-même exécuté. Le fait que le défendeur ne soit pas assujéti à une obligation de divulgation tant que le poursuivant n'a pas d'abord respecté son obligation constitutionnelle n'obscurcit aucunement le processus de reconstitution des faits. Qui plus est, cette façon de procéder aura l'avantage d'être conforme aux règles de présentation de la preuve qui ont actuellement cours lors de procès criminels<sup>88</sup>.

Concernant la seconde interrogation, la divulgation devra avoir lieu avant le début des auditions. Évidemment, si l'on ne cherchait qu'à éliminer l'élément de surprise et les fausses prétentions, la divulgation pourrait être faite suite à la clôture de la preuve de la Couronne. À ce moment, le procès pourrait être ajourné, permettant ainsi au poursuivant de mener son enquête et de se préparer en vue de répondre aux prétentions parfois

---

<sup>87</sup> Au sens où elle a été définie, *Supra*, p. 20.

<sup>88</sup> *Supra*, note infrapaginale n° 83.

douteuses de la défense. Toutefois, il faut reconnaître que les ajournements devront parfois s'étirer. Dans les causes longues et complexes où l'on retrouve un nombre considérable de témoins, d'éléments matériels et d'expertises, il faudra sûrement compter plusieurs jours et parfois même plusieurs semaines d'arrêt entre la présentation de la preuve de la Couronne et celle de la défense. Dans ce cas, la recherche de la vérité, qui va au delà de l'élimination de la surprise et des fausses prétentions, ne sera certainement pas bien servie. En effet, le seul écoulement du temps atténuera probablement l'impact de la preuve du ministère public et il risquera fort d'amener le juge des faits à laisser échapper des détails importants et des éléments essentiels à l'appréciation des témoignages tels que l'attitude et le comportement des témoins lors de leur présence à la barre. Comme le faisait remarquer un auteur:

« [...] continuances are counterproductive because they follow the presentation of the state's case and thus "its evidence . . . get[s] 'cold'". »<sup>89</sup>.

De plus, le fait d'avoir recours aux ajournements ne contribuera certes pas à diminuer le nombre d'incidents, ce qui, comme je l'ai expliqué plus tôt<sup>90</sup>, ne sert aucunement la recherche de la vérité. Enfin, on pourra indubitablement s'attendre à ce que la procédure d'ajournement implique des coûts plus élevés pour les parties.

En dernier lieu, en ce qui a trait à la dernière interrogation, il faut admettre que la communication devra être faite suffisamment tôt avant le début des audiences si l'on veut que le poursuivant puisse véritablement se prémunir contre les éléments de surprise, les fausses preuves et les moyens de défense fabriqués de toutes pièces. De plus, il faudra que le devoir de divulgation persiste jusqu'à la clôture des auditions afin d'éviter que la partie défenderesse n'invoque sa connaissance tardive de l'existence d'un témoin ou d'un élément de preuve, faisant ainsi échec à l'objectif visé par la divulgation.

---

<sup>89</sup> D. G. HERNS, *loc. cit.*, note 42, 560.

<sup>90</sup> *Supra*, p. 23.

### ***Sous-section 3. L'objet de la divulgation***

Puisque la théorie de la communication réciproque se fonde sur la recherche de la vérité factuelle, on peut croire que ce n'est qu'en contraignant le défendeur à transmettre au poursuivant le plus grand nombre possible d'éléments que l'on parviendra au but poursuivi.

Du schéma ébauché plus tôt au regard du droit étranger, il ressort que c'est chez nos voisins du Sud que le concept de divulgation est le plus développé et, devrais-je dire, le plus complet. Sachant cela, on pourrait être tenté d'importer plusieurs de leurs règles. En droit canadien, la partie défenderesse devra donc permettre au ministère public d'examiner tous les éléments de preuve matérielle qu'elle entend introduire lors du procès et lui transmettre les éléments matériels qui ont fait l'objet d'expérimentations pour qu'il puisse procéder à ses propres analyses. De même, les résultats d'expériences conduites en relation avec la cause devront être communiqués. En outre, le moyen de défense<sup>91</sup> que le prévenu compte faire valoir à l'instance devra être divulgué, conjointement avec les noms et les coordonnées des témoins qui seront cités à l'appui de la défense ainsi qu'une copie du témoignage qu'ils doivent rendre à l'audience. Enfin, les rapports d'experts qui seront soumis à l'appui de la défense devront être divulgués.

### ***Sous-section 4. Les sanctions imposables en cas de non-respect de l'obligation***

Sachant que la majorité des défendeurs tentent vigoureusement d'échapper à la condamnation même s'ils ont effectivement engagé leur responsabilité à l'égard du délit qu'on leur reproche, il est évident que l'introduction d'un ensemble de mesures visant à favoriser la recherche de la vérité ne peut qu'être contraire à leurs intérêts immédiats. De ce point de vue, il y a fort à parier que les accusés n'auraient certes pas tendance à se conformer à une obligation de divulgation s'ils n'encourent pas de sanctions en cas de non-respect de l'obligation. On comprend donc la nécessité de se munir de telles mesures. Sans elles, l'obligation de divulgation demeurerait lettre morte.

---

<sup>91</sup> Je fais ici allusion à tous les moyens de défense, qu'il s'agisse de la négation d'un élément constitutif de l'infraction ou qu'il s'agisse d'autres moyens de défense tels que l'aliénation mentale, la provocation, la contrainte, la nécessité, l'intoxication, l'automatisme, la légitime défense, la provocation policière ou la défense d'erreur.

Il conviendra ainsi de se doter d'un large éventail de mesures et d'octroyer au juge un pouvoir discrétionnaire qui lui assurera la latitude nécessaire pour agir dans diverses circonstances, étant donné que ce ne sont pas toutes les violations de l'obligation qui entraîneront les mêmes conséquences.

Les sanctions suivantes devront donc être prévues. D'abord, le tribunal devra posséder la faculté d'ordonner la divulgation de ce qui ne l'a pas été ainsi que le pouvoir corrélatif d'accorder un ajournement afin que le ministère public puisse effectuer les vérifications et les préparatifs qui s'imposent. Même si la divulgation réciproque vise à simplifier et à clarifier le processus de présentation de la preuve dans l'espoir de voir la vérité dévoilée et même si la réduction d'ajournements servira parfois ce but, il n'en demeure pas moins que dans certains cas, la suspension de l'audience sera la procédure appropriée. En effet, la réduction d'incidents favorisera la recherche de la vérité lorsque les procès s'étireront et qu'ils origineront d'une trame factuelle obscure et difficilement compréhensible, mais il ne faudrait pas croire que les ajournements de courte durée qui ont lieu lors de litiges très simples nuiront inévitablement à la recherche de la vérité. Dans ces derniers cas, on peut plutôt être porté à croire que ce procédé favorisera la recherche de la vérité puisqu'il permettra la divulgation tout en évitant les inconvénients liés aux longues interruptions.

En second lieu, le tribunal devra être investi de pouvoirs lui permettant de condamner pour outrage la partie défenderesse qui ne s'est pas conformée aux ordonnances du juge, et il devra avoir la faculté de rendre un tel verdict à l'endroit du procureur de la défense s'il s'avère que ce dernier est directement responsable de la violation de l'ordonnance de divulgation.

Troisièmement, le juge du procès devra avoir le loisir de tirer des conclusions défavorables quant à la validité, la force probante ou l'authenticité d'une preuve, d'un témoignage, d'une expertise ou d'un moyen de défense qui n'aurait pas été communiqué en temps utile, ou qu'un prévenu se refuserait obstinément de divulguer. En outre, le juge devra pouvoir tirer ces mêmes conclusions dans le contexte où le défendeur s'écarte magistralement de la position qu'il avait initialement annoncée. Enfin, le jury devra aussi avoir la liberté de tirer toutes ces conclusions.

En terminant, il convient d'ajouter quelques mots au sujet de deux types de

sanction. D'abord, le fait d'octroyer au juge le pouvoir d'interdire complètement la présentation d'un élément de preuve ou d'un moyen de défense dans les cas où il est évident que la partie défenderesse est de mauvaise foi et cherche délibérément à se défilier et à faire fi de son obligation m'apparaît fondamentalement incompatible avec les visées qui fondent toute la théorie de la divulgation réciproque. En effet, il est raisonnable de croire que la recherche de la vérité subira parfois un affront de premier ordre lorsque le président du tribunal empêchera, en guise de sanction, la production d'un élément de preuve, d'un témoignage, d'un rapport d'expertise, d'un moyen de défense ou de tout autre élément. Dans cette perspective, cette sanction ne peut être retenue. Deuxièmement, le fait d'atténuer la peine d'un prévenu qui se conforme à son obligation de divulgation<sup>92</sup> apparaît peu souhaitable dans la mesure où il peut sembler curieux qu'une forme de contrainte légale puisse tenir lieu de circonstance atténuante, contrairement à l'expression de remords chez l'accusé<sup>93</sup>. Cette sanction doit donc être écartée.

### **Section E. Conclusion**

Que l'on puisse demeurer insatisfait des contours de l'obligation de divulgation que j'ai esquissés jusqu'à présent peut être compréhensible, sachant que j'ai proposé une définition en ayant pour seule préoccupation le respect des arguments qui ont été formulés par les tenants de la divulgation par la défense. Aussi, on aura compris que toute la théorie de la divulgation réciproque repose sur une conception déterminée de la procédure criminelle dont le principe directeur est la recherche de la vérité factuelle. Et, en définitive, la compatibilité des règles de divulgation avec le système qui prévaut actuellement au Canada sera directement fonction du statut conféré à la recherche de la vérité factuelle dans l'ensemble de la procédure criminelle canadienne.

---

<sup>92</sup> *Supra*, note infrapaginale n° 75.

<sup>93</sup> Évidemment, il n'y a pas que l'expression de remords chez l'accusé qui incite les tribunaux à imposer une peine plus clémente à un prévenu. Le fait qu'un plaidoyer de culpabilité épargne temps et argent à la collectivité est aussi, à lui seul, un facteur de mitigation des sentences. Toutefois, une critique certaine peut être formulée à cet égard: que des individus soient davantage sanctionnés pour avoir exercé leur droit à un procès et à la présomption d'innocence peut apparaître comme de l'abus de pouvoir. Voir: Hélène DUMONT, *Pénologie - Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1993. p. 172-176.

## Chapitre II. Le régime contradictoire et la divulgation

### Section A. Le régime contradictoire et la recherche de la vérité

La procédure criminelle canadienne présente, dans sa totalité, plusieurs traits distinctifs et parmi ceux-ci, le fait qu'elle opère principalement de façon contradictoire en est un qu'on ne peut passer sous silence. Les caractéristiques essentielles d'un mécanisme de résolution des litiges que l'on nomme "contradictoire"<sup>94</sup> sont les suivantes. Il s'agit de la mise en présence, dans un cadre formel, de deux parties opposées en raison de la nature divergente de leurs intérêts immédiats et de leurs prétentions. Ces protagonistes ont la responsabilité de rechercher, de recueillir et de présenter selon un ordre déterminé, devant un juge impartial et plutôt passif, les éléments de preuve de même que les arguments factuels et juridiques au soutien de leurs prétentions respectives<sup>95</sup>. Qui plus est, les parties

---

<sup>94</sup> Afin de faciliter la compréhension, le lecteur notera que j'assimile les expressions "notre mécanisme de résolution des litiges", "approche contradictoire", "mécanisme contradictoire", "mécanisme contradictoire", "modèle contradictoire" et "régime contradictoire" à une seule et même réalité; réalité définie dans le paragraphe où se trouve l'appel de la présente notice. Dans le reste du texte, cette réalité sera plus souvent qu'autrement désignée par l'expression "régime contradictoire".

<sup>95</sup> Jerome ATRENS, « The Adversary System: A Discussion Paper », (1984) p.2, Non publié, disponible sur microfiche; Raymond A. BELLIOU, « Our Adversary System: In Search of a Foundation », (1988) 1 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 19; Stephan LANDSMAN, « A Brief Survey of the development of the Adversary System », (1983) 44 *Ohio State L. J.* 713, 714 (ci-après cité: A Brief Survey); Stephan LANDSMAN, « The Decline of the Adversary System: How the Rhetoric of Swift and Certain Justice Has Affected Adjudication in American Courts », (1980) 29 *Buffalo L. Rev.* 487, 487-488 (ci-après cité: Swift and Certain Justice); David LUBAN, *Lawyers and Justice an Ethical Study*, Princeton, Princeton University Press, 1988, p. 57. (Ci-après cité: Lawyers and Justice).

Par opposition et uniquement dans le but de parfaire notre compréhension du modèle contradictoire, on peut lui opposer la définition de ce que plusieurs appellent le régime inquisitoire. De façon schématique, dans ce régime, c'est le juge d'instruction qui recherche et recueille l'ensemble des éléments de preuve. Une fois ce travail complété, les informations sont transmises au juge du procès et c'est lui qui dirige le débat. Il convoquera les témoins qu'il désire entendre, il les interrogera et décidera de l'issue. Quant aux parties, elles peuvent suggérer au président du tribunal de poser certaines questions aux témoins et elles peuvent aussi lui suggérer d'investiguer des points particuliers qui, à leur avis, auront échappé à l'attention du magistrat.

La contradiction entre les deux régimes est donc frappante. Dans le premier, les parties opposées n'ont pas qu'un rôle dominant, elles façonnent le débat alors que le décideur demeure passif. Dans le second, c'est l'inverse. Non seulement le magistrat dirige-t-il les procédures mais les parties n'ont qu'une voix secondaire dans tout le processus. Voir notamment: J. ATRENS, *loc. cit.*, note 95, 2; Mirjan DAMASKA, « Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study », (1972-73) 121 *U. of Pa. L. Rev.* 506, 561-565; Jean LARGUIER, *Procédure pénale*, Quatorzième édition, Paris, Mémentos Dalloz, 1994; Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel-Procédure pénale*, Quatrième édition, Paris, Cujas, 1979.



sont généralement représentées par un avocat qui a pour mission de faire valoir avec un certain zèle la position de la partie qu'il représente<sup>96</sup>.

Parmi les opposants au concept de divulgation réciproque, quelques-uns soutiennent qu'il est incompatible avec l'approche contradictoire<sup>97</sup>. D'entrée de jeu, on reconnaîtra que si la divulgation doit être jugée compatible avec le régime contradictoire, c'est en raison du fait que celui-ci présente un mode de fonctionnement intrinsèquement orienté vers la recherche de la vérité. Or, un nombre considérable d'auteurs a traité du régime contradictoire, et si certains d'entre eux reconnaissent que, par sa structure même, il représente un bon moyen de parvenir à l'établissement de la vérité factuelle<sup>98</sup>, on ne peut ignorer que plusieurs autres ont formulé de vives critiques à l'égard de sa faculté à rechercher et à découvrir cette vérité<sup>99</sup>.

Chez ces derniers, d'aucuns estiment que ce n'est pas une mauvaise conception du régime qui empêche d'en arriver à une reconstitution précise des faits ayant donné

---

<sup>96</sup> Monroe H. FREEDMAN, *Lawyer's Ethics in an Adversary System*, New York, The Bobbs-Merrill Company Inc., 1975, p. 9; Lon L. FULLER, « The Adversary System » dans: Harold J. BERMAN, *Talks on American Law*, New York, Vintage Books, 1972, 36 (ci-après cité: Adversary System).

<sup>97</sup> Voir notamment: Carol CURE, « Discovery Reform and the Impending Death of the Adversary System », (1995) 37 *For the Defense* 21, 24 et ss; D. G. HERNS, *loc. cit.*, note 42, 558; Ellen, E. SWARD, « Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System », (1989) 64 *Indiana Law Journal*, 301, 327 et ss. Il est à noter que le professeur Sward semble en accord avec la notion même de divulgation réciproque, quoiqu'elle soutienne que ce concept soit étranger au régime contradictoire.

Néanmoins, d'autres auteurs estiment que la procédure de divulgation s'inscrit parfaitement dans le régime contradictoire. Voir notamment: Stephan LANDSMAN, « The Decline of the Adversary System and the Changing Role of the Advocate in that System », (1980-81) 18 *San Diego L. Rev.* 251, 253 (ci-après appelé: Decline); S. LANDSMAN, *Swift and Certain Justice*, *loc. cit.*, note 95, 496-497.

<sup>98</sup> Voir, entre autres, J. ATRENS, *loc. cit.*, note 95, 5; Monroe H. FREEDMAN, « Judge Frankel's Search for Truth », (1974-75) 123 *U. of Pa. L. Rev.* 1060, 1065: « I do not mean to deprecate the search for truth or to suggest that the adversary system is not concern with it. On the contrary, truth is a basic value and the adversary system is one of the most efficient and fair methods designed for finding it. »; M. H. FREEDMAN, *op. cit.*, note 96; L. L. FULLER, *Adversary System*, *loc. cit.*, note 96, 44; Stephan LANDSMAN, *The Adversary System, a Description and Defense*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1984, p. 36.

<sup>99</sup> Il va sans dire que les attaques lancées contre le régime contradictoire ne sont pas limitées à la seule question de la recherche de la vérité. Cependant, il serait hors de propos de traiter de toutes ces critiques. Qu'il suffise donc de souligner les principales. Pour plusieurs, ce régime est trop lent, trop lourd, mal équipé pour trancher certaines sortes de litiges et il implique des coûts beaucoup trop élevés pour les justiciables, ce qui rend souvent la justice inaccessible. Voir entre autres: A. Sherman CHRISTENSEN, « Some Reflections on the Nature and Future of the Adversary System », (1981) 30 *Defense L. J.* 325, 332-336; S. LANDSMAN, *Swift and Certain Justice*, *loc. cit.*, note 95, 487-488; Alfred W. MEYER, « To Adjudicate or to Mediate: That is the Question », (1993) 27(2) *Valparaiso University L. Rev.* 357, 365; F. D. STRIER, *loc. cit.*, note 76, 467 et ss.

naissance à la poursuite. On déplore plutôt que, souvent, les éléments mêmes qui font la valeur de ce régime sont poussés à l'extrême ou dénaturés de sorte qu'ils ne servent plus la recherche de la vérité factuelle, ils l'éluent<sup>100</sup>. Ainsi, le désir de gagner sa cause, quelquefois exacerbé par la nature même du régime, amène parfois l'avocat à poser des gestes qui nuisent à la recherche de la vérité<sup>101</sup>. De plus, le devoir d'impartialité imposé au juge le contraint par moment à ne pas intervenir, même s'il estime devoir clarifier certains éléments de preuve ou tempérer un zèle marqué chez certains avocats qui semblent vouloir s'affairer à altérer la vérité par un contre-interrogatoire inéquitable et duquel transparait la mauvaise foi.

Outre cela, d'autres auteurs, plus sévères encore, affirment catégoriquement que le régime inquisitoire continental constitue un bien meilleur outil que son homologue anglo-américain pour rechercher la vérité puisque, contrairement à ce dernier, il correspond à une véritable enquête et il évite, de ce fait, les tares liées à la structure même du modèle contradictoire<sup>102</sup>. D'emblée, ces critiques laissent sous-entendre que la

---

<sup>100</sup> Voir par exemple: Marvin E. FRANKEL, *loc. cit.*, note 76, 1039. C'est ce qui amène le juge Frankel à dire: « The litigator's devices, let us be clear, have utility in testing dishonest witnesses, ferreting out falsehoods, and thus exposing the truth. But to a considerable degree these devices are like other potent weapons, equally lethal for heroes and villains. ».

<sup>101</sup> *Id.*, 1039: « [...] lawyers may be effective and exuberant in employing the familiar skills: techniques that make a witness look unreliable although the look stems only from counsel's artifice, cunning questions that stop short of discomfiting revelations, complaisant experts for whom some shopping may have been necessary. The credo that frees counsel for such arts is not a doctrine of truth-seeking. »

<sup>102</sup> Thomas L. STEFFEN, *loc. cit.*, note 42, 815 et ss. F. D. STRIER, *loc. cit.*, note 76, 478 et ss.

Selon Strier, voici quelques-uns des problèmes marquants du régime contradictoire. Les avocats sont à la solde de leurs clients et comme ils sont responsables de la cueillette de l'information, ils ont tendance à cacher celle qui leur est préjudiciable. De plus, les nombreuses règles d'exclusion de preuve font en sorte que des preuves pertinentes ne seront pas portées à l'attention du juge des faits. Le désir de gagner leur cause et le devoir de faire valoir avec zèle les intérêts de leurs clients amènent les avocats, en contre-interrogatoire, à obscurcir la vérité en discréditant des témoignages qui sont en fait véridiques. L'absence de divulgation entre les parties empêche celles-ci de connaître à l'avance les détails de leur position respective, ce qui n'aide en rien la recherche de la vérité. Et lorsque la divulgation est obligatoire, les avocats s'en servent souvent comme arme pour inonder l'autre partie d'un flot d'informations. Ainsi, en soutenant que le régime inquisitoire contourne ces problèmes, voici ce qu'écrivait Strier, à la page 482:

« The inquisitorial system avoids most of these problems. Inter-party arrangements concerning facts are prohibited. The Court's investigatory duty extends to all relevant facts. And inasmuch as information-gathering is the province of the state, there are no difficulties in exchanging information between parties. Hearsay and other grounds for inadmissibility do not apply. Finally, the State's neutrality precludes coaching or abuse of witnesses in cross-examination. These and other features of the inquisitorial system [...]

façon idéale de connaître un événement passé consiste à tenir une inquisition et que le modèle contradictoire, ne fonctionnant pas ainsi, ne permet simplement pas d'accéder à la vérité.

### *Sous-section 1. Le régime contradictoire et la dialectique*

Par ailleurs, si certains juristes soutiennent que le régime contradictoire est un moyen permettant de reconstituer efficacement une situation factuelle, c'est parce que ce régime présente, dans sa façon de fonctionner, des similitudes importantes avec la méthode dialectique<sup>103</sup>. Succinctement, Karl Popper la définit ainsi:

« Dialectic [...] is a theory which maintains that something -more especially, human thought- develops in a way characterized by what is called the dialectic triad: *thesis, antithesis, and synthesis*. First there is some idea or theory or movement which may be called a "thesis". Such a thesis will often produce some opposition, because, like most things in this world, it will probably be of limited value and will have its weak spots. The opposing idea or movement is called the "*antithesis*", because it is directed against the first, the thesis. The struggle between the thesis and the *antithesis* goes on until some solution is reached which, in a certain sense, goes beyond both thesis and antithesis by recognizing their respective values and by trying to preserve the merits and to avoid the limitations of both. This solution, which is the third step, is called the *synthesis*. Once attained, the synthesis in its turn may become the first

---

reveal directions, if not fully transportable solutions, for the improvement of adversary system problems. ».

<sup>103</sup> Les auteurs tels Atrens, Fuller, Landsman et Freedman n'ont pas, comme tel, reconnu que si le régime contradictoire est efficace pour découvrir la vérité, c'est en raison de ses similarités avec la méthode dialectique. Nulle part dans leur discours trouve-t-on mention de la dialectique. Toutefois, les arguments qu'ils ont énoncés au soutien de leur position démontrent que ce sont bien les aspects du modèle contradictoire qui s'apparentent à la dialectique qui font de ce régime un bon moyen de parvenir à la vérité factuelle.

Par ailleurs, certains juristes ont clairement fait mention du rapport entre la dialectique et le modèle contradictoire. Ainsi, selon Jackson, le régime contradictoire comporte certainement plusieurs aspects qui l'apparentent à la méthode dialectique. John D. JACKSON, « Theories of Truth Finding in criminal Procedure: An Evolutionary Approach », (1988) 10 *Cardozo L. Rev.* 475, 522-523. Uviller a aussi reconnu cet état de fait: H. R. UVILLER, *loc. cit.*, note 77, 1067.

De même, d'autres juristes ont reconnu qu'il est possible d'établir une certaine analogie entre le régime contradictoire et la méthode dialectique, en prenant néanmoins soin de préciser que leur ressemblance demeure très éloignée. Voir: Alfred W. MEYER, *loc. cit.*, note 99, 371; R. A. BELLIOTTI, *loc. cit.*, note 95, 23

step of a new dialectic triad, and it will do so if the particular synthesis reached turns out to be one-sided or otherwise unsatisfactory. For in this case, opposition will be aroused again, which means that the synthesis can be described as a new thesis which has produced a new antithesis. The dialectic triad will thus proceed on a higher level, and it may reach a third level when a second synthesis has been attained. »<sup>104</sup>.

C'est une manière d'accéder à la connaissance qui a été prisée par plusieurs philosophes<sup>105</sup> et elle traduit une conception particulière de la vérité. D'une certaine

---

<sup>104</sup> Karl R. POPPER, *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, New York, Basic Books, 1962, pp. 313-314, (en italique dans l'original). Pour d'autres définitions ou explications concernant le processus dialectique, voir aussi: J. D. JACKSON, *loc. cit.*, note 103, 520-523;

<sup>105</sup> Voir par exemple Platon, Hegel et Marx dans: André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Neuvième édition, Paris, Presses Universitaires de France, 1962, pp. 225-227.

D'ailleurs, la dialectique est un des fondements du chapitre portant sur la liberté de pensée et d'expression dans l'essai sur la liberté de John Stuart Mill. Pour ce penseur, il y a quatre propositions qui sous-tendent la raison d'être de ces deux libertés fondamentales. Bien qu'il soit hors de propos de discuter des quatre propositions, il est intéressant de remarquer que, pour l'auteur, si la liberté de pensée et d'expression est si importante, c'est qu'elle permet, par un processus dialectique, d'arriver à la connaissance. On retrouve cette idée dans les passages suivants:

« Mais ce qu'il y a de particulièrement néfaste à imposer silence à l'expression d'une opinion, c'est que cela revient à voler l'humanité: tant la postérité que la génération présente, les détracteurs de cette opinion davantage encore que ses détenteurs. Si l'opinion est juste, on les prive de l'occasion d'échanger l'erreur pour la vérité; si elle est fausse, ils perdent un bénéfice presque aussi considérable: une perception plus claire et une impression plus vive de la vérité que produit sa confrontation avec l'erreur. ».

Et plus loin:

« Il existe une différence extrême entre présumer vraie une opinion qui a survécu à toutes les réfutations et présumer sa vérité afin de ne pas en permettre la réfutation. La liberté complète de contredire et de réfuter notre opinion est la condition même qui nous permet de présumer sa vérité en vue d'agir: c'est là la seule façon rationnelle donnée à un être doué de facultés humaines de s'assurer qu'il est dans le vrai. ».

Et enfin:

« Les croyances pour lesquelles nous avons le plus de garantie n'ont pas d'autre sauvegarde qu'une invitation constante au monde entier de les prouver non fondées. Si le défi n'est pas relevé - ou s'il est relevé et que la tentative échoue - nous demeurerons assez éloignés de la certitude, mais nous aurons fait de notre mieux dans l'état actuel de la raison humaine: nous n'aurons rien négligé pour donner à la vérité une chance de nous atteindre. Les lices restant ouvertes, nous pouvons espérer que s'il existe une meilleure vérité, elle sera découverte lorsque l'esprit humain sera capable de la recevoir. [...] *Voilà toute la certitude*

façon, elle pose comme postulat que la vérité est éminemment difficile à découvrir<sup>106</sup>. Ainsi, ce n'est qu'en considérant pleinement chaque élément d'une "énigme", qu'il s'agisse d'un argument ou de ce qu'on prétend être un fait, en ne laissant pas dans l'ombre quelques-unes des multiples facettes d'un problème, et surtout, en confrontant chaque idée, chaque fait et chaque hypothèse, que l'on parviendra à arriver à une théorie ou à une vérité<sup>107</sup> qui saura rallier l'ensemble des intervenants.

Ceux qui sont familiers avec le régime contradictoire peuvent déjà reconnaître qu'il affiche une structure de fonctionnement qui rejoint la méthode dialectique. Pour chaque litige, le poursuivant ou le demandeur propose au décideur de considérer sa théorie, ce qu'il estime être la vérité concernant une situation factuelle et ses implications légales. À ce titre, il présente un certain nombre de preuves matérielles, de témoignages et de règles juridiques afin d'appuyer ses prétentions. Pour sa part, le défendeur tente de faire ressortir l'ensemble des lacunes que présente la théorie du demandeur et il expose souvent, à son tour, sa propre théorie accompagnée des éléments de preuve et des arguments juridiques qui la soutiennent. Enfin, le demandeur s'efforce lui aussi de mettre en valeur les déficiences qui se dégagent de la thèse du défendeur. En définitive, le juge ne retient pas nécessairement l'une ou l'autre des deux thèses, quoique cela puisse se produire, mais il retient plutôt ce qu'il considère comme étant les seuls éléments de vérité qui émanent de l'ensemble des prétentions des parties. Le processus dialectique - thèse, antithèse, synthèse - est évident.

L'intérêt des parties (souvent reflété par le zèle de leur avocat) et la passivité comme la neutralité du juge permettent, jusqu'à un certain point, l'établissement de cette dialectique. L'intérêt qu'a une partie de voir ses prétentions retenues par le juge et d'obtenir un verdict favorable l'incite forcément à effectuer des recherches pointues afin

---

*à laquelle peut prétendre un être faillible, et la seule manière d'y parvenir. ».*

John Stuart MILL, *De la liberté*, coll. Folio Essais, Éditions Gallimard, 1990, p. 85, 89 et 91-92. (Mes italiques).

<sup>106</sup> K. POPPER, *op. cit.*, note 104, p. 114-119. J. S. MILL, *op. cit.*, note 105.

<sup>107</sup> Évidemment, la notion de *vérité* dont il est question dans le contexte de la dialectique désigne une réalité qui n'est pas confinée à la vérité factuelle dont il est question depuis le début de ce travail. Toutefois, il est clair que la notion de *vérité* dont il est question dans le contexte de la dialectique englobe la vérité factuelle à laquelle j'ai fait référence jusqu'ici.

de découvrir un grand nombre d'éléments de preuve et d'arguments, et à présenter ceux-ci de manière à laisser au décideur la plus forte impression de vérité<sup>108</sup>. Même si cette partie a tout intérêt à laisser dans l'ombre les preuves qui lui sont préjudiciables, l'intérêt qui anime la partie opposée exhorte celle-ci à présenter les arguments et les preuves qui lui sont le plus favorables, tout comme celles qui sont défavorables à la partie adverse et que cette dernière tente de soustraire à l'attention du juge<sup>109</sup>. Ainsi, l'intérêt des parties et

---

<sup>108</sup> C'est d'ailleurs ce qui faisait dire à Fuller: « [...] before a judge can gauge the full force of an argument, it must be presented to him with partisan zeal by one not subject to the restraints of judicial office. The judge cannot know how strong an argument is until he has heard it from the lips of one who has dedicated all the powers of his mind to its formulation. » L. L. FULLER, *Adversary System*, *loc. cit.*, note 96, 36.

Il est aussi fort à propos de constater que plus de cent ans avant Fuller, J. S. Mill tenait des propos similaires, concernant la façon d'accéder à la vérité dans le cadre d'un procès:

« L'un des plus grands orateurs de l'Antiquité rapporte qu'il étudiait toujours la cause de son adversaire avec autant, sinon davantage, d'attention que la sienne propre. Ce que Cicéron faisait en vue du succès au barreau doit être imité par tous ceux qui se penchent sur un sujet afin d'arriver à la vérité. Celui qui ne connaît que ses propres arguments connaît mal sa cause. Il se peut que ses raisons soient bonnes et que personne n'ait été capable de les réfuter. Mais s'il est tout aussi incapable de réfuter les raisons du parti adverse, s'il ne les connaît même pas, rien ne le fonde à préférer une opinion à l'autre. Le seul choix raisonnable pour lui serait de suspendre son jugement, et faute de savoir se contenter de cette position, soit il se laisse conduire par l'autorité, soit il adopte, comme on le fait en général, le parti pour lequel il se sent le plus d'inclination. Mais il ne suffit pas non plus d'entendre les arguments des adversaires tels que les exposent ses propres maîtres, c'est-à-dire à leur façon et accompagnés de leurs réfutations. *Telle n'est pas la façon de rendre justice à ces arguments ou d'y mesurer véritablement son esprit. Il faut pouvoir les entendre de la bouche même de ceux qui y croient, qui les défendent de bonne foi et de leur mieux. Il faut les connaître sous leur forme la plus plausible et la plus persuasive: il faut sentir toute la force de la difficulté que la bonne approche du sujet doit affronter et résoudre. Autrement, jamais on ne possédera cette partie de vérité qui est seule capable de rencontrer et de supprimer la difficulté.* ».

J. S. MILL, *op. cit.*, note 105, pp. 115-116. (Mes italiques).

<sup>109</sup> M. H. FREEDMAN, *op. cit.*, note 96, p. 4: « That system proceeds on the assumption that the best way to ascertain the truth is to present to an impartial judge or jury a confrontation between the proponents of conflicting views, assigning to each the task of marshalling and presenting the evidence in a thorough and persuasive a way as possible. [...] Thus, the judge or jury is given the strongest possible view of each side, and is put in the best possible position to make an accurate and fair judgment. ».

Cet extrait résume réellement la pensée de ceux qui affirment que le modèle contradictoire est efficace pour parvenir à la vérité. Aussi, il démontre clairement que même si certains auteurs ne font que rarement mention de la méthode dialectique, c'est sa manifestation dans le régime contradictoire qui les amène à reconnaître sa valeur pour découvrir la vérité.

le fait qu'elles soient responsables de la cueillette des éléments de preuve et de la présentation de leurs causes, sont décisifs. C'est, en théorie du moins, une bonne façon de s'assurer que tous les éléments pertinents soient portés à l'attention du décideur et c'est ce qui permet au tribunal d'évaluer, ultimement par le biais de la confrontation, la valeur des arguments qui lui sont présentés<sup>110</sup>.

Enfin, la neutralité du juge contribue également à faire du régime contradictoire un mécanisme qui tend à favoriser la recherche de la vérité par l'application de la méthode dialectique. En effet, cette neutralité amène le décideur à ne pas rendre sa décision tant que tous les éléments d'information et d'argumentation des parties ne lui ont pas été soumis, l'empêchant ainsi de rendre un verdict précipité où des éléments importants et parfois déterminants auraient été exempts de toute considération et de toute confrontation. Le professeur Fuller expliquait ce point de vue ainsi:

« What generally occurs in practice is that at some early point a familiar pattern will seem to emerge from the evidence: an accustomed label is wanting for the case and, without awaiting further proofs, this label is promptly assigned to it. It is a mistake to suppose that the premature cataloguing must necessarily result from impatience, prejudice or mental sloth. Often it proceeds from a very understandable desire to bring the hearing into some order and coherence, for without some tentative theory of the case there is no standard of relevance by which testimony may be measured. But what starts as a preliminary diagnosis designed to direct the inquiry tends, quickly and imperceptibly, to become a fixed conclusion, as all that confirms the diagnosis makes a strong imprint on the mind, while all that runs counter to it is received with diverted

---

<sup>110</sup> David Luban expliquait ainsi la position des défenseurs du régime contradictoire en ce qui a trait à la recherche de la vérité: « If each side attempts to prove its case, with the other side trying as energetically as possible to assault the steps of the proof, it is more likely that all of the aspects of the situation will be presented to the fact-finder than if it attempts to investigate for itself. ». David LUBAN, « Calming the Hearsay Horse: A Philosophical Research Program For Legal Ethics », (1981) 40 *Maryland L. Rev.* 451, 468-469.

Pour demeurer honnête envers l'auteur, toutefois, il est important de mentionner que, dans l'état actuel des choses, l'explication lui paraît peu convaincante. Selon lui, les avocats ont l'obligation de présenter les faits de la manière la plus favorable à leur client et ils ont donc intérêt à masquer ce qui leur est défavorable. Pour ce faire, ils tentent systématiquement de faire exclure des preuves, de minimiser l'importance de faits préjudiciables qu'ils ne peuvent retenir et ils s'efforcent de détruire la crédibilité des témoins qui leurs sont opposés, même si leur témoignage est véridique. Ce faisant, Luban soutient que ce n'est pas la vérité mais bien la confusion qui émergera dans l'esprit du juge des faits.

attention.

An adversary presentation seems the only effective means for combating this natural human tendency to judge too swiftly in terms of the familiar that which is not yet fully known. The arguments of counsel hold the case, as it were, in suspension between two opposing interpretations of it. While the proper classification of the case is thus kept unresolved, there is time to explore all of its peculiarities and nuances. »<sup>111</sup>

En définitive, il est clair que le régime contradictoire présente un mode de fonctionnement qui s'apparente, à plusieurs égards, au processus dialectique, sachant que la vérité y est perçue comme étant fuyante et particulièrement difficile à découvrir et où la confrontation des thèses est jugée comme étant la meilleure garantie d'y parvenir. Cependant, il faut admettre que ce régime ne permet pas l'établissement d'une dialectique parfaite et quelques critiques ont été formulées à cet effet.

### ***Sous-section 2. Les critiques de l'analogie***

Pour Luban<sup>112</sup> et Strier<sup>113</sup>, le fait de concevoir le régime contradictoire comme un processus dialectique ne relève que d'un examen superficiel puisque ce régime privilégie la notion de victoire et favorise ainsi le mensonge et la dissimulation d'information; des façons de procéder qui sont incompatibles avec la théorie dialectique. Pour leur part, Meyer<sup>114</sup> et Belliotti<sup>115</sup> soutiennent que l'analogie que l'on peut établir entre le processus dialectique et le régime contradictoire est plutôt déficiente, sachant que ce dernier permet l'exclusion, pour diverses raisons, de preuves qui sont souvent pertinentes quant à la recherche de la vérité.

---

<sup>111</sup> Lon. L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », (1978-79) 92 *Harvard L. Rev.* 353, 383 (ci-après cité: *Forms and Limits*).

<sup>112</sup> D. LUBAN, *loc. cit.*, note 110, 469.

<sup>113</sup> F. D. STRIER, *loc. cit.*, note 76, 479

<sup>114</sup> A. W. MEYER, *loc. cit.*, note 99, 371-372.

<sup>115</sup> R. A. BELLIOTTI, *loc. cit.*, note 95, 23-24.



### a) Le régime contradictoire et la dissimulation d'information

Les propos de Luban et Strier doivent néanmoins être nuancés. En admettant que le régime contradictoire permette aux parties de se parjurer et de dissimuler de l'information afin de sortir gagnantes à l'issue du litige, on ne doit pas conclure que cela découle nécessairement de la nature même du régime contradictoire<sup>116</sup>. Au contraire, il est probablement plus réaliste de croire que la conduite des justiciables soit imputable à la mentalité individualiste, comme il apparaît peut-être plus juste de concevoir le comportement des individus comme ayant sa source dans la culture nord-américaine ou occidentale plutôt que dans notre modèle de résolution des litiges<sup>117</sup>. L'inverse serait, somme toute, plutôt singulier.

Du reste, et c'est ce qui est déterminant, la dialectique elle-même reconnaît qu'une certaine quantité d'information puisse être oubliée, dissimulée ou faussée, et cette méthode a pour objectif non pas de prévenir de telles éventualités mais de les contrer. Doit-on le rappeler, si l'on estime nécessaire de confronter plusieurs thèses et antithèses avant d'espérer parvenir à la vérité, c'est en raison du fait que plusieurs aspects d'une situation donnée seront autrement passés sous silence et que l'on n'aura alors qu'une vision tronquée de la vérité. Or, puisque celui qui défend une théorie peut être aveuglé par ses convictions, il peut oublier de considérer certains aspects d'une question. De même, parce que celui qui défend une position a généralement un intérêt pour agir comme il le fait, on ne peut, à prime abord, espérer qu'il soit totalement honnête. Conséquemment, il apparaît difficile d'exclure d'emblée la possibilité que le défenseur d'une thèse puisse soustraire de l'information préjudiciable à sa prise de position, volontairement ou non. Par la confrontation, le processus dialectique permet justement de faire en sorte que de telles conduites ne provoquent pas l'erreur et la distorsion de la vérité. Au même titre, si notre régime contradictoire peut fournir l'occasion aux parties de se parjurer et de dissimuler de l'information, comme cela peut se produire dans n'importe quel autre contexte, il tente, par la confrontation, de faire échec à ce phénomène. Ainsi, il est

---

<sup>116</sup> À ce titre, rien n'empêche les justiciables de mentir à l'inquisiteur dans un régime inquisitoire.

<sup>117</sup> Concernant cette idée, il peut être intéressant de consulter: John J. DIEFFENBACH, « Psychology, Society and the Development of the Adversarial Posture », (1991) 16 *The Journal of the Legal Profession* 205; Elizabeth G. THORNBURG, « Metaphors Matter: How Image of Battle, Sports and

difficile de voir en quoi l'argument de Luban et Strier peut réfuter l'analogie entre le régime contradictoire et le processus dialectique. Le premier reprend et reflète clairement les postulats du second.

Par contre, on doit donner raison au professeur Jackson qui affirme que le régime contradictoire ne permet qu'une dialectique imparfaite<sup>118</sup>. Effectivement, l'établissement d'une dialectique complète requiert une participation beaucoup plus active du juge<sup>119</sup> et, jusqu'à un certain point, de ceux qui ont contribué substantiellement à la cueillette des informations, c'est-à-dire, dans les procès criminels, des enquêteurs. De plus, tout comme le constate Jackson, l'établissement d'une véritable dialectique commande que les procédures soient conçues de façon à ce que l'échange de renseignements, comme la confrontation de ceux-ci, ait lieu beaucoup plus tôt dans le processus, avant la tenue des auditions<sup>120</sup>.

À cet égard, c'est évidemment lorsque l'on parle de la dialectique dans le contexte de la période antérieure à l'audition que l'on peut établir le lien avec le concept de divulgation réciproque<sup>121</sup>. Sans contredit, la pleine divulgation favoriserait un échange entre les parties qui leur permettrait de mieux connaître la thèse de leur vis-à-vis. Conséquemment, chacune d'entre elles se trouverait alors, au procès, en meilleure position pour souligner les faiblesses qui transparaissent de la théorie adverse et le processus de confrontation serait plus efficace. En définitive, un panorama plus précis serait présenté au juge et il lui serait plus facile de déterminer les véritables arguments juridiques et factuels à retenir. La divulgation réciproque favoriserait donc une présentation plus claire et plus exhaustive des forces et faiblesses de la thèse et de son antithèse, permettant ainsi au décideur de parvenir plus aisément à la synthèse. Bref, non

---

Sex Shape the Adversary System », (1995) 10 *Wisconsin Women's Law Journal* 225.

<sup>118</sup> « Adversarial procedure has, as we have seen, been characterized as dialectic, but it is only truly dialectic as between the two parties in the dispute, the prosecution and the defense. [...] What is clearly missing in adversarial procedure is any effective dialectic role for the judicial triers of fact. Their power to ask questions during the trial is severely restricted. »: J. D. JACKSON, *loc. cit.*, note 103, 523.

<sup>119</sup> Toutefois, il faut dire que dans l'état actuel des choses, les magistrats interviennent régulièrement dans les débats, même s'ils ne recherchent pas directement et par eux-mêmes les éléments de preuve nécessaires à la juste résolution des litiges. Cela apporte un tempérament à l'affirmation de Jackson. Voir *supra*, note infra-paginale précédente.

<sup>120</sup> J. D. JACKSON, *loc. cit.*, note 103, 523.

<sup>121</sup> *Id.*

seulement la divulgation va-t-elle de pair avec la dialectique, elle favorise son établissement.

En somme, le régime contradictoire semble intrinsèquement orienté vers la recherche de la vérité factuelle puisqu'il s'appuie sur les prémisses qui fondent la méthode dialectique et qu'il opère, malgré certaines divergences, conformément aux prescriptions de cette méthode. De plus, comme le concept de divulgation s'inscrit parfaitement bien dans l'établissement d'un processus dialectique, force est d'admettre qu'il ne semble y avoir aucune contradiction entre notre mécanisme de résolution des litiges et l'instauration d'une obligation de divulgation. Bien plus encore, celle-ci est nécessaire au fonctionnement optimal du régime contradictoire puisqu'elle permet de corriger le déséquilibre potentiel que pourrait entraîner une certaine disparité des ressources entre les parties; déséquilibre qui pourrait alors compromettre partiellement la poursuite d'une dialectique efficace<sup>122</sup>.

#### **b) Le régime contradictoire: une mécanique dépourvue de valeurs**

Malgré la conclusion à laquelle on a pu parvenir, Meyer et Belliotti formulent une critique particulièrement intéressante qui pourrait, de prime abord, nous amener à reconsidérer notre position. En affirmant que le régime contradictoire ne présente que des similarités éloignées avec toute théorie dialectique puisqu'il permet l'exclusion de preuves qui pourraient être pertinentes quant à l'établissement de la vérité, les auteurs nous obligent à poser trois questions. D'abord, est-ce le régime lui-même qui en est directement et *grandement*, voire le seul responsable? Ensuite, ces règles d'exclusion

---

<sup>122</sup> Le professeur Ellen Sward prétend toutefois que le concept de divulgation est étranger au modèle contradictoire en ce qu'il démontre justement que les parties ne sont pas de force égale, alors que le régime assume qu'elles le sont. À mon avis, le modèle contradictoire n'assume aucunement que les parties sont de force égale. Évidemment, le processus dialectique sera plus efficace si les protagonistes disposent de ressources similaires, et le mécanisme de divulgation vise précisément à atteindre cet objectif.

Sans nécessairement faire référence à la divulgation réciproque, d'autres auteurs ont estimé que l'égalité entre les parties est nécessaire au bon fonctionnement du régime contradictoire. Voir: Mirjan DAMASKA, « Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure », (1974-75) 84 *Yale L. J.* 480, 524 note infrapaginale n° 113; S. LANDSMAN, *Swift and Certain Justice*, *loc. cit.*, note 95, 496-497; Stephan LANDSMAN, *Readings on Adversarial Justice: The American Approach to Adjudication*, St-Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1988, p. 4; Franklin D. STRIER, *loc. cit.*, note 76, 474-476. Pour sa part, le professeur Strier soutient que ce ne sont pas tellement les parties comme la compétence des avocats opposés qui doit être égale; Robert, S. THOMPSON, « Decision, Disciplined Inferences and the Adversary Process », (1991) 13 *Cardozo L. Rev.* 725, 773 note infrapaginale n° 168.

sont-elles nécessairement contraires à la dialectique? Et, enfin, le régime contradictoire fait-il intervenir des valeurs qui lui sont propres et inhérentes, qui ont préséance sur la recherche de la vérité et qui, en dernière analyse, rendraient incompatible toute notion de divulgation réciproque? À mon avis, aucune de ces propositions ne saurait être retenue et la conclusion à laquelle je suis précédemment parvenu doit demeurer.

Premièrement, il n'est qu'une seule règle d'exclusion de preuve dont l'existence pourrait provenir du régime contradictoire lui-même et des prémisses sur lesquelles il se fonde. C'est la règle excluant le oui-dire. Toutefois, tel qu'expliqué précédemment, notre modèle de résolution des litiges s'appuie sur la méthode dialectique, laquelle éprouve une certaine méfiance vis-à-vis notre aptitude à découvrir la vérité. Pour cette raison, on se garde de tenir pour avéré un élément, une preuve ou une thèse qui n'a pas d'abord été pleinement confronté. Or, la preuve par oui-dire exclut toute possibilité de confrontation, puisqu'il est impossible de contre-interroger l'individu qui a personnellement eu connaissance des événements en litige. Son admission irait donc à l'encontre du régime contradictoire et de la méthode dialectique. Dans ce contexte, le fait que cette règle d'exclusion puisse provenir du régime contradictoire lui-même ne peut donc aucunement atténuer la valeur de l'analogie entre l'approche contradictoire et la dialectique. Au contraire, elle la renforce.

En second lieu, les autres règles qui entraînent l'exclusion de preuves pertinentes quant à l'établissement de la vérité ne découlent pas du régime contradictoire puisque celui-ci ne représente rien d'autre qu'une mécanique, dépourvue de valeurs intrinsèques, et qui a pour rôle de rendre opérationnel un système procédural sous-jacent. En fait, la procédure juridique, comprise dans son sens le plus large, met en jeu, de façon schématique, trois principales composantes organisées de la façon suivante. À la base, on retrouve, au sein d'une société donnée, un ensemble de valeurs qui façonnent et déterminent l'organisation des divers aspects de l'existence et de bon nombre de secteurs de l'activité humaine. Ces valeurs forment la première composante. La répression de la criminalité est un de ces secteurs d'activité et lorsque vient le temps de déterminer de quelle façon seront appréhendés et traités les contrevenants, certaines valeurs fondamentales se dégagent de l'ensemble, parce que fortement ancrées dans la conscience collective, et elles sont reflétées par des règles juridiques, des règles

procédurales<sup>123</sup>. Par exemple, on estime que la recherche de la vérité est une valeur fondamentale et pour cette raison on a notamment édicté une règle voulant que toute preuve pertinente soit admissible au procès et une autre voulant que les autorités étatiques aient la possibilité de procéder à des fouilles, des perquisitions et des saisies afin de recueillir des éléments de preuves qui viendront démontrer la culpabilité d'un individu. De même, c'est parce que le respect des libertés individuelles est une autre de ces valeurs dominantes qu'existent la présomption d'innocence et la règle interdisant l'auto-incrimination forcée. L'ensemble de ces règles juridiques, qui ont pour rôle de refléter et de traduire ces valeurs sociales, forme ce qu'il est convenu d'appeler le *système procédural*. C'est la seconde composante. Enfin, la troisième composante consiste en une simple *mécanique* qui permettra l'application pratique du *système procédural* et, en fait, des règles qui le composent. C'est ce que j'ai désigné, jusqu'à présent, par l'expression *régime contradictoire*, quoique l'expression *mécanique contradictoire* eût été plus appropriée. L'histoire du développement de la procédure criminelle anglaise et le fonctionnement de la mécanique contradictoire en droit privé québécois permettent de bien saisir la distinction.

Avant 1750, les procès criminels qui avaient lieu en Angleterre concernant les crimes graves (les *felonies*) différaient considérablement de ceux qui ont cours aujourd'hui. Les éléments qui nous sont actuellement familiers, tels que la présomption d'innocence, la preuve hors de tout doute raisonnable, le rôle prédominant des avocats, le droit au silence, la passivité du juge et du jury, le cloisonnement des preuves de la Couronne et de la défense ainsi que l'ensemble des règles de preuves n'existaient pas. En fait, les procès d'alors s'apparentaient davantage à une simple altercation entre le juge, l'accusé, les témoins de la victime et celle-ci<sup>124</sup>. Les auditions étaient courtes,

---

<sup>123</sup> Évidemment, d'aucuns pourraient prétendre qu'il existe une certaine distorsion entre les valeurs collectives et les règles procédurales édictées par l'élite judiciaire et politique. Toutefois, la césure n'est pas considérable. Autrement, l'ensemble de la population n'aurait absolument aucune considération envers l'administration de la justice. Et, quoique l'on puisse percevoir un certain mécontentement chez quelques-uns, il n'est certes pas généralisé au point d'amener la déchéance du pouvoir judiciaire et législatif.

<sup>124</sup> John H. LANGBEIN, « Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources », (1983) 50 *U. of Chi. L. Rev.* 1, 123-124, (ci-après cité: Ryder Sources); J. M. BEATTIE, « Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries », (1991) 9 *Law & Hist. Rev.* 221, 222, (ci-après cité: Scales of Justice); John H. LANGBEIN, « The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law », (1994) 92

entièrement dirigées par le juge qui interrogeait et contre-interrogeait lui-même les parties et leurs témoins<sup>125</sup>. Dans ce contexte, tous les témoignages étaient admissibles. Après l'interrogatoire de chacun des témoins de la poursuite, l'accusé avait le loisir de les questionner et le juge lui offrait aussi l'opportunité de répondre aux dires de chacun d'eux<sup>126</sup>. De plus, l'hégémonie du juge s'étendait même au jury, puisque le magistrat avait le pouvoir d'infirmier un verdict rendu par le jury. En fait, il pouvait même forcer les jurés à délibérer de nouveau<sup>127</sup>. Enfin, si le demandeur pouvait être représenté par un avocat, celui-ci n'apparaissait que très rarement<sup>128</sup>. Quant à l'accusé, il ne possédait aucun droit d'être représenté par avocat<sup>129</sup>, quoique le juge veillait à ce que l'accusé ne soit pas entraîné dans une procédure clairement illégale ou abusive<sup>130</sup>.

La période précédant le procès était aussi différente de celle connue de nos jours et, également à ce stade de la procédure, peu de droits étaient reconnus au suspect<sup>131</sup>.

*Michigan L. Rev.* 1047, 1049, (ci-après cité: Historical Origins); Stephan LANDSMAN, « The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England », (1990) 75 *Cornell L. Rev.* 497, 504-505, (ci-après cité: Contentious Spirit).

<sup>125</sup> J. M. BEATTIE, *Scales of Justice loc. cit.*, note 124, 222; S. LANDSMAN, *Contentious Spirit, loc. cit.*, note 124, 514 et ss; J. M. BEATTIE, *Crime and the Courts in England 1660-1800*, Princeton, Princeton University Press, 1986, p. 343 (ci-après cité: *Crime and Courts*).

<sup>126</sup> John H. LANGBEIN, « The Criminal Trial Before the Lawyers », (1978) 45 *Univ. of Chi. L. Rev.*, 263, 283, (ci-après cité: *Criminal Trial*); J. M. BEATTIE, *Crime and Courts, op. cit.*, note 125, p. 348-349.

<sup>127</sup> S. LANDSMAN, *Contentious Spirit, loc. cit.*, note 124, 505-506; J. H. LANGBEIN, *Criminal trial, loc. cit.*, note 126, 285 et ss. Selon certains auteurs, il semblerait que l'indépendance du jury fut acquise à cette époque. Toutefois, ces auteurs se basent principalement sur l'arrêt *Bushell* (Vaugh, 135, 124 Eng. Rep. 1006 (K. B. 1670)), lequel concernait une affaire politique (voir: Stephan LANDSMAN, *Brief Survey, loc. cit.*, note 95, 731. Or, les garanties juridiques visant à protéger les accusés sont apparues plus tôt dans les causes criminelles à caractère politique que dans les cas de *felonies*. À ce sujet, on peut lire les publications de Beattie et Langbein.

<sup>128</sup> J. H. LANGBEIN, *Ryder Sources, loc. cit.*, note 124, 126-127.

<sup>129</sup> J. M. BEATTIE, *Scales of Justice loc. cit.*, note 124, 222; J. H. LANGBEIN, *Ryder Sources, loc. cit.*, note 124, 124; J. H. LANGBEIN, *Criminal trial, loc. cit.*, note 126, 282; S. LANDSMAN, *Contentious Spirit, loc. cit.*, note 124, 506; J. H. LANGBEIN, *Historical Origins, loc. cit.*, note 124, 1049.

<sup>130</sup> J. H. LANGBEIN, *Criminal trial, loc. cit.*, note 126, 307. Toutefois, le juge ne jouait aucunement le rôle d'avocat de la défense. Comme le disait Beattie: « It was often said that to the extend that the defendant required counsel, the English judges took that role upon themselves. But what was meant was that the judges would protect defendants against illegal procedure, faulty indictments, and the like. It did not mean that judges would help the accused to formulate a defense or act as their advocates. ». J. M. BEATTIE, *Scales of Justice loc. cit.*, note 124, 223.

<sup>131</sup> Voir: *The Marian Committal Statute of 1555*, 2 & 3 Phil. & M., ch. 10, § 2 (1555). Pour une description plus détaillée de la procédure qui, à cette époque, précédait le procès, on peut consulter John H. LANGBEIN, *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*, Cambridge, Harvard

Suivant l'arrestation d'un individu, un juge de paix avait pour premier devoir de recueillir la déposition de la victime et de ses témoins et ce, en l'absence du suspect appréhendé<sup>132</sup>. Par la suite, le magistrat devait interroger le contrevenant et transcrire toute déclaration afin qu'elle soit ultérieurement présentée au juge des faits, lors du procès<sup>133</sup>. Dans ces circonstances, le juge de paix n'avait pas pour rôle de recueillir un ensemble de preuves inculpatrices et disculpatoires. Il était un agent du roi et avait la responsabilité d'obtenir des aveux de culpabilité et de s'assurer que les preuves au soutien de l'accusation étaient des plus convaincantes<sup>134</sup>. Enfin, l'inculpé était presque inévitablement emprisonné en attendant son procès, ce qui rendait la préparation de sa défense passablement ardue<sup>135</sup>.

L'ensemble de ces procédures ainsi que l'absence d'avocats de la défense s'expliquent en grande partie par la conception que se faisait la population du procès d'alors. Puisqu'il avait été formellement accusé, on estimait que le prévenu était vraisemblablement coupable. Dans cette optique, l'audition ne servait qu'à lui fournir l'opportunité de s'expliquer et de répondre aux accusations portées contre lui<sup>136</sup>. Et, puisque cette procédure avait pour unique but de confirmer la véracité des agissements reprochés, on jugeait que les questions de fait ne requéraient pas de connaissances ou d'habiletés particulières<sup>137</sup> et l'on croyait aussi que la vérité se manifesterait plus

---

University Press, 1974.

<sup>132</sup> J. M. BEATTIE, *Crime and Courts*, *op. cit.*, note 125, pp. 271-272.

<sup>133</sup> *Id.*, 271; J. H. LANGBEIN, *Criminal trial*, *loc. cit.*, note 126, 280-282; J. H. LANGBEIN, *Historical Origins*, *loc. cit.*, note 124, 1059-1062. Il faut aussi mentionner que, dans l'éventualité où le suspect refusait de répondre aux questions du juge de paix, ce dernier devait en informer le juge qui présidait le procès.

Ce n'est qu'à partir de 1848 que le suspect était informé de son droit de garder le silence face aux questions du juge de paix lors de la procédure précédant le procès. Voir: *Sir John Jervis's Act of 1848*, 11 & 12 Vict., ch. 42 (1848). Pour une description de cette procédure, voir: James Fitzjames STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1, New York, Burt Franklin, (1883).

<sup>134</sup> *Id.*; J. M. BEATTIE, *Scales of Justice* *loc. cit.*, note 124, 223; J. H. LANGBEIN, *Historical Origins*, *loc. cit.*, note 124, 1060.

<sup>135</sup> J. M. BEATTIE, *Scales of Justice* *loc. cit.*, note 124, 223; J. M. BEATTIE, *Crime and Courts*, *op. cit.*, note 125, pp. 270-271; J. H. LANGBEIN, *Historical Origins*, *loc. cit.*, note 124, 1057 et ss.

<sup>136</sup> J. M. BEATTIE, *Scales of Justice* *loc. cit.*, note 124, 223; J. H. LANGBEIN, *Ryder Sources*, *loc. cit.*, note 124, 123.

<sup>137</sup> J. H. LANGBEIN, *Criminal trial*, *loc. cit.*, note 126, 308.

clairement si les explications provenaient directement de la bouche de l'accusé<sup>138</sup>, sans avoir été préparées d'avance<sup>139</sup>. La spontanéité allait de pair avec la vérité et l'on comprend donc pourquoi les avocats étaient exclus des débats.

Vers le milieu du dix-huitième siècle, les procès criminels ont connu leurs premiers changements, avec l'arrivée graduelle mais lente des avocats de la défense<sup>140</sup>. Au début, ces derniers ne pouvaient que conseiller les accusés sur des questions juridiques, sans toutefois pouvoir préparer une défense. De plus, ils avaient le pouvoir d'interroger et de contre-interroger les victimes et leurs témoins, ce qui, pour les années qui suivirent, constitua leur principale tâche<sup>141</sup>. Enfin, ce n'est qu'une centaine d'années

---

<sup>138</sup> À cette époque, Hawkins écrivait:

« [...] it requires no manner of Skill to make a plain and honest defense, which in Cases of this Kind is always the best; the Simplicity and Innocence, artless and ingenuous Behavior of one whose Conscience acquits him, having something in it more moving and convincing than the highest Eloquence of persons speaking in a Cause not their own. Whereas on the other Side, the very Speech, Gesture and Countenance, and Manner of Defense of those who are Guilty, when they speak for themselves, may often help to disclose the Truth, which probably would not so well be discovered from the artificial defense of others speaking for them. »

William HAWKINS, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, 2 vols. (1716-21), 2:400, cité dans J. H. LANGBEIN, *Ryder Sources*, *loc. cit.*, note 124, 123 et J. M. BEATTIE, *Scales of Justice* *loc. cit.*, note 124, 223.

Il est aussi à noter que l'accusé ne pouvait pas s'exprimer sous serment. J. H. LANGBEIN, *Ryder Sources*, *loc. cit.*, note 124, 124; Henry E. SMITH, « The Modern Privilege: Its Nineteenth-Century Origins », dans R. H. HELMHOLZ, *The Privilege Against Self-Incrimination: Its Origins and development*, Chicago, University of Chicago Press, 1997, p. 149. S. LANDSMAN, *Contentious Spirit*, *loc. cit.*, note 124, 506; J. H. LANGBEIN, *Historical Origins*, *loc. cit.*, note 124, 1055.

<sup>139</sup> J. M. BEATTIE, *Crime and Courts*, *op. cit.*, note 125, pp. 271-272; Alexander H. SHAPIRO, « Political Theory and the Growth of Defensive Safeguards in criminal Procedure: The Origins of the Treason Trial Act of 1696 », (1993) 11 *Law & Hist. Rev.* 215, 222.

<sup>140</sup> J. M. BEATTIE, *Scales of Justice* *loc. cit.*, note 124, 223-230; J. H. LANGBEIN, *Criminal trial*, *loc. cit.*, note 124, 307; J. H. LANGBEIN, *Historical Origins*, *loc. cit.*, note 124, 1068; S. LANDSMAN, *Contentious Spirit*, *loc. cit.*, note 124, 534 et ss; J. M. BEATTIE, *Crime and Courts*, *op. cit.*, note 125, pp. 356-357.

Ce changement a d'abord été autorisé par les juges et non par une loi. Il est aussi à noter que l'arrivée, en 1730, des avocats de la défense concerne les cas de *felonies*. Pour ce qui est des infractions de moindre gravité, c'est-à-dire les *misdemeanors*, le droit à l'avocat existait déjà. De même, en ce qui a trait aux crimes de trahison, le droit à l'assistance d'un avocat était prévu dans le *Treason Trial Act* de 1696 (7 & 8 Wil. 3, c. 3, § 1 (1696)). Pour des explications concernant cette loi et le contexte socio-politique qui a entouré sa mise en vigueur, on peut consulter: Alexander H. SHAPIRO, *loc. cit.*, note 139.

<sup>141</sup> J. H. LANGBEIN, *Ryder Sources*, *loc. cit.*, note 124, 129; J. M. BEATTIE, *Scales of Justice* *loc. cit.*, note 124, 231; J. H. LANGBEIN, *Criminal trial*, *loc. cit.*, note 124, 311 et ss; S. LANDSMAN,



plus tard, en 1836, qu'ils ont obtenu le droit de s'adresser directement au jury<sup>142</sup>.

Cet avènement des avocats de la défense et l'essor considérable que connut la profession durant la fin du dix-huitième et le dix-neuvième siècle engendra des transformations remarquables dans les procès criminels de l'époque. D'abord, les avocats contribuèrent de façon plus que significative à l'émergence et à l'implantation de l'approche contradictoire. Étant donné que leur rôle se limitait principalement à sonder les prétentions du poursuivant afin de déterminer si elles étaient fondées, ils devaient d'abord connaître l'ensemble de la preuve possédée contre l'accusé. En réaction, l'ordre de présentation des preuves à charge et à décharge se modifia graduellement, de sorte que le procès ressemblait de moins en moins à une altercation entre trois parties. Plutôt, on assista à la transformation d'un processus où le cloisonnement entre la preuve de la poursuite et celle de la défense se fit désormais plus étanche. La victime devait d'abord présenter sa thèse et, au soutien de celle-ci, l'ensemble de sa preuve. Ce n'est qu'à la clôture de la preuve du poursuivant que la défense faisait alors valoir sa propre thèse et ses arguments<sup>143</sup>. De même, c'est à ce moment que prit forme et que s'implanta véritablement, par le biais du contre-interrogatoire notamment, l'idée de confrontation des thèses; notion qui, comme on l'a vu, réside au cœur de la mécanique contradictoire. Enfin, par leur présence accrue et la prise en charge des litiges, les avocats amenèrent le juge à adopter une attitude plus passive et surtout, neutre<sup>144</sup>.

En outre, cette mutation de l'altercation en véritable régime contradictoire permit l'implantation du *système accusatoire* qui se développait simultanément, c'est-à-dire le système de procédure criminelle retrouvé de nos jours au sein des juridictions de *common law*<sup>145</sup>. C'est à la suite de cette clarification de l'ordre de présentation de la thèse des parties que les fardeaux de preuve se précisèrent, que la présomption d'innocence prit de

---

Contentious Spirit, *loc. cit.*, note 124, 534 et ss; J. M. BEATTIE, *Crime and Courts*, *op. cit.*, note 125, p. 361.

<sup>142</sup> Statute of 6 & 7 Will. 4, ch. 114, §§ 1-2 (1836), cité dans J. H. LANGBEIN, *Ryder Sources*, *loc. cit.*, note 124, 129.

<sup>143</sup> J. H. LANGBEIN, *Ryder Sources*, *loc. cit.*, note 124, 130-131; J. H. LANGBEIN, *Historical Origins*, *loc. cit.*, note 124, 1069-1070; J. M. BEATTIE, *Crime and Courts*, *op. cit.*, note 125, pp. 374-375.

<sup>144</sup> J. H. LANGBEIN, *Historical Origins*, *loc. cit.*, note 124, 1071; S. LANDSMAN, *Contentious Spirit*, *loc. cit.*, note 124, 519 et ss et 557 et ss.

<sup>145</sup> Concernant le système accusatoire, voir: *Infra*, pp. 186 et ss.

l'importance<sup>146</sup>, que le défendeur en vint à “tester” l'ensemble de la preuve du poursuivant avant d'avoir à fournir une quelconque réponse<sup>147</sup> et qu'apparurent ainsi les verdicts dirigés d'acquiescement<sup>148</sup>. De même, c'est à cette époque que se développèrent certaines règles de preuve et que d'autres commencèrent à se cristalliser<sup>149</sup>. Enfin, grâce à l'arrivée des avocats de la défense dans le contexte contradictoire, l'accusé a pu bénéficier ultérieurement du droit au silence qui lui est reconnu de nos jours<sup>150</sup>.

À la lumière de ces constatations, on pourrait penser que la venue des avocats et l'avènement du régime contradictoire ont largement contribué à l'émergence du système procédural accusatoire, laissant croire du même coup que les valeurs intrinsèques que véhiculait le régime contradictoire en seraient la cause. Toutefois, et au risque d'être redondant, plusieurs éléments démontrent que le régime contradictoire n'est qu'une “mécanique” dépourvue de valeurs intrinsèques, qui, si elle a permis - et permet toujours - le fonctionnement du système accusatoire, n'en est certes pas la cause. En fait, les transformations profondes qu'a connues le système de procédure criminelle sont plutôt tributaires du climat politique, social et intellectuel changeant de l'époque. Dans ce contexte, la mécanique contradictoire n'a été qu'un moyen servant à permettre l'opération d'un système procédural sous-jacent en pleine évolution et qui reflétait lui-même, par le biais de nouvelles règles juridiques, une idéologie montante composée de valeurs sociales nouvelles ou, du moins, changeantes et de plus en plus présentes<sup>151</sup>.

Dans cette optique, l'arrivée des avocats de la défense dans les procès pour *felonies* s'explique par le fait que les juges ont cherché à rééquilibrer un système

---

<sup>146</sup> S. LANDSMAN, *Contentious Spirit*, *loc. cit.*, note 124, 527. J. H. LANGBEIN, *Historical Origins*, *loc. cit.*, note 124, 1070.

<sup>147</sup> J. H. LANGBEIN, *Historical Origins*, *loc. cit.*, note 124, 1068-1069.

<sup>148</sup> J. H. LANGBEIN, *Ryder Sources*, *loc. cit.*, note 124, 131.

<sup>149</sup> J. H. LANGBEIN, *Ryder Sources*, *loc. cit.*, note 124, 131-132; S. LANDSMAN, *Contentious Spirit*, *loc. cit.*, note 124, 564 et ss; J. H. LANGBEIN, *Historical Origins*, *loc. cit.*, note 124, 1070; J. M. BEATTIE, *Scales of Justice* *loc. cit.*, note 124, 232-235.

<sup>150</sup> J. H. LANGBEIN, *Ryder Sources*, *loc. cit.*, note 124, 132; J. H. LANGBEIN, *Historical Origins*, *loc. cit.*, note 124. Voir l'article dans sa totalité.

<sup>151</sup> À ce titre, le professeur Landsman soutient que le développement du régime contradictoire a fort probablement été causé de façon importante par des considérations d'ordre économique, mais surtout politique et sociale. Bref, par l'émergence du libéralisme classique. Voir: S. LANDSMAN, *Brief Survey*, *loc. cit.*, note 95, 736-739.

procédural en matière pénale qui commençait à favoriser systématiquement la partie poursuivante au détriment de l'accusé<sup>152</sup>. À cette époque, l'absence d'un véritable corps policier enquêteur contribua à faire apparaître les *Thief-takers* ou *Reward-seekers*, lesquels se chargeaient de traquer et de faire condamner les contrevenants moyennant une contrepartie financière<sup>153</sup>. Néanmoins, la récompense ne leur était versée que si le suspect appréhendé était effectivement trouvé coupable, et l'intérêt qu'ils avaient alors dans la condamnation des gens qu'ils arrêtaient devenait manifeste. Rapidement, on s'aperçut que leurs propres témoignages étaient peu fiables, tout comme celui des témoins qu'ils présentaient<sup>154</sup>. Dans ce contexte, le droit à l'avocat s'est révélé d'une importance capitale. Par l'habileté de leurs contre-interrogatoires, les avocats de la défense réussissaient à démontrer le manque de fiabilité de plusieurs témoins et à amener le juge des faits à ne pas considérer plusieurs de ceux-ci<sup>155</sup>. En définitive, ils rééquilibrèrent la balance.

En outre, à mesure que le temps défilait et que le nombre d'avocats de la défense croissait, un changement d'attitude fut observé chez ces derniers: ils étaient plus enclins à promouvoir et à faire respecter les droits des accusés qu'ils défendaient<sup>156</sup>. Dans ce contexte, la présomption d'innocence acquit un statut déterminant<sup>157</sup> et les règles de preuve se précisèrent grandement. Puisque les préoccupations au sujet des condamnations erronées se faisaient de plus en plus pressantes et que l'on en vint à douter sérieusement de la fiabilité de plusieurs preuves, on exclut ultimement le oui-dire, la preuve de réputation et les déclarations de culpabilité basées uniquement sur les condamnations antérieures. L'arrivée de ces nouvelles règles procédurales, conjuguée au zèle croissant des avocats qui se manifestait par des contre-interrogatoires mordants, par des objections

---

<sup>152</sup> J. H. LANGBEIN, *Historical Origins*, *loc. cit.*, note 124, 1068; J. H. LANGBEIN, *Ryder Sources*, *loc. cit.*, note 124, 133.

<sup>153</sup> S. LANDSMAN, *Contentious Spirit*, *loc. cit.*, note 124, 573 et ss.

<sup>154</sup> J. H. LANGBEIN, *Ryder Sources*, *loc. cit.*, note 124, 133; S. LANDSMAN, *Contentious Spirit*, *loc. cit.*, note 124, 575-576; J. M. BEATTIE, *Crime and Courts*, *op. cit.*, note 125, p. 374.

<sup>155</sup> J. H. LANGBEIN, *Ryder Sources*, *loc. cit.*, note 124, 133; S. LANDSMAN, *Contentious Spirit*, *loc. cit.*, note 124, 578-580.

<sup>156</sup> J. M. BEATTIE, *Scales of Justice* *loc. cit.*, note 124, 247-250; S. LANDSMAN, *Contentious Spirit*, *loc. cit.*, note 124, 543.

<sup>157</sup> J. M. BEATTIE, *Scales of Justice* *loc. cit.*, note 124, 230 et 248-249.

systematiques à l'admissibilité de certaines preuves et par la contestation croissante des décisions judiciaires, reflétait donc l'établissement graduel d'un nouvel équilibre.

Mais de façon plus fondamentale encore, ce désir de parvenir à une différente pondération des forces de la poursuite et du défendeur, comme celui de reconnaître de façon grandissante les droits des accusés, découle certainement beaucoup plus du contexte socio-politique changeant de l'époque que de n'importe quelle autre raison; ce que plusieurs auteurs soutiennent d'ailleurs sans ambiguïté<sup>158</sup>. Il ne faut pas oublier que c'est au dix-huitième et au dix-neuvième siècle que le libéralisme classique s'est véritablement implanté, faisant ainsi place à une nouvelle conception de la société assise sur des valeurs telles la reconnaissance et la promotion des droits et des libertés individuelles, la méfiance envers l'État de même que la limitation des pouvoirs de celui-ci et le souci d'égalité entre les individus<sup>159</sup>.

De même, on assista à cette époque à une évolution des connaissances où, en sciences et en philosophie par exemple, on croyait de moins en moins à la possibilité d'atteindre une vérité absolue et où les notions de "probabilités" et de divers "degrés" de certitude commençaient à trouver leur place dans la pensée de l'époque. Évidemment, ces changements majeurs eurent un impact certain sur le développement des règles procédurales<sup>160</sup>.

Dans ce contexte général, le régime contradictoire a été l'instrument permettant de rendre opérationnelles les transformations du système procédural sous-jacent, lequel

<sup>158</sup> Beattie soutient que l'accroissement de la présence des avocats de la défense dans les procès criminels de la seconde partie du dix-huitième siècle et de tout le dix-neuvième siècle est fort probablement lié aux préoccupations constitutionnelles et politiques de l'époque. J. M. BEATTIE, *Scales of Justice loc. cit.*, note 124, 230, 237-239 et 250-258. Voir aussi S. LANDSMAN, *Contentious Spirit, loc. cit.*, note 124, 581-591 et 602-603 et A. H. SHAPIRO, *loc. cit.*, note 139, 226-244, où Shapiro établit un parallèle important, et au demeurant plutôt évident, entre l'avènement des garanties procédurales en matière de procès pour trahison et le contexte politique: l'émergence des idées libérales.

De même, Luban soutient qu'il existe un lien clair entre la philosophie du système accusatoire actuel et le libéralisme classique. David LUBAN, *op. cit.*, note 93, p. 60-63.

<sup>159</sup> Sur l'émergence et les éléments fondamentaux de la philosophie libérale, on peut consulter notamment: George H. SABINE, *A History of Political Theory*, Third Edition, New York, Holt Rinehart and Winston Inc., 1961; G. de RUGGIERO, *The History of European Liberalism*, Translated by R. G. Collingwood, Oxford, 1927; H. LASKI, *The Rise of European Liberalism*, London, 1937.

<sup>160</sup> J. M. BEATTIE, *Scales of Justice loc. cit.*, note 124, 235; Barbara J. SHAPIRO, *"Beyond Reasonable Doubt" and "Probable Cause": Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, Berkeley, University of California Press, 1991.

reflétait, par le biais de nouvelles règles, le changement des valeurs sociales de l'époque. En fait, on comprendra que l'application pratique de ces règles n'était véritablement possible que dans un régime contradictoire. À titre d'exemple, il aurait été fort difficile de mettre en œuvre, sans un mécanisme contradictoire, un système procédural où il revient à la Couronne de démontrer la culpabilité de l'accusé avant que celui-ci n'ait à répondre aux prétentions du demandeur et à fournir des preuves. De même, il aurait certainement été ardu de faire valoir un droit au silence sans régime contradictoire. Qui plus est, la mécanique contradictoire s'est probablement imposée d'elle-même dans le contexte de la montée de l'individualisme puisqu'elle en permettait l'expression. Plus précisément, elle représentait l'instrument idéal permettant, par le processus de la confrontation, de donner voix à une nouvelle façon de procéder et à de nouvelles règles de preuve et de procédure, développées en réponse à l'émergence des droits et des libertés individuels, à la peur des condamnations erronées, à une nouvelle conception de la "connaissance" et à la méfiance grandissante envers une vérité non confrontée. Du reste, bien que l'avènement des règles d'exclusion de preuve soit principalement dû au contexte intellectuel et scientifique de l'époque, celles-ci n'auraient pu, du seul point de vue pratique, être mises en œuvre sans régime contradictoire. Dans un régime inquisitoire, où le juge a le devoir de rechercher et de recueillir la totalité des éléments de preuve pertinents à la résolution d'un litige, l'exclusion de preuve serait impraticable puisque le magistrat se verrait contraint d'exercer des fonctions nettement contradictoires.

Dans un autre ordre d'idées, c'est l'observation du fonctionnement du régime contradictoire en droit privé québécois qui démontre le plus clairement que ce régime doit être perçu comme une simple mécanique, dépourvue de valeurs inhérentes, qui a pour devoir de rendre opérationnel un système procédural sous-jacent. De fait, le mécanisme contradictoire opère exactement de la même façon en droit privé québécois et en droit pénal canadien. Dans les deux cas, les parties qui s'affrontent sont responsables de recueillir et de présenter, devant un décideur passif et impartial, les preuves et les arguments juridiques au soutien de leurs prétentions respectives. De même, le processus dialectique - thèse, antithèse, synthèse - s'y déroule de façon identique, qu'il s'agisse de droit pénal ou de droit privé. Ce qui diffère toutefois, ce sont les règles procédurales et les règles de preuve, lesquelles font partie des premières. À titre d'exemple, le défendeur n'a

pas droit au silence et il est contraignable par la partie adverse en droit privé. Aussi, très peu de preuves sont exclues en raison d'une violation des droits constitutionnels du défendeur s'il en est. Pourquoi est-ce ainsi? Parce que l'existence de ces règles procédurales et de ces règles de preuve ne peut être tributaire d'une simple mécanique. Parce que les valeurs sur lesquelles sont fondés les deux systèmes procéduraux sont différentes. Parce que, contrairement au système de procédure criminelle canadien et pour ne mentionner que cet élément, le désir de parvenir à la vérité factuelle est une valeur qui transcende les autres valeurs qui, comme elle, sous-tendent le système procédural applicable en droit privé québécois.

### **Section B. Conclusion quant au régime contradictoire et la divulgation réciproque**

Pour conclure, les propos de Meyer et Belliotti ne peuvent, à eux seuls, affaiblir de quelque façon que ce soit l'analogie que j'ai mise en lumière entre le régime contradictoire et la méthode dialectique. Conséquemment, il faut reconnaître que ce régime est intrinsèquement orienté vers la recherche de la vérité, et j'ai expliqué pourquoi le concept de divulgation réciproque s'intègre parfaitement au régime contradictoire en lui-même<sup>161</sup>. Qui plus est, il peut être intéressant de rappeler qu'il existe en droit privé québécois un ensemble de règles qui impose au demandeur comme au défendeur la divulgation préalable au procès et ce, dans le contexte d'un régime contradictoire<sup>162</sup>. Toutefois, le débat n'est pas clos pour autant. Puisque le régime contradictoire n'est qu'un mécanisme ayant pour objet de rendre opérationnel un système procédural sous-jacent, c'est ce dernier qui doit être étudié. Et, afin de déterminer la viabilité prospective, dans notre système de procédure criminelle, des mesures forçant la divulgation par la défense, on doit déterminer la position qu'occupe la recherche de la vérité au sein de ce système procédural.

---

<sup>161</sup> Il est toutefois à noter que certains auteurs estiment que le concept de divulgation réciproque est incompatible avec le régime contradictoire en lui-même, sachant que celui-ci est directement lié au libéralisme classique et que cette philosophie prône le « laisser-faire », la compétition et l'autonomie individuelle. Voir notamment: Paul T. WANGERIN, « The Political and Economic Roots of the "Adversary System" of Justice and "Alternative Dispute Resolution" », (1994) 9 *Ohio State Journal of Dispute Resolution* 203.

<sup>162</sup> Voir notamment les articles 111 et ss, 159 à 186, 279, 331.1 et ss, 397 à 403 dans le *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25.

### **Chapitre III. La divulgation réciproque, la recherche de la vérité et le rôle du suspect et de l'accusé dans le système canadien de procédure criminelle**

Lorsqu'il est question de l'importance de la place qu'occupe la recherche de la vérité au sein d'un système de procédure criminelle, le degré de participation du suspect et de l'accusé à la poursuite est déterminant. En effet, dans la mesure où ces individus peuvent représenter - par le biais de leurs témoignages, de leurs déclarations, de leurs traits physiques et de leurs substances corporelles - une source considérable d'éléments de preuve, ils ont un rôle potentiellement capital à jouer dans l'établissement de la vérité. Conséquemment, on peut croire que plus nombreuses sont les règles qui font du suspect et de l'accusé des participants de premier plan à la poursuite criminelle, plus importante est la place accordée à la recherche de la vérité au sein du système procédural. Inversement, plus nombreuses sont les règles qui limitent la participation d'un suspect et de l'accusé à la poursuite criminelle, moins grande est la place accordée à la recherche de la vérité. Pour cette raison, et aussi parce que la problématique de la divulgation réciproque implique directement la participation de l'accusé à la poursuite criminelle, je traiterai de l'importance de la place occupée par la recherche de la vérité au sein du système canadien de procédure criminelle sous l'angle de la participation du suspect et de l'accusé à la poursuite.

Toutefois, avant d'aborder le système actuel, dominé par la *Charte*, je broserai un tableau sommaire des règles pertinentes de *common law*, uniquement afin de mieux dépendre l'état du droit qui a été développé suite à l'avènement de la *Charte*.

#### **Section A. La participation du suspect et de l'accusé à la poursuite criminelle et la common law**

En droit pénal canadien, c'est en *common law* que l'on retrouve la majorité des règles qui composent le droit de la preuve<sup>163</sup>. Parmi celles-ci, la règle principale énonce que: « tout moyen de preuve suffisamment pertinent à une question en litige est

---

<sup>163</sup> Lise CÔTÉ et Louise VIAU, « La preuve pénale », dans *Droit pénal - Procédure et preuve*, Collection de droit, vol. 10, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1995-1996, 86: « De fait, la common law demeure encore aujourd'hui la plus importante source de règles touchant l'admissibilité de la preuve testimoniale et de la preuve matérielle. ».

admissible à moins d'être exclu par une règle de droit, et tout moyen non pertinent, ou insuffisamment pertinent est inadmissible. »<sup>164</sup>. Qui plus est, le juge ne possède aucun pouvoir discrétionnaire lui permettant d'exclure une preuve pertinente, sauf s'il s'avère que ladite preuve « a une force probante tenue en rapport avec le préjudice qu'elle peut causer à l'accusé. »<sup>165</sup>. D'emblée, la question qui vient à l'esprit est la suivante: existe-t-il un nombre important de règles qui entraînent l'exclusion de preuves pertinentes? Globalement, la réponse est négative et, concernant les dispositions qui restreignent la participation de l'accusé et du suspect à la poursuite criminelle et qui font ainsi obstacle à l'obtention de preuves potentiellement pertinentes, trois règles sont à retenir.

### ***Sous-section 1. Les règles qui restreignent la participation de l'accusé et du suspect***

Dans le cadre des procédures judiciaires formelles, on retrouve la règle de non-contrainabilité et le privilège interdisant l'auto-incrimination, alors qu'au stade des procédures "déjudiciarisées" c'est la règle des confessions qui trouve application.

Afin de faciliter la compréhension du texte, je tiens à préciser que les procédures judiciaires formelles représentent, d'une part, celles qui sont directement dirigées contre un individu, telles que la comparution, l'enquête préliminaire et le procès de cet individu et, d'autre part, celles où l'individu fait office de simple témoin dans le cadre d'une procédure qui n'est pas dirigée contre lui. Quant aux procédures "déjudiciarisées", elles s'opposent aux précédentes en raison de l'absence de magistrat et elles désignent surtout les enquêtes policières et les échanges informels entre les parties.

#### **a) Les procédures judiciaires formelles dirigées contre un individu: la non-contrainabilité de l'accusé**

Lors de sa comparution, de son enquête préliminaire et de son procès, l'accusé est incontraignable par le ministère public. C'est-à-dire qu'il ne peut être forcé à témoigner

---

<sup>164</sup> J. FORTIN, *op. cit.*, note 83, p. 41-42. Voir aussi: *Cloutier c. R.*, [1979] 2 R.C.S. 709 et *Morris c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 190.

<sup>165</sup> J. FORTIN, *op. cit.*, note 83, p. 52; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 610-611. Dans cette dernière affaire, la règle a été reformulée, et peut-être même élargie, ainsi: « [...] le juge du procès peut écarter une preuve admissible si son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante. ».



sur demande du poursuivant<sup>166</sup>. Autrefois, il existait en *common law* une règle selon laquelle aucune des parties au litige n'était habile à se présenter à la barre des témoins en raison du fait que son intérêt dans la cause pouvait l'amener à rendre un faux témoignage<sup>167</sup>. Ainsi, l'accusé ne pouvait témoigner sous serment dans sa propre cause, que ce soit pour sa défense ou pour le compte du poursuivant<sup>168</sup>. Ce n'est qu'en 1893 que l'article 4 de l'*Acte de la preuve en Canada* rendit l'accusé habile à témoigner dans sa propre cause<sup>169</sup>. Toutefois, la Cour suprême du Canada interpréta cette disposition comme signifiant que l'accusé était aussi habile à témoigner pour la Couronne et qu'il était, de plus, contraignable par cette dernière<sup>170</sup>. Il fallut donc attendre jusqu'en 1906 pour que le Parlement amende sa législation de manière à ce que l'accusé ne soit habile à témoigner que pour sa défense et qu'il soit, par le fait même, absolument incontraignable par le ministère public. Aujourd'hui encore, cette règle demeure<sup>171</sup>.

Si l'incontraignabilité de l'accusé se limite aux procédures judiciaires formelles dirigées contre lui<sup>172</sup>, il n'en va pas de même des procédures judiciaires formelles qui ne sont pas dirigées contre lui.

---

<sup>166</sup> *Marcoux et Solomon c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, p. 769. Comme le disait le juge Dickson:

« Appliqué à un accusé, le privilège consiste dans le droit de s'abstenir de répondre. On ne peut demander à un accusé, encore moins l'obliger, de venir à la barre aux témoins ou de répondre à des questions incriminantes. [...] En résumé, le privilège s'applique à l'accusé en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé; il s'applique particulièrement à la contrainte de témoigner et non pas à la contrainte en général [...]. »

<sup>167</sup> Henry E. SMITH, *loc. cit.*, note 138, 149.

<sup>168</sup> J. FORTIN, *op. cit.*, note 83, p. 93.

<sup>169</sup> S.C. 1893, ch. 31, art. 4: « Toute personne accusée d'une infraction, ainsi que la femme ou le mari, selon le cas, de la personne accusée, sera compétente à rendre témoignage, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec quelque autre personne ».

<sup>170</sup> *Gosselin c. R.*, (1903) 33 R.C.S. 255.

<sup>171</sup> *Loi sur la preuve*, précitée, note 16, art. 4(1): « Toute personne accusée d'infraction, ainsi que, sauf disposition contraire du présent article, le conjoint de la personne accusée, est habile à témoigner pour la défense, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec une autre personne. ».

<sup>172</sup> J. FORTIN, *op. cit.*, note 83, p. 107: « Dans l'hypothèse la plus simple, elle signifie que (A), inculpé d'une infraction quelconque, ne peut être contraint à témoigner à quelque étape que ce soit de la poursuite engagée contre lui pour cette infraction. Cela inclut de toute évidence la comparution, l'enquête préliminaire, le procès et sans doute l'enquête présentencielle. ».

**b) Les procédures formelles qui ne sont pas dirigées contre l'individu assigné à témoigner: le privilège interdisant l'auto-incrimination**

Dans le cadre des procédures qui ne sont pas dirigées contre l'individu assigné à témoigner, la contraignabilité est la règle<sup>173</sup>. C'est-à-dire que lorsque l'individu en question est appelé à rendre témoignage, il doit se présenter à la barre des témoins sous peine d'être condamné pour outrage au tribunal. Conséquemment, la règle de non-contraignabilité de l'accusé peut être facilement contournée. En effet, il est alors possible de citer à témoigner un individu fortement soupçonné de la perpétration d'une infraction et de le forcer à répondre à plusieurs questions qui pourraient l'amener à révéler des faits incriminants, lesquels serviraient à fournir les preuves nécessaires au soutien de poursuites ultérieures, directement dirigées contre lui<sup>174</sup>.

Pour pallier à cette éventualité, la *common law* a prévu une règle qui permet au témoin de demeurer silencieux lorsque lui est adressée une question dont la réponse pourrait tendre à l'incriminer<sup>175</sup>. Toutefois, l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>176</sup> a modifié cette règle en rendant le témoin contraignable, tout en lui accordant une immunité contre l'utilisation subséquente de son témoignage<sup>177</sup>. C'est donc dire que

---

<sup>173</sup> *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, 33. Voir aussi: Anne-Marie BOISVERT, « Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle », sous la direction de Gérald-A. BEAUDOIN et Errol P. MENDES, *Charte canadienne des droits et libertés*, 3<sup>e</sup> Édition, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1996, 695.

<sup>174</sup> Voir notamment les arrêts *Di Iorio et Fontaine c. Le gardien de la prison commune de Montréal et al.*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Faber c. R.*, [1976] 2 R.C.S. 9. Mais au contraire, voir: *Batary c. A.G. Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465.

<sup>175</sup> *Lamb v. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110.

<sup>176</sup> Précitée, note 171.

<sup>177</sup> L'article 5 de la *Loi sur la preuve*, précitée, note 16 prévoit que:

« (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et ne

la contraignabilité des témoins est devenue la règle en droit canadien. Chaque individu appelé à rendre témoignage dans une procédure qui n'est pas dirigée contre lui doit nécessairement s'exécuter<sup>178</sup>, mais il bénéficie d'une forme d'immunité puisque les autorités ne pourront déposer en preuve son témoignage rendu antérieurement, afin de l'incriminer lors de poursuites ultérieurement dirigées contre lui.

### c) Les procédures "déjudiciarisées": la règle des confessions

Au stade de l'enquête policière, les suspects ne sont pas tenus de collaborer avec les forces de l'ordre. En fait, les citoyens n'ont aucune obligation de répondre aux questions qui leurs sont posées par les agents de l'État et il serait d'ailleurs difficile de les y contraindre<sup>179</sup>. Si un détenu fait toutefois une déclaration aux policiers, l'admissibilité de celle-ci à titre de preuve sera déterminée par la règle des confessions.

L'état du droit canadien concernant la règle des confessions n'est pas des plus clairs. En fait, cette règle s'est vu prêter plusieurs justifications et interprétations mais il est, à ce jour, difficile de déterminer celles qui prévalent. De même, il est assez malaisé de connaître l'étendue exacte de la règle puisque les décisions judiciaires qui en traitent ne sont pas toutes conciliables<sup>180</sup>. Pour nos fins immédiates, il est de peu d'utilité de connaître tous les tenants et aboutissants du droit relativement aux confessions. Selon le courant jurisprudentiel dominant, les déclarations<sup>181</sup> qui, à la connaissance du suspect,

---

peut être admissible en preuve contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage. »

<sup>178</sup> *R. c. S. (R.J.)*, précité, note 12, 517-518, 523 et 532.

<sup>179</sup> *R. c. Rothman*, [1981] 1 R.C.S. 640.

<sup>180</sup> À ce sujet, on peut consulter les décisions suivantes: *Ibrahim v. R.*, [1914] A.C. 599; *Boudreau c. R.*, [1949] R.C.S. 262; *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 956; *R. c. Piché*, [1971] R.C.S. 23; *Erven c. R.*, [1979] 1 R.C.S. 926; *R. c. Rothman*, précité, note 179; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376.

De façon plus générale, sur l'état de la règle des confessions, on peut consulter les propos du juge McLachlin dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, ceux du juge Wilson dans *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, et ceux du professeur J. Fortin, *op. cit.*, note 83, p. 657 et ss.

<sup>181</sup> La règle des confessions ne couvre que l'aspect testimonial. Dans *Marcoux et Solomon c. La Reine*, précité, note 166, aux pages 770-771, le juge Dickson affirmait:

« Un prévenu ne peut être contraint de divulguer quelque fait qu'il peut connaître relativement à une infraction présumée et fournir ainsi une preuve contre lui-même mais le principe n'est pas violé par (i) les traits physiques, tel que son aspect, dans la salle d'audience ou dans une parade d'identification, ses vêtements, ses empreintes digitales, ses

sont faites à une personne en autorité, sont admissibles uniquement si elles émanent d'un esprit conscient<sup>182</sup> et si elles sont libres et volontaires<sup>183</sup>. Pour être considérée libre et volontaire, la déclaration ne doit pas avoir été obtenue sur la base de promesses ou de menaces<sup>184</sup>.

Malgré la règle des confessions, les preuves qui auront été découvertes à la suite de l'obtention d'une déclaration inadmissible seront, elles, admissibles au procès, de même que la partie de ladite déclaration qui sera confirmée par la découverte<sup>185</sup>.

### **Section B. Conclusion quant à la participation de l'accusé et du suspect et la common law**

Pour conclure, les règles de *common law* qui restreignent la participation de l'accusé et du suspect ne sont pas légion. Et, mises à part les limites établies par les trois règles exposées précédemment, toutes les preuves recueillies par le biais de la participation du suspect et de l'accusé sont admissibles, qu'elles aient été obtenues légalement ou non<sup>186</sup>.

En *common law*, la participation du suspect et de l'accusé à la poursuite criminelle est donc considérable puisqu'ils peuvent être contraints de fournir un nombre important d'éléments de preuve et, dans cette optique, on peut estimer que la recherche de la vérité occupe une place importante au sein du système procédural.

---

photographies, ses mensurations, et (ii) les actes que le prévenu doit faire, comme le contraindre à se soumettre à une fouille de ses vêtements [...] ou à un examen de sa personne pour y trouver des cicatrices [...]. ».

<sup>182</sup> *Ward c. La Reine*, précité, note 180; *Horvath c. La Reine*, précité, note 180; *Clarkson c. La Reine*, précité, note 180.

<sup>183</sup> *Ibrahim v. R.*, précité, note 180. Repris par la Cour suprême du Canada dans: *Boudreau c. R.*, précité, note 180; *R. c. Fitton*, précité, note 180; *R. c. Piché*, précité, note 180; *Erven c. R.*, précité, note 180; *R. c. Rothman*, précité, note 179.

<sup>184</sup> *Ibrahim v. R.*, précité, note 180.

<sup>185</sup> *R. c. Wray*, précité, note 165.

<sup>186</sup> *Karuma c. R.*, [1955] A.C. 197 (H.L.). Pour l'alcootest, voir: *Hogan c. R.*, [1975] 2 R.C.S. 574; en ce qui concerne le test sanguin voir: *A. G. for Quebec c. Begin*, [1955] R.C.S. 593.

## Section C. La participation de l'accusé et du suspect à la poursuite criminelle depuis l'avènement de la Charte

Quel que puisse être l'état du droit en *common law*, la venue de la *Charte* a passablement modifié le paysage juridique au regard de la participation de l'accusé et du suspect à la poursuite criminelle et de la place occupée par la recherche de la vérité au sein du système procédural. Parce que la *Charte* fait partie intégrante de la Constitution canadienne et que cette dernière a préséance sur toutes les autres règles de droit au Canada<sup>187</sup>, c'est en vertu des dispositions constitutionnelles canadiennes que doit être étudié le système de procédure criminelle.

### *Sous-section 1. Le principe directeur*

En droit criminel canadien, chaque inculpé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable et la charge de présenter cette preuve incombe au ministère public<sup>188</sup>. Cette règle, qui était au cœur de la *common law*<sup>189</sup>, a été enchâssée dans la constitution à l'article 7 de la *Charte*<sup>190</sup> et, plus précisément, à l'article 11 d) de cette dernière<sup>191</sup>. Dans son application pratique, la présomption d'innocence se traduit par le principe de la *preuve complète* - mieux décrit sous l'appellation anglophone *principle of a case to meet* - lequel commande à la Couronne de présenter des éléments de preuve relatifs à chacun des éléments constitutifs

<sup>187</sup> L'article 52 de cette loi prévoit que: « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérentes les dispositions incompatibles de tout autre règle de droit. », précité, note 37. Par ce fait, on peut certainement dire que les règles de *Common law* ont été subsumées dans le système constitutionnel canadien.

<sup>188</sup> *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 120-121.

<sup>189</sup> *Woolmington c. D.P.P.*, [1935] A.C. 462 (H.L.).

<sup>190</sup> Dans *R. c. Oakes*, précité, note 188, le juge Dickson affirmait, à la page 119: « La présomption est un principe consacré qui se trouve au coeur même du droit criminel. Bien qu'elle soit expressément garantie par l'al. 11 d) de la *Charte*, la présomption relève et fait partie intégrante de la garantie générale du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, contenue à l'article 7 de la *Charte* [...]. ». Voir aussi *Renvoi relatif au par. 94 (2) de la Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486.

<sup>191</sup> L'alinéa 11 d) se lit comme suit:

« Tout inculpé a le droit: [...]

d) 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 public et équitable. ».

de l'infraction imputée avant que l'on ne puisse s'attendre, en principe, à une quelconque participation de l'accusé. Comme l'affirmait Antonio Lamer, juge en chef du Canada:

« Cela signifie en effet qu'un accusé n'est pas tenu de répondre tant que l'État n'a pas réussi à établir une preuve *prima facie* contre lui. En d'autres termes, tant que le ministère public ne présente pas une "preuve complète", l'accusé n'est pas contraignable au sens général (par opposition au sens testimonial restreint) et il n'a pas à répondre aux allégations présentées contre lui. »<sup>192</sup>.

Il ajoute, plus loin:

« Toutefois, quand le ministère public s'acquitte de son obligation de présenter une preuve *prima facie* non susceptible d'être écartée par une requête en obtention d'un verdict imposé d'acquiescement, on peut légitimement s'attendre à ce que l'accusé réagisse en témoignant lui-même ou en citant d'autres témoins, et le défaut de le faire peut justifier des conclusions contraires. [...] En d'autres termes, lorsqu'on a présenté une "preuve complète" qui, si on y ajoute foi, entraînerait une déclaration de culpabilité, l'accusé ne peut plus demeurer passif dans le processus accusatoire et devient - dans un sens large - contraignable, c'est-à-dire que l'accusé doit répondre à la preuve présentée contre lui ou courir le risque d'être déclaré coupable. »<sup>193</sup>.

Pour que ce principe soit pleinement respecté, le suspect ou l'accusé ne doit pas être obligé de collaborer avec le ministère public en lui fournissant les éléments de preuve qui serviront à établir sa culpabilité. De la présomption d'innocence et du *principe de la preuve complète* émane donc le principe interdisant l'auto-incrimination forcée<sup>194</sup>,

---

<sup>192</sup> *R. c. P. (M.B.)*, précité, note 12, 577.

Pour sa part, Paciocco définit le principe de la preuve complète ainsi: « The principal of a case to meet is one of the basic liberating principles of our system - no one need answer an allegation made against him by the state unless the state first furnishes evidence establishing a case against him. » David M. PACIOCCO, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Toronto, Carswell, 1987, p. 589.

<sup>193</sup> *R. c. P. (M.B.)*, précité, note 12, 579 (souligné dans l'original).

<sup>194</sup> Le principe interdisant l'auto-incrimination forcée doit cependant être distingué du privilège interdisant l'auto-incrimination. Dans *Jones*, le juge Lamer affirmait:

« Il convient donc de préciser ici que je fais une distinction entre le principe interdisant l'auto-incrimination et le privilège de ne pas s'incriminer. Le principe est tel que défini plus haut. Quant au

lequel est un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la *Charte*<sup>195</sup>.

Michael Hor le décrit ainsi:

« Conceptually, it would seem that if there is any single organizing principle in the criminal process, it is the right of the accused to resist any effort to force him to assist in his own prosecution. It provides substance to the common law ideal of a fair trial through an adversarial or accusatorial process. The parties to a criminal prosecution are seen as competitors and the trial the competition. The prosecution is to use its own resources to gather and marshall the evidence without the unwilling assistance of the accused, and the accused is left to defend himself if the prosecution succeeds in making out a case against him. »<sup>196</sup>.

Le principe interdisant l'auto-incrimination forcée - justifié par le désir de protéger le citoyen contre l'utilisation inéquitable des ressources de l'État<sup>197</sup> et contre les

privilege, il correspond à la règle stricte et traditionnelle de *common law* qui ne concerne que la preuve testimoniale au procès. La confusion qui règne au sujet de questions comme le silence, la non-contrainabilité et l'auto-incrimination découle en grande partie, je crois, de l'omission de distinguer ces deux niveaux de protection contre l'auto-incrimination. Le principe est un principe directeur général de droit criminel, dont il est possible de tirer des règles particulières (par exemple, des règles concernant la non-contrainabilité de l'accusé et l'admissibilité des confessions). Le privilege n'est qu'une des règles tirées du principe. ».

*R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, 249-250, (souligné dans l'original).

<sup>195</sup> *R. c. Underwood*, précité, note 10; *R. c. S. (R.J.)*, précité, note 12; *R. c. Jones*, précité, note 194; *R. c. P. (M.B.)*, précité, note 12. L'article 7 de la *Charte* se lit ainsi:

« 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. ».

Ainsi, les autorités ne peuvent porter atteinte à la liberté des individus (puisque c'est ce dont il est question en matière de droit criminel) que s'ils respectent les principes de justice fondamentale et, incidemment, ce que prescrit le principe interdisant l'auto-incrimination.

<sup>196</sup> Michael HOR, dans: « The Privilege Against Self-Incrimination and Fairness to the Accused » (1993) *Singapore J. of L. Stud.*, 35, à la p. 35. Ce passage a été repris avec approbation par la Cour suprême dans *R. c. S. (R.J.)*, précité, note 12, 512.

<sup>197</sup> *R. c. Hebert*, précité, note 180, 180: « D'une part, l'art. 7 cherche à protéger la personne visée par le processus judiciaire contre l'emploi inéquitable des ressources supérieures de l'État. » (Mes italiques).

À la page 176 du jugement, le juge McLachlin écrit aussi: « La fonction la plus importante de l'avis juridique au moment de la détention est d'assurer que l'accusé comprenne quels sont ses droits dont le principal est le droit de garder le silence. Le suspect détenu, *exposé à se trouver en situation défavorable*

intrusions étatiques injustifiées<sup>198</sup> - s'exprime de différentes façons. Au stade des procédures judiciaires formelles dirigées contre l'accusé, il se manifeste par l'incontraignabilité de celui-ci et par le fait que la Couronne se voit parfois interdire la réouverture de sa preuve. En dehors de ces procédures, l'application du principe signifie simplement que le suspect et l'accusé ne peuvent être contraints de fournir ou d'aider à identifier et à découvrir les preuves qui démontrent leur culpabilité. En conséquence, les preuves que les autorités n'auraient pu trouver sans la mobilisation du suspect et de l'accusé contre eux-mêmes doivent, de façon générale, être exclues du procès:

« On peut donc constater que, dans les situations où la preuve n'aurait pas été découverte sans mobiliser l'accusé contre lui-même en violation de la *Charte*, son utilisation rendrait le procès inéquitable. Dans ces cas, il n'est pas nécessaire d'examiner la gravité de la violation ni la considération dont jouit l'administration de la justice, étant donné que la conclusion que l'utilisation de la preuve rendrait le procès inéquitable indique que l'administration de la justice serait nécessairement déconsidérée si cette preuve n'était pas écartée en vertu du par. 24 (2) [de la *Charte*]. »<sup>199</sup>.

Le principe semble donc avoir une très large portée, laquelle couvrirait la contraignabilité ayant pour dessein l'obtention de preuves testimoniales autant que matérielles. Conséquemment, la participation forcée de l'accusé et du suspect à la poursuite apparaît significativement restreinte, entraînant ainsi une diminution importante de la quantité d'éléments de preuve que pourraient autrement obtenir les autorités. S'il en

---

*par rapport aux pouvoirs éclairés et sophistiqués dont dispose l'État, a le droit de rectifier cette situation défavorable* en consultant un avocat dès le début afin d'être avisé de son droit de ne pas parler aux policiers et d'obtenir les conseils appropriés quant aux choix qu'il doit faire. » (Mes italiques).

Dans *P. (M.B.)*, précité, note 12, le juge Lamer formule une explication similaire concernant la raison d'être du principe. Il écrit, à la page 578: « Comme l'a proposé notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Dubois* [...], la présomption d'innocence et l'*inégalité du rapport de force* entre l'État et le particulier sont à la base de ce principe et des protections en matière de procédure et de preuve qui en découlent. » (Mes italiques).

Dans *Jones*, précité, note 194, à la page 251, le juge en chef Lamer déclare: « C'est la protection *relative à l'abus de pouvoir de L'État* qui est au coeur du principe interdisant l'auto-incrimination. » (Mes italiques). Voir aussi: *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, 178.

<sup>198</sup> Voir notamment: *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 425, 480, (juge Wilson).

<sup>199</sup> *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, 668. Voir aussi *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206.



est véritablement ainsi, il faut conclure que la place occupée par la recherche de la vérité n'est pas très importante au sein du système de procédure criminelle canadien.

À l'étape des procédures judiciaires formelles dirigées contre l'accusé, on réalisera que le principe interdisant l'auto-incrimination est scrupuleusement respecté, quoiqu'il se limite à offrir une protection de nature testimoniale. Cela n'est cependant pas problématique puisque l'on peut difficilement s'attendre à une autre forme de participation de l'accusé à cette étape de la poursuite.

Par ailleurs, même si l'on constatera que le principe ne limite pas sa couverture à la preuve testimoniale au stade des procédures qui ne sont pas dirigées contre l'individu appelé à témoigner et au stade des procédures "déjudiciarisées", on s'apercevra que son application y est passablement limitée. Cela est singulier et même paradoxal puisque c'est dans le cadre de ces procédures qu'il trouverait toute son utilité et qu'il pourrait véritablement appuyer le principe de la *preuve complète*.

Cette limitation s'explique principalement par le fait que même si les juges affirment parfois sans détours la primauté du principe interdisant l'auto-incrimination - on l'a déjà qualifié de « [...] précepte fondamental de notre système de justice criminelle [...] »<sup>200</sup> et de « [...] principe directeur [...] sans doute le plus important en droit criminel [...] »<sup>201</sup> - leur préoccupation principale est d'un tout autre ordre. Ils cherchent plutôt à établir un équilibre entre la protection contre l'auto-incrimination forcée et le désir de doter la société de moyens efficaces visant à découvrir la vérité factuelle. C'est ce que laisse voir l'application pratique des décisions judiciaires et le discours judiciaire lui-même<sup>202</sup>.

Dans les pages qui vont suivre, je démontrerai que l'on se retrouve devant un système qui n'est pas fondé sur une théorie définie de la procédure criminelle, articulée en fonction d'une hiérarchie de principes. Plutôt, on est en présence d'un système qui tente de concilier, à la pièce et sans logique interne, des principes fondamentaux antinomiques. Tel que le résume Anne-Marie Boisvert:

---

<sup>200</sup> *R. c. P. (M.B.)*, précité, note 12, p. 583.

<sup>201</sup> *Id.*, 577. Voir aussi *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada*, précité, note 198, 480.

<sup>202</sup> On verra, tout au long de la présente étude, que le terme *équilibre* est fréquemment employé par les juges de la Cour suprême du Canada.

« De manière générale, il est évident, à la lecture de la jurisprudence relative aux garanties que nous allons étudier, qu'un difficile équilibre est recherché entre les protections à accorder à la personne soupçonnée ou accusée et le souci de préserver la capacité de l'État d'identifier et de condamner les contrevenants. Or qui dit équilibre, dit aussi compromis. Et il semble bien que les compromis s'accordent parfois mal avec la logique la plus rigoureuse. »<sup>203</sup>.

Une telle approche engendre un problème de taille. Il est particulièrement difficile de déterminer avec acuité la place occupée respectivement par la recherche de la vérité factuelle et le principe interdisant l'auto-incrimination forcée au sein du système. En conséquence, il est passablement malaisé de se prononcer sur la compatibilité du concept de divulgation par la défense avec notre système de procédure criminelle.

### ***Sous-section 2. Les procédures judiciaires formelles dirigées contre l'accusé***

À l'étape des procédures judiciaires formelles dirigées contre l'accusé, l'application du principe interdisant l'auto-incrimination forcée se traduit par l'incontraignabilité de l'accusé ainsi que par les règles qui régissent la réouverture de la preuve de la Couronne. Ces protections sont consacrées aux articles 11 c) et 7 de la *Charte*.

#### **a) La non-contraignabilité de l'accusé: l'alinéa 11 c) de la Charte**

L'alinéa 11 c) de la *Charte* se lit comme suit:

« 11. Tout inculpé a le droit:

[...]

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche; »

Si le libellé de cet alinéa est passablement clair, sa portée doit être précisée car, à

---

<sup>203</sup> A.-M. BOISVERT, *loc. cit.*, note 173, 645.

la seule lecture de la disposition, certaines questions demeurent sans réponse. Par exemple, qui peut bénéficier de la protection? Quel est le sens à donner à l'expression "témoigner"? Et, à quel moment la protection entre-t-elle en jeu?

En ce qui a trait au bénéficiaire du droit, la jurisprudence est sans équivoque: seules les personnes physiques peuvent s'en prévaloir. Les personnes morales n'y ont pas droit<sup>204</sup>. Dans *R. c. Amway Corp.*<sup>205</sup>, la Cour suprême du Canada devait déterminer si la règle 465(1) des *Règles de la Cour Fédérale* était contraire à l'alinéa 11 c) de la *Charte* puisqu'elle obligeait à faire témoigner l'un des dirigeants d'une corporation dans le cadre d'une action intentée contre elle en vertu des articles 180 et 192 de la *Loi sur les douanes*<sup>206</sup>.

Sous la plume du juge Sopinka, la Cour décida que le requérant doit être une personne, inculpée, et un témoin dans la poursuite intentée contre lui, s'il veut bénéficier de la protection consacrée à l'alinéa 11 c)<sup>207</sup>. Sans s'attarder aux deux premières caractéristiques, le magistrat affirma qu'une société ne peut être considérée comme un témoin et qu'elle ne peut, par le fait même, bénéficier de la protection prévue à l'alinéa 11 c)<sup>208</sup>. Pour parvenir à cette conclusion, il décida que la disposition en question vise fondamentalement à protéger l'individu contre toute atteinte à sa dignité et à sa vie privée, affront que ne peut souffrir une société<sup>209</sup>. Qui plus est, comme le disent certains

---

<sup>204</sup> Voir: *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, précité, note 173, 29-30; *R. v. Springdale Ultramar Ltd.* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 226 (Nfld. Prov. Ct.); *R. v. F. G. Lister & Co.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 77.

<sup>205</sup> *R. c. Amway Corp.*, précité, note 204.

<sup>206</sup> S.R.C. 1970, c. C-40. Il est à noter que le témoignage devait avoir lieu lors d'un interrogatoire préalable à l'audition.

<sup>207</sup> *R. c. Amway Corp.*, précité, note 204, 37.

<sup>208</sup> *Id.*, 37: « J'estime cependant qu'une société ne peut être un témoin et ne peut donc être visée par l'al. 11 c). »

<sup>209</sup> Le juge Sopinka, citant Paciocco, à la page 40 du jugement:

« [...] le privilège de ne pas s'incriminer ne s'applique pas aux sociétés "[c]e sentiment [...] est presque entièrement réservé aux personnes physiques." Pourquoi? Parce qu'il se rapporte à la valeur intrinsèque des êtres humains et à la nécessité de leur accorder un droit significatif à la vie privée jusqu'à ce que soit soulevée la perspective réelle de leur culpabilité afin qu'ils soient véritablement libres. "[U]ne société, contrairement à un individu, ne peut subir les affronts qui sont interdits par la protection qu'offre l'amendement à la personne de l'accusé et à ses pensées." ».

auteurs, ce n'est pas la corporation qui témoigne et, de ce fait, elle ne peut pas s'auto-incriminer<sup>210</sup>. Le dirigeant ou l'employé appelé à témoigner pour le compte de la corporation doit donc se présenter à la barre et son témoignage sera protégé par l'article 13 de la *Charte*, s'il s'avère qu'il révèle des renseignements susceptibles de l'incriminer personnellement<sup>211</sup>.

Puisqu'il est établi que la protection accordée par l'alinéa 11 c) ne s'applique qu'aux personnes physiques, il importe maintenant de considérer l'objet de la garantie. Selon la jurisprudence dominante, l'alinéa 11 c) reprend la règle d'incontraignabilité prévue par la *common law*<sup>212</sup> et il ne protège que le témoignage incriminant<sup>213</sup> ou, plus précisément, la preuve incriminante à portée testimoniale fournie par le prévenu. Comme l'explique le professeur Paciocco, il s'agit des:

« [...]cases where a person's communication are used as evidence of the truth of their contents to assist the Crown in proving the commission of a criminal offence by that person. [...] »

Moreover, I mean the word "testimonial" to describe only a certain instance of communicative self-incrimination. In

*Id.*

<sup>210</sup> À ce propos, Hogg écrit: « The point has already been made that s. 11's reference to "any person" includes a corporation. However, the non-compellability rule would not apply to an employee of a corporation charged with an offence, just as it does not apply to an employee of a natural person charged with an offence. The employee is compellable, because the employee is not the person charged with the offence. Since a corporation cannot itself testify, it follows that s. 11 (c) will have little application to corporations. » Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Third Edition, Scarborough, Carswell, 1992. p. 1098.

Le professeur Béliveau soutient la même chose: « La Cour suprême a en effet décidé, dans l'arrêt *Amway Corp.*, que la protection contre l'auto-incrimination garantie à l'article 11 c) de la *Charte* ne peut s'appliquer à une personne morale dans la mesure où ce n'est pas la corporation accusée qui témoigne mais bien son dirigeant. La compagnie n'est donc pas dans une situation où elle "s'auto-incrimine". » Pierre BÉLIVEAU, Bernard LETENDRE et Martin VAUCLAIR, *op. cit.*, note 83, p. 221-222.

<sup>211</sup> *R. c. Amway Corp.*, précité, note 204, 37-38. Le témoin pourrait aussi invoquer la protection prévue par l'article 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* mais puisque la protection de l'article 13 est automatique et qu'elle offre la même couverture que l'article 5(2), il serait probablement superflu de l'invoquer. Voir: *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350.

<sup>212</sup> « Section 11 (c) is thus declaratory of the common law. One consequence of the inclusion in the Charter of the non-compellability rule is that a statute purporting to make the accused a compellable witness would be invalid. » P. W. HOGG, *loc. cit.*, note 210, p. 1096.

<sup>213</sup> « Section 11 (c) confers the right not to be compelled "to be a witness" against oneself. This is a privilege against testimonial compulsion, not against compulsion generally. » *Id.*, p. 1097.

particular, it is intended to describe only those cases where the communication of a person is used as if it were the statement of a witness at a proceeding which is presented as an accurate account of what happened. Testimonial self-incrimination, as I use the term, then, describes the act of adducing as proof of the truth of its contents a communication made by an accused which communication may be taken to constitute positive evidence of the guilt of that person. »<sup>214</sup>.

En fait, les tribunaux de toutes instances ont constamment refusé de reconnaître que l'alinéa 11 c) puisse accorder une protection qui s'étende au delà de la preuve à portée testimoniale.

À titre d'illustration, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé, en 1983, que les dispositions du *Code criminel* qui obligent un suspect à fournir des échantillons d'haleine ne violent pas l'alinéa 11 c) de la *Charte*<sup>215</sup>. Deux ans plus tard, la Cour d'appel de la Saskatchewan est parvenue à la même conclusion en statuant que cet alinéa ne protège que contre la contraignabilité testimoniale<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> David M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 192, p. 540.

<sup>215</sup> *R. v. Altseimer* (1983), 1 C.C.C. (3d) 7 (C.A. Ont.). Le juge Zuber a d'abord reconnu, au nom de la Cour, que la règle de *common law* se limite à la contrainte testimoniale. À ce titre, il faisait siennes les paroles du juge Dickson dans *Marcoux and Solomon v. The Queen*, 24 C.C.C. (2d) 1, 5, qui écrivait: "In short, the privilege extends to the accused *qua* witness and not *qua* accused, it is concerned with testimonial compulsion specifically and not with compulsion generally...". Par la suite, le juge Zuber a affirmé, à la p. 12 du jugement, que l'alinéa 11 c) confère une protection identique à celle prévue par la *common law*:

« It is plain that the protection continues to be protection against testimonial compulsion and nothing else. [...] Section 11 (c) continues to protect an accused from being compelled to enter a witness-box. The protection against testimonial compulsion, in my view, simply has nothing to do with compulsory breath tests pursuant to the *Criminal Code*. »

Au même effet que l'affaire *Altseimer*, on peut consulter les décisions suivantes qui, bien que rendues par des tribunaux de première instance et ne liant donc pas les autres cours, laissent voir une certaine constance dans l'application de la règle de droit: *R. v. Kendall* (1982), 17 M.V.R. 231 (Alta. Prov. Ct.); *R. v. Loewen* (1982), 17 M.V.R. 279 (B.C. Prov. Ct.); *R. v. Stasiuk* (1982), 16 M.V.R. 202 (Ont. Prov. Ct.); *R. v. MacDonald* (1982), 17 M.V.R. 185 (Ont. Prov. Ct.); *R. v. Robinette* (1982), 17 M.V.R. 1 (Ont. Prov. Ct.); *R. v. Brown* (1983), 20 M.V.R. 163 (Sask. Q. B.); *R. v. Belliveau* (1983), 46 N.B.R. (2d) 120 (Q.B.).

<sup>216</sup> *R. v. Gaff* (1984), 36 Sask. R. 1 (C.A.), permission d'en appeler à la Cour suprême refusée à (1984) 37 Sask. R. 160. Le juge Cameron, au nom de la Cour d'appel de la Saskatchewan, tenait les propos suivants:

« Mr. Justice McIntyre dismissed the appeal acting on [...] the reasons for judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Altseimer*, 1

Toujours en ce qui concerne la protection offerte par l'alinéa 11 c) et la production forcée d'éléments de preuve matérielle provenant de l'accusé, la Cour supérieure du Québec a décrété que la disposition constitutionnelle en cause offre une protection uniquement contre la preuve de nature testimoniale et qu'en ce sens, la prise d'empreintes digitales ne porte pas atteinte à l'alinéa 11 c) de la *Charte*<sup>217</sup>. Dans *R. c. Beare*<sup>218</sup>, le juge La Forest a réitéré cette affirmation, au nom d'une Cour suprême unanime, laissant du même coup entendre que la protection conférée par cette disposition est limitée à la preuve de nature testimoniale<sup>219</sup>. En suivant la même ligne de pensée, la Cour d'appel du Manitoba a affirmé que l'empreinte plantaire est une preuve matérielle dont le prélèvement forcé, en vue de sa production au procès, ne viole pas l'alinéa 11 c)<sup>220</sup>.

Enfin, la Cour supérieure de la Nouvelle-Écosse a refusé de reconnaître que l'alinéa 11 c) puisse accorder une forme quelconque de protection à une accusée qui a volontairement fourni sa signature aux policiers, alors qu'elle n'était pas encore soupçonnée<sup>221</sup>. Même si l'on peut distinguer cette affaire des précédentes, dans la mesure où il n'est pas question ici de prélèvement forcé ou obligatoire, contrairement aux autres cas évoqués jusqu'à présent, le juge Davison a été très clair dans *MacNeil*: « As I stated during the oral arguments, there is no reference to “self-incrimination” in s. 11 (c) which

---

C.C.C. (3d) 7. We are of the unanimous opinion that he was right to do so. Section 11 (c) of the *Charter* is limited to testimonial compulsion or immunity and hence has no application to this case. We also agree with Mr. Justice McIntyre's conclusion that the appellant was not deprived of any of the rights guaranteed to him by s. 7 of the *Charter*. ».

<sup>217</sup> *R. c. Jamieson* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430 (Que. S.C.).

<sup>218</sup> *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387.

<sup>219</sup> *Id.*, 415: « Je ne vois pas non plus comment les intimés peuvent être considérés comme obligés de témoigner contre eux-mêmes, en contravention à l'al. 11 c) de la *Charte* (Voir *Re Jamieson and the Queen*, précité...). ».

<sup>220</sup> *R. v. Nielsen and Stolar* (1985), 16 C.C.C. (3d) 39 (Man. C.A.). Après avoir cité la Cour suprême dans *Marcoux et Solomon v. La Reine*, précité, note 166, où cette dernière affirme que la protection contre l'auto-incrimination prévue par la *common law* ne vise que la contrainte testimoniale, le juge Huband de la Cour d'appel du Manitoba fit la remarque suivante: « In the same manner, the physical evidence of footprints taken from Nielsen violates neither the *Canadian Bill of Rights*, nor s. 11 (c) and d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,... » Voir au même effet: *R. v. Wadden* (1986) 71 N.S.R. (2d) 253 (N.S. C.A.).

<sup>221</sup> *R. v. MacNeil* (1994), 130 N.S.R. (2d) 202 (S.C.).

is narrowly confined to the evidence of a testimonial character and not physical or corporeal evidence. »<sup>222</sup>.

Pour achever la discussion quant à la portée accordée à l'expression "témoigner", il importe de considérer le cas des déclarations écrites. Doivent-elles être interprétées comme des déclarations à portée testimoniale? Comme le fait remarquer Paciocco, « [...] where the writing is being brought into existence as a result of the compulsion, it must stand on the same footing as enforced oral disclosures because the only difference between the cases is the mode of communication. »<sup>223</sup>. C'est la position que semble avoir entérinée la Cour suprême du Canada<sup>224</sup>.

Cependant, lorsqu'une loi exige l'élaboration préalable d'écrits, la jurisprudence dominante stipule que leur production, à titre de preuve à charge, ne peut être couverte par l'alinéa 11 c). Dans l'affaire *Rolbin*<sup>225</sup> la Cour supérieure du Québec a décidé que la production des déclarations d'impôt démontrant le détail des avoirs de l'accusé et confectionnées en vertu des prescriptions de la loi fiscale canadienne, ne viole pas l'alinéa 11 c) car cette disposition ne couvre que la contrainte testimoniale. Au même effet, dans *R. c. Amway of Canada Ltd*<sup>226</sup>, la Cour d'appel fédérale a affirmé que la production de documents possédés par l'appelante ne porte pas atteinte à l'alinéa 11 c) de la *Charte*<sup>227</sup>. En fait, le juge Mahoney a explicitement reconnu la nature incriminante des

---

<sup>222</sup> *Id.*, 206.

<sup>223</sup> D. M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 192, p. 487.

<sup>224</sup> Dans *British Columbia Securities Commission c. Branch*, précité, note 173, aux pages 31-32, les juges Sopinka et Iacobucci affirmaient que la contraignabilité testimoniale visait aussi la contrainte à produire des documents. Néanmoins, si le droit au silence l'emportait sur la contrainte à témoigner, les documents seraient eux aussi protégés dans la mesure où leur existence serait due à la contrainte:

« En conséquence, [...] on peut contraindre régulièrement la production des documents, sauf s'ils sont écartés en application des principes susmentionnés. La raison d'être de ces principes tant en common law qu'en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, est que, dans certains cas, la contraignabilité empiéterait sur le droit de garder le silence. Cependant, ce droit se rattache aux communications faites *par suite* de la contrainte exercée par l'État, mais non aux documents qui renferment des communications faites avant cette contrainte et de façon indépendante de celle-ci. » (Mes italiques).

<sup>225</sup> *Rolbin v. R.* (1982), 2 C.R.R. 66.

<sup>226</sup> [1987] 34 D.L.R. (4th) 201.

<sup>227</sup> *Id.*, 208, où le juge Stone affirmait: « Section 11 (c) of the Charter is concerned with protecting a person charged with an offence from being called against his will "to be a witness" in proceedings against

documents. Mais, puisqu'elle ne provient pas de ce que peut dire l'accusé à leur sujet - on sait qu'il ne peut être contraint de témoigner - leur production n'enfreint pas l'alinéa 11 c)<sup>228</sup>.

En définitive, la production à titre de preuve à charge de documents qui existaient avant la poursuite ne peut être couverte par l'alinéa 11 c). Bien qu'ils aient effectivement une portée testimoniale, ils n'ont pas été créés sous la contrainte, dans le contexte d'un rapport réellement antagonique entre l'État et l'individu. C'est cet élément qui est décisif<sup>229</sup>.

---

him in respect of that offence. It has no application to the production of documents, including those required to be listed pursuant to Rule 448 and to be produced for inspection pursuant to Rule 453. ».

À cet effet, il confirmait les propos tenus par le juge de première instance dans la même affaire: « [T]he non-compellability rule does not preclude the production of objective fact evidence, nor non-testimonial out-of-Court statements. The documents...were prepared long before the trial proceedings. In my view, *in the hands of the corporation* they are much more analogous to the objective fact evidence...than they are to the testimonial type evidence to which s. 11 c) is addressed. » Cité dans: D. M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 192, p. 488.

<sup>228</sup> Voilà les propos que tenait le juge Mahoney, à la page 203:

« The appellants principal argument is that, as a person charged with an offence, it cannot be compelled to testify and it cannot therefore be compelled to produce documents. The fallacy of this argument lies in the fact that a party does not testify by complying with the requirement that it produce documents. The evidentiary value, if any, of the documents is inherent; they speak for themselves. That they may be evidence against him does not depend at all on what the person required to produce them has to say about them. He cannot, if a person charged, be compelled to say anything about them. ».

*R. c. Amway of Canada Ltd*, précité note 226.

<sup>229</sup> *R. c. Fitzpatrick*, précité note 197, 173-174. C'est aussi la position qu'adopte Paciocco:

« If this line of authority is correct, as it appears to be, then surely no greater protection should be afforded by section 11 (c) where a person charged is required to produce at his trial documents which are already in existence and which the accused *is not compelled to create for the purpose of the criminal investigation*. [...] The primary difference is that the person charged is not being forced to testify in the sense of relating facts of which he has knowledge when forced to hand over documents; he is merely producing documentation that already purports to record such facts. Nothing the state does thereby violates the privacy of his mind by conscripting the accused to create evidence against himself. ».

D. M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 192, p. 488 (mes italiques).

À mon avis, toutefois, il est une partie de l'argumentation de Paciocco qui ne saurait être totalement convaincante. S'il est vrai que la documentation n'a pas été créée en raison de la poursuite et qu'elle existait donc avant l'institution de celle-ci, il n'est pas aussi clair que le caractère privé des pensées



Enfin, il reste à déterminer le moment où s'applique la protection. Succinctement, je mentionnerai qu'elle est restreinte aux seuls cas où le prévenu est forcé de fournir une preuve à caractère testimonial dans le cadre de procédures judiciaires formelles dirigées contre lui<sup>230</sup>. Ainsi, le prévenu ne peut être contraint de rendre témoignage lors de sa comparution, au moment de son enquête préliminaire et lors de son procès. C'est ce qu'a affirmé la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Esposito*<sup>231</sup>. Dans cette affaire, Esposito était accusé de fraude impliquant l'utilisation d'une carte de crédit. À l'enquête, les autorités lui ont soutiré des informations conduisant à son arrestation. Lors de son procès, Esposito a fait valoir que les déclarations faites aux policiers ne pouvaient être déposées en preuve puisque cela enfreindrait l'alinéa 11 c) de la *Charte*. La Cour d'appel a alors décidé que la protection conférée par cette disposition ne s'applique pas aux déclarations

---

d'un individu n'a pas été violé. Peut-être que des documents requis par la loi ne contiennent pas les pensées privées d'une personne, mais qu'en serait-il alors d'un journal personnel? Pour ma part, le critère des pensées privées n'est, à lui seul, aucunement satisfaisant en ce qui a trait à la justification de la protection contre l'auto-incrimination. Je reviendrai sur cette question dans la dernière partie du présent ouvrage.

<sup>230</sup> *R. c. Fitzpatrick*, précité, note 197, 165.

Dans un autre ordre d'idées, il faut prendre note du fait qu'il doit s'agir de procédures criminelles ou ayant à tout le moins de véritables conséquences pénales pour l'inculpé. Voir: *Re Fang and College of Physicians & Surgeons of Alberta* (1986), 25 D.L.R. (4th) 632 (C.A. Alta.); *Belhumeur c. Savard*, [1988] R.J.Q. 1526 (C.A.).

<sup>231</sup> (1986), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A.) permission d'en appeler refusée: (1986), 24 C.C.C. (3d) 88n. Le juge Martin, au nom de la Cour, affirmait, aux pages 96-97: « Section 11 (c) enshrines the concept of the noncompellability of an accused at his trial or at his preliminary hearing as a constitutional right. [...] It protects an accused from being compelled to testify. ». Toutefois, la Cour d'appel du Manitoba a déjà semblé dire que l'alinéa 11 c) pourrait peut-être s'appliquer aux déclarations faites hors Cour: *R. c. Malcolm*, [1989] 6 W.W.R. 23, p. 34.

La cause *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. 407 est aussi à l'effet qu'un accusé ne peut être contraint de témoigner à son enquête préliminaire. Dans cette affaire, les conjoints Zurlo et Selby furent accusés d'homicide involontaire coupable concernant le décès de leur enfant nouveau-né. D'abord les deux parents furent accusés séparément et ils furent contraints de comparaître à l'enquête du coroner. Par la suite, ils furent respectivement contraints de témoigner à l'enquête préliminaire de leur conjoint. Finalement, la Couronne décida de procéder conjointement et ils furent reconnus coupables. En appel, Zurlo alléguait que cette procédure violait ses droits et la Cour d'appel du Québec déclara que l'appel devait être accueilli en vertu de l'alinéa 11 d) de la *Charte* puisque l'appelant avait été privé d'un procès juste et équitable. Toutefois, en *obiter*, le juge Fish affirma, au nom des autres membres de la Cour: « In the case at bar, appellant was compelled to testify at the preliminary inquiry of his wife *in respect of the very matter for which he was then charged with identical offences*. If the interests which s. 11 (c) of the Charter is intended to protect "extend beyond the trial itself" [...], I find it difficult to imagine a clearer violation of the principles of fundamental justice than occurred in this case. » (En italique dans l'original). Ce passage n'indique toutefois pas clairement si la disposition violée est l'alinéa 11 c) ou l'article 7. Par ailleurs, il semble clair que si l'alinéa 11 c) peut s'étendre à autre chose qu'au procès, ce n'est pas à l'enquête policière. C'est aux autres procédures judiciaires formelles, telles que l'enquête préliminaire.

fournies en réponse aux questions des policiers<sup>232</sup>.

En conclusion, il faut comprendre que l'alinéa 11 c) de la *Charte* se limite à protéger les personnes physiques contre la création forcée de preuves à portée testimoniale dans le cadre de procédures judiciaires formelles directement dirigées contre elles, telles que la comparution, l'enquête préliminaire et le procès. Comme l'écrit Paciocco: « In summary, the concept of testimonial compulsion to which 11 (c) relates is of a very limited kind; "Section 11 (c) continues [as had the common law in Canada] to protect an accused from being compelled to enter a witness-box", and no more. »<sup>233</sup>.

Concernant cette citation, il faut toutefois préciser que la contrainte dont il est fait mention ne vise que la contrainte légale. Ainsi, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le témoignage rendu uniquement pour des raisons d'ordre stratégique ne sera pas protégé par l'alinéa 11 c)<sup>234</sup>. D'ailleurs, la Cour suprême du Canada a réitéré cette règle, en

---

<sup>232</sup> *R. c. Esposito*, précité, note 231, 97: « I am of the view that s. 11 (c) of the Charter has no application to the admissibility of the appellant's answers in response to police questioning. ».

<sup>233</sup> D. M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 192, p. 489.

Toutefois, malgré le fait que la grande majorité du discours judiciaire soit à cet effet, certaines causes s'écartent de ce courant, notamment *R. v. Lee* (1996), 36 C.R.R. (2d) 162 (Gen Div.). Dans cette affaire, la Couronne a cherché à déposer en preuve les enregistrements du témoignage que l'accusé avait rendu lors d'un voir-dire, dans l'optique de permettre à un policier de comparer la voix de l'accusé avec celle d'une personne inconnue enregistrée durant une prise d'otage. Le juge du procès a décidé que les articles 13 et 11 c) de la *Charte* ne permettent pas au ministère public de procéder ainsi, affirmant que l'utilisation de la voix d'un inculpé aux fins de l'identification de celui-ci revient à la considérer comme une admission.

J'estime toutefois qu'il y a eu erreur de la part du juge du procès. En fait, la voix n'a pas été utilisée pour prouver le contenu des propos tenus par l'accusé, elle a simplement été utilisée comme une preuve matérielle. Comme le faisait remarquer Paciocco: « Section 11 (c) is not violated where the person charged is compelled to speak or write words that will not be adduced testimonially. In such a case it is the act of speaking or writing that is relevant, and the compulsion is more analogous to the enforced production of real evidence like breathalyser samples than it is to the obtainment of testimony by force. ». D. M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 192, p. 489.

<sup>234</sup> *R. v. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523. Dans cet arrêt, le tribunal a décidé que l'accusé doit accepter les conséquences de sa décision s'il décide de ne pas témoigner à son procès, malgré le fait qu'une preuve très accablante ait été présentée contre lui. Selon la Cour d'appel, le jury pourra en tirer une conclusion défavorable à l'accusé et ce seul fait ne suffit pas à le rendre contraignable. L'obligation tactique n'est pas une obligation légale.

Concernant la question des co-accusés, voir: *R. v. Naglik* (1991) 65 C.C.C. (3d) 272, appel accueilli pour d'autres motifs à la Cour suprême du Canada: [1993] 3 R.C.S. 122. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que, dans un procès conjoint, un défendeur peut faire des remarques au jury concernant le défaut de témoigner de son co-accusé. Cela ne rend pas le dit co-accusé contraignable pour autant. À ce sujet, voir aussi *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858.

Enfin, concernant la contrainte légale, les renversements du fardeau de la preuve prévus par la loi

affirmant que le jury est en droit de tirer une conclusion défavorable à l'accusé du fait qu'il ne soit pas venu témoigner, quoique cette conclusion ne puisse servir à consolider la preuve à charge qui n'établit pas à elle seule la culpabilité hors de tout doute raisonnable<sup>235</sup>.

À la lumière de cet exposé, il est clair que l'alinéa 11 c) de la *Charte* n'est pas d'un grand support pour ceux qui s'opposent à la divulgation préalable au procès. Somme toute, l'alinéa 11 c) pourrait protéger l'accusé uniquement contre la divulgation forcée qui aurait lieu lors de la comparution ou de l'enquête préliminaire et qui ferait figure de communication à portée testimoniale.

### **b) La réouverture d'enquête à la demande de la Couronne: L'article 7 de la Charte**

La suprématie du principe interdisant l'auto-incrimination forcée se manifeste aussi, dans le cadre des procédures judiciaires formelles dirigées contre l'accusé, par les règles qui régissent la réouverture d'enquête à la demande de la Couronne.

Tel qu'expliqué précédemment<sup>236</sup>, la présentation de la preuve au procès est

n'ont pas été interprétés comme contraignant l'accusé à témoigner. Ce dernier peut faire sa preuve autrement, par exemple en faisant témoigner d'autres personnes. Voir notamment: *R. v. Stanger* (1984), 2 D.L.R. (4th) 121 (Alta. C.A.).

<sup>235</sup> *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827, *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654 et *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874. Pour un prononcé à cet effet rendu avant la *Charte*, voir *R. c. Vézeau*, [1977] 2 R.C.S. 277. On peut aussi consulter *R. v. Collins* (1996), 110 W.A.C. 392 (C.A.).

Dans *Noble*, à la page 943, le juge Sopinka affirme, à titre d'*obiter*, que « le défaut [pour] un accusé de témoigner au procès et de se soumettre à un contre-interrogatoire au sujet de sa défense d'alibi peut être utilisé pour tirer une conclusion défavorable concernant la crédibilité de cette défense. ». À ce propos, il soutient qu'une telle règle représente une entorse limitée au principe de non-contraignabilité du prévenu même si l'utilisation du silence ne concerne que la crédibilité de l'alibi.

On peut expliquer cela ainsi. Le fait de conclure à l'absence de fondement de la défense d'alibi n'entraîne pas la preuve des éléments constitutifs de l'infraction. Dans l'hypothèse où le ministère public a déjà présenté une *preuve complète* - c'est-à-dire une preuve hors de tout doute raisonnable selon les propos du juge Sopinka dans *Noble* (p. 947) - concernant chacun des éléments de l'infraction, que l'accusé soit ou ne soit pas contraint de témoigner ne change strictement rien. S'il peut y avoir, dans cette hypothèse, entorse à la règle d'incontraignabilité prévue à l'alinéa 11 c), dans la mesure où il y a une forme de contrainte à témoigner, le principe interdisant l'auto-incrimination n'a toutefois pas été violé. La Couronne a quand même déjà présenté une *preuve complète* sans la participation de l'accusé. C'est d'ailleurs ce que semble affirmer le juge Sopinka lorsqu'il écrit, aux pages 943-944 de *Noble*: « Le fait de repousser la défense d'alibi ne renforce pas la preuve du ministère public, en ce sens que cela prouverait l'existence des éléments constitutifs de l'infraction, mais il réfute plutôt un moyen de défense précis plaidé par l'accusé. L'utilisation du silence par le juge des faits dans son appréciation de la crédibilité de la défense d'alibi de l'accusé ne concerne que la défense d'alibi elle-même. ».

<sup>236</sup> *Supra*, note infrapaginale n° 83.

organisée de la façon suivante. D'abord, le ministère public doit présenter devant la Cour l'ensemble des éléments de preuve inculpatives nécessaires à l'établissement de la culpabilité de l'accusé. Le poursuivant n'est pas autorisé à scinder sa preuve<sup>237</sup>. Une fois cette présentation terminée, l'accusé peut soumettre une défense en témoignant lui-même, en citant des témoins, en présentant des expertises ou en déposant des éléments matériels. Il existe donc, en principe, un cloisonnement étanche entre la présentation de la preuve de la Couronne et celle de la défense, de même qu'un ordre de présentation prédéterminé et immuable. Quoiqu'il en soit, il peut arriver qu'une des parties au litige veuille corriger quelques lacunes dans la présentation de sa preuve qui avait toutefois été déclarée close. Dans un tel cas, le juge du procès possède le pouvoir discrétionnaire de permettre ou d'empêcher la réouverture de la preuve, mais la discrétion judiciaire varie en fonction de l'identité du requérant.

Si les tribunaux semblent relativement enclins à accorder une réouverture d'enquête à la demande du défendeur<sup>238</sup>, il n'en est pas toujours ainsi lorsque le poursuivant présente la requête. Dans cette dernière éventualité, l'exercice du pouvoir discrétionnaire dépend particulièrement du stade où sont rendues les procédures. Immédiatement après la clôture de la preuve de la Couronne mais avant que l'accusé ne fasse connaître son intention de présenter ou de ne pas présenter de défense, la réouverture est généralement accordée si la justice l'exige et si la partie défenderesse ne subit aucun préjudice. Par contre, la réouverture n'est que rarement permise lorsque le défendeur a déjà commencé à répondre à la preuve présentée contre lui, que ce soit en présentant une défense ou en annonçant la présentation prochaine de celle-ci. Cela s'explique par le fait qu'autrement, l'accusé pourrait être mobilisé contre lui-même et contraint de fournir au ministère public l'aide nécessaire à l'établissement de sa culpabilité. C'est ce qu'illustre l'arrêt *R. c. P. (M.B.)*<sup>239</sup>.

Dans cette affaire, M.B.P. faisait face à des accusations d'agression sexuelle. Au moment de son arrestation, les autorités l'informèrent que les agissements reprochés auraient eu lieu au temps où il demeurait chez la victime. En fait, la dénonciation déposée

---

<sup>237</sup> *John c. La reine*, précité, note 83; *Krause c. La Reine*, précité, note 83.

<sup>238</sup> J. FORTIN, *op. cit.*, note 83, p. 175-176.

<sup>239</sup> Précité, note 12.

le jour de l'arrestation attestait que les crimes seraient survenus entre le 1<sup>er</sup> janvier 1980 et le 1<sup>er</sup> janvier 1981. À la suite de la tenue de l'enquête préliminaire, les dates figurant sur la dénonciation furent modifiées pour couvrir la période s'échelonnant du 1<sup>er</sup> janvier 1982 au 1<sup>er</sup> janvier 1983.

Durant le procès, la plaignante et sa mère prétendirent que les agressions avaient eu lieu durant l'été 1982. Mais, lorsque le ministère public eut terminé la présentation de sa preuve, la partie défenderesse annonça qu'elle présenterait un alibi selon lequel l'accusé était hospitalisé à cette époque et qu'il ne pouvait donc pas être coupable du délit reproché. Suivant cette annonce, la Couronne déclara que les témoignages étaient erronés, que les agressions s'étaient produites au courant de l'été 1983 et que la mère de la victime devait témoigner une seconde fois pour prouver ce fait. À la demande de la Couronne, le juge du procès permit la réouverture d'enquête et l'accusé fut trouvé coupable.

La Cour suprême devait donc déterminer si le ministère public peut rouvrir sa preuve pour y corriger une erreur, dans le cas où le défendeur a déjà commencé à répondre à la preuve présentée contre lui en annonçant la teneur de sa défense.

Par une mince majorité, la Cour a statué que la réouverture d'enquête avait entraîné la violation du principe interdisant l'auto-incrimination<sup>240</sup>. Pour cette raison, elle n'aurait pas dû être accordée, de déclarer le plus haut tribunal du pays. Voici les propos que tenait le juge en chef Lamer, pour la majorité:

« Ce qui rend si inacceptable le fait de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve après que la défense a commencé à y répondre, c'est que cela porte atteinte indirectement au principe voulant qu'un accusé ne soit pas mobilisé contre lui-même. Dans l'arrêt *Dubois*, notre Cour a interprété le privilège de ne pas s'incriminer, contenu à l'art. 13 de la *Charte*, comme empêchant le ministère public de contraindre indirectement l'accusé de contribuer à sa propre perte en utilisant contre lui-même son témoignage antérieur - ce que l'al. 11 c) de la *Charte* interdit directement au ministère public de faire. À mon avis, il existe un danger semblable lorsque le ministère public cherche à rouvrir sa preuve après que la défense a

---

<sup>240</sup> *Id.*, 583.

commencé à répondre à la preuve présentée contre elle, c'est-à-dire qu'il existe un risque réel que, compte tenu de ce qu'il a entendu de la part de la défense lorsqu'elle a été contrainte de répondre à la preuve présentée contre elle, le ministère public cherche à combler les lacunes ou à corriger les erreurs dans la preuve dont il a terminé la présentation et à laquelle la défense a commencé à répondre. »<sup>241</sup>.

Par rapport à la trame factuelle en cause, l'atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination provient de la conjugaison de deux éléments. D'abord, seules les révélations de la partie défenderesse ont permis au ministère public d'identifier les faiblesses de la preuve déjà présentée. Ensuite, la réouverture d'enquête a permis la correction des erreurs et la présentation d'une preuve sans failles contre l'accusé<sup>242</sup>.

À première vue, cette décision est très instructive au regard de la viabilité du concept de divulgation par la défense dans notre système de procédure criminelle et ce, sans même devoir tenir compte de l'*obiter dictum* du juge Lamer sur cette question<sup>243</sup>. En fait, ce que la Cour a déclaré être inadmissible se résume simplement: la Couronne ne peut s'en remettre à ce que le défendeur a été contraint de communiquer pour bonifier ou, à la rigueur même, construire sa preuve à charge. Un parallèle peut donc être établi entre cette décision et la divulgation réciproque puisque dans les deux cas, la Couronne peut

---

<sup>241</sup> *Id.*, 579-580, (soulignés dans l'original). Pour un autre prononcé judiciaire au même effet, on peut lire: *R. v. M. (F.S.)* (1997) 111 C.C.C. (3d) 90 (C.A.O.).

<sup>242</sup> Cet arrêt doit être distingué de l'arrêt *S. (G.G.)*, précité, note 83, dans lequel la Cour suprême a interdit la réouverture de la preuve de la Couronne, après que la partie défenderesse eut terminé la présentation de sa preuve.

Dans cette affaire, G.G.S. n'a pas été mobilisée contre elle-même. La Cour n'a pas permis la réouverture de la preuve du ministère public en raison du fait que l'accusée aurait eu à répondre à la preuve à charge sans en connaître la totalité. Une telle pratique oblige souvent le défendeur à rouvrir sa défense et à présenter de nouveaux éléments qui peuvent sembler incompatibles avec la thèse qu'il avait soutenue jusque là. De plus, cette pratique peut le contraindre à témoigner une seconde fois afin de corriger des propos antérieurs, ce qui laisse croire qu'il aurait menti. Tout cela porte atteinte au droit à une défense pleine et entière et au droit à un procès équitable. Voir aux pages 47 à 54 dans Quick Law.

Dans certains cas, l'interdiction de rouvrir la preuve à charge ne repose pas sur le droit à la protection contre l'auto-incrimination forcée. Elle repose plutôt sur le droit à une défense pleine et entière. À cet effet, on peut lire les affaires *R. c. Biddle*, précité, note 83 et *John c. La Reine*, précité, note 83.

<sup>243</sup> *R. c. P. (M.B.)*, précité, note 12, 578: « Avant le procès, le droit criminel cherche à empêcher que l'accusé soit mobilisé contre lui-même grâce à la règle des confessions, au droit de garder le silence dans le cadre d'un interrogatoire de l'État sur une conduite criminelle dont on soupçonne l'existence et à l'absence de divulguer de la part de la défense. ».

littéralement construire une preuve de culpabilité sur la base d'informations fournies par l'accusé; ce que la Cour suprême a clairement dénoncé et interdit.

À ce titre, si l'affaire *P. (M.B.)* offre une illustration flagrante du fait que l'annonce d'un moyen de défense puisse permettre à la Couronne de construire une preuve de culpabilité sur la base d'informations fournies par l'accusé, dans le contexte du procès, il n'est pas difficile d'en concevoir une dans le contexte de la divulgation préalable au procès.

Imaginons la situation suivante. Le ministère public cherche à faire condamner et emprisonner un accusé qui aurait commis un meurtre. L'accusé veut plaider la légitime défense. De plus, les deux protagonistes sont régis par un système procédural qui renferme des dispositions prévoyant la divulgation réciproque, telles que je les ai définies dans le premier chapitre de cette étude.

Prenons comme hypothèse que l'accusé ne communique pas les détails de son moyen de défense à la Couronne puisqu'il veut d'abord "mesurer", au procès, la force probante de la preuve à charge. Si les prétentions du poursuivant s'avèrent concluantes à tous égards, l'accusé est pris au piège car il fait face à la condamnation et la crédibilité de son seul moyen de défense risque d'être grandement affectée en raison des conclusions défavorables que peut tirer le juge des faits en raison de la divulgation tardive. Vraisemblablement, l'accusé sera déclaré coupable parce qu'il n'a pas communiqué son moyen de défense en temps opportun.

La raison pour laquelle l'accusé s'abstiendrait de divulguer sa défense est toutefois fort simple. Admettons que la preuve portant sur l'identité du contrevenant soit assez faible, bien qu'existante, de façon à ce que l'accusé puisse facilement soulever un doute raisonnable sur la preuve de cet élément constitutif. S'il communique son moyen de défense avant la tenue du procès, il permettra à la Couronne de construire une preuve à charge inébranlable en ce qui concerne l'identité de l'accusé: le seul fait de faire savoir au ministère public qu'il compte plaider la légitime défense constitue un aveu extrajudiciaire indiscutable selon lequel il est effectivement l'individu qui a agressé la victime.

La principale difficulté réside dans le fait que, malgré la divulgation de la preuve *de la Couronne* ou, au mieux, la tenue d'une enquête préliminaire, il est souvent

pratiquement impossible pour le défendeur d'évaluer, avant le début du procès, la véritable force probante de la preuve à charge<sup>244</sup>. En conséquence, au risque d'être confronté à une preuve pratiquement indestructible en ce qui a trait aux éléments constitutifs de l'infraction et courir alors la chance d'être déclaré coupable, l'accusé préférera communiquer son moyen de défense avant la tenue de l'audition afin de ne pas diminuer la force probante de celui-ci aux yeux du juge des faits, et se ménager ainsi une issue au procès. Dans de pareilles circonstances, l'accusé pourrait cependant être trouvé responsable du crime en ayant été contraint d'être l'instrument de sa propre

---

<sup>244</sup> En l'absence d'enquête préliminaire, et lorsque la transmission d'information s'effectue uniquement par le biais du support papier, il est difficile d'évaluer la force probante des témoignages et, conséquemment, de l'ensemble de la preuve à charge. De plus, même si la partie poursuivante remet au défendeur les coordonnées des témoins qu'elle entend appeler à la barre, et même si l'on peut penser que le défendeur ira interroger ces personnes, rien ne laisse entendre qu'elles se montreront coopératives. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit dans *R. c. Stinchcombe*, précité, note 2. Aussi, un avocat de la défense du Barreau de l'Alberta tenait les propos suivants à ce sujet:

« Among ordinary Canadians, who at this time are daily inundated with political rhetoric about the rampant rate of street crime generally, there is very little hesitation to cooperate when police arrive to conduct interviews and obtain statements.

For the defence, on the other hand, there is often resistance and reluctance, since, in the eyes of many persons, defence counsel and anyone assisting defence counsel are slightly more palatable than the accused himself. Canadians do not, in general, seem to give the presumption of innocence and concepts of fairness for the accused person a great deal of thought when they are asked to cooperate with investigatory efforts on behalf of the defence. Attempts by the defence counsel to locate witnesses and obtain statements from them are more often than not met with reluctance to "become involved". Such attitude can become more hostile than this if it is felt that the defence's efforts are aimed at trying to "get the guilty guy off". ».

C. B. DAVISON, « Putting Ghosts to Rest: A Reply to the Modest Proposal for Defence Disclosure of Tanovich and Crocker », 43 *C.R.* (4<sup>th</sup>) 105, p. 118.

Si une enquête préliminaire est tenue, il est encore fort possible que la défense ait de la difficulté à évaluer avec justesse la force probante de l'ensemble de la preuve à charge. En effet, le procureur de la Couronne n'est pas obligé de faire entendre tous ses témoins puisqu'il doit seulement persuader le juge qui préside l'enquête qu'il existe suffisamment de preuves pour justifier la tenue d'un procès. Comme le dit le juge Beauchemin: « La poursuite n'est pas tenue au stade de l'enquête préliminaire de présenter toute sa preuve. Elle peut présenter seulement une preuve *prima facie* des éléments essentiels de l'infraction. ». Michel BEAUCHEMIN, « Les procédures précédant le procès en matière criminelle », dans *Droit pénal - procédure et preuve*, Coll. de Droit, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1995-1996, 51. À cet effet, d'autres auteurs écrivent: « Aussi, afin d'évaluer la suffisance de la preuve, le juge doit donc se limiter à constater l'existence des éléments de preuve relatifs à tous les éléments de l'infraction, sans toutefois évaluer la crédibilité ou la fiabilité des témoins [...]. ». P. BÉLIVEAU, B. LETENDRE et M. VAUCLAIR, *op. cit.*, note 83, p. 282. Dans ces circonstances, c'est un panorama partiel qui risque d'être présenté à l'accusé et il sera donc ardu d'évaluer la valeur de la totalité de la preuve de la Couronne.



condamnation.

Cela est d'autant plus vrai que l'on peut demeurer perplexe quant à la crédibilité qui serait accordée à un tel moyen de défense. Puisque les crimes violents sont rarement commis au su et vu de tous, on peut croire qu'il se trouvera peu de témoins pour appuyer les prétentions du défendeur. De plus, comme la victime est, dans la présente hypothèse, dans l'impossibilité de témoigner en raison de son décès<sup>245</sup>, il n'est peut-être pas farfelu de croire que la défense ne serait pas sérieusement considérée. Dans le pire des cas, même un innocent pourrait alors être déclaré coupable.

En définitive, on comprend en quoi l'obligation de divulgation imposée à la partie défenderesse peut entraîner la mobilisation de l'accusé contre lui-même. Toutefois, en raisonnant par analogie, on peut penser que l'arrêt *P. (M.B.)* empêche l'accusé d'être contraint à la divulgation de sa preuve et de sa défense, d'autant plus que le degré de contrainte dont il est question dans cet arrêt n'est absolument pas comparable à celui auquel aurait à faire face un accusé assujéti à un régime de divulgation forcée. Dans *P. (M.B.)*, à aucun moment l'accusé n'a été obligé, par une règle de droit, de présenter son alibi au juge des faits. Évidemment, il l'a fait pour éviter une condamnation devant une preuve qui paraissait concluante, mais cela n'est pas une contrainte en soi. Tous acceptent le fait qu'un accusé doit répondre à la preuve présentée contre lui ou accepter d'être déclaré coupable face à une preuve qui, en dehors de démentis, mène à une conclusion hors de tout doute raisonnable de responsabilité criminelle. La présomption d'innocence ne commande rien d'autre<sup>246</sup>. Malgré tout, la Cour a estimé que la réouverture de la

---

<sup>245</sup> L'impossibilité à témoigner pourrait aussi se présenter dans le cas d'un crime de voies de fait graves, où la victime repose dans un état comateux par exemple.

<sup>246</sup> Voir *R. c. François*, précité, note 235; *R. c. Lepage*, précité, note 235; *R. c. Noble*, précité, note 235, *R. v. Ruiz* (1991), 68 C.C.C. (3d) 500 (C.A.O.), *R. c. Freitas*, [1993] 3 R.C.S. 649 et *R. v. Brogan (T.R.)* (1993), 122 N.S.R. 361 (N.-S. C.A.). À la page 927 de *Noble*, le juge Sopinka, écrivant au nom d'une majorité de juges, tenait les propos suivants en ce qui concerne le droit de l'accusé de ne pas témoigner à son procès:

« Comme il a été exposé précédemment, le silence n'est pas un élément de preuve inculpatoire, mais il n'est pas non plus exculpatoire. En conséquence, comme dans *Lepage*, si le juge des faits est convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé, il peut considérer que le silence de celui-ci confirme sa culpabilité. Le silence peut indiquer, par exemple, qu'aucun élément de preuve n'étaye les explications conjecturales données par l'avocat de la défense au sujet de la preuve du ministère public, ou encore que l'accusé n'a présenté

preuve à charge avait clairement contraint l'accusé à seconder le ministère public dans l'établissement de sa culpabilité, ce qui porte atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination. Ainsi, l'accusé qui serait légalement obligé de communiquer au ministère public ses éléments de preuve de même que ses moyens de défense devrait pouvoir, *a fortiori*, se retrancher derrière *P. (M.B.)* et le principe interdisant l'auto-incrimination afin de ne pas être assujéti à ladite obligation.

Cependant, tenir pour acquis que l'arrêt *P. (M.B.)* empêche nécessairement l'instauration, dans le système canadien de procédure criminelle, de mesures imposant la divulgation par la défense amène deux difficultés importantes. Premièrement, *P. (M.B.)* a été décidé dans le cadre des procédures judiciaires formelles où le principe interdisant l'auto-incrimination est respecté de façon plus scrupuleuse qu'à l'étape des procédures "déjudiciarisées"; étape où la divulgation par la défense aurait sûrement lieu.

Deuxièmement, la décision de la Cour dans *P. (M.B.)* est inconciliable avec l'état du droit canadien concernant la défense d'alibi<sup>247</sup>. Tel qu'expliqué<sup>248</sup>, celle-ci doit être

---

aucun élément de preuve forçant le ministère public à réfuter une défense affirmative. Dans ce sens restreint, le silence peut être utilisé par le juge des faits. »

Et à la page 926:

« Si la totalité de la preuve permet de conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable, le silence de l'accusé prive simplement le tribunal de "motifs de tirer une autre conclusion". ».

À ce sujet, on peut aussi lire: Patrick HEALY, « Risk Obligation and the Consequences of Silence at Trial », (1997) 2 *Can Crim L. R.*, 385.

<sup>247</sup> Certains pourraient affirmer qu'il n'existe aucune incompatibilité entre l'affaire *P. (M.B.)* et la règle portant sur la communication de l'alibi puisque *P. (M.B.)* met en jeu des principes constitutionnels alors que la règle concernant la communication de l'alibi n'est qu'une règle de *common law* qui doit céder le pas aux dits principes constitutionnels. Toutefois, certains *obiter dictas* laissent croire que la règle concernant la communication de l'alibi est tout à fait conforme, dans l'état où elle est, aux exigences constitutionnelles. Dans *R. c. Cleghorn*, précité, note 5, plusieurs passages laissent croire ce fait. Aux pages 190-191, les juges Major et Sopinka affirmaient ceci, au regard du droit au silence en tant que principe de justice fondamentale prévu à l'article 7 de la *Charte* et de la règle relative à la communication de l'alibi:

« En raison du risque que la preuve de l'alibi soit fabriquée, il faut pouvoir tirer une conclusion défavorable à cet égard lorsque la défense d'alibi n'est pas communiquée suffisamment tôt pour en permettre la vérification. Il faut néanmoins se rappeler que l'exigence de communiquer la défense d'alibi au ministère public avant le procès est une exception au droit de garder le silence: *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, à la p. 578, le juge en chef Lamer, *R. c. S.(R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, à la p. 516, le juge Iacobucci. Dans *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, à la p. 1316, le juge Cory a conclu que le droit d'un

communiquée aux autorités suffisamment tôt avant la tenue du procès pour qu'elle puisse être investiguée par les poursuivants. Autrement, le juge des faits peut tirer une conclusion défavorable concernant la valeur probante de l'alibi. Dans *P. (M.B.)*, si l'accusé avait divulgué son alibi avant les auditions, la Couronne se serait inévitablement aperçue de la faiblesse de sa preuve et en aurait rectifié la teneur en se servant des informations provenant du prévenu. Cela irait clairement à l'encontre de la décision rendue par la majorité dans *P. (M.B.)*, mais ce serait néanmoins conforme aux prononcés judiciaires relatifs à la communication préalable de la défense d'alibi.

Dans ces circonstances, il ne faut donc pas croire que la *ratio* de l'affaire *P. (M.B.)* soit décisive. Même si le principe interdisant l'auto-incrimination forcée semble avoir incontestablement établi son règne au stade des procédures judiciaires formelles dirigées contre l'accusé, il importe de poursuivre l'étude de la place qu'il occupe, par rapport à celle occupée par la recherche de la vérité, lors des procédures "déjudiciarisées" et lors des procédures formelles qui ne sont pas dirigées contre l'individu appelé à témoigner. On constatera alors qu'il n'y est plus question de l'hégémonie du principe

---

accusé de garder le silence avant le procès est un principe fondamental de notre système juridique qui relève de l'art. 7 de la *Charte*. ».

Plus loin, ils écrivaient:

« Le respect du droit de l'accusé de garder le silence au stade de l'enquête a nécessité certains changements à la règle relative à la communication d'un alibi, formulée pour la première fois par notre Cour dans *Russell*, précité. Ainsi que je l'ai signalé au début de mon analyse, il convient aujourd'hui d'exiger que l'alibi soit signalé suffisamment tôt pour en permettre la vérification par la police et non pas qu'il soit communiqué le plus tôt possible ou que cette communication revête une forme particulière. ».

Ce sont toutefois les propos tenus par le juge en Chef Lamer et les juges Iacobucci et Gonthier qui sont les plus déterminants. Ils écrivent, à la page 180:

« Encore une fois, comme l'a indiqué mon collègue, l'évolution de la règle depuis son élaboration dans l'arrêt *Russell* montre qu'elle a été adaptée afin de la rendre conforme aux normes de la *Charte*. Pour cette raison, la communication sera suffisante si elle permet à la poursuite et à la police de vérifier la preuve de l'alibi avant le procès. ».

Si la règle de la communication de l'alibi respecte pleinement les exigences constitutionnelles, on n'est pas en droit de conclure qu'elle est subordonnée aux principes qui sont en jeu dans l'arrêt *P. (M.B.)*. Dans cette optique, il faut reconnaître que la règle de la communication de l'alibi et la décision rendue dans l'affaire *P. (M.B.)* sont contradictoires.

<sup>248</sup> *Supra*, p. 2.

interdisant l'auto-incrimination forcée et que l'incompatibilité apparente entre la divulgation par la défense et le système canadien de procédure criminelle s'estompe progressivement.

***Sous-section 3. Les procédures judiciaires formelles qui ne sont pas dirigées contre l'individu appelé à témoigner***

À l'étape des procédures judiciaires formelles qui ne sont pas dirigées contre l'individu appelé à témoigner, la protection contre l'auto-incrimination forcée se traduit par le *privilège* interdisant l'auto-incrimination, lequel est prévu aux articles 13 et 7 de la *Charte*. On constatera néanmoins que la place occupée par le principe interdisant l'auto-incrimination forcée est, comparativement à ce qui en est à l'étape des procédures judiciaires formelles dirigées contre l'accusé, relativement restreinte en raison du fait que ce principe se trouve en tension constante avec un autre principe, soit la nécessité de se doter de moyens efficaces de rechercher la vérité.

**a) Le privilège interdisant l'auto-incrimination**

**(1) L'article 13 de la Charte**

Cette disposition se lit ainsi:

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

L'article 13 de la *Charte* reprend essentiellement la protection offerte par le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>249</sup>, quoiqu'il n'impose plus au témoin de la revendiquer expressément. La protection s'applique désormais *de facto*<sup>250</sup>.

Cependant, cela ne révèle pas toutes les facettes de cette garantie juridique. En fait, on peut se questionner sur le but de cette disposition, sur l'identité des bénéficiaires, sur le sens à attribuer aux mots "d'autres procédures" et sur la portée de l'expression "utilisé pour l'incriminer". Pour obtenir réponses à ces questions, il faut d'abord rappeler

---

<sup>249</sup> Précitée, note 16.

<sup>250</sup> *Dubois c. La Reine*, précité, note 211, 360.

la décision rendue dans *Dubois c. La Reine*<sup>251</sup>.

Dans cette affaire, Dubois fut accusé de meurtre au second degré, il témoigna pour sa défense mais il fut reconnu coupable à l'issue du procès. En appel, il obtint gain de cause sur des considérations qui sont étrangères à notre propos et la Cour ordonna la tenue d'un nouveau procès. Lors de cette seconde audition, le ministère public fit lecture, dans le cadre de la présentation de sa preuve à charge, du témoignage rendu par Dubois au cours du premier procès. Malgré l'objection de l'avocat de la défense fondée sur l'article 13 de la *Charte*, le juge du procès permit à la Couronne de déposer en preuve ledit témoignage et Dubois fut trouvé coupable une seconde fois.

Le pourvoi qui fut soumis à la Cour suprême du Canada visait à déterminer si, dans le cadre d'un nouveau procès concernant la même infraction, la Couronne peut mettre en preuve, à titre de preuve principale, le témoignage fourni par l'accusé durant le premier procès. Au nom de la majorité des juges ayant entendu l'appel, le juge en chef Lamer décida qu'un tel procédé ne respecte pas les exigences de l'article 13 de la *Charte*.

Pour parvenir à cette décision, le magistrat a abordé l'analyse de l'article 13 en fonction de ses buts et de son objet, affirmant qu'il offre une protection très circonscrite contre l'auto-incrimination, laquelle doit être interprétée par rapport aux alinéas 11 c) et 11 d) de la *Charte*<sup>252</sup>. Pour la Cour, l'article 13 a pour objectif d'empêcher le ministère public de faire indirectement ce que l'article 11 c) ne lui permet pas de faire directement, c'est-à-dire contraindre l'accusé à venir témoigner au procès, dans le but de contourner le principe de la *preuve complète*<sup>253</sup>. Puisque l'article 11 c) empêche la Couronne d'obliger

---

<sup>251</sup> *Id.*

<sup>252</sup> *Id.*, 356.

<sup>253</sup> Le juge Lamer écrivait, à la page 358:

« Comme tel, le principe de l'obligation de présenter une "preuve complète" est commun aux al. 11 c), d) et à l'art. 13. Dans le contexte de l'al. 11 c) et de l'art. 13, il signifie précisément que l'accusé jouit de "l'avantage initial du droit au silence" [...] et de son corollaire, la protection contre l'auto-incrimination. [...]

Par conséquent, l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des alinéas 11 c) et d), est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11 c) interdit. ».

l'accusé à venir à la barre des témoins dans le cadre de la présentation de sa preuve à charge, on comprendra aisément que si le ministère public pouvait déposer en preuve principale la transcription d'un témoignage fourni par l'accusé dans une procédure antérieure, il pourrait indirectement faire témoigner cet accusé au soutien de sa preuve à charge. Le juge Lamer tenait donc les propos suivants:

« Je ne vois pas comment le témoignage donné par l'accusé pour réfuter la preuve soumise au premier procès pourrait, sans contrevenir à l'al. 11 d), et [...] à l'al. 11 c), faire partie de la preuve présentée par la poursuite contre l'accusé au second procès. En effet, l'accusé serait alors *forcé* d'aider la poursuite à s'acquitter du fardeau de *présenter une preuve complète* et en conséquence privé de son droit de se taire jusqu'à ce que la preuve ait été faite.

Permettre à la poursuite d'utiliser, dans le cadre de sa preuve principale, le témoignage antérieur de l'accusé aurait comme conséquence de lui permettre de faire indirectement ce qui lui est interdit de faire directement en vertu de l'al. 11 c), c.-à.-d. contraindre l'accusé de témoigner. »<sup>254</sup>.

Puisque l'on connaît désormais l'objectif de l'article 13, il faut déterminer qui en sont les bénéficiaires. À ce propos, il n'est pas nécessaire d'étudier longuement la jurisprudence. La Cour a été claire dans l'arrêt *Dubois*. La protection offerte par cette disposition s'applique à tout individu qui a fourni un témoignage lors de procédures antérieures à celle où l'on veut utiliser la déposition à des fins incriminantes. Ainsi, elle s'applique premièrement à tous les témoins qui ont été contraints de déposer sous serment dans une procédure judiciaire, et elle s'applique aussi aux accusés qui, lors de procédures antérieures dirigées contre eux, ont volontairement choisi de témoigner pour leur défense. Dans tous ces cas, le témoignage incriminant ne peut faire partie de la preuve principale de la poursuite<sup>255</sup>.

Le sens à attribuer à l'expression "autres procédures" n'est pas aussi facile à déterminer. Tel que je l'ai déjà expliqué, le privilège de non-incrimination prévu par la

---

<sup>254</sup> *Id.*, 365.

<sup>255</sup> *Id.*, 361.

*common law* s'applique directement dans les procédures où le témoignage est fourni. En fait, le témoin peut s'abstenir de répondre à une question dont la réponse pourrait tendre à l'incriminer. Cependant, à l'instar de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, l'article 13 de la *Charte* a aboli ce privilège. Le témoin doit répondre à toutes les questions qui lui sont posées, mais les réponses fournies ne pourront être utilisées pour l'incriminer lors de procédures ultérieures. Ce faisant, l'article 13 a « déplacé le point focal de la protection contre l'auto-incrimination des procédures dans lesquelles le témoignage est donné aux procédures subséquentes dans lesquelles le témoin est devenu l'accusé. »<sup>256</sup>. Voilà pourquoi il importe de connaître la signification de la locution « autres procédures ».

Depuis l'affaire *Dubois*, on sait que le second procès constitue une autre procédure par rapport au premier procès portant sur la même question<sup>257</sup>. Aussi, comme on peut légitimement imaginer que c'est uniquement au cours d'un procès que la Couronne voudra utiliser le témoignage livré antérieurement, il semble évident que l'expression « autres procédures » fait principalement référence à un procès. Dans ce contexte, la question qui s'impose d'emblée est la suivante: par rapport à quoi le procès est-il une « autre procédure »? Si, pour les fins de la présente étude, le fait de savoir que le procès est une autre procédure au regard des incidents qui peuvent survenir durant celui-ci<sup>258</sup> présente peu d'intérêt, il en va tout autrement des autres procédures qui ont lieu avant le procès.

En ce qui a trait aux interrogatoires policiers, l'article 13 n'offre aucune protection. Premièrement, la disposition emploie le mot *témoignage*, ce qui fait au moins référence à une procédure judiciaire, quelle qu'elle soit. Deuxièmement, l'expression « d'autres procédures » laisse entendre que le témoignage a été donné dans le cadre d'une *procédure* et non dans le cadre d'un interrogatoire policier, ce qui n'a jamais été perçu comme une procédure dans le sens que l'on prête normalement à cette expression. Au

---

<sup>256</sup> *Id.*, 362.

<sup>257</sup> *Id.*, 366: « Un nouveau procès ordonné par une Cour d'appel, pour la même infraction ou une infraction comprise, est en conséquence une « autre procédure » au sens de l'art. 13. ».

<sup>258</sup> Dans *R. v. Tarafa* (1989), 53 C.C.C. (3d) 472, la Cour supérieure du Québec a jugé que le procès constitue une autre procédure par rapport aux voir-dires qui sont tenus dans le cadre de ce procès. Au même effet, voir: *R. v. Lee* (1996), 36 C.R.R. (2d) 162 (Gen. Div.).

reste, la jurisprudence confirme cette interprétation de l'article 13 de la *Charte*<sup>259</sup>.

Par contre, la question peut paraître moins évidente au regard des enquêtes préliminaires. D'abord, la Cour suprême a laissé entendre, dans *Dubois*, que le procès pourrait être considéré comme une autre procédure par rapport à l'enquête préliminaire<sup>260</sup>. Pour sa part, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan est arrivée à une conclusion identique dans *R. c. Lucas*<sup>261</sup>. Toutefois, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé, dans *R. c. Yakeleya*<sup>262</sup>, que le procès ne constitue pas une autre procédure par rapport à l'enquête préliminaire. Conséquemment, elle a jugé que l'accusé ne peut invoquer l'article 13 de la *Charte* afin de faire exclure du procès la déposition qu'il a rendue à son enquête préliminaire.

Dans cette affaire, l'accusé a témoigné lors de l'enquête préliminaire et au procès, mais il a présenté des versions contradictoires des événements en litige. Le Tribunal a donc permis au procureur de la Couronne de déposer en preuve la transcription du témoignage de l'accusé rendu lors de l'enquête préliminaire et il lui a aussi permis de

---

<sup>259</sup> Dans *R. c. Hicks* (1988), 42 C.C.C. (3d) 394, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que l'article 13 de la *Charte* ne peut recevoir application en ce qui concerne les confessions faites aux policiers.

De même, Jacques Fortin écrivait: « L'article 13 de la Charte limite le privilège de non-incrimination au témoin dans une procédure. Cette formule marque sans doute l'intention du législateur de ne pas étendre le privilège aux incidents préjudiciaires ou extrajudiciaires de l'enquête criminelle. ». J. FORTIN, *op. cit.*, note 83, p. 122.

<sup>260</sup> *Dubois c. La Reine*, précité, note 211, 366. À titre d'*obiter dictum*, le juge en chef Lamer a formulé l'opinion suivante:

« Certaines craintes ont été exprimées quant aux conséquences logiques de ce raisonnement sur l'admissibilité au procès du témoignage donné à l'enquête préliminaire par un prévenu en vertu de l'art. 469 du *Code criminel*. Cette question n'est pas soulevée en l'espèce. Cependant même en tenant pour acquis, sans toutefois en décider, qu'une enquête préliminaire constitue une "autre procédure", la question se poserait alors de savoir si l'art. 469 constitue, en vertu de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable aux protections accordées par l'art. 13. ».

<sup>261</sup> *R. v. Lucas* (1995), 97 C.C.C. (3d) 89, (Q.B.). À la page 93 du jugement: « A retrial of the same offence falls within the meaning of the words any other proceedings within s. 13. A logical extension of this is the preliminary inquiry arising from the same offence, which in my view, falls within the meaning of the words any other proceedings under s. 13 of the Charter. The use of an accused's testimony from a preliminary inquiry on his trial for the purpose of incriminating him is a violation of s. 13 of the Charter. To hold otherwise would negate the right given to an accused under s. 541(1) to say anything in answer to the charge at his preliminary inquiry. ». Ces propos constituent la *ratio decidendi*, contrairement à ceux de l'arrêt *Dubois* concernant l'article 13 et l'enquête préliminaire.

<sup>262</sup> (1985), 20 C.C.C. (3d) 193.



contre-interroger l'inculpé, lors de son témoignage au procès, à propos de sa déposition faite lors de l'enquête préliminaire<sup>263</sup>. Même si l'avocat de Yakeleya s'est opposé à cette façon de procéder, arguant qu'elle violait l'article 13 de la *Charte*, la Cour d'appel a décidé à l'unanimité que le procès n'est pas une autre procédure par rapport à l'enquête préliminaire<sup>264</sup>. Les éléments ayant motivé la décision des juges se retrouvent dans ce passage:

« The search for truth is not, of course, an absolute value in a criminal trial and must sometimes yield to other values recognized by the criminal justice system, [...]. It would, however, be anomalous, in our view, if an accused could testify under oath as a witness at his preliminary hearing in respect of the charge against him, in order to exculpate himself from the charge and upon ascertaining that his first story did not fit the facts, could then tell a different story under oath at his trial, and rely on s. 13 of the Charter to insulate his first story from exposure at his trial. This would mean that the jury would be required to try an artificial case rather than the real case. »<sup>265</sup>.

L'idée qui ressort de ces motifs est la suivante: l'article 13 ne doit pas permettre à un accusé de présenter des versions différentes et inconciliables, tout en empêchant le poursuivant de soumettre ces contradictions au juge des faits. Pour parvenir à ce résultat, la Cour d'appel de l'Ontario n'avait pas à restreindre indûment la portée de l'expression "autres procédures". Il lui suffisait de circonscrire la signification de la formule "utilisé pour l'incriminer".

À ce titre, la Cour suprême du Canada a affirmé, dans l'arrêt *Dubois*, que toute preuve soumise au juge des faits dans le cadre de la preuve principale de la Couronne est une preuve qui est utilisée pour incriminer l'accusé, de sorte qu'elle est inadmissible si

---

<sup>263</sup> *Id.*, 194-195. Pour affirmer cela, je me fonde entièrement sur ce qui est rapporté du jugement de la Cour d'appel: « The trial judge permitted Crown counsel *during the Crown's case* to read the appellant's testimony at the preliminary hearing to the jury and permitted Crown counsel to cross-examine the appellant thereon *when he testified at trial*. » (mes italiques).

<sup>264</sup> *Id.*, 195: « We are all of the view that the appellant's trial did not constitute "other proceedings" in relation to the appellant's preliminary hearing on the same charge. The preliminary hearing and the trial on the same charges, are part of the same proceedings: see *R. Sophonow* (1984), 12 C.C.C. (3d) 272 [...]. ».

<sup>265</sup> *Id.*, 195.

elle répond aux autres conditions prévues à l'article 13<sup>266</sup>. Par ailleurs, le plus haut tribunal du pays ne s'était pas prononcé sur l'utilisation d'un témoignage antérieur afin de contre-interroger l'accusé qui choisit de témoigner à son procès.

Peu de temps après la publication de l'arrêt *Dubois*, la Cour suprême a jugé, dans l'affaire *R. c. Mannion*<sup>267</sup>, qu'il y a atteinte à l'article 13 de la *Charte* lorsque l'accusé qui témoigne est contre-interrogé au moyen d'une déposition contradictoire fournie par lui au cours d'un procès antérieur portant sur la même question. Quelques années plus tard, la Cour a toutefois causé une grande surprise en concluant tout à fait à l'opposé dans *R. c. Kuldip*<sup>268</sup>. Cette apparente contradiction s'explique néanmoins. Selon *Mannion* et *Kuldip*, le fait de contre-interroger un accusé sur sa déposition antérieure n'est pas, en soi, interdit par l'article 13. Cette disposition prohibe le contre-interrogatoire qui a pour objectif d'incriminer le prévenu<sup>269</sup>, tandis que celui qui a pour unique dessein d'attaquer la crédibilité de l'accusé n'est pas défendu<sup>270</sup>.

Pour plusieurs, la majorité des questions posées lors du contre-interrogatoire d'un accusé ne sauraient être clairement cloisonnées. Il n'y a pas de questions spécifiquement destinées à incriminer et d'autres, particulièrement destinées à diminuer la crédibilité. Les deux objectifs sont presque toujours indistinctement présents<sup>271</sup>. Qui plus est, d'aucuns

---

<sup>266</sup> *Dubois c. La Reine*, précité, note 251, 364-365: « Je suis également d'avis que tout témoignage que la poursuite soumet dans le cadre de sa preuve à charge est, pour les fins de l'art. 13, un témoignage incriminant. La poursuite soumet des témoignages pour étayer sa preuve et obtenir une déclaration de culpabilité; c'est elle qui sait ce qui est incriminant. En un sens, on pourrait dire que la poursuite n'est pas admise à soutenir que le témoignage qu'elle présente à cette fin n'est pas incriminant. ».

<sup>267</sup> *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272.

<sup>268</sup> *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618. Cela faisait dire au professeur Hogg: « *R. v. Kuldip* [...] appeared at first glance to be on all fours with *R. v. Mannion*. ». P. W. HOGG, *op. cit.*, note 210, p. 1143.

<sup>269</sup> *R. c. Mannion*, précité, note 267, 280.

<sup>270</sup> *R. c. Kuldip*, précité, note 268, 636: « Donc, [...] je serais porté à conclure, à ce moment-ci, que l'art. 13 n'interdit pas l'emploi d'un témoignage antérieur au cours d'un contre-interrogatoire subséquent, si ce dernier a pour seul but d'attaquer la crédibilité d'un accusé qui a choisi de témoigner lors de procédures subséquentes. ».

D'autres décisions abondent dans le même sens. Voir par exemple: *R. v. Langille* (1986), 73 N.S.R. (2d) 262, où la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a décidé que le contre-interrogatoire d'un accusé à l'aide d'un affidavit produit par lui lors de procédures de faillites antérieures au procès ne viole pas l'article 13 de la *Charte*, si cela n'a pas pour but d'incriminer le témoin et si la Couronne a déjà présenté une preuve complète sans l'aide du témoin. Voir aussi: *R. v. Dhaliwal* (1990), 60 C.C.C. (3d) 302 (B.-C. C.A.); *R. c. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12 (Sask. C.A.).

<sup>271</sup> P. W. HOGG, *op. cit.*, note 210, p. 1143. D'ailleurs, dans l'affaire *Kuldip*, les juges Wilson, La

estiment que dans la mesure où le ministère public cherche à attaquer la crédibilité d'un accusé qui témoigne, c'est en définitive parce qu'il croit que cela est nécessaire pour amener le juge des faits à prononcer un verdict de culpabilité, donc pour incriminer l'accusé, au sens large. Pourtant, il y a lieu de distinguer l'arrêt *Mannion* de l'arrêt *Kuldip* au moyen du principe de la *preuve complète*.

Mannion a été accusé de viol et, selon les faits relatés, le crime semble avoir été commis le 23 octobre 1980. Peu après cette date, l'accusé a appris que le détective Peters désirait le rencontrer à propos d'une enquête qu'il menait à son sujet. Il a donc téléphoné au détective et il a quitté la ville promptement par la suite. Au cours de son procès, Mannion a reconnu avoir communiqué avec Peters, avant l'institution des procédures, et il a affirmé sous serment que le détective lui avait demandé un entretien à propos d'une affaire de viol.

Au cours du second procès, Mannion s'est présenté à la barre des témoins mais il a offert un témoignage différent de celui qu'il avait précédemment fourni. Il a soutenu que Peters lui avait demandé de venir au poste de police, sans avoir fourni de raison précise, lui disant seulement qu'il s'agissait d'une affaire grave. Mannion a ajouté qu'il ne s'est pas présenté au poste de police et qu'il a rapidement quitté la ville car il croyait avoir manqué à ses obligations d'informateur de police, au regard d'une autre affaire et il avait, pour cette raison, peur du détective.

Au second procès, la thèse du ministère public consistait à démontrer la conscience coupable. Il s'agissait de prouver que le départ précipité de Mannion était uniquement dû au fait qu'il se savait recherché pour la commission d'un viol, sans en avoir été avisé par les agents de la paix. Pour y parvenir, il fallait d'abord que l'agent Peters affirme ne pas avoir prévenu l'accusé de l'objet de l'enquête<sup>272</sup> et il fallait ensuite démontrer que Mannion savait qu'il était recherché pour une affaire de viol, et qu'il était parti vers Vancouver pour cette raison. Ainsi, en présentant le premier témoignage en

---

Forest et L'Heureux-Dubé sont dissidents et ils ne font qu'adhérer aux motifs du juge Martin en Cour d'appel ((1988), 40 C.C.C. (3d) 11) où il soutient, à la page 23: « [It is] difficult to draw a clear line between cross-examination on the accused's prior testimony for the purpose of incriminating him and such cross-examination for the purpose of impeaching his credibility. ».

<sup>272</sup> Au cours du deuxième procès, le détective Peters a effectivement prétendu ne jamais avoir dit à Mannion qu'il le recherchait pour une affaire de viol. *R. c. Mannion*, précité, note 267, 277.

contre-interrogatoire, on peut croire que le ministère public cherchait en fait à compléter sa preuve de conscience coupable, violant de ce fait le principe de la *preuve complète*. Le poursuivant se servait du témoignage antérieur à titre de preuve à portée testimoniale, c'est-à-dire pour faire preuve de son contenu, pour prouver que Mannion savait qu'il était recherché en raison de la perpétration d'un viol. Autrement, la preuve de conscience coupable ne pouvait être faite<sup>273</sup>.

Le cas *Kuldip* était différent. Le ministère public avait déjà présenté une *preuve complète* et le fait de contre-interroger l'accusé n'avait pour objectif que de neutraliser son témoignage. La Couronne ne cherchait pas à compléter sa preuve à charge<sup>274</sup>. C'est dans ce contexte que le juge Lamer écrivait: « [i]nterpréter l'art. 13 de façon à protéger l'accusé contre un contre-interrogatoire portant sur ses déclarations antérieures incompatibles aux seules fins d'attaquer sa crédibilité équivaldrait, [...] à trop "fausser la donne" en faveur de l'accusé. »<sup>275</sup>. Ainsi, l'accusé qui choisit de témoigner doit se porter garant de sa crédibilité au même titre que tout autre témoin.

En effectuant un bref retour en arrière et en reconsidérant l'affaire *Yakeleya*, on comprend comment on aurait pu arriver au résultat escompté par les juges qui ont entendu le pourvoi sans restreindre indûment l'application de l'article 13 de la *Charte*. Si

---

<sup>273</sup> *Id.*, 277:

« Il semble évident qu'en présentant ce témoignage en contre-interrogatoire le ministère public cherchait à établir que, avant que la police ne lui ait dit qu'il y avait une enquête relative à une accusation de viol, l'intimé savait ce qui se préparait et est parti pour Vancouver. »

Et plus loin, à la page 280:

« Le ministère public a soutenu dans chaque procès que Mannion savait qu'il était question d'un viol avant que la police ne le lui ait dit et que son départ précipité d'Edmonton lorsqu'il a appris que la police voulait le voir révélait un sentiment de culpabilité. Il est alors évident que le but du contre-interrogatoire, qui a révélé les déclarations incompatibles, était d'incriminer l'intimé. Le ministère public s'est fondé sur ce témoignage pour établir la culpabilité de l'accusé. ».

<sup>274</sup> *R. c. Kuldip*, précité, note 268, 634: « À mon avis, l'emploi en contre-interrogatoire d'une déclaration antérieure incompatible tirée d'une procédure précédente en vue d'attaquer la crédibilité de l'accusé n'a pas pour effet d'incriminer cet accusé. La déclaration antérieure *ne sera pas présentée pour faire la preuve de son contenu*, mais bien en vue de révéler une contradiction entre ce que l'accusé affirme maintenant et ce qu'il a dit auparavant. » (mes italiques).

<sup>275</sup> *Id.*, 636. C'est aussi ce qu'a décidé la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *R. c. Langille*, précité, note 270, qui a été étudié et approuvé dans *Kuldip* aux pages 631 à 633.

les affaires *Dubois*, *Mannion* et *Kuldip* avaient été connues de la Cour d'appel de l'Ontario, on peut croire qu'elle aurait appliqué l'article 13, qu'elle aurait empêché la Couronne de déposer en preuve le témoignage antérieur de l'accusé, mais qu'elle aurait permis de contre-interroger ce dernier à propos de son témoignage antérieur. Ceci est d'autant plus vrai que la préoccupation principale de la Cour semblait être le fait que l'accusé puisse impunément présenter des témoignages contradictoires<sup>276</sup>.

En sachant que la décision dans l'affaire *Yakeleya* a été rendue avant la série d'arrêts de la Cour suprême sur l'article 13 de la *Charte* et que depuis, d'autres tribunaux ont affirmé que le procès constitue une autre procédure par rapport à l'enquête préliminaire<sup>277</sup>, j'estime que tel est l'état du droit au Canada.

En ce qui a trait aux autres procédures judiciaires formelles qui peuvent avoir lieu avant le procès d'un accusé, l'article 13 est applicable<sup>278</sup>. D'ailleurs, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a décidé que le procès est une autre procédure par rapport à des procédures de faillite<sup>279</sup> et la Cour supérieure de la Colombie-Britannique a jugé que les déclarations faites par un accusé devant la Commission des libérations conditionnelles ne sont pas admissibles à titre de témoignage au procès subséquent, puisque ce dernier constitue une autre procédure par rapport à l'audience de la Commission<sup>280</sup>.

À la lumière de ces informations, il est évident qu'un individu qui témoignerait dans le cadre d'une procédure judiciaire formelle antérieure à son procès - ce qui inclut l'enquête préliminaire<sup>281</sup> - serait protégé par l'article 13 de la *Charte*. S'il devait, du fait

<sup>276</sup> Voir la citation correspondant à la note infrapaginale numéro 265.

<sup>277</sup> Voir la décision citée à la note infrapaginale numéro 261.

<sup>278</sup> *R. c. S.(R.J.)*, précité, note 12, p508-509.

<sup>279</sup> *R. v. Ross* (1995), 41 C.B.R. (3d) 273, (Man. Q.B.).

<sup>280</sup> *R. c. Carlson* (1985), 14 C.R.R. 4 (C.S. C.-B.).

<sup>281</sup> Par ailleurs, on peut possiblement croire que l'accusé pourrait être contraint de communiquer au ministère public, à la fin de la tenue de l'enquête préliminaire, ses éléments de preuve et son moyen de défense sans que cela ne porte atteinte à l'article 13 de la *Charte* ou aux autres garanties juridiques.

On sait que le but de l'enquête préliminaire consiste à vérifier la suffisance de la preuve possédée par le poursuivant contre un individu, afin que celui-ci ne soit pas tenu de subir un procès inutile. Pour ce faire, le juge qui préside l'enquête doit déterminer s'il existe une preuve *prima facie* de l'infraction reprochée, c'est-à-dire des éléments de preuve appuyant chacun des éléments constitutifs de l'infraction de façon à ce qu'un jury adéquatement instruit en droit puisse trouver l'accusé coupable du crime reproché. Si ce test est rencontré, l'accusé est cité à procès. Or, on se souviendra que dans l'arrêt *P. (M.B.)*, précité, note 12, 579, le principe de la *preuve complète* avait été défini comme étant une preuve *prima facie* non

de son témoignage, révéler un élément de preuve ou la stratégie de défense qu'il compte mettre de l'avant lors de son procès, l'article 13 empêcherait la Couronne de présenter ces renseignements dans le cadre de sa preuve à charge.

---

susceptible d'être écartée par une requête en obtention d'un verdict dirigé d'acquiescement, ce qui équivaut exactement au test de l'enquête préliminaire. Et l'on se rappellera que l'accusé devient contraignable une fois cette *preuve complète* présentée:

« Toutefois, quand le ministère public s'acquiesce de son obligation de présenter une preuve *prima facie* non susceptible d'être écartée par une requête en obtention d'un verdict imposé d'acquiescement, on peut légitimement s'attendre à ce que l'accusé réagisse en témoignant lui-même ou en citant d'autres témoins, et le défaut de le faire peut justifier des conclusions contraires. [...] En d'autres termes, lorsqu'on a présenté une "preuve complète" qui, si on y ajoute foi, entraînerait une déclaration de culpabilité, l'accusé ne peut plus demeurer passif dans le processus accusatoire et devient - dans un sens large - contraignable, c'est-à-dire que l'accusé doit répondre à la preuve présentée contre lui ou courir le risque d'être déclaré coupable. »

Dans cette optique, il faut croire que rien n'empêcherait l'accusé d'être contraint de divulguer ses éléments de preuve et ses moyens de défense à la clôture de l'enquête préliminaire, pourvu que le test de la preuve *prima facie* soit rencontré. Gil D. McKinnon faisait d'ailleurs valoir un argument similaire (Voir la citation de McKinnon dans Suzanne COSTOM, *loc. cit.*, note 47, 86-87.). Suzanne Costom rétorquait toutefois, en s'appuyant sur l'arrêt *P. (M.B.)*, qu'il ne peut être satisfait au principe de la *preuve complète* qu'à la clôture de la présentation de la preuve à charge de la Couronne au procès. Avant ce moment, le poursuivant peut identifier de nouvelles preuves et découvrir de nouveaux aspects de la cause. Par conséquent, obliger l'accusé à communiquer des informations au terme de l'enquête préliminaire violerait, selon cet auteur, le principe de la *preuve complète* puisqu'il se pourrait que le ministère public n'y ait pas présenté la totalité de la preuve qui pourrait être déposée au procès.

Si l'argument de Suzanne Costom présente une certaine logique, il ne tient pas compte du fait que la Cour suprême a défini la *preuve complète* comme une preuve *prima facie*. De plus, il fait abstraction du fait que l'accusé peut parfois être contraint, sans que cela ne porte atteinte aux garanties constitutionnelles, de participer à l'élaboration de la preuve du ministère public, notamment en faisant connaître une défense d'alibi, en fournissant ses empreintes digitales ou des échantillons d'haleine et en faisant des déclarations qui, sans être forcées, ne sont pas absolument et parfaitement libres et volontaires (à ce sujet: voir les sections portant sur le droit à l'avocat et le droit au silence). Conséquemment, l'argument de M<sup>e</sup> Costom ne peut être retenu.

Contraindre l'accusé à communiquer ses éléments de preuve et son moyen de défense à la fin de l'enquête préliminaire - et uniquement dans ce cas - semblerait toutefois aller à l'encontre de l'ensemble du raisonnement du juge Lamer dans l'arrêt *Dubois*. Au premier procès, le ministère public avait vraisemblablement présenté une *preuve complète* avant que Dubois ne vienne témoigner. (Il n'aurait pas été nécessaire qu'il témoigne autrement). Lors du deuxième procès, la preuve du ministère public devait être pratiquement identique à celle présentée au premier procès puisqu'il s'agissait des mêmes faits et de la même accusation, de sorte que la *preuve complète* du ministère public devait forcément être la même ou, du moins, sensiblement la même qu'au premier procès. Du seul point de vue de la logique donc, l'accusé aurait pu être contraignable au second procès car une *preuve complète* concernant la même situation factuelle et la même accusation avait déjà été présentée contre lui, au premier procès. Malgré tout, la Cour suprême a refusé d'admettre la transcription du témoignage, affirmant que ce serait là obliger l'accusé à aider le poursuivant à s'acquiescer du fardeau de présenter une *preuve complète*. De façon analogue, contraindre l'accusé à divulguer ses éléments de preuve et son moyen de défense reviendrait à l'obliger à aider la Couronne à bâtir une preuve à charge. Cela contreviendrait à l'alinéa 11 c) et l'utilisation au procès, à des fins incriminantes, du témoignage de l'accusé, porterait atteinte à l'article 13 de la *Charte*.

Par ailleurs, il est impératif de reconnaître que la couverture offerte par l'article 13 est relativement étroite. D'une part, si le ministère public ne peut déposer en preuve le témoignage rendu antérieurement dans l'optique de faire la preuve de son contenu<sup>282</sup>, il peut, en revanche, s'en servir pour identifier les lacunes qu'affiche sa preuve à charge et y remédier, s'il y a lieu<sup>283</sup>. D'autre part, puisque la protection conférée par l'article 13 se limite à la preuve à portée testimoniale, elle ne couvre pas l'ensemble des preuves découvertes à la suite de la déposition et qui n'en font pas directement partie. À titre d'illustration, le ministère public pourrait présenter, dans le cadre de sa preuve à charge, un témoin dont l'existence a été révélée par l'accusé, ou l'arme du crime dont la cachette a été désignée par l'accusé. Dans ce contexte, il faut reconnaître que le principe interdisant l'auto-incrimination est relativement limité puisque l'individu qui témoigne peut être ainsi contraint d'aider le ministère public à construire sa preuve à charge.

**(2) La protection résiduelle conférée par l'article 7 de la Charte**

C'est en étant conscients de cette réalité que cinq juges de la Cour suprême du Canada ont affirmé, dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada*<sup>284</sup>, que l'article 7 de la *Charte* confère une protection résiduelle et complémentaire à l'article 13 en matière d'auto-incrimination<sup>285</sup>. Cependant, aucun consensus n'a pu être dégagé de l'opinion écrite des magistrats qui ont entendu le pourvoi, concernant la portée à accorder à ladite protection résiduelle.

Il a fallu attendre jusqu'en 1995 pour que des précisions soient apportées par les arrêts *R. c. S.(R.J.)*<sup>286</sup>, *British Columbia Securities Commission c. Branch*<sup>287</sup>, *R. c.*

---

<sup>282</sup> L'article 13 limite sa couverture, tout comme l'alinéa 11 c) de la *Charte*, à la preuve à portée testimoniale. Voir: *Supra*, p. 64 et ss. Dans *Dubois*, précité, note 211, 356, le juge Lamer disait: « L'article 13 correctement interprété indique que la garantie qu'il accorde vise à empêcher l'auto-incrimination par l'utilisation d'un *témoignage* antérieur. » (mes italiques).

<sup>283</sup> Je fais référence à un scénario similaire à celui dont il a été question dans l'arrêt *P. (M.B.)*, précité, note 12.

<sup>284</sup> Précité, note 198. Au même effet que *Thomson Newspapers*, voir: *Stelco Inc. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 617

<sup>285</sup> Précité, note 198, p. 442 (Juge Lamer), p. 470 (Juge Wilson), p. 537 (Juge La Forest), p. 581 (Juge L'Heureux-Dubé), p. 601 (Juge Sopinka).

<sup>286</sup> Précité, note 12.

*Jobin*<sup>288</sup>, *R. c. Primeau*<sup>289</sup> et *Phillips c. Nouvelle-Écosse*<sup>290</sup>. Parmi ces décisions, les plus importantes sont les deux premières. Dans *S.(R.J.)*, le plus haut tribunal du pays devait décider si une personne accusée d'une infraction donnée est un témoin contraignable au procès séparé de son complice accusé de la même infraction. Dans *Branch*, il s'agissait de déterminer si une personne peut être contrainte à témoigner devant une commission d'enquête, malgré qu'elle soit susceptible d'être ultérieurement accusée d'avoir perpétré un acte criminel au moment où sont survenus les événements sous enquête.

Dans l'arrêt *S.(R.J.)*, le juge Iacobucci a déclaré, pour le compte de la majorité, que la contraignabilité des témoins est la règle<sup>291</sup>. Pour le juge, l'individu appelé à déposer en justice doit se présenter à la barre des témoins, même s'il est déjà accusé dans une autre procédure<sup>292</sup>. Néanmoins, la Cour a également reconnu, dans les arrêts *S.(R.J.)* et *Branch*, qu'il peut y avoir des circonstances particulières où le témoin est exempté de l'obligation de rendre témoignage<sup>293</sup>.

Le critère permettant de déterminer si le témoin doit être contraint ou dispensé de rendre témoignage repose sur le but recherché par la demande de témoignage. Lorsque la contrainte à témoigner vise principalement l'atteinte d'une fin publique légitime, la personne assignée doit témoigner. Pour qu'il soit question d'une fin publique légitime, la demande de témoignage ne doit pas avoir pour objet prédominant de soutirer de l'information au témoin, afin de l'incriminer ultérieurement. Plutôt, elle doit essentiellement chercher à réunir des éléments de preuve pertinents au regard de l'objet immédiat des procédures en cause. Dans le cas des enquêtes publiques tenues en vertu de

<sup>287</sup> Précité, note 173.

<sup>288</sup> *R. c. Jobin*, [1995] 2 R.C.S. 78.

<sup>289</sup> *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60.

<sup>290</sup> *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 98. Pour une application des affaires *S. (R.J.)*, *Branch* et *Phillips*, voir *R. c. Crossley* (1995), 15 M.V.R. (3d) 144 (C.A. Qué.).

<sup>291</sup> *R. c. S. (R.J.)*, précité, note 12, 521 et 523. À la page 521, le juge Iacobucci écrivait : « En conséquence, il y a deux aspects du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* qui, peut-on supposer, ont été constitutionnalisés à l'art. 13 de la *Charte*: premièrement, une règle générale de contraignabilité des témoins [...]. ».

<sup>292</sup> *Id.*, 530.

<sup>293</sup> *Id.*, 624. Voir l'opinion du juge Sopinka, à laquelle ont adhéré les juges Lamer, McLachlin, L'Heureux-Dubé et Gonthier. *British Columbia Securities Commission c. Branch*, précité, note 173, p. 16.



lois particulières, cela semble signifier l'obtention d'éléments de preuve qui permettront de faire éclorre la vérité sur un événement donné ou une tragédie passée<sup>294</sup> afin, par exemple, de proposer une série de mesures qui permettront d'éviter qu'elle se produise à nouveau. En ce qui a trait aux procès criminels, la fin publique légitime se traduit par l'obtention de preuves nécessaires pour statuer sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé<sup>295</sup>.

Dans cet ordre d'idées, la Cour suprême a décidé qu'il est conforme aux normes constitutionnelles de contraindre à témoigner, au procès<sup>296</sup> et à l'enquête préliminaire<sup>297</sup> d'un accusé, son complice séparément accusé de la même infraction<sup>298</sup>. Ceci, en autant qu'il n'y ait pas de preuves claires selon lesquelles l'objet principal de la procédure est l'extorsion de renseignements en vue d'incriminer le témoin lors de procédures ultérieures. De toute façon, le fait que le procès ou l'enquête préliminaire soit directement dirigé contre l'accusé a comme résultat de restreindre l'effet d'enquête par rapport au témoin<sup>299</sup>. En somme, la Cour juge que le questionnement du témoin pourrait difficilement avoir pour effet prédominant, en raison des règles de la pertinence, de lui extorquer des renseignements en vue de l'incriminer lors de procédures subséquentes.

Par ailleurs, les juges de la Cour suprême ont reconnu que cette façon de procéder pouvait représenter une entorse au principe de la *preuve complète*. Parce que la protection offerte par l'article 13 de la *Charte* est passablement limitée - on se rappellera qu'elle ne couvre que la preuve à portée testimoniale - il est possible que le ministère public utilise, afin de prouver ultérieurement la culpabilité du témoin, des éléments de preuve qui, sans

---

<sup>294</sup> À titre d'illustration, on peut consulter l'affaire *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, précité, note 290.

<sup>295</sup> *British Columbia Securities Commission c. Branch*, précité, note 173, 15-16.

<sup>296</sup> *R. c. S. (R.J.)*, précité, note 12.

<sup>297</sup> *R. c. Primeau*, précité, note 289.

<sup>298</sup> Il en est de même dans le cas des personnes soupçonnées mais qui ne sont pas accusées: *R. c. Jobin*, précité, note 288.

<sup>299</sup> Le juge Iacobucci écrivait: « [...] je crois qu'il s'ensuit naturellement que, même si le procès de R.J.S. pouvait être considéré comme une enquête par rapport à J.P.M., en tant que témoin, cette enquête est du genre autorisé par notre droit. La recherche de la vérité dans un procès criminel contre un inculpé nommé a une utilité sociale évidente, et l'objectif de recherche de la vérité a pour effet de restreindre efficacement la portée des procédures quant à "l'effet de l'enquête". Les règles de la pertinence empêcheraient l'interrogatoire au hasard de personnes dans le cadre d'un procès criminel. ». *R. c. S. (R.J.)*, précité, note 12, 542.

faire intrinsèquement partie du témoignage rendu, peuvent s'inférer de celui-ci ou être découverts à la suite des indices qui y sont révélés. Conséquemment, les autorités pourraient indirectement contraindre le témoin à participer à la création de la preuve à charge qui permettrait subséquemment de le faire déclarer coupable<sup>300</sup>. Pour prévenir une telle éventualité, la Cour a statué que le témoin doit bénéficier d'une immunité concernant la preuve dérivée du témoignage<sup>301</sup>. C'est donc dire que cette preuve dérivée du témoignage ne pourra faire partie de la preuve à charge de la Couronne.

Pour qu'une preuve soit ainsi qualifiée, il faut toutefois satisfaire à la condition *sine qua non* suivante: la preuve découverte doit découler directement du témoignage rendu<sup>302</sup>. Sera donc considérée comme une preuve dérivée la preuve qui n'aurait pas été obtenue n'eût été ce témoignage, ou celle dont l'importance n'aurait pas été appréciée par les autorités sans le témoignage<sup>303</sup>.

L'exclusion de la preuve n'est cependant pas automatique et elle est assujettie au pouvoir discrétionnaire que détient le juge du procès<sup>304</sup>. En fait, il incombe à celui qui allègue la violation de la *Charte* de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la preuve qu'on veut lui opposer est une preuve dérivée<sup>305</sup>. En pratique, l'accusé doit démontrer l'existence d'un lien entre la preuve que le ministère public veut lui opposer et son témoignage rendu antérieurement. Une fois le lien établi, il appartient à la Couronne de prouver, par prépondérance de preuve, que les éléments de preuves auraient été découverts malgré le témoignage rendu<sup>306</sup>. C'est seulement si le ministère public s'acquitte de ce fardeau qu'il pourra se servir, dans le cadre de sa preuve principale, de

---

<sup>300</sup> *Id.*, 561: « Cette preuve, même si elle n'est pas créée par l'accusé et n'est donc pas auto-incriminante par définition, est néanmoins auto-incriminante du fait qu'autrement elle n'aurait pas pu faire partie de la preuve à charge. Dans cette mesure, il faut protéger le témoin de l'obligation d'aider le ministère public à créer une preuve à charge. ».

<sup>301</sup> *British Columbia Securities Commission c. Branch*, précité, note 173, 13.

<sup>302</sup> *R. c. S. (R.J.)*, précité, note 12, 546. Au même effet, voir l'opinion du Juge Wilson dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada*, précité, note 198, 484.

<sup>303</sup> *R. c. S. (R.J.)*, précité, note 12, 561.

<sup>304</sup> *Id.*, 563.

<sup>305</sup> *Id.*, 565 et *British Columbia Securities Commission c. Branch*, précité, note 173, 13.

<sup>306</sup> *R. c. S. (R.J.)*, précité, note 12, 565; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, précité, note 173, 14.

l'élément de preuve dont il est question.

Dans ce contexte, il faut saisir à quel point l'application du principe interdisant l'auto-incrimination se fait plus timide qu'à l'étape des procédures judiciaires formelles dirigées contre l'accusé. On ne demande pas au ministère public de démontrer sans équivoque que les éléments de preuve auraient effectivement été découverts sans avoir recours au témoignage. Le test est essentiellement conjectural: les éléments de preuve sont admissibles dès que l'on peut croire qu'ils auraient probablement été trouvés sans l'aide du témoignage et ce, peu importe si, dans les faits, c'est le témoignage qui a amené leur découverte par le truchement des indices qu'il a fournis. À cet égard, il est fort à propos de considérer les dires du juge La Forest dans *Thomson Newspapers*. Dans cet arrêt, il déclarait que l'unique façon d'assurer une véritable immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée consiste à imposer au poursuivant un fardeau de preuve plus exigeant, lequel l'obligerait à démontrer que la preuve découverte *ne pouvait pas* provenir du témoignage forcé:

« [...] dans plusieurs cas, il est extrêmement difficile pour la poursuite d'établir que la preuve qu'elle cherche à produire contre un accusé qui a été contraint de témoigner ne constitue pas en fait une preuve dérivée de ce témoignage. *Il faut se rappeler qu'il ne suffirait pas que la poursuite établisse simplement qu'elle aurait pu obtenir la preuve sans le témoignage; cela ne l'empêcherait pas de s'appuyer réellement sur les indices décelés dans le témoignage forcé. Il faut plutôt établir que la preuve a effectivement été découverte indépendamment du témoignage forcé.* À la suite d'une enquête même relativement complexe où plusieurs indices différents et concordants et de simples intuitions ont pu guider les enquêteurs, qu'est-ce qui peut constituer une telle preuve? *La poursuite devrait effectivement s'en remettre à tenter d'établir que la preuve en question ne pouvait être dérivée du témoignage forcé.* »<sup>307</sup>.

---

<sup>307</sup> *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada*, précité, note 198, 557-558 (Souligné dans l'original mais les italiques sont les miens). Il est toutefois à noter que le juge ne retient pas cette solution. À son avis, un tel fardeau serait impossible à rencontrer et il aurait pratiquement pour effet de conférer une immunité totale contre toute poursuite ultérieure:

« En résumé, l'existence d'une condition générale d'immunité contre l'utilisation d'une preuve dérivée signifierait que dans plusieurs cas

Puisque tel n'est pas le fardeau de preuve que l'on impose à la Couronne, il faut alors admettre que celle-ci peut assurément se servir des preuves dont la découverte résulte des indices révélés par le témoignage forcé<sup>308</sup>. Dans les faits, l'accusé peut donc être contraint de fournir les preuves de sa culpabilité au regard d'une infraction donnée.

Par rapport aux propos tenus par le juge La Forest dans l'affaire *Thomson Newspapers*, le test applicable quant au traitement à accorder à la preuve dérivée ne constitue rien de moins qu'un aveu de la Cour suprême selon lequel le principe interdisant l'auto-incrimination n'est pas aussi dominant qu'elle le laisse parfois entendre. D'ailleurs, elle affirmait sans ambages, dans ce qui apparaît comme étant les passages les plus importants de l'arrêt *S. (R.J.)*, que le principe interdisant l'auto-incrimination n'est pas absolu et qu'un équilibre doit être établi entre ce principe et la recherche de la vérité:

« [...] toute règle commandée par le principe interdisant l'auto-incrimination, qui restreint la contraignabilité, *est en*

---

l'exercice du pouvoir de contraindre une personne à témoigner conférerait aux auteurs de méfaits le genre de "sphère d'immunité" qui caractérisait l'immunité à l'égard d'une affaire donnée reconnue antérieurement aux États-Unis [...]. Les responsables de l'application de la loi auraient le choix soit d'obtenir rapidement des renseignements au risque de compromettre des poursuites ultérieures soit de mener des enquêtes plus longues et très détaillées. D'une façon comme de l'autre, les avantages que tire actuellement la collectivité du pouvoir de contraindre une personne à témoigner seraient considérablement restreints. ».

<sup>308</sup> Dans *S. (R.J.)*, précité, note 12, 562, le juge Iacobucci écrivait ceci:

« [...] le critère d'exclusion a été défini comme dépendant de la question de savoir si la preuve aurait pu être obtenue sans le témoignage en question. Je tiens à souligner qu'en employant l'expression "aurait pu" dans ce contexte, je propose d'examiner les probabilités logiques et non les simples possibilités. À un certain point, tous les éléments de preuve qui ont une existence indépendante auraient pu être découverts par les autorités. Toutefois, ce qui importe c'est de savoir si, en pratique, les éléments de preuve auraient pu être découverts. » (souligné dans l'original).

À mon avis, ces propos ne changent rien au fait qu'il s'agit encore et uniquement de *probabilités*, c'est-à-dire de *conjectures*. On ne demande pas au ministère public de démontrer de façon concluante qu'il aurait effectivement trouvé les éléments de preuve sans avoir eu recours au témoignage. On l'exhorte plutôt à établir que les preuves auraient *probablement* été trouvées sans le témoignage. Qui plus est, comme le dit le juge La Forest, les indices de sources différentes et les intuitions des enquêteurs font qu'il sera presque toujours assez facile, en pratique, de démontrer par la prépondérance des probabilités que l'élément de preuve aurait pu être trouvé sans avoir recours au témoignage, même si, dans un cas donné, c'est le témoignage qui a véritablement mis les autorités sur une piste. Il ne faut pas oublier que le contrôle aura lieu à *posteriori* et qu'il sera alors plus aisé de se décharger du fardeau de preuve.

*tension dynamique avec un principe contraire de justice fondamentale, selon lequel le juge des faits devrait disposer des éléments de preuve pertinents dans sa recherche de la vérité. »*<sup>309</sup>.

Plus loin, elle affirmait aussi:

« Alors, dès que l'on accepte que la solution canadienne consiste à conjuguer la contraignabilité avec la protection sous forme d'immunité relative à la preuve dérivée, on ne peut que conclure que le Canada est disposé à permettre *l'établissement d'un équilibre unique* entre les intérêts du particulier et ceux de la société. [...] Je suis d'accord avec l'énoncé suivant du juge La Forest, dans *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 541:

Le droit d'interdire l'utilisation ultérieure d'un témoignage incriminant donné sous l'effet de la contrainte empêche l'individu d'être conscrit contre lui-même tout en permettant simultanément à un enquêteur d'avoir accès aux renseignements pertinents. *Il établit un équilibre juste et convenable entre les intérêts du particulier et ceux de l'État. »*<sup>310</sup>.

---

<sup>309</sup> *R. c. S. (R.J.)*, précité, note 12, 517-518, (mes italiques).

<sup>310</sup> *Id.*, 534, (mes italiques). Il est toutefois intéressant de considérer la totalité des propos du juge La Forest concernant cette question d'équilibre:

« Dans les cas où les renseignements qui sont importants pour l'enquête peuvent facilement être obtenus au moyen de questions posées aux responsables des décisions des pratiques d'entreprises commerciales particulières, le droit absolu de refuser de répondre aux questions constituerait un *déséquilibre dangereux et inutile entre les droits du particulier et l'intérêt légitime qu'a la collectivité à découvrir la vérité* au sujet de l'existence de pratiques contre lesquelles la Loi devrait protéger le public.

Comme je l'ai déjà souligné, notre Cour a déjà dit clairement que l'intérêt de la collectivité est un des facteurs qui doivent être considérés pour déterminer la teneur des principes de justice fondamentale. Le droit d'interdire l'utilisation ultérieure d'un témoignage incriminant donné sous l'effet de la contrainte empêche l'individu d'être conscrit contre lui-même tout en permettant simultanément à un enquêteur d'avoir accès aux renseignements pertinents. *Il établit un équilibre juste et convenable entre les intérêts du particulier et ceux de l'État. »*

*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada*, précité, note 198, 540-541, (mes italiques).

Si la Cour avait réellement voulu conserver la suprématie du principe interdisant l'auto-incrimination, elle aurait opté pour l'une des trois solutions suivantes. Conférer un droit absolu de garder le silence à celui qui est appelé à témoigner, octroyer une immunité contre la preuve dérivée similaire à celle décrite par le juge La Forest dans *Thomson Newspapers* ou accorder une immunité par rapport à toutes poursuites futures dirigées contre le témoin et portant sur les événements en question. Le fait de ne pas avoir emprunté l'une ou l'autre de ces avenues démontre clairement que le plus haut tribunal du pays a jugé qu'il valait mieux doter la société de moyens efficaces pour combattre le crime et rechercher la vérité, même s'il faut pour cela contraindre un inculpé à devenir partiellement l'artisan de sa propre condamnation.

Or, dès l'instant où la recherche de la vérité acquiert le statut de principe de justice fondamentale et que, par un exercice d'équilibrage, il est des circonstances où elle

---

Cette même notion d'*équilibre* est retrouvée dans l'arrêt *Branch*, précité, note 173, 15, lorsqu'il est question de la notion de "fin publique légitime":

« [...] les divers critères proposés en matière de contraignabilité ont ceci de commun que la question cruciale y est de savoir si la demande de témoignage a pour objet prédominant d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre la personne contrainte à témoigner, ou si elle vise une autre fin publique légitime. *Ce critère établit l'équilibre approprié*, d'une part, entre l'intérêt qu'a l'État à obtenir des éléments de preuve pour une fin publique valide et, d'autre part, le droit de garder le silence que possède la personne contrainte à témoigner. »

Peu de temps après les jugements *S. (R.J.)* et *Branch*, la Cour d'appel du Québec a décidé, dans *United States of America v. Ross* (1995), 100 C.C.C. (3d) 320, que le fait d'obliger des individus non accusés à rendre témoignage et à produire des documents à la suite d'une ordonnance d'un juge rendue en vertu de la *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*, R.S.C. 1985, c. 30 (4th supp.) (S.C. 1988, c. 37) ne porte pas atteinte au droit au silence des personnes contraintes. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour d'appel s'est livrée au même exercice d'équilibrage que la Cour suprême du Canada, affirmant que le droit au silence n'est pas absolu, que les principes de justice fondamentale ne doivent pas être hiérarchisés, qu'aucun n'est toujours dominant et que le principe interdisant l'auto-incrimination est en compétition constante avec le principe qui commande que tous les éléments de preuve pertinents soient mis à la disposition des juges qui doivent trancher un litige. Le juge Fish écrivait, à la page 328 du jugement:

« Applying these principles to the present case, I am satisfied that compelling the respondents to give evidence pursuant to the order made by Piché J., at least in its amended form, does not violate their constitutionally protected right to silence.

*The order strikes a commendable balance in safeguarding individual rights and the public interest.* » (Mes italiques).

Sur une question similaire, la même approche a été préconisée par un juge de première instance dans: *United States v. Hrynyk* (1996) 107 C.C.C. (3d) 104. On constate donc que l'exercice d'équilibrage est répandu. Les cours de toutes les instances s'y livrent.

supplante, au niveau de l'importance accordée, le principe interdisant l'auto-incrimination, on peut considérer que la divulgation réciproque n'est pas nécessairement incompatible avec notre système procédural.

J'ai démontré que l'arrêt *P. (M.B.)* permettait de soutenir, par le biais d'un raisonnement analogique, que la divulgation réciproque est contraire aux garanties constitutionnelles. Toutefois, selon *S. (R.J.)*, *Primeau* et *Jobin*, le complice (ou celui qui est soupçonné d'être complice) peut être contraint de rendre témoignage concernant la situation même dans laquelle il est impliqué. Aussi, même si la procédure ne doit pas avoir pour objet prépondérant de faire subir au témoin un interrogatoire similaire aux interrogatoires policiers, et même si la nature des procédures a pour conséquence de restreindre l'effet d'enquête à son sujet<sup>311</sup>, il est évident que tout ce qu'il relatera à propos de l'accusé lui sera également applicable puisqu'il est question de la trame de faits dans laquelle il est lui aussi directement impliqué. Ainsi, on doit reconnaître qu'il y a d'importants risques que la Couronne découvre la stratégie future de défense du témoin<sup>312</sup> de même qu'un certain nombre de preuves, directes et indirectes, qui lui permettront peut-être de construire sa preuve à charge<sup>313</sup>. Si les preuves directes doivent être exclues de la preuve principale de la Couronne en raison de l'article 13 de la *Charte*, les preuves indirectes ne le seront pas nécessairement, sachant que l'immunité contre la preuve dérivée du témoignage n'offre pas une protection très large. Dans ce contexte, on peut

---

<sup>311</sup> *R. c. S. (R.J.)*, précité, note 12, 542. Voir note infra-paginale n° 299.

<sup>312</sup> C'était d'ailleurs une des préoccupations du juge Lamer dans l'arrêt *S. (R.J.)*, précité, note 12, 469.

<sup>313</sup> Voilà peut-être ce que redoutait le juge Sopinka. D'ailleurs, c'est probablement pour cette raison qu'il écrivait: « [...] la méthode de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée n'aborde pas le problème sous le bon angle. Comme je l'ai déjà fait remarquer, il s'agit d'une question de contraignabilité et non d'utilisation de la preuve. Une fois que l'accusé a témoigné, tenter de circonscrire le dommage est un peu comme fermer les portes de l'écurie quand les chevaux se sont échappés. ». *Id.*, 626. Dans cette optique, le magistrat affirmait qu'il est des circonstances où le témoin ne doit pas être contraint de déposer en justice.

Cependant, puisque les accusations portées contre J.P.M. ont été suspendues, le juge Sopinka n'a pas eu à décider si J.P.M. devait être contraignable au procès de R.J.S.. Par contre, il a déclaré, conjointement à une majorité de juges dans *Jobin*, précité, note 21 et dans *Primeau*, précité, note 22, que le complice ou le suspect peut certainement être contraint à témoigner à l'enquête préliminaire d'un accusé, pourvu que les preuves ne permettent pas clairement de croire que la contrainte vise principalement à faire subir au témoin une sorte d'interrogatoire préalable au procès. En définitive, on peut dire que la protection que cherche à accorder le juge Sopinka n'est pas différente ni même plus considérable que celle que veulent accorder les autres juges.

donc croire, en procédant encore une fois par analogie, que le concept de divulgation réciproque n'est certes pas étranger au système canadien de procédure criminelle et qu'il y a peut-être même sa place.

Dans une section antérieure, j'ai établi que le principe interdisant l'auto-incrimination forcée paraît nettement dominant à l'étape des procédures judiciaires formelles dirigées contre l'accusé. Toutefois, au stade des procédures judiciaires formelles qui ne sont pas dirigées contre l'individu appelé à témoigner, la conclusion semble moins évidente. Parce qu'il est possible de percevoir l'article 13 de la *Charte* et l'immunité contre la preuve dérivée du témoignage comme offrant une faible protection contre l'auto-incrimination, certains pourraient croire que c'est la recherche de la vérité qui est privilégiée. Je suis de ceux-là.

Par ailleurs, d'autres observateurs pourraient probablement soutenir que c'est le principe interdisant l'auto-incrimination forcée qui prévaut. En effet, on pourrait affirmer que la protection offerte par l'article 13 couvre une partie considérable de la preuve auto-incriminante, si ce n'est la partie la plus étendue. De même, on pourrait alléguer que la protection contre la preuve dérivée du témoignage est relativement étanche, malgré quelques lacunes. À ce titre, on pourrait possiblement prétendre, comme le faisait le juge Iacobucci, que la nature des procédures atténuera certainement l'effet d'enquête par rapport à celui qui témoigne et que le critère des *probabilités logiques*<sup>314</sup> restreindra efficacement la possibilité que le ministère public ne se serve de preuves qui ne pouvaient absolument pas être obtenues sans le témoignage.

À la suite de ces explications, le lecteur pourrait être porté à croire que ma pensée se trouve en contradiction avec ce que j'ai écrit précédemment. Il n'en est rien. Je maintiens la position selon laquelle la recherche de la vérité me semble occuper une place plus importante que ne le fait le principe interdisant l'auto-incrimination forcée. Toutefois, j'ai cherché à illustrer deux choses. D'abord, aucun des deux principes n'est clairement dominant. En second lieu, s'il est possible de soutenir de façon raisonnable que c'est la recherche de la vérité qui prévaut sur le principe interdisant l'auto-incrimination forcée, l'inverse est également vrai. En fait, les deux positions se

---

<sup>314</sup> *Supra*, note-infrapaginale n° 308.



défendent. S'il en est ainsi, c'est en raison de la poursuite incessante de l'équilibre entre deux principes contradictoires. Par conséquent, il est difficile de se prononcer justement sur la compatibilité du concept de divulgation par la défense avec notre système de procédure criminelle. Dans le cadre des procédures "déjudiciarisées", on verra que la situation n'est pas tellement différente.

#### ***Sous-section 4. Les procédures "déjudiciarisées"***

À l'étape des procédures "déjudiciarisées", la protection contre l'auto-incrimination est principalement mise en oeuvre par le biais du paragraphe 24(2) de la *Charte*, par le droit au silence, par le droit à l'assistance d'un avocat et, dans une moindre mesure, par le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives<sup>315</sup>. Ces trois droits sont respectivement consacrés aux articles 7, 10 et 8 de la *Charte*.

##### **a) L'application du paragraphe 24(2) de la Charte**

L'article 24 de la *Charte* se lit comme suit:

« 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.

(2) 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. ».

Essentiellement, l'exclusion d'un élément de preuve peut avoir lieu si deux

---

<sup>315</sup> Le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives est prévu à l'article 8 de la *Charte*, lequel se lit ainsi:

« Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. ».

Dans le cadre du présent exposé, je ne traiterai pas directement de l'article 8 de la *Charte*, sauf dans la mesure où il sera nécessaire à la compréhension de mon propos.

conditions sont réunies. D'une part, l'élément de preuve doit avoir été obtenu ou découvert par les autorités à la suite de la violation d'un droit ou d'une liberté garanti par la *Charte*<sup>316</sup>. D'autre part, l'utilisation de l'élément de preuve doit être susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

**(1) *La déconsidération de l'administration de la justice***

Afin de déterminer si une preuve doit être écartée, puisque son utilisation déconsidérerait l'administration de la justice, la Cour suprême a développé une grille d'analyse multidimensionnelle<sup>317</sup> qui requiert que plusieurs facteurs soient pris en considération<sup>318</sup>. Ceux-ci peuvent être regroupés en trois catégories: l'équité du procès, la gravité de la violation et l'effet de l'exclusion sur la considération dont jouit le système judiciaire<sup>319</sup>.

S'il s'avère que la violation du droit protégé par la *Charte* est grave, il conviendra généralement d'écarter l'élément de preuve, à moins que l'exclusion n'entraîne davantage la déconsidération du système judiciaire. Dans ce cas, l'élément de preuve pourra faire partie de la preuve principale du poursuivant. Par ailleurs, s'il appert que l'utilisation de la preuve obtenue risque de porter atteinte à l'équité du procès, elle sera exclue des débats sans que les deux autres catégories ne soient considérées<sup>320</sup>. Tel que l'a

---

<sup>316</sup> Il est à noter que la jurisprudence n'exige pas un lien de causalité entre la violation d'un droit ou d'une liberté garanti par la *Charte* et l'obtention de l'élément de preuve. Selon la Cour suprême, (*R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, 1005) « [...] tous les éléments de preuve obtenus par suite d'une violation d'un droit garanti par la *Charte*, y compris le droit à l'assistance d'un avocat, relèvent du par. 24(2). ». De même, si l'existence d'un lien temporel entre la violation du droit et la découverte de l'élément de preuve peut être importante, elle n'est pas décisive pour autant.

<sup>317</sup> Voir: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

<sup>318</sup> Voici quelques-uns de ces facteurs: 1) Quel genre d'élément de preuve a été obtenu? 2) Quel droit conféré par la *Charte* a été violé? 3) La violation était-elle grave et intentionnelle? 4) Y avait-il urgence? 5) Y avait-il d'autres moyens d'obtenir la preuve? 6) Les éléments de preuve découverts sont-ils essentiels pour justifier l'accusation? Etc.

<sup>319</sup> *R. c. Collins*, précité, note 317, 284-286.

<sup>320</sup> Les deux premiers groupes de facteurs sont des moyens facultatifs d'exclure une preuve. Il n'est donc pas nécessaire que la violation soit grave et qu'il en résulte un procès inéquitable pour que la preuve soit exclue. La présence de l'un ou de l'autre de ces éléments suffit. Voir: *R. c. Hebert*, précité, note 180, 207-208 et *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, 45. Cependant, comme je l'ai dit, la preuve obtenue à la suite d'une violation grave d'un droit constitutionnel peut être utilisée au procès si l'exclusion entraîne davantage la déconsidération du système judiciaire. Toutefois, si l'utilisation de la preuve porte atteinte à l'équité du procès, elle doit être exclue sans que l'effet sur la considération de la justice puisse y changer

déjà déclaré le plus haut tribunal du pays, « [une] déclaration de culpabilité résultant d'un procès inéquitable [...] serait une parodie de la justice »<sup>321</sup>. À ce titre, c'est la mobilisation de l'accusé contre lui-même qui rend le procès inéquitable. Le juge Cory affirmait ceci dans *R. c. Stillman*:

« [...] le but premier de l'examen du facteur de l'équité du procès dans l'analyse fondée sur le par. 24(2) est d'empêcher qu'un accusé, dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés, soit mobilisé contre lui-même ou forcé de fournir, au profit de l'État, des éléments de preuve sous forme de déclaration ou de substances corporelles. C'est parce que l'accusé est forcé, à la suite d'une violation de la *Charte*, de participer à la constitution ou à la découverte d'une preuve auto-incriminante sous forme de confessions, de déclarations ou d'échantillons de substances corporelles, que l'utilisation de cette preuve a généralement tendance à rendre le procès inéquitable. »<sup>322</sup>.

Au sujet de l'exclusion de la preuve qui porte atteinte à l'équité du procès, le test applicable s'apparente sensiblement à celui qui a été développé par la Cour suprême afin de mettre en oeuvre l'immunité relative concernant la preuve dérivée du témoignage forcé<sup>323</sup>. Au départ, il s'agit de déterminer si la preuve a été créée ou si elle a été découverte grâce à la participation forcée de l'accusé<sup>324</sup>. Par exemple, si ce dernier est obligé de fournir des substances corporelles, de faire une déclaration incriminante ou même d'indiquer l'existence ou l'emplacement d'un élément de preuve, il est conscrit contre lui-même. Une fois cette étape franchie, il faut déterminer si l'élément de preuve aurait pu être découvert nonobstant la participation forcée de l'accusé. Deux questions se posent alors. Y avait-il un autre moyen d'obtenir la preuve? La découverte était-elle inévitable? Si le ministère public démontre, par la prépondérance des probabilités, que la

---

quelque chose.

<sup>321</sup> *R. c. Stillman*, précité, note 199, 651.

Pour une critique récente de l'application du paragraphe 24 (2) par les tribunaux canadiens, on peut lire: David M. PACIOCCO, « *Stillman*, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2) », (1997) 2 *Can. Crim. L. R.* 163 et Carol A. BREWER, « *Stillman* and Section 24(2): Much To-Do about Nothing », (1997) 2 *Can. Crim. L. R.* 239.

<sup>322</sup> *R. c. Stillman*, précité, note 199, 652.

<sup>323</sup> *Supra*, pp. 95 et ss..

découverte de la preuve était inévitable ou qu'elle aurait pu être obtenue sans mobiliser l'accusé ou le suspect contre lui-même, elle ne sera pas exclue des procédures<sup>325</sup>.

Il est manifeste que le test n'est pas très sévère et je tiens à formuler une critique similaire à celle que j'ai déjà esquissée à l'endroit du test concernant l'immunité relative à la preuve dérivée du témoignage forcé<sup>326</sup>. Le fait que le principe interdisant l'auto-incrimination y soit peu protégé est d'ailleurs assez bien illustré par les décisions rendues dans les affaires *R. c. Black*<sup>327</sup> et *R. c. Burlingham*<sup>328</sup>.

Dans la première affaire, Virginia Black a été mise en arrestation pour avoir poignardé et, par le fait même, causé la mort d'une femme. À la suite de la violation de son droit à l'assistance d'un avocat, les autorités lui ont soutiré une déclaration incriminante et elle a été contrainte de leur remettre l'arme du crime, laquelle se trouvait à sa résidence, dans un tiroir de la cuisine.

Puisque l'aveu a été obtenu à la suite d'une violation de la *Charte* et en raison du fait que la violation a entraîné la mobilisation de l'appelante contre elle-même, il a été exclu du procès en vertu du paragraphe 24(2). Toutefois, le couteau n'a pas connu le même sort. Parce que la Cour suprême a jugé qu'il aurait certainement été découvert, malgré que l'appelante ait été conscrite contre elle-même, le poursuivant a pu utiliser cet élément de preuve dans le cadre de la présentation de sa preuve à charge<sup>329</sup>.

En outre, les juges sont arrivés à cette conclusion sans que le ministère public ait eu à démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le couteau aurait pu être trouvé sans l'aide de l'accusée<sup>330</sup>. Qui plus est, la Cour savait pertinemment qu'un couteau avait été trouvé par les agents de la paix et qu'à la suite de son exhibition lors de

<sup>324</sup> *R. c. Stillman*, précité, note 217, 654-655.

<sup>325</sup> *Id.*, 667.

<sup>326</sup> *Supra*, pp. 95 et ss..

<sup>327</sup> [1989] 2 R.C.S. 138.

<sup>328</sup> Précité, note 199.

<sup>329</sup> *R. c. Black*, précité, note 327, 164.

<sup>330</sup> J'affirme cela en m'appuyant sur le fait que le jugement ne fait état d'aucune preuve apportée par les agents de la paix à ce sujet. Aussi, les propos du juge Wilson, employés au temps conditionnel, soutiennent ma position: « *Je ne doute nullement* que les policiers *auraient* procédé à une fouille de l'appartement de l'appelante avec ou sans son aide et que cette fouille leur *aurait* permis de découvrir le couteau. ». *Id.*, 164 (mes italiques).

l'enquête policière, madame Black avait été catégorique: elle ne reconnaissait pas l'objet<sup>331</sup>. Dans ces circonstances, il est difficile de croire que l'arme aurait certainement été découverte. À preuve, les forces constabulaires l'ont cherchée, elles ont trouvé un couteau mais ce n'était pas le bon. Et, même s'il est possible de croire que les policiers auraient perquisitionné chez l'appelante, on ne peut conclure que l'arme utilisée aurait nécessairement été trouvée. Que la Cour ne demande aucune preuve démontrant que le couteau aurait probablement été découvert demeure, en définitive, révélateur.

Dans *R. c. Burlingham*, la Cour suprême a été confrontée à une situation similaire. À la suite de la violation du droit à l'assistance d'un avocat, le suspect a été contraint de fournir une déclaration incriminante et d'indiquer l'endroit où se trouvait l'arme du crime. Dans ses motifs, le plus haut tribunal du pays a indiqué que la déclaration et l'arme à feu n'auraient pas été obtenues n'eût été la participation forcée de l'accusé et qu'elles devaient, par conséquent, être exclues des procédures.

À la différence de l'affaire *Black* toutefois, on avait laissé choir l'arme au fond d'une rivière dont les eaux étaient gelées, et les agents de la paix n'avaient pas le moindre indice qu'elle pouvait s'y trouver. De plus, il semble que le ministère public n'ait pas cherché à présenter de preuves concernant la possibilité de trouver l'arme sans l'aide de l'accusé. Au nom de la majorité, le juge Iacobucci faisait d'ailleurs remarquer qu'il n'était même plus question de savoir si la preuve aurait pu, selon la prépondérance des probabilités, être découverte sans la participation de l'accusé, tellement cette possibilité semblait reculée<sup>332</sup>.

Il peut être malaisé de vouloir tirer quelque conclusion quant à ces deux prononcés judiciaires, sachant que l'échantillonnage étudié demeure insuffisant. Néanmoins, il semble que la Cour se laisse guider par son instinct du moment plutôt que par la présentation de véritables éléments de preuve, lorsque vient le moment de statuer sur les probabilités de trouver, sans la participation forcée du suspect, l'élément de preuve obtenu à la suite de la mobilisation du suspect contre lui-même. En fait, on laisse croire que seules les preuves manifestement inaccessibles et introuvables seront exclues,

---

<sup>331</sup> *Id.*, 144.

<sup>332</sup> *R. c. Burlingham*, précité, note 199, 235-236.

alors que les autres seront apparemment admises. Si telle est la conclusion à retenir, il faut reconnaître que la protection contre l'auto-incrimination s'en trouve diminuée d'autant.

Ceci étant dit, là ne s'arrête pas l'analyse du paragraphe 24(2) de la *Charte*. Tel que le prévoit cette disposition, l'enclenchement du processus d'exclusion nécessite d'abord que des éléments de preuve aient été obtenus à la suite de la violation d'un droit ou d'une liberté garanti par la *Charte*.

## (2) *La violation d'un droit garanti par la Charte*

Comme je l'ai précédemment<sup>333</sup> expliqué, l'article 7 de la *Charte* confère à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Cette disposition décrète aussi qu'il est possible de porter atteinte à ce droit, en autant que cela soit fait conformément aux principes de justice fondamentale. Outre cela, on a appris que le principe interdisant l'auto-incrimination forcée est un principe de justice fondamentale<sup>334</sup>. Dès lors, toute participation forcée du suspect ou de l'accusé à la poursuite criminelle pourrait, en principe, être perçue comme une atteinte au droit à la liberté prévu à l'article 7 de la *Charte*. Conséquemment, si les forces de l'ordre obtiennent une preuve en contraignant un individu à la fournir, à révéler son existence ou à l'identifier, le mécanisme prévu au paragraphe 24(2) devrait être enclenché et la preuve devrait être jugée inadmissible.

Même si pareille déduction semble devoir s'imposer, dans les faits il en est autrement. Au travers du paragraphe 24(2), plutôt que d'aborder la question de la protection contre l'auto-incrimination en fonction de l'étendue du principe interdisant l'auto-incrimination forcée prévu à l'article 7 de la *Charte*, la Cour suprême du Canada adopte une approche détournée de la problématique. La protection contre l'auto-incrimination est plutôt circonscrite par la portée accordée au droit au silence, au droit à l'avocat et, dans une moindre mesure, au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives<sup>335</sup>. Ainsi, pourront être exclus des procédures par le

---

<sup>333</sup> *Supra*, note infrapaginale n° 195.

<sup>334</sup> *Supra*, note infrapaginale n° 195.

<sup>335</sup> Ces droits découlent tous, au strict plan théorique du moins, du principe interdisant l'auto-

truchement de l'article 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve qui auront été obtenus par la contrainte du suspect ou de l'accusé suite à la violation de l'un de ces trois droits.

À l'étape des procédures "déjudiciarisées", la protection contre l'auto-incrimination est donc principalement mise en oeuvre par le biais de l'article 24(2) de la *Charte*, par le droit au silence, le droit à l'assistance de l'avocat et le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Dans cette optique, on comprendra que la portée conférée à ces différents droits constitutionnels est décisive. S'ils sont interprétés libéralement, le mécanisme d'exclusion du paragraphe 24(2) risque d'être sollicité davantage et le nombre d'éléments de preuves obtenus par la contrainte du suspect ou de l'accusé - et pouvant être utilisés par le poursuivant - sera proportionnellement réduit. De ce fait, la protection contre l'auto-incrimination risque d'avoir une certaine envergure alors qu'inversement, l'interprétation restrictive de ces droits rendra la protection chimérique ou, du moins, passablement diminuée.

Dans les pages qui suivent, on constatera que la portée conférée au droit au silence de même qu'au droit à l'avocat est, en définitive, difficile à évaluer. Aux yeux d'un observateur donné, la protection accordée par le droit au silence et le droit à l'assistance d'un avocat pourrait paraître relativement généreuse, quoiqu'il faille reconnaître que ces droits connaissent des limites importantes. Pour certains, la protection contre l'auto-incrimination pourrait alors paraître tronquée et le désir de parvenir à un équilibre entre le principe interdisant l'auto-incrimination forcée et la recherche de la vérité y est certainement pour beaucoup. Par ailleurs, on observera que le concept de détention limite considérablement la portée du droit au silence et du droit à l'assistance d'un avocat. Conséquemment, on pourra affirmer avec plus de certitude que c'est la recherche de la vérité qui est privilégiée au stade des procédures "déjudiciarisées". Néanmoins, il ne sera pas plus facile pour autant de déterminer si le concept de divulgation réciproque est compatible avec le système canadien de procédure criminelle.

---

incrimination forcée: *R. c. P. (M.B.)*, précité, note 12, et ils constituent aussi des principes de justice fondamentale. Voir: *Renvoi sur la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique*, précité, note 190.

## b) Le droit au silence

### (1) Définition générale

Au Canada, l'étude du droit au silence doit débiter par la lecture de l'arrêt *R. c. Hebert*<sup>336</sup> puisqu'il constitue la décision de principe sur le sujet. Dans cette affaire, Neil Gerald Hebert était recherché par les officiers de la Gendarmerie Royale du Canada car il était soupçonné d'avoir commis un vol. À la suite de son arrestation, un avocat lui a conseillé de ne pas répondre aux questions des policiers. Malgré que les agents de la paix aient eu connaissance de ce fait, ils ont procédé à l'interrogatoire du suspect, lequel a réitéré qu'il n'avait rien à déclarer. Hebert a ensuite été placé en cellule avec un agent banalisé qui prétendait avoir été mis sous arrestation pour la commission d'un crime. L'agent double a engagé la conversation avec Hebert dans le but d'obtenir des aveux et ce dernier a fait plusieurs déclarations incriminantes qui l'impliquaient dans le vol pour lequel il avait été appréhendé. La Cour suprême devait donc déterminer si la conduite des policiers avait porté atteinte aux droits constitutionnels d'Hebert. En d'autres termes, le droit au silence avait-il été violé<sup>337</sup>?

D'entrée de jeu, tous les juges de la Cour se sont entendus pour reconnaître l'existence du droit au silence et son statut constitutionnel, affirmant qu'il tient lieu de principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la *Charte*<sup>338</sup>. Selon le juge

---

<sup>336</sup> Précité, note 180.

<sup>337</sup> Dans *R. c. Broyles*, [1990] 3 R.C.S. 595, la Cour suprême devait répondre à une question analogue. Dans cette affaire, les policiers avaient arrêté Broyles pour le meurtre de sa grand-mère. Comme dans l'arrêt *Hebert*, il avait eu l'opportunité de parler avec un avocat qui lui avait conseillé de ne faire aucune déclaration. Toutefois, les policiers ont demandé à un ami de Broyles, un dénommé Ritter, de tenter d'obtenir les aveux du détenu confirmant sa participation au meurtre de sa grand-mère.

De même, dans *R. v. Brown* (1992), 73 C.C.C. (3d) 481, la Cour d'appel de l'Alberta fut confrontée à une situation factuelle similaire. Monsieur Brown fut arrêté pour le meurtre d'un individu et il fut placé en détention après avoir clairement manifesté son désir de ne faire aucune déclaration. En cellule, un agent banalisé tenta vivement de lui soutirer des aveux. Pour ce faire, le policier lui raconta qu'il avait un ami mourant, Raymond, qui était prêt à porter le blâme du crime si Brown acceptait de supporter sa famille en échange. Toutefois, pour que l'aveu de Raymond soit crédible, il fallait connaître tous les détails du crime. C'est ainsi qu'on a tenté de lui soutirer une déclaration incriminante.

<sup>338</sup> *R. c. Hebert*, précité, note 180, 164 et 195-196.



McLachlin, qui écrivait au nom de six de ses collègues<sup>339</sup>, il serait illogique et incohérent qu'un système juridique confère à l'accusé le droit de ne pas s'incriminer au procès sans lui offrir une protection corrélative à l'égard des déclarations faites antérieurement à l'audition<sup>340</sup>. Dans cette optique, le juge déclarait que le droit de conserver le silence trouve ses origines dans la règle des confessions de même que dans celle qui décrète la non-contraignabilité de l'accusé au procès, et c'est l'élément commun qui unit ces deux règles de *common law* qui fonde le droit au silence. Il s'agit du fait qu'une personne assujettie au pouvoir des autorités possède la faculté de répondre aux questions des policiers ou de conserver le silence. Ainsi, l'essence même du droit de conserver le silence consiste à accorder à la personne détenue la possibilité de faire un choix quant au fait de faire ou de ne pas faire de déclarations aux autorités<sup>341</sup>.

Pour la Cour, cette notion de choix est centrale et décisive. Et, parce que les autorités se sont servies de leur pouvoir supérieur pour contourner et faire délibérément fi du choix qu'avait fait Hebert, il a été décidé qu'il y avait eu violation de son droit constitutionnel. Conséquemment, et en raison du fait que la déclaration aurait autrement porté atteinte à l'équité du procès en mobilisant l'accusé contre lui-même, elle a été exclue des procédures<sup>342</sup>.

---

<sup>339</sup> Le juge McLachlin écrivait au nom des juges Dickson, Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory. Pour leur part, les juges Wilson et Sopinka étaient généralement d'accord avec l'exposé du juge McLachlin. Cependant, leur opinion divergeait sur la question de la renonciation au droit et du moment auquel le droit prend effet. *Id.*, 190-192 et 201-204.

<sup>340</sup> *Id.*, 174 et 178.

<sup>341</sup> Ainsi, le juge McLachlin écrivait, à la page 175 de *Hebert, id.*:

« [...] la règle des confessions en common law et le privilège de ne pas s'incriminer ont un élément commun - le droit de la personne de choisir de faire une déclaration aux autorités ou de garder le silence, assorti d'un souci de préserver l'intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit. Si la portée d'un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 doit se trouver, du moins en partie, dans les thèmes sous-jacents communs aux diverses règles qui s'y rapportent, on peut alors présumer que la portée du droit de garder le silence réside dans l'idée qu'une personne dont la liberté est compromise par le processus criminel ne peut être tenue de témoigner contre elle-même mais qu'elle a plutôt le droit de choisir de s'exprimer ou de garder le silence. ».

<sup>342</sup> *Id.*, 188-189.

Pour les mêmes raisons, la Cour suprême a exclu, dans *R. c. Broyles*, précité, note 337, une déclaration incriminante faite par un détenu à un agent de l'État. Pour la Cour, le fait que l'ami de Broyles

(2) *Les particularités et les restrictions au droit au silence*

Par ailleurs, le plus haut tribunal du pays a affublé le droit au silence de restrictions notables. En premier lieu, le droit de choisir doit être apprécié de façon objective, c'est-à-dire en fonction de la conduite des autorités vis-à-vis du suspect ou de l'accusé. Il ne convient donc pas de déterminer si le suspect s'est véritablement senti libre de choisir de parler ou de conserver le silence. Il importe plutôt de déterminer si, objectivement, les agents de la paix ont effectivement permis au détenu d'effectuer un choix<sup>343</sup>.

Par conséquent, le droit au silence n'exige aucunement que l'État garantisse que le détenu ne parlera pas<sup>344</sup>. Et, en autant que les forces de l'ordre laissent au suspect appréhendé la possibilité de parler ou de se taire, rien ne les empêche de l'interroger directement et de tenter activement de lui soutirer des déclarations inculpatrices<sup>345</sup>. Dans ces circonstances, il est évident que la Cour suprême ne cherche pas à prohiber les aveux<sup>346</sup>.

D'ailleurs, tout individu peut renoncer à son droit de garder le silence et les déclarations qui s'ensuivent peuvent alors être utilisées contre leur auteur. Qui plus est, le

ait, à la demande des autorités, délibérément cherché à obtenir une déclaration en exploitant leur amitié et en dénigrant l'avocat du détenu a totalement miné le droit de choisir de ne pas parler aux autorités que lui confère l'article 7 de la *Charte*.

Pour un prononcé similaire, voir la dissidence du juge Harradence dans *R. v. Brown*, précité, note 337, dissidence confirmée par la Cour suprême du Canada à [1993] 2 R.C.S. 918 et *R. c. Jackson* (1991), 68 C.C.C. (3d) 385, (C.A. Ont.).

<sup>343</sup> *R. c. Hebert*, précité, note 180, 181-182.

<sup>344</sup> *R. c. Hebert*, précité, note 180, 176-177.

<sup>345</sup> *Id.*, 184: « [...] la règle n'interdit aucunement aux policiers d'interroger l'accusé en l'absence de l'avocat après que l'accusé a eu recours à ses services. Il faut présumer que l'avocat aura avisé l'accusé de son droit de garder le silence. [...] La persuasion policière qui ne prive pas le suspect de son droit de choisir ni de son état d'esprit conscient ne viole pas le droit de garder le silence. ». De même, dans *R. v. Hicks*, précité, note 259, à la page 406, le juge Lacourcière écrivait ceci: « I agree with the appellant's submission that there is no rule against appropriate police perseverance. ». Cette décision a d'ailleurs été confirmée par la Cour suprême du Canada à [1990] 1 R.C.S. 120. Voir aussi: *R. v. Waite* (1992), 115 N.S.R. (2d) 392, (C.A.), permission de se pourvoir en appel refusée par la Cour suprême à (1993), 157 N.S.R. 257 (note).

<sup>346</sup> Il est à noter que cette façon d'aborder le droit au silence a été critiquée à maintes reprises et les limites qu'on lui impose ont amené la professeure Boisvert à écrire que ce droit est « réduit [...] à la mesure de la capacité de résistance du prévenu face à la persévérance des policiers », *loc. cit.*, note 173, 663.

critère permettant de conclure à une renonciation valide n'est pas très exigeant. En fait, la renonciation au droit de choisir sera reconnue par les tribunaux si elle émane d'un esprit conscient<sup>347</sup>. Pour comprendre la signification de pareil énoncé, il faut considérer l'arrêt *Whittle*<sup>348</sup>.

Dans cette affaire, la Cour suprême devait décider si les déclarations incriminantes faites aux policiers par un suspect schizophrène sont admissibles contre lui lors de son procès. Pour le juge Sopinka, écrivant au nom d'une Cour unanime, il importe peu que Whittle ait fait ces aveux parce que des voix intérieures le forçaient à parler et qu'il n'ait pas été, de ce fait, en mesure de se préoccuper des conséquences que pouvaient entraîner ses propos<sup>349</sup>. De même, il n'est pas pertinent de savoir si l'individu possède ou non les facultés intellectuelles analytiques lui permettant de faire un choix éclairé<sup>350</sup>. Dès le moment où l'individu comprend la teneur de ses propres paroles et le fait qu'elles peuvent être utilisées en preuve contre lui, il y a renonciation valide et la déclaration est admissible. Il apparaît donc clair que la notion de *choix* est entendue dans son sens le plus restrictif<sup>351</sup>.

En outre, la renonciation peut être tacite et présumée. Quiconque s'adresse librement et volontairement à un agent de la paix ne pourra pas invoquer la violation de

---

<sup>347</sup> *R. c. Hebert*, précité, note 180, 183; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, 941-942 et 946-947.

<sup>348</sup> *R. c. Whittle*, précité, note 347.

<sup>349</sup> Le juge Sopinka écrivait: « Dans la mesure où les voix intérieures incitaient l'appelant à parler sans tenir compte, apparemment, de la recommandation de son avocat et à son détriment, parce qu'il ne se souciait pas des conséquences ou qu'il estimait qu'il ne pouvait résister à ces voix, elles ne peuvent justifier l'exclusion. La contrainte intérieure, due à la conscience ou à un autre facteur, ne peut supplanter une conclusion à l'existence d'un état d'esprit conscient sauf lorsqu'il est déterminé, à la lumière de la conduite d'une personne en autorité, qu'une déclaration est involontaire. » *Id.*, 946-947.

<sup>350</sup> Ainsi, le juge Sopinka faisait remarquer que « [le] critère de l'esprit conscient exige donc que l'accusé ait une capacité cognitive limitée de comprendre ce qu'il dit et que sa déposition pourra être utilisée dans des procédures engagées contre lui. [...] Le critère pertinent pour déterminer la capacité requise de faire activement un choix est le suivant: l'accusé avait-il un état d'esprit conscient? *Le critère ne va pas plus loin et il n'est pas nécessaire de déterminer si l'accusé est en mesure de faire un choix qui soit bon ou sage, ou qui soit dans son intérêt.* » (mes italiques). *Id.*, 939.

<sup>351</sup> C'est ce qui faisait dire à un auteur: « [...] the "operating mind" required for a voluntary statement and for the exercise of fundamental rights need not have any analytical ability and that the cognitive ability of that person, at its highest, is rudimentary. ». Patrick HEALY, « Developments in the Law of Evidence: The 1993-94 Term - Admissibility, Discretion, and the Truth of the Matter », (1995) 6 *S.C.L.R.* (2d) 379, 416.

son droit au silence<sup>352</sup>. Il en est de même pour celui qui s'adresse à un compagnon de cellule, peu importe si ce dernier est un véritable prévenu ou un agent banalisé qui ne cherche pas activement à obtenir des informations<sup>353</sup>. Dans ces cas, on jugera que le suspect ou l'accusé a validement renoncé à son droit de garder le silence, en autant qu'il comprenne ce qu'il dit.

À la lumière de ces considérations, on doit conclure que le droit de conserver le silence n'est pas un droit au sens positif du terme, malgré ce que pouvait laisser entendre le juge Sopinka dans *Hebert*<sup>354</sup>. Le seul véritable droit dont il pourrait être question est le droit de choisir mais, dans l'état actuel des choses, il s'agit plutôt d'une absence d'obligation<sup>355</sup>. En effet, un droit suppose le respect, voire l'encouragement de son exercice, alors que l'absence d'obligation ne commande certes pas le même degré de reconnaissance chez ceux à qui elle est opposée. Un véritable droit au silence ne

---

<sup>352</sup> *R. v. Van Haarlem*, (1991) 64 C.C.C. (3d) 543, (C.A. C.-B.), confirmé par la Cour suprême à [1992] 1 R.C.S. 982.

<sup>353</sup> *R. c. Hebert*, précité, note 180, 184-185. De la même façon, voir les affaires *R. v. Whynder* (1996), 149 N.S.R. (2d) 241, (C.A.); *R. c. Corak* (1994), 42 B.C.A.C. 66.

<sup>354</sup> Il écrivait: « Il me semble qu'il s'ensuit que le principe fondamental qui sous-tend le droit de garder le silence doit être un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. En d'autres termes, le droit de garder le silence *est véritablement un droit*. » *R. c. Hebert*, précité, note 180, 196 (mes italiques).

<sup>355</sup> C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle est parvenu le juge en chef Lamer dans *R. v. Rothman*, précité, note 179, 683:

« In Canada, the right of a suspect not to say anything to the police is not the result of a right of no self-incrimination, but is merely the exercise by him of the general right enjoyed in this country by anyone to do whatever one pleases, saying what one pleases or choosing not to say certain things, unless obliged to otherwise by law. It is because no law says that a suspect, save in certain circumstances, [...] must say anything to the police that we say that he has a right to remain silent, *which is a positive way of explaining that there is on his part no legal obligation to do otherwise*. His right to silence here rests on the same principle as his right to free speech, but not on a right to no self-incrimination. » (mes italiques).

Dans le même ordre d'idées, la Cour d'appel de l'Ontario écrivait, dans *R. v. Wooley* (1988) 63 C.R. (3d) 333, 340:

« It has always been a tenet of our legal system that a suspect or accused has a right to remain silent at the investigating stage of the criminal process and at the trial stage. *At the very least, it is clear that an accused person is under no legal obligation to speak to police authorities and there is no legal power in the police to compel an accused to speak.* » (Mes italiques).

permettrait aucunement aux policiers de chercher activement à obtenir des aveux. Par contre, l'absence d'obligation de parler n'impose pas la même retenue aux agents de la paix<sup>356</sup>. Si la distinction est subtile, elle n'en est pas moins décisive en ce qui concerne la vigueur du principe interdisant l'auto-incrimination.

En définitive, il faut déduire que la constitutionnalisation du droit de garder le silence provoque peu de bouleversements par rapport à ce qui prévalait en *common law*, avant l'avènement de la *Charte*<sup>357</sup>. Tout au plus peut-on croire qu'une législation obligeant réellement le détenu à répondre aux questions des policiers est désormais invalide<sup>358</sup>.

En conséquence, on pourrait alors soutenir qu'est inconstitutionnelle toute règle de droit contraignant un accusé à divulguer, avant la tenue du procès et sous peine de sanctions, ses éléments de preuve ainsi que son moyen de défense. En effet, une telle procédure évacue instantanément le droit de choisir.

Si pareille déduction peut être faite, c'est toutefois sans compter l'état du droit canadien portant sur la question de l'alibi. Dans l'introduction du présent ouvrage, j'ai mentionné que l'accusé a intérêt à communiquer ce moyen de défense relativement tôt avant l'audition, de manière à ce que les autorités puissent avoir l'opportunité d'en vérifier les fondements. Autrement, le juge des faits peut tirer une conclusion défavorable concernant sa valeur probante. Cela va donc à l'encontre du droit de choisir.

Évidemment, d'aucuns pourraient soutenir que la règle portant sur la communication de l'alibi est incompatible avec le droit de garder le silence, d'autant plus que la Cour suprême n'a pas été appelée à se prononcer directement sur la conformité de cette règle au regard des normes constitutionnelles<sup>359</sup>. En fait, on pourrait alléguer que le

---

<sup>356</sup> Dans le reste du texte je continuerai toutefois à utiliser les expressions "droit au silence", "droit de garder le silence", "droit de conserver le silence", "droit de choisir" et "droit au choix".

<sup>357</sup> *Supra*, pp. 57 et ss..

<sup>358</sup> Sous réserve de l'article premier de la *Charte*, lequel se lit ainsi:

« La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans les limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. ».

<sup>359</sup> À ce propos, voir: John D. R. CRAIG, « The Alibi Exception to the Right to Silence », (1996) 39 *Criminal Law Quarterly*, 227, 228:

“devoir” de divulguer l’alibi avant le début des auditions n’est qu’une règle de *common law* dont l’existence est tributaire des exigences de la constitution. En d’autres termes, la règle serait invalide parce qu’incompatible avec le droit de choisir.

Toutefois, il faut savoir que la majorité de la Cour suprême a clairement affirmé, dans *R. c. Cleghorn*<sup>360</sup>, que la règle portant sur la communication de l’alibi est, dans sa forme actuelle, en tout point conforme aux normes constitutionnelles et à ce qu’impose le droit au silence<sup>361</sup>. Et, même si ces énoncés ne sont que des *obiter dictas*, il faut avouer que le jugement de la Cour n’aurait aucun sens si l’on croyait qu’il n’a pas reconnu la validité de la règle au niveau constitutionnel.

Dans l’affaire *Cleghorn*, le tribunal de dernière instance devait déterminer si la règle portant sur la divulgation de l’alibi avait été correctement appliquée. Au procès, le juge avait tiré une conclusion défavorable concernant la valeur probante de l’alibi car il jugeait qu’il n’avait pas été convenablement communiqué au ministère public<sup>362</sup>. Or la majorité des juges de la Cour suprême qui ont entendu le pourvoi a été d’avis que le juge du procès avait bien appliqué la règle et que, parce que les faits lui permettaient raisonnablement de conclure que la communication était insuffisante, il était en droit de tirer une conclusion défavorable quant à la valeur probante à accorder au moyen de défense<sup>363</sup>. La Cour a donc clairement approuvé le jugement de première instance et elle a, par le fait même, nécessairement reconnu la validité constitutionnelle de la règle portant sur la communication de l’alibi. Autrement, le débat aurait été purement

---

« Because *Cleghorn* came to the Supreme Court of Canada under s. 691(1)a) of the Criminal Code [...], the issue considered by the Court was confined to the issue underlying the reasons of the dissenting justice, Abella J. A., in the Court of Appeal. The Court of Appeal had split on the question of whether the trial judge had applied the rule properly. The constitutional validity of the rule was not discussed by the Court of Appeal, nor was the matter argued before the Supreme Court. Thus, although both the majority and dissenting opinions in the Supreme Court were influenced by right to silence considerations, the constitutionality of the alibi exception to the right to silence remains unresolved. ».

<sup>360</sup> Précité, note 5.

<sup>361</sup> *Supra*, note infrapaginale n° 247.

<sup>362</sup> *R. c. Cleghorn*, précité, note 5, 187.

<sup>363</sup> *Id.*, 182-183.

académique. On ne peut accepter l'idée selon laquelle le plus haut tribunal au pays affine et applique une règle qu'il juge néanmoins inconstitutionnelle, donc inapplicable...

En dernière analyse, il faut reconnaître comme étant conforme aux prescriptions constitutionnelles la règle qui suggère à l'accusé de communiquer sa défense d'alibi avant que ne débute le procès, au risque de voir le juge des faits tirer une conclusion défavorable quant à sa valeur probante. Dans cette optique, on doit avouer que le droit de choisir est limité.

De ce fait, la règle devrait avoir des répercussions sur la compatibilité des mesures forçant la divulgation de tout autre moyen de défense avec le système procédural canadien. Dans l'affaire *Cleghorn*, la Cour a déclaré que la règle imposant la communication de l'alibi vise principalement à fermer la porte aux alibis "surprises", que la Couronne est dans l'impossibilité de réfuter<sup>364</sup>. Considérant ceci, je vois mal pourquoi ce raisonnement ne pourrait pas s'appliquer également à d'autres moyens de défense. S'il est facile de fabriquer une fausse défense d'alibi, il peut en être de même de la légitime défense (surtout dans les cas où la victime est décédée) ou, à la rigueur, de l'intoxication<sup>365</sup>. Et, même si la défense d'alibi situe le débat à l'extérieur des faits directement en litige, contrairement aux autres moyens de défense, il n'y a pas lieu de distinguer, en raison de l'effet produit, entre l'annonce tardive d'un alibi et de la légitime défense. Dans les deux cas, le poursuivant se trouvera dans une position défavorable en raison de l'effet de surprise<sup>366</sup>.

---

<sup>364</sup> *R. c. Cleghorn*, précité, note 5, 180 et 188-189.

<sup>365</sup> Évidemment, je ne fais pas référence à l'état d'ivresse extrême pour lequel la preuve doit être appuyée par une expertise: *R. c. Daviault*, [1993] 3 R.C.S. 63.

<sup>366</sup> À ce propos, voir: John D. R. CRAIG, *loc. cit.*, note 359, 236:

« While it is true that an alibi is generally unrelated to the *res gestae* of the crime, this is hardly sufficient to distinguish between the situations where the accused states for the first time in examination-in-chief that he was with his mother at the relevant time, or where he states that he acted in self-defence. In either case, the Crown will be placed in a tactical disadvantage in rebutting the defence. In short, the Crown disadvantage argument could be advanced in all cases to impose a duty on an accused to disclose his defences prior to trial. ».

À ce titre, il est intéressant de noter que la Cour d'appel en matière criminelle de l'Angleterre s'est dit d'avis, en ce qui concerne la divulgation, qu'il n'y avait pas lieu de distinguer l'alibi des autres moyens de défense. Voir: *R. v. Hoare*, [1966] 2 All E.R. 846, 848.

Par ailleurs, si le fait que le juge puisse tirer une conclusion défavorable quant à la valeur probante de l'alibi lorsque celui-ci n'est pas communiqué suffisamment tôt restreint le droit de choisir, certains pourraient argumenter que la règle pose une limite encore plus marquée à ce droit et donc, au principe interdisant l'auto-incrimination forcée.

Les tribunaux ont conclu à plusieurs reprises que l'on ne peut se servir du silence de l'accusé pour conclure à sa culpabilité<sup>367</sup>. Or, selon un auteur, le fait d'accorder au juge le pouvoir de tirer une conclusion défavorable quant à la valeur probante du moyen de défense représente un accroc à ce principe. Si un prévenu a vraiment le droit de garder le silence, dit l'auteur, il faut conclure qu'il l'exerce parce que c'est effectivement un *droit*, au sens juridique du terme. Déduire de l'exercice du droit au silence qu'un accusé est malhonnête, menteur ou coupable revient à annihiler totalement ce droit<sup>368</sup>.

Si cet argument appelle quelques tempéraments, il est juste à un égard. Le fait de décider qu'un alibi - ou tout autre moyen de défense - est peu crédible car il n'a pas été communiqué préalablement au procès revient parfois à permettre au juge d'utiliser le silence de l'accusé afin de conclure à sa culpabilité. Le raisonnement est le suivant: si l'alibi avait été véridique, il aurait été communiqué dès l'arrestation ou dans les instants suivants celle-ci. Or, puisque le suspect n'a pas démenti les accusations portées contre lui, c'est qu'il n'était pas en mesure de le faire. Il faut donc en déduire que l'alibi est faux

---

<sup>367</sup> Dans *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, à la page 1316, la Cour disait ceci:

« Il a été reconnu en outre que, comme il y a un droit de garder le silence, ce serait tendre un piège que de prévenir l'accusé qu'il n'est pas tenu de répondre aux questions du policier, pour ensuite soumettre en preuve que l'accusé s'est manifestement prévalu de son droit en gardant le silence [au stade de l'enquête] face à une question tendant à établir sa culpabilité. ».

Au même effet que l'affaire *Chambers*, on peut lire *R. c. Blackmore* (1991), 67 C.C.C. (3d) 67, (C.A. N.-B.); *R. c. Hebert*, précité, note 216, 197-198 (juge Sopinka); *R. c. Noble*, précité, note 235, 918-920 et la dissidence du juge McLachlin dans *R. c. Crawford*, précité, note 234, 887-889.

Précédemment, j'ai conclu que le droit au silence n'est pas un véritable droit mais qu'il doit plutôt être considéré comme une absence d'obligation. Or, l'extrait précité pourrait amener à croire qu'il en est tout autrement. Néanmoins, le fait de ne pas avoir le droit de se servir du silence de l'accusé pour conclure à sa culpabilité n'en fait pas pour autant un droit dans le sens positif du terme. L'anéantissement du droit que provoquerait la possibilité de conclure à la culpabilité lorsque le prévenu demeure muet s'applique de la même façon à l'absence d'obligation. Dans les deux cas, il en résulterait pratiquement une obligation de parler. Ainsi, la règle est compatible avec le fait que le droit de garder le silence n'est en fait qu'une absence d'obligation de parler.

<sup>368</sup> Voir J. D. R. CRAIG, *loc. cit.*, note 359, 235.



et que le suspect est nécessairement coupable. On se sert ainsi du silence de l'accusé en lui conférant une portée testimoniale, c'est-à-dire qu'il tient lieu d'une communication tacite selon laquelle l'accusé accepte et ne peut réfuter les allégations portées contre lui. Un tel procédé abolit sans contredit le droit au silence.

Cependant, il ne faut pas oublier que le droit au silence n'est qu'une manifestation du principe interdisant l'auto-incrimination. Tel que je l'ai exposé<sup>369</sup>, ce dernier a pour fonction d'imposer au ministère public le devoir de présenter une *preuve complète* sur tous les éléments essentiels de l'infraction, avant que le prévenu n'ait à répondre et sans qu'il ne soit contraint de lui fournir les preuves de sa propre culpabilité. Or, la conclusion défavorable que peut tirer le magistrat en raison d'une communication tardive de l'alibi ne pourra avoir lieu que si cette *preuve complète* a d'abord été présentée. Autrement, l'accusé aura droit à un verdict dirigé d'acquiescement, il n'aura pas à soumettre de moyen de défense et aucune conclusion défavorable ne pourra être tirée. Dans ce contexte, bien que l'on doive convenir que la règle permettant au juge de conclure défavorablement quant à la valeur probante de l'alibi puisse représenter une limite au droit de garder le silence *per se*, il faut conserver à l'esprit qu'elle ne porte pas atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination forcée et qu'elle ne représente alors qu'une restriction *qualifiée* au droit au silence<sup>370</sup>.

---

<sup>369</sup> *Supra*, voir la section: *Le principe directeur*.

<sup>370</sup> Dans son traité, le professeur Paciocco affirmait que le fait de se servir du silence d'un accusé, en ce qui concerne la valeur probante à accorder à un moyen de défense divulgué tardivement, n'est pas auto-incriminant pour le prévenu car son silence n'est pas utilisé en tant que preuve à portée testimoniale: D. M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 192, p. 552-569. Évidemment, le silence de l'accusé peut être utilisé à des fins non testimoniales, pour attaquer la crédibilité du moyen de défense. Voici le raisonnement: un moyen de défense peut difficilement être valide s'il manque d'éléments de preuve pour le soutenir. Or, si l'accusé ne témoigne pas pour appuyer son alibi, on pourrait parfois estimer que les preuves essentielles au soutien de ce moyen de défense sont déficientes. Pour Paciocco, cela n'est pas auto-incriminant parce que l'on ne se sert pas du silence de l'accusé comme preuve à portée testimoniale. C'est juste. Par ailleurs, il n'est pas davantage auto-incriminant d'utiliser le silence d'un accusé à titre d'aveu - comme communication tacite selon laquelle l'accusé accepte les allégations portées contre lui - pour conclure au manque de crédibilité d'un moyen de défense divulgué tardivement. S'il en est ainsi, c'est en raison du principe de la *preuve complète*. Si le silence est manifestement utilisé à titre de preuve à portée testimoniale et qu'il est donc auto-incriminant en soi, son effet est, pour ainsi dire, annulé ou superflu puisqu'une *preuve complète* a déjà été présentée sans que l'on ait eu recours à la participation de l'accusé. La distinction est la même que celle permettant de concilier les affaires *Mannion* et *Kuldip*, *Supra*, pp. 89 et ss..

Toutefois, si le ministère public mentionne, dans le cadre de sa preuve à charge, que le prévenu a conservé le silence face aux accusations des policiers et qu'il invite alors le juge des faits à conclure à la culpabilité de l'accusé, il y a véritablement atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer et au droit au silence. Cela s'explique par le fait que la Couronne utilise, contre la volonté de l'accusé, une

Ce qui porte véritablement atteinte au principe, et donc au droit au silence, c'est la forte incitation à communiquer l'alibi, laquelle provient de ce que le juge des faits peut autrement tirer une conclusion défavorable quant à la valeur probante du moyen de défense. En effet, j'ai déjà démontré que la divulgation du moyen de défense peut aider le ministère public à construire une preuve à charge<sup>371</sup>.

Au reste, s'il est possible de tirer une conclusion défavorable en ce qui concerne la valeur probante d'un moyen de défense, le cas de l'alibi n'est pas isolé. Dans *R. c. Sweeney*<sup>372</sup>, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que l'on peut conclure à la faiblesse ou à la fausseté d'une défense d'aliénation mentale soumise par l'accusé lorsque celui-ci ne se soumet pas à un examen psychiatrique effectué par un médecin désigné par la Couronne. De même, dans l'arrêt *R. c. Worth*<sup>373</sup>, la Cour d'appel de l'Ontario a fait siens les propos tenus par le juge Morden dans *R. c. Stevenson*<sup>374</sup> pour conclure que la règle de *Sweeney* ne porte pas atteinte au droit de garder le silence prévu à l'article 7 de la *Charte*:

« I appreciate that the right to remain silent under s. 7 in all its manifestations does not necessarily have the identical content and scope of the common law right. In the context of a case such as this, however, I can think of no reason why the general approach in *Sweeney* should not be followed. In that case, Zuber J.A., for this court, noted at p. 251 that the rule relating to the right to remain silent was “not so rigid nor so pervasive that it admits no exceptions

---

communication à portée testimoniale pour présenter une *preuve complète*. C'est la conjonction des deux éléments qui viole le principe interdisant l'auto-incrimination forcée.

Il en serait de même - dans un système où le défendeur doit communiquer son moyen de défense préalablement à l'audition au risque de voir le juge des faits tirer une conclusion défavorable quant à sa valeur probante - si le poursuivant soumettait, dans le cadre de la présentation de sa preuve à charge, que le prévenu n'a pas fait état de son moyen de défense aux policiers lors de son arrestation, que son silence démontre qu'il n'était pas en mesure de démentir les allégations faites contre lui et qu'il est donc coupable. Ici aussi, le ministère public se servirait d'une communication tacite de l'accusé pour présenter une preuve complète. D'ailleurs, c'est probablement pour cette raison que la Cour suprême affirmait, dans *Cleghorn*, précité, note 65, 190, qu'il va à l'encontre du droit au silence de conclure qu'une personne innocente aurait communiqué son alibi dès le moment de son arrestation.

<sup>371</sup> Voir, *Supra*, section portant sur la réouverture de la preuve à charge.

<sup>372</sup> (1977), 35 C.C.C. (2d) 245.

<sup>373</sup> *R. v. Worth* (1995), 98 C.C.C. (3d) 133. Voir aussi: *R. v. Tanner* (1995), 104 C.C.C. (3d) 77 (C.A. Qué.).

<sup>374</sup> (1990), 58 C.C.C. (3d) 464.

*nor limit?*. »<sup>375</sup>.

Même si la règle de *Worth* diffère de la règle de l'alibi, ces deux règles démontrent sans équivoque que le droit canadien permet au juge des faits de tirer une conclusion défavorable quant à la valeur probante d'un moyen de défense qui n'apparaît pas digne de foi. Ainsi, il appert que le même type de sanctions que l'on retrouverait dans un système où a cours la divulgation réciproque n'amènerait aucune difficulté d'ordre constitutionnel. Outre cela, la validité de ces sanctions laisse clairement voir la portée limitée du principe interdisant l'auto-incrimination puisqu'elles incitent fortement le suspect et l'accusé à participer à la poursuite criminelle.

Enfin, elles illustrent le fait que les tribunaux se livrent sans retenue à des manoeuvres conciliatrices entre la protection contre l'auto-incrimination et le désir de se doter de moyens efficaces pour rechercher la vérité, dans le façonnement du système de procédure criminelle.

Si cette démarche n'est souvent que sous-entendue au sein des instances d'appel provinciales, elle est explicite en Cour suprême. Dans *Hebert*, sept des neuf juges qui ont entendu le pourvoi<sup>376</sup> ont été d'avis que la portée du droit au silence devait être circonscrite puisqu'autrement, les droits du prévenu l'emporteraient de façon beaucoup trop substantielle sur les intérêts de la société:

« Par l'intermédiaire de l'art. 7, la *Charte* tente de restreindre le pouvoir de l'État sur la personne détenue. Elle tente donc d'établir un équilibre entre les intérêts de la personne détenue et ceux de l'État. D'une part, l'art. 7 cherche à protéger la personne visée par le processus judiciaire contre l'emploi inéquitable des ressources supérieures de l'État. D'autre part, il conserve son pouvoir à l'État de porter atteinte aux droits d'un individu à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne pourvu qu'il respecte les principes de justice fondamentale. *Cet*

---

<sup>375</sup> *R. v. Worth*, précité, note 373, 141 (mes italiques). Aussi, dans *R. c. Malcolm*, précité, note 231, 34, la Cour d'appel du Manitoba a affirmé, à titre *d'obiter*, que la règle ne contrevient pas à l'alinéa 11 c) de la *Charte*.

<sup>376</sup> Les juges Wilson et Sopinka, quoique d'accord avec le résultat auquel arrivent les autres membres de la Cour, fournissent des motifs distincts qui divergent en ce qui concerne le moment où le droit entre en jeu et la question de la renonciation au droit, estimant ainsi que le droit devrait se voir conférer une portée plus large.

*équilibre est crucial. Accorder une trop grande importance à l'un ou l'autre de ces objets est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice - dans le premier cas, parce que l'État a fait un usage irrégulier de son pouvoir supérieur contre l'individu et, dans le second parce que l'intérêt légitime de l'État dans l'application des lois a été contrecarré sans raison valable. »<sup>377</sup>.*

Cette façon d'aborder l'interprétation du droit au silence fait qu'il est difficile de déterminer la place occupée par le principe interdisant l'auto-incrimination forcée par rapport à celle occupée par la recherche de la vérité. Malgré la déclaration de principe selon laquelle le suspect a véritablement le droit de choisir, les restrictions au droit peuvent être perçues comme étant particulièrement significatives, de sorte que l'on peut estimer qu'il est suffisamment tronqué pour croire que c'est la recherche de la vérité qui prévaut. D'un autre côté, on peut soutenir que la possibilité de choisir existe pleinement et que lesdites restrictions ont un impact minime puisqu'elles ne représentent en fait que de simples incitatifs qui laissent malgré tout une véritable possibilité de choisir. Par exemple, les policiers ne pourront jamais forcer le suspect à répondre à leurs questions. De même, le juge n'est aucunement obligé de tirer des conclusions défavorables quant à la valeur probante d'un moyen de défense. Sous cet angle, on peut penser que c'est le principe interdisant l'auto-incrimination forcée qui prévaut.

En dernière analyse, cette recherche obsessionnelle de l'équilibre entre le principe interdisant l'auto-incrimination forcée et la recherche de la vérité amène à conclure que la détermination du statut respectif des deux principes contradictoires risque essentiellement de varier en fonction de l'identité de l'observateur. Et, si je suis du nombre de ceux qui croient que la recherche de la vérité se voit accorder une importance accrue par rapport au principe interdisant l'auto-incrimination forcée, on ne peut certes pas parler de transcendance. Dans ces circonstances, le lecteur comprendra qu'il est ardu, à ce stade de l'étude, de se prononcer adéquatement sur la compatibilité des mesures forçant la divulgation réciproque avec le système canadien de procédure criminelle. Bien que l'on

---

<sup>377</sup> *R. c. Hebert*, précité, note 180, 180 (Mes italiques). Voir, par opposition, les propos du juge Wilson concernant la portée du droit de garder le silence: « Je crois que le droit doit recevoir une "interprétation [...] libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*". Il ne convient donc pas qu'on le restreigne en le mettant en balance avec les intérêts de l'État [...]. ».

ne puisse pas affirmer que les éléments qui composent l'obligation de divulgation par la défense sont en tout point compatible avec l'interprétation qui est faite du droit de garder le silence, on ne peut pas non plus parler d'incompatibilité manifeste.

Quoiqu'il en soit, l'examen de la place occupée par le principe interdisant l'auto-incrimination forcée et la recherche de la vérité à l'étape des procédures "déjudiciarisées" est, jusqu'à présent, incomplet. Ainsi, il faut continuer d'étudier la portée conférée aux droits qui donnent ouverture au paragraphe 24(2) de la *Charte* si l'on veut être en mesure d'évaluer correctement la place occupée par chacun de ces deux principes fondamentaux.

### c) Le droit à l'assistance d'un avocat

La violation du droit à l'assistance d'un avocat, comme celle du droit au silence, donne fréquemment ouverture au mécanisme d'exclusion prévu par le paragraphe 24(2) de la *Charte*. D'emblée, il faut dire que le droit à l'assistance d'un avocat ne constitue pas une fin en soi. Sa tâche consiste plutôt à favoriser le respect d'autres droits<sup>378</sup>. À ce sujet la Cour suprême du Canada a été claire: le droit à l'assistance d'un avocat a pour objet principal de promouvoir le traitement équitable de l'accusé dans le processus criminel<sup>379</sup>. Plus précisément, il a pour rôle d'informer la personne détenue ou arrêtée des droits dont elle bénéficie et il vise à conseiller ces gens quant à la meilleure façon d'exercer leurs droits dans chaque circonstance<sup>380</sup>. Concrètement, le droit à l'assistance d'un avocat est destiné à permettre l'exercice du droit au silence et, en fait, la mise en oeuvre du principe interdisant l'auto-incrimination<sup>381</sup>.

Le droit à l'assistance d'un avocat a été consacré à l'alinéa 10 b) de la *Charte* et il se lit ainsi:

Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit.

<sup>378</sup> A.-M. BOISVERT, *loc. cit.*, note 173, 660.

<sup>379</sup> *Clarkson c. La Reine*, précité, note 180. 394-396.

<sup>380</sup> *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, 1242-1243; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, 191.

<sup>381</sup> *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, 271: « Il est maintenant généralement accepté que l'al. 10b) sert à protéger le privilège de ne pas s'incriminer, un précepte fondamental de notre système de justice criminelle que les membres de notre Cour ont reconnu comme "principe de justice fondamentale" sous le régime de l'art. 7 de la *Charte*. ».

**(1) L'information au droit à l'assistance d'un avocat**

Selon l'alinéa 10 b), l'individu qui est détenu ou en état d'arrestation doit être informé sans délai de son droit d'avoir recours à un avocat<sup>382</sup>. Pour la Cour suprême, l'expression "sans délai" ne signifie pas "dès que possible", ni "jusqu'à ce que les agents aient la situation bien en main". À moins de circonstances exceptionnelles et sauf si la sécurité des policiers est menacée, le droit à l'avocat doit être communiqué immédiatement<sup>383</sup>.

En outre, la mise en garde que servent les forces constabulaires lors de l'arrestation ou de la mise en détention doit faire état de la possibilité pour le suspect de bénéficier de l'aide juridique s'il y a droit. De même, la personne détenue doit apprendre qu'elle est en droit d'avoir recours aux avocats de garde, si un tel service est disponible, lesquels ont pour devoir de lui fournir des conseils juridiques temporaires concernant sa situation immédiate, et ce peu importe l'état de ses revenus<sup>384</sup>.

Enfin, si l'objet de la détention change de façon significative au cours de

---

<sup>382</sup> Le paragraphe 24(2) pourra entraîner l'exclusion d'une preuve auto-incriminante obtenue suite au défaut de respecter cette obligation. Dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, une majorité de juges de la Cour suprême a décidé que la preuve de l'alcoolémie d'un individu, prélevée en vertu de l'article 254(3) du *Code criminel* (le par. 235 à l'époque), devait être écartée puisque les policiers n'avaient pas informé le détenu de son droit à l'assistance d'un avocat.

<sup>383</sup> *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, 1163-1164. Voir toutefois, *R. c. Kelly* (1985), 17 C.C.C. (3d) 419 (C.A.O.), autorisation d'en appeler à la Cour suprême refusée à [1986] 1 R.C.S. x.

Il faut aussi savoir que le droit de recourir sans délai aux services d'un avocat du moment qu'il y a détention peut être restreint par une règle de droit en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de la *Charte*. Ainsi, dans l'affaire *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, on a décidé que le fait de sommer un individu de fournir un échantillon d'haleine selon l'article 254(2) du *Code criminel* (le par. 234.1 à l'époque) entraîne une détention et que l'individu a alors droit à l'assistance d'un avocat. Cependant, on a conclu qu'en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de la *Charte*, le droit à l'avocat est suspendu lorsqu'il s'agit de faire passer le test A.L.E.R.T. au bord de la route. Voir aussi: *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621 et *R. v. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118 (C.A.O.).

<sup>384</sup> *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, 206 et 213; *R. c. Bartle*, précité, note 380; *R. c. Prosper*, précité, note 381; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343, 350.

À ce titre, il peut être intéressant de savoir que la Cour suprême a statué, aux pages 210-211 de *Brydges*, que devaient être exclues du procès, en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte*, les déclarations obtenues suite à la violation du devoir d'information concernant les avocats de garde et l'aide juridique. Il en fut de même, dans l'arrêt *Bartle* (p. 218-219), en ce qui a trait aux résultats d'alcoolémie obtenus en vertu du paragraphe 254(3) C. cr..

l'enquête, le suspect doit être informé à nouveau de son droit de consulter un avocat, même s'il en a déjà joint un à propos de l'infraction qu'on lui reprochait au départ<sup>385</sup>.

Par ailleurs, il faut savoir qu'il existe une limite au devoir d'information. Les policiers ne sont pas tenus de s'assurer que la mise en garde est bien comprise par l'individu détenu ou arrêté<sup>386</sup>.

Une fois qu'un individu a été informé de son droit d'avoir recours aux services d'un avocat, deux choix s'offrent à lui. Il peut renoncer à l'exercice de ce droit ou s'en prévaloir.

## (2) *La renonciation à l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat*

S'il est rare que le suspect puisse valablement renoncer à son droit d'être informé de son droit à l'assistance d'un avocat<sup>387</sup>, il lui est plus facile de renoncer à l'exercice même du droit à l'assistance d'un avocat.

Dans *R. c. Clarkson*<sup>388</sup>, la Cour suprême a déclaré qu'il est possible de renoncer à l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat en autant que cela soit fondé « sur une

<sup>385</sup> *R. c. Black*, précité, note 327 et *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869. Dans la première affaire, l'accusée avait été arrêtée pour avoir commis une "agression à coup de couteau". Néanmoins, le décès de la victime a fait en sorte que madame Black était désormais détenue pour avoir commis un meurtre. Cela a amené la Cour suprême à juger que la détenue devait être informée à nouveau de son droit à l'assistance d'un avocat. Dans *Evans*, le détenu avait été arrêté pour possession de stupéfiant et, au cours de son interrogatoire, on en vint à le soupçonner de meurtre. Ainsi, la déclaration auto-incriminante fournie par monsieur Evans a été exclue des procédures en raison, notamment, du fait qu'une nouvelle mise en garde ne lui avait pas été faite suite au changement important de la nature de l'enquête à son sujet. Pour la Cour, cela avait entraîné la violation du droit à l'avocat. Voir aussi: *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145.

<sup>386</sup> *R. c. Bartle*, précité, note 380, 193. Cependant, pour reprendre les propos du juge McLachlin, « [...]lorsque, comme en l'espèce, il y a des signes concrets que l'accusé ne comprend pas son droit à l'assistance d'un avocat, les policiers ne peuvent se contenter de la récitation rituelle de la mise en garde relative à ce droit de l'accusé; ils doivent prendre des mesures pour faciliter cette compréhension. »: *R. c. Evans*, précité, note 385, 891.

Il est à noter que ces propos ont été tenus dans un contexte particulier. Evans, l'appelant, avait dit aux policiers qui avaient procédé à son arrestation qu'il ne comprenait pas la mise en garde qui lui était faite. De plus, il avait un quotient intellectuel situé au-dessous de la normale. Dans ces circonstances, il ne faudrait probablement pas croire que les propos du juge McLachlin tempèrent significativement la règle selon laquelle les policiers ne sont pas obligés de s'assurer que la mise en garde est bien comprise par le détenu.

<sup>387</sup> *Infra*, note infrapaginale n° 403.

<sup>388</sup> Précité, note 180.

appréciation véritable des conséquences de la renonciation à ce droit. »<sup>389</sup>. Néanmoins, dans les années qui ont suivi la parution de ce jugement, deux restrictions importantes ont été apportées à la règle.

D'abord, bien que les agents de la paix soient sommés de fournir au détenu les motifs de son arrestation ou de sa détention<sup>390</sup>, ils n'ont pas l'obligation de lui faire connaître l'ensemble des détails concernant l'infraction reprochée. C'est la conclusion à laquelle est arrivée la Cour suprême du Canada dans *R. c. Smith (Norman MacPherson)*<sup>391</sup>.

Dans cette affaire, Smith et Goreham se sont bagarrés à la suite d'une discussion houleuse. Après avoir été violemment agressé, Smith a quitté les lieux, menaçant, et il est revenu quelques instants plus tard armé d'un fusil. Séparé de Goreham par une distance d'environ trente mètres, Smith a ouvert le feu en direction de son adversaire, l'atteignant et le tuant sur le coup. Aussitôt, l'appelant s'est enfui et il a été appréhendé par les policiers. Dès lors, ceux-ci l'ont avisé qu'il était en état d'arrestation en raison d'une fusillade qui avait eu lieu chez Goreham, mais à aucun moment ne lui ont-ils dit que la victime était décédée. On lui a communiqué son droit de garder le silence et son droit à l'assistance d'un avocat mais il a décidé de ne pas s'en prévaloir. Il a fait une déclaration incriminante.

La Cour devait donc déterminer si la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat était valide malgré que le suspect n'ait pas été informé de la mort de Goreham. À l'unanimité, la Cour a jugé que la renonciation était valide puisqu'il n'est pas nécessaire que l'inculpé soit mis au courant de l'accusation précise portée contre lui ni même de tous les détails entourant le geste posé. Ce qui importe, c'est qu'il comprenne « d'une manière générale le genre de risque couru lorsqu'il [doit prendre] la décision de ne pas

---

<sup>389</sup> *Id.*, 396.

<sup>390</sup> En effet, l'alinéa 10 a) de la *Charte* prévoit que:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention.

<sup>391</sup> [1991] 1 R.C.S. 714.



avoir recours à l'assistance d'un avocat »<sup>392</sup>.

Un pareil énoncé met en évidence une limite substantielle à la règle de *Clarkson*. En effet, c'est un truisme d'affirmer qu'il est malaisé d'apprécier véritablement les conséquences de la renonciation à une protection offerte par la loi si l'on connaît mal le risque couru, c'est-à-dire la situation juridique dans laquelle on se trouve. Dans ce contexte, on doit reconnaître, comme le faisait remarquer une auteure, que « les exigences minimales en matière d'information [...] influent à la baisse sur [l]e critère [de *Clarkson*]. »<sup>393</sup>.

La seconde limite apportée à la règle de *Clarkson* a été formulée dans *R. c. Whittle*<sup>394</sup>. Dans cet arrêt, le plus haut tribunal du pays a décidé qu'une capacité cognitive limitée suffit pour fonder une renonciation valide au droit à l'assistance d'un avocat. Pour le juge Sopinka, qui écrit au nom de la Cour, la capacité cognitive limitée est la même que celle dont il est question lorsque vient le temps de contrôler la validité de la renonciation du droit de conserver le silence. Sans plus, l'accusé doit comprendre la teneur de ses propres paroles et il doit savoir qu'elles pourront servir de preuves contre lui<sup>395</sup>. Ainsi, on a jugé qu'il n'est pas nécessaire que l'accusé ait une capacité d'analyse lui permettant de faire un choix qui soit bon et qui soit dans son intérêt<sup>396</sup>.

Pourtant, un esprit analytique apparaît indispensable pour que la règle de la renonciation formulée dans *Clarkson* puisse être applicable. En effet, dans la mesure où un suspect peut exercer son droit à l'avocat ou y renoncer, il faut reconnaître qu'un choix

---

<sup>392</sup> *Id.*, 729.

Cette décision demeure néanmoins difficilement conciliable avec l'arrêt *Black*, précité, note 276. On se souviendra que, dans cette affaire, la Cour a statué que l'on ne peut valablement exercer le droit à l'avocat que si l'on connaît l'ampleur du risque couru. À cet effet, on a aussi déclaré que l'accusée avait été empêchée d'exercer pleinement son droit à l'assistance d'un avocat puisqu'elle ne savait pas qu'elle était détenue pour une infraction de meurtre au premier degré. Toutefois, madame Black savait pertinemment qu'elle avait agressé la défunte à l'aide d'un couteau. Et, dans ces circonstances, il est tout à fait raisonnable de prévoir que la mort peut parfois s'ensuivre. Dans *Smith*, l'accusé avait fait feu en direction de la victime et il ne savait pas non plus qu'elle était décédée. La Cour a cependant jugé qu'il n'avait pas à savoir que la victime était morte puisque c'était un résultat prévisible. Comment donc peut-on distinguer ces deux affaires?

<sup>393</sup> A.-M. BOISVERT, *loc. cit.*, note 173, 671.

<sup>394</sup> Précité, note 347.

<sup>395</sup> *Id.*, 939 et 942. Voir aussi *Supra*, pp. 115 et ss..

<sup>396</sup> *R. c. Whittle*, précité, note 347, 939 et 942.

s'offre à lui. Or, pour que le choix soit éclairé, qu'il soit fait en toute connaissance des conséquences, il faut que la personne à qui il échoit soit en mesure d'évaluer les différentes options qui s'offrent à elle. Cela suppose que le suspect ait la capacité de développer une pensée abstraite et la capacité d'extrapoler puisqu'autrement il ne sera pas en position de prévoir les conséquences qui découleront de son choix et il ne pourra alors faire de véritable choix. De même, sans esprit analytique, il ne pourra certes pas examiner les différentes conséquences qui découleront de son choix afin de déterminer laquelle est la plus conforme à ses désirs et ses valeurs.

En somme, les décisions judiciaires concernant la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat sont à l'image du reste de la jurisprudence de la Cour suprême: la poursuite d'un équilibre entre la protection contre l'auto-incrimination et la recherche de la vérité. Si le critère formulé dans l'arrêt *Clarkson* rendait difficile la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat et qu'il tendait ainsi à assurer une certaine protection contre l'auto-incrimination, les limites apportées par les arrêts *Smith* et *Whittle* marquent un recul par rapport à la position initiale de la Cour. En fait, c'est à croire qu'elle a jugé être allée trop loin, avec *Clarkson*, dans le sens de la protection contre l'auto-incrimination et qu'elle a ensuite tenté de rétablir la balance dans les deux décisions subséquentes. En tout état de cause, il appert que la Cour a repris d'une main ce qu'elle avait donné de l'autre et ce n'est d'ailleurs pas sans raison que la rhétorique des juges sur le droit à l'avocat a déjà été qualifiée de "double discours"<sup>397</sup>.

Au demeurant, le simple fait d'avoir la faculté de renoncer au droit à l'assistance d'un avocat est assez révélateur de cette quête d'équilibre entre la recherche de la vérité et la protection contre l'auto-incrimination. L'objectif premier du droit à l'avocat est,

---

<sup>397</sup> La professeure Boisvert arrivait à une conclusion similaire:

« La jurisprudence relative à la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat laisse en définitive la désagréable impression d'un double discours. D'une part on affirme que la renonciation à ce droit ne sera valide que si elle a été faite en toute connaissance des conséquences. De l'autre, on se contente de présumer que l'accusé est en mesure, à moins de circonstances exceptionnelles, de comprendre la gravité du risque qu'il court sans qu'il ne soit nécessaire de lui fournir trop de détails. De plus, une capacité cognitive limitée suffit pour activer la présomption de connaissance des conséquences. ».

A.-M. BOISVERT, *loc. cit.*, note 173, 674-675.

comme on l'a vu déjà, de faire en sorte que l'accusé soit informé de son droit de garder le silence et, de façon plus générale, de prévenir sa mobilisation contre lui-même. Dans *R. c. Bartle*<sup>398</sup>, le juge Lamer écrivait que le droit d'avoir recours aux services d'un avocat est donné à un détenu en raison du fait que la détention l'entraîne dans une position désavantageuse par rapport aux pouvoirs de l'État, qu'il risque de s'incriminer et qu'il faut le protéger contre une telle éventualité<sup>399</sup>. Pour sa part, la juge L'Heureux-Dubé affirmait, dans *R. c. Simmons*<sup>400</sup>, que le droit à l'assistance d'un avocat vise à « prévenir les aveux faits par ignorance ou obtenus par contrainte. »<sup>401</sup>.

Si l'on voulait demeurer conséquent avec ces prononcés judiciaires, il devrait être juridiquement impossible de renoncer au droit à l'avocat. À moins d'être juriste et peut-être même avocat criminaliste, les gens ne savent pratiquement jamais qu'ils peuvent demeurer silencieux face aux questions des policiers. De plus, ils ne sont pas conscients du fait que les déclarations qu'ils estiment être disculpatoires peuvent en fait servir de preuve contre eux<sup>402</sup>. Seul un avocat peut informer l'accusé du risque qu'il court et être en position pour évaluer de façon réaliste sa situation. Comment, dans ce contexte, est-il alors logiquement possible de renoncer au droit à l'assistance d'un avocat « en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation

---

<sup>398</sup> Précité, note 380.

<sup>399</sup> *Id.*, 191.

<sup>400</sup> [1988] 2 R.C.S. 495.

<sup>401</sup> *Id.*, 539. D'ailleurs, le juge Marshall de la Cour d'appel de Terre-Neuve dans, *R. v. Hawkins* (1992) 72 C.C.C. (3d) 524, p. 541-542, écrivait:

« The principal purpose of s. 10b), indeed its very essence, is to protect a detained person against himself or herself. Viewed as complementary to the right of silence, it recognizes that a person subject to detention by the state, may elect to speak voluntarily to the authorities but, in doing so, be blissfully unaware that he or she is making prejudicial statements.

[...] The right to consult counsel is clearly designed to protect the unsuspecting citizen who might unwittingly make statements to his or her detriment. ».

Cette décision a été infirmée par la Cour suprême du Canada, pour d'autres motifs toutefois, à [1993] 2 R.C.S. 157.

<sup>402</sup> L'arrêt *Hawkins* fournit un excellent exemple de cela. Voir *Infra*, pp. 140 et ss.

sur ces droits »<sup>403</sup>?

Si le droit au silence était absolu, une telle restriction au droit à l'assistance d'un avocat porterait peu à conséquence mais, puisqu'il n'en est pas ainsi, on doit conclure que la possibilité de renoncer à cette garantie juridique constitue, en elle-même, un compromis évident entre la protection contre l'auto-incrimination et la recherche de la vérité.

### (3) *L'exercice du droit à l'assistance d'un avocat*

Si le suspect indique qu'il veut se prévaloir de son droit à l'assistance d'un avocat, deux obligations incombent aux policiers. En premier lieu, ils doivent lui donner une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat<sup>404</sup>. Deuxièmement, ils doivent s'abstenir de l'interroger ou de tenter de lui soutirer quelque élément de preuve jusqu'à ce qu'il ait pu exercer son droit à l'avocat<sup>405</sup>. En vertu de l'alinéa 24(2), plusieurs

---

<sup>403</sup> *Clarkson c. La Reine*, précité, note 180, 395.

Dans *Bartle*, précité, note 380, à la page 204, le juge Lamer passait une remarque semblable concernant la quasi impossibilité de renoncer au droit d'être informé du droit à l'assistance d'un avocat:

« Dans le cas du volet information de l'al. 10 b), pour qu'une personne renonçant au droit le fasse en "pleine connaissance", elle doit être déjà pleinement informée des renseignements qu'elle est en droit de recevoir. On ne peut certainement pas dire qu'une personne possède une "pleine connaissance" de ses droits si elle renonce au droit d'être informée de quelque chose sans savoir ce dont elle a le droit d'être informée. Pour ce motif, si une personne détenue indique qu'elle ne désire pas entendre lecture des renseignements figurant sur la mise en garde habituelle que la police est tenue de donner en vertu de l'al. 10 b), ce fait ne constituera pas en soi une renonciation valide au volet information de l'al. 10 b). ».

Puisque l'on ne peut renoncer au droit d'être informé du droit à l'assistance d'un avocat parce que l'on ne peut alors savoir exactement à quoi l'on renonce, il est plutôt singulier de pouvoir renoncer au droit à l'avocat comme tel puisque, ce faisant, on ne sait pas non plus à quoi l'on renonce.

<sup>404</sup> Dans *R. c. Manninen*, précité, note 380, 1242, la Cour suprême a imposé aux policiers de fournir un appareil téléphonique au détenu lorsqu'il y en a un de disponible. De même, les tribunaux ont décidé que les policiers doivent lui fournir un annuaire téléphonique pour qu'il puisse rejoindre un avocat: *R. c. Young* (1993) 12 O.R. (3d) 529. Enfin, le droit à l'assistance d'un avocat implique qu'il puisse être exercé dans la confidentialité: *R. c. Young* (1988), 38 C.C.C. (3d) 452 (C.A. N.-B.); *R. c. Gilbert* (1988), 61 C.R. (3d) 149 (C.A.O.); *R. c. Miller* (1991), 1 C.R. (4th) 57 (C.A. T.-N.).

<sup>405</sup> *R. c. Manninen*, précité, note 380, 1241-1242.; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, 10-13; *R. c. Bartle*, précité, note 258, 192. Dans *R. c. Brydges*, précité, note 384, 203, le juge Lamer affirmait: « La deuxième obligation comporte notamment l'interdiction faite aux policiers de forcer la personne détenue à prendre une décision ou à participer à quelque chose qui pourrait finalement avoir un effet préjudiciable sur un éventuel procès, jusqu'à ce que cette personne ait eu une possibilité raisonnable d'exercer son droit à l'avocat. ».

éléments de preuve auto-incriminants ont été écartés des procédures alors que les policiers n'avaient pas respecté ces obligations<sup>406</sup>.

Néanmoins, le prévenu doit faire preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de son droit. Autrement, l'obligation qu'ont les policiers de surseoir à l'enquête sera suspendue<sup>407</sup>. Quant au fait de savoir si le détenu a été ou non diligent, il faut évaluer l'ensemble des circonstances et, notamment, le caractère urgent de l'enquête<sup>408</sup>.

Dans l'arrêt *Black*, la Cour suprême a décidé que l'appelante avait fait preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de son droit à l'assistance d'un avocat. Dans cette affaire, madame Black a communiqué avec son avocat après avoir été interceptée pour tentative de meurtre. Néanmoins, suite au décès de la victime, on l'a inculpé de meurtre. Conséquemment, elle a demandé à parler à son avocat une seconde fois. Puisqu'il était

Toutefois, il est important de noter que lorsque les policiers ont informé le prévenu de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et qu'en l'absence d'éléments de preuve indiquant qu'il n'a pas compris ce droit, les forces constabulaires n'ont aucune obligation corrélative jusqu'à ce que l'accusé indique qu'il désire avoir recours aux services d'un avocat. De cette façon, ils ne sont pas contraints de fournir au détenu une possibilité raisonnable d'avoir recours à un avocat et rien ne les empêche de tenter de lui soutirer des éléments de preuve incriminants: *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537, 540.

<sup>406</sup> Ainsi, dans les affaires *Manninen*, précité, note 380; *Clarkson*, précité, note 180; *Black*, précité, note 327; *Elshaw*, précité, note 320; *Evans*, précité, note 385; et *Burlingham*, précité, note 199, des déclarations incriminantes ont été exclues des procédures en raison du fait que le non-respect de ces obligations a entraîné la violation du droit à l'assistance d'un avocat et que l'accusé a été conscrit contre lui-même suite à cette violation.

Pour les mêmes motifs, dans *R. c. Ross*, précité, note 405, on a écarté la preuve incriminante obtenue au moyen d'une séance d'identification à laquelle ont été contraint de participer les appelants. Dans cette affaire, le juge Lamer, à la page 17 du jugement, tenait les propos suivants:

« Ainsi, bien qu'il ne participe pas à la création d'une "preuve matérielle" d'identité, l'accusé participe bien à la création d'une preuve crédible obtenue au moyen d'une séance d'identification. Un accusé à qui on dit de participer à une séance d'identification avant qu'il n'ait eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat est conscrit contre lui-même puisqu'il est utilisé comme un moyen de créer une preuve aux fins du procès. Une preuve obtenue au moyen d'une séance d'identification n'aurait pu l'être sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès. À mon avis, l'utilisation de cette preuve porte atteinte à l'équité du procès. »

Par contre, on doit noter que le fait pour les autorités de tenter d'obtenir une photographie de l'accusé ou de le filmer après qu'il ait refusé de participer à une parade d'identification ne constitue pas une mobilisation de l'accusé contre lui-même: *R. v. Shortreed* (1990), 54 C.C.C. (3d) 292 (C.A.O.) et *R. v. Parsons* (1993), 84 C.C.C. (3d) 226 (C.A.O.).

<sup>407</sup> *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, 439.

<sup>408</sup> *R. c. Ross*, précité, note 405.

environ 1 h 30 a.m., elle n'a pas réussi à le joindre et elle a refusé de contacter un autre avocat. La Cour a décidé que la détenue avait le droit de contacter l'avocat de son choix et que, parce qu'il n'y avait pas urgence ni délai déraisonnable, les policiers devaient attendre jusqu'au lendemain matin, à l'ouverture des bureaux d'avocats, avant de pouvoir procéder à l'interrogatoire de madame Black<sup>409</sup>.

Dans *R. c. Ross*, la Cour est arrivée à une conclusion similaire. Les appelants, Ross et Leclair, avaient fait valoir leur droit à l'assistance d'un avocat et ils avaient tenté de le contacter. Cependant, comme il était 2 heures a.m., ils n'y sont pas parvenus et ils ont voulu attendre jusqu'au lendemain. Le plus haut tribunal du pays a déclaré que les appelants avaient le droit d'entrer en communication avec l'avocat de leur choix. De même, parce qu'ils avaient été diligents en tentant de joindre leur avocat, parce qu'il n'y avait pas urgence et que le délai d'attente n'était pas déraisonnable, les policiers n'avaient pas le droit de chercher à leur soutirer des éléments de preuve<sup>410</sup>.

L'arrêt *R. c. Smith (Joey Leonard)*<sup>411</sup> laisse toutefois voir une approche moins permissive de la Cour suprême au regard de ce que représente la diligence raisonnable. Dans cette affaire, l'appelant a été arrêté à sa résidence quelque cinq mois après la

<sup>409</sup> *R. c. Black*, précité, note 327, 155.

<sup>410</sup> *R. c. Ross*, précité, note 405, 10-14.

Par ailleurs, si le détenu possède le droit d'avoir recours à l'avocat de son choix, il faut savoir que l'existence d'avocats de garde peut avoir une incidence sur ce que constitue de la diligence raisonnable. En fait, il semble que la période durant laquelle les enquêteurs doivent surseoir à leur enquête soit moins étendue lorsque des avocats de garde sont disponibles dans la localité où est détenu l'individu.

Dans l'arrêt *R. c. Prosper*, précité, note 381, le juge Lamer écrivait, aux pages 269-270:

« [...] l'existence de service d'avocats de garde peut avoir des conséquences sur ce qui constitue, pour une personne détenue, une "diligence raisonnable" à se prévaloir du droit à l'assistance d'un avocat, ce qui influera ensuite sur la durée de la période pendant laquelle les autorités de l'État sont, [...] tenues de "surseoir" à toute mesure pour soutirer à cette personne des éléments de preuve incriminants. L'absence de tels services influera également sur l'évaluation de ce qui, dans les circonstances, constitue une "possibilité raisonnable" de consulter un avocat. L'absence de services d'avocats de garde dans une province ou un territoire ne donnera pas plus de droits, en vertu de l'al. 10b), que ceux dont disposent les personnes détenues dans une province ou un territoire où de tels services existent. Cependant, cette absence servira à étendre la période pendant laquelle une personne détenue peut prétendre avec succès avoir été diligente dans l'exercice de son droit à l'assistance d'un avocat. ».

<sup>411</sup> [1989] 2 R.C.S. 368.

perpétration de l'infraction reprochée. Les policiers lui ont communiqué son droit à l'assistance d'un avocat mais il ne s'en est pas prévalu. Lors du trajet menant au poste de police, Smith a demandé aux policiers de faire plusieurs haltes pour se procurer de menus objets. Deux heures après son arrestation, il a manifesté son désir de communiquer avec un avocat. Les policiers lui ont alors fourni un appareil et un annuaire téléphoniques mais, voyant qu'il était vingt-et-une heures, Smith a décidé d'attendre au lendemain pour téléphoner. Suite à cela, les policiers l'ont interrogé et, malgré son refus constant de répondre aux questions avant de s'être entretenu avec un avocat, ils lui ont soutiré une déclaration incriminante. Par une mince majorité, la Cour suprême a décidé que, bien qu'il n'y ait pas eu urgence, l'accusé n'avait pas fait preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de son droit puisqu'il n'avait même pas tenté de contacter son avocat alors que bon nombre d'avocats criminalistes sont rejoignables en soirée<sup>412</sup>. Les forces de l'ordre n'étaient donc pas obligées de surseoir à l'enquête et la déclaration a été jugée admissible en preuve.

À cet égard, une auteure faisait remarquer que cette limite au droit à l'assistance d'un avocat représente un assouplissement des droits du suspect ou de l'accusé au profit de l'efficacité du processus d'enquête, c'est-à-dire la recherche de la vérité<sup>413</sup>:

« La diligence raisonnable devrait s'apprécier en fonction des circonstances dont a connaissance l'accusé et non en fonction de la connaissance que peuvent avoir certains juges de ce que certains avocats criminalistes travaillent tard le soir. En outre, dans un cas comme celui en cause dans cette affaire, où l'infraction reprochée datait de plus de cinq mois, on peut sérieusement douter de l'urgence d'arrêter et d'interroger le suspect en fin de soirée.

Le fait que les policiers n'aient a surseoir à l'enquête que pendant une période raisonnable, compte tenu des circonstances et de l'urgence à procéder à l'enquête, apporte un tempérament important au droit à l'assistance

---

<sup>412</sup> *Id.*, 385-386.

<sup>413</sup> Il faut bien comprendre que "l'efficacité du processus d'enquête" signifie "la recherche de la vérité". En effet, pour qu'une enquête soit efficace, il faut essentiellement donner aux agents de l'État les pouvoirs qui leurs sont nécessaires afin de recueillir le plus grand nombre possible d'éléments de preuve pour que l'on puisse parvenir à la vérité factuelle et être ainsi en mesure de statuer correctement sur l'innocence ou la culpabilité de l'accusé.

d'un avocat. En effet, si l'objet de ce droit vise à garantir l'équité du processus d'enquête alors que les intérêts juridiques du suspect sont en péril, il est difficile de voir que son besoin d'être informé de ses droits et des moyens de les faire valoir s'éteindra avec le seul écoulement du temps. [...] En définitive, il faut reconnaître que l'imposition d'un devoir de diligence raisonnable au suspect dans l'exercice de ses droits constitue une immense concession à l'efficacité du processus d'enquête. »<sup>414</sup>.

Qui plus est, ce que la Cour considère être une enquête urgente laisse voir le même genre de concession entre la protection contre l'auto-incrimination et la recherche de la vérité. Dans *R. c. Strachan*<sup>415</sup>, quatre agents de police munis d'un mandat de perquisition se présentèrent à la résidence de l'appelant pour y effectuer une fouille. Dès son arrivée, l'agent responsable fit lecture aux occupants de leur droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Monsieur Strachan affirma aussitôt qu'il voulait contacter son avocat. Toutefois, les policiers l'empêchèrent de téléphoner en lui disant qu'il pourrait le faire uniquement lorsque la situation serait "bien en main". Ce n'est donc que quelques heures plus tard, après que la résidence eut été fouillée et que les suspects furent interrogés qu'il fut permis aux détenus de parler à leur avocat. Parce que la situation a été jugée dangereuse - il y avait plusieurs personnes dans l'appartement et les policiers savaient que des armes à autorisation restreinte s'y trouvaient - la majorité de la Cour a été d'avis qu'il n'y avait pas eu, à ce moment, de violation du droit à l'assistance d'un avocat<sup>416</sup>.

Par ailleurs, le juge Wilson a estimé, en dissidence, que les policiers avaient porté atteinte au droit à l'avocat. Ses propos laissent d'ailleurs voir en quoi l'approche de la

---

<sup>414</sup> A.-M. BOISVERT, *loc. cit.*, note 173, 684.

<sup>415</sup> Précité, note 316.

<sup>416</sup> *Id.*, 999. Il faut cependant mentionner qu'aucune déclaration incriminante ne fut obtenue.

Il est toutefois à noter que le juge Lamer a affirmé dans *R. c. Prosper*, précité, note 381, que le fait de devoir procéder rapidement à la cueillette d'échantillon d'haleine pour pouvoir bénéficier de la présomption prévue à l'article 258(1)c)(ii) du C. cr. ne constitue pas une urgence qui permet de passer outre au droit à l'avocat. Voici ce qu'exprimait le magistrat:

« Une urgence comme celle qui est visée par notre Cour dans des arrêts comme *Manninen*, précité, et *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, ne naît pas de la seule recherche d'efficacité en matière d'enquête et d'établissement de la preuve [...]. »



majorité amène la diminution de la protection contre l'auto-incrimination au profit de la recherche de la vérité:

« On peut facilement constater en l'espèce le danger qu'il y a à percevoir des restrictions ou limites intrinsèques dans le texte et l'objet clairs et nets de l'al. 10b). Après que l'appelant eut été arrêté et privé du droit de communiquer avec son avocat, l'agent Bisceglia s'est mis à lui poser des questions concernant l'usage qu'il faisait des drogues. Ce genre d'interrogatoire, qui vise notamment à obtenir des éléments de preuve incriminants en l'absence d'un avocat constitué, à mon avis, le méfait même que l'al. 10b) cherche à empêcher. »<sup>417</sup>.

En conclusion, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada portant sur le droit à l'assistance d'un avocat montre à quel point les juges du plus haut tribunal du pays sont inlassablement à la poursuite d'un équilibre entre le principe interdisant l'auto-incrimination forcée et la recherche de la vérité. Et, si le discours judiciaire lui-même n'en fait pas état - contrairement à la jurisprudence portant sur le droit au silence et sur la protection résiduelle au sein des procédures judiciaires formelles qui ne sont pas dirigées contre celui qui témoigne - , l'application concrète des décisions judiciaires le démontre sans équivoque.

En outre, on se trouve confronté au problème qui affecte le droit au silence et les procédures judiciaires formelles qui ne sont pas dirigées contre celui qui témoigne: on ne peut pas dire avec certitude si c'est le principe interdisant l'auto-incrimination forcée ou si c'est la recherche de la vérité qui est privilégiée par la Cour suprême.

Néanmoins, la jurisprudence relative au concept de détention amène à croire que c'est la recherche de la vérité qui prévaut au stade des procédures "déjudiciarisées", quoique, encore une fois, on ne peut pas prétendre qu'elle occupe une place manifestement plus importante que le principe interdisant l'auto-incrimination forcée. En effet, le concept de détention constitue la restriction la plus marquée au droit de conserver le silence et au droit à l'assistance d'un avocat puisque ces deux garanties constitutionnelles ne deviennent opérationnelles qu'au moment où un individu est

---

<sup>417</sup> *Id.*, 1011.

détenu<sup>418</sup>. Par conséquent, le concept de détention limite leur application et, du même coup, celui du paragraphe 24(2) de la *Charte*. La protection contre l'auto-incrimination en souffre donc autant.

#### d) Le concept de détention

Dans l'arrêt *R. c. Therens*<sup>419</sup>, la Cour suprême se prononçait pour la première fois sur la portée du mot "détention" prévu à l'alinéa 10 b) de la *Charte*. Il y fut décidé qu'une détention « [...] vise une entrave à la liberté autre qu'une arrestation par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat »<sup>420</sup>. Pour le juge Le Dain, la détention peut avoir lieu dans trois cas. D'abord, il y a détention à la suite d'une privation de liberté par contrainte physique. Ensuite, il y a détention dans tous les cas où un agent de l'État restreint la liberté d'action d'un individu au moyen d'une sommation qui peut entraîner des conséquences juridiques. Enfin, il y a détention dès que la personne acquiesce à la privation de liberté en croyant raisonnablement qu'elle ne possède pas le choix d'agir autrement<sup>421</sup>.

---

<sup>418</sup> En ce qui concerne le droit au silence, c'est *R. c. Hebert*, précité, note 180, 184, qui le prévoit.

Il est toutefois intéressant de noter la dissidence des juges Sopinka et Wilson sur cette question (et non sur l'issue du pourvoi). Cette dernière affirmait, à la page 190: « En toute déférence, je partage l'opinion de mon collègue le juge Sopinka que, s'il doit réaliser l'objet qu'on a clairement voulu qu'il réalise, le droit de garder le silence doit prendre naissance chaque fois que le pouvoir coercitif de l'État vient à être exercé sur le citoyen. Je crois que cela peut bien avoir lieu avant la détention et s'étendre à l'interrogatoire d'un suspect par la police. ».

En ce qui a trait au droit à l'assistance d'un avocat, c'est la disposition constitutionnelle elle-même qui le prévoit:

#### 10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention

- b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit.

Dans la prochaine section, il ne sera pas question de la notion d'arrestation puisque les droits constitutionnels sont limités par le concept de détention et pas uniquement par celui d'arrestation, lequel fait référence à une réalité plus limitée.

À titre informatif seulement, l'arrestation consiste à se saisir physiquement d'une personne en vue de la détenir. Aussi, même s'il n'est pas nécessaire d'utiliser les mots « vous êtes en état d'arrestation », une personne peut être arrêtée par de simples paroles si elle s'y soumet. Voir *R. c. Whitfeld*, [1970] R.C.S. 46.

<sup>419</sup> Précité, note 382. Voir aussi les arrêts *R. c. Trask*, [1985] 1 R.C.S. 655 et *R. c. Rahn*, [1985] 1 R.C.S. 659.

<sup>420</sup> *R. c. Therens*, précité, note 382, 643.

<sup>421</sup> *Id.*, 642-644. Bien que le juge Le Dain ait été dissident quant au résultat du pourvoi, son exposé

S'il n'est sans doute pas nécessaire de considérer longuement ce que peut représenter la contrainte physique<sup>422</sup> ou même la coercition légale<sup>423</sup>, il n'en va pas de même en ce qui concerne la troisième forme de détention, laquelle est beaucoup plus difficile à identifier concrètement que les précédentes<sup>424</sup>.

Dans *Therens*, le juge Le Dain traitait de cette forme de détention dans les termes suivants:

« L'élément de contrainte psychologique, sous forme d'une *perception raisonnable* qu'on n'a vraiment pas le choix, suffit pour rendre involontaire la privation de liberté. Il peut y avoir détention sans qu'il y ait contrainte physique ou menace de contrainte physique, si la personne intéressée se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et *croit raisonnablement* qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement. »<sup>425</sup>.

Afin de déterminer s'il y a effectivement eu détention, il s'agit essentiellement

portant sur le concept de détention a été accepté par l'ensemble des ses collègues. Ses propos ont d'ailleurs été repris à l'unanimité dans *R. c. Thomsen*, précité, note 383.

<sup>422</sup> Il apparaît assez clair que le fait de menotter une personne à dessein de l'amener au poste de police ou d'interroger un individu dans une chambre d'interrogatoire verrouillée par les policiers représentent des cas de détention par contrainte physique. De même, le fait d'être soumis à une fouille à nu aux douanes représente certainement un cas de détention par contrainte physique. À ce titre, voir: *R. c. Simmons*, précité, note 400 et *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, 558: « À mon avis, cela indique que la décision de fouiller l'appelant et de le soumettre à une fouille à nu, si nécessaire, avait déjà été prise lorsque l'appelant est entré dans la salle d'interrogation. L'appelant était clairement soumis à une contrainte. Il ne lui était pas loisible de refuser d'être fouillé, ni de poursuivre sa route. ».

<sup>423</sup> À ce chapitre, l'ordre de fournir des échantillons d'haleine constitue de la détention puisque le refus de s'exécuter entraîne automatiquement la perpétration d'une infraction, ce qui rend alors l'obéissance à la sommation involontaire, et la même conclusion peut être tirée de l'obéissance à une sommation dont la désobéissance entraînerait une accusation d'entrave à la justice: *R. c. Therens*, précité, note 382, 643. Par ailleurs, les fouilles à nu effectuées aux douanes représentent une détention en raison du fait que le refus de s'y soumettre constitue, par le fait même, une infraction à la *Loi sur les douanes*: *R. c. Simmons*, précité, note 400, 521.

<sup>424</sup> Comme l'expliquait le juge Gonthier dans *R. c. Schmantz*, [1990] 1 R.C.S. 398, à la page 415:

« La notion de détention a évolué depuis l'entrée en vigueur de la *Charte* et il n'est pas toujours facile de déterminer dans des circonstances données si, sur le plan juridique, il y a détention et à quel moment elle se produit. Entre la simple enquête à laquelle une personne collabore volontairement et l'arrestation et la détention sous garde de cette personne, il existe un vaste éventail de situations comportant tous les degrés possibles de risque sur le plan juridique dans lesquelles l'État peut placer les individus; dans certains cas, il est loin d'être facile de déterminer le moment précis du début de la détention. ».

<sup>425</sup> *R. c. Therens*, précité, note 382, 644 (mes italiques).

d'examiner des composantes subjectives et objectives. À ce titre, si les tribunaux mettent l'accent sur l'élément subjectif, c'est-à-dire la perception du citoyen qui est en contact avec un policier, la protection contre l'auto-incrimination pourrait être relativement importante. En effet, le citoyen croit généralement qu'il est tenu de se conformer aux ordres des policiers dès leur premier contact avec ces derniers. Si les garanties juridiques s'appliquent dès cet instant, le pouvoir de contrainte des forces constabulaires sera limité à partir du moment même où elles se trouvent en position d'obtenir des éléments de preuve incriminants. La protection contre l'auto-incrimination sera donc favorisée.

Par contre, si l'on insiste principalement sur le critère objectif, c'est-à-dire ce que l'observateur externe juge raisonnable comme perception, le moment où débute la détention pourra être passablement retardé. Conséquemment, le droit de conserver le silence et le droit à l'assistance d'un avocat seront suspendus, les policiers bénéficieront de vastes pouvoirs de contrainte et la protection contre l'auto-incrimination sera diminuée d'autant.

Or, la Cour d'appel de l'Ontario a énoncé une série de critères qui sont généralement pris en considération pour déterminer si un individu est détenu. Ces critères sont les suivants: (1) Quel était le langage utilisé par les policiers? L'individu était-il obligé ou non de suivre l'agent? (2) La personne s'est-elle rendue d'elle-même au poste de police ou a-t-elle été escortée? (3) Après l'interrogatoire, la personne est-elle repartie ou a-t-elle été arrêtée? (4) À quel stade de l'enquête l'interrogatoire a-t-il eu lieu? (5) Avait-on des motifs raisonnables et probables de croire que la personne interrogée était effectivement coupable et cherchait-on à lui soutirer des éléments de preuve incriminants? (6) Les questions des policiers étaient-elles générales et visaient-elles uniquement à recueillir de l'information ou avaient-elles pour but de confronter l'individu à des éléments de preuve incriminants? (7) La personne interrogée croyait-elle être détenue<sup>426</sup>?

La lecture de cette grille d'analyse multifactorielle amène une constatation qui ne

---

<sup>426</sup> *R. c. Moran* (1988), 36 C.C.C. (3d) 225, 258-259. Il faut mentionner que cette grille d'analyse multifactorielle a été élaborée après la parution de certains jugements des cours d'appel, notamment *R. c. Esposito*, précité, note 231 et *R. c. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 263. Conséquemment, on pourrait croire qu'elle n'est pas applicable à l'examen que je fais de ces jugements. Néanmoins, on s'apercevra que les motifs fournis dans ces affaires se retrouvent tous dans la grille d'analyse multifactorielle élaborée dans

peut être occultée: les éléments objectifs sont largement favorisés aux dépens des éléments subjectifs. D'ailleurs, malgré le fait que la jurisprudence n'ait pas toujours fait explicitement référence à ces critères, on s'apercevra que l'objectivité a prévalu substantiellement sur la subjectivité. En conséquence, la protection contre l'auto-incrimination s'est effritée de façon notable.

Dans *R. c. Esposito*<sup>427</sup>, des policiers se sont présentés au domicile de l'appelant pour l'interroger relativement à une série de fraudes effectuées au moyen d'une carte de crédit volée. Quelque vingt minutes après le début de l'entretien, les policiers ont arrêté monsieur Esposito, croyant qu'il était l'auteur des fraudes.

La Cour d'appel devait donc déterminer si l'appelant était détenu, au sens de l'alinéa 10 b) de la *Charte*, lorsque les policiers l'ont questionné à sa résidence.

Plusieurs éléments ont amené la Cour à conclure que le prévenu n'avait pas été détenu et qu'il n'y avait donc pas eu violation de son droit à l'avocat. D'abord, le tribunal a jugé que les questions des policiers n'étaient pas, en elles-mêmes, intimidantes ou contraignantes. Ensuite, il semble qu'Esposito ait été libre de suspendre l'entrevue et d'inviter les policiers à quitter sa résidence puisque, jusqu'à la fin de l'entretien, ces derniers n'avaient pas de motifs raisonnables et probables pour l'arrêter. Enfin, il n'y avait aucune preuve selon laquelle l'accusé se serait senti détenu par les agents de la paix et, surtout, les juges ont estimé qu'aucun élément de preuve n'aurait pu raisonnablement amener le suspect à croire qu'il était détenu<sup>428</sup>.

En outre, la même Cour d'appel a jugé que l'interrogatoire d'un individu qui a lieu au poste de police n'est pas constitutif de détention pour autant. Dans l'arrêt *Bazinet*<sup>429</sup>, le suspect avait pris l'initiative de se présenter au poste de police pour répondre aux questions des policiers. De plus, ceux-ci n'avaient pas, à ce moment, de motifs raisonnables et probables pour l'arrêter. Il n'en a pas fallu plus pour décider qu'il n'y avait pas eu détention<sup>430</sup>.

---

*Moran.*

<sup>427</sup> Précité, note 231.

<sup>428</sup> *R. c. Esposito*, précité, note 231, 101.

<sup>429</sup> *R. c. Bazinet* précité, note 426.

<sup>430</sup> Pour un prononcé similaire à l'affaire *Bazinet*, voir *R. c. Boutin* (1989), 49 C.C.C. (3d) 46

Dans ces deux affaires, l'individu n'était qu'un suspect potentiel, il n'était pas contraint de subir le questionnement des policiers, et ceux-ci ne cherchaient pas d'emblée à lui soutirer des éléments de preuve incriminants. On a donc conclu à l'absence de détention. Toutefois, si les policiers avaient cru que le citoyen interrogé était le coupable recherché et s'ils avaient ouvertement tenté de lui soutirer des éléments de preuve incriminants, la relation contradictoire entre le citoyen et l'État aurait été beaucoup plus évidente. Dans cette optique, on pourrait penser que les jugements des cours d'appel auraient été différents. Les arrêts subséquents laissent cependant voir qu'il en est tout autrement.

Dans *R. c. Hawkins*<sup>431</sup>, la fille d'une amie de M. Hawkins a porté plainte contre ce dernier, affirmant qu'il l'avait agressée sexuellement. Subséquemment, un agent de la paix a contacté l'appelant pour lui communiquer son intention de s'entretenir avec lui concernant l'allégation de la fillette. L'enquêteur et l'appelant ont ensuite poursuivi leur discussion téléphonique pour décider de l'endroit où aurait lieu l'entretien. Il a été convenu que la rencontre aurait lieu au poste de police. Au début de l'entrevue, l'enquêteur a informé l'appelant de son droit de conserver le silence, sans toutefois lui dire qu'il avait aussi droit à l'assistance d'un avocat. Hawkins a fait une déclaration qui se voulait disculpatoire mais qui a été utilisée à des fins incriminantes par la poursuite.

En Cour d'appel, on a décidé qu'il y avait eu détention et que les agents de la paix avaient porté atteinte aux droits constitutionnels du suspect<sup>432</sup>. Pour les juges majoritaires, le fait qu'il n'y ait pas eu d'ordre du policier ne doit pas être décisif lorsque l'on cherche à déterminer s'il y a effectivement eu détention. De même, on a affirmé qu'il est essentiel de reconnaître le caractère intrinsèquement coercitif des interrogatoires et des demandes policières pour conclure qu'un individu ne s'y soumet pas forcément de façon volontaire<sup>433</sup>. Par ailleurs, on a jugé que la présence de ce fait n'est pas, à lui seul,

---

(C.A.Q.).

<sup>431</sup> Précité, note 401.

<sup>432</sup> Précité, note 401, 544. (C.A.)

<sup>433</sup> Les juges majoritaires tenaient les propos suivants:

« It is necessary to go beyond the absence of demand and direction because just as it is generally unrealistic, as *Therens* notes, to regard compliance with a police order as truly voluntary, it must also be

suffisant pour conclure à la détention. En fait, la Cour a décidé qu'il y a détention lorsque le prévenu ne fait plus office de simple suspect mais qu'il devient la cible principale des enquêteurs et que ces derniers cherchent à lui soutirer des éléments de preuve incriminants. Selon les juges majoritaires, c'est à cet instant qu'est créé le rapport contradictoire entre l'État et le suspect et c'est donc à ce moment que celui-ci doit être informé de ses droits constitutionnels<sup>434</sup>.

Même si la Cour d'appel de l'Ontario a conclu à la détention, les motifs invoqués demeurent néanmoins insatisfaisants si l'on cherche à donner sa pleine mesure au principe interdisant l'auto-incrimination. En effet, même si la décision accorde beaucoup plus d'importance à l'aspect subjectif de la troisième forme de détention prévue par le juge Le Dain que ne le font les jugements précédents, elle accorde encore trop d'importance aux facteurs objectifs 5 et 6 de l'arrêt *Moran* que j'ai énumérés antérieurement.

Quoiqu'il en soit, dans un jugement des plus laconiques, la Cour suprême du

illusory, in most instances to regard acquiescence with a police request for an interview to answer an accusation against one as voluntary. It is one thing to say an accused came without objection and quite another that he or she came willingly. No matter how precatory the request or outwardly willing seems the response, compliance will normally be dictated, if not by a feeling of obligation to comply, by a feeling of need to answer the accusation and defend oneself. The mental compulsion and perception of suspension of choice would in my view be present, if not to the same degree as if responding to a demand or direction, at least to an extent which would stretch the bounds of reality to count the response as voluntary.

In this case, the appellant went to the police station knowing the visit was for the purpose of addressing a complaint of serious criminal activity against him. It is fair to assume that he did not submit to this diversion from his daily routine willingly no matter how outwardly voluntary his reaction to the police request may appear. ».

*R. c. Hawkins*, précité, note 401, 540-541 (C.A.). À ce propos, les professeurs Boisvert et De Montigny, dans leur article respectif, déploraient le fait que les cours d'appel ne reconnaissent pas, de façon générale, ce caractère intrinsèquement coercitif des interrogatoires policiers. Voir: A.-M. BOISVERT, précité, note 173, 654 et Yves De MONTIGNY, « L'élargissement du concept de "détention", premier jalon d'une véritable protection contre l'auto-incrimination? », (1990) 31 *C. de D.*, 769, 798.

En droit anglais et américain, on peut aussi consulter les études suivantes sur la question du caractère intrinsèquement coercitif des interrogatoires policiers. En Angleterre, voir notamment: D. J. GALLIGAN, « The Right to Silence Reconsidered », (1988) *Current Legal Problems*, 69, 73-75. Aux États-Unis, voir notamment: Donald A. DRIPPS, « Foreword: Against Police Interrogation - And the Privilege Against Self-Incrimination », (1988) 78 *J. of Crim. L. & Criminology* 699, 700 et 702-711.

<sup>434</sup> *R. c. Hawkins*, précité, note 401, 542-543 (C.A.).

Canada a simplement déclaré que l'appelant n'avait pas été détenu, que ses droits constitutionnels n'avaient, par conséquent, pas été violés et que la déclaration était donc admissible en preuve<sup>435</sup>.

Dans l'arrêt *McIntyre*<sup>436</sup>, l'appelant fut arrêté à la suite du décès d'une religieuse. Dès lors, on lui fit lecture de la mise en garde habituelle selon laquelle il a le droit de garder le silence et de consulter un avocat. McIntyre se prévalut de son droit et il avisa ensuite les policiers qu'il ne ferait aucune déclaration. Malgré cela, les forces de l'ordre eurent recours aux services d'un agent banalisé, le constable Tremblay. Celui-ci se fit passer pour un détenu et il engagea la conversation avec l'appelant afin de lui soutirer des aveux. L'entreprise échoua et McIntyre fut remis en liberté. Quelques mois plus tard, le suspect fut aperçu à Montréal et les policiers décidèrent d'utiliser une seconde fois les services du constable Tremblay. Sa mission consistait à se présenter à McIntyre comme étant impliqué dans des affaires de prostitution, de vente d'armes et de contrebande de cigarettes, et de lui offrir un travail dans cette entreprise. L'emploi était toutefois conditionnel. McIntyre devait démontrer qu'il serait capable de tuer si cela s'avérait nécessaire à la bonne marche des activités clandestines. Néanmoins, il refusa obstinément de fournir quelque détail concernant ses activités antérieures. Malgré tout, les policiers persévérèrent et continuèrent de le questionner spécifiquement à propos de la religieuse assassinée. Après plusieurs jours, et réalisant qu'il n'obtiendrait pas l'emploi autrement, McIntyre passa aux aveux. Il fut alors arrêté et accusé de meurtre.

La Cour suprême devait déterminer si l'on avait porté atteinte au droit de l'appelant de conserver le silence. Elle jugea que le droit au silence de l'accusé n'avait pas été violé en raison du fait que celui-ci n'était pas détenu lorsque les déclarations ont

---

<sup>435</sup> Voici le texte intégral du jugement:

« LE JUGE CORY – Le présent pourvoi est formé de plein droit.

Nous sommes tous d'avis que, d'après les faits de l'espèce, l'intimé n'a pas été détenu. Il s'ensuit qu'il n'a pu y avoir aucune atteinte aux droits que lui garantit l'al. 10 b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le pourvoi est donc accueilli. L'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et la déclaration de culpabilité est rétablie. »

<sup>436</sup> *R. c. McIntyre (M.)* (1993), 135 N.B.R. (2d) 266, conf. à [1994] 2 R.C.S. 480. Pour une affaire similaire, voir: *R. c. Skinner* (1994), 92 Man. R. (2d) 1.



été faites. Pour parvenir à cette conclusion, les juges affirmèrent que les allées et venues de l'appelant n'avaient pas été limitées par les policiers et qu'il n'avait pas été victime de coercition de la part des forces constabulaires<sup>437</sup>.

Pareille décision laisse voir dans quelle mesure le droit au silence et, partant, la protection contre l'auto-incrimination sont limités par le concept de détention. En fait, elle illustre les limites du droit au silence qu'avait posées le juge McLachlin dans l'arrêt *Hebert*. Dans cette affaire, on avait dit que le prévenu n'est pas sous l'emprise de l'État et qu'il n'a pas besoin d'être protégé de celui-ci lorsqu'il est la cible d'opérations policières secrètes<sup>438</sup>.

Ce qui demeure problématique toutefois, c'est que McIntyre a constamment été en relation contradictoire avec l'État. Lorsqu'il a été arrêté pour la première fois, il était définitivement sous la contrainte des autorités: il était emprisonné. Après avoir été relâché, il demeurait toujours l'unique suspect aux yeux des policiers et l'on cherchait franchement à lui soutirer des aveux de culpabilité. Mais surtout, le fait que les forces de l'ordre aient eu recours une seconde fois aux services de l'agent banalisé, qui avait gagné la confiance de McIntyre lors de sa première arrestation, a prolongé ce rapport contradictoire entre l'État et le suspect<sup>439</sup>.

---

<sup>437</sup> *R. c. McIntyre (M.)*, précité, note 436, 277 (C.A.).

<sup>438</sup> Dans l'arrêt *Hebert*, précité, note 180, à la page 184, le juge McLachlin écrivait ce qui suit concernant les restrictions au droit au silence:

« [...], la règle ne s'applique qu'après la mise en détention. Les opérations secrètes qui ont lieu avant la détention ne soulèvent pas les mêmes considérations. La jurisprudence relative au droit de garder le silence n'a jamais étendu à la période qui précède la détention la protection contre les artifices utilisés par les policiers. [...] Les deux situations sont très différentes. Au cours d'une opération secrète qui précède la détention, la personne de qui l'on tente d'obtenir des renseignements n'est pas sous le contrôle de l'État. Il n'y a aucune raison de la protéger du pouvoir supérieur de l'État. Après la détention, la situation est tout à fait différente; l'État prend le contrôle et a la responsabilité de garantir que les droits du détenu sont respectés. ».

<sup>439</sup> C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle est arrivé le juge dissident en Cour d'appel:

« Le procureur de la Couronne a fait valoir devant nous qu'il n'y avait pas eu de violation des droits garantis par la **Charte** en l'espèce car l'appelant, ayant été libéré, n'était plus assujéti au pouvoir supérieur de l'État. Étant parfaitement libre de fraterniser avec les agents banalisés ou de leur parler, la situation était très différente de celle d'une incarcération où le prisonnier ne choisit pas ses compagnons de

Les arrêts *Hawkins* et *McIntyre* laissent donc clairement voir que c'est la restriction de mouvement par les forces constabulaires qui constitue le critère déterminant en ce qui concerne la détention. En effet, que le suspect soit perçu comme étant fort probablement coupable et que les policiers cherchent ouvertement à lui soutirer des éléments de preuve incriminants ne semblent pas faire grande impression aux tribunaux. Il appert que l'on conclut à la détention lorsque le suspect n'est pas libre de ses allées et venues, lorsqu'il est obligé de suivre les agents de la paix. Qui plus est, il semble que la restriction des déplacements doit venir directement des policiers.

Dans *R. c. Miller*<sup>440</sup>, Miller a été accusé de meurtre quelque temps après que les forces de l'ordre aient découvert le corps d'une femme assassinée dans un appartement où un message était tracé à l'aide d'un rouge à lèvres sur un miroir ornant l'un des murs de la résidence. Bien qu'à un certain stade de l'enquête l'inspecteur responsable ait eu des motifs raisonnables et probables pour arrêter l'appelant, il ne le fit pas. Cependant, il informa le suspect de son droit de garder le silence et celui-ci, suivant les conseils de son avocat, déclara qu'il souhaitait ne faire aucune déclaration. L'enquêteur demanda alors au patron de Miller de lui fournir des échantillons d'écriture de l'appelant pour procéder à des analyses typographiques, dans le but avoué d'obtenir la preuve que ce dernier était l'auteur du message laissé sur le miroir. Les échantillons fournis s'avérèrent insuffisants aux fins de l'analyse et l'on s'organisa pour obtenir d'autres échantillons à l'insu du suspect. À la requête des policiers, le patron de Miller demanda alors à son employé de s'exercer à écrire sur des cartons en vue de produire des affiches publicitaires. Miller s'exécuta et les échantillons d'écriture furent remis à l'inspecteur. On arrêta alors Miller car, aux dires des experts, il était celui qui avait tracé le message sur le miroir de la victime.

Pour la Cour d'appel, même si le droit au silence pouvait couvrir la preuve

---

cellule. Je ne suis pas impressionné par cet argument car en l'espèce, l'agent banalisé avait réussi à se faire passer comme criminel et ancien détenu. Ceci lui a permis de gagner la confiance de M. McIntyre en raison d'avoir été placé dans la cellule de celui-ci. Cette ruse, ayant ses débuts lors de l'incarcération, a été poursuivie avec succès par après. ».

*R. c. McIntyre (M.)*, précité, note 436, 282-283 (C.A.).

<sup>440</sup> Précité, note 404.

matérielle, et ainsi s'appliquer aux échantillons d'écriture, il ne pouvait être invoqué en raison du fait que l'appelant n'était pas détenu au moment où il a produit les échantillons<sup>441</sup>. Selon les juges, le simple fait de demander à une personne soupçonnée de la perpétration d'un crime d'effectuer une tâche reliée à son travail dont le produit pourra, ultérieurement, servir de preuve contre elle ne constitue aucunement de la coercition. Qui plus est, malgré le fait que Miller ait été informé de son droit de garder le silence et que les autorités possédaient des motifs raisonnables pour l'arrêter, on ne doit pas conclure à la détention. La Cour a estimé que même à ce moment, il était libre d'aller et venir à sa guise et il pouvait refuser, en toute éventualité, d'acquiescer aux requêtes de son employeur.

À la lumière de ces arrêts, il devient évident que même si l'individu soupçonné est l'unique suspect et même si les policiers cherchent visiblement à lui soutirer des éléments de preuve incriminants, ce ne sera généralement pas suffisant pour conclure à la détention et ainsi permettre la mise en oeuvre des garanties constitutionnelles. En somme, les tribunaux semblent avoir totalement évacué la composante subjective de la troisième forme de détention prévue par le juge Le Dain dans *Therens* pour lui préférer la composante objective. Qui plus est, il appert que cette forme de détention a presque été réduite aux constituantes de la première forme de détention: la détention provenant de la perte de liberté par contrainte physique. Dans ce contexte, il faut avouer que la protection contre l'auto-incrimination devient passablement limitée.

Si certains des jugements précités l'ont démontré, l'arrêt *Schmautz*<sup>442</sup> en est un autre exemple. Après s'être rendus sur les lieux d'un accident, où un délit de fuite avait été commis, deux policiers se sont présentés à la résidence de l'individu qu'ils croyaient fortement être responsable du méfait<sup>443</sup>. Dès leur arrivée, ils lui communiquèrent son droit de garder le silence de même que celui d'avoir recours aux services d'un avocat et

---

<sup>441</sup> *Id.*, 530.

<sup>442</sup> Précité, note 424.

<sup>443</sup> Lorsque les policiers se sont rendus sur les lieux du délit de fuite, ils ont constaté que la voiture accidentée de couleur bronze présentait des marques de peinture jaune à l'endroit où elle avait été heurtée. Et, peu de temps après, au moment où les policiers se sont rendus chez l'appelant, ils ont vu que sa voiture de couleur jaune était abîmée et que des marques de peinture de couleur bronze s'y trouvaient. De plus, le moteur de la voiture était encore chaud.

ils l'interrogèrent aussitôt. Durant l'interrogatoire, les agents de la paix cherchèrent à savoir si le suspect avait consommé des boissons alcoolisées et ils le lui demandèrent sans détours. Monsieur Schmautz répondit par l'affirmative. À la suite de cet aveu, on lui ordonna de fournir un échantillon d'haleine. Il refusa et il fut trouvé coupable de refus d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine.

Ayant à se prononcer sur la régularité de la mise en garde et le moment où débuta la détention, le plus haut tribunal du pays a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'informer le suspect de ses droits constitutionnels avant qu'il ait été sommé de fournir les échantillons d'haleine. Selon la Cour, la détention a débuté au moment où la sommation a été faite.

Cette décision est intéressante puisqu'elle illustre à quel point la protection accordée par le droit au silence et le droit à l'avocat est peu significative. En effet, quoique les forces constabulaires aient fait lecture au suspect de ses droits dès leur arrivée chez lui, elles n'étaient pas obligées de le faire et elles étaient donc en droit de l'interroger et de chercher à lui soutirer des éléments de preuve. Elles y sont d'ailleurs parvenues. Face au questionnement des enquêteurs, monsieur Schmautz a probablement cru qu'il devait répondre<sup>444</sup> ou que ses réponses ne porteraient pas à conséquence<sup>445</sup>. Si les agents de la paix n'avaient pas formulé de questions relativement à la consommation de boissons alcoolisées, ils n'auraient jamais eu les motifs raisonnables nécessaires pour effectuer une demande d'échantillon d'haleine<sup>446</sup> et ils n'auraient jamais obtenu les éléments de preuve incriminants. C'est dire toute l'ampleur de la protection contre l'auto-incrimination en droit canadien<sup>447</sup>!

---

<sup>444</sup> Plusieurs juristes ont déjà fait remarquer que les individus se sentent pratiquement toujours obligés de répondre aux questions que leur posent les policiers. *Supra*, note infrapaginale 433.

<sup>445</sup> Il faut nécessairement exclure la possibilité qu'il ait voulu expier son crime et reconnaître sa culpabilité puisque s'il en avait été ainsi, il n'aurait pas refusé de fournir les échantillons d'haleine.

<sup>446</sup> Article 255(3) C.cr..

<sup>447</sup> Pour une critique similaire concernant le droit au silence et le concept de détention, voir: Tim QUIGLEY et Eric COLVIN, « Developments in Criminal Law and Procedure: The 1989-90 Term », (1991) 2 *S.C.L.R.* (2d) 255, 313-315. À la page 315, ils écrivaient « In the majority view, because Schmautz was not at first detained when he was questioned, he would have had no right to remain silent. Yet the answers he gave provided the necessary reasonable and probable grounds for making a breathalyser demand and clearly were obtained when he was already in an adversarial position with the police. At the least, the police had so recognized this because they had extended him his right to counsel. ».

À l'issue de cette synthèse de l'état du droit canadien concernant le concept de détention, il faut reconnaître qu'il existe véritablement une période pendant laquelle les contacts entre les citoyens et les agents de l'État ne sont pas colorés par le droit au silence et le droit à l'assistance d'un avocat. Conséquemment, les agents de l'État disposent, durant cette période, d'une grande liberté d'action pour obtenir une quantité appréciable d'information et le principe interdisant l'auto-incrimination est alors relégué aux oubliettes. Même si, en 1990, le professeur Yves De Montigny prétendait que la troisième forme de détention proposée par le juge Le Dain dans *Therens* portait en elle les germes d'une véritable révolution du droit criminel au pays<sup>448</sup>, on ne peut que conclure qu'elle n'a jamais eu lieu.

En outre, on peut affirmer sans trop se leurrer que les instances d'appel ont privilégié la recherche de la vérité au détriment de la protection contre l'auto-incrimination en interprétant le concept de détention comme elles l'ont fait. Toutefois, même si l'on est alors en droit de croire que la recherche de la vérité prévaut au stade des procédures "déjudiciarisées", on ne peut conclure pour autant à la compatibilité manifeste du concept de divulgation réciproque avec le système canadien de procédure criminelle.

En effet, l'interprétation du concept de détention peut être isolée de la question de la divulgation par la défense puisque celle-ci aurait lieu à un moment où l'individu est accusé et sous la garde de l'État. Bref, à un moment où il est détenu et où l'ensemble des garanties juridiques s'applique intégralement. Or, en faisant abstraction de la jurisprudence portant sur le concept de détention et en limitant notre observation des procédures "déjudiciarisées" au traitement qui est fait du paragraphe 24(2) de la *Charte*, du droit au silence et du droit à l'assistance d'un avocat, on ne peut dire avec certitude si c'est le principe interdisant l'auto-incrimination forcée ou la recherche de la vérité qui prévaut. Dans ces circonstances, il n'est pas plus facile qu'auparavant de déterminer correctement la compatibilité de la divulgation réciproque avec le système procédural canadien.

---

<sup>448</sup> Y. De MONTIGNY, précité, note 433, 790.

## Section D. Conclusion relative à la participation de l'accusé à la poursuite criminelle

Dans ce chapitre, j'ai tenté de démontrer trois choses. Premièrement, le principe interdisant l'auto-incrimination forcée n'est pas aussi dominant que ce qu'a pu laisser entendre, à certaines occasions, la Cour suprême du Canada. En second lieu, le système canadien de procédure criminelle n'est pas fondé sur une théorie définie de la procédure criminelle, articulée en fonction d'une hiérarchie de principes fondamentaux<sup>449</sup>. Au

---

<sup>449</sup> En ce qui concerne les modèles et théories de la procédure criminelle, on a intérêt à consulter Herbert L. PACKER, « Two Models of the Criminal Process », (1964) 113 *U. of Pa. L. Rev.* 1. Selon ce juriste, il existe, en règle générale, deux façons de concevoir la procédure criminelle. C'est-à-dire que l'on pourrait envisager celle-ci sous l'angle du *Crime Control Model* ou selon le *Due Process Model*. Le premier modèle repose sur la prémisse suivant laquelle la répression des conduites qualifiées de criminelles est la plus importante de toutes les fonctions d'un système de justice pénale. Il met donc l'accent sur l'efficacité, c'est-à-dire qu'il est conçu de façon à ce qu'un très haut pourcentage de contrevenants soient déclarés coupables. Pour ce faire, il doit indubitablement reposer sur la rapidité, laquelle dépend à son tour de l'informalité; et sur la finalité, laquelle cherche à évacuer les opportunités de contestations. Comme l'explique Packer, à la page 10:

« The model, in order to operate successfully, must produce a high rate of apprehension and conviction and must do so in a context where the magnitudes being dealt with are very large, and the resources for dealing with them are very limited. There must be a premium on speed and finality. Speed, in turn, depends on informality and on uniformity; finality depends on minimizing the occasions for challenge. The process must not be cluttered with ceremonious rituals that do not advance the progress of a case. Facts can be established more quickly through interrogation in a police station than through the formal process of examination and cross-examination in a Court; it follows that extrajudicial process should be preferred to judicial processes, informal to formal operations. »

Quant au second modèle, il repose sur la primauté de l'individu et la limitation des pouvoirs que détiennent les agents de l'État. Voici l'aperçu qu'en donne l'auteur à la page 16:

« Power is always subject to abuse, sometimes subtle, other times, as in the criminal process, open and ugly. Precisely because of its potency in subjecting the individual to the coercive power of the state, the criminal process must, on this model, be subjected to controls and safeguards that prevent it from operating with maximal efficiency. According to this ideology, maximal efficiency means maximal tyranny. And, while no one would assert that minimal efficiency means minimal tyranny, the proponents of the Due Process Model would accept with considerable equanimity a substantial diminution in the efficiency with which the criminal process operates in the interest of preventing official oppression of the individual. »

Pour une critique de l'article de Packer, on peut lire: John GRIFFITHS, « Ideology in Criminal Procedure: A Third "Model" of the Criminal Process », (1970) 79 *Yale L. J.* 359. Cet auteur affirme que les modèles de procédure criminelle de Packer, bien que présentés comme étant diamétralement opposés, reposent néanmoins sur le même postulat: celui voulant que la société et le contrevenant présentent des

contraire, en procédant par compromis, le système semble uniquement chercher à atteindre un certain équilibre entre des principes fondamentaux qui s'opposent. Tel qu'on l'a vu, ces principes sont au nombre de deux. D'une part, il y a l'intérêt de la société à se doter de moyens pour combattre efficacement la criminalité, ce qui se traduit fréquemment par l'attribution aux forces de l'ordre de pouvoirs leur permettant de recueillir un large éventail d'éléments de preuve afin de découvrir la vérité. D'autre part, il y a la protection des droits de l'accusé qui s'incarne principalement dans le principe interdisant l'auto-incrimination forcée.

Pour décrire le système de façon imagée, imaginons que l'on soit simplement en présence d'un mouvement continu mais subtil d'un balancier. En effet, même si l'on retrouve deux principes dominants dans le développement perpétuel du système de procédure criminelle canadien et même si l'on peut parfois prétendre que l'un des deux principes est quelque peu privilégié au détriment de l'autre, nul ne pourrait affirmer qu'il y a un principe qui a manifestement préséance sur l'autre et qui fait constamment figure de supérieur hiérarchique<sup>450</sup>. À ce propos, Anne Stalker écrivait ce qui suit:

---

intérêts nécessairement divergeants et irréconciliables. Griffiths soutient donc que Packer ne présente qu'un seul modèle et qu'il serait intéressant d'étudier ou de concevoir la procédure criminelle sous un autre angle, celui en vertu duquel la société et les contrevenants présentent des intérêts conciliables.

Si l'effort de Griffiths est louable et qu'il mérite d'être poursuivi, il est à noter que l'intense émotivité généralement observée dans la mise en oeuvre de la répression de la criminalité laisse supposer qu'il sera difficile d'entrevoir les relations entre l'État et l'individu comme étant véritablement harmonieuses et parfaitement conciliables. Voir *Infra*, pp. 184 et ss..

<sup>450</sup> D'ailleurs, la Cour suprême a souvent rappelé, lorsqu'elle traitait des principes de justice fondamentale à l'article 7 de la *Charte*, que ceux-ci traduisent « [...] toute une gamme d'intérêts qui vont des droits de l'accusé à des préoccupations sociales plus globales. » (voir: *R. c. Seaboyer*, précité, note 165, 603) et qu'ils « représentent nécessairement un *équilibre* entre les intérêts de la société et ceux de l'individu. » (voir: *R. c. O'Connor*, précité, note 2, 458 (mes italiques)).

Ce qui est d'autant plus important, voire capital et déterminant, c'est que l'on a déjà clairement déclaré qu'aucun des droits prévus par la *Charte* ne doit avoir préséance sur les autres. Dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la page 877, le juge Lamer écrivait:

« Il ne conviendrait pas que les tribunaux continuent d'appliquer une règle de common law qui privilégie systématiquement les droits garantis à l'al. 11d) par rapport à ceux que garantit l'al. 2b). *Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la Charte que dans l'élaboration de la common law.* Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, comme cela peut se produire dans le cas d'une interdiction de publication, les principes de la Charte commandent un *équilibre* qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits. » (mes italiques).

« The problem is caused, in most cases, by the simple fact that the Canadian solution is a compromise. Thus, it involves no analytical purity on either side but a pragmatic recognition that the two interests (that of the accused in being given rights and that of the state in investigating and prosecuting crimes) must be balanced. Unfortunately, this provides little satisfaction to anyone except for the person striving mightily to see both sides. Compromises are inherently unsatisfying, especially to the legal mind, because they cannot be pushed to the limit to test their validity. They are about balance, and balance is soft, not hard. Nevertheless, the Supreme Court is showing a willingness to live with softness and not to push their concepts to the limit where there are other interests involved. I wish them luck. »<sup>451</sup>.

---

Même si l'analogie est imparfaite en ce sens qu'il n'est pas question, dans ce dernier passage, de l'auto-incrimination et de la recherche de la vérité, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là de la recherche d'un équilibre entre l'une des garanties juridiques les plus importantes pour l'accusé en droit criminel - le droit à un procès équitable - et un intérêt social primordial - le droit à la libre expression. Il s'agit donc de balancer les intérêts individuels par rapport aux intérêts collectifs, exactement comme c'est le cas lorsqu'il est question de la recherche de la vérité par rapport à la protection contre l'auto-incrimination.

Pour sa part, le professeur Young soutient que, malgré le prononcé de la majorité dans *Dagenais*, la jurisprudence de la Cour suprême dénote effectivement une hiérarchie de droits à l'étape de la procédure d'enquête (ce que j'ai appelé procédures "déjudicialisées"), à la tête de laquelle se trouve le droit de l'accusé de ne pas être contraint de fournir des preuves testimoniales. Alan N. YOUNG, « The Charter, the Supreme Court of Canada and the Constitutionalization of the Investigating Process », dans Jamie CAMERON (dir.), *The Charter's Impact on the Criminal Justice System*, Toronto, Carswell, 1996, 13. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, note 198, 480, la juge Wilson semblait donner raison au professeur Young lorsqu'elle écrivait:

« Il faut en même temps reconnaître l'importance d'établir la vérité dans n'importe quelles autres procédures, qu'elles soient criminelles ou autres. Sinon notre système de justice pourrait être paralysé en raison de l'omission de produire des éléments de preuve importants. *Cet objectif doit toutefois demeurer subordonné à la protection des droits fondamentaux de l'accusé.* » (Mes italiques).

Comme je l'ai cependant démontré jusqu'à présent, cette position est isolée lorsque considérée par rapport à l'ensemble de la jurisprudence traitant des droits de l'accusé et du droit de la société de se doter de moyens efficaces dans sa lutte contre la criminalité. En effet, en considérant les limites imposées au droit au silence et au droit à l'assistance d'un avocat et en tenant compte de la jurisprudence portant sur le concept de détention, il est impossible de conclure que le droit du suspect de ne pas être contraint de fournir des preuves testimoniales incriminantes prévaut d'une quelconque façon sur les intérêts sociétaux.

<sup>451</sup> Anne STALKER, « Developments in Criminal Procedure: The 1994-95 Term », (1996) 7 *S.C.L.R.* (2d) 261, 285. Madame Stalker a tenu ces propos au regard de la relation d'opposition qui existe entre le principe interdisant l'auto-incrimination et la recherche de la vérité dans le contexte particulier et restreint des arrêts *R. c. S.(R.J.)*, précité, note 12 et *R. c. Branch*, précité, note 173. Néanmoins, les propos de l'auteure ne peuvent être confinés au seul contexte de ces deux décisions judiciaires. N'ai-je pas démontré que l'approche de la Cour suprême dans ces deux affaires est à l'image de l'organisation du système canadien de procédure criminelle dans son ensemble, c'est-à-dire une recherche d'équilibre?



Troisièmement, parce que le principe interdisant l'auto-incrimination forcée n'est certes pas dominant et parce que la place occupée par ce principe par rapport à celle qu'occupe la recherche de la vérité n'est pas clairement établie, on ne peut se prononcer avec justesse sur la compatibilité du concept de divulgation par la partie défenderesse au regard du système de procédure criminelle canadien.

Qu'il n'y ait pas de hiérarchie de principes clairement établie s'avérerait moins problématique si, en raison d'une théorie sous-jacente, il était possible de prévoir lequel des deux principes sera, dans une situation donnée, privilégié par rapport à l'autre. Toutefois, il ne semble pas y avoir de telle théorie sous-jacente qui guide la Cour suprême dans l'élaboration du système procédural.

Par exemple, le plus haut tribunal au Canada aurait pu faire une distinction entre les preuves auto-incriminantes matérielles et les preuves auto-incriminantes à portée testimoniale. Les premières auraient pu être systématiquement admises en preuve lors d'un procès alors que les secondes auraient pu être invariablement exclues. Cette solution n'a évidemment pas été retenue<sup>452</sup>.

La Cour aurait aussi bien pu se laisser guider par la fiabilité de la preuve recueillie. Selon cette théorie, les échantillons d'haleine, les substances corporelles prélevées aux fins d'analyses génétiques, les empreintes digitales et dentaires devraient tous être jugés admissibles au procès d'un individu. De plus, les éléments de preuves matérielles découverts à la suite de l'obtention d'une déclaration devraient être admis en preuve, de même que la partie de la déclaration dont la véracité se voit confirmée par la découverte de l'élément matériel. Puisque la situation canadienne ne correspond aucunement à ce que je décris présentement, on doit conclure que ce n'est certes pas la théorie qui oriente la Cour<sup>453</sup>.

---

<sup>452</sup> Dans *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Bartle*, précité, note 380; *R. c. Prosper*, précité, note 381; *R. c. Ross*, précité, note 405 et *R. c. Borden*, précité, note 385, on a exclu des preuves matérielles qui avaient été obtenues par la mobilisation de l'accusé contre lui-même. Pareillement, dans *R. c. Brydges*, précité, note 384; *R. c. Maminen*, précité, note 380 et *R. c. Hebert*, précité, note 180, pour ne nommer que ceux-là, la Cour a écarté des déclarations obtenues à la suite de la mobilisation de l'accusé contre lui-même.

<sup>453</sup> Dans les affaires *R. c. Bartle*, précité, note 380; *R. c. Prosper*, précité, note 381, et *R. c. Therens*, précité, note 382, la Cour suprême du Canada a exclu des certificats d'alcoolémie confectionnés à partir d'échantillons d'haleine prélevés chez un individu.

Dans *R. c. Borden*, précité, note 385, la Cour suprême a jugé inadmissible la preuve du profil

La théorie suivante pourrait être envisagée pour expliquer les différentes prises de position de la Cour: la quantité et la qualité des protections accordées au suspect et à l'accusé sont fonction du degré de conflit observé entre l'État et l'individu. En fait, plus grand est le conflit qui oppose l'État et le citoyen, plus la protection doit être généreuse afin que ce dernier ne soit pas conscrit contre lui-même. Inversement, plus ténue est la relation contradictoire, moins grands doivent être les mécanismes de protection du suspect et de l'accusé.

Une telle thèse permettrait d'expliquer un certain nombre d'éléments. D'abord, on comprendrait pourquoi le principe interdisant l'auto-incrimination forcée est totalement dominant à l'étape des procédures judiciaires formelles directement dirigées contre l'accusé alors qu'il est passablement assoupli à l'étape des procédures "déjudiciarisées" et des procédures judiciaires formelles qui ne sont pas dirigées contre celui qui est appelé à témoigner. De plus, la jurisprudence portant sur le concept de détention s'explique relativement bien sous cet angle. Toutefois, des décisions d'importance trop considérable présentant des incompatibilités marquées avec cette théorie font qu'elle ne peut être retenue.

D'abord, le droit de conserver le silence constitue une protection qui est, somme toute, passablement limitée puisqu'il n'empêche pas les policiers de tenter activement d'obtenir des aveux d'un individu qui a déjà été arrêté sur le fondement de motifs probables et raisonnables<sup>454</sup>. À ce stade de la procédure d'enquête, la relation contradictoire entre l'État et le citoyen est bien établie et la protection constitutionnelle devrait donc être d'envergure, ce qui n'est cependant pas le cas.

Qui plus est, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a laissé entendre, dans *R. c. Van Haarlem*<sup>455</sup>, que les règles relatives au droit de garder le silence prévues par l'arrêt *Hebert*<sup>456</sup> s'appliquent sans différence lorsque l'accusé a une conversation avec un

---

génétique d'un individu, lequel avait été dressé à partir de ses échantillons de substances corporelles.

Dans *R. c. Burlingham*, précité, note 199, la Cour a décidé que l'arme du crime qui avait été découverte à la suite d'une déclaration de l'accusé ne pouvait être déposée en preuve, lors du procès de cet individu. Le même sort a été réservé à la totalité de la déclaration.

<sup>454</sup> *Supra*, p. 112 et ss..

<sup>455</sup> Précité, note 352.

<sup>456</sup> Précité, note 180

agent de la paix entre la tenue de son enquête préliminaire et celle de son procès<sup>457</sup>. Pourtant, la relation contradictoire est, à ce stade, encore plus marquée qu'au moment de l'arrestation. C'est donc dire que la protection fournie par le droit au silence est tout aussi limitée lorsque la relation contradictoire entre l'individu et l'État est manifestement serrée: lorsque l'accusé a déjà été mis en péril.

L'arrêt *Beare*<sup>458</sup> est tout aussi difficile à concilier avec cette théorie. Dans cette affaire, la Cour suprême a décidé que la prise des empreintes digitales d'une personne arrêtée par les autorités ne porte pas atteinte à l'article 7 de la *Charte*<sup>459</sup>. Un tel procédé permet toutefois qu'un accusé soit mobilisé contre lui-même<sup>460</sup> et ce, malgré que la

---

<sup>457</sup> Précité, note 352, 553.

<sup>458</sup> Précité, note 218.

<sup>459</sup> Pour arriver à ce résultat, la Cour se livrait encore à un exercice d'équilibrage, même si le terme *équilibre* n'a pas été employé comme tel. En parlant d'autres procédés qui ont cours lors de l'arrestation ou de la détention tels que la fouille concomitante à l'arrestation, la confiscation de biens, le fait de se servir de la taille, du poids et d'autres marques corporelles de l'accusé pour l'identifier, le juge La Forest écrivait ceci, à la page 404 du jugement:

« Ces mesures sont autorisées parce que la collectivité reconnaît qu'il faut doter la force policière de moyens adéquats et raisonnables d'investigation du crime. La prise d'empreintes digitales doit-elle être assimilée à ces procédés? De nombreuses considérations, nous venons de le voir, plaident en faveur de cette position. ».

Il affirmait aussi:

« Mais il faut rappeler que l'obligation, d'intérêt public, de faire respecter la loi contraint l'individu à se soumettre à d'autres procédures tout aussi déplaisantes. Il est déplaisant d'être accusé d'une infraction, et cela est même désagréable dans les cas de certains crimes, sans parler de la honte de l'arrestation, de la détention et de l'obligation de répondre de l'inculpation au procès. [...] »

Les flétrissures liées à ces aspects ordinaires de l'application de la loi et de la justice criminelle dépassent de loin tout sentiment d'indignité que susciterait la prise d'empreintes digitales. Et pourtant je ne pense pas que, lorsqu'il y a des motifs probables et raisonnables de croire qu'une personne a commis une infraction, on puisse sérieusement soutenir que la soumettre à l'une ou l'autre de ces procédures viole les principes de justice fondamentale. ».

*Id.*, 403.

<sup>460</sup> Le juge La Forest faisait remarquer que la prise d'empreintes digitales est un bon moyen d'identification: « Dans la mesure où la Loi s'applique à une personne sous garde, accusée, mais non reconnue coupable, d'un crime grave, elle a pour objet [...] de permettre d'établir l'identité de cette personne pour trois raisons: (1) pour permettre de déterminer si l'inculpé a commis le crime dans les cas où l'identité de l'auteur du crime est en cause; [...]. » *Id.*, 396. Donc, en ayant le loisir de forcer un prévenu à fournir ses empreintes digitales, on peut le contraindre de fournir la preuve de sa participation à un crime. Voilà pourquoi on peut dire qu'un accusé est ainsi mobilisé contre lui-même.

relation contradictoire soit significative à ce moment. Règle générale, le suspect doit avoir été arrêté sur le fondement de motifs raisonnables et probables pour que les forces constabulaires aient le droit de l'obliger à fournir ses empreintes digitales<sup>461</sup>.

De façon plus importante encore, le quatuor d'arrêts *R. c. S.(R.J.)*<sup>462</sup>, *R. c. Branch*<sup>463</sup>, *R. c. Primeau*<sup>464</sup> et *R. c. Jobin*<sup>465</sup> permet, entre autres choses, qu'une personne dûment accusée et prête à subir son procès soit contrainte de rendre témoignage dans une autre procédure, laquelle porte néanmoins sur les faits mêmes qui ont donné naissance à l'accusation portée contre elle. Et, puisque l'immunité conférée est relativement restreinte dans ces circonstances<sup>466</sup>, la protection contre l'auto-incrimination demeure malgré tout bien mitigée, même si la relation entre le prévenu et l'État est, dans ces cas, des plus contradictoires.

Enfin, selon l'arrêt *Cleghorn*<sup>467</sup> et les autres portant sur la défense d'alibi, un accusé est fortement incité à révéler sa défense d'alibi, préalablement à la tenue de son procès, au risque de voir le juge des faits tirer une conclusion défavorable quant à sa valeur probante. Tel que je l'ai expliqué lorsque j'ai traité de la réouverture de la preuve de la Couronne<sup>468</sup>, la communication de ce moyen de défense peut avoir un effet auto-incriminant important. La protection contre l'auto-incrimination est donc mitigée malgré le fait que l'accusé soit déjà en relation contradictoire serrée avec l'État.

La théorie suivante paraît plus prometteuse: la Cour rejeterait uniquement les preuves obtenues par la mobilisation de l'accusé contre lui-même dans des conditions où une utilisation excessive du pouvoir de contrainte des policiers a eu lieu; lorsque les forces de l'ordre ont fait preuve d'un trop grand ascendant sur le suspect qui se trouvait à leur merci. On chercherait donc seulement à rétablir un équilibre entre les forces qui

---

<sup>461</sup> *Id.*, 408-409. Voir aussi la *Loi sur l'identification des criminels*, L.R.C. (1985), ch. I-1, article 2.

<sup>462</sup> Précité, note 12.

<sup>463</sup> Précité, note 173.

<sup>464</sup> Précité, note 289.

<sup>465</sup> Précité, note 288.

<sup>466</sup> *Supra*, pp. 95 et ss.

<sup>467</sup> Précité, note 5.

<sup>468</sup> *Supra*, voir section portant sur la réouverture de la preuve de la Couronne.

s'opposent.

Plusieurs décisions peuvent être expliquées selon cette thèse. D'abord, elle permettrait de comprendre, jusqu'à un certain point, la jurisprudence portant sur le droit au silence. En effet, la Cour suprême a conféré une certaine marge de manoeuvre aux agents de la paix. Afin d'obtenir une déclaration, ils peuvent exercer une certaine pression sur le suspect appréhendé. Néanmoins, malgré les restrictions qui ont été apportées à ce droit, le fait que les enquêteurs ne peuvent passer outre au droit de choisir du suspect démontre qu'ils ne peuvent utiliser leur pouvoir de contrainte de façon excessive. Comme dans la dernière théorie énoncée ci-haut, c'est uniquement l'excessivité de la contrainte qui est condamnée.

De plus, ladite théorie reflète sensiblement les propos du juge Wilson dans l'arrêt *Clarkson*<sup>469</sup>, selon lesquels il faut, d'une part, chercher à promouvoir le principe de l'équité dans le processus décisionnel et, d'autre part, tenter d'aboutir à la découverte de la vérité sans que les policiers n'abusent du pouvoir qu'ils détiennent<sup>470</sup>. En fait, la théorie expliquerait une grande partie de la jurisprudence relative au droit à l'assistance d'un avocat<sup>471</sup>.

Toutefois, certaines décisions cadrent plutôt mal avec cette théorie. D'abord, le résultat auquel la Cour suprême est parvenue dans l'arrêt *Hebert*<sup>472</sup> est difficilement explicable. On se souviendra que le tribunal de dernière instance n'a pas proscrit l'utilisation des ressources supérieures de l'État. C'est uniquement l'utilisation excessive du pouvoir qui a été prohibée. Or, si le fait de manipuler ouvertement un témoin peu intelligent ou en état d'ébriété avancé et de le forcer à parler dans le but de lui soutirer des aveux de culpabilité peut représenter une utilisation excessive du pouvoir de contrainte<sup>473</sup>, il est difficile de voir en quoi le fait d'avoir recours aux services d'un agent double peut amener la même conclusion. Dans *Hebert*, l'agent banalisé n'a jamais

---

<sup>469</sup> Précité, note 180.

<sup>470</sup> *Id.*, 393-394.

<sup>471</sup> Voir notamment *Clarkson c. La Reine*, précité, note 180; *R. c. Manninen*, précité, note 380; *R. c. Black*, précité, note 327.

<sup>472</sup> Précité, note 180.

<sup>473</sup> Voir notamment *Clarkson c. La Reine*, précité, note 180; *R. c. Black*, précité, note 327; *R. c. Evans*, précité, note 385.

manipulé l'appelant et il ne l'a pas forcé à faire une déclaration.

Ensuite, il est malaisé d'expliquer pourquoi les échantillons d'haleine ont été exclus dans les affaires *Therens*<sup>474</sup>, *Thomsen*<sup>475</sup>, *Bartle*<sup>476</sup> et *Prosper*<sup>477</sup>. Même s'il y a eu violation du droit à l'assistance d'un avocat, il n'y a certes pas eu, dans ces cas, utilisation excessive du pouvoir de contrainte des policiers et l'on ne peut pas dire que la simple violation du droit à l'assistance d'un avocat soit, en elle-même, synonyme d'une utilisation excessive du pouvoir de contrainte des policiers. S'il en était ainsi, il ne serait pas permis aux justiciables de renoncer au droit. Qui plus est, le droit à l'assistance d'un avocat est d'une utilité fort limitée dans ces cas. Ce dernier doit généralement conseiller le suspect de se conformer aux demandes de l'agent. Autrement, le détenu risque de se voir condamné pour avoir refusé d'obtempérer à l'ordre de fournir les échantillons d'haleine<sup>478</sup>. Cette sanction réduit d'ailleurs la possibilité pour les policiers d'utiliser leur pouvoir de façon excessive afin d'obtenir les échantillons d'haleine. Que l'individu se soumette ou non au test, il sera probablement condamné par les tribunaux.

La décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Borden*<sup>479</sup> demeure, elle aussi, difficile à expliquer au regard de la dernière théorie énoncée ci-haut. Dans cette affaire, la Cour a exclu la preuve du profil génétique d'un individu qui avait été dressé à partir d'échantillons de substances corporelles. Dans cette cause, les policiers ont arrêté Borden car ils le soupçonnaient d'avoir commis une agression sexuelle. Après l'avoir informé de son droit à l'assistance d'un avocat, ils lui ont demandé s'il acceptait de fournir des échantillons de substances corporelles afin de déterminer s'il était l'agresseur. L'appelant a consenti d'emblée à ce que les prélèvements soient faits et il s'est d'ailleurs montré très coopératif. Toutefois, on ne lui a pas dit que les échantillons serviraient principalement à déterminer sa participation dans une autre affaire d'agression sexuelle qui s'était produite avant que n'ait lieu celle pour laquelle il avait été arrêté.

---

<sup>474</sup> Précitée, note 382.

<sup>475</sup> Précitée, note 383.

<sup>476</sup> Précitée, note 380.

<sup>477</sup> Précitée, note 381.

<sup>478</sup> Voir art. 254(5) C.cr..

<sup>479</sup> Précité, note 385.

Quoique l'on doive reconnaître que Borden ait été trompé par les agents de la paix et que ses droits constitutionnels aient été violés, on ne peut absolument pas dire qu'il y a eu utilisation excessive du pouvoir de contrainte par les policiers comme dans les arrêts *Clarkson*<sup>480</sup>, *Black*<sup>481</sup> et *Evans*<sup>482</sup>. Au contraire, l'appelant s'est volontairement soumis aux prélèvements. La tromperie représente-t-elle, en soi, une utilisation excessive du pouvoir de contrainte?

Enfin, l'arrêt *Stillman*<sup>483</sup> est une illustration flagrante du fait que la Cour n'écarte pas nécessairement les éléments de preuve auto-incriminants qui ont été obtenus à la suite d'une utilisation excessive du pouvoir de contrainte des policiers. Dans cette affaire, Stillman a été arrêté pour le meurtre d'une jeune adolescente. Dès son arrestation, il a eu recours aux services d'un avocat, lequel a remis aux policiers une lettre signée les informant que son client ne ferait aucune déclaration et ne fournirait aucun échantillon de substances corporelles aux forces constabulaires. L'avocat avait aussi prévenu les policiers que l'appelant ne parlerait aux policiers qu'en sa présence. Malgré ce billet, les policiers ont prélevé des échantillons de cheveux et de poils pubiens, des échantillons de salive et de cellules buccales de même que les empreintes dentaires de l'appelant, en le menaçant de recourir à la force s'il ne coopérait pas.

De plus, les agents de la paix ont longuement interrogé Stillman dans le but d'obtenir une déclaration. Bien qu'il ait résisté aux pressions des policiers, il a sangloté continuellement durant la totalité de l'interrogatoire. À la fin de l'interrogatoire, Stillman s'est mouché et il a jeté le papier-mouchoir dans une poubelle. Un agent de la G.R.C. a aussitôt saisi le papier-mouchoir pour procéder à une analyse génétique à partir des mucosités. Lors de son procès, Stillman a été reconnu coupable de meurtre au premier degré.

La Cour suprême devait déterminer si les éléments de preuve devaient être écartés des procédures parce qu'obtenus dans des conditions qui portaient atteinte aux droits garantis par la *Charte*.

---

<sup>480</sup> Précité, note 180.

<sup>481</sup> Précité, note 327.

<sup>482</sup> Précité, note 385.

<sup>483</sup> Précité, note 199.

Dans un jugement partagé, le plus haut tribunal du pays a écarté la preuve d'ADN confectionnée par le biais des cheveux, des poils pubiens, de la salive et des cellules buccales au motif que l'acquisition de cette preuve représentait une violation grave des droits garantis aux articles 7 et 8 de la *Charte*<sup>484</sup> et qu'elle n'aurait pas pu être obtenue n'eût été la mobilisation de l'appelant contre lui-même<sup>485</sup>. En fait, la Cour a explicitement reconnu que les policiers ont abusé de leur pouvoir<sup>486</sup> et que le contrôle des actions policières est nécessaire au maintien de la démocratie<sup>487</sup>. Si de tels propos montrent sans équivoque que la Cour endosse la dernière théorie énoncée ci-haut, le reste du jugement est tout à fait incompatible avec cette dernière.

En effet, une majorité de juges a décidé que l'empreinte génétique obtenue par les mucosités contenues dans le papier-mouchoir ne devait pas être exclue du procès puisque son utilisation ne risquait pas de déconsidérer l'administration de la justice en raison du fait que la violation de l'article 8 de la *Charte* n'était pas grave et que le papier-mouchoir aurait pu être obtenu de toute façon<sup>488</sup>. Ce résultat est toutefois curieux compte tenu du fait que la Cour a reconnu que, lors de la détention, le corps humain continue de fonctionner normalement et que les policiers ne peuvent alors obtenir les substances corporelles que parce que l'individu est sous leur garde<sup>489</sup>. En somme, on n'aurait pas pu obtenir les éléments de preuve autrement que par la participation involontaire de l'accusé<sup>490</sup>. Ce qui demeure toutefois le plus problématique, c'est qu'en permettant au poursuivant d'utiliser cette preuve, la Cour laisse clairement voir que les éléments de

---

<sup>484</sup> *Id.*, 642-644.

<sup>485</sup> *Id.*, 672-673.

<sup>486</sup> *Id.*, 642. La Cour écrivait: « Néanmoins, en l'absence de tout conseiller adulte et contrairement aux directives explicites des avocats de l'appelant, la police a longuement interrogé ce dernier et a, en menaçant de recourir à la force, prélevé des échantillons de substances corporelles et pris des empreintes dentaires. Elle s'est ainsi livrée à un exercice abusif de force physique brute. ».

<sup>487</sup> *Id.*, 660.

<sup>488</sup> *Id.*, 675.

<sup>489</sup> *Id.*, 646-648.

<sup>490</sup> Ceci est d'ailleurs un autre exemple du fait que la protection offerte par le biais de l'article 24(2) est relativement limitée. En effet, bien que la preuve ait été ici obtenue par la participation involontaire de l'accusé, on a jugé qu'elle aurait pu être obtenue autrement. Toutefois, on ne demande aucunement au ministère public de démontrer ce fait par la prépondérance des probabilités. La Cour assume d'emblée que la preuve aurait pu être obtenue autrement. Voir *supra*, pp. 106 et ss..



preuve auto-incriminants acquis même lors d'une utilisation abusive du pouvoir des agents de la paix ne sont pas nécessairement exclus des procédures. En effet, il est évident que si les policiers n'avaient pas abusé de leur pouvoir, l'appelant n'aurait pas sangloté et il ne se serait pas mouché, de sorte que la preuve n'aurait pas été disponible. Et, même si l'on n'accepte pas cet argument, il faudra au moins reconnaître qu'en permettant au poursuivant d'utiliser cette preuve, la Cour a indirectement validé l'utilisation excessive du pouvoir de contrainte des policiers. En effet, seule l'empreinte génétique semblait vraiment nécessaire pour que la Couronne obtienne une déclaration de culpabilité. Or, un seul échantillon était requis pour dresser le profil génétique de l'individu. Dans ces circonstances, l'exclusion des autres substances corporelles au motif qu'elles ont été obtenues à la suite d'une contrainte excessive apparaît comme un écran de fumée. Pour condamner véritablement la conduite des policiers, il aurait fallu tout exclure.

En dernière analyse, on pourrait certainement tenter de rechercher et de proposer d'autres théories qui viseraient à rendre intelligible la jurisprudence de la Cour. Mais, le fait qu'il soit particulièrement difficile de concevoir une théorie qui explique l'ensemble des jugements de la Cour suprême, conjugué au fait que les écrits mêmes des juges ne permettent pas d'identifier aisément une structure de pensée sous-jacente qui expliquerait et qui rendrait prévisible le mouvement du balancier dans chaque cas, porte à croire que les recherches demeureront vaines. Qui plus est, le fait que le plus haut tribunal du pays emploie fréquemment le terme *équilibre* constitue, en lui-même, un indice additionnel permettant de croire que la Cour suprême se laisse guider beaucoup plus par son instinct de justice du moment que par une véritable théorie, laquelle orienterait clairement et de façon prévisible ses choix quant aux situations où la primauté serait accordée à la recherche de la vérité ou au principe interdisant l'auto-incrimination forcée<sup>491</sup>.

---

<sup>491</sup> Quant à savoir pourquoi il en est ainsi, la réponse à cette question déborderait certainement du cadre du présent travail de recherche. Néanmoins, le rôle politique que joue la Cour suprême du Canada y est peut-être pour beaucoup. Dans un contexte où la légitimité des décisions à caractère politique que rend le plus haut tribunal du pays est parfois mise en doute, l'équilibrage des intérêts opposés pourraient peut-être en rassurer certains. On comprendrait alors pourquoi la Cour ne cherche pas à développer une théorie cohérente de la procédure criminelle: elle tente de tenir compte des points de vue des différents intervenants et groupes de pression qui plaident en son enceinte de façon à ne pas s'arroger un rôle qui n'est peut-être pas le sien.

S'il est donc si difficile de déterminer avec justesse la compatibilité de la divulgation réciproque avec le système canadien de procédure criminelle - et s'il est tout aussi difficile de prévoir avec acuité la position qu'adoptera la Cour suprême du Canada en ce qui a trait à cette question - c'est que la divulgation met essentiellement en jeu l'opposition qui s'établit entre le principe interdisant l'auto-incrimination et la recherche de la vérité; les deux principes mêmes qui font constamment valser la Cour et qu'elle ne peut se résoudre à hiérarchiser de façon définitive.

Malgré les quelques *obiter dictas* de la Cour suprême selon lesquels une obligation de divulgation ne peut être imposée à la partie défenderesse en raison de l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination<sup>492</sup>, la rigueur et l'honnêteté intellectuelles ne permettent pas de conclure dans le même sens. De même, on ne peut affirmer catégoriquement qu'il y a vraiment compatibilité entre le concept de divulgation réciproque et le système procédural canadien. Tout au plus est-il possible de recenser un certain nombre de décisions qui, par analogie, appuient l'une ou l'autre des positions.

Quoiqu'il en soit, une question demeure sans réponse. Serait-il souhaitable ou opportun de contraindre la partie défenderesse à communiquer ses éléments de preuve et son moyen de défense avant la tenue du procès?

La réponse à cette interrogation dépendra essentiellement des valeurs que l'on désire privilégier. Et, si l'on ne peut certes pas évacuer complètement l'un ou l'autre des deux principes fondamentaux ou, devrais-je dire pour être plus exact, l'une ou l'autre des deux valeurs fondamentales au risque de voir le système s'écrouler, la question sera ultimement réduite à ceci: est-ce le principe interdisant l'auto-incrimination forcée ou est-ce la recherche de la vérité qui doit tenir lieu de principe directeur?

---

<sup>492</sup> Voir l'introduction du présent ouvrage.

## Chapitre IV. La recherche de la vérité et le principe interdisant l'auto-incrimination forcée

### Section A. Introduction

Lorsqu'il est question de choisir entre la recherche de la vérité et le principe interdisant l'auto-incrimination forcée, afin de déterminer lequel de ces deux principes doit faire figure de principe directeur dans notre système de procédure criminelle, une question se pose d'emblée: ces principes ont-ils leur place dans ledit système? En d'autres termes, est-il possible de justifier leur existence respective, uniquement par la raison et la logique et en faisant abstraction du droit législatif et jurisprudentiel du pays?

Sans contredit, la recherche de la vérité est totalement justifiable, voire absolument nécessaire. Un système procédural duquel serait évacué l'ensemble des moyens de rechercher la vérité serait complètement paralysé et il ne pourrait remplir son mandat. Cela se comprend aisément. Chaque système procédural a pour mission principale de permettre l'application correcte des règles de droit substantives. Il doit être conçu de façon à permettre au citoyen de faire valoir efficacement ses droits contre celui qui l'a lésé. Toutefois, afin d'imposer les châtiments et les réparations à celui qui a porté atteinte aux droits d'un autre, il est indispensable de se doter de moyens efficaces permettant de reconstituer la situation factuelle qui a donné naissance au litige. Il importe de pouvoir identifier précisément l'individu qui a enfreint la loi, le contexte dans lequel la violation s'est produite, quelle en a été la cause, etc. Autrement, les sanctions et les réparations seront imposées sur une base totalement arbitraire et les objectifs de restitution, de rétribution, de réhabilitation et de dissuasion ne seront que rarement atteints.

Quant à la justification de l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination forcée, elle est plus problématique. D'une part, sa justification logique, rationnelle et même morale n'est pas des plus évidentes. Pourquoi y aurait-il un principe juridique permettant à des individus coupables de la perpétration d'un crime d'échapper à la justice? La question en laisse plusieurs perplexes<sup>493</sup>. D'autre part, même si l'on peut

---

<sup>493</sup> Voir notamment: Robert S. GERSTEIN, « Privacy and Self-Incrimination », (1970) 80 *Ethics*

répondre à cette interrogation de façon satisfaisante, il ne faut pas oublier que ce principe représente une entrave potentiellement considérable à la recherche de la vérité. Conséquemment, il faut parvenir à justifier son existence sans qu'elle n'entraîne l'évacuation complète des moyens permettant de rechercher la vérité.

Dans les pays de tradition anglo-saxonne, plusieurs auteurs ont tenté de justifier l'existence d'une des facettes du principe interdisant l'auto-incrimination forcée: le droit au silence. Et, si cette entreprise est méritoire en ce qu'elle entraîne la circonscription de la portée du principe interdisant l'auto-incrimination forcée, laissant ainsi une certaine place à la recherche de la vérité, les théories justificatives qui ont été développées prêtent néanmoins toutes sérieusement flanc à la critique. Autrement dit, il semble impossible de justifier logiquement et rationnellement l'existence isolée du droit au silence.

Par ailleurs, l'existence du droit au silence peut être justifiée dans un contexte élargi, c'est-à-dire celui de la justification de l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination forcée. Or, même si l'existence de ce principe peut être pleinement justifiée d'un point de vue logique, rationnel ou même moral, son application pratique et concrète entraînerait la paralysie du système procédural en évacuant considérablement les moyens de rechercher la vérité factuelle. Dans cette optique, il faut se résigner à l'idée que le principe interdisant l'auto-incrimination forcée ne puisse faire figure de principe directeur dans un système procédural. Par conséquent, c'est la recherche de la vérité qui doit prévaloir.

Dans les pages qui vont suivre, je soulignerai les difficultés que posent les principales tentatives de justification du droit au silence, j'expliquerai en quoi la recherche de la vérité doit faire figure de principe directeur du système procédural et j'exposerai les raisons qui justifient l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination forcée et les problèmes qu'engendrent son application.

---

87 (ci-après cité: *Privacy*), p. 99 où l'auteur écrit: « [...] the privilege against self-incrimination [...] is admittedly a guilty man's privilege. ».

## **Section B. Les justifications du droit au silence et du principe interdisant l'auto-incrimination**

Maintes théories ont été développées pour justifier l'existence du droit au silence<sup>494</sup>. Les plus importantes sont les suivantes: le droit de conserver le silence est nécessaire pour protéger le suspect contre les déclarations de culpabilité erronées; il est nécessaire pour ne pas imposer au suspect un traitement cruel; il est essentiel à la protection du droit à la vie privée du suspect et il est indispensable à la protection du suspect contre les abus de pouvoir des autorités.

Je considérerai très brièvement les trois premières théories puisque les principales critiques qu'on leur oppose sont plutôt concluantes et souvent partagées par plusieurs auteurs. Par ailleurs, je m'attarderai plus longuement à la thèse de l'abus de pouvoir, en démontrant qu'elle permet la justification logique et rationnelle du principe interdisant l'auto-incrimination forcée mais qu'elle occasionne, par le fait même, l'évacuation d'un grand nombre de mesures permettant de rechercher la vérité.

### ***Sous-section 1. La protection contre les déclarations de culpabilité erronées***

Selon plusieurs, les interrogatoires policiers sont intrinsèquement coercitifs et généralement manipulateurs. Pour cette raison, ils amènent parfois le suspect à faire des déclarations qui ne sont pas dignes de foi et qui peuvent, conséquemment, mener à une déclaration de culpabilité erronée<sup>495</sup>. Aux dires de ces auteurs, le droit de conserver le silence permet donc d'éviter une telle injustice.

---

<sup>494</sup> Voir principalement: D. J. GALLIGAN, *loc. cit.*, note 433; Ian DENNIS, « Instrumental Protection, Human Right or Functionnal Necessity? Reassessing the Privilege Against Self-Incrimination », [1995] *C. L. J.* 342; D. M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 192; David DOLINKO, « Is there a Rationale for the Privilege Against Self-Incrimination », (1986) 33 *U.C.L.A. L. Rev.* 1063; Donald A. DRIPPS, « Self-Incrimination and Self-Preservation: A Skeptical View », (1991) 2 *U. of Ill. L. Rev.* 329; Robert S. GERSTEIN, *Privacy, loc. cit.*, note 493; Robert S. GERSTEIN, « Punishment and Self-Incrimination », (1971) 16 *Am. J. Juris* 84 (ci-après cité: *Punishment*); R. Kent GREENAWALT, « Silence as a Moral and Constitutional Right », (1981) *Will. & Ma. L. Rev.* 15; D. J. HARVEY, « The Right to Silence and the Presumption of Innocence », [1995] *New Zealand L. J.* 181; Barton L. INGRAHAM, « The Right to Silence, the Presumption of Innocence, The Burden of Proof and a Modest Proposal: A Reply to O'Reilly », (1996) *J. of Crim. L. & Criminology* 559; David M. PACIOCCO, « Self-Incrimination: Removing the Coffin Nails », (1989) *McGill L. J.* 73; William J. STUNTZ, « Self-Incrimination and Excuse », (1988) *Col. L. Rev.* 1227; Georges C. THOMAS, « A Philosophical Account of Coerced Self-Incrimination », (1993) *Yale J. of L. & Humanities* 79.

<sup>495</sup> D. J. GALLIGAN, *loc. cit.*, note 433, 85-86; Ian DENNIS, *loc. cit.*, note 494, 348 et ss..

Bien que les interrogatoires policiers puissent effectivement être perçus comme étant coercitifs et manipulateurs<sup>496</sup>, l'argument présente certaines lacunes. D'abord, il ne semble pas y avoir d'études qui démontrent nettement que les confessions obtenues sous la contrainte sont inévitablement ou généralement inexactes<sup>497</sup>. Or, la logique ne permet pas, à elle seule, de conclure que les aveux obtenus sous la contrainte sont forcément entachés d'erreurs. Dans cette optique, il est difficile de croire que le droit au silence est une protection nécessairement requise.

De toute évidence, on pourrait objecter que le risque d'inexactitude peut être néanmoins raisonnablement présumé et que, en l'absence d'études scientifiques démontrant le contraire, il vaut mieux pécher par excès de prudence et protéger les innocents en leur accordant le droit de conserver le silence. Et, dira-t-on, même si l'on risque occasionnellement de perdre des preuves établissant la culpabilité de certains individus, il est préférable de laisser courir des coupables plutôt que d'incarcérer des innocents.

Cette prétention fait toutefois abstraction d'un élément important: à ce jour, l'aveu semble être le type de preuve que privilégient les forces constabulaires<sup>498</sup>. De plus, il appert qu'elles sont constamment prêtes à exercer un certain degré de coercition sur le suspect appréhendé afin de lui soutirer une déclaration incriminante, même si le droit lui accorde la faculté de se taire<sup>499</sup>. Simplement, l'obtention d'aveux semble être au coeur de la culture inquisitoriale policière. Or, si le détenu est informé du fait qu'il est en droit de ne pas répondre aux questions des policiers, on peut estimer qu'il sera plus ardu de lui soutirer une déclaration incriminante. De ce fait, les agents de la paix exerceront probablement une pression supplémentaire pour obtenir un aveu<sup>500</sup>. Il en résultera donc des interrogatoires plus manipulateurs et la fiabilité des déclarations ainsi extorquées sera encore plus suspecte. Non seulement le droit au silence ne protège pas nécessairement

---

<sup>496</sup> *Supra*, note infrapaginale n° 433.

<sup>497</sup> D. J. GALLIGAN, *loc. cit.*, note 433, 86.

<sup>498</sup> I. DENNIS, *loc. cit.*, note 494, 349-350.

<sup>499</sup> *Id.*; Ed. RATUSHNY, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, Carswell, Toronto, 1979, pp. 191-309 et Donald A. DRIPPS, *loc. cit.*, note 433, 705-706.

<sup>500</sup> I. DENNIS, *loc. cit.*, note 494, 350.

contre les aveux inexacts, il peut les susciter davantage.

La protection pourrait être efficace si les policiers n'avaient nullement le droit d'interroger les suspects et si tous les citoyens connaissaient cette restriction imposée aux pouvoirs des forces de l'ordre. Cela entraînerait cependant une conséquence peu souhaitable: les agents de la paix pourraient difficilement poursuivre leurs enquêtes.

Quoiqu'il en soit, dans la mesure où l'on cherche à protéger les individus contre le manque de fiabilité des déclarations extra-judiciaires, on gagnerait plutôt à modifier le processus de questionnement et l'environnement dans lequel il se déroule. Les interrogatoires pourraient être tenus en présence d'un avocat de la défense et devant un magistrat impartial. En outre, ils pourraient être enregistrés sur support audiovisuel<sup>501</sup>. De cette façon, la fiabilité des déclarations serait grandement améliorée et elle pourrait ultimement être évaluée par le juge du procès, en Cour, au su et au vu de tous<sup>502</sup>. En prenant pour acquis que l'avocat de la défense et les juges n'autoriseraient jamais la manipulation du suspect et les pressions excessives, les déclarations seraient aussi fiables que celles qui sont faites devant les tribunaux. Et, si l'on doutait encore de la validité de ce type d'interrogatoire, il faudrait alors tenir pour suspectes toutes les dépositions en justice, autant en matière civile que criminelle, et réserver le même traitement à toutes les déclarations, judiciaires et extra-judiciaires<sup>503</sup>.

En définitive, l'existence du droit au silence ne peut être justifiée par la crainte d'aveux inexacts et les condamnations erronées qui peuvent en découler. Elle doit donc être justifiée autrement.

### ***Sous-section 2. La protection contre les choix cruels***

Certains prétendent que le droit au silence permettrait aux suspects interrogés par les agents de la paix de ne pas être confrontés à des choix cruels. En l'absence du droit de conserver le silence, trois alternatives s'offriraient au détenu. Il pourrait refuser de

---

<sup>501</sup> D. J. GALLIGAN, *loc. cit.*, note 433, 86; Donald A. DRIPPS, *loc. cit.*, note 433, 701.

<sup>502</sup> R. Kent GREENAWALT, *loc. cit.*, note 494, 50-51.

<sup>503</sup> On se souviendra que les individus appelés à témoigner devant une instance judiciaire doivent s'exécuter. Autrement, le juge peut les condamner pour outrage au tribunal. Dans cette optique, les dépositions de tous les témoins récalcitrants sont faites sous la contrainte. Elles ne sont pas exclues pour autant. On évalue leur crédibilité après coup.

répondre aux questions des policiers, il pourrait répondre à leurs questions et dire la vérité, ou il pourrait mentir<sup>504</sup>. Selon la première hypothèse, les autorités pourraient être tentées de tirer des conclusions défavorables de l'exercice du silence et les interrogatoires pourraient se prolonger sensiblement, ce qui n'est pas dans l'intérêt du suspect. Dans la seconde hypothèse, le suspect s'incriminerait.

Cet argument laisse toutefois transparaître une difficulté de taille. Même si l'on considère qu'il est malaisé de choisir entre s'incriminer ou garder le silence et voir ainsi les autorités tirer des conclusions défavorables de l'exercice du silence, la troisième possibilité apparaîtra vraisemblablement comme une avenue tout à fait convenable pour quiconque préfère défendre ses intérêts plutôt que ceux des autres. Et, en l'absence de sanctions imposables pour avoir débité un mensonge, il est peu probable qu'un individu hésitera à mentir<sup>505</sup>.

Même en considérant que le mensonge ou le silence puisse être sanctionné par l'imposition d'une peine, l'argument présente une autre difficulté: il faut assumer que le prévenu soit effectivement coupable. En principe, un individu innocent n'aurait rien à perdre en répondant honnêtement aux questions des agents de la paix. Ainsi, il n'y aurait aucune cruauté à demander à un suspect innocent de dire la vérité<sup>506</sup>. Or, à partir du moment où l'on considère pour acquis que le suspect est coupable, l'argument perd toute sa valeur. Il serait singulier que l'État protège et favorise le désir que peut avoir un individu d'échapper à la condamnation. Comment les intérêts du coupable pourraient-ils prévaloir sur ceux de la victime? Dans ce contexte, les droits de la victime seraient doublement bafoués<sup>507</sup>.

En réponse à cette opposition, d'autres auteurs ont soutenu que la cruauté provient

---

<sup>504</sup> I. DENNIS, *loc. cit.*, note 494, 358. Ceci est une variante de l'argument selon lequel, en l'absence du *privilege* interdisant l'auto-incrimination, l'accusé serait confronté à un choix cruel lorsque cité à témoigner par les tribunaux. Les trois possibilités offertes à l'accusé seraient les suivantes: mentir sous serment et courir le risque d'être puni pour avoir commis un parjure, s'abstenir de répondre aux questions et courir le risque d'être puni pour outrage au tribunal ou rendre un témoignage véridique, s'incriminer et être trouvé coupable de l'infraction pour laquelle il a été mis en accusation.

<sup>505</sup> Contrairement à la situation où l'accusé devrait déposer en justice. Dans ce cas, le mensonge pourrait être sanctionné par une condamnation pour parjure. Voir note infra-paginale précédente.

<sup>506</sup> I. DENNIS, *loc. cit.*, note 494, 359.

<sup>507</sup> *Id.*, 359. Non seulement le contrevenant aurait-il porté atteinte aux droits de la victime, mais l'État violerait le droit de celle-ci d'obtenir réparation, c'est-à-dire de voir son agresseur puni.



du fait que l'obligation de s'incriminer en répondant honnêtement aux questions des policiers consisterait à imposer au suspect une norme de conduite à laquelle le citoyen normal et raisonnable ne pourrait lui-même se conformer, si le silence ou le mensonge était puni par les tribunaux<sup>508</sup>. En somme, on prétend que le prévenu aurait alors le choix entre l'aveu de son crime et la punition corrélative ou demeurer coi ou mentir et être sanctionné aussi. Or, on soutient qu'il serait contraire à la nature de l'être humain normal et raisonnable de s'inculper lui-même. Ce dernier ne devrait donc pas être châtié pour avoir menti ou avoir conservé le silence. On fait donc référence à la notion d'auto-préservation et le problème est abordé sous l'angle du concept d'excuse en droit criminel<sup>509</sup>. Cet argument a été développé principalement dans la doctrine américaine où l'on a recours, d'une certaine façon, à la défense de contrainte provenant des circonstances pour excuser la conduite de l'individu qui refuse de s'incriminer en répondant franchement aux questions des policiers<sup>510</sup>.

Cette façon de justifier le droit au silence pose cependant des difficultés que quelques-uns n'ont pas manqué de relever. Pour être conséquent, il faudrait alors excuser l'infraction d'entrave à la justice que commettent parfois certains individus pour se soustraire au châtement<sup>511</sup>. En effet, en quoi l'obligation de ne pas détruire des éléments de preuve incriminants serait-elle différente de l'obligation de fournir soi-même les preuves incriminantes? La distinction, s'il en est une, résiderait dans le fait qu'il serait probablement beaucoup plus facile de s'abstenir de détruire des éléments de preuve que de devoir fournir les preuves de sa culpabilité<sup>512</sup>. En fait, s'abstenir de détruire ou de cacher des éléments de preuve ne serait pas suffisamment difficile pour rendre la destruction ou la suppression involontaire au sens normatif et être, pour cette raison, excusée<sup>513</sup>.

---

<sup>508</sup> D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1095-1096; W. J. STUNTZ, *loc. cit.*, note 494.

<sup>509</sup> D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1095-1096; R. K. GREENAWALT, *loc. cit.*, note 494, 27-42; W. J. STUNTZ, *loc. cit.*, note 494, 1241-1261.

<sup>510</sup> W. J. STUNTZ, *loc. cit.*, note 494.

<sup>511</sup> D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 1, 1097.

<sup>512</sup> *Id.*

<sup>513</sup> Dans ce contexte, le caractère volontaire ou involontaire n'est pas apprécié par rapport au contrôle qu'a l'individu sur ses mouvements physiques. L'acte est jugé involontaire si l'individu n'avait

Par contre, on affirme qu'il serait tellement difficile de devoir fournir les preuves de sa propre culpabilité que le fait de se taire ou de mentir aux agents de la paix deviendrait ainsi une conduite involontaire et donc excusable<sup>514</sup>. Cette allégation amène trois critiques. En premier lieu, est-il si difficile pour un individu de fournir les preuves de sa culpabilité pour que le silence ou le mensonge soit qualifié d'involontaire et qu'il soit alors excusé? On peut en douter. Cependant, si l'on répond par l'affirmative, il faudrait alors permettre au suspect de refuser de se soumettre à des tests symptomatiques, de fournir des échantillons d'haleine, des échantillons d'écriture, des échantillons vocaux et des échantillons d'urine. De toute évidence, cela entraînerait des répercussions considérables sur le travail des enquêteurs<sup>515</sup>.

En second lieu, la question de la proportionnalité du tort causé est, pour le moins, passablement préoccupante. En vertu de la contrainte circonstancielle, on excusera l'individu qui, pour éviter de subir un tort d'une certaine amplitude, en causera un de moindre importance<sup>516</sup>. Or, dans le cas où le détenu refuse de répondre aux questions des policiers pour ne pas s'incriminer, peut-on véritablement croire que le préjudice craint est nettement moins grave que celui résultant de l'exercice du silence ou du mensonge<sup>517</sup>? Certes pas. Dans ce contexte, le préjudice craint est la peine encourue pour le crime, quel qu'il soit, délibérément commis à l'encontre de la victime. Le préjudice résultant de l'exercice du silence ou du fait de débiter un mensonge consiste à empêcher la réparation

---

pas d'autre choix raisonnable dans les circonstances. On juge la nature volontaire ou non en fonction des circonstances et du comportement qu'aurait adopté tout individu normal dans les mêmes circonstances. L'acte devient involontaire lorsqu'il aurait été jugé inévitable dans les circonstances, lorsque l'individu aurait adopté une conduite donnée en étant mû par des instincts de conservation. Voir par exemple l'arrêt *R. c. Perka*, [1984] 2 R.C.S. 232.

<sup>514</sup> D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1096.

<sup>515</sup> Par exemple, on ne pourrait plus accuser les gens de conduire un véhicule malgré une alcoolémie dépassant quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang et l'on ne pourrait pas non plus les accuser de conduite avec facultés affaiblies. En effet, dans ce dernier cas, l'accusé serait encore obligé de fournir lui-même les preuves de sa culpabilité en se livrant à des tests symptomatiques. De même, dans un cas comme celui de l'affaire *Miller*, précité, note 404, il serait impossible d'obtenir les preuves nécessaires à l'établissement de la culpabilité du suspect.

<sup>516</sup> Ce principe est notamment expliqué par le juge Dickson dans *R. c. Perka*, précité, note 513. On le justifie par le fait que si le tort causé est plus important que le tort évité, il sera difficile de conclure à une conduite involontaire au sens normatif.

<sup>517</sup> Gisèle CÔTÉ-HARPER, Antoine D. MANGANAS et Jean TURGEON, *Droit pénal canadien*, 3<sup>ième</sup> Édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1989, p. 576.

du tort causé à la victime. Si l'on permet à l'agresseur de se soustraire à un châtement qui, dans une perspective de rétribution, représente son juste dû, les intérêts de la victime seront doublement violés. Dans cette optique, il y aura disproportion.

Troisièmement, le fait que le suspect soit contraint de fournir des éléments de preuve auto-incriminants est uniquement dû à sa propre conduite. Voilà ce qui est le plus problématique. Il faut comprendre que ce ne sont pas les circonstances, indépendamment de l'acte illégal sous-jacent, qui ont créé la situation de nécessité ou d'urgence. C'est la perpétration de l'acte criminel lui-même. L'individu n'était nullement obligé de commettre un acte criminel au départ et, dans un système où le mensonge et l'exercice du droit au silence seraient sanctionnés, il aurait dû savoir qu'il serait presque inévitablement obligé de répondre honnêtement aux questions des policiers et de s'incriminer. S'il n'avait pas d'abord sciemment choisi de commettre une infraction, il n'aurait jamais été forcé de faire une déclaration incriminante<sup>518</sup>. Tout bien considéré, il est l'unique responsable de la situation de nécessité ou d'urgence dans laquelle il se trouve et il serait alors plutôt singulier d'excuser sa conduite<sup>519</sup>.

---

<sup>518</sup> D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1098-1099 et D. A. DRIPPS, *loc. cit.*, note 494, 333-337.

<sup>519</sup> D'ailleurs, le juge Dickson tenait des propos similaires dans l'arrêt *Perka*, précité, note 513, aux pages 256-257:

« Si l'état de nécessité était clairement prévisible par un observateur raisonnable, si l'auteur a prévu ou aurait dû prévoir que ses actes pourraient donner lieu à une situation d'urgence qui exigerait la perpétration d'une infraction à la loi, alors je doute que ce à quoi l'accusé a fait face ait été une situation d'urgence au sens pertinent. Sa réaction n'a pas, dans ce sens, été "involontaire". [...] »

Si la "faute" de l'accusé consiste en des actes dont les conséquences manifestes étaient la situation qui s'en est véritablement suivie, alors l'accusé n'a pas réellement fait face à une situation d'urgence qui l'a obligé à commettre l'acte illégal qu'il demande maintenant d'excuser. Dans ces situations, ce moyen de défense ne peut être invoqué. » (mes italiques).

Le cas dont je fais état ici est différent de l'affaire *Perka*. Dans cet arrêt, ce n'est pas l'acte illégal sous-jacent qui a, à lui seul, amené les circonstances d'urgence ou de nécessité, c'est principalement la tempête. Or, celle-ci n'était pas forcément prévisible. Du reste, la décision de ne pas exclure la possibilité d'invoquer la défense de nécessité dans *Perka* est peut-être discutable. En effet, s'adonner à l'alpinisme, être surpris par une tempête de neige et pénétrer par effraction dans une maison d'habitation située sur la montagne pour ne pas mourir gelé constitue clairement une conduite excusable. Au départ, l'alpiniste n'a rien commis d'illégal. Toutefois, le fait de se livrer délibérément au trafic de stupéfiants, d'affronter une tempête et de s'introduire dans les eaux territoriales canadiennes pour ne pas faire naufrage est-il vraiment une conduite excusable du point de vue du trafic de stupéfiants? Au départ les individus étaient-ils obligés de se consacrer au trafic de stupéfiants? La situation serait tout à fait différente si les voyageurs n'avaient

En définitive, on peut difficilement croire que le droit au silence se justifie réellement par le concept d'excuse ou d'auto-préservation. Il doit donc être justifié autrement.

### *Sous-section 3. La protection de la vie privée*

Certains auteurs ont tenté de justifier l'existence du droit au silence en ayant recours au concept de vie privée. Le droit au silence serait nécessaire pour protéger le droit à la vie privée d'un individu<sup>520</sup>.

À l'instar des autres thèses qui ont été exposées pour justifier l'existence du droit au silence, celle qui repose sur le concept de vie privée présente aussi certaines difficultés. Elles sont au nombre de trois.

D'abord, pourquoi cette thèse limite-t-elle sa portée à la preuve de nature testimoniale? Porte-t-on davantage atteinte à la vie privée d'un individu en le contraignant à livrer ses pensées plutôt qu'en l'obligeant à se soumettre à une fouille à nu ou en prélevant sur lui des échantillons de substances corporelles afin d'établir son profil génétique? On peut certainement en douter<sup>521</sup>.

En second lieu, puisque l'atteinte à la vie privée résulte de la contrainte à révéler des informations qu'un individu estime être personnelles et importantes, pourquoi la protection ne s'applique-t-elle qu'aux éléments de preuve *incriminants*<sup>522</sup>? Certains pourraient expliquer cette particularité en termes de dommages causés. Les sanctions pénales peuvent être perçues comme étant plus sévères et plus attentatoires à la liberté que les autres formes de sanctions et seules les informations de nature incriminante seraient alors protégées<sup>523</sup>. Cette solution ne peut toutefois être retenue. D'abord, les

---

pas eu de stupéfiants à leur bord, s'ils avaient été surpris par la tempête et que, pour éviter la mort, ils étaient entrés dans les eaux territoriales canadiennes et s'ils avaient accosté sur les rives de la côte sans en avoir le droit. Dans ce contexte, la violation de la loi - le fait d'accoster sans en avoir le droit - serait vraiment excusable. Elle ne serait aucunement due à la conduite des individus.

<sup>520</sup> D. J. GALLIGAN, *loc. cit.*, note 433, 88-90; I. DENNIS, *loc. cit.*, note 494, 356-358; R. S. GERSTEIN, *Privacy, loc. cit.*, note 493; D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1107-1137.

<sup>521</sup> I. DENNIS, *loc. cit.*, note 494, 357. Ce point est plus développé dans une section ultérieure du présent chapitre. *Infra*, pp. 204 et ss..

<sup>522</sup> I. DENNIS, *loc. cit.*, note 494, 357; D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1115-1116.

<sup>523</sup> D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1115.

sanctions pénales ne sont pas intrinsèquement et nécessairement plus sévères que les sanctions civiles<sup>524</sup>. Ensuite, si la vie privée est véritablement ce que l'on cherche à protéger, c'est l'information *en tant que telle* qui doit être protégée<sup>525</sup>. Les conséquences de la communication forcée de renseignements sont totalement accessoires, voire non pertinentes. Dès le moment où l'on oblige un individu à fournir de l'information contre son gré, il y a atteinte à sa vie privée, que la diffusion des renseignements soit dans son intérêt ou non et peu importe l'étendue des dommages que peut causer leur diffusion.

La justification de l'existence du droit au silence sous l'angle de la protection de la vie privée présente une troisième difficulté. Comme tous les autres droits, le droit à la vie privée ne peut être absolu et sa portée doit parfois être circonscrite par des considérations ou des intérêts prépondérants<sup>526</sup>. En d'autres termes, si le droit au silence était véritablement fondé sur la protection du droit à la vie privée, on devrait pouvoir forcer les suspects à répondre aux questions des policiers lorsqu'il est établi que les intérêts de l'État l'emportent sensiblement sur ceux de l'individu<sup>527</sup>. Cependant, ceux qui tentent de justifier l'existence du droit au silence ne conçoivent pas son application ainsi. On estime que le suspect devrait *toujours* avoir le droit de conserver le silence lorsqu'interrogé par les forces constabulaires. Or, afin de justifier l'existence et l'exercice de ce droit à chaque fois qu'un individu est confronté aux questions des agents de la paix, il faudrait alors démontrer que ses intérêts prévalent constamment sur ceux de l'État.

À la lumière de ces constatations, la justification de l'existence du droit au silence par le biais du droit à la protection de la vie privée demeure, au mieux, fort discutable. Le professeur Robert Gerstein a toutefois proposé une justification du droit de garder le silence basée sur la protection du droit à la vie privée, laquelle avait pour objectif de répondre aux trois difficultés que j'ai exposées précédemment.

Gerstein fonde sa théorie sur le fait que la "vie privée" réside dans le contrôle que

---

<sup>524</sup> *Id.* Par exemple, la peine encourue pour avoir perpétré une infraction punissable par voie de procédure sommaire serait nettement moins sévère que la sanction monétaire très élevée imposée à un individu à la suite d'une poursuite en dommage et intérêt et qui pourrait ultimement entraîner la faillite de l'individu.

<sup>525</sup> I. DENNIS, *loc. cit.*, note 494, 357.

<sup>526</sup> D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1118; R. S. GERSTEIN, *Privacy, loc. cit.*, note 493, 89; D. J. GALLIGAN, *loc. cit.*, note 433, 89.

possède un individu sur les renseignements qui le concernent<sup>528</sup>. Il ajoute que le droit d'un individu de contrôler la diffusion d'information le concernant est essentielle à l'établissement de liens amicaux, amoureux et sociaux. En fait, l'information représente le "capital moral" échangé entre des individus<sup>529</sup>. Or, fait-il observer, l'auto-incrimination forcée amène nécessairement une perte de contrôle sur la diffusion de l'information. Toutefois, l'auteur précise que cela n'est pas problématique en soi. Pour lui, le caractère acceptable de la perte de contrôle doit être évalué en fonction de l'importance de l'information et des intérêts étatiques. Cette perte de contrôle est acceptable lorsque l'information recherchée n'est pas capitale et que les intérêts de l'État sont suffisamment prépondérants pour légitimer l'intrusion<sup>530</sup>. Néanmoins, de l'avis du professeur Gerstein, il existe un type d'information d'une importance telle pour l'individu que les autorités étatiques ne devraient jamais pouvoir le forcer à révéler<sup>531</sup>. Voici ce qu'il écrit:

« I think we are dealing here with a special sort of information, a sort of information which it is particularly important for the individual to be able to control. [...] I am thinking about what is likely to be involved in a confession beyond the bare recital of facts about the crime: the admission of wrongdoing, the self-condemnation, the revelation of remorse. I would argue that a man ought to have absolute control over the making of such revelations as these. They have generally been regarded as a matter between a man and his conscience or his God [...] It is not the disclosure of the facts of the crime, but the *mea culpa*, the public admission of the private judgement of self-condemnation, that seems to be of real concern. »<sup>532</sup>.

La position de Gerstein repose donc sur les deux postulats que voici. (1) Chaque individu doit avoir le contrôle absolu sur le moment et les circonstances dans lesquels les

<sup>527</sup> D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1119.

<sup>528</sup> R. S. GERSTEIN, *Privacy, loc. cit.*, note 493, 89: « Privacy is not simply an absence of information about us in the minds of others; rather it is the control we have over information about ourselves. » (références omises).

<sup>529</sup> *Id.*, 89.

<sup>530</sup> *Id.*

<sup>531</sup> *Id.*, 89-90.

<sup>532</sup> *Id.*, 90.

révélations de remords et d'auto-condamnation sont faites. (2) La confession d'un crime entraîne nécessairement la révélation de remords et d'auto-condamnation.

La théorie de Gerstein explique donc les trois difficultés que j'ai exposées précédemment. Premièrement, seule la contrainte à fournir une preuve de nature testimoniale doit être prohibée en raison du fait que les autres formes de contraintes, telles que celles visant à obtenir des substances corporelles, des échantillons d'écriture ou des échantillons d'haleine, n'engendreraient certes pas la révélation de remords et d'auto-condamnation. Deuxièmement, parce que c'est principalement en fournissant des renseignements *incriminants* - par rapport à d'autres sortes de renseignements dommageables - que surviendrait la révélation de remords et d'auto-condamnation, seule la contrainte visant à obtenir des renseignements *incriminants* devrait être proscrite. En d'autres termes, comme c'est la révélation de remords et d'auto-condamnation qui doit être protégée et comme la contrainte ayant pour objet l'obtention de renseignements dommageables autres que des informations *incriminantes* n'entraînerait pas ce type de révélation, la contrainte à fournir des renseignements autres que des renseignements *incriminants* ne devrait pas être interdite. Enfin, puisque les informations concernant les remords et l'auto-condamnation sont capitales du point de vue des intérêts individuels, elles prévaudraient continuellement sur les intérêts gouvernementaux. Voilà pourquoi le droit au silence s'appliquerait toujours<sup>533</sup>. Quoiqu'il en soit, la thèse de Gerstein invite à la critique.

Considérons le premier postulat. Pourquoi un individu doit-il avoir le plein contrôle sur son expression de contrition et d'auto-condamnation? Gerstein soumet deux explications. Il soutient en premier lieu que si les individus sont constamment contraints de révéler des renseignements aussi fondamentaux, ils épuiseront le "capital moral" nécessaire à l'établissement des liens amoureux et amicaux<sup>534</sup>. En second lieu, il affirme que la perte de contrôle sur la diffusion de l'information entraînerait une perte d'autonomie morale qui est mauvaise en soi<sup>535</sup> et qui aurait, de surcroît, des conséquences sociales peu souhaitables: « "Forcing the criminal to accept and publicly to affirm his

---

<sup>533</sup> D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1124.

<sup>534</sup> R. S. GERSTEIN, *Privacy, loc. cit.*, note 493, 92-93.

<sup>535</sup> *Id.*, 93.

own condemnation” must inevitably “stultify his ability sincerely to take responsibility for his actions”, thus “weakening the very capacities for self-evaluation and regeneration that we rely on for rehabilitation” of the offender. »<sup>536</sup>.

La première explication présente des difficultés. D’abord, ce ne sont pas *tous* les sentiments de contrition et d’auto-condamnation éprouvés par un individu qui seraient contraints d’être révélés. Ce serait seulement ceux qui ont été engendrés par la perpétration du crime faisant l’objet de l’enquête. Il n’y aurait donc pas épuisement du “capital moral”<sup>537</sup>. Mais surtout, peut-on croire que les sentiments de remords et d’auto-condamnation soient les *seuls* éléments ou même les éléments principaux qui composent ledit “capital moral”, nécessaire à l’établissement de liens amicaux et amoureux? On peut franchement en douter. S’il en était ainsi, les honnêtes citoyens n’auraient pas de “capital moral” leur permettant de tisser des liens amicaux et amoureux.

La seconde explication présente aussi certaines failles. Premièrement, l’autonomie morale apparaît, dans le sens où Gerstein semble l’entendre, comme un faux concept. En fait, aucun individu n’a le plein contrôle sur son développement moral. Dès le moment où l’on vit en société, nos valeurs sont forcément colorées et parfois modelées par une foule de contraintes et d’incitatifs sociaux nécessaires au bon fonctionnement de la vie collective<sup>538</sup>. D’ailleurs, le concept même de réhabilitation - que Gerstein semble endosser entièrement - illustre de façon flagrante que les individus n’ont pas le contrôle absolu sur le développement de leur propre code moral. Par le processus de réhabilitation, on cherche à inculquer certaines valeurs à un individu. Et, bien que la participation active de ce dernier soit essentielle à sa réhabilitation, il ne faut pas occulter que la société cherche activement à l’amener à modifier son code moral. Qu’en est-il alors de l’autonomie morale? Enfin, la vision de Gerstein concernant la réhabilitation présente un autre problème. L’auteur ne fournit aucune preuve démontrant que les confessions forcées empêchent l’individu de se réhabiliter alors que, en l’absence de preuves scientifiques, on pourrait facilement croire que lesdites confessions peuvent en fait

---

<sup>536</sup> D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1126, tiré de: R. S. GERSTEIN, *Punishment, loc. cit.*, note 494, 88.

<sup>537</sup> D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1125.

<sup>538</sup> *Id.*, 1126-1127.



stimuler la prise de conscience et l'examen des valeurs personnelles, nécessaires à la réhabilitation<sup>539</sup>.

Le second postulat est tout aussi difficile à accepter que le premier. En quoi la confession d'un crime est-elle liée à l'expression de remords et d'auto-condamnation? D'abord, les questions des forces policières ne porteront certes pas sur ce que ressent l'individu après que le crime ait été commis. Ces dernières tenteront plutôt d'amener le suspect à avouer ce qu'il a *fait*. Les autorités n'ont que faire des émotions ressenties par le suspect. Leur travail ne consiste qu'à connaître les faits. Leurs questions seront donc formulées de façon à leur permettre de savoir *ce qui s'est passé*<sup>540</sup>.

Par ailleurs, Gerstein prétend que la majorité des gens qui commettent des crimes adhèrent au même code moral que leur victime et que la perpétration d'un acte criminel amène alors les mêmes préoccupations morales chez le contrevenant. Pour cette raison, Gerstein prétend que les contrevenants ressentiront forcément de la contrition et que son expression sera nécessairement partie intégrante de la confession<sup>541</sup>. Cependant, rien ne démontre que les gens qui commettent des crimes se sentent tenus par le même code moral que leur victime. L'intuition commande peut-être même de conclure de façon contraire<sup>542</sup>.

De plus, même si l'on accepte la prétention de Gerstein selon laquelle la majorité des gens qui commettent des crimes adhère au même code moral que leur victime, rien n'oblige à croire que le contrevenant ressentira effectivement des remords et qu'il s'auto-condamnera. Comme le dit le professeur Dolinko, il ne faut pas sous-estimer la capacité des contrevenants de rationaliser ou de légitimer leurs propres actes:

« They may, for example, redefine their actions as parallel to the dishonest practices of businessmen and law-enforcement personnel, or romanticize their role as that of a modern Robin Hood who redistributes ill-deserved wealth. Thieves and swindlers may view their victim as themselves dishonest or as able to absorb their losses with little

---

<sup>539</sup> *Id.*, 1127.

<sup>540</sup> *Id.*, 1130.

<sup>541</sup> R. S. GERSTEIN, *Privacy*, *loc. cit.*, note 493, 91.

<sup>542</sup> D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1131-1134.

discomfort. The criminal may blame his deeds on mistreatment at the hand of police, prisons, or society in general or justify himself by arguing that he can make a living in no other way. »<sup>543</sup>.

Dans la mesure où Gerstein essaie de convaincre le lecteur que le contrevenant éprouvera certainement des remords et qu'il s'auto-condamnera, il doit le démontrer<sup>544</sup>. En l'absence de telles preuves, la logique permet de conclure autrement. Et, si le contrevenant ne ressent pas ces émotions, elles ne seront certes pas exprimées dans la confession d'un crime.

En définitive, la justification de l'existence du droit au silence par le biais de la protection de la vie privée n'est pas préférable aux autres tentatives. Comme dans les autres cas, l'argumentation laisse paraître des failles importantes.

#### ***Sous-section 4. La protection contre les abus de pouvoir***

Certains auteurs ont cherché à justifier l'existence du droit de garder le silence en soutenant qu'il permet de protéger les citoyens contre les abus de pouvoir commis par les autorités étatiques<sup>545</sup>. Quoique cette théorie ait été passablement critiquée<sup>546</sup>, j'estime qu'elle permet de justifier logiquement, rationnellement, voire moralement, l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination forcée, ce qui comprend d'ailleurs le droit de conserver le silence. Fondamentalement, cette théorie démontre que le principe est absolument nécessaire à la cohérence entre les facettes procédurale et substantive de l'ensemble du système de droit pénal.

##### **a) L'état de nature, l'abus de pouvoir et l'état de droit**

Afin de comprendre cette assertion, il faut d'abord considérer la raison d'être des infractions qui sont prévues au Code criminel et dans les autres législations de même nature. Si les conduites qui sont visées par ces lois sont interdites, c'est essentiellement

---

<sup>543</sup> *Id.*, 1135-1136.

<sup>544</sup> Cela pourrait peut-être s'effectuer par le biais de recherches empiriques.

<sup>545</sup> D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1077-1087; D. J. GALLIGAN, *loc. cit.*, note 433, 87-88; I. DENNIS, *loc. cit.*, note 494, 353-356.

<sup>546</sup> D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1077-1087; D. J. GALLIGAN, *loc. cit.*, note 433, 87-88; I. DENNIS, *loc. cit.*, note 494, 353-356.

pour protéger la liberté de chaque citoyen<sup>547</sup>. On peut comprendre ce postulat en considérant le concept de vie en société ou de société politique par rapport au concept d'état de nature chez des penseurs tels que John Locke<sup>548</sup> et Thomas Hobbes<sup>549</sup>.

Pour ces philosophes, l'état de nature n'est pas une hypothèse historique. C'est un postulat logique visant à illustrer la vie de l'être humain dans des conditions de cohabitation exemptes de toute forme de gouvernement ou de puissance supérieure à celle de chaque individu, lequel se voit donc laissé à lui-même<sup>550</sup>. Dans l'état de nature,

---

<sup>547</sup> En premier lieu, on soutiendra évidemment que les lois de nature criminelle visent à protéger l'intégrité physique des individus et "l'intégrité" des biens qu'ils possèdent. Toutefois, et en définitive, la protection contre les atteintes à l'intégrité physique ne cherche qu'à assurer la liberté d'une personne. D'abord la liberté d'être ou d'exister et ensuite, la liberté d'agir. On comprendra que la menace persistante et significative d'une atteinte à son intégrité physique restreint passablement la liberté d'agir. De même, la protection des biens est un corollaire, du moins dans le contexte d'une économie de marché, de la liberté d'être et d'agir.

Concernant le lien qui existe entre la liberté individuelle et la possession de biens, voir: John LOCKE, *Deuxième traité du gouvernement civil*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1967, ch. 5 et C. B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford, Oxford University Press, 1962.

En second lieu, certains pourraient toutefois objecter qu'il existe des infractions sans victimes, telles que le trafic de stupéfiants, la prostitution, le jeu, etc. et que, dans ces circonstances, il n'y a pas d'atteinte à la liberté des individus. Cependant, on pourrait rétorquer que même si l'atteinte n'est pas directe, elle existe néanmoins de façon indirecte. L'illustration la plus flagrante de cet argument se trouve dans ce que l'on appelle les "règlements de comptes". Lorsqu'un fournisseur de stupéfiants fait assassiner un acheteur qui n'a pas su acquitter sa dette, peut-on croire qu'il n'y a pas eu atteinte à la liberté de l'acheteur? De plus, on pourrait soutenir que la prohibition de ces conduites a pour but de protéger les individus contre eux-mêmes, contre l'atteinte qu'ils causent à leur propre liberté.

Au demeurant, on pourrait possiblement soutenir que les infractions relatives à la drogue, à la prostitution et au jeu ne sont en fait que des pathologies du droit criminel, c'est-à-dire qu'elles n'ont peut-être pas leur raison d'être dans un système de droit criminel. À ce sujet on peut consulter, notamment, Jerome H. SKOLNICK, « The Social Transformation of Vice », (1988) 51 *Law and Contemporary Problem*, 9 et la théorie de l'infraction criminelle chez Émile Durkheim: *De la division du travail social*, Paris, Presses universitaires de France, 1978, pp. 35-79.

<sup>548</sup> Voir: John LOCKE, *op. cit.*, note 547.

<sup>549</sup> Voir Thomas HOBBS, *Leviathan*, coll. « Cambridge Texts in the History of Political Thought », Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

<sup>550</sup> À ce sujet, on peut consulter: John GRAY, *Liberalism*, Stony Stratford, Open University Press, 1986, pp. 7-13; C. B. MACPHERSON, *op. cit.*, note 547, pp. 19-29; André LIEBICH, *Le libéralisme classique*, Sillery, Presses de l'Université du Québec, 1985, p. 16:

« Explicite chez Hobbes, Locke et Rousseau, implicite chez Montesquieu et Smith, le concept de l'état de nature envisage l'homme dans une condition asociale ou apolitique. Normalement, il s'agit d'une condition présociale ou prépolitique, le monde tel qu'il aurait été avant la création de la société ou de l'État. Mais il peut s'agir également d'un autre type de situation. Ainsi, on pourrait s'imaginer que le monde après un holocauste nucléaire représenterait, pour les survivants, un état

les êtres humains sont égaux<sup>551</sup>, ils sont parfaitement libres de conduire leurs affaires comme bon leur semble<sup>552</sup> et, autant pour Locke que pour Hobbes, ils sont presque exclusivement mus par leurs passions et leurs aversions<sup>553</sup>. Selon Hobbes, cette égalité amène chez l'ensemble des êtres humains les mêmes espérances et la poursuite des mêmes buts. Or, puisqu'il est fréquemment impossible de partager matériellement l'objet des désirs de chacun, l'individu cherche alors à détruire ou à assujettir ceux qui poursuivent les mêmes fins que lui. Cette rivalité incessante génère donc la méfiance de tous envers chacun et, afin de satisfaire son besoin de sécurité, l'individu cherche alors à annihiler la menace potentielle qui naît de ses semblables en les détruisant ou en les asservissant<sup>554</sup>. Conséquemment, l'état de nature représente en fait l'état de guerre. C'est une situation perpétuellement effrayante, dangereuse et donc dénuée de tous les bienfaits

---

de nature. Sans aller aussi loin, on pourrait aussi décrire comme un retour à l'état de nature une situation où l'État se désintègre, le chaos règne et la société se désintègre. ».

Chez Hobbes, cet état de nature ne réfère pas à l'être humain primitif par rapport à l'être humain civilisé. Comme je l'ai dit, l'état de nature n'est pas un postulat historique. Au contraire, lorsque Hobbes parle de l'être humain dans l'état de nature, il s'appuie sur ses observations concernant l'être humain dans la société de son époque, façonné par les attributs de la civilisation. Ainsi, lorsqu'il soutient que l'être humain a naturellement tendance à envahir les autres et à les assujettir, il s'appuie sur ce qu'il observe du comportement humain qui lui est contemporain :

« It may seem strange to some man, [...] that Nature should thus dissociate, and render men apt to invade, and destroy one another: and he may therefore, not trusting to this Inference, made from the Passions, desire perhaps to have the same confirmed by Experience. Let him therefore consider with himselfe, when taking a journey, he armes himselfe, and seek to go well accompanied; when going to sleep, he locks his doores; when even in his house he locks his chests; and this when he knowes ther be Lawes, and publike Officers, armed, to revenge all injuries shall bee done him; what opinion he has of his fellow subjects, when he rides armed; of his fellow Citizens, when he locks his doores; and of his children, and servants, when he locks his chests. ».

T. HOBBS, *op. cit.*, note 549, p. 89.

<sup>551</sup> Locke parlait « [d'un] état, aussi, d'égalité, où la réciprocité marque tout pouvoir et toute compétence, nul n'en ayant plus que les autres; à l'évidence, des êtres créés de même espèce et de même rang, qui, dès leur naissance, profitent ensemble de tous les avantages communs de la nature et de l'usage des mêmes facultés, doivent encore être égaux entre eux, sans subordination ni sujétion [...] ». J. LOCKE, *op. cit.*, note 547, p. 77. Voir aussi T. HOBBS, *op. cit.*, note 549, pp. 86-87.

<sup>552</sup> J. LOCKE, *op. cit.*, note 547, pp. 76-77 et T. HOBBS, *op. cit.*, note 549, p. 91.

<sup>553</sup> C. B. MACPHERSON, *op. cit.*, note 547, p. 239.

<sup>554</sup> T. HOBBS, *op. cit.*, note 549, pp. 70 et 87-88.

de la vie sécuritaire<sup>555</sup> où, pour reprendre les termes de Hobbes, « every man is Enemy to every man »<sup>556</sup>. Pour cet auteur, la crainte qu'inspire l'oppression et la mort doit amener chacun à abdiquer ses pouvoirs et à les transmettre à une entité, le *Leviathan*<sup>557</sup> qui, en inspirant une crainte révérencielle, fera régner l'ordre et la paix:

« The final Cause, End, or Design of men, (who naturally love Liberty, and Domination over others,) in the introduction of that restraint upon themselves, (in which wee see them live in Commonwealths,) is the foresight of their own preservation, and of a more contented life thereby; that is to say, of getting themselves out from the miserable condition of Warre, which is necessarily consequent (as hath been shewn) to the naturall Passions of men, when there is no visible Power to keep them in awe, and tye them by feare of punishment to the performance of their Covenants, and observation of those Lawes of Nature set down in the fourteenth and fifteenth Chapters. »<sup>558</sup>.

Chez John Locke, bien que l'état de nature soit souvent décrit comme « un état de

---

<sup>555</sup> *Id.*, p. 89.

<sup>556</sup> *Id.*, p. 89.

Il est toutefois à préciser que l'état de guerre ne réfère pas uniquement à la violence et aux attaques perpétuelles de chacun. En fait, il s'agit aussi et surtout de la potentialité perpétuelle de conflit. Comme l'explique Hobbes:

« Hereby, it is manifest, that during the time men live without a Common Power to keep them all in awe, they are in that condition which is called Warre; and such a warre, as is of every man, against every man. For Warre, consisteth not in Battell onely, or the act of fighting; but in a tract of time, wherein the Will to contend by Battell is sufficiently known: and therefore the notion of *Time*, is to be considered in the nature of Warre; as it is in the nature of Weather. For as the nature of Foule weather, lyeth not in a shower or two of rain; but in an inclination thereto of many days together: So the nature of War, consisteth not in actuall fighting; but in the known disposition thereto, during all the time there is no assurance to the contrary. ».

*Id.*, pp. 88-89.

<sup>557</sup> *Id.*, p. 120.

<sup>558</sup> *Id.*, p. 117. Ici s'achève ma référence aux propos de Thomas Hobbes. Le lecteur doit savoir que je reconnais l'état de nature pour ce qu'il est, c'est-à-dire un postulat logique et non historique visant à illustrer l'horreur de l'existence des êtres humains dans un monde apolitique. Néanmoins et comme plusieurs, je ne crois pas que le meilleur remède à l'état de nature soit le *Leviathan* que présente Hobbes. J'estime que la position de John Locke, que j'exposerai très sommairement dans les pages qui suivent, est préférable à celle de Hobbes. Elle est préférable dans la mesure où elle traduit la notion d'état de droit, c'est-à-dire la *Rule of law*.

paix, de bonne volonté, d'assistance mutuelle et de conservation »<sup>559</sup>, il est aussi présenté, à l'instar de chez Hobbes, comme un état de guerre où une large part des individus briment délibérément et constamment les droits et les libertés naturels des autres<sup>560</sup>. Outre le fait que l'être humain ne puisse demeurer dans l'état de nature en raison du fait que chacun y est investi du pouvoir exécutif du droit naturel - c'est-à-dire que l'individu peut châtier quiconque porte atteinte à ses droits - ce qui engendre nécessairement des abus de pouvoir et un état de guerre<sup>561</sup>, la seule précarité de la jouissance de sa liberté lui commande d'entrer en société afin d'éviter cet état de guerre:

« [...] même s'il possède tant de droits dans l'état de nature, il n'en a qu'une jouissance très précaire et constamment exposée aux empiètements d'autrui. Tout le monde est roi autant que lui, chacun est son égal, et la plupart ne respectent strictement ni l'équité, ni la justice, ce qui rend la jouissance de la propriété qu'il a dans cet état très dangereuse et très incertaine. Cela le dispose à quitter cette condition, de liberté, certes, mais pleine de terreurs et de continuel dangers: ce n'est pas sans raison qu'il sollicite et consent à prendre pour associés, d'autres hommes, qui se sont déjà réunis, ou qui projettent de se réunir, afin de *sauvegarder* mutuellement leurs vies, leurs libertés et leur

---

<sup>559</sup> J. LOCKE, *op. cit.*, note 547, p. 85.

<sup>560</sup> *Id.*, pp. 83-87 et 146-149. Pour une explication de ce curieux paradoxe, voir C. B. MACPHERSON, *op. cit.*, note 547, pp. 241-247.

<sup>561</sup> J. LOCKE, *op. cit.*, note 547, p. 82:

« [...] je m'attends à ce qu'on objecte, qu'il n'est pas raisonnable que les hommes soient à la fois juges et parties, que l'amour de soi les rendra partiaux envers eux-mêmes et leurs amis, que leur mauvaise nature, la passion et la vengeance les entraîneront trop loin quand ils puniront les autres; que seuls en résulteront le désordre et la confusion, et qu'assurément, cela étant, Dieu a institué les gouvernements pour mettre un frein à la partialité des hommes et leur violence. Je concède aisément que le *gouvernement civil* est le vrai remède aux inconvénients de l'état de nature, qui doivent être grands, si l'on y peut être à la fois juge et partie, car, on le conçoit aisément, un homme assez injuste pour léser son frère n'a guère chance d'être assez juste pour se condamner lui-même de ce chef. » (En italique dans l'original).

Il poursuit, à la page 85:

« L'absence d'un juge commun compétent place l'humanité entière dans l'état de nature; l'exercice illégal de la force contre la personne d'un homme crée l'état de guerre, qu'il existe ou non un juge commun. » (En italique dans l'original).

fortune, ce que je désigne sous le nom général de *propriété*.

La *fin capitale* et principale, en vue de laquelle les hommes s'associent dans des républiques et se soumettent à des gouvernements, c'est *la conservation de leur propriété*. »<sup>562</sup>.

Ainsi, l'unique moyen dont dispose l'individu afin d'éviter l'abus de pouvoir et les conduites arbitraires des autres consiste à entrer en société, là où des lois s'appliquent à tous et où un mécanisme de mise en oeuvre de la législation a été élaboré pour en garantir le respect. La nécessité d'édicter des lois qui régissent le comportement de tous les êtres humains se comprend aisément: c'est la seule façon d'assurer la liberté des individus. Si ceux-ci sont totalement libres de faire ce qui leur plaît lorsque bon leur semble, la liberté de chacun est du même coup constamment menacée par celle des autres, voire utopique dans la mesure où tous deviennent soumis à l'arbitraire et aux caprices de chacun. Dans cette optique, la véritable liberté ne doit pas être perçue comme un état de licence. Elle doit s'imposer comme étant « la faculté que tout homme porte en lui d'agir selon sa détermination propre, sans avoir à subir d'autres contraintes que celles qui sont nécessaires à la liberté des autres »<sup>563</sup>. Les lois servent donc à établir ces balises, faisant ainsi en sorte que la liberté de chacun ne soit plus bornée par l'arbitraire et les

---

<sup>562</sup> *Id.*, p. 146. Il faut toutefois mentionner que pour Locke, le bien collectif ne l'emporte pas sur le bien individuel et la primauté de ce dernier est clairement exposée: « Si les hommes qui s'associent abandonnent l'égalité, la liberté et le pouvoir exécutif qu'ils avaient dans l'état de nature, aux mains de la société, pour que le pouvoir législatif en dispose selon que le bien social l'exigera, chacun agit de la sorte à seule fin de mieux protéger sa liberté et sa propriété, car on ne saurait prêter à une créature raisonnable l'intention de changer d'état pour être plus mal [...]. » *Id.*, p. 148.

<sup>563</sup> Georges BURDEAU, *Le libéralisme*, Paris, Les Éditions du Seuil, 1979, p. 40. De la même façon, Montesquieu affirmait:

« Il est vrai que, dans les démocraties, le peuple paraît faire ce qu'il veut; mais la liberté politique ne consiste point à faire ce que l'on veut. Dans un État, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à vouloir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir.

Il faut se mettre dans l'esprit ce que c'est que l'indépendance, et ce que c'est que la liberté. La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent; et si un citoyen pouvait faire ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir. ».

caprices des autres. C'est l'état de droit, le gouvernement par les lois plutôt que le gouvernement par les hommes. C'est la *Rule of Law*<sup>564</sup>.

Les lois de nature criminelle, qui interdisent notamment de tuer<sup>565</sup>, de voler<sup>566</sup>, de frauder<sup>567</sup> ou d'agresser<sup>568</sup> un individu, représentent donc ces balises fondamentales à l'expression, à la reconnaissance et à la viabilité de la liberté. En effet, si ces comportements n'étaient pas proscrits, on se trouverait dans un état de licence, dans l'état de guerre que décrivaient Hobbes et Locke, à la merci des caprices, de l'arbitraire et de l'abus de pouvoir.

### b) La mise en oeuvre de la Rule of Law

La sauvegarde de la liberté ne peut toutefois se limiter à la promulgation de normes visant à circonscrire le comportement de chacun. Afin d'assurer la mise en oeuvre et le respect des lois, il est impératif de concevoir un système qui a pour objet de prévenir la transgression des normes de conduite. Cela s'effectue principalement par le

---

<sup>564</sup> Locke écrivait, *op. cit.*, note 547, p. 88:

« [...] la liberté des hommes soumis à un gouvernement consiste à posséder une règle permanente à laquelle se conformer, une règle commune à tous les membres de la société et instituée par le pouvoir législatif qui s'y trouve établi. C'est la liberté de suivre ma propre volonté toutes les fois que cette règle garde le silence et de ne pas me trouver soumis à la volonté inconstante, incertaine, secrète, arbitraire d'un autre homme... ».

Et, à la p. 106:

« [...] le droit n'a pas pour fin d'abolir la liberté, ni de l'entraver, mais de la conserver et de l'accroître. Les créatures capables de vie juridique, quelle que soit leur condition, ne sont jamais libres sans lois. La liberté consiste à ne subir ni contrainte, ni violence, par le fait d'autrui, ce qui est impossible sans lois; mais elle ne se définit pas, comme on le prétend, par la liberté pour chacun d'agir à sa guise. Comment être libre, alors que n'importe qui peut vous imposer ses caprices? Elle se définit comme la liberté, pour chacun, de régler et d'ordonner à son idée sa personne, ses actes, ses possessions et tout ce qui lui appartient, dans le cadre des lois auxquelles il est soumis, donc, de ne pas dépendre du vouloir arbitraire d'un autre, mais de suivre librement le sien propre. ».

<sup>565</sup> Au Canada, voir l'article 235 C.cr..

<sup>566</sup> Au Canada, voir l'article 334 C.cr..

<sup>567</sup> Au Canada, voir l'article 380 C.cr..

<sup>568</sup> Au Canada, voir l'article 266 C.cr..



biais du châtement. Pour dissuader la violation des règles de droit, on punit les contrevenants<sup>569</sup>. Sans un tel système, il appert que les individus ne se conformeront pas constamment aux normes de conduite qu'impose la société. En postulant, tel que le propose Locke, que la raison permet à elle seule de connaître les limites qui s'imposent à notre conduite sans qu'il soit nécessaire de consulter un texte de loi<sup>570</sup>, et en constatant que les individus briment néanmoins la liberté des autres pour satisfaire leurs besoins et leurs désirs, on doit logiquement conclure que l'existence de normes ne sera pas suffisante en elle-même pour prévenir ces abus. Il faut donc un système permettant de faire respecter les lois; un système permettant à la société de réprimer les conduites qui minent la liberté de chacun.

Par ailleurs, - et c'est ce que l'on semble parfois négliger mais qui demeure néanmoins capital - afin d'assurer la cohérence entre les facettes procédurale et substantive du système pénal, il faut empêcher que la répression puisse être mise en oeuvre de façon arbitraire. Puisque les normes substantives visent à protéger la liberté d'un individu contre les empiètements capricieux d'un autre, il est essentiel que le système procédural - le système d'imposition des châtements - soit conçu de façon à protéger l'individu contre les empiètements capricieux du reste de la population. En effet, c'est l'ensemble de la population qui, par le biais de ses agents étatiques, met en oeuvre le processus répressif. Donc, si l'on cherche à protéger l'individu contre l'abus de pouvoir que commet un autre individu, on doit aussi chercher à protéger l'individu contre l'abus de pouvoir commis par l'ensemble de la population. Tel que l'affirmait Locke:

« L'humanité sera dans une situation bien pire que dans l'état de nature, si elle arme de la puissance conjointe d'une foule un seul homme, ou plusieurs, de telle sorte que ceux-ci puissent la contraindre à obéir à discrétion aux décrets exorbitants et illimités de leurs pensées soudaines, ou de

---

<sup>569</sup> Certes, l'imposition d'un châtement peut ne pas avoir comme unique but la dissuasion. Les objectifs de réhabilitation et de rétribution peuvent être également présents. Et, même si l'on peut demeurer sceptique quant à l'effet dissuasif des châtements, il semble que cet objectif ne puisse toutefois pas être complètement évacué.

<sup>570</sup> J. LOCKE, *op. cit.*, note 547, p. 78. C'est le concept de droit naturel chez Locke. On retrouve un écho de cette conception du droit dans l'article 19 du C.cr., lequel déclare: « L'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction ». En outre, Émile Durkheim justifie cette règle de façon très intéressante. *Infra*, note infrapaginale n° 574.

leur volonté sans frein et manifestée au dernier moment, sans qu'aucun critère ait été établi pour les guider dans leur action et les justifier. »<sup>571</sup>.

La nécessité de protéger un individu contre la tyrannie potentielle de la collectivité est peut-être, de surcroît, exacerbée par la nature même des conduites qui sont définies comme criminelles. Dans un ouvrage intitulé *De la division du travail social*<sup>572</sup>, Émile Durkheim décrit l'acte criminel comme étant celui qui offense les états forts et définis de la conscience collective<sup>573</sup>. Il prétend que la conduite criminelle est celle qui

---

<sup>571</sup> J. LOCKE, *op. cit.*, note 547, p. 155. Cette idée d'abus de pouvoir par la majorité a été reprise chez plusieurs penseurs libéraux. C'est ainsi qu'Alexis de Tocqueville écrivait:

« Qu'est-ce donc qu'une majorité prise collectivement, sinon un individu qui a des opinions et le plus souvent des intérêts contraires à un autre individu qu'on nomme la minorité? Or, si vous admettez qu'un homme revêtu de la toute-puissance peut en abuser contre ses adversaires, pourquoi n'admettez-vous pas la même chose pour une majorité? Les hommes, en se réunissant, ont-ils changé de caractère? Sont-ils devenus plus patients dans les obstacles en devenant plus fort? Pour moi, je ne saurais le croire; et le pouvoir de tout faire, que je refuse à un seul de mes semblables, je ne l'accorderai jamais à plusieurs. ».

Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, coll. Folio, Paris, Gallimard, p. 376.

Au même effet, Mill déclarait:

« [...] la volonté du peuple signifie en pratique la volonté du plus grand nombre ou de la partie la plus active du peuple: de la majorité ou ceux qui parviennent à s'imposer en tant que majorité. Il est donc possible que les "gens du peuple" soient tentés d'opprimer une partie des leurs; aussi est-ce un abus de pouvoir dont il faut se prémunir au même titre qu'un autre. C'est pourquoi il demeure primordial de limiter le pouvoir du gouvernement sur les individus, même lorsque les détenteurs du pouvoir sont régulièrement responsables devant la communauté, c'est-à-dire devant son parti le plus fort. [...] Ainsi range-t-on aujourd'hui, dans les spéculations politiques, "la tyrannie de la majorité" au nombre de ces maux contre lesquels la société doit se protéger. ».

John Stuart MILL, *op. cit.*, note 105, pp. 65-66.

Pour des prononcés plus récents à ce sujet, on peut consulter: Maurice FLAMANT, *Histoire du libéralisme*, Deuxième édition, coll. « Que sais-je? », Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 24; G. BURDEAU, *op. cit.*, note 563, pp. 179-186.

<sup>572</sup> *Op. cit.*, note 547.

<sup>573</sup> *Id.*, p. 47. Pour un prononcé judiciaire à cet effet, on peut lire les propos de monsieur le juge La Forest dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, note 198, 509 où il traitait de la différence entre une loi de nature réglementaire et une loi de nature criminelle: « Il n'y a pas de doute que la conduite interdite par la Loi s'écarte considérablement de ce qui constitue le domaine typique du système de droit criminel, c'est-à-dire la mise en lumière des valeurs sociales fondamentales où les comportements prohibés, par exemple,

choque les valeurs qui, dans une société donnée, sont partagées par toutes les consciences saines<sup>574</sup>. En outre, ces valeurs sont celles qui sont très fortement imprégnées dans les consciences, celles qui sont fondamentales<sup>575</sup>. Enfin, non seulement ces valeurs sont-elles fondamentales et très largement partagées, elles sont nettes et précises<sup>576</sup>. On comprend que la perpétration d'un acte criminel fait ainsi largement appel à l'émotivité en ce sens qu'elle fait naître, au sein de la collectivité, des émotions précises et d'une intensité remarquable, ce qui entraîne parfois des réactions passionnelles et forcément irrationnelles<sup>577</sup>. Dans une atmosphère dominée par la passion et les emportements de la

les actes de violence ou de malhonnêteté, sont des comportements qui violent des normes humanitaires imposées par le sens commun [...] ».

<sup>574</sup> E. DURKHEIM, *op. cit.*, note 547, pp. 39-41. C'est ainsi qu'il explique l'existence de l'adage selon lequel *nil n'est censé ignorer la loi* (prévu à l'article 19 C.cr.). En raison du fait que les conduites criminelles sont celles qui sont gravées dans toutes les consciences des êtres normaux, elles ne peuvent être ignorées.

<sup>575</sup> *Id.*, p. 43-44. Durkheim soutient donc que les crimes ne sont pas uniquement des « velléités hésitantes et superficielles » mais qu'ils sont des actes qui froissent des valeurs profondément enracinées dans chacun. Il explique d'ailleurs ainsi la lenteur sans pareille qui marque l'évolution et le changement des conduites criminelles dans une société donnée.

À ce titre, il peut être pertinent de lire l'intéressante analyse du professeur Skolnick concernant le fait qu'il est difficile de criminaliser les vices tels que la consommation de drogue et le jeu en raison du fait que ces conduites ne portent pas atteinte aux sentiments forts de la conscience collective: Jerome H. SKOLNICK, *loc. cit.*, note 547.

<sup>576</sup> E. DURKHEIM, *op. cit.*, note 547, p. 45. À ce titre, Durkheim fait remarquer que le droit criminel est codifié différemment du droit civil. En matière de droit civil, le législateur prescrit une obligation et une sanction corrélative tandis qu'en droit criminel, plus souvent qu'autrement, on omet les obligations pour ne conserver que les sanctions. S'il en est ainsi, ce ne peut être qu'en raison du fait que la conduite faisant l'objet de la sanction est précisément connue des gens - contrairement à l'étendue des obligations civiles - puisqu'elle porte atteinte à une valeur bien précise et bien définie.

<sup>577</sup> Dans une conférence tenue par l'Institut canadien d'administration de la justice, en 1995, le ministre de la Justice d'alors, l'Honorable Allan Rock, faisait remarquer l'écart important qui existe entre la perception qu'a le public de sa propre sécurité et le taux de criminalité:

« Many Canadians are very upset by the perceived laxness in the system. They question whether there is any justice at all. One desperate person was heard to say recently that it has gotten to the point where justice must not only be seen to be done, it must be seen to be believed. As the public's confidence in the justice system has declined, their fear and their sense of being unsafe has increased.

Now, although it is of very little comfort, we should remember for the most part that the level of public concern about the incidence of crime is not matched by the actual crime rates. Clearly, there is a gap between perception and reality. Two thirds of Canadians believe that crime rates have risen over the last five years. In fact, they have generally remained stable and, indeed, the overall crime rates have declined in the past two years.

société, l'individu soupçonné de s'être livré à une conduite criminelle doit donc recevoir une protection accrue contre la tyrannie potentielle de la communauté, contre les abus de pouvoir que pourrait commettre cette dernière.

Dans ce contexte, il importe davantage de limiter significativement le pouvoir permettant à la société de porter atteinte à la liberté d'un individu. D'abord, l'exercice de ce pouvoir ne peut prendre sa source dans la prérogative puisque la discrétion dont bénéficieraient alors les dirigeants serait beaucoup trop considérable et, par le fait même, sujette à abus. Le droit de porter atteinte à la liberté d'un citoyen doit plutôt être autorisé par une loi valide, laquelle ne peut avoir d'effet rétroactif<sup>578</sup> ni être imprécise dans sa portée<sup>579</sup>. Autrement, il serait loisible aux titulaires du pouvoir exécutif d'interférer dans

---

While most Canadians believe that homicides are increasing more than any other crime, the homicide rate actually has not changed over the last 30 years. A majority of Canadians believe that the recidivism rate is over 40%. In fact, only 12% of parolees have been reconvicted after 10 years. The gap between perception and reality is large and growing. ».

Allan ROCK, « Keynote Address: Crime, Punishment and Public Expectations », dans Jean-Maurice BRISSON et Donna GRESCHNER (Dir.), *L'administration de la justice et la perception du public*, Institut canadien d'administration de la justice, Montréal, Les Éditions Thémis, 1995, 185, 186.

D'ailleurs, c'est ce type de réactions passionnelles et non fondées qui a amené le peuple californien à modifier sa constitution de façon à ce que soient réduites les garanties juridiques offertes aux accusés et à contraindre la partie défenderesse, dans le cadre d'un procès criminel, à communiquer ses éléments de preuve et ses moyens de défense au ministère public avant le début des auditions. Ainsi, dans un article paru en 1990, un auteur faisait état du contexte dans lequel s'est effectuée la modification constitutionnelle. Il expliquait que les artisans de la réforme, principalement des procureurs oeuvrant pour le compte du ministère public, avaient convaincu les citoyens de se défaire de certaines protections constitutionnelles en invoquant non seulement une hausse du taux de criminalité mais surtout en leur faisant accepter l'idée selon laquelle les droits qu'ils abdiquaient n'étaient pas les leurs, mais uniquement ceux des criminels dont le citoyen ordinaire et respectueux des lois n'aurait jamais besoin. Qui plus est, on a tenté de perpétuer des croyances populaires selon lesquelles un grand nombre d'accusés se voient libérés en raison de *simples technicalités*, alors que le taux de condamnation par rapport au nombre de procédures intentées était très élevé. Voir: Thomas HAVLENA, *loc. cit.*, note 44, 45-65.

<sup>578</sup> L'article 11 g) de la *Charte* prévoit ceci:

« 11. Tout inculpé a le droit

g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ».

<sup>579</sup> Au sujet de la règle de droit imprécise, on peut notamment lire les arrêts suivants: *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *Re ss. 193 and 195.1 of Criminal Code* [1990] 1 R.C.S. 1123.

la vie des particuliers de façon absolument arbitraire et imprévisible<sup>580</sup>. Ce sont donc les dispositions génératrices d'infractions qui seules confèrent à la collectivité le droit de porter atteinte à la liberté d'un individu. Puisqu'il est alors question d'un droit, il revient à celui qui veut en bénéficier de démontrer qu'une situation factuelle y donne ouverture et ce, avant que l'on ne puisse légitimement s'attendre à une quelconque participation de l'accusé<sup>581</sup>. En outre, pour s'assurer que les faits sur lesquels s'appuient les revendications du poursuivant sont fondés, on doit donner au prévenu l'opportunité d'éprouver leur véracité<sup>582</sup>. Qui plus est, la démonstration du poursuivant doit être indubitable. C'est-à-dire que la validité de l'ensemble de la preuve soumise doit être évaluée par rapport à une norme très sévère - la norme *hors de tout doute raisonnable* - afin de minimiser le risque que le droit de porter atteinte à la liberté du citoyen puisse prendre sa source dans une trame de faits équivoque et confuse. Bref, afin d'empêcher l'État de porter atteinte à la liberté d'un individu sans que les faits ne donnent incontestablement ouverture à son droit<sup>583</sup>. Autrement, la potentialité d'abus de pouvoir serait considérable. Enfin, la preuve doit être soumise à un tiers impartial<sup>584</sup>, lors d'une audition publique<sup>585</sup>. Ce dernier doit alors décider si le ministère public s'est effectivement acquitté de son fardeau.

C'est ce que l'on appelle communément le *système accusatoire* et les mesures qui le composent ont toutes pour unique dessein d'empêcher qu'un individu soit dépossédé

---

<sup>580</sup> E. RATUSHNY, *op. cit.*, note 499, p. 10.

<sup>581</sup> C'est le principe de la *preuve complète*. Il commande au ministère public de présenter des éléments de preuve concernant tous les éléments constitutifs de l'infraction avant que le prévenu soit obligé de répondre aux charges qui pèsent contre lui. J'explique sa raison d'être dans les pages qui suivent.

<sup>582</sup> Cet exercice s'effectuera le plus souvent au moyen du contre-interrogatoire des témoins qui viennent démontrer l'existence d'un fait.

<sup>583</sup> On écrit fréquemment que la norme de preuve doit être particulièrement élevée en raison du fait qu'il faut éviter de condamner un innocent et qu'il est préférable de laisser échapper dix coupables plutôt que de courir la chance de punir une personne innocente. Si ce jugement est indéniable, j'estime qu'il vise surtout à traduire l'idée selon laquelle l'appareil gouvernemental ne saurait acquérir le droit d'attenter à la liberté d'un individu si les faits qu'il invoque au soutien de sa revendication ne supportent pas clairement et sans contredit sa position.

<sup>584</sup> Voir l'alinéa 11 d) de la *Charte*, *Supra*, note infrapaginale 103 et E. RATUSHNY, *op. cit.*, note 499, p. 21. Pour une explication concernant le fondement de cette règle, voir les propos de Locke, *supra*, note infrapaginale n° 561.

<sup>585</sup> Afin de réduire les possibilités d'abus de pouvoir à la suite de la collusion entre les pouvoirs exécutif et judiciaire.

de sa liberté au gré des simples fantaisies de la collectivité ou dans l'emportement du moment. Elles cherchent à faire en sorte que, « [...] par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »<sup>586</sup>. Dans le contexte de ce système procédural, la question pertinente ne vise donc pas tellement à déterminer si, dans l'absolu, un individu a effectivement commis un crime. Il s'agit plutôt d'évaluer si la Couronne a réussi à établir sans équivoque son droit de porter atteinte à la liberté d'un individu<sup>587</sup>.

**(1) La nécessité du principe interdisant l'auto-incrimination forcée**

C'est dans ce contexte général de la protection des personnes contre les abus de pouvoir et l'arbitraire de la majorité que se pose avec le plus d'acuité le problème de la participation forcée du prévenu à sa poursuite criminelle. Dans l'hypothèse où un individu fait l'objet de forts soupçons de la part des autorités mais que celles-ci ne sont pas convaincues de sa culpabilité, devraient-elles être en mesure de le contraindre à

---

<sup>586</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, note 564, p. 326. Il y a principalement deux façons de faire en sorte que le pouvoir arrête le pouvoir. Premièrement, il y a lieu de contrer le pouvoir législatif par la création d'un pouvoir supra-législatif, ce qui est communément appelé *Constitution*. À ce sujet, Burdeau écrivait, *op. cit.*, note 563, p. 57:

« La constitution est le statut du pouvoir; il est donc de son essence, en tant que fondement de l'autorité dans l'État, d'entraîner certaines limitations des possibilités offertes aux gouvernants. C'est une règle qui leur est supérieure puisqu'elle définit les modalités de leur investiture, légitime leur titre à commander et détermine les conditions d'exercice de leur puissance. Elle implique que le pouvoir qu'ils mettent en oeuvre ne leur appartient pas; ils en sont les agents, non les propriétaires. C'est donc à juste titre que le libéralisme voit dans la constitution un instrument de liberté puisque son existence exclut le "bon plaisir" pour lui substituer des compétences fixées à l'avance et en vue de fins définies. [...] c'est en elle-même, indépendamment de son origine, que la constitution est une garantie de la sûreté des citoyens du seul fait que, par son existence, elle limite le pouvoir. ».

La Cour suprême reconnaissait d'ailleurs ce rôle de la Constitution lorsqu'elle affirmait dans l'arrêt *Collins*, précité, note 317, à la page 282: « La *Charte* vise à protéger l'accusé contre la majorité, donc la mise en application de la *Charte* ne doit pas être laissée à cette majorité. ». Elle affirmait aussi, en ce qui a trait à l'exclusion d'éléments de preuve obtenus à la suite d'une violation de la Constitution: « La détermination finale doit relever des tribunaux, parce qu'ils constituent souvent la seule protection efficace des minorités impopulaires et des individus contre les revirements de la passion publique. ».

Ce dernier extrait démontre également que la seconde façon de limiter le pouvoir réside dans la séparation des pouvoirs. En effet, ce n'est qu'en créant une mécanique de freins et contrepoids que le pouvoir sera disséminé et ainsi, affaibli. Voir BURDEAU, *op. cit.*, note 563, pp. 60-65 et MONTESQUIEU, *op. cit.*, note 564, p. 328.

<sup>587</sup> E. RATUSHNY, *op. cit.*, note 499, pp. 14 et 18.

fournir les justifications, c'est-à-dire les preuves qui fonderont sa déclaration de culpabilité et le droit de l'État de porter atteinte à sa liberté? En d'autres termes, quelles sont « les limites du pouvoir que la société peut légitimement exercer sur l'individu »<sup>588</sup>? Si l'on désire demeurer conséquent par rapport au panorama jusqu'ici dépeint, la réponse est relativement facile, voire évidente. Toute procédure qui permettra légalement aux autorités de contraindre<sup>589</sup> une personne à fournir les justifications à sa propre poursuite engendrera de l'abus de pouvoir, en ce que la collectivité acquerra alors le droit de porter atteinte à la liberté de cette personne sans que le ministère public n'ait *d'abord* établi de façon indubitable - c'est-à-dire hors de tout doute raisonnable, devant un décideur impartial et en ayant donné l'opportunité à l'accusé d'éprouver la validité de la preuve soumise lors d'un procès public - son droit de porter atteinte à la liberté de cette personne. Le professeur De Montigny arrivait à une conclusion similaire en écrivant:

« Qui plus est, le droit au silence est un corollaire essentiel du caractère accusatoire de notre procédure et de la présomption d'innocence. Puisque c'est l'État qui doit faire la preuve de la culpabilité d'un prévenu, la Couronne ne saurait d'aucune façon s'en remettre à la collaboration involontaire de l'accusé pour pallier les insuffisances de sa preuve. Une telle façon de procéder crée une grave entorse aux principes fondamentaux qui régissent notre droit criminel [...]. »<sup>590</sup>.

---

<sup>588</sup> J. S. MILL, *op. cit.*, note 105, p. 61.

<sup>589</sup> Le juge Lamer affirmait dans l'arrêt *Jones*, précité, note 194, 249 que « [la] contrainte [...] signifie refuser la possibilité de donner un consentement libre et éclairé. ». La privation de liberté est donc évidente.

<sup>590</sup> Y. DE MONTIGNY, *loc. cit.*, note 433, 819.

La juge Wilson y allait d'un commentaire semblable dans l'arrêt *Thomson Newspapers*:

« L'État ne saurait déranger un particulier sans justification et ne peut compter sur ce dernier pour fournir sa justification de sa propre bouche. S'il en était autrement, notre système de justice se trouverait inévitablement à glisser vers un régime policier. ».

*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada*, précité, note 198, 480. Même si les propos de la juge Wilson semblent traduire la même idée que celle exposée par le professeur De Montigny, on pourrait croire - et ce serait discutable - que la magistrate voulait plutôt dire que ce qui est condamnable n'est pas nécessairement le fait de forcer un suspect à fournir les preuves de sa culpabilité alors que les autorités ont des motifs raisonnables de croire qu'il est responsable de la perpétration d'une infraction, comme le fait de contraindre un individu à fournir les preuves de sa participation à une infraction dans le contexte où les forces de l'ordre n'ont même pas le moindre soupçon concernant les activités criminelles de cet individu.

Dans la mesure où la *Rule of law* a pour objectif principal de garantir la liberté de l'être humain en le soustrayant aux conduites arbitraires et abusives des ses semblables, il faut percevoir le principe interdisant l'auto-incrimination forcée comme étant son complément nécessaire. Autrement, le système fera place à des incongruités significatives qui sont au nombre de trois: la difficulté liée à la norme de preuve, la difficulté liée à l'absence de magistrat et la difficulté liée à la procédure *ex parte*.

(i) *La difficulté liée à la norme de preuve*

D'abord, la norme de preuve que le ministère public doit rencontrer afin d'acquiescer le droit de porter atteinte à la liberté d'un individu - la norme *hors de tout doute raisonnable* - sera nécessairement diminuée s'il peut se servir du suspect afin d'obtenir les preuves qui fonderont son droit de porter atteinte à sa liberté. Manifestement, si la contraignabilité doit s'avérer d'une quelconque utilité, c'est uniquement dans le contexte où le ministère public ne détient pas suffisamment d'éléments de preuve lui permettant d'établir hors de tout doute raisonnable la perpétration d'une infraction; ce qui fonde son droit de porter atteinte à la liberté d'un individu. Dans le cas contraire, celui où le poursuivant possède suffisamment d'éléments de preuve afin de démontrer hors de tout doute raisonnable la culpabilité d'un individu, la contraignabilité devient évidemment superflue. Dès lors, afin d'être d'une quelconque utilité, la contraignabilité devra être permise lorsque les autorités ne disposent pas d'assez de preuves pour faire condamner un individu. Or, quelle que soit la norme de preuve alors requise et qui, lorsque rencontrée, autorisera les agents de l'État à forcer un individu à fournir les éléments de preuve recherchés<sup>591</sup>, la norme qui gouverne le procès sera forcément contournée et la protection contre l'abus de pouvoir sera diminuée d'autant. Qui plus est, le fait de permettre la contraignabilité entraîne nécessairement une présomption de culpabilité<sup>592</sup>.

---

Dans ce dernier cas, il s'agirait vraiment d'un régime policier où le droit permettrait les "expéditions de pêche". La différence en serait une de degré et non de nature.

<sup>591</sup> Il pourra s'agir de simples soupçons, de motifs probables et raisonnables de croire que..., ou de la prépondérance des probabilités.

<sup>592</sup> Cela se perçoit aisément. Tel que je l'ai expliqué précédemment, en raison du fait que le ministère public ne possède pas le pouvoir inhérent de porter atteinte à la liberté d'un individu, il est normal qu'il doive d'abord démontrer que des faits précis donnent ouverture à son droit, avant de pouvoir



(ii) *La difficulté liée à l'absence de magistrat*

La fonction de juge impartial et indépendant a pour objet d'empêcher que le poursuivant ne soit à la fois juge et partie et de s'assurer que la norme de preuve requise soit rencontrée avant que le demandeur ne puisse se prévaloir de son droit de porter atteinte à la liberté d'un individu. Or, dans l'état actuel des choses, la contrainte visant à obtenir des éléments de preuve aurait probablement lieu à l'étape des procédures "déjudicialisées". Ainsi, peu importe la norme de preuve requise pour permettre la contraignabilité, le simple fait qu'il y ait absence de juge impartial pour s'assurer que ladite norme est rencontrée permettra au poursuivant d'exercer à sa guise son pouvoir de contrainte et de forcer l'individu à fournir les justifications à sa propre poursuite. Dès lors, on doit reconnaître que l'absence de magistrat entraînera nécessairement une

---

légitimement interférer dans la sphère individuelle. C'est le principe de la *preuve complète*. Or, cette démonstration ne peut s'effectuer que par la présentation de la preuve du poursuivant, au terme de laquelle diverses possibilités peuvent survenir.

Premièrement, il peut y avoir absence de preuve sur un des éléments constitutifs de l'infraction, ce qui entraînerait d'emblée le rejet de l'accusation et l'acquittement du prévenu. Dans ces circonstances, il serait illégitime de demander au suspect de s'expliquer puisque l'on ne pourrait rien lui opposer de significatif. Le contraindre à fournir quelque preuve ou quelque explication que ce soit reviendrait à le présumer coupable sans que cette présomption ne soit étayée par des faits et la contraignabilité devient alors une atteinte non justifiée à sa liberté. Voir: D. J. HARVEY, *loc. cit.*, note 494, 183-184 et R. Kent GREENAWALT, *loc. cit.*, note 494, 15, particulièrement aux pages 20 à 43.

Une seconde hypothèse peut être envisagée, en vertu de laquelle le poursuivant a présenté des éléments de preuve relatifs à tous les éléments constitutifs de l'infraction. Mais, en raison de lacunes inhérentes à la démonstration - qu'il s'agisse par exemple d'un manque de crédibilité de certains témoins ou du fait qu'une preuve puisse donner lieu à deux interprétations contradictoires pouvant simultanément laisser croire à la culpabilité et à l'innocence - un doute persiste dans l'esprit du juge des faits, malgré que les probabilités pointent en direction de la culpabilité. Dans ce contexte, si l'on est disposé à forcer un individu à fournir des preuves, c'est qu'on le présume coupable et que l'on est résolu à porter atteinte à sa liberté malgré la possibilité réelle que la situation factuelle ne donne pas ouverture au droit du ministère public. En effet, en présumant véritablement que l'accusé soit innocent, il faudrait, en l'absence de preuves indubitables au contraire, le relâcher. Cela démontre une fois de plus que la contraignabilité ne peut se concevoir qu'en tronquant la présomption d'innocence et en abaissant la norme de preuve.

La dernière hypothèse est la suivante: le juge des faits peut être confronté à une preuve qui lui donne la certitude, en l'absence d'explication contraire, de la culpabilité de l'accusé. Ce n'est qu'en pareil cas qu'il devient légitime de s'attendre à une explication du défendeur. En effet, à ce moment il devient véritablement légitime de le présumer coupable puisque la preuve présentée ne permet pas de conclure autrement. Puisque les faits donnent alors lieu à cette présomption, il appartient au prévenu de la réfuter et c'est pour cette raison que l'on peut s'attendre à une explication. Dans l'éventualité contraire, on pourra légitimement et logiquement conclure qu'il n'est pas en mesure de fournir quelque justification qui amènerait à conclure autrement que ce que commande la preuve. C'est d'ailleurs la position qu'a récemment adoptée la Cour suprême du Canada. *Supra*, note infra-paginale n° 152. On comprend alors que la contraignabilité ne devient plus nécessaire. Elle est superflue parce que la culpabilité a déjà été prouvée hors de tout doute raisonnable.

diminution de la protection contre l'abus de pouvoir<sup>593</sup>.

(iii) *La difficulté liée à la procédure ex parte*

Pour pallier à cette déficience, c'est-à-dire l'absence de magistrat, on pourrait peut-être prévoir une procédure d'autorisation préalable, similaire à celle prévue pour les cas d'écoute électronique<sup>594</sup> et de prélèvements de substances corporelles<sup>595</sup>. Dans ces cas, les agents gouvernementaux doivent convaincre un juge qu'un crime a été commis et qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que la procédure d'enquête dont on cherche à faire usage permettra de découvrir des éléments de preuve au regard du crime qui fait l'objet d'une investigation. Toutefois, une telle pratique ne réglerait qu'une partie du problème. En effet, les auditions qui ont pour but l'obtention d'une autorisation préalable sont tenues *ex parte*, de sorte que le suspect ne serait pas en mesure d'éprouver la validité des prétentions du poursuivant. Et, même si l'on accordait au citoyen visé l'opportunité de tester la validité de la preuve soumise au juge, il subsisterait une difficulté: la norme diminuée de preuve.

(2) *Conclusion quant à l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination forcée*

À la lumière de l'ensemble de ces considérations, il ressort que l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination forcée se justifie totalement par la logique et la raison<sup>596</sup>. Dans la mesure où les individus qui ont du pouvoir sont nécessairement portés à en abuser<sup>597</sup>, les normes de conduite dont se dote la collectivité visent essentiellement à garantir la liberté des individus en les protégeant contre les conduites arbitraires et abusives des autres. Par conséquent, afin de préserver la cohérence entre les normes

---

<sup>593</sup> Voir Locke, note infrapaginale 561.

<sup>594</sup> Article 184.2 C.cr..

<sup>595</sup> Article 256 et 487.05 C.cr..

<sup>596</sup> Dans un article paru en 1986, le professeur Dolinko a entrepris d'expliquer pourquoi le *privilege* interdisant l'auto-incrimination prévu par le cinquième amendement de la Constitution américaine ne peut, vu l'état actuel des connaissances, être justifié. Or, il ne parvient pas à démontrer en quoi la théorie de l'abus de pouvoir ne parvient pas à justifier l'existence du *privilege*. Tout au plus prétend-t-il qu'une telle théorie entraîne l'évacuation de la majorité des moyens permettant de rechercher la vérité. Je suis toutefois d'accord avec cette dernière affirmation et j'y reviens dans les pages qui suivent. D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1083-1084.

<sup>597</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, note 564, p. 326.

substantives et procédurales, il faut également protéger le citoyen contre les abus de pouvoir que pourrait commettre la majorité dans la mise en oeuvre de la répression. Dans cette optique, il importe de restreindre le pouvoir des autorités étatiques. Celles-ci ne pourront porter atteinte à la liberté d'un citoyen que si elles démontrent *d'abord* - indubitablement, devant un décideur impartial, lors d'un procès public et en permettant à l'accusé d'éprouver la validité de la preuve à charge - qu'une situation factuelle donne ouverture à leur droit. Dans ce contexte, le principe interdisant l'auto-incrimination est un corollaire essentiel à la logique du système. Il empêche la collectivité de porter atteinte à la liberté d'un individu *avant* qu'elle n'ait clairement établi son droit de le faire.

### c) Le système accusatoire et la divulgation par la défense

Dans le cadre du système accusatoire, tel que je l'ai dépeint jusqu'à présent, la divulgation par la partie défenderesse n'a manifestement pas sa place. Elle amènerait les autorités à porter atteinte à la liberté d'un individu, en le contraignant parfois à fournir les preuves de sa culpabilité<sup>598</sup>, sans qu'elles n'aient *d'abord* établi leur droit de le faire.

Certains auteurs soutiennent que la divulgation réciproque est à proscrire car elle engendrerait un déséquilibre entre les forces de l'État et celles de l'individu<sup>599</sup>, notamment en portant atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination forcée, lequel a justement pour tâche de maintenir cet équilibre<sup>600</sup>. Cet argument m'apparaît discutable.

---

<sup>598</sup> Voir *supra*, pp. 77 et ss..

<sup>599</sup> Michel PROULX, « Defense Disclosure: An Inevitable Lack of Symmetry », (1997) *National Criminal Law Program*, Criminal Evidence, Dalhousie University, Halifax, Nova Scotia, July 14-18, 17-18; Charles B. DAVISON, *loc. cit.*, note 244, 119; Paul CALARCO, « I'll Show You Mine if You Show Me Yours », (1996) 20(9) *Canadian Lawyer*, 13, 13.

<sup>600</sup> Davison écrivait:

« If all resources were equally shared and available to all involved, a stronger argument could be made to suggest that the defence ought to have an obligation of pre-trial disclosure. In the world as we know it, though, access to forensic and other support services and resources is grossely one-sided and, in the criminal sphere, favours the party which bears the onus of proof. One small way of "levelling the playing field" rests with the right of the accused to remain silent, and not to disclose any of his or her defence strategy or evidence to be called at trial. "Greater resources" is far from being a mere rhetorical chant, than: the greater resources of the state is a basic and important reason why defence disclosure should not be required. ».

C. B. DAVISON, *loc. cit.*, note 244, 119. Pour sa part, Calarco écrit: « The state and the individual are not on an equal footing. The power of the state should not be enhanced at the expense of the subject by

Comme je l'ai démontré, le principe interdisant l'auto-incrimination forcée n'a pas pour but de rééquilibrer des forces qui s'opposent. Il a pour but d'empêcher les abus de pouvoir. Et, s'il est vrai que l'État détient un pouvoir beaucoup plus considérable que celui d'un seul individu et que cela favorise en soi l'abus de pouvoir, il est néanmoins souhaitable et nécessaire que l'État dispose d'un tel pouvoir supérieur. En se réunissant et en s'organisant en société dans un état de droit, les individus mettent en commun leurs forces afin de se protéger plus adéquatement contre les intrusions injustifiées commises par les autres. Sans cet arrangement, sans ce cumul des forces de chacun, la mise en oeuvre de la répression serait trop difficile, la protection des individus ne serait nullement assurée et l'on retournerait alors à l'état de nature. Le déséquilibre des forces qui s'opposent est donc essentiel à la survie de la liberté. Conséquemment, il ne s'agit pas de se protéger contre le pouvoir supérieur, il faut uniquement se protéger contre l'utilisation *arbitraire* du dit pouvoir. Voilà pourquoi le principe interdisant l'auto-incrimination forcée existe et voilà pourquoi la divulgation par la défense est à prohiber.

Outre cela, l'obligation de divulgation imposée à la partie défenderesse pourrait occasionner des difficultés d'ordre éthique. Dans le cadre du système accusatoire, lequel a pour but de limiter et de contenir l'exercice du pouvoir de l'État, l'avocat de la défense a un rôle capital à jouer. Il constitue un autre moyen de protéger le citoyen contre l'abus de pouvoir commis par l'État. À l'instar du juge, il représente l'un des contrepoids du pouvoir exécutif<sup>601</sup>. Ainsi, il a pour mandat de protéger la liberté du citoyen qu'il représente en obligeant le poursuivant à établir sans équivoque son droit d'attenter à la liberté d'un individu. L'avocat de la défense doit s'assurer que la démonstration est faite par le truchement de preuves fiables, provenant de sources indépendantes de l'accusé et qui sont suffisantes pour fonder le droit du demandeur<sup>602</sup>. Bref, il doit veiller à ce que la

---

requiring defence disclosure. [...] The right against self-incrimination is an attempt to balance the positions of the parties and requiring defence disclosure comes dangerously close to making the Crown an ordinary litigant in the proceeding ». P. CALARCO, *loc. cit.*, note 599, 13.

<sup>601</sup> En ce qui concerne l'éthique de l'avocat dans le système criminel, Luban affirmait que le zèle de l'avocat est nécessaire à la mise en oeuvre de l'idéologie du système accusatoire. Il écrivait : « The goal of zealous advocacy is to curtail the power of the state over its citizens. ». De la même façon, il affirmait : « The defense lawyer, when she performs her role properly, is a wild card injected into the proceeding by the state and intended by the state to function as its own nemesis. ». D. LUBAN, *Lawyers and Justice*, *op. cit.*, note 95, pp. 60 et 62.

<sup>602</sup> À titre d'exemple, on peut penser au code de déontologie professionnelle du Barreau Canadien

liberté de son client ne soit pas compromise pour des raisons obscures, par une demande injustifiée. Or, en obligeant l'avocat de la défense à jouer un rôle dans le processus de divulgation, puisque c'est par lui que le défendeur communiquera son moyen de défense et ses éléments de preuve, on le place dans une situation délicate où il aura parfois à être le gardien de la liberté de son client de même que l'instrument de sa perte. Dans l'éventualité où il s'interroge afin de déterminer s'il est tenu de communiquer une information donnée, quel parti prendra-t-il? Celui de son client ou celui du ministère public? Qui plus est, s'il est possible de le condamner pour outrage au tribunal pour avoir manqué à son devoir de divulgation<sup>603</sup>, il est à prévoir qu'il privilégiera ses intérêts au détriment de ceux de son client et qu'il péchera par excès de prudence en divulguant plus d'information qu'il n'est nécessaire. Ce sont des éventualités qui mineraient sérieusement la bonne marche du système accusatoire. En définitive, obliger la partie défenderesse à divulguer ses éléments de preuve et son moyen de défense avant la tenue du procès serait contraire à la philosophie du système accusatoire.

### ***Sous-section 5. Les difficultés engendrées par la prédominance du principe interdisant l'auto-incrimination***

#### **a) Le constat des difficultés**

Quoique l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination forcée soit totalement justifiable et essentielle, son application pratique n'est pas sans poser des

---

qui prévoit que l'avocat de la défense doit tout mettre en oeuvre pour empêcher, dans les limites de la légalité, que ne soit condamné un accusé. Voici les commentaires de l'Association du Barreau Canadien:

*« En défendant un accusé, l'avocat doit chercher, dans toute la mesure du possible, à empêcher la condamnation de son client, si ce n'est par un tribunal compétent et sur la foi de preuves légales, établissant de façon suffisante la culpabilité de l'accusé quant aux charges qui pèsent contre lui. En conséquence, et quelle que soit son opinion sur la crédibilité des témoignages ou sur le fond même de l'affaire, l'avocat de la défense peut se servir de n'importe quelle preuve ou défense (même purement technique), pourvu qu'elle ne soit pas manifestement fausse ou frauduleuse. » (mes italiques).*

*Code de déontologie professionnelle*, révisé et adopté par le conseil en août 1987, Ottawa, Association du Barreau Canadien, 1988, 42.

<sup>603</sup> *Supra*, p. 28.

difficultés notables. En fait, même si le processus que j'ai défini jusqu'à présent apparaît comme le cerbère de la liberté individuelle, il représente peut-être du même coup, et c'est ce qui est paradoxal, sa plus grande menace. Si l'on s'en tient à la logique du système accusatoire, on doit reconnaître que les forces constabulaires ne pourront enjoindre un individu de se soumettre à une fouille corporelle. De plus, elles ne pourront le contraindre à fournir ses empreintes digitales, ses empreintes dentaires, des échantillons vocaux, des échantillons d'écriture et des échantillons de substances corporelles telles que le sang, l'haleine, la salive, les poils et les cheveux. En outre, les agents de la paix ne pourront pas obliger le suspect à se soumettre à des parades d'identification ni à des interrogatoires policiers visant à lui soutirer une déclaration. De même, le recours au détecteur de mensonge devra aussi être prohibé<sup>604</sup>. Ce n'est pas tout. La logique du système accusatoire amène aussi à conclure que les agents de l'État ne pourront plus disposer du droit de perquisitionner chez un particulier ni même du simple pouvoir d'arrestation et de détention temporaires<sup>605</sup>. En effet, ces actes portent tous atteinte à la liberté d'un individu sans que le ministère public n'ait d'*abord* établi indubitablement son droit de le faire. Bref, l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination forcée, essentielle à la protection contre l'abus de pouvoir, amènerait inmanquablement la diminution des moyens de rechercher la vérité à un point tel que les forces constabulaires pourraient difficilement poursuivre leurs enquêtes. Cela engendrerait la paralysie quasi-complète du système répressif et, de ce fait, son discrédit et son abandon. En l'absence d'un processus de mise en oeuvre des lois, les normes de conduite que s'impose la société seraient probablement moins respectées et l'on reviendrait à l'état de nature ou à l'état de guerre<sup>606</sup>.

---

<sup>604</sup> De la même façon, voir: Robert S. GERSTEIN, *Privacy, loc. cit.*, note 493 95. Il disait, en faisant référence aux prélèvements de substances corporelles, à la prise d'empreintes digitales, aux parades d'identification et aux interrogatoires policiers: « [...] if the process of ridding criminal procedure of all elements which do not fit into the accusatorial framework is carried to its drily logical extreme, than all such forms of compelled cooperation by the defendant must be forbidden. ». Voir aussi: D. DOLINKO, *loc. cit.*, note 494, 1083; Ian DENNIS, *loc. cit.*, note 494, 354.

<sup>605</sup> Par exemple, il ne serait plus possible pour les agents de la paix de détenir un individu soupçonné de conduire un véhicule avec les facultés affaiblies, de sorte qu'il serait impossible de retirer de la route ceux qui représentent ainsi un danger pour la sécurité des autres conducteurs.

<sup>606</sup> I. DENNIS, *loc. cit.*, note 494, 354-355. Quoique Dennis ne fasse pas directement référence à l'état de nature, il tient les propos suivants qui traduisent la même idée: « Denial of access to these types of evidence may have great costs. Perceptions may arise that the guilty persons are not prosecuted for lack of

La recherche de la vérité est donc vitale pour le fonctionnement adéquat du système procédural et, de ce fait, au respect des normes substantives dont la seule raison d'être est de prévenir l'avènement de l'état de nature ou de l'état de guerre. Pour l'ensemble de ces raisons, la recherche de la vérité doit forcément se voir conférer le statut de principe directeur du système procédural. Par ailleurs, l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination forcée est essentielle à la cohérence des facettes procédurale et substantive. Il faut donc trouver un moyen d'assurer la cohabitation de ces deux principes, tout en respectant leur organisation hiérarchique et leur raison d'être.

**b) L'assouplissement des restrictions aux atteintes à la liberté et leurs justifications**

*(1) L'approche spatio-temporelle*

La cohabitation du principe interdisant l'auto-incrimination forcée avec la recherche de la vérité ne dépend donc plus de sa justification logique et rationnelle, elle dépend de l'assouplissement de son application pratique. Or, si l'on doit restreindre l'application du principe interdisant l'auto-incrimination forcée, cela doit évidemment être fait en respectant la théorie qui justifie son existence. Dans cette optique, l'établissement des limites pourrait être fonction du degré et de la qualification de l'atteinte à la liberté d'un individu. Ainsi, moins longue serait la période d'atteinte à la liberté et moins profonde serait l'intrusion étatique, moins grand serait l'abus de pouvoir et plus justifiable serait l'atteinte à la liberté.

Selon cette approche, on pourrait justifier l'arrestation et la détention d'un individu. En premier lieu, cette atteinte à la liberté est généralement très limitée dans sa durée<sup>607</sup>. Ensuite, même si l'immixtion étatique paraît considérable en ce qu'elle limite

---

evidence or are wrongly acquitted at trial. In turn this may lead to a loss of confidence in "just deserts" principles, where these form the basis of penal policy, or a belief that the deterrent function of the criminal law is being undermined. The law may additionally be seen as failing to deliver satisfaction to victims, giving rise to consequential risks of private revenge and vigilantism. ».

<sup>607</sup> En effet, des mécanismes de contrôle de la validité et de la longueur de la détention existent de sorte que celle-ci sera généralement de courte durée. À cet effet, la *Charte* prévoit à l'article 9 que: « Chacun a le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires. ». De même, elle prévoit, à l'article 10 c) que: Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention: [...] c) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération. ». Voir aussi les articles 493 et ss. du C. cr..

les mouvements du citoyen, elle n'est toutefois pas accompagnée de l'étiquette de la condamnation, laquelle constitue clairement un second niveau d'atteinte à la liberté qui est somme toute beaucoup plus marquant, persistant et intrusif que la seule restriction temporaire de mouvement. Enfin, puisque l'individu n'est pas condamné, on ne le force pas non plus à fournir les justifications de ladite condamnation. En résumé, l'atteinte à la liberté n'est pas des plus marquantes.

Pour des raisons similaires, et malgré que cela soit beaucoup plus discutable, il serait peut-être possible de justifier les fouilles et les perquisitions de la résidence, de la place d'affaires et de la voiture d'une personne. En fait, même si cette catégorie d'atteinte peut parfois s'avérer relativement importante en raison du fait qu'elle est susceptible d'entraîner une condamnation et des stigmates durables, elle n'est pas de celles qui touchent l'individu même. On ne se sert pas *directement* de l'individu pour obtenir les justifications de sa déclaration de culpabilité. Manifestement, il existe une différence entre le fait de restreindre la liberté d'un individu en perquisitionnant sa demeure et le fait de restreindre la liberté de cet individu en le contraignant à être l'objet même de la fouille. Et, quoique l'on puisse estimer que la perquisition de la résidence est particulièrement envahissante, c'est une atteinte qui peut être perçue comme étant, malgré tout, périphérique.

En poursuivant dans cette voie, on pourrait peut-être même soutenir qu'il est possible d'établir une distinction entre les situations où le citoyen est contraint de poser un geste quelconque afin que les autorités puissent obtenir les preuves démontrant sa culpabilité et les situations où il n'est pas obligé de faire quoi que ce soit. Le niveau de contrainte est différent selon que le suspect puisse demeurer passif ou qu'il doive être actif. Toutefois, il faut reconnaître que, du moment où l'on se sert *directement* du suspect pour obtenir les preuves de sa culpabilité, les ingérences étatiques sont tellement marquées et la liberté individuelle devient, de ce fait, si menacée que la distinction entre participation active et participation passive semble alors artificielle et donc, injustifiée. Pour ces raisons, toutes les dispositions qui obligeraient la participation *directe* du suspect seraient à proscrire.

Évidemment, une telle conclusion ne peut être retenue puisque les moyens de rechercher la vérité factuelle seraient encore trop limités. Les enquêtes policières ne



pourraient être correctement menées et le système procédural ne serait pas en mesure de remplir son premier mandat, c'est-à-dire assurer le respect des normes substantives. En définitive, les limites à l'application du principe interdisant l'auto-incrimination forcée ne pourraient être établies uniquement en fonction du degré d'atteinte à la liberté individuelle.

## (2) *L'argumentation du professeur Paciocco*

Le professeur David Paciocco soutient néanmoins que le degré d'atteinte à la liberté individuelle doit être pris en considération dans l'établissement des restrictions à l'application du principe interdisant l'auto-incrimination forcée. Pour cet auteur, l'application pratique de ce principe doit être limitée au droit de conserver le silence. Il soumet quatre principales raisons pour appuyer cette assertion.

D'abord, il allègue que les déclarations obtenues sous la contrainte sont significativement moins fiables que les preuves matérielles<sup>608</sup>. En second lieu, il prétend que la preuve testimoniale diffère de la preuve matérielle puisque cette dernière existe indépendamment de son obtention par les autorités, contrairement à la preuve testimoniale<sup>609</sup>. Pour cette raison, affirme-t-il, le degré de participation de l'accusé varie en fonction du type de preuve recherché par les autorités. Le fait de contraindre l'individu à se soumettre aux prélèvements d'échantillons de substances corporelles diffère du fait de l'obliger à créer, par le biais d'une déclaration, une preuve qui n'existait pas jusqu'alors<sup>610</sup>. Paciocco soutient donc que le fait de forcer un individu à créer de toutes pièces une preuve incriminante constitue une intrusion étatique condamnable en ce qu'elle affecte davantage l'autonomie individuelle<sup>611</sup>. Troisièmement, l'auteur allègue que la création forcée de preuves testimoniales permet aux autorités d'avoir accès à l'esprit et aux pensées d'un suspect, ce qui représente une intrusion injustifiable dans ce qu'il qualifie comme étant le dernier refuge de l'individu<sup>612</sup>. La problématique de l'auto-

---

<sup>608</sup> David M. PACIOCCO, *loc. cit.*, note 494, 87.

<sup>609</sup> *Id.*, 87-88.

<sup>610</sup> D. M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 192, pp. 547-548.

<sup>611</sup> D. M. PACIOCCO, *loc. cit.*, note 494, 88.

<sup>612</sup> *Id.*, 88 et D. M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 192, p. 548. Un autre auteur semble être du même avis que Paciocco puisqu'il écrit: « The third and final difficulty is in distinguishing between privacy as to

incrimination forcée est donc posée en termes de protection de la vie privée. Enfin, il affirme que l'essence même du système accusatoire consiste à ne pas être contraint de *répondre* aux allégations du poursuivant tant et aussi longtemps qu'une *preuve complète* n'a pas été présentée. Pour Paciocco, le fait de répondre constitue une "communication", ce qui fait appel à la preuve testimoniale uniquement<sup>613</sup>.

Les arguments du professeur Paciocco sont d'un intérêt manifeste en ce qu'ils confinent l'application du principe interdisant l'auto-incrimination forcée au droit de conserver le silence, permettant ainsi d'éviter les problèmes pratiques qu'amène inévitablement l'existence du dit principe dans la logique du système accusatoire. Néanmoins, ces arguments comportent des difficultés significatives de sorte qu'ils ne permettent pas, en définitive, de restreindre l'application du principe interdisant l'auto-incrimination forcée comme le propose l'auteur. La première déficience est relative à la fiabilité de la preuve obtenue.

(i) *La fiabilité de la preuve obtenue*

À la lecture de l'argumentation de David Paciocco, on ne peut dire avec certitude s'il situe la question de la fiabilité de la preuve dans le contexte particulier du système accusatoire ou s'il estime que la preuve testimoniale obtenue par contrainte est si peu fiable en elle-même qu'elle doit être écartée des procédures<sup>614</sup>. S'il faut retenir cette dernière interprétation, l'argument de l'auteur présente peu d'intérêt. Dans les premières pages du présent chapitre, j'ai expliqué pourquoi le manque de fiabilité de la preuve testimoniale obtenue par contrainte ne suffit pas à justifier l'existence du droit au silence. Il serait plutôt préférable de modifier le processus de questionnement et l'environnement

---

consciousness and privacy as to bodily samples. It might thought that the two stand or fall together, and that any conclusion which put both beyond the reach of the police would be unacceptable. Considering the scientific developments in "genetic finger-printing" and its importance as objective evidence, such a loss would be too great. It is not implausible, however, to distinguish the two situations and to conclude that while both involve issues of privacy, it is only privacy with respect to consciousness which is sufficiently fundamental to attract a blanket form of legal protection. This is not to accept that bodily samples however intimate, may freely be taken; it is to say only that with respect to them different lines may have to be drawn in deciding the balance of legal protection. ». D. J. GALLIGAN, *loc. cit.*, note 433, 90.

<sup>613</sup> D. M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 192, p. 548.

<sup>614</sup> D. M. PACIOCCO, *loc. cit.*, note 494, 87.

dans lequel il se déroule<sup>615</sup>.

Dans le contexte du système accusatoire, l'argument paraît beaucoup plus intéressant. En fait, la notion de fiabilité est attrayante dans la mesure où la déclaration de culpabilité basée sur une preuve fiable diminue sensiblement la possibilité que l'État ne porte atteinte à la liberté d'un individu sans être, en définitive, pleinement en droit de le faire. Qu'il s'agisse d'empreintes digitales, de profil génétique, d'empreintes dentaires ou d'alcoolémie, l'extrême fiabilité de ces preuves permet d'atteindre un haut niveau de certitude concernant la culpabilité d'un individu, de sorte que les possibilités d'erreurs sont grandement amenuisées. Sous cet angle, on pourrait croire que la potentialité d'abus de pouvoir est presque inexistante. En effet, en quoi est-ce abusif de condamner et de restreindre la liberté d'un individu lorsque l'on est convaincu de sa culpabilité?

La principale difficulté que présente cet argument réside dans le fait qu'il n'est aucunement conciliable avec la philosophie et l'existence même du système accusatoire. En effet, j'ai démontré que le système accusatoire et le principe interdisant l'auto-incrimination forcée ont tous deux pour objet la protection du citoyen contre l'abus de pouvoir, c'est-à-dire contre les atteintes à sa liberté qui n'ont pas *d'abord* été pleinement justifiées. Or, même si les preuves obtenues en se servant directement du suspect sont fiables et qu'elles démontrent sans équivoque la culpabilité de l'individu, l'atteinte à la liberté du citoyen ne sera légitimée qu'*a posteriori*. Qui plus est, qu'advierait-il si les preuves obtenues démontraient que ledit citoyen n'est pas coupable de la perpétration du crime reproché? Dans ce cas, l'atteinte à la liberté ne pourrait jamais être justifiée; pas même *a posteriori*.

Au reste, pour demeurer conséquent avec l'argument de la fiabilité, il faudrait accepter la contrainte permettant d'obtenir toutes les preuves considérées comme étant fiables. Dans cette optique, si l'on parvenait un jour à mettre au point un dispositif permettant d'avoir véritablement accès aux pensées d'un individu, il faudrait alors pouvoir le contraindre à s'y soumettre de façon à ce que l'on puisse obtenir ces éléments de preuve, inculpataires ou disculpatoires<sup>616</sup>. De la même façon, il faudrait accepter le

---

<sup>615</sup> *Supra*, pp. 165 et ss..

<sup>616</sup> À ce jour, on ne semble pas être parvenu à créer un tel dispositif. Néanmoins, en raison de la rapidité avec laquelle progresse la science, il serait peut-être naïf de ne pas envisager que l'on puisse arriver

dépôt en preuve des déclarations qui sont totalement corroborées par la découverte subséquente d'éléments matériels<sup>617</sup>. Conséquemment, il faudrait donc permettre et même encourager la tenue d'interrogatoires policiers puisque des preuves fiables pourraient être ainsi obtenues. Dans ce contexte, pourquoi les autorités étatiques ne pourraient-elles pas questionner les citoyens dans le but de découvrir des preuves fiables de la perpétration d'autres crimes que celui faisant l'objet de l'enquête?

L'argument de la fiabilité ne saurait donc être retenu pour limiter l'application pratique du principe interdisant l'auto-incrimination forcée au droit de garder le silence. Premièrement, les éléments de preuve testimoniale peuvent parfois être aussi fiables que les éléments de preuve matérielle. En second lieu, et c'est déterminant, puisque le principe interdisant l'auto-incrimination forcée ne se justifie qu'en tant que constituante du système accusatoire, les limites à son application pratique ne devraient se justifier qu'en étant compatibles avec la philosophie du système accusatoire, avec ses fondements. Or, si l'on est résolu à permettre aux autorités de recueillir par la contrainte toutes les preuves qui sont fiables, il faut du même coup se départir du système accusatoire et rejeter les prémisses qui le fondent. En effet, permettre la contraignabilité alors que le poursuivant n'a pas *d'abord* pleinement justifié son droit de porter atteinte à la liberté d'un individu est absolument contraire aux fondements même de ce système procédural.

**(ii) *L'autonomie individuelle, la participation active du suspect et la création de la preuve***

Pour le professeur Paciocco, obliger le citoyen à participer activement à sa poursuite constitue une ingérence étatique injustifiable puisqu'elle affecte particulièrement l'autonomie individuelle. L'argument est intéressant car, contrairement au précédent, il respecte la logique du système accusatoire. S'il est retenu, on doit

---

à concevoir un tel dispositif. De plus, on n'est pas uniquement à la recherche d'une solution pragmatique et immédiate. On tente de trouver une solution aux problèmes que pose l'application pratique du principe interdisant l'auto-incrimination forcée qui soit viable à long terme. Dans ce contexte, il importe de prévoir ce qui n'existe pas encore.

<sup>617</sup> De cette façon, la déclaration du suspect dans l'arrêt *Burlingham*, précité, note 199, aurait dû être admissible en preuve. De même, dans l'affaire *Black*, précitée, note 327, la confession de l'appelante aurait dû pouvoir être déposée en preuve. En fait, on reviendrait au régime de *common law* qui avait cours avant l'entrée en vigueur de la *Charte*.

toutefois reconnaître que les échantillons d'haleine, les échantillons d'écriture<sup>618</sup> et les échantillons vocaux devraient aussi être exclus. En effet, l'obtention de ces preuves requiert une participation active du suspect. Pour la même raison, le suspect ne devrait pas pouvoir être forcé à se livrer à des tests symptomatiques. L'argument fait déjà place à un problème de taille: il serait quasi-impossible de condamner un individu pour conduite avec facultés affaiblies<sup>619</sup>. Conséquemment, il est une norme substantive que le système procédural ne pourrait faire respecter. Cette façon de restreindre l'application du principe interdisant l'auto-incrimination forcée n'est donc pas satisfaisante.

L'argument du professeur Paciocco est toutefois plus subtil. Ce dernier prétend que l'intrusion étatique est injustifiée uniquement lorsque l'individu est contraint de faire une déclaration puisque, dans ce cas, la participation du suspect entraîne la *création* d'une preuve qui n'existait pas jusqu'alors<sup>620</sup>. Voilà ce qui constitue une atteinte excessive à l'autonomie individuelle. Néanmoins, peut-on véritablement croire que les pensées d'un individu n'ont aucune existence propre avant d'avoir été verbalisées? Certes pas. Tout au plus peut-on dire qu'elles sont moins accessibles<sup>621</sup>. Du reste, il est parfois tout à fait indiqué de tirer une conclusion de l'exercice du silence d'un individu, laissant du même coup présumer logiquement du contenu des pensées de celui-ci. On peut donc, dans une certaine mesure, connaître le contenu des pensées d'un individu sans qu'elles n'aient besoin d'être extériorisées<sup>622</sup>. D'ailleurs, la preuve concernant la *mens rea* d'un individu est souvent faite par déduction. Il arrive fréquemment qu'un individu soit

---

<sup>618</sup> Dans la mesure où l'on ne peut s'en procurer autrement. Par exemple, lorsqu'on ne peut trouver d'écrits provenant de la main du suspect ou lorsque ceux qui ont été trouvés ne peuvent, aux dires des experts, fonder une analyse comparative. Voir par exemple *R. v. Miller*, précité, note 404.

<sup>619</sup> Au Canada, voir l'article 253 C.cr..

<sup>620</sup> D. M. PACIOCCO, *loc. cit.*, note 494, 88.

<sup>621</sup> Paciocco semble reconnaître cela lorsqu'il écrit: « By its very nature that which is in the mind of the accused person is more private than that which is physically possessed. *It is certainly less accessible.* ». D. M. PACIOCCO, *loc. cit.*, note 494, 88, (mes italiques).

<sup>622</sup> D'ailleurs, lorsque l'on présente une *preuve complète*, une preuve hors de tout doute raisonnable contre une personne, et que celle-ci ne fournit aucune explication pouvant susciter un doute dans l'esprit du juge des faits, ne présume-t-on pas alors du contenu des pensées de cette personne? Ne présume-t-on pas qu'elle ne peut rien opposer aux prétentions du poursuivant et qu'elle reconnaît donc, qu'elle avoue tacitement son crime? Et, peut-on dire que nos conclusions sont illogiques ou irrationnelles? Certes pas. C'est donc dire que l'on a un certain accès, bien que limité et indirect, aux pensées d'une personne.

condamné pour avoir commis un meurtre, sans que le ministère public n'ait déposé de preuves directes concernant l'état d'esprit et la volonté de l'accusé. En fait, on conclut qu'une personne saine mentalement a véritablement eu le désir d'enlever la vie lorsqu'elle a tué quelqu'un. On déduit qu'elle savait ce qu'elle faisait et qu'elle a volontairement posé ce geste. Or, cette déduction est-elle erronée? Doit-on conclure que l'accusé n'avait pas cet état d'esprit en raison du fait que ses pensées n'ont pas été verbalisées? Sûrement pas.

En définitive, les déclarations forcées *ne créent pas* de preuves qui n'existaient pas jusqu'alors et, pour cette raison, l'obligation de fournir une telle déclaration ne porte pas davantage atteinte à l'autonomie individuelle que l'obligation de fournir des éléments de preuve matérielle comme les échantillons d'haleine, les échantillons d'écriture ou les échantillons vocaux. Le second argument du professeur Paciocco ne saurait donc être retenu pour justifier le fait de limiter l'application du principe interdisant l'auto-incrimination forcée au droit de conserver le silence.

### (iii) *L'atteinte à la vie privée*

Pour le professeur Paciocco le fait de contraindre le suspect à être un participant actif à sa poursuite en l'obligeant à créer, par le biais d'une déclaration, une preuve qui n'existait pas jusqu'alors n'est pas le seul élément qui constitue une ingérence étatique injustifiée en portant atteinte à l'autonomie individuelle. Il ajoute que tenter d'accéder aux pensées de l'individu - à ce qu'il est convenu d'appeler son dernier refuge - fait aussi violence à l'autonomie individuelle et constitue ainsi un empiètement étatique inacceptable<sup>623</sup>.

L'auteur voit juste en situant la problématique de l'auto-incrimination forcée par rapport à la notion de vie privée. Tel que je l'ai expliqué, la protection contre l'auto-incrimination forcée vise à protéger la liberté. Or, sans vie privée, l'autonomie et la liberté ne sauraient vraiment exister. La première est une constituante fondamentale des secondes. En effet, l'individu qui est constamment épié, suivi, accosté et fouillé sans préavis ne conserve aucune autonomie et il n'est certes pas libre. De même, celui qui doit perpétuellement rendre compte de ses affaires - même les plus intimes - et qui doit

---

<sup>623</sup> D. M. PACIOCCO, *loc. cit.*, note 494, 88.

justifier ses allées et venues n'est pas davantage libre<sup>624</sup>.

L'argument du professeur Paciocco présente toutefois une difficulté: en quoi l'obtention par la contrainte d'une preuve testimoniale porte-t-elle plus atteinte à la vie privée que l'obtention par la contrainte d'une preuve matérielle? La réponse n'est pas des plus évidentes. En fait, dans la mesure où la protection de la liberté passe par la protection de la vie privée, l'atteinte à cette dernière peut être envisagée sous deux angles. C'est-à-dire, d'une part, en fonction du degré d'intrusion et, d'autre part, en fonction des conséquences que peut entraîner l'utilisation des renseignements obtenus<sup>625</sup>.

Pour ce qui est du degré d'intrusion, Paciocco semble soutenir que le fait de faire subir au suspect un interrogatoire policier représente une plus grande ingérence gouvernementale que le fait de lui soutirer des preuves matérielles<sup>626</sup>. Or, le fait de fouiller les pensées d'un individu représente-t-il une plus grande immixtion que le fait de fouiller les cavités corporelles d'une personne? Il ne faudrait pas répondre trop

---

<sup>624</sup> Au même effet, Galligan écrivait: « [...] privacy is important because it protects personal identity and autonomy. Without a zone of privacy, identity, autonomy, personality cannot exist. This is easily shown: suppose that your every action could be monitored, that every thought, urge and desire could be known and recorded, to be use for any purposes by a stranger. Identity and autonomy, let us use the general term personality, under such conditions, would be seriously distorted if not destroyed. It follows that a zone of privacy is essential to personality. For the same reasons, I have no duty to provide that kind of information about myself to another, especially a stranger; and I have an immunity from a stranger having direct access to it. ». D. J. GALLIGAN, *loc. cit.*, note 433, 88.

<sup>625</sup> Lorsque j'ai traité du droit à la vie privée dans le cadre de la justification de l'existence du droit au silence, j'ai soutenu que les *conséquences* de la communication forcée de renseignements sont totalement accessoires, voire non pertinentes à l'atteinte à la vie privée. *Supra*, p. 170-171. En fait, j'ai écrit que dès le moment où l'on oblige un individu à fournir de l'information contre son gré, il y a atteinte à sa vie privée, que la diffusion des renseignements soit dans son intérêt ou non et peu importe l'étendue des dommages que peut causer la diffusion. Je persiste à croire que c'est vrai. Mais, dans le cadre de la protection de la vie privée en tant qu'*accessoire* à la protection de la liberté, la conclusion est différente. En fait, la nature de l'information divulguée et l'utilisation qui en est faite peuvent avoir des conséquences fort diversifiées sur la liberté d'un citoyen. Par exemple, si la date de naissance d'un individu est communiquée à tous, que peut-il arriver? Peut-on se servir de cette information pour restreindre considérablement sa liberté? On peut en douter. Qu'en est-il toutefois du code génétique du même individu? Si l'ensemble de la collectivité peut avoir accès à cette information, la liberté de cet individu peut être restreinte de façon marquée. Par exemple, les compagnies d'assurance pourraient décider de ne plus l'assurer, les forces constabulaires pourraient découvrir sa participation à la perpétration d'un crime, etc. Du seul point de vue du droit à la vie privée, la diffusion forcée de la date de naissance et du code génétique d'un individu portent tous deux atteinte à la vie privée de façon identique. Toutefois, si la protection de la vie privée n'est mise en oeuvre que pour protéger la liberté d'un individu, la nature et les conséquences de la divulgation sont à considérer car elles peuvent affecter la liberté de différentes façons. Dans cette section du chapitre, je traite du droit à la vie privée comme accessoire à la liberté et les conséquences sont donc fort pertinentes.

<sup>626</sup> D. M. PACIOCCO, *loc. cit.*, note 494, 88.

hâtivement par l'affirmative<sup>627</sup>.

En ce qui concerne les conséquences que peut entraîner l'utilisation des renseignements obtenus, les déclarations sont-elles plus dommageables que les éléments de preuve matérielle? On peut en douter. Dans certains cas, l'obtention et la conservation des éléments matériels peut même l'être davantage. Pour s'en persuader, il n'y a qu'à considérer le cas des échantillons de substances corporelles prélevées dans le dessein de dresser le profil génétique d'un individu.

Pourquoi la collectivité n'obligerait-elle pas l'ensemble de ses citoyens à fournir une goutte de sang à la naissance, afin d'élaborer des banques de données contenant l'identité génétique de chacun? À la suite de la perpétration d'un crime, les autorités pourraient consulter ces fichiers et connaître aussitôt l'identité du délinquant. Si une telle proposition apparaît inconcevable, c'est en raison des conséquences tragiques que pourrait entraîner la constitution d'un tel registre. Puisque chaque individu perd constamment des cellules corporelles qui permettent de dresser son profil génétique, la tenue d'un fichier général permettrait littéralement de suivre une personne à la trace, de connaître ses moindres faits et gestes<sup>628</sup>. La vie privée, l'autonomie et la liberté des citoyens seraient donc totalement compromises<sup>629</sup>. C'est une conséquence beaucoup plus perverse que celles qui pourraient découler de l'obtention d'une simple déclaration.

Même en restreignant de façon significative les cas où l'empreinte génétique peut être obtenue par les autorités, les conséquences potentielles pourraient demeurer dramatiques. D'abord, le droit actuel ne prévoit pas la destruction des échantillons de substances corporelles et de l'empreinte génétique de l'individu ainsi obtenue, faisant en sorte qu'ils demeurent dans les fichiers de l'État<sup>630</sup>. À long terme, cela pourrait

---

<sup>627</sup> I. DENNIS, *loc. cit.*, note 494, 357.

<sup>628</sup> La même objection pourrait être formulée en ce qui a trait aux empreintes digitales.

<sup>629</sup> Le professeur Flamant écrivait, en parlant de l'écoute électronique et du stockage de renseignements concernant les individus: « Rien n'est plus aisé que de réaliser sur les individus des fichiers contenant, conservant les aspects les plus divers et les plus intimes de leurs origines, de leurs activités et hélas! de leurs faiblesses. On frémit en imaginant l'usage qu'Hitler ou Staline auraient pu faire de ces procédés. La "transparence" peut alors ne plus évoquer la pureté mais prendre des lueurs sinistres. Si nous sommes vraiment libres, nous avons droit au secret, à ce que l'abbé Raynal (1713-1796) appelait la "propriété de soi": c'est celle-ci qui est en cause. ». M. FLAMANT, *op. cit.*, note 571, pp. 26-27.

<sup>630</sup> Article 487.09 C.cr..



s'apparenter sensiblement à un registre universel<sup>631</sup>.

Mais surtout, le code génétique d'un individu donne accès à un nombre considérable de renseignements le concernant; des renseignements qu'il serait impossible d'obtenir autrement et qui, dans les mains de certaines personnes mal intentionnées, peu scrupuleuses ou insouciantes, pourraient restreindre la liberté de l'individu de façon considérable. Évidemment, la loi pourrait prévoir que l'État ne peut se servir de l'empreinte génétique d'une personne à d'autres fins que celle pour laquelle elle a été obtenue, c'est-à-dire l'enquête criminelle en cours<sup>632</sup>. De même, elle pourrait rendre obligatoire la destruction des échantillons et de l'empreinte génétique après la tenue de chaque procès. Malgré cela, il serait néanmoins risqué de présumer de la bonne foi et de la vertu des autorités quant au respect de ces prescriptions législatives, compte tenu du fait que la distribution du profil génétique d'un individu pourrait être catastrophique pour celui-ci<sup>633</sup>.

En définitive, il est malaisé de comprendre pourquoi le professeur Paciocco soutient que l'obligation de faire une déclaration constitue une atteinte à la vie privée plus considérable que la contrainte visant à obtenir des preuves matérielles. Dans certains cas, l'obtention de preuves matérielles représentera une atteinte à la vie privée beaucoup plus considérable que l'obtention d'une déclaration<sup>634</sup>. Pour cette raison, on ne peut accepter la restriction à l'application du principe interdisant l'auto-incrimination forcée qu'établit le professeur Paciocco.

---

<sup>631</sup> Si la récidive chez un délinquant était inévitable et absolument certaine, des raisons pourraient peut-être, à la rigueur, militer en faveur de la conservation de son empreinte génétique. L'absence de cette garantie représente toutefois une raison supplémentaire de ne pas permettre la conservation.

<sup>632</sup> C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 487.08 C.cr..

<sup>633</sup> À ce titre, l'article 487.08 C.cr. prévoit que pourra être trouvé coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, l'individu qui se servira des résultats de l'analyse génétique d'un citoyen à d'autres fins que l'enquête criminelle. Par le biais de l'article 787 C.cr., la peine maximale encourue est d'une durée de six mois d'emprisonnement. Par rapport à l'ampleur du tort qui pourrait être causé et par rapport aux bénéfices monétaires et autres que pourrait retirer un individu qui ne respecte pas ces dispositions, la peine semble bien mince. On peut certainement douter de son effet dissuasif.

<sup>634</sup> De toute évidence, il existe des cas où le fait de chercher à soutirer une déclaration sera plus attentatoire à la vie privée d'un individu que le fait de chercher à obtenir une preuve matérielle. Par exemple, le fait de fouiller la voiture d'un individu représente certainement une intrusion moins marquée que le fait de tenter d'obtenir une déclaration. Dans le premier cas, l'intrusion demeure en périphérie du centre d'intimité de l'individu.

(iv) *La réponse aux allégations du poursuivant*

Enfin, le professeur Paciocco soutient que seule la contrainte ayant pour dessein l'obtention d'une preuve testimoniale doit être prohibée, dans la mesure où l'essence du système accusatoire consiste à ne pas obliger le citoyen à *répondre* aux allégations du poursuivant tant qu'une *preuve complète* n'a pas été présentée par le ministère public. Néanmoins, l'argument demeure singulier puisque l'auteur ne l'explique pas. Il écrit seulement ceci:

« Yet, it is the protection against having to “answer” an allegation that is at the heart of our very system of justice. A person cannot be expected to respond until he has been presented with a case to meet - until the state has produced enough information to warrant an answer to a charge. A “response” or “answer” is a “communication” and, in this context, a communication about guilt or innocence, and it is the right not to respond or answer, not to incriminate testimonially, that constitutes part of the essential basis of the accusatorial system. »<sup>635</sup>.

S'il insinue que seule la contrainte ayant pour objectif l'obtention d'une preuve testimoniale doit être prohibée parce que c'est ce qui transparaît de l'ensemble de la jurisprudence canadienne, des prononcés clairs de la Cour suprême du Canada montrent que d'autres formes de contrainte sont aussi proscrites<sup>636</sup>. Par ailleurs, s'il affirme que l'essence même du système accusatoire consiste à prévenir la contrainte testimoniale, et rien d'autre, il doit expliquer pourquoi. Entre temps, j'estime avoir exposé avec suffisamment de détails les raisons pour lesquelles le système accusatoire ne peut se résumer à cela. Ce système procédural a pour but de protéger les citoyens contre les abus de pouvoir commis par la collectivité dans la mise en oeuvre de la répression. En ce sens, il vise à empêcher les dirigeants de porter atteinte à la liberté d'un individu *avant* qu'ils n'aient indubitablement établi leur droit de le faire. Et, dans ce contexte, l'atteinte à la liberté ne se limite pas à la contraignabilité testimoniale. L'atteinte à la liberté a lieu à partir du moment où les forces de l'ordre somment les citoyens de participer à leurs

---

<sup>635</sup> D. M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 192, p. 548.

<sup>636</sup> Voir les affaires *Stillman*, précitée, note 199; *Ross*, précitée, note 405 et *Burlingham*, précitée, note 199. Il est toutefois à noter que ces jugements n'avaient pas été rendus à la date où le traité du professeur Paciocco a été publié, c'est-à-dire en 1987.

enquêtes.

En dernière analyse, les difficultés que présentent l'approche spatio-temporelle et l'argumentation du professeur Paciocco laissent voir à quel point il est laborieux d'harmoniser la cohabitation du principe interdisant l'auto-incrimination forcée et de la recherche de la vérité, tout en respectant leur organisation hiérarchique et leur raison d'être<sup>637</sup>.

### **Section C. Conclusion quant à l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination forcée et à la recherche de la vérité**

Dans ce chapitre, j'ai principalement cherché à démontrer deux choses. En premier lieu, la recherche de la vérité doit être le principe directeur de tout système de procédure criminelle. En second lieu, l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination forcée est totalement justifiable et elle est même absolument nécessaire à la cohérence entre les facettes procédurale et substantive du système pénal dans son ensemble. J'explique ces conclusions de la façon suivante.

Les normes substantives de droit criminel ont pour seul objet de soustraire l'être humain à l'état de nature, à l'abus de pouvoir et aux conduites arbitraires de ses semblables. Bref, elles ont pour rôle de garantir la liberté individuelle. Toutefois, les normes de conduite dont se dote la société ne sont pas suffisantes en elles-mêmes pour protéger efficacement la liberté des citoyens. Afin d'assurer le respect de ces normes, il est tout à fait essentiel de concevoir un système procédural qui permettra de prévenir leur

---

<sup>637</sup> Même si l'on acceptait que l'application du principe interdisant l'auto-incrimination forcée puisse être limitée au droit de conserver le silence, certains problèmes pratiques persisteraient. Que ferait-on des personnes qui, lors de leur arrestation, font une déclaration incriminante avant même que ne leur soit communiqué leur droit au silence? Exclure la déclaration ne serait pas suffisant puisque l'on pourrait alors découvrir des preuves qui en seraient dérivées. Si l'on tenait *mordicus* à garantir le droit au silence, il faudrait pratiquement abandonner la poursuite. Ce serait toutefois un affront de premier ordre à la recherche de la vérité. Elle deviendrait même subordonnée au principe interdisant l'auto-incrimination forcée, ce qui doit être évité.

L'élément le plus problématique demeure le suivant. Les policiers qui entreprennent une enquête ne connaissent que très rarement l'identité précise du contrevenant. Pour y parvenir, ils interrogent les gens qui semblent avoir eu connaissance de l'événement. Mais, qu'arrive-t-il alors du droit au silence? Puisque celui-ci devrait être absolu, dans un véritable système accusatoire, il faudrait que le contrevenant soit exclu de ces interrogatoires. Comme les policiers ne connaissent pas encore son identité, devront-ils suspendre complètement leur enquête afin de ne pas risquer de violer le droit au silence du contrevenant et de voir rejeter les preuves obtenues? Dans ce contexte, les enquêtes seraient totalement paralysées.

transgression. Pour ce faire, on a recours au châtement. En d'autres termes, afin de dissuader la violation des règles de conduite, on punit les contrevenants. Le système répressif a donc pour principal objectif d'assurer une conduite individuelle conforme aux normes substantives. Et, de toute évidence, l'unique façon de lui permettre d'accomplir cette tâche consiste à lui octroyer les moyens appropriés pour rechercher la vérité factuelle. Si les autorités ne sont pas en mesure d'identifier le contrevenant et les circonstances entourant la perpétration de l'acte proscrit, il sera impossible d'infliger les sanctions à qui les méritent. Si elles étaient imposées de façon totalement arbitraire, leur objectif de dissuasion ne serait que rarement atteint et le respect des normes ne serait certes pas assuré<sup>638</sup>. La recherche de la vérité est donc vitale au fonctionnement adéquat du système procédural. L'évacuation des moyens de rechercher la vérité empêcherait la mise en oeuvre de la répression et, de ce fait, le respect des normes substantives dont la seule raison d'être est de prévenir l'avènement de l'état de nature ou l'état de guerre. Pour ces raisons, la recherche de la vérité doit forcément se voir conférer le statut de principe directeur du système procédural.

Par ailleurs, puisque les normes substantives ont pour premier devoir d'assurer la liberté des individus en les protégeant contre les abus de pouvoir, le système procédural doit aussi être conçu de façon à ce que la liberté des individus ne soit pas compromise de façon arbitraire lors de la mise en oeuvre de la répression. Il y va de la cohérence entre les facettes procédurale et substantive du système pénal dans son ensemble. Ainsi, des limites doivent être imposées au pouvoir des autorités étatiques et le principe interdisant l'auto-incrimination forcée représente une de ces limites. Toutefois, ce principe représente une entrave potentiellement considérable à la recherche de la vérité. Conséquemment, il faut circonscrire son application pratique de façon à permettre sa cohabitation avec la recherche de la vérité, tout en respectant les raisons qui sous-tendent son existence et en maintenant la hiérarchie qui doit s'établir entre ces deux principes juridiques.

Or, il est particulièrement ardu d'atteindre cet idéal. Les différentes solutions

---

<sup>638</sup> D'aucuns pourraient soutenir que la dissuasion ne serait pas nécessairement moins efficace si les sanctions étaient imposées de façon totalement arbitraire. En effet, cela pourrait faire naître chez les citoyens un sentiment de terreur qui engendrerait un état de conduite absolument conforme à ce que prescrivent les normes substantives. Toutefois, l'inverse pourrait s'avérer tout aussi vrai. Si les sanctions étaient infligées sur une base totalement arbitraire, les individus pourraient arrêter de se plier aux normes en

proposées comportent toutes des difficultés dans leur fondement logique. D'abord, l'assouplissement de l'application du principe par le truchement d'une approche spatio-temporelle ne peut être ratifié. Quoique l'arrestation de courte durée et la perquisition de la résidence, de la place d'affaires ou de la voiture d'un individu puissent être jugées acceptables dans la mesure où l'intrusion étatique demeure périphérique, il semble impossible d'établir de distinction entre les différentes formes d'immixtions, une fois que l'on a *directement* recours à l'individu pour recueillir des éléments de preuve. On se trouve alors dans le dernier cercle d'intimité du citoyen et les distinctions entre preuve testimoniale, preuve matérielle, participation active et participation passive deviennent artificielles. Ainsi, une très large part des moyens de rechercher la vérité serait encore évacuée et le système procédural ne pourrait alors remplir son mandat ultime: assurer le respect des normes substantives.

En outre, les arguments émis par le professeur Paciocco ne peuvent être davantage retenus pour confiner l'application du principe interdisant l'auto-incrimination forcée au droit de garder le silence. L'argumentation relative à la fiabilité de la preuve entraîne le rejet du système accusatoire alors que l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination forcée ne se justifie que par ce système. L'argument relatif à l'autonomie individuelle ne peut logiquement supporter la conclusion selon laquelle seule la contrainte visant à obtenir une déclaration constitue une atteinte inacceptable à l'autonomie individuelle. L'argumentation relative à la protection de la vie privée affiche aussi des difficultés car l'obtention de preuves matérielles peut parfois représenter une atteinte à la vie privée beaucoup plus considérable que l'obtention d'une preuve testimoniale. Enfin, l'argument relatif à la nature du système accusatoire n'est pas expliqué par l'auteur.

En définitive, le défi consiste à imaginer un système qui permettra la cohabitation du principe interdisant l'auto-incrimination forcée et de la recherche de la vérité, tout en respectant le statut premier de cette dernière et les raisons qui justifient l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination forcée. J'exposerai, dans la conclusion du présent ouvrage, ce que j'estime être le meilleur moyen d'atteindre cet idéal.

---

sachant qu'ils pourraient être punis peu importe la façon dont ils se conduisent en société.

Quoi qu'il en soit, les conclusions tirées permettent néanmoins de se prononcer aisément sur le sort qui doit être réservé à la problématique de la divulgation par la partie défenderesse. Puisque le principe directeur doit être la recherche de la vérité, et comme le concept de divulgation réciproque repose sur une conception de la procédure criminelle dont le principe directeur est la recherche de la vérité<sup>639</sup>, il est pleinement compatible avec le système et devra donc en faire partie. Dans la mesure où la divulgation par la partie défenderesse pourra faciliter la recherche et la découverte de la vérité, elle sera tout à fait opportune et même indiquée.

---

<sup>639</sup> *Supra*, pp. 20 et ss.

## Conclusion

Par la présente étude, j'ai voulu traiter d'un sujet dont on parle de plus en plus en droit criminel: la divulgation réciproque. Pour ce faire, j'ai défini la problématique de recherche en termes de *faisabilité* et d'*opportunité*. En fait, deux questions ont été posées. Premièrement, l'obligation de divulgation à laquelle pourrait être assujettie la partie défenderesse est-elle compatible avec la procédure criminelle canadienne? En second lieu, est-il opportun de contraindre la partie défenderesse à divulguer ses éléments de preuve et son moyen de défense préalablement à la tenue du procès?

Les réponses à ces interrogations ont été formulées en fonction de deux prémisses dont la justesse a été établie dans les premier et deuxième chapitres du présent ouvrage. Les voici: (1) la viabilité de la divulgation par la partie défenderesse dépend d'une conception déterminée de la procédure criminelle, laquelle serait orientée vers la recherche et la découverte de la vérité. (2) Au sens large, la procédure est constituée de trois principaux éléments qui sont: les valeurs sociales; les règles juridiques qui reflètent et traduisent concrètement ces valeurs et qui forment le système procédural; la mécanique qui permet l'opération ou le fonctionnement pratique du dit système.

Dans le second chapitre de ce travail, j'ai démontré que le concept de divulgation réciproque est pleinement compatible avec le régime contradictoire ou, plus précisément, avec la mécanique contradictoire. D'abord, celle-ci semble intrinsèquement orientée vers la recherche de la vérité factuelle en ce qu'elle affiche une structure de fonctionnement qui présente des similitudes frappantes avec la méthode dialectique, méthode qui a pour fonction de faire connaître la vérité. De plus, le concept de divulgation s'intègre parfaitement bien à la démarche dialectique, dans la mesure où il favorise son établissement et, de ce fait, la recherche de la vérité.

Dans le chapitre troisième, j'ai conclu que l'on ne peut se prononcer catégoriquement sur la compatibilité du concept de divulgation réciproque avec le système canadien de procédure criminelle. Puisque la viabilité de la divulgation par la partie défenderesse dépend d'une conception de la procédure criminelle dont le principe directeur est la recherche de la vérité, j'ai cherché à déterminer l'importance accordée à la recherche de la vérité dans notre système procédural. Afin d'y parvenir, je me suis

résolu à étudier les principales règles qui le composent. Quelques constats se sont dégagés de l'étude entreprise. En premier, s'il existe plusieurs règles favorisant la recherche de la vérité, il s'en trouve plusieurs autres qui la restreignent significativement. Ces dernières découlent d'un principe juridique opposé à la recherche de la vérité: le principe interdisant l'auto-incrimination forcée. Or, le fait de devoir divulguer certains renseignements peut causer l'auto-incrimination forcée de celui qui les communique. L'existence de règles visant à empêcher l'auto-incrimination peut donc rendre le concept de divulgation réciproque incompatible avec le système procédural canadien. Dès lors, j'ai tenté de déterminer lequel de ces deux principes - la recherche de la vérité ou le principe interdisant l'auto-incrimination forcée - a préséance. Je suis arrivé à la conclusion suivante: le système canadien de procédure criminelle n'est pas fondé sur une théorie définie de la procédure, articulée selon une hiérarchie de principes. Plus précisément, quoique la place occupée par chacun de ces deux principes juridiques varie parfois, aucun des deux ne prévaut distinctement sur l'autre. Conséquemment, on peut seulement affirmer que la divulgation réciproque n'est pas totalement compatible avec le système canadien de procédure criminelle, mais qu'elle ne lui est certes pas tout à fait incompatible.

Dans le dernier chapitre, j'ai abordé la question de *l'opportunité*. Puisque la divulgation trouverait sa place dans un système procédural fondé sur le principe de la recherche de la vérité, je me suis demandé si ce dernier devait tenir lieu de principe directeur ou, pour être plus juste, de valeur dominante. J'ai conclu par l'affirmative. Autrement, le système répressif ne pourrait remplir son mandat, les normes de conduite dont se dote la collectivité et qui ont pour unique but de protéger les individus contre les atteintes injustifiées à leur liberté ne seraient pas respectées et l'on pourrait craindre la survenance de l'état de nature.

Par ailleurs, afin de préserver la cohérence entre les facettes substantive et procédurale du système de droit pénal dans son ensemble, j'ai aussi conclu qu'il est essentiel de protéger les individus contre d'autres formes d'atteintes injustifiées à leur liberté: celles que pourrait commettre la collectivité dans la mise en oeuvre de la répression. En ce sens, la protection contre l'auto-incrimination forcée est indispensable. Or, s'il est alors impératif d'assurer la cohabitation du principe interdisant l'auto-



incrimination forcée et celui de la recherche de la vérité, tout en respectant le statut premier de ce dernier et les raisons qui justifient l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination forcée, il semble particulièrement difficile de parvenir à ce résultat.

Comme je l'ai expliqué, cet idéal ne peut être atteint par l'attribution du droit au silence et par la promulgation d'autres règles interdisant la participation forcée du suspect à sa poursuite criminelle. Cette façon de faire limiterait beaucoup trop la recherche de la vérité. Circonscrire l'application du principe interdisant l'auto-incrimination forcée au droit de garder le silence ne serait pas davantage acceptable. Premièrement, les moyens de rechercher la vérité seraient peut-être encore trop restreints. En second lieu, aucune raison logique ne permet de justifier l'existence isolée du droit au silence et aucune raison logique ne permet de justifier l'interdiction de la contrainte testimoniale tout en permettant d'autres formes de contrainte qui restreignent autant et même plus la liberté individuelle. Et si l'on choisissait néanmoins, dans un accès de pragmatisme, d'accorder au détenu le droit de garder le silence mais de permettre d'autres types de contrainte, le problème ne serait pas résolu pour autant. Le système procédural ne serait toujours pas fondé sur une théorie définie et, tôt ou tard, des problèmes de prévisibilité et de stabilité juridique surgiraient inévitablement. Même s'il n'est jamais possible de les éviter complètement, il est préférable de chercher, autant que faire se peut, à les prévenir.

En fait, l'édification du système procédural devrait être abordée en cherchant à s'émanciper de la conception que l'on s'est faite, jusqu'à ce jour, du principe interdisant l'auto-incrimination forcée. Il faut absolument reconnaître que la participation forcée de l'accusé à sa poursuite criminelle n'est pas, en soi, condamnable. Dans la mesure où la raison d'être du principe consiste à protéger les individus contre les abus de pouvoir, c'est-à-dire les atteintes à leur liberté qui n'ont pas *d'abord* été justifiées, l'harmonisation de la coexistence de la recherche de la vérité et du principe interdisant l'auto-incrimination forcée pourrait se réaliser comme suit.

Lors de l'ouverture d'une enquête, les policiers auraient le pouvoir de questionner tous les individus qui semblent avoir eu connaissance, d'une façon ou d'une autre, du délit commis. Néanmoins, dès le moment où les agents de la paix aborderaient un individu dans le cadre de leur investigation, ils devraient lui faire part du fait qu'il a le

droit absolu de ne pas répondre à leurs questions<sup>640</sup>. Les policiers devraient s'assurer que cette mise en garde est parfaitement comprise et ils devraient s'abstenir de poser des questions tant que l'individu ne leur aurait pas fait savoir qu'il accepte d'y répondre. Dans ce contexte, les forces constabulaires auraient le devoir de respecter rigoureusement le choix de l'intéressé et ils ne pourraient faire preuve d'aucune forme de manipulation et d'aucune coercition dans le but d'obtenir quelque information que ce soit. Cela est fondamental, considérant que les gens se sentent pratiquement toujours obligés de répondre aux questions des policiers<sup>641</sup>. En principe, cette exigence ne devrait pas entraîner la paralysie des enquêtes. En effet, on peut raisonnablement présumer que les individus qui n'auront pas été partie à la commission du crime répondront franchement aux questions des policiers.

S'il advenait que les soupçons des forces constabulaires soient portés sur un individu particulier, elles ne pourraient le détenir ou l'arrêter sans mandat d'arrestation<sup>642</sup>. Pour en obtenir un, les policiers devraient persuader un juge qu'il existe des motifs probables et raisonnables de croire que l'individu est, d'une quelconque façon, relié au crime commis. Dès l'arrestation du suspect, les policiers n'auraient nullement le droit de le questionner et ils ne pourraient pas chercher à lui soutirer quelque élément de preuve que ce soit. D'ailleurs, le suspect devrait être clairement averti de ce fait. Et s'il faisait une déclaration<sup>643</sup>, sa présentation à titre de preuve à charge lors du procès devrait être totalement prohibée. De même, les preuves dérivées devraient être exclues s'il appert qu'elles n'auraient pas été obtenues n'eût été cette déclaration.

Sitôt arrêté, l'individu devrait pouvoir consulter un avocat en toute confidentialité. Ensuite, l'avocat du ministère public devrait communiquer à l'avocat du défendeur l'ensemble des éléments de preuve, inculpatives et disculpatives, dont il dispose à ce stade de l'enquête. L'avocat de la défense devrait alors avoir l'opportunité de s'entretenir avec le suspect afin de connaître sa version des faits et afin d'entendre ses commentaires

---

<sup>640</sup> Évidemment, les individus devraient s'identifier.

<sup>641</sup> *Supra*, note infrapaginale n° 433.

<sup>642</sup> Évidemment, les policiers devraient conserver le pouvoir d'arrêter un individu qui commet un crime sous leurs yeux.

<sup>643</sup> Voir par exemple *R. c. Harper*, précité, note 384.

au regard de la preuve détenue par le ministère public. Après que le procureur de la défense et le suspect aient disposé de suffisamment de temps pour prendre connaissance des preuves que détient le procureur de la Couronne, ils devraient se présenter devant un magistrat, accompagnés des policiers enquêteurs et de l'avocat du ministère public. Celui-ci exhiberait alors devant le juge tous les éléments de preuve déjà recueillis par les enquêteurs, afin qu'il soit décidé s'il existe des motifs probables et raisonnables de croire que l'individu détenu est lié, d'une façon ou d'une autre, à la perpétration de l'infraction faisant l'objet de l'enquête. Dans ce contexte, le suspect serait incontraignable et son avocat devrait obligatoirement avoir le droit et l'opportunité d'éprouver la fiabilité de la preuve présentée par le procureur de la Couronne. Qui plus est, l'avocat du défendeur pourrait soumettre des éléments de preuve pour contester ceux de la Couronne. Au terme de cette procédure contradictoire, le juge déciderait s'il existe effectivement des motifs probables et raisonnables laissant croire que l'individu détenu est lié à la perpétration de l'infraction sous enquête.

Si le juge concluait par la négative, la personne appréhendée devrait être relâchée sans que les policiers ne puissent tenter de lui soutirer des éléments de preuve incriminants. L'enquête devrait alors se poursuivre sans l'aide du suspect. Si le magistrat était convaincu que la preuve présentée satisfaisait à la norme requise, le suspect pourrait alors être contraint de fournir ses empreintes digitales, ses empreintes dentaires, et des échantillons de substances corporelles<sup>644</sup>, dans l'éventualité où ces éléments contribueraient à faire progresser l'enquête. Mais surtout, le suspect pourrait être interrogé.

L'interrogatoire devrait être conduit devant le juge. De même, la présence des avocats de la défense et du ministère public serait obligée dans tous les cas. En outre,

---

<sup>644</sup> La question de savoir si les autorités étatiques pourraient dresser le profil génétique d'un individu demeure problématique en raison du pouvoir que l'État acquerrait alors sur un suspect, en dehors de la poursuite criminelle. Si cette procédure devait être permise, il faudrait absolument que les échantillons et le profil génétique obtenus soient détruits après la tenue du procès, que l'accusé soit déclaré coupable ou non. De plus, ces informations ne devraient pas être laissées aux policiers. Il serait préférable qu'une agence gouvernementale indépendante en soit responsable. Enfin, des peines très sévères devraient être imposées à ceux qui utilisent ces informations à d'autres fins que l'enquête criminelle pour laquelle elles ont été obtenues et à ceux qui devaient les détruire et qui ne l'ont pas fait.

En ce qui concerne les empreintes digitales, elle devraient être détruites sitôt la peine purgée par le contrevenant.

l'interrogatoire devrait absolument être enregistré sur support audiovisuel et une copie de l'enregistrement devrait nécessairement être remise aux deux procureurs et au juge.

Le juge devrait s'assurer que le questionnement est strictement limité à la recherche d'éléments de preuve relatifs au crime pour lequel l'individu a été arrêté. Les "expéditions de pêche" seraient donc formellement interdites. Durant l'interrogatoire, si les enquêteurs apprenaient que le suspect est lié à une autre activité criminelle, aucune poursuite ne pourrait être intentée contre lui relativement à la commission de cette infraction. À une exception près: les policiers devraient démontrer au juge, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils auraient autrement pris connaissance de la perpétration de cette infraction et qu'ils auraient obtenus, sans la participation forcée du suspect, des preuves fiables et suffisantes pour fonder des motifs probables et raisonnables de croire que l'individu est relié à ce second crime. Cette démonstration devrait pouvoir être éprouvée par l'avocat du suspect<sup>645</sup>.

De toute évidence, le suspect n'aurait pas le droit de conserver le silence et il devrait répondre aux questions de tous les intervenants. Aucune peine ne pourrait toutefois lui être imposée advenant qu'il mente ou qu'il demeure muet.

En définitive, la participation forcée du suspect à sa poursuite criminelle ne serait autorisée que si un juge impartial estimait, après contestation, que le ministère public a présenté suffisamment de preuves fiables, permettant de conclure qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que l'accusé est relié au crime pour lequel il a été

---

<sup>645</sup> Dans le chapitre troisième de la présente étude, j'ai critiqué un test similaire qu'a adopté la Cour suprême du Canada. J'ai soutenu qu'un tel test ne pouvait garantir une véritable protection contre l'auto-incrimination, selon la conception actuelle du principe interdisant l'auto-incrimination. Je maintiens cette critique. Dans le contexte de la proposition que je sou mets, la conception du principe interdisant l'auto-incrimination forcée est évidemment différente. Pour cette raison, le test que je propose apparaît acceptable. Évidemment, il faudrait que les policiers rencontrent véritablement leur fardeau de preuve, c'est-à-dire la prépondérance des probabilités. De plus, les preuves soumises par les agents de la paix pour se décharger de leur fardeau devraient être réelles. Cela signifie que le juge ne devrait jamais se laisser convaincre selon le simple bon sens, sans présentation de preuves, comme il semble que ce soit arrivé dans l'arrêt *Black*, précité, note 327. Enfin, les preuves présentées devraient être fiables et l'avocat de la défense devrait pouvoir les éprouver.

Pour certains, une seule façon permettrait d'empêcher les "expéditions de pêche", dans le contexte de l'interrogatoire du suspect. Les policiers devraient démontrer au juge qu'ils avaient déjà en leur possession des preuves indépendantes, obtenues sans la participation du suspect et suffisantes, après contestation, pour fonder des motifs probables et raisonnables de croire que l'individu est relié au second crime dont il a été fait mention dans le cadre de l'interrogatoire. C'est juste. Toutefois, cela restreindrait passablement la recherche de la vérité et, d'une certaine façon, elle deviendrait ainsi subordonnée au principe interdisant l'auto-incrimination forcée, ce qui, comme je l'ai déjà expliqué, est inacceptable.

arrêté. Avant cela, les atteintes à la liberté ne seraient pas permises<sup>646</sup>. Les seules dérogations à cette procédure concerneraient les cas de conduite avec facultés affaiblies et les perquisitions de résidences, de places d'affaires et de véhicules.

En ce qui a trait aux crimes de conduite avec facultés affaiblies, la façon de procéder s'apparenterait sensiblement au droit actuel. Les policiers auraient le pouvoir d'intercepter un individu qui paraît conduire en état d'ébriété. Ils pourraient le sommer de fournir un échantillon d'haleine dans le but de déterminer s'il existe des motifs probables et raisonnables de croire qu'une infraction a été commise. Si le résultat s'avérait positif, le suspect serait alors conduit au poste de police pour qu'un échantillon d'haleine soit prélevé. Toutefois, un juge devrait obligatoirement recevoir un échantillon similaire, prélevé de la même façon que le premier et mis dans un contenant scellé identique à celui dont se sont servis les techniciens pour recueillir l'échantillon qui leur permettra de déterminer l'alcoolémie du suspect. Par la suite, le juge devrait transmettre l'échantillon reçu à l'expert choisi par le défendeur, afin qu'une contre-expertise puisse être présentée<sup>647</sup>. En outre, les policiers ne pourraient en aucun cas contraindre un individu à se livrer à des tests symptomatiques plutôt qu'au test A.L.E.R.T.. La piètre fiabilité de ces épreuves permettrait trop facilement aux agents de la paix d'interférer dans la liberté d'un individu sur la base de preuves douteuses, ce qui constituerait clairement de l'abus de pouvoir.

Enfin, les perquisitions de résidences, de véhicules et de places d'affaires seraient autorisées uniquement dans les cas où les agents de la paix auraient préalablement obtenu d'un juge impartial un mandat de perquisition sur la base de motifs probables et raisonnables. Toutefois, lors de la perquisition, les policiers n'auraient aucunement le

---

<sup>646</sup> Quoique l'arrestation d'un individu doive être faite avec un mandat valide, celui-ci ne pourrait manifestement pas être émis après contestation entre le procureur de la Couronne et celui du suspect, puisque celui-ci ne serait pas encore arrêté. Cela n'est pas trop problématique dans la mesure où la confrontation aurait lieu peu de temps après l'arrestation. Qui plus est, le seul fait d'exiger un mandat pour arrêter un individu constitue déjà une protection notable contre les abus de pouvoir, c'est-à-dire les atteintes injustifiées à la liberté.

<sup>647</sup> Évidemment, la même procédure devrait être applicable aux échantillons sanguins qui auraient été prélevés. Néanmoins, le prélèvement d'échantillons sanguins ne devrait être autorisé que par un mandat obtenu sur la base de preuves établissant qu'il y a des motifs probables et raisonnables de croire que l'individu conduisait ou avait la garde et le contrôle d'un véhicule alors que ses facultés étaient affaiblies par l'alcool ou les drogues. Enfin, après que les analyses aient été complétées, les échantillons devraient être détruits.

droit de questionner les suspects.

Quoique les deux dernières procédures constituent des atteintes à la liberté individuelle, qui n'ont pas d'abord été pleinement validées, elles sont nécessaires au fonctionnement adéquat du système procédural. À titre d'exemple, "l'effet de surprise" des perquisitions est un élément essentiel à leur efficacité. Advenant le cas où les propriétaires ou les occupants des lieux visés seraient préalablement avertis de la perquisition, ils pourraient vider les lieux et empêcher la découverte de la vérité. Or, comme les perquisitions représentent certainement une façon importante de rechercher et de découvrir la vérité factuelle, il ne faudrait pas atténuer leur efficacité. En ce qui concerne l'interception de véhicules routiers conduits par des individus en état d'ébriété et la prise d'échantillon d'haleine ou de sang, elles constituent pratiquement les seuls moyens permettant d'assurer le respect des normes proscrivant la conduite avec facultés affaiblies. Tel que je l'ai expliqué dans le chapitre quatrième, la protection contre les abus de pouvoir ne devrait jamais avoir pour résultat d'empêcher la mise en oeuvre des normes substantives.

En ce qui a trait au procès comme tel, il devrait se dérouler ainsi. Le ministère public devrait exposer la totalité de sa preuve à charge avant que l'accusé ne puisse être contraint de témoigner. Les rapports d'analyses et les témoignages d'experts concernant les empreintes dentaires, les empreintes digitales et les échantillons de substances corporelles pourraient être présentés dans le cadre de la preuve à charge du procureur de la Couronne. De même, l'interrogatoire du suspect pourrait y être présenté. Si le suspect avait conservé le silence durant son interrogatoire, le juge des faits pourrait en tirer des conclusions défavorables.

Une fois cette preuve présentée, l'accusé pourrait être interrogé par le procureur de la Couronne, uniquement si le juge du procès estimait qu'il existe des motifs probables et raisonnables de croire que l'accusé est coupable<sup>648</sup>. Comme lors de l'interrogatoire,

---

<sup>648</sup> Dans ce contexte, le casier judiciaire de l'accusé ne pourrait être présenté en preuve que sur permission du juge et il ne pourrait être fait mention des infractions qui n'ont aucun rapport avec le crime jugé. À ce titre, dans les cas où les procès sont tenus devant juge seul, les décisions concernant l'admissibilité de certaines preuves devraient être prises par un autre juge.

En outre, le juge devrait mettre en garde le jury contre le fait que le témoignage de l'accusé n'est pas nécessairement faux et dénué de crédibilité s'il n'apparaît pas des plus solides. En effet, quoique le témoignage d'un accusé pourrait être, en fait, des plus véridiques, il pourrait paraître non digne de foi. Cela

l'accusé qui resterait muet ou qui mentirait ne pourrait encourir de peine pour cela. Le juge des faits pourrait toutefois en tirer une conclusion défavorable et le silence de l'accusé pourrait donc être pris en considération afin de déterminer la culpabilité de l'individu<sup>649</sup>. Par ailleurs, le silence ne pourrait pas servir à pallier les déficiences substantielles et manifestes de la preuve du ministère public et le juge des faits ne devrait pas avoir le droit de conclure que l'exercice du silence constitue nécessairement un aveu de culpabilité ou une reconnaissance tacite de la véracité de la preuve à charge. Au demeurant, l'accusé ne pourrait être condamné que si le juge des faits était convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé, telle que cette norme est expliquée dans l'affaire *Lifchus*<sup>650</sup>. Que l'accusé ait conservé le silence ou non, si l'ensemble de la preuve, incluant le silence, ne permettait pas de conclure hors de tout doute raisonnable à la culpabilité de l'accusé, il faudrait prononcer un verdict d'acquiescement.

Le système proposé n'est pas une création entièrement de mon cru. D'autres auteurs ont déjà soumis des propositions quelque peu similaires<sup>651</sup> et le système procédural français s'y apparente à certains égards<sup>652</sup>. Qu'importe ses véritables origines, il présente des avantages importants. Premièrement, il reconnaît clairement la recherche de la vérité comme principe directeur, ce qui est nécessaire afin d'assurer le bon fonctionnement du système procédural et le respect des normes substantives. Ensuite, il offre une protection importante contre les abus de pouvoir commis par les agents étatiques, c'est-à-dire les atteintes à la liberté qui n'ont pas *d'abord* été justifiées. C'est une protection parfois supérieure à celles en vigueur actuellement. En effet, les policiers

---

s'expliquerait par le fait que l'individu pourrait s'exprimer avec peu d'éloquence, qu'il pourrait être très timide ou peu intelligent. Le jury devrait être informé de telles possibilités

<sup>649</sup> Ma position est similaire à celle du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Noble*, précité, note 235. Lorsque la preuve de la poursuite est constituée d'un ensemble solide et relativement convaincant de faits inculpatatoires mais qu'elle ne démontre pas, à elle seule, la culpabilité hors de tout doute raisonnable, le juge des faits devrait pouvoir accorder une certaine force probante au silence de l'accusé.

<sup>650</sup> *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

<sup>651</sup> Voir notamment: R. K. GREENAWALT, *loc. cit.*, note 494, 50-52 et B. L. INGRAHAM, *loc. cit.*, note 494. Le modèle procédural du professeur Ingraham m'apparaît toutefois moins convaincant dans la mesure où il ne prévoit pas suffisamment de moyens de protéger les individus contre les abus de pouvoir commis par les autorités dans le cadre de la mise en oeuvre de la répression.

<sup>652</sup> Voir notamment J. LARGUIER, *op. cit.*, note 95; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, note 95.

n'auraient nullement le droit de restreindre la liberté des citoyens sans qu'il n'existe des motifs probables et raisonnables de croire que le suspect est relié au crime faisant l'objet de l'enquête. Le fait qu'un juge doive fonder sa décision sur des preuves fiables, après que l'avocat de la défense ait eu l'opportunité d'en éprouver la valeur, constitue probablement une protection efficace contre les atteintes non fondées à la liberté. En outre, ce système procédural préviendrait les "expéditions de pêche". De plus, on empêcherait que les interrogatoires policiers soient conduits en ayant recours à la violence physique et psychologique contre le suspect<sup>653</sup>. Enfin, avec la participation accrue des protagonistes, on pourrait établir une dialectique plus complète, ce qui faciliterait le dévoilement de la vérité.

De toute évidence, il s'en trouvera sûrement certains pour soutenir que cette façon de procéder porterait atteinte à la présomption d'innocence et qu'il en résulterait, en fait, une présomption de culpabilité. D'abord, il faut rappeler qu'aucun individu ne pourrait être condamné sans que sa culpabilité n'ait été établie hors de tout doute raisonnable par le ministère public. La norme ultime de preuve ne devrait jamais être diminuée. En outre, n'oublions pas la signification du terme "présomption". Il ne s'agit que d'une opinion fondée sur des signes de vraisemblance<sup>654</sup>. Il ne faut pas se leurrer. L'application quotidienne des règles juridiques actuelles démontre sans équivoque que des individus sont continuellement présumés coupables par les autorités étatiques. Lorsqu'un individu est arrêté, lorsqu'il est interrogé sérieusement et lorsqu'on lui demande de fournir des échantillons d'haleine ou des échantillons de substances corporelles, c'est dire qu'on le présume coupable. Autrement, on n'aurait aucune raison d'interférer dans sa liberté. Du moment où l'on possède des preuves non contredites qui laissent véritablement croire qu'un individu donné est impliqué dans la commission d'un acte criminel, il est normal de le présumer coupable. Or, le système que je propose aurait un avantage notable sur le système actuel. Il ne permettrait que l'on porte atteinte à la liberté individuelle que dans les cas où la présomption de culpabilité serait clairement étayée par les faits; c'est-à-dire

---

<sup>653</sup> Au même effet, voir I. DENNIS, *loc. cit.*, note 494, 376. Pour un autre auteur aussi l'interrogatoire des accusés apparaît nécessaire, mais il devrait être conduit en Cour, devant un juge. D. A. DRIPPS, *loc. cit.*, note 433.

<sup>654</sup> Voir dictionnaire *Petit Robert I.*



par des preuves fiables, qui ont été éprouvées et qui démontrent néanmoins qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que l'individu soupçonné est relié au crime faisant l'objet de l'enquête<sup>655</sup>.

Dans un tel système, la divulgation par la partie défenderesse trouverait assurément sa place et elle serait même opportune dans la mesure où elle faciliterait la recherche de la vérité, permettant ainsi d'en arriver à un verdict plus juste. Comme je l'ai expliqué dans le chapitre premier de la présente étude, la divulgation devrait être exigée à chaque fois que se tient un procès. De plus, elle devrait avoir lieu suffisamment tôt avant la tenue des auditions, mais uniquement après que le ministère public ait communiqué au défendeur l'ensemble des éléments de preuve, inculpatives et disculpatives, qu'il possède en vue du procès. Quant à l'objet de la divulgation, la partie défenderesse devrait permettre au ministère public d'examiner tous les éléments de preuve matérielle qu'elle entend introduire lors du procès et lui transmettre les éléments matériels ayant fait l'objet d'expérimentations pour qu'il puisse procéder à ses propres analyses. De même, les résultats d'expériences conduites en relation avec la cause devraient être communiqués. En outre, le moyen de défense que le prévenu compterait faire valoir à l'instance devrait être divulgué, conjointement avec les noms et les coordonnées des témoins qui seraient cités à l'appui de la défense, ainsi qu'une copie du témoignage qu'ils devraient rendre à l'audience. Enfin, les rapports d'experts qui seraient soumis à l'appui de la défense devraient être divulgués.

En ce qui concerne les sanctions encourues en cas de non-respect de l'obligation de divulgation, le juge du procès devrait avoir le loisir de tirer des conclusions défavorables quant à la validité, la force probante ou l'authenticité d'une preuve, d'un témoignage, d'une expertise ou d'un moyen de défense qui n'aurait pas été communiqué en temps utile, ou qu'un prévenu se refuserait obstinément de divulguer. De plus, le juge devrait pouvoir tirer ces mêmes conclusions dans le contexte où le défendeur s'écarterait magistralement de la position qu'il avait initialement annoncée. Enfin, le jury devrait

---

<sup>655</sup> Sans contredit, il y aurait alors une césure entre la norme de preuve qui gouverne le procès et celle qui gouverne les procédures d'avant procès. Mais celle-ci est incontournable si l'on tient à éviter la paralysie du système procédural et de la recherche de la vérité. Qui plus est, l'atteinte à la liberté qui a lieu avant le procès et qui est permise en fonction d'une norme de preuve diminuée est peut-être acceptable en elle-même dans la mesure où elle n'est pas accompagnée de l'étiquette de la condamnation. *Supra*, p. 202

aussi avoir la liberté de tirer toutes ces conclusions.

Ce type de sanctions ne préviendrait peut-être pas la difficulté survenue dans l'arrêt *P. (M.B.)*<sup>656</sup>. Dans cette affaire, l'accusé n'avait pas communiqué son alibi avant le début des auditions et le juge des faits n'a pu tirer de conclusion défavorable concernant la valeur probante de ce moyen de défense puisqu'il était véridique. Dans ce contexte, le prévenu n'était certes pas incité à communiquer son moyen de défense. Afin que la partie poursuivante ne soit pas surprise dans des cas similaires, il faudrait lui accorder un ajournement et lui permettre de modifier sa preuve lorsqu'elle a manifestement commis une erreur.

Pour clore la question des sanctions, le juge ne devrait pas posséder le pouvoir de condamner pour outrage au tribunal l'accusé ou son procureur lorsqu'ils ne respecteraient pas l'obligation de divulgation. Le fait de châtier le procureur du défendeur pourrait nuire à la bonne marche du système. En effet, l'avocat de la défense y jouerait un rôle similaire à celui qu'il tient dans un système purement accusatoire. Il représenterait un contrepoids au pouvoir exécutif afin de protéger les citoyens contre les abus de pouvoir. Pour s'acquitter correctement de cette tâche, il ne devrait servir qu'un seul maître, à savoir son client<sup>657</sup>.

En définitive, malgré que la problématique de la divulgation réciproque puisse avoir de l'importance dans la pratique quotidienne du droit criminel, elle n'est qu'accessoire à une préoccupation davantage fondamentale, c'est-à-dire l'organisation des rapports de pouvoir entre les individus et la collectivité dans l'application des normes de conduite sociale. Or, le rapport actuel apparaît déficient. Dans la mise en oeuvre de la répression, les pouvoirs de la société sont à la fois trop considérables et trop limités. Dans cette optique, j'ai voulu proposer une façon quelque peu différente de concevoir la procédure criminelle canadienne. De toute évidence, ma proposition n'est pas complète et

---

et ss..

<sup>656</sup> Précité, note 12.

<sup>657</sup> En l'absence de sanctions imposables à l'avocat de la défense, le rôle de celui-ci ne sera pas incompatible avec le régime de divulgation. En effet, l'avocat pourra ne communiquer que ce qui semble être dans l'intérêt de son client, tout en se rappelant que l'absence de divulgation pourrait entraîner des pénalités pour son client. Parce que les incitatifs à divulguer seraient uniquement dirigés vers l'accusé, l'avocat conserverait son rôle externe et ses décisions ne seraient prises qu'en fonction des intérêts de son client et non des siens.

elle présente probablement certaines lacunes. Toutefois, je demeure convaincu de deux choses. D'abord, la procédure criminelle doit être théorisée, ne serait-ce que pour favoriser sa compréhension, ainsi que la prévisibilité et la stabilité juridique. Ensuite, l'interaction entre la recherche de la vérité et la participation forcée des accusés et des suspects doit être abordée en s'affranchissant de la conception que l'on a depuis longtemps du droit au silence et de la protection contre l'auto-incrimination.

## Bibliographie

### Législation

- California Penal Code*  
*Charte canadienne des droits et libertés*, Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*  
 [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)]  
*Code criminel* L.R.C. (1985), c. C-46  
*Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25  
*Crimes (Criminal Trials) Act 1993*  
*Criminal Justice Act 1967* (U.K.), 1967, c. 80, s. 11  
*Criminal Justice Act 1987* (U.K.), 1987, c. 38, s. 9  
*Criminal Justice and Public Order Act 1994* (U.K.)  
*Federal Rules of Criminal Procedure*  
*L'Acte de la preuve en Canada*, S.C. 1893, ch. 31  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5  
*Loi sur les Douanes*, S.R.C. 1970, c. C-40  
*Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60, s. 81  
*The Marian Committal Statute of 1555*, 2 & 3 Phil. & M., ch. 10, § 2 (1555)

### Jurisprudence

- A. G. for Quebec c. Begin*, [1955] R.C.S. 593  
*Batary c. A.G. Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465.  
*Belhumeur c. Savard*, [1988] R.J.Q. 1526 (C.A.)  
*Boudreau c. R.*, [1949] R.C.S. 262  
*British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3  
*Clarkson c. La Reine* [1986] 1 R.C.S. 383  
*Cloutier c. R.*, [1979] 2 R.C.S. 709  
*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835  
*Di Iorio et Fontaine c. Le gardien de la prison commune de Montréal et al.*, [1978] 1 R.C.S. 152  
*Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350  
*Erven c. R.*, [1979] 1 R.C.S. 926  
*Faber c. R.*, [1976] 2 R.C.S. 9  
*Gosselin c. R.*, (1903) 33 R.C.S. 255  
*Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810  
*Hogan c. R.*, [1975] 2 R.C.S. 574  
*Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376  
*Ibrahim c. R.*, [1914] A.C. 599  
*John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476  
*Jones c. Superior Court*, 58 Cal. 2d 56, 372 P. 2d 919, 22 Cal. Rptr. 879 (1962)  
*Karuma c. R.*, [1955] A.C. 197 (H.L.)  
*Lamb c. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110  
*Marcoux et Solomon c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763  
*Morris c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 190

- People c. Collie*, 30 Cal. 3d 43 (1981)  
*Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*,  
 [1995] 2 R.C.S. 98  
*Prudhomme c. Superior Court*, 2 Cal. 3d 320, 327 (1970)  
*R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482  
*R. c. Altseimer* (1983), 1 C.C.C. (3d) 7 (C.A. Ont.)  
*R. c. Amway of Canada Ltd* [1987] 34 D.L.R. (4th) 201; [1989] 1 R.C.S. 21  
*R. c. Andrew*, (1993) 12 C.R.R. (2d) 321 (C.A. Ont.)  
*R. c. Anutooshkin*, (1995) 7 M.V.R. (3d) 116 (C.A. C.-B.)  
*R. c. B. (W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12 (Sask. C.A.)  
*R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537  
*R. c. Bain* [1992] 1 R.C.S. 91  
*R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173  
*R. c. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 263  
*R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387  
*R. c. Belliveau* (1983), 46 N.B.R. (2d) 120 (Q.B.)  
*R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761  
*R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138  
*R. c. Blackmore* (1991), 67 C.C.C. (3d) 67, (C.A. N.-B.)  
*R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145  
*R. c. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523  
*R. c. Boutin* (1989), 49 C.C.C. (3d) 46  
*R. c. Brogan (T.R.)* (1993), 122 N.S.R. 361 (N.-S. C.A.)  
*R. c. Brown* (1983), 20 M.V.R. 163 (Sask. Q. B.)  
*R. c. Brown* (1992), 73 C.C.C. (3d) 481; [1993] 2 R.C.S. 918  
*R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595  
*R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190  
*R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206  
*R. c. Carlson* (1985), 14 C.R.R. 4 (C.S. C.-B.)  
*R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293  
*R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727  
*R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175  
*R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175  
*R. c. Collins* (1996), 110 W.A.C. 392 (C.A.)  
*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265  
*R. c. Corak* (1994), 42 B.C.A.C. 66  
*R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670  
*R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858  
*R. c. Crossley* (1995), 15 M.V.R. (3d) 144 (C.A. Qué.)  
*R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140  
*R. c. Dhaliwal* (1990), 60 C.C.C. (3d) 302 (B.-C. C.A.)  
*R. c. Douglas*, (1992) 5 O.R. (3d) 29 (C.A.)  
*R. c. Dunbar and Logan* (1982), 28 C.R. (3d) 324  
*R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469  
*R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451  
*R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24

- R. c. Esposito* (1986), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A.)  
*R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869  
*R. c. F. G. Lister & Co.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 77  
*R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 956  
*R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154  
*R. c. Ford* (1993), 78 C.C.C. (3d) 480  
*R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827  
*R. c. Freitas*, [1993] 3 R.C.S. 649  
*R. c. Gaff* (1984), 36 Sask. R. 1 (C.A.)  
*R. c. Gilbert* (1988), 61 C.R. (3d) 149  
*R. c. Gillis*, (1995) 5 M.V.R. (3d) 217 (C.A. Alta.)  
*R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343  
*R. c. Hawkins* (1992), 72 C.C.C. (3d) 524; [1993] 2 R.C.S. 157  
*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151  
*R. c. Hicks* (1988), 42 C.C.C. (3d) 394; [1990] 1 R.C.S. 120  
*R. c. Hoare*, [1966] 2 All E.R. 846  
*R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621  
*R. c. Hutter*, (1994) 16 O.R. (3d) 145 (C.A.)  
*R. c. Jack*, (1992) 70 C.C.C. (3d) 67 (C.A. Man.)  
*R. c. Jackson* (1991), 68 C.C.C. (3d) 385, (C.A. Ont.)  
*R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548  
*R. c. Jobin*, [1995] 2 R.C.S. 78  
*R. c. Johnson*, [1970] 2 O.R. 780  
*R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229  
*R. c. Kelly* (1985), 17 C.C.C. (3d) 419  
*R. c. Kendall* (1982), 17 M.V.R. 231 (Alta. Prov. Ct.)  
*R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201  
*R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466  
*R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618  
*R. c. Langille* (1986), 73 N.S.R. (2d) 262  
*R. v. Lavoie* (1993) 78 C.C.C. (3d) 83  
*R. c. Lavoie* (1992), 72 C.C.C. (3d) 83  
*R. c. Lee* (1996), 36 C.R.R. (2d) 162 (Gen Div.)  
*R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654  
*R. c. Letourneau and Tremblay* (1994) 87 C.C.C. (3d) 481  
*R. c. Loewen* (1982), 17 M.V.R. 279 (B.C. Prov. Ct.)  
*R. c. Lucas* (1995), 97 C.C.C. (3d) 89. (Q.B.)  
*R. c. M. (F.S.)* (1997) 111 C.C.C. (3d) 90 (C.A.O.)  
*R. c. MacDonald* (1982), 17 M.V.R. 185 (Ont. Prov. Ct.)  
*R. c. MacNeil* (1994), 130 N.S.R. (2d) 202 (S.C.)  
*R. c. Mahoney* (1980) 11 C.R. (3d) 64, conf. à [1982] 1 R.C.S. 834  
*R. c. Malcolm*, [1989] 6 W.W.R. 23  
*R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233  
*R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272  
*R. c. McIntyre (M.)* (1993), 135 N.B.R. (2d) 266; [1994] 2 R.C.S. 480  
*R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615

- R. c. Miller* (1991), 68 C.C.C. (3d) 517  
*R. c. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118 (C.A.O.)  
*R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711  
*R. c. Moran* (1988), 36 C.C.C. (3d) 225  
*R. c. Naglik* (1991) 65 C.C.C. (3d) 272; [1993] 3 R.C.S. 122  
*R. c. Nielsen and Stolar* (1985), 16 C.C.C. (3d) 39 (Man. C.A.)  
*R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874  
*R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606  
*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411  
*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103  
*R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555  
*R. c. Parrington* (1985), 20 C.C.C. (3d) 184  
*R. c. Parsons* (1993), 84 C.C.C. (3d) 226 (C.A.O.)  
*R. c. Perka* [1984] 2 R.C.S. 232  
*R. c. Peruta; R. c. Brouillette* (1992), 78 C.C.C. (3d) 350  
*R. c. Piché*, [1971] R.C.S. 23  
*R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60  
*R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236  
*R. c. Rahn*, [1985] 1 R.C.S. 659  
*R. c. Robinette* (1982), 17 M.V.R. 1 (Ont. Prov. Ct.)  
*R. c. Ross* (1995), 41 C.B.R. (3d) 273, (Man. Q.B.)  
*R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3  
*R. c. Rothman*, [1981] 1 R.C.S. 640  
*R. c. Ruiz* (1991), 68 C.C.C. (3d) 500 (C.A.O.)  
*R. c. S. (G.G.)*, [1997] A.C.S. no. 70 (Quick Law)  
*R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451  
*R. c. Schmautz*, [1990] 1 R.C.S. 398  
*R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577  
*R. c. Shortreed* (1990), 54 C.C.C. (3d) 292 (C.A.O.)  
*R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495  
*R. c. Skinner* (1994), 92 Man. R. (2d) 1  
*R. c. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 R.C.S. 368  
*R. c. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 R.C.S. 714  
*R. c. Springdale Ultramar Ltd.* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 226 (Nfld. Prov. Ct.)  
*R. c. Stanger* (1984), 2 D.L.R. (4th) 121 (Alta. C.A.)  
*R. c. Stasiuk* (1982), 16 M.V.R. 202 (Ont. Prov. Ct.)  
*R. c. Sterling*, (1994) 84 C.C.C. (3d) 65 (C.A. Sask.)  
*R. c. Stevenson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 464  
*R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607  
*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326  
*R. c. Stone* (1997), B.C.J. No. 179  
*R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980  
*R. c. Sweeney* (1977), 35 C.C.C. (2d) 245  
*R. c. Taillefer*, [1989] R.J.Q. 2023  
*R. c. Tanner* (1995), 104 C.C.C. (3d) 77 (C.A. Qué.)  
*R. c. Tarafa* (1989), 53 C.C.C. (3d) 472

- R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613  
*R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640  
*R. c. Trask*, [1985] 1 R.C.S. 655  
*R. c. Tremblay*, [1985] 2 R.C.S. 435  
*R. c. Underwood*, [1998] 1 R.C.S. 77  
*R. c. V. (W.J.)*, (1992) 72 C.C.C. (3d) 97 (C.A. T.-N.)  
*R. c. Van Haarlem*, (1991) 64 C.C.C. (3d) 543, (C.A. C.-B.); [1992] 1 R.C.S. 982  
*R. c. Vézeau*, [1977] 2 R.C.S. 277  
*R. c. Wadden* (1986) 71 N.S.R. (2d) 253 (N.S. C.A.)  
*R. c. Waite* (1992), 115 N.S.R. (2d) 392, (C.A.)  
*R. c. Whitfeld*, [1970] R.C.S. 46  
*R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914  
*R. c. Whynder* (1996), 149 N.S.R. (2d) 241, (C.A.)  
*R. c. Wooley* (1988) 63 C.R. (3d) 333  
*R. c. Worth* (1995), 98 C.C.C. (3d) 133  
*R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272  
*R. c. Yakeleya* (1985), 20 C.C.C. (3d) 193  
*R. c. Young* (1988), 38 C.C.C. (3d) 452  
*R. c. Young* (1993), 12 O.R. (3d) 529  
*R. c. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. 407  
*Re Fang and College of Physicians & Surgeons of Alberta* (1986), 25 D.L.R. (4th) 632 (C.A.Alta.)  
*Re Jamieson and the Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430 (Que. S.C.)  
*Re ss. 193 and 195.1 of Criminal Code* [1990] 1 R.C.S. 1123  
*Renvoi relatif au par. 94 (2) de la Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486  
*Renvoi sur la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique*, [1985] 2 R.C.S. 486  
*Rolbin v. R.* (1982), 2 C.R.R. 66  
*Russell v. The King* (1936), 67 C.C.C. 28  
*Stelco Inc. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 617  
*Sweitzer c. La Reine.*, [1982] 1 R.C.S. 949  
*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada* [1990] 1 R.C.S. 425  
*United States of America v. Ross* (1995), 100 C.C.C. (3d) 320  
*United States v. Hrynyk* (1996) 107 C.C.C. (3d) 104  
*Vézeau c. La Reine*, [1977] 277  
*Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30  
*Woolmington c. D.P.P.*, [1935] A.C. 462 (H.L.)

## Doctrine

### Monographies

BEATTIE J. M., *Crime and the Courts in England 1660-1800*, Princeton, Princeton University Press, 1986

BÉLIVEAU P., B. LETENDRE et M. VAUCLAIR, *Précis élémentaire de preuve et de procédure pénales*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1993



- BELLEMARE J. et L. Viau, *Droit de la preuve pénale*, 2<sup>e</sup> édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 1991
- BURDEAU G., *Le libéralisme*, Paris, Les Éditions du Seuil, 1979
- Code de déontologie professionnelle*, révisé et adopté par le conseil en août 1987, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1988
- DE RUGGIERO G., *The History of European Liberalism*, Translated by R. G. Collingwood, Oxford, 1927
- DE TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique*, t. 1, coll. Folio, Paris, Gallimard
- DURKHEIM É., *De la division du travail social*, Paris, Presses Universitaires de France, 1978
- FLAMANT M., *Histoire du libéralisme*, Deuxième édition, coll. « Que sais-je? », Paris, Presses Universitaires de France, 1992
- FORTIN J., *Preuve pénale*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984
- FREEDMAN M. H., *Lawyer's Ethics in an Adversary System*, New York, The Bobbs-Merrill Company Inc., 1975
- GRAY J., *Liberalism*, Stony Stratford, Open University Press, 1986
- HOBBS T., *Leviathan*, coll. « Cambridge Texts in the History of Political Thought », Cambridge, Cambridge University Press, 1991
- HOGG P. W., *Constitutional Law of Canada*, Third Edition, Scarborough, Carswell, 1992
- LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Neuvième édition, Paris, Presses Universitaires de France, 1962
- LANDSMAN S., *Readings on Adversarial Justice: The American Approach to Adjudication*, St-Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1988
- LANDSMAN S., *The Adversary System, a Description and Defense*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1984
- LANGBEIN J. H., *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*, Cambridge, Harvard University Press, 1974.
- LARGUIER J., *Procédure pénale*, Quatorzième édition, Paris, Mémentos Dalloz, 1994

- LASKI H., *The Rise of European Liberalism*, London, 1937
- LIEBICH A., *Le libéralisme classique*, Sillery, Presses de l'Université du Québec, 1985
- LOCKE J., *Deuxième traité du gouvernement civil*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1967
- LUBAN D., *Lawyers and Justice an Ethical Study*, Princeton, Princeton University Press, 1988
- MACPHERSON C. B., *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford, Oxford University Press, 1962
- MERLE R. et A. VITU, *Traité de droit criminel-Procédure pénale*, Quatrième édition, Paris, Cujas, 1979
- MILL J. S., *De la liberté*, coll. Folio/essais, Paris, Gallimard, 1990
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 1, coll. Folio, Paris, Gallimard, 1995
- PACIOCCO D. M., *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Toronto, Carswell, 1987
- POPPER K. R., *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, New York, Basic Books, 1962
- RATUSHNY E., *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, Toronto, Carswell, 1979
- REPORT OF THE ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE (1990)
- SABINE G. H., *A History of Political Theory*, Third Edition, New York, Holt Rinehart and Winston Inc., 1961
- SHAPIRO B. J., *"Beyond Reasonable Doubt" and "Probable Cause": Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, Berkeley, University of California Press, 1991
- STEPHEN J. F., *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1, New York, Burt Franklin, (1883)
- WIGMORE J. H., *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, revised by John T. McNaughten, Boston, Little Brown & Company, 1961, chap. 80.

***Périodiques et études contenues dans des recueils***

ATRENS J., « The Adversary System: A Discussion Paper », (1984) Non publié, disponible sur microfiche

BEATTIE J. M., « Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries », (1991) 9 *Law & Hist. Rev.* 221

BEAUCHEMIN M., « Les procédures précédant le procès en matière criminelle », dans *Droit pénal - procédure et preuve*, Coll. de Droit, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1995-1996

BELLIOTTI R. A., « Our Adversary System: In Search of a Foundation », (1988) 1 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 19

BELLOWS J. C., « I'll Show You Mine if You Show me Yours », (1996) 20(9) *Canadian Lawyer* 13

BOISVERT A.-M., « Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle », sous la direction de BEAUDOIN G.-A. et E. P. MENDES, *Charte canadienne des droits et libertés*, 3<sup>e</sup> Édition, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1996

BREWER C. A., « *Stillman* and Section 24(2): Much To-Do about Nothing », (1997) 2 *Can. Crim. L. R.* 239

CALARCO P., « I'll Show You Mine if You Show Me Yours », (1996) 20(9) *Canadian Lawyer* 13

CHRISTENSEN S., « Some Reflections on the Nature and Future of the Adversary System », (1981) 30 *Defense L. J.* 325

COSTOM S., « Disclosure by the Defense: Why Should I Tell you? », (1996) 1 *Rev. Can. D. P.* 73

CÔTÉ L. et L. VIAU, « La preuve pénale », dans *Droit pénal - Procédure et preuve*, Collection de droit, vol. 10, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1995-1996

CRAIG J. D.R., « The Alibi Exception to the Right to Silence », (1996) 39 *Criminal Law Quarterly*, 227

CURE C., « Discovery Reform and the Impending Death of the Adversary System », (1995) 37 *For the Defense* 21

DAMASKA M., « Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study », (1972-73) 121 *U. of Pa. L. Rev.* 506

DAMASKA M., « Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure », (1974-75) 84 *Yale L. J.* 480

DAVISON C. B., « Putting Ghosts to Rest: A Reply to the “Modest Proposal” for Defense Disclosure of Tanovich and Crocker », 43 *C. R.* (4th) 105

DE MONTIGNY Y., « L’élargissement du concept de “détention”, premier jalon d’une véritable protection contre l’auto-incrimination? », (1990) 31 *C. de D.*, 769

DE MONTIGNY Y., « La protection contre l’auto-incrimination au Canada: mythe ou réalité? », (1989) 35 *McGill L. J.* 746

DEITZLER H. G., S. KLIMAS et W. AUVIL, « Prosecutorial Discovery: An Overview », (1980) 83 *West Virginia L. Rev.* 187

DENNIS I., « Instrumental Protection, Human Right or Functional Necessity? Reassessing The Privilege Against Self-Incrimination », (1995) 54 *Cambridge Law Journal*, 342

DEVINAT M., « L’autorité des obiter dicta de la Cour suprême », (1998) 77 *Revue du Barreau Canadien*, 1

DIEFFENBACH J. J., « Psychology, Society and the Development of the Adversarial Posture », (1991) 16 *The Journal of the Legal Profession* 205

DOLINKO D., « Is There a Rationale for the Privilege Against Self-Incrimination », (1986) 33 *U.C.L.A. L. Rev.* 1063

DONOGAN A., « The Right not to Incriminate Oneself », (1984) 1 *Social Philosophy & Policy* 137

DRIPPS D. A., « Foreward: Against Police Interrogation - And the Privilege Against Self-Incrimination », (1988) 78 *J. of Crim. L. & Criminology* 699

DRIPPS D. A., « Self-Incrimination and Self-Preservation: A Skeptical View », (1991) 2 *U. of Ill. L. Rev.* 329

FRANKEL M. E., « The Search for Truth: An Umpireal Point of View », (1975) 123 *U. of Pa. L. Rev.* 1031

FREEDMAN M. H., « Judge Frankel’s Search for Truth », (1974-75) 123 *U. of Pa. L. Rev.* 1060

FULLER L. L., « The Adversary System » dans: Harold J. BERMAN, *Talks on American Law*, New York, Vintage Books, 1972

FULLER L. L., « The Forms and Limits of Adjudication », (1978-79) 92 *Harvard L. Rev.* 353

- GALLIGAN D. J. « The Right to Silence Reconsidered », (1988) 41 *Current Legal Problems* 69
- GERSTEIN R. S., « Privacy and Self-Incrimination », (1970) 80 *Ethics* 87
- GERSTEIN R. S., « Punishment and Self-Incrimination », (1971) 16 *Am. J. Juris* 84
- GERSTEIN R. S., « The Self-Incrimination Debate in Great Britain », (1979) 27 *Am. J. of Comp. L.* 81
- GREENAWALT R. K., « Silence as a Moral and Constitutional Right », (1981) 23 *William & Mary L. Rev.* 15
- GRIFFITHS J., « Ideology in Criminal Procedure: A Third “Model” of the Criminal Process », (1970) 79 *Yale L. J.* 359
- HARVEY D. J., « The Right to Silence and the Presumption of Innocence », [1995] *New Zealand Law Journal* 181
- HAVLENA T., « Proposition 115 and the Rebirth of Prosecutorial Discovery in California », (1990) 18 *Western State University L. Rev.* 3
- HEALY P., « Risk Obligation and the Consequences of silence at Trial », (1997) 2 *Can Crim L. R.*, 385
- HEALY P., « Developments in the Law of Evidence: The 1993-94 Term - Admissibility, Discretion, and the Truth of the Matter », (1995) 6 *S.C.L.R.* (2d) 379
- HERNS D. G., « Comments: Prosecutorial Discovery in California After *People v. Collie*: The Need for Legislation », (1983) 23 *Santa Clara L. Rev.* 543
- HOR M., dans: « The Privilege Against Self-Incrimination and Fairness to the Accused », (1993) *Singapore J. of L. Stud.*, 35
- INGRAHAM B. L., « The Right of Silence, the Presumption of Innocence the Burden of Proof and a Modest Proposal: A Reply to O'Reilly », (1996) 86 *J. of Crim. L. & Criminology* 559
- JACKSON J. D., « Theories of Truth Finding in criminal Procedure: An Evolutionary Approach », (1988) 10 *Cardozo L. Rev.* 475
- KOSKI J. C., « From Hide-and-Seek to Show-and-Tell: Evidentiary Disclosure Rules », (1993) 17 *American Journal of Trial Advocacy* 497, 500
- LANDSMAN S., « A Brief Survey of the Development of the Adversary System », (1993) 21 *Am. J. Trial Adv.* 497, 500

(1983) 44 *Ohio State L. J.* 713

LANDSMAN S., « The Decline of the Adversary System and the Changing Role of the Advocate in that System », (1980-81) 18 *San Diego L. Rev.* 251

LANDSMAN S., « The Decline of the Adversary System: How the Rhetoric of Swift and Certain Justice Has Affected Adjudication in American Courts », (1980) 29 *Buf. L. Rev.* 487

LANDSMAN S., « The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England », (1990) 75 *Cornell L. Rev.* 497

LANGBEIN J. H., « Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources », (1983) 50 *U. of Chi. L. Rev.* 1

LANGBEIN J. H., « The Criminal Trial Before the Lawyers », (1978) 45 *Univ. of Chi. L. Rev.*, 263

LANGBEIN J. H., « The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law », (1994) 92 *Michigan L. Rev.* 1047

LUBAN D., « Calming the Hearse Horse: A Philosophical Research Program For Legal Ethics », (1981) 40 *Maryland L. Rev.* 451

McKINNON G. D., « Accelerating Defense Disclosure: A Time for a Change », (1996) 1 *Rev. Can. D. P.* 59

MEYER A. W., « To Adjudicate or to Mediate: That is the Question », (1993) 27(2) *Valparaiso University L. Rev.* 357

MOSTELLER R. P., « Discovery Against the Defense: Tilting the Adversarial Balance », (1986) 74 *Calif. L. Rev.* 1567

PACIOCCO D. M., « Self-Incrimination: Removing the Coffin Nails », (1989) 35 *McGill L. J.* 73

PACIOCCO D. M., « *Stillman*, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2) », (1997) 2 *Can. Crim. L. R.* 163

PACKER H. L., « Two Models of the Criminal Process », (1964) 113 *U. of Pa. L. Rev.* 1

PROULX M., « Defense Disclosure: An Inevitable Lack of Symmetry », (1997) *National Criminal Law Program*, Criminal Evidence, Dalhousie University, Halifax, Nova Scotia, July 14-18

QUIGLEY T. et E. COLVIN, « Developments in Criminal Law and Procedure: The

1989-90 Term », (1991) 2 *S.C.L.R.* (2d) 255

ROCK A., « Keynote Address: Crime, Punishment and Public Expectations », dans BRISSON J.-M. et D. GRESCHNER (Dir.), *L'administration de la justice et la perception du public*, Institut Canadien d'Administration de la Justice, Montréal, Les Éditions Thémis, 1995, p. 185

SHAPIRO A. H., « Political Theory and the Growth of Defensive Safeguards in criminal Procedure: The Origins of the Treason Trial Act of 1696 », (1993) 11 *Law & Hist. Rev.* 215

SKOLNICK J. H., « The Social Transformation of Vice », (1988) 51 *Law and Contemporary Problem*, 9

SMITH H. E., « The Modern Privilege: Its Nineteenth-Century Origins », dans HELMHOLZ R. H. (Ed.), *The Privilege Against Self-Incrimination: Its Origins and development*, Chicago, University of Chicago Press, 1997

STALKER A., « Developments in Criminal Procedure: The 1994-95 Term », (1996) 7 *S.C.L.R.* (2d) 261

STEEL R. M., « Proposition 115: The Fifth Amendment and Prosecutorial Discovery », (1991) 13 *Criminal Justice Journal* 115

STEFFEN T. L., « Truth as Second Fiddle: Reevaluating the Place of Truth in the Adversarial Trial Ensemble », (1988) 4 *Utah L. Rev.* 799

STRIER F. D., « Major Problems Endemic to the Adversary System and Proposed Reform », (1992) 19 *Western State University L. Rev.* 463

STUNTZ W. J., « Self-Incrimination and Excuse », (1988) 88 *Col. L. Rev.* 1227

SUBIN H., « The Criminal Lawyer's "Different Mission": Reflections on the "Right" to Present a False Case », (1987) 1 *Geo. J. Legal Ethics*, 125, 141

SWARD E. E., « Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System », (1989) 64 *Indiana Law Journal*, 301

TANOVICH D. M. et L. CROCKER, « Dancing with Stinchcombe's Ghost: A Modest Proposal for Reciprocal Defense Disclosure », 26 *C.R.* (4th) 333

THOMAS G. C. et M. D. BILDER, « Aristotle's Paradox and the Self-Incrimination Puzzle », (1991) 82 *J. of Crim. L. & Criminology* 243

THOMAS G. C., « A Philosophical Account of Coerced Self-Incrimination », (1993) *Yale Journal of Law & the Humanities* 79

THOMPSON R. S., « Decision, Disciplined Inferences and the Adversary Process », (1991) 13 *Cardozo L. Rev.* 725

THORNBURG E. G., « Metaphors Matter: How Image of Battle, Sports and Sex Shape the Adversary System », (1995) 10 *Wisconsin Women's Law Journal* 225

UVILLER H. R., « The Advocate, the Truth and Judicial Hackles: A reaction to Judge Frankel's Idea », (1974-75) 123 *U. of Pa. L. Rev.* 1067

WANGERIN P. T., « The Political and Economic Roots of the "Adversary System" of Justice and "Alternative Dispute Resolution" », (1994) 9 *Ohio State Journal of Dispute Resolution* 203

YOUNG A. N., « The *Charter*, the Supreme Court of Canada and the Constitutionalization of the Investigating Process », dans Jamie CAMERON (éd.), *The Charter's Impact on the Criminal Justice System*, Toronto, Carswell, 1996