
La Protection Contre l'Auto-Incrimination au Canada : Mythe ou Réalité ?

Yves de Montigny*

In a detailed analysis of Canadian post-*Charter* case law, the author considers the extent to which a protection against self-incrimination exists in Canadian law. The author examines sections 11 (c) and 13 of the *Charter*, and questions whether they have in fact had any considerable impact upon the state of pre-*Charter* law. He concludes that sections 11 (c) and 13 can at best only provide an accused with partial protection against self-incrimination, but that a broader and more secure protection may be derived from section 7 of the *Charter*.

Initial indications of a recognition of a broader principle against self-incrimination are visible in the recent Supreme Court of Canada decision in *Thomson Newspapers*, though the five disparate opinions expressed by the Court in that case lack cohesion and unity. While the *Thomson* decision does not settle the question clearly, the author contends that the disposition of the Supreme Court to adopt a more expansive and purposeful interpretation of section 7 bodes well for those who argue that protection against self-incrimination should rightly be considered a principle of fundamental justice. Such a recognition could entrench a full protection against self-incrimination in Canadian law.

Par le biais d'une analyse approfondie de la jurisprudence, l'auteur traite de la protection contre l'auto-incrimination en droit canadien. L'auteur examine les articles 11 (c) et 13 de la *Charte* et l'impact de ceux-ci sur le droit tel qu'il existait avant l'adoption de la *Charte*. Il conclut que les articles 11 (c) et 13 ne peuvent fournir qu'une protection partielle contre l'auto-incrimination, mais qu'une protection plus efficace découle du principe de justice fondamentale enchâssé par l'article 7 de la *Charte*.

Dans une décision récente de la Cour suprême du Canada, celle-ci semble accorder une portée plus large au privilège contre l'auto-incrimination. Malheureusement, les cinq jugements rendus dans *Thomson Newspapers* souffrent d'un manque de cohésion. Bien que l'arrêt *Thomson* ne règle pas la question de façon définitive, l'auteur soutient que l'inclination de la Cour suprême du Canada à adopter une interprétation libérale et téléologique de l'article 7 augure bien pour les tenants de la notion que le privilège contre l'auto-incrimination constitue un principe de justice fondamentale.

* Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

Sommaire

Introduction

I. La non-contrainnabilité de l'accusé

A. *Qui peut invoquer l'alinéa 11 c) ?*

1. La notion d'« inculpé »
2. La contrainnabilité des accusés « potentiels »
3. L'application de l'alinéa 11 c) aux personnes morales

B. *Les droits conférés par l'alinéa 11 c)*

1. Une protection limitée au témoignage
2. Les formes de contrainte prohibées

II. La protection accordée au témoin

A. *Les conditions d'application de l'article 13*

1. Un témoignage antérieur
2. L'utilisation du témoignage incriminant « dans d'autres procédures »

B. *La protection offerte aux témoins par l'article 13*

Conclusion

* * *

Introduction

Contrairement à son homologue américain, l'inculpé ne jouit pas au Canada d'une protection totale et complète contre l'auto-incrimination. À la différence du Cinquième Amendement à la Constitution américaine, la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ n'enchâsse en effet que certaines facettes de cette protection ; s'ils tirent leur origine de cette garantie fondamentale, les droits très précis qui en résultent ne peuvent donc lui être assimilés. Sans doute est-ce la principale raison pour laquelle l'alinéa 11c) a été interprété de façon restrictive par les tribunaux, à un point tel qu'il est permis de se demander si

¹Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

l'inclusion *in extremis*² de cet alinéa dans l'article 11 a eu quelque impact sur l'état du droit en vigueur le 17 avril 1982. Ce constat vaut également pour l'article 13, malgré les différences que l'on peut identifier entre cette disposition et le texte du paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Dans les pages qui vont suivre, nous nous emploierons à étayer cette prétention en procédant à une analyse détaillée de la jurisprudence. Bien que les décisions rendues par la Cour suprême en cette matière ne soient pas légion, le corpus juridique qui entoure ce concept d'auto-incrimination est suffisamment développé pour que l'on puisse en dégager les grandes orientations. Et l'image qui s'en dégage nous permettra de conclure que seul l'article 7 peut débloquer la situation et générer de nouvelles avenues de réflexion.

I. La non-contrainabilité de l'accusé

L'origine du privilège contre l'auto-incrimination est assez bien documentée et ne justifie pas que l'on s'y arrête longuement³. Qu'il suffise simplement de rappeler, comme la Cour suprême l'a fait dans l'arrêt *Marcoux c. La Reine*⁴, qu'il s'est développé

par réaction à la méthode d'interrogatoire pratiquée devant les anciens tribunaux ecclésiastiques et devant la Chambre étoilée, où l'usage consistait à faire comparaître une personne, sans l'aviser de quoi elle était inculpée, et à l'interroger sous serment⁵.

Suite à de retentissants procès à connotation politique, cette procédure inquisitoire fut abolie et l'on en vint à faire de l'accusé une personne non contraignable et inhabile à témoigner sous serment, même pour sa propre défense. De même, toute personne appelée à témoigner pouvait refuser de répondre à une question

²Cet alinéa, il faut le rappeler, n'a fait son apparition que dans la version du 28 janvier 1981 et ne semble pas avoir fait l'objet de discussions approfondies. Voir R. Elliot, « Interpreting the Charter — Use of the Earlier Versions as an Aid », (1982) U.B.C.L. Rev. (Special Charter Edition) 11.

³Voir, entre autres, l'historique et l'étude comparative auxquelles se livre Mme le juge Wilson dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada* (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425 [ci-après, *Thomson*]. Voir aussi 8 *Wigmore on Evidence* (révisé par P. Tillers, 1983), Boston, Little, Brown, 1983, art. 2250 aux pp. 284 et s.; E. Ratushny, *Self-Incrimination in Canadian Criminal Process*, Toronto, Carswell, 1979 aux pp. 151-174; R.E. Salhany, *The Origin of Rights*, Toronto, Carswell, 1985; L.W. Levy, *Origins of the Fifth Amendment*, New York, Oxford University Press, 1968; D.M. Paciocco, « Self-Incrimination: Removing the Coffin Nails » (1989) 35 McGill L.J. 73.

⁴[1976] 1 R.C.S. 763, 60 D.L.R. (3d) 119, 24 C.C.C. (2d) 1 [ci-après cité aux R.C.S.].

⁵*Ibid.* à la p. 768. Plusieurs arrêts postérieurs à l'entrée en vigueur de la Charte ont également retracé le développement de ce privilège. Voir, entre autres, *R. c. Boss* (1989), 30 O.A.C. 184, 46 C.C.C. (3d) 523, 68 C.R. (3d) 123 (C.A. Ont.); *R.L. Crain Inc. c. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478, 10 C.C.C.(3d) 119, 9 C.R.R. 287 (B.R. Sask.); *R. c. Stasiuk* (1982), 38 O.R.(2d) 618 (C.P. Ont.).

lorsqu'elle croyait que sa réponse pouvait tendre à l'incriminer dans des procédures subséquentes.

Tel était l'état du droit en 1893 lorsque le législateur canadien décida de modifier la règle de *common law* en faisant de l'accusé une personne habile à témoigner pour la défense⁶. Comme l'a constaté le professeur Ratushny, cette nouvelle disposition avait pour effet indirect d'incorporer implicitement par voie législative le principe de la non-contrainabilité de l'accusé⁷. Du même souffle, le Parlement devait également abolir la règle suivant laquelle un témoin pouvait refuser de répondre à une question qui pouvait tendre à l'incriminer, pour la remplacer par une protection contre l'utilisation éventuelle de ces réponses dans une poursuite criminelle ultérieure⁸. Cette règle, maintenant élevée au rang constitutionnel par l'article 13 de la *Charte*, s'applique tout autant au témoin qu'à l'accusé : ce dernier, lorsqu'il choisit de témoigner, sera par conséquent traité comme un témoin ordinaire et ne pourra plus refuser de répondre aux questions qui lui sont posées en contre-interrogatoire⁹. S'il en allait autrement, comme l'a fait remarquer le professeur Paciocco, l'accusé pourrait être tenté de présenter une version fausse ou incomplète des faits¹⁰.

Ceci étant dit, l'on peut s'étonner que le privilège de non-contrainabilité dont jouit l'accusé n'ait été explicitement reconnu qu'en 1982. Déjà l'on pouvait se surprendre que la *Loi sur la preuve* n'en fasse pas expressément mention. Mais que la *Déclaration canadienne des droits*¹¹ elle-même n'en souffle mot paraissait franchement inconcevable. M. le juge Laskin avait bien tenté de déduire cette protection du texte de son alinéa 2(d)¹², mais la démarche avait quelque

⁶*Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1893, c. 31, art. 4(1). On retrouve cet article, à peu près inchangé, dans la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-15, art. 4(1).

⁷ [B]ien que cela puisse sembler contradictoire, on peut affirmer que le principe suivant lequel un accusé n'était pas contraignable a été spécifiquement adopté au Canada par l'incorporation implicite d'un principe de la *common law*.

Voir « Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle », dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, 503 à la p. 537. Cette idée avait pour la première fois été exposée dans son article intitulé « Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada ? », (1973) 19 McGill L.J. 1 à la p. 28. Voir aussi, dans le même sens, *R. c. Amway Corporation*, [1989] 1 R.C.S. 21 aux pp. 29-30, 56 D.L.R. (4th) 309 [ci-après cité aux R.C.S.].

⁸*Acte de la preuve en Canada, 1893*, *supra*, note 6, art. 5. On retrouve également l'essentiel de cette disposition dans la version actuelle de la *Loi sur la preuve au Canada*, *supra*, note 6, art. 5.

⁹*R. c. Connors*, (1893) 5 C.C.C. 70 (B.R. Qué.). Voir aussi la jurisprudence citée par le professeur Ratushny dans son article « Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle », *supra*, note 7 à la p. 537, n. 148.

¹⁰*Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Toronto, Carswell, 1987 à la p. 482, n. 6.

¹¹L.R.C. 1985, Appendice III.

¹²Cet alinéa se lit comme suit :

...nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme : d) autorisant une cour, un tribunal, une commission, un office, un conseil ou une autre autorité à contraindre une personne à témoigner si on lui refuse le secours d'un avocat, la protection contre son propre témoignage ou l'exercice de toute garantie d'ordre constitutionnel...

chose de suspect et d'artificiel¹³. Il est vrai que la pérennité de ce principe et sa consécration répétée par les tribunaux pouvaient aux yeux de certains pallier cet oubli et même le justifier. Il n'empêche que sa consécration s'imposait dans un texte constitutionnel voué à la protection des droits fondamentaux.

Qui plus est, le principe de la non-contrainnabilité de l'accusé est inextricablement lié à la présomption d'innocence et à l'obligation qui incombe à la Couronne de présenter une « preuve complète »¹⁴. À ce titre, l'alinéa 11c) doit être considéré comme un élément essentiel de notre justice criminelle. C'est ce que la majorité de la Cour suprême se faisait fort de rappeler dans l'arrêt *Dubois* lorsqu'elle écrivait, sous la plume du juge Lamer :

Le fardeau qui incombe à la poursuite « d'établir la culpabilité », et le « droit au silence », c.-à-d. l'obligation de présenter une « preuve complète » qui constituent les éléments essentiels de la présomption d'innocence, sont également sous-jacents au droit de ne pas être obligé de témoigner.¹⁵

Plus récemment, la Cour suprême a refusé d'accorder à une société la protection que confère l'alinéa 11c), au motif que cette disposition vise d'abord et avant tout à « protéger l'individu contre toute atteinte à sa dignité et à sa vie privée, inhérente à une pratique qui permet à la poursuite d'obliger la personne inculpée à témoigner elle-même »¹⁶. Bien qu'exprimé en termes légèrement différents, ce fondement de la protection contre l'auto-incrimination rejoint les préoccupations de M. le juge Lamer dans l'arrêt *Dubois*. Après tout, n'est-ce

¹³Dans un obiter dictum, M. le juge Laskin a écrit à l'occasion de cette affaire que l'alinéa 2(d) de la *Déclaration* signifiait, « ...dans le cas d'un prévenu, qu'on ne peut l'obliger à témoigner... » (*Curr c. R.*, [1972] R.C.S. 889 à la p. 912, 26 D.L.R. (3d) 603, 7 C.C.C. (2d) 181). Au dire du professeur Ratushny, cette disposition signifie plutôt qu'un texte législatif contraignant un accusé à témoigner sera conforme à la *Déclaration* dans la mesure où cette contrainte s'accompagne de certaines garanties, et notamment du droit à l'avocat et de la protection contre l'utilisation du témoignage dans d'autres procédures. Voir Ratushny, *supra*, note 3 aux pp. 89-91.

¹⁴Voir *Boss*, *supra*, note 5 ; *R. c. B.(J.N.)*, (1989) 68 C.R.(3d) 145, 48 C.C.C. (3d) 71 (C.A. Man.).

¹⁵*Dubois c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 350 à la p. 357, 23 D.L.R. (4th) 503, [1986] 1 W.W.R. 193 [ci-après cité aux R.C.S.]. M. le juge Lamer cite ensuite avec approbation le texte suivant du professeur Ratushny :

À plusieurs égards, l'obligation pour la Couronne de présenter une « preuve complète » constitue au fond, la véritable protection que veut atteindre la règle interdisant de contraindre l'accusé à témoigner. Ce n'est pas le fait que l'accusé ne soit pas obligé de témoigner qui le protège mais le fait que la Couronne soit obligée de prouver l'accusation avant qu'on s'attende à une réaction de sa part, soit qu'il témoigne lui-même, qu'il fasse entendre d'autres témoins ou qu'il présente toute autre preuve. Même lorsque la Couronne a présenté une « preuve complète » elle conserve jusqu'à la fin le fardeau de la preuve.

« Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle », *supra*, note 7, 1re éd. à la p. 448.

¹⁶*R. c. Amway Corporation*, *supra*, note 7 à la p. 40. S'exprimant au nom d'une cour unanime, M. le juge Sopinka ajoute : « Bien qu'il y ait mésentente quant au fondement du principe interdisant l'auto-incrimination, j'estime que ce facteur joue un rôle dominant. »

pas pour prémunir les individus contre le harcèlement de l'État et les poursuites sans fondement que l'on exige de la Couronne une preuve complète avant même que l'accusé puisse être tenu d'y répondre pour éviter le risque d'être trouvé coupable¹⁷ ?

Quoiqu'il en soit des assises philosophiques sur lesquelles repose l'alinéa 11c), le moment est maintenant venu d'en examiner les tenants et aboutissants pour en mieux apprécier les limites. Pour ce faire, nous nous attarderons à son champ d'application et à la protection qu'il offre.

A. *Qui peut invoquer l'alinéa 11e) ?*

1. La notion d'« inculpé »

En affirmant que l'article 11 ne s'appliquait pas aux procédures d'extradition¹⁸ ni à la procédure prévue à la Partie XXIV du *Code criminel* pour déterminer si une personne est un délinquant dangereux¹⁹, M. le juge Laforest (au nom de la majorité) avait déjà laissé entrevoir l'approche restrictive qu'adopterait la Cour lorsque viendrait le moment d'adopter une position de principe eu égard à l'applicabilité de cette disposition. Et comme il fallait s'y attendre, c'est dans le cadre d'une affaire mettant en cause une poursuite disciplinaire que cette occasion allait être fournie à la Cour²⁰.

Reconnu coupable d'une « infraction majeure ressortissant au service » au sens de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*²¹, le policier Wigglesworth prétendait qu'il ne pouvait subséquemment être poursuivi pour voies de fait simples aux termes du *Code criminel* à l'égard de la même inconduite. Puisque

¹⁷À ce propos, M. le juge Lamer a cité Wigmore avec approbation en constatant que l'article 13, tout comme l'al. 11c), constitue la reconnaissance du principe selon lequel [traduction] « ... l'individu est souverain et que selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un individu, celui-ci ne doit être inquiété que pour un motif valable et ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite. »

Dubois, *supra*, note 15 à la p. 358.

¹⁸Voir *Schmidt c. R.*, [1987] 1 R.C.S. 500, 39 D.L.R. (4th) 18, 58 C.R. (3d) 1 [ci-après cité aux R.C.S.]. Voir aussi, dans le même sens, *République d'Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536.

¹⁹*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, 14 D.L.R. (4th) 482, 37 C.C.C. (3d) 1, 61 C.R. (3d) 1 [ci-après cité aux R.C.S.]. Dans cette affaire, on a conclu qu'une personne n'était plus « inculpée » au sens de l'article 11 à partir du moment où elle a été reconnue coupable.

²⁰*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541 à la p. 554, 60 C.R. (3d) 193, 37 C.C.C. (3d) 385 [ci-après cité aux R.C.S.]. C'est principalement dans le contexte du droit disciplinaire que se sont posés les problèmes liés à l'applicabilité de l'article 11. La doctrine avait également fait écho à ces préoccupations. Voir, entre autres, H.L. Kushner, « Charter of Rights and Freedoms, Section 11 — Disciplinary Hearings Before Statutory Tribunals », (1984) 62 R. du B. can. 638 ; Y. Ouellette, « La Charte canadienne et les tribunaux administratifs », (1984) 18 R.J.T. 295 ; E. Gertner, « The Scope of the Charter : Who is a "Person Charged With an Offence" », (1984) 5 C.R.R. 129 ; J.-C. Hébert, « Le droit disciplinaire et les garanties juridiques fondamentales », (1987) 21 R.J.T. 125.

²¹S.R.C. 1970, c. R-9.

son argumentation prenait essentiellement appui sur l'alinéa 11h) de la *Charte*, lequel enchâsse le droit de ne pas être jugé deux fois pour la même infraction, il convenait au préalable de définir ce qu'il faut entendre par une « infraction » ; ce n'est en effet que dans l'hypothèse où la faute disciplinaire était assimilable à une « infraction » (« offence ») au sens de l'alinéa 11h) que ce texte pouvait recevoir application. Bien entendu, le sens qu'allait donner la Cour à ce mot était intimement lié à la portée qu'elle voulait accorder à l'article dans son ensemble ; si la référence à un « inculpé » dans la version française masque la relation étroite qui unit le paragraphe liminaire de l'article et son alinéa (h), il en va tout autrement dans la version anglaise où ce rapport est beaucoup plus évident²².

Après avoir passé en revue la jurisprudence et la doctrine sur ce point, Mme le juge Wilson (avec l'appui de tous ses collègues sur ce point) opte pour une interprétation qu'elle qualifie elle-même de « restrictive » :

À mon avis, l'interprétation plus restrictive de l'art. 11, préconisée par la majorité des auteurs mentionnés précédemment, est en fait la bonne façon d'interpréter cet article. Les droits garantis par l'art. 11 de la *Charte* peuvent être invoqués par les personnes que l'État poursuit pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives, c.-à-d. des infractions criminelles, quasi criminelles et de nature réglementaire, qu'elles aient été édictées par le gouvernement fédéral ou par les provinces.²³

Mme le juge Wilson invoque par ailleurs quatre facteurs pour appuyer et justifier sa prise de position. S'en remettant d'abord au texte lui-même, elle observe que l'article 11 est truffé de termes habituellement associés aux procédures criminelles et que plusieurs des droits qu'il garantit « sembleraient n'avoir aucune signification hors du contexte criminel ou quasi criminel »²⁴. S'agissant de l'historique législatif et du fait que l'on ait substitué le mot « infraction » à l'expression « acte criminel » que l'on retrouve à l'alinéa 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, Mme Wilson n'y voit qu'une conséquence de la constitutionnalisation des droits et de leur élargissement aux poursuites relatives à des infractions provinciales²⁵.

Bien qu'elle ne fasse pas partie intégrante de la *Charte* et qu'elle doive pour cette raison être utilisée avec plus de circonspection que les rubriques, la note marginale (« affaires criminelles et pénales ») lui apparaît néanmoins pou-

²²Le paragraphe liminaire de l'article 11 se lit en effet comme suit : « Any person charged with an offence has the right ... ».

²³Wigglesworth, *supra*, note 20 à la p. 554.

²⁴*Ibid.* à la p. 555.

²⁵On peut déduire que le terme « criminel » a été retranché pour assurer que l'art. 11 s'appliquerait également aux poursuites sommaires et aux poursuites relatives à des infractions provinciales fondées sur des lois quasi criminelles touchant au bien-être public.

Ibid. à la p. 556.

voir appuyer dans une certaine mesure la thèse suivant laquelle le terme « inculpé » limite l'application de l'article 11 aux seules affaires criminelles ou quasi criminelles et aux procédures qui entraînent des conséquences pénales. Mais c'est sans aucun doute dans le quatrième facteur qu'il faut rechercher la principale explication de la décision rendue par la Cour. Reprenant à son compte l'opinion précédemment formulée par M. le juge Laforest, pour qui cette disposition de la *Charte* ne saurait recevoir une application modulée en fonction de ses différents alinéas, Mme le juge Wilson estime qu'il est préférable de restreindre l'application de l'article 11 aux infractions les plus graves, au risque d'en diluer la portée et de semer la confusion²⁶.

Ceci étant dit, à quels indices pourrions-nous reconnaître qu'une affaire est de nature « criminelle ou pénale » ? Toujours selon la Cour suprême, il semble bien qu'une affaire pourra relever de l'article 11 « soit parce que, de par sa nature même, il s'agit d'une procédure criminelle, soit parce qu'une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction est susceptible d'entraîner une véritable conséquence pénale. »²⁷ Inutile de préciser que l'application de ces critères aura le plus souvent pour conséquence d'exclure les poursuites disciplinaires du champ d'application de l'article 11. Bien que l'on puisse douter de la nature strictement privée des procédures que peuvent engager des ordres professionnels contre leurs membres, force nous est de reconnaître l'acceptation générale de cette qualification. Aussi ne faut-il pas se surprendre que la Cour suprême y ait donné son aval :

...si une affaire en particulier est de nature publique et visé à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique, alors cette affaire est du genre de celles qui relèvent de l'art. 11. Elle relève de cet article de par sa nature même. Il faut distinguer cela d'avec les affaires privées, internes ou disciplinaires qui sont de nature réglementaire, protectrice ou corrective et qui sont

²⁶ À moins que la portée de l'article ne soit restreinte aux affaires criminelles ou pénales, il peut se révéler très difficile de l'appliquer d'une manière raisonnablement uniforme. Le contenu particulier des divers droits énoncés à l'art. 11 peut très bien varier selon le genre de procédure si l'on donne une définition plus large à la disposition liminaire de l'article. Il est certain que ces droits sont accordés à ceux qui sont accusés d'infractions criminelles, à ceux qui doivent faire face au pouvoir de poursuite de l'État et qui peuvent très bien subir une privation de liberté par suite de l'exercice de ce pouvoir. Le contenu de ces droits ne devrait pas connaître un manque de prévisibilité ou de clarté en raison d'une application universelle de l'article. Il ressort clairement d'une étude des divers droits énumérés à l'article, qu'il s'agit de droits fondamentaux très importants dont le sens doit être clair comme de l'eau de roche pour ceux qui engagent des poursuites relatives aux infractions qui relèvent de cet article. J'estime, pour ce motif, qu'il est préférable de restreindre l'art. 11 aux plus graves infractions que nous connaissons dans notre droit, c.-à-d. les affaires criminelles et pénales, et de laisser les autres « infractions » relever du critère plus souple de la « justice fondamentale » énoncé à l'art. 7.

Ibid. à la p. 558.

²⁷*Ibid.* à la p. 559.

principalement destinées à maintenir la discipline, l'intégrité professionnelle ainsi que certaines normes professionnelles, ou à réglementer la conduite dans une sphère d'activité privée et limitée...²⁸.

Compte tenu de ce qui précède, la situation dans laquelle se trouvait l'officier Wigglesworth apparaît donc comme l'exception qui confirme la règle. Car c'est uniquement parce qu'il était passible d'une peine d'emprisonnement d'un an aux termes du paragraphe 36(1) de la *Loi sur la gendarmerie royale* que l'on a conclu à l'application de l'article 11 dans cette affaire. C'est d'ailleurs sans hésitation que la Cour suprême a refusé d'appliquer le paragraphe 11d) dans les trois autres arrêts qu'elle a prononcés le même jour²⁹; parce que les policiers en cause n'étaient passibles d'aucune peine d'emprisonnement pour la faute qu'on leur reprochait, l'on n'eut aucune difficulté à déclarer que les procédures disciplinaires ne comportaient aucune conséquence pénale. Il semble donc que la possibilité d'un licenciement ne suffira pas à transformer une instance disciplinaire en une procédure criminelle³⁰. Mise à part une peine d'emprisonnement, tout porte à croire que seule une amende « qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée »³¹ pourra être considérée comme une véritable conséquence pénale entraînant l'application de l'article 11.

²⁸*Ibid.* à la p. 560. Ce qui étonne davantage, c'est que la Cour n'ait pas cru bon distinguer entre les divers régimes disciplinaires. Refuser de reconnaître que la discipline exercée par les ordres professionnels sur leurs membres a tout autant pour objet la protection du public que celle de la profession peut déjà surprendre; que l'on tienne le même raisonnement en ce qui concerne la déontologie des policiers relève à notre avis de la plus pure fiction juridique. Nous ne pouvons donc qu'être d'accord avec le professeur Ouellette lorsqu'il écrit :

À vrai dire, il n'existe pas un droit disciplinaire, mais plusieurs, et certains régimes disciplinaires présentent un caractère d'intérêt public, même si les auditions sont tenues *in camera*. [...] On peut aussi contester l'affirmation selon laquelle le régime disciplinaire d'un service de police s'analyse comme une question interne et visant à assurer l'autorité des gradés sur leurs subalternes. Certains codes de déontologie policière visent aussi à protéger les citoyens contre les abus de pouvoirs ou d'autorité des policiers; la faute disciplinaire, comme la poursuite disciplinaire, présente alors un caractère public.

« La Charte canadienne et les tribunaux administratifs », *supra*, note 20 aux pp. 302-303.

²⁹*Burnham c. Police de Toronto*, [1987] 2 R.C.S. 572, 45 D.L.R. (4th) 309, 37 C.C.C. (3d) 115; *Trumbley et Pugh c. Police de Toronto*, [1987] 2 R.C.S. 577, 45 D.L.R. (4th) 318, 37 C.C.C. (3d) 118; *Trimm c. Police Régionale de Durham*, [1987] 2 R.C.S. 582, 45 D.L.R. (4th) 276, 37 C.C.C. (3d) 120.

³⁰La Cour d'appel ontarienne a clairement considéré que le licenciement était une conséquence civile et non une peine de nature criminelle. Voir à cet égard la décision qu'elle a prononcée dans les trois affaires citées à la note précédente, répertoriée à (1986), 55 O.R.(2d) 570 à la p. 589.

³¹*Wigglesworth, supra*, note 20 à la p. 561. La Cour précise plus loin que le seul pouvoir d'imposer une amende n'est pas nécessairement déterminant et peut être tout à fait conforme au maintien de la discipline et de l'ordre dans une sphère d'activité privée et limitée. La manière dont l'organisme doit employer les amendes qu'il perçoit pourra constituer un indice de l'objet poursuivi par cette amende.

Si cette décision rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *Wigglesworth* est marquée au coin d'une prudence que certains jugeront excessive, elle a néanmoins le mérite de circonscrire avec un peu plus de précision le domaine que couvre cette disposition importante de la *Charte*. Et comme la Cour suprême a répété à plusieurs reprises que le mot « inculpé » (et l'expression anglaise équivalente, « person charged with an offence ») devait être interprété de la même façon peu importe le droit en cause, il n'est plus permis de douter que les précisions apportées dans cet arrêt doivent également régir l'application de l'alinéa 11c)³².

Par conséquent, il faut donc admettre que cet alinéa ne sera d'aucun secours à la très grande majorité des personnes qui font l'objet d'une poursuite disciplinaire³³. Les allégations de mauvaise conduite auxquelles le membre d'une corporation professionnelle peut être tenu de répondre n'étant pas de par leur nature même des procédures criminelles, seule la possibilité de faire face à une « véritable conséquence pénale » pourrait entraîner l'application de l'alinéa 11c) et des autres garanties prévues par l'article 11. Or, même cette éventualité apparaît maintenant de plus en plus théorique depuis la décision rendue par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Belhumeur*³⁴. En effet, quatre des cinq juges qui siégeaient à cette occasion ont estimé que le seul fait de ne pas prévoir de plafond à l'amende qui pouvait être imposée par la corporation professionnelle en cause ne suffisait pas à transformer l'instance disciplinaire en une infraction criminelle³⁵.

Il serait inutilement long et fastidieux de réévaluer toute les décisions antérieures à l'arrêt *Wigglesworth* où l'on s'est penché sur le champ d'application de l'alinéa 11c). Puisque cette disposition dans son ensemble vise d'abord et

³²Voir à cet égard le passage précédemment cité à la note 24. Déjà, dans l'arrêt *Schmidt*, *supra*, note 18 à la p. 519, M. le juge Laforest avait affirmé que ces mots devaient recevoir « un seul et même sens, un sens qui soit en harmonie avec les différents alinéas de l'article ». Voir aussi *Lyons*, *supra*, note 19 à la p. 353.

³³Il faut dire que cette solution était tout à fait prévisible, compte tenu des nombreuses décisions en ce sens qu'avaient déjà rendues les tribunaux à travers le pays. Voir, entre autres, *Re James*, [1983] 2 W.W.R. 316, 42 B.C.L.R. 10 (C.S. C.-B.) ; *Johnson c. Law Society of Alta*, (1985) 66 A.R. 345, [1986], 2 W.W.R. 380 (B.R. Alta) ; *Law Society of Manitoba c. Savino* (1983), 1 D.L.R. (4th) 285 [1983] 6 W.W.R. 538 (C.A. Man.) ; *Belhumeur c. Discipline Committee of Quebec Bar Association*, (1983) 34 C.R. (3d) 279 (C.S. Qué.) ; *Fang c. College of Physicians & Surgeons of Alta*, (1985) 42 Alta. L.R. 89 (C.A.). *Contra* : *Re Lazarenko and Law Society of Alberta* (1983), 4 D.L.R.(4th) 389, [1984] 2 W.W.R. 24 (B.R. Alta).

³⁴*Belhumeur c. Barreau du Québec*, (1988), 54 D.L.R.(4th) 105 (C.A. Qué.).

³⁵Pour en arriver à cette conclusion, les juges majoritaires se sont dit d'avis que le contexte de la *Loi sur le Barreau* et ses objectifs de réglementation imposaient implicitement des limites au montant de l'amende qui pouvait être décrétée. D'autant plus que l'amende sanctionnerait généralement les cas d'inconduite les moins graves, la radiation et la suspension étant des peines beaucoup plus lourdes. Voir aussi, dans le même sens, *Spicer c. Assoc. of Prof. Engineers* (1989), 95 A.R. 132 (B.R. Alta).

avant tout les affaires de nature publique, qui ont pour objet la promotion de l'ordre et du bien-être publics dans une sphère d'activité publique, mentionnons simplement qu'il est plausible d'affirmer que l'alinéa 11c) est applicable aux procédures liées à une citation pour outrage au tribunal³⁶. À l'inverse, tout indique que le mari contre qui est dirigé une action en filiation ne pourra se prévaloir de l'alinéa 11c)³⁷. Enfin, il va de soi qu'une personne ne pourra s'appuyer sur cette disposition pour refuser de répondre aux questions qui lui sont posées, lorsque ces questions s'inscrivent dans une procédure visant à déterminer son statut et non sa culpabilité³⁸.

2. La contraignabilité des accusés « potentiels »

Beaucoup plus problématique est la question de savoir si une personne susceptible d'être incriminée peut s'appuyer sur l'alinéa 11c) pour refuser de témoigner dans le cadre d'une procédure connexe de nature civile, administrative, ou quasi-criminelle (ou encore au procès de son complice). Pour bien comprendre l'enjeu réel que masque cette interrogation, il importe d'effectuer un bref retour en arrière et d'examiner la situation qui prévalait avant l'entrée en vigueur de la *Charte*.

Nous avons vu plus haut que l'article 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* confirme en quelque sorte la règle de *common law* suivant laquelle un accusé ne peut être contraint de témoigner au cours de son procès ou de l'enquête préliminaire qui le précède. Suite à la décision rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *Batary c. A.G. Saskatchewan*³⁹, l'on aurait pu s'attendre à ce que ce privilège soit quelque peu étendu de façon à ce qu'une personne puisse s'en prévaloir dans toute procédure où son témoignage, bien que protégé par l'article 5 de cette même *Loi*, risquait de fournir la preuve de sa culpabilité. Dans cette affaire, il faut le rappeler, la Cour avait établi qu'une personne ne pouvait être contrainte à témoigner par un coroner alors même qu'elle était simultanément

³⁶*R. c. Cohn* (1984), 48 O.R. (2d) 65, 13 D.L.R. (4th) 680, 42 C.R. (3d) 1 (C.A.). Il faut cependant noter le refus de faire bénéficier la personne poursuivie pour outrage du droit reconnu par l'alinéa 11f) (droit au procès avec jury) : voir *Laurendeau c. P.G. du Québec*, [1983] C.A. 223 ; *A.G. Manitoba c. Groupe Quebecor Inc.* (1987), 45 D.L.R. (4th) 80, 37 C.C.C. (3d) 421, [1987] 5 W.W.R. 270 (C.A. Man.).

³⁷*Nessman c. Morrison* (1984), 51 A.R. 238 (B.R.) ; *Juric c. Ivankovic* (1982), 44 A.R. 46 (B.R.).

³⁸*R. c. Wooten* (1983), 5 D.L.R. (4th) 371, 9 C.C.C. (3d) 513, 7 C.R.R. 278 (C.S. C.-B.) ; *Bowen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 507 (Appel). Dans ces deux affaires, on a estimé que l'alinéa 11c) ne s'appliquait pas au témoignage que doit donner une personne faisant l'objet d'une enquête sous le régime de la *Loi sur l'immigration de 1976* aux fins de déterminer son statut. Voir aussi *R. c. Langevin* (1984), 45 O.R. (2d), 11 C.C.C. (3d) 336, 9 C.R.R. 16 (C.A.) [ci-après cité aux C.R.R.], où l'on a refusé de donner effet à l'alinéa 11c) dans le cadre de la Partie XXIV du *Code criminel*, au motif que les procédures en cause ne visent qu'à déterminer si l'individu reconnu coupable peut être considéré comme un criminel dangereux.

³⁹[1965] R.C.S. 465, 52 D.L.R. (2d) 125 [ci-après cité aux R.C.S.].

poursuivie pour le crime sur lequel il enquêtait. M. le juge Cartwright, au nom de la majorité, justifia ce résultat dans les termes suivants :

It would be a strange inconsistency if the law which carefully protects an accused from being compelled to make any statement at a preliminary inquiry should permit that inquiry to be adjourned in order that the prosecution be permitted to take the accused before a Coroner and submit him against his will to examination and cross-examination as to his supposed guilt.⁴⁰

L'interprétation libérale du privilège de non-contrainnabilité que laissait présager ce passage devait cependant laisser rapidement place à une approche plus orthodoxe et plus restrictive. Suite à la décision prononcée par la Cour suprême dans l'arrêt *Faber c. La Reine*⁴¹, il semble bien que le raisonnement qui sous-tend l'affaire *Batary* doive être limité aux faits de l'espèce et ne puisse s'appliquer que dans la mesure où la personne appelée à témoigner devant le coroner a préalablement été accusée. Il en ira d'ailleurs de même, s'il faut en croire l'arrêt *DiIorio*⁴², pour tous les autres types d'enquête auxquelles une personne peut se voir soumise : le seul fait de pouvoir ultérieurement être inculqué du crime sur lequel porte l'enquête ne relèvera pas le « témoin » de l'obligation qui peut lui être faite de répondre aux questions.

Le court exposé qui précède permet de voir combien précaire était la situation de l'accusé « potentiel » avant le 17 avril 1982. S'il est vrai que la Couronne ne pouvait le contraindre à témoigner lors de son procès, elle pouvait en revanche lui soutirer des éléments d'information susceptibles d'étayer sa preuve en retardant le dépôt de sa dénonciation et en instituant une enquête parallèle au cours de laquelle le principal suspect serait interrogé comme témoin. Cette façon de procéder, bien que couramment utilisée, ne constituait par ailleurs que l'une des armes dont le ministère public pouvait faire usage pour contourner la règle de la non-contrainnabilité. Ainsi pouvait-il fractionner l'inculpation de complices de manière à pouvoir faire témoigner l'un au procès de l'autre, ou même tout simplement tirer profit des révélations qui pouvaient être faites au cours d'une procédure connexe de nature civile. Il est vrai que le témoignage donné par une personne au cours d'une procédure antérieure ne pouvait être utilisé contre elle lors de son procès, à condition bien entendu qu'elle se soit prévaluée des dispositions de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Mais cette protection s'avérait très souvent factice et pour le moins incomplète, étant donné l'usage qui pouvait être fait de l'information ainsi obtenue.

⁴⁰*Ibid.* à la p. 476.

⁴¹[1975] 2 R.C.S. 9, 27 C.C.C. (2d) 171.

⁴²*DiIorio c. Gardien de la prison commune de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, 35 C.R.(N.S.) 57. D'autres cours d'appel provinciales sont allées encore plus loin en affirmant que la règle dégagée dans l'arrêt *Batary* ne s'applique qu'aux enquêtes du coroner, et uniquement dans l'hypothèse où l'enquête préliminaire parallèle n'a pas été complétée. Voir *R. c. Qué. Mun. Comm.* ; *Ex parte Longpré* (1970), 4 C.C.C.(2d) 133 (C.A. Qué.) ; *Orysiuk c. La Reine* (1977), 37 C.C.C.(2d) 445, 1 C.R. (3d) 111 (C.A. Alta).

nue pour compléter une preuve et ainsi démontrer la culpabilité de l'éventuel prévenu.

L'entrée en vigueur de l'alinéa 11c) de la *Charte* a-t-elle eu un impact quelconque sur ces pratiques ? Au vu de la jurisprudence répertoriée jusqu'à ce jour, il semble bien qu'une réponse négative doive être apportée à cette question. En effet, les tribunaux ont majoritairement opté pour la continuité et ont refusé toute innovation en cette matière en prétextant l'absence d'une directive claire à cet effet.

L'attitude manifestée par les tribunaux à l'égard des enquêtes du coroner est particulièrement révélatrice de cet état d'esprit. Soulignant que l'alinéa 11c) ne s'appliquait qu'aux personnes contre lesquelles une accusation a été portée (« inculpé », ou « person charged with an offence »), et uniquement lorsqu'une poursuite est intentée contre elles pour l'infraction qu'on leur reproche, l'on n'eut aucune hésitation à s'appuyer sur la jurisprudence antérieure pour conclure qu'une personne appelée à « témoigner » lors d'une « enquête » n'était pas visée par cette disposition :

Section 11(c) states that a person charged has the right not to be compelled to be a witness in *proceedings* against that person *in respect of the offence*. A coroner's inquest is not a proceeding in respect of an offence. The courts have repeatedly pointed out that at an inquest there is no *lis*, no accused and no charge. I reject counsel's argument that in this instance the inquest is being used as an instrument in the criminal process.⁴³

Dans la même veine, les tribunaux ont unanimement continué à reconnaître la contraignabilité d'une personne au procès de son complice, lorsque la Couronne a choisi de les inculper séparément⁴⁴. Il n'en ira pas autrement dans l'hypothèse où la culpabilité de l'accusé au procès duquel on veut faire témoigner une personne constitue précisément l'un des éléments de l'infraction connexe pour laquelle cette dernière est elle-même poursuivie⁴⁵. Enfin, les tribu-

⁴³*Re Michaud and Minister of Justice of New Brunswick* (1983), 145 D.L.R. (3d) 588 à la p. 589, 3 C.C.C.(3d) 325 à la p. 327, 4 C.R.R. 159 (B.R. N.-B.) [les soulignés sont dans le texte]. Il faut remarquer que cette lecture étroite de l'alinéa 11c) ne laisse pas même la porte ouverte à son application dans une situation semblable à celle rencontrée dans l'arrêt *Batary* ; sans doute est-ce la raison pour laquelle on a senti le besoin d'ajouter la dernière phrase dans l'extrait cité. Voir aussi, dans le même sens, *Richard c. Falardeau*, [1985] C.S. 1141, 48 C.R.(3d) 243 (C.S. Qué.). Dans l'arrêt *R. c. Daigle* (1982), 32 C.R.(3d) 388, 4 C.R.R. 153 (C.S. Qué.), on a fait appel au même raisonnement pour conclure qu'une personne ne pouvait refuser de témoigner devant la Commission McDonald.

⁴⁴*R. c. Crooks* (1982), 39 O.R.(2d) 193 (H.C.), conf. par C.A., voir note à la p. 193 ; *R. c. Walters* (1982), 2 C.C.C.(3d) 512 (C.A. C.-B.) ; *R. c. Miller*, [1983] C.S.P. 1094 ; *R. c. Mazur*, [1986] 27 C.C.C. (3d) 359 (C.A. C.-B.) ; *R. c. Bleich* (1983), 7 C.C.C.(3d) 176 (B.R. Man.).

⁴⁵À titre d'exemple, on peut mentionner l'arrêt *Re Amorelli and The Queen* (1983), 6 C.C.C.(3d) 93 (C.S. Qué.). Dans cette affaire, on avait assigné Amorelli à témoigner au procès d'un dénommé Porco, accusé d'avoir tenu une maison de jeu. Amorelli prétendit qu'il n'était pas contraignable, parce qu'il était lui-même accusé de s'être trouvé dans cette maison de jeu. Si Porco était con-

naux n'ont pas hésité à rejeter toute application de l'alinéa 11c) dans les procédures de nature civile ; la personne accusée d'une infraction criminelle ne pourra donc arguer de ce fait pour refuser de témoigner dans le contexte d'un interrogatoire préalable ou d'une instance civile⁴⁶.

À moins que la Cour suprême ne vienne renverser la vapeur et donner un vigoureux coup de barre, la protection explicitement conférée au principe de la non-contrainabilité de l'accusé aura bien peu d'impact sur cet aspect du droit criminel canadien. Il est vrai que la formulation retenue par le constituant pour garantir ce droit favorise assez peu les bouleversements et incite à penser que l'on a voulu enchâsser le statu quo. Pourtant, une interprétation téléologique de cette disposition pourrait donner lieu à un résultat différent et à une approche plus novatrice.

Dans l'arrêt *Dubois*, il convient de le rappeler, M. le juge Lamer a établi que le droit de ne pas être obligé de témoigner était fondé sur la présomption d'innocence et sur l'obligation qui en résulte pour la poursuite de présenter une « preuve complète » et d'établir la culpabilité de l'accusé⁴⁷. Dans cette perspective, est-il déraisonnable de soutenir que la Couronne ne devrait pas être admise à parfaire sa preuve en contraignant un accusé à témoigner dans un autre procès intimement lié au sien, ou dans le cours d'une enquête publique portant précisément sur les faits mêmes qui sont à l'origine de son inculpation ? Une telle pratique est-elle vraiment conforme à l'objectif qui sous-tend l'alinéa 11c) ? Il nous apparaît au contraire que ce texte constitutionnel peut apporter une réponse aux préoccupations exprimées par M. le juge Cartwright dans l'arrêt *Batary*⁴⁸, pour peu que l'on consente à tirer toutes les conséquences qui découlent de son sens plénier. En clair, cela doit à tout le moins signifier qu'une personne accusée d'une infraction criminelle ne devrait être contraignable dans aucune procédure qui puisse mettre en danger ses droits éventuels, et non plus seulement à une enquête du coroner comme c'est présentement le cas.

damné, soutenait-il, cette condamnation pourrait subséquemment lui être opposée et ferait preuve du fait que la maison où il se trouvait était bien une maison de désordre, par le jeu de la présomption qu'établit le paragraphe 198(1)(d). D'où l'allégation qu'il était forcé de témoigner contre lui-même. La Cour refusa cependant de faire droit à ce raisonnement en réitérant qu'un témoin est tenu de répondre aux questions qui lui sont posées et ne jouit que du droit de ne pas voir son témoignage utilisé contre lui par la suite. Voir aussi, dans le même sens, *R. c. Bleich, ibid.*, où l'on déclara Bleich contraignable au procès pour meurtre de Ruben alors qu'il était lui-même accusé de complicité après le fait pour avoir aidé Ruben à s'enfuir.

⁴⁶*Caisse populaire Laurier d'Ottawa Ltée c. Guertin* (1983), 43 O.R.(2d) 91, 150 D.L.R. (3d) 541, 9 C.R.R. 9 (H.C.), conf. par C. Div. (1984), 46 O.R.(2d) 422 ; *Saccomanno c. Swanson* (1987), 34 D.L.R.(4th) 462, [1987] 2 W.W.R. 754 (B.R. Alta) ; *Tricontinental Investments Co. c. Guarantee Co. of North America* (1983), 39 O.R.(2d) 614, 141 D.L.R. (3d) 741, 4 C.R.R. 181 (H.C.).

⁴⁷*Supra*, note 15 à la p. 357.

⁴⁸*Supra*, texte accompagnant la note 40.

D'aucuns objecteront que la seule protection à laquelle peut prétendre l'accusé appelé à témoigner dans une autre procédure est celle que lui procure l'article 13 de la *Charte*⁴⁹. Mais une telle approche ferait fi du caractère fondamental de la présomption d'innocence et méconnaîtrait le rôle cardinal qu'est appelé à jouer l'alinéa 11c). Car le principe de base, c'est le droit au silence, c'est-à-dire l'obligation pour la Couronne de présenter une preuve complète sans pouvoir contraindre l'accusé à témoigner. Par conséquent, écrit la Cour suprême,

l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11c) 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. 11c) interdit.⁵⁰

Étant donné le caractère subsidiaire de la protection offerte par l'article 13, l'on ne saurait prétendre que le droit au silence d'un accusé n'est pas enfreint du seul fait que l'on ne peut utiliser son témoignage antérieur contre lui. Le but et l'objet du droit de ne pas être contraint de témoigner seront également (et peut-être davantage) mis en péril si l'on parvient à contourner l'alinéa 11c) en « manufacturant » une procédure connexe au cours de laquelle cette protection pourra être éludée. En d'autres termes, la protection reconnue par l'article 13 ne peut constituer la seule mesure du droit fondamental garanti par l'alinéa 11c) ; si elle peut s'avérer suffisante lorsque la personne interrogée est un véritable « témoin », elle ne saurait se substituer à une protection efficace du droit au silence de l'« accusé » que comporte la présomption d'innocence.

Toute autre est la situation de la personne appelée à témoigner contre laquelle ne pèse pas encore une accusation criminelle. L'application de l'alinéa 11c) se heurtera alors à un obstacle de taille, puisque le témoin ne pourra même pas réclamer le statut d'« inculpé » qui conditionne la jouissance des droits garantis par l'article 11 dans son ensemble. Il se peut bien que l'on puisse étendre la portée des mots « toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche », de façon à y faire entrer toute procédure au cours de laquelle un accusé peut raisonnablement craindre pour ses droits⁵¹. Mais ira-t-on

⁴⁹C'est la position que défend le professeur Paciocco lorsqu'il affirme :

The principle of a case to meet is a « trial principle » intended to ensure that the Crown prove its case, if at all, without conscripting the accused as a witness against himself. So long as the accused's compelled testimony cannot be used to incriminate him at his trial, and section 13 of the *Charter* ensures that it cannot, the principle is not violated. In other words, the only enforced responses that are contemplated by the principle are those that are compelled from him and which can be used as evidence to enable the Crown to meet its case against the accused.

Supra, note 10 à la p. 508.

⁵⁰Dubois, *supra*, note 15 à la p. 358, M. le juge Lamer.

⁵¹L'extrait tiré de l'arrêt *Amway* que nous avons cité plus haut (voir le texte accompagnant la note 16) permet d'ailleurs une lecture de l'alinéa 11c) qui n'est pas incompatible avec cette thèse. En mettant l'accent sur une « pratique qui permet à la poursuite d'obliger la personne inculpée à

jusqu'à maintenir que les droits enchâssés dans l'article 11 peuvent être revendiqués par tous ceux qui risquent d'être inculpés ou qui le seront probablement ? Voilà qui apparaît peu probable.

Est-ce à dire que la Couronne pourra continuer de se soustraire à l'obligation que lui impose l'alinéa 11c) et qu'il lui suffira pour ce faire de retarder indûment le dépôt de sa dénonciation contre la personne qu'elle souhaite interroger ? Si tel devait être le résultat de la démarche que nous venons d'esquisser, les droits du citoyen ne seraient guère mieux protégés et l'extrapolation à laquelle nous nous sommes livrés donnerait lieu somme toute à un résultat fort mitigé. C'est la raison pour laquelle nous estimons, en bout de ligne, que l'alinéa 11c) ne peut fournir qu'une solution partielle à cette aberration du droit criminel canadien et que la clé du problème réside plutôt dans l'article 7.

3. L'application de l'alinéa 11c) aux personnes morales

Si la protection de l'alinéa 11c) peut indéniablement être réclamée par les personnes physiques, la solution est beaucoup moins claire en ce qui concerne les corporations. Ou du moins l'était-elle avant la décision rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *Amway*.⁵² Fallait-il tenir pour inapplicable aux corporations l'article 11 dans son ensemble, du fait que certains de ses alinéas (en particulier le droit au cautionnement prévu à l'alinéa 11e)) ne pouvaient clairement leur être d'aucune utilité⁵³ ? Devait-on « étirer » la portée de l'alinéa 11c) pour faire en sorte que l'entité corporative elle-même puisse être considérée comme un « témoin » dans une poursuite intentée contre elle ?

En répondant par l'affirmative à la question de savoir s'il peut être ordonné à une corporation de faire témoigner l'un de ses dirigeants lors d'un interrogatoire préalable, le plus haut tribunal a mis un terme à ces tergiversations. Sans exclure la possibilité que d'autres alinéas de l'article 11 puissent être invoqués avec succès par des sociétés, M. le juge Sopinka (au nom d'une cour unanime) a clairement établi que ces dernières ne pouvaient être des « témoins » et ne pouvaient donc être visées par l'alinéa 11c). Deux considérations semblent être à l'origine de cette décision. La première s'explique par un souci de cohérence : puisque le dirigeant de la corporation sera certainement admis à invoquer l'article 13 de la *Charte* et le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* s'il se voit poser une question incriminante, il faut en déduire que ce dirigeant est un témoin. Si tel est le cas,

témoigner elle-même », M. le juge Sopinka décroisonne cette disposition et ouvre peut-être la porte à une interprétation qui se rapproche de celle que nous venons d'exposer.

⁵²*Supra*, note 7.

⁵³Ce raisonnement a été retenu dans *R. c. Heit* (1984), 7 D.L.R. (4th) 656, 11 C.C.C.(3d) 97, [1984] 3 W.W.R. 614 (C.A. Sask.). *Contra* : *P.P.G. Industries Canada Ltd. c. A.G. Canada* (1983), 146 D.L.R. (3d) 261, 3 C.C.C.(3d) 97, 42 B.C.L.R. 334 (C.A. C.-B.).

Il est difficile d'expliquer que le dirigeant est un témoin et que la société est également un témoin. Il n'y a qu'un seul témoin qui subit l'interrogatoire et c'est l'entité qui a prêté serment et qui est passible de sanction en cas de parjure.⁵⁴

M. le juge Sopinka s'en remet également à une interprétation téléologique de l'alinéa 11c) pour justifier son refus de l'appliquer aux sociétés. Estimant que le but premier de cette disposition est d'assurer la dignité et la vie privée des individus, il n'éprouvera évidemment aucune difficulté à conclure que les corporations ne peuvent en réclamer le bénéfice⁵⁵.

Nous voyons mal comment cette décision et les arguments qui la sous-tendent pourraient faire l'objet de contestation. Non seulement s'appuie-t-elle sur de solides fondements théoriques et s'intègre-t-elle dans la jurisprudence qui s'était développée sous l'autorité de la *common law*, mais encore a-t-elle le mérite d'être sans équivoque⁵⁶. Sans compter que la Cour suprême vient d'adopter la même attitude dans le contexte de l'article 7⁵⁷. Plus problématiques seront

⁵⁴R. c. *Amway Corporation*, *supra*, note 7 aux pp. 37-38.

⁵⁵C'est ce même facteur qui expliquerait aux yeux du juge le refus d'appliquer la protection du Cinquième Amendement aux sociétés. Il cite à cet égard un passage de l'ouvrage du professeur Paciocco, *supra*, note 10 à la p. 459.

⁵⁶Sans doute faut-il tenir pour implicitement confirmé le jugement rendu par la High Court of Justice d'Ontario dans l'affaire *Re Arrigo and The Queen* (1986), 29 C.C.C.(3d) 77. Dans cette affaire, le président d'une corporation alléguait qu'il ne pouvait être contraint à témoigner dans une poursuite intentée contre cette corporation, parce qu'il en était l'âme dirigeante (« directing mind and will ») et qu'à ce titre il était identifiable à la corporation. Cet argument n'était pas dénué d'intérêt, dans la mesure où l'infraction reprochée à la corporation requérait la preuve d'une intention coupable. La corporation étant incapable de former une intention, l'on reconnaît depuis longtemps la possibilité de soulever le voile corporatif pour ainsi attribuer à la corporation l'état d'esprit de ses dirigeants. Ne devait-on pas faire la même équation dans le cas présent et refuser de contraindre le président à témoigner, au motif qu'une telle contrainte violerait le droit au silence de la corporation ? Malgré l'attrait de cette argumentation et son apparente logique, la Cour refusa d'y faire droit au motif que la prémisse était erronée : puisque la corporation ne pouvait se prévaloir de l'alinéa 11c) parce qu'elle ne pouvait être considérée comme un témoin, le président ne pouvait lui non plus être admis à réclamer au nom de cette dernière des droits qu'elle ne possédait pas.

⁵⁷Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd.*, *supra*, note 3, tous les juges qui se sont prononcés sur la question ont conclu que les sociétés commerciales ne pouvaient se prévaloir de la protection résiduaire que peut offrir l'article 7 contre l'auto-incrimination. Non seulement sont-elles exclues de la portée de cette garantie constitutionnelle, comme on l'a décidé dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. P.G. du Québec* ([1989] 1 R.C.S. 927, 58 D.L.R. (4th) 577, 94 N.R. 167), mais encore sont-elles incapables de subir le genre d'affront que vise à réprimer la protection contre l'auto-incrimination. Quant aux personnes physiques qui agissent comme représentantes de la société, la solution est moins claire. Mme le juge L'Heureux-Dubé ne leur aurait pas permis d'invoquer la protection conférée par l'article 7, au motif que l'on se trouverait alors à accorder à la société des droits dont elle ne peut bénéficier, tandis que M. le juge La Forest leur aurait reconnu cette possibilité parce qu'ils peuvent subir une violation directe et réelle de leur propre liberté peu importe la qualité en vertu de laquelle ils témoignent. Cette dernière position nous apparaît préférable. Comme l'écrit M. le juge La Forest à la p. 544 :

le dirigeant contraint de témoigner pour le compte de sa société peut être ultérieurement accusé en vertu de la Loi, et il serait parfaitement illusoire de dire que ce témoignage

cependant ses répercussions dans le contexte de l'article 13, comme nous le verrons plus loin.

B. Les droits conférés par l'alinéa 11c)

1. Une protection limitée au témoignage

Historiquement, le privilège dont pouvait se prévaloir les accusés en vertu de la *common law* était celui de ne pas se voir assigner à la barre des témoins par la Couronne au moment de leur procès. C'est d'ailleurs à cette conception étroite que référerait la Cour suprême dans l'arrêt *Marcoux*⁵⁸ lorsqu'elle refusa le droit à un suspect de ne pas participer à une séance d'identification, en disant que le privilège contre l'auto-incrimination s'étend à l'accusé « en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé ». Elle réaffirmait ainsi la portée limitée du privilège en limitant son application à la contrainte en matière testimoniale, par opposition à toute autre forme de contrainte. Aussi serait-il sans doute plus exact de décrire le privilège conféré par la *common law* comme un privilège de non-assignation, et non comme un privilège de non-contrainabilité⁵⁹.

Et il n'en va pas autrement depuis la proclamation de l'alinéa 11c) de la *Charte*. Ceux qui croyaient voir dans la consécration de ce privilège une occasion d'en étendre la portée devaient très rapidement se heurter à un démenti formel de la part des tribunaux. En refusant le bénéfice de cette protection à une personne qui avait refusé de soumettre un échantillon d'haleine et en refusant de se démarquer de la décision rendue à partir d'une situation semblable dans l'arrêt *Curr*⁶⁰, la Cour d'appel ontarienne a sans doute tracé la voie qui allait subséquemment être suivie par l'ensemble des tribunaux canadiens :

It is plain that the protection continues to be protection against testimonial compulsion and nothing else. [...] Section 11c) 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*.⁶¹

pourrait être utilisé contre lui parce que l'utilisation ne constituerait pas de l'auto-incrimination forcée puisqu'il s'agirait techniquement du témoignage de la société. En réalité, lorsqu'une personne est obligée de témoigner, cela ne change rien qu'elle s'exprime en son nom personnel ou au nom de la société. Dans la mesure où elles peuvent être poursuivies ultérieurement, elles sont susceptibles, en l'absence de protection suffisante, de subir le préjudice que vise à prévenir le droit de ne pas s'incriminer.

Ce raisonnement est par ailleurs tout à fait conforme à celui qu'a retenu M. le juge Sopinka dans l'arrêt *Amway*.

⁵⁸*Supra*, note 4.

⁵⁹Voir J.-C. Hébert, « Les aléas du privilège de non-incrimination depuis la Charte », (1984) 44 *R. du B.* 200.

⁶⁰*Curr c. R.*, [1972] R.C.S. 889.

⁶¹*R. c. Altseimer* (1982), 48 O.R. (2d) 783 à la p. 787, 1 C.C.C.(3d) 7 à la p. 12. Voir aussi *R. c. Gaff*, (1984) 15 C.C.C.(3d) 126 (C.A. Sask.) et *R. c. Stasiuk*, *supra*, note 5. Dans cette dernière affaire, la Cour a non seulement considéré que les anciens articles 234(1) et 234.1 (maintenant

C'est en vertu d'un raisonnement analogue que l'obligation de fournir des empreintes digitales⁶² ou des traces de pas⁶³ a été jugée parfaitement conforme à l'alinéa 11c). En fait, même l'obligation de parler ou d'écrire ne sera pas considérée attentatoire au privilège de non-contrainabilité, dans la mesure où l'on ne cherche pas à utiliser les paroles ou les mots recueillis pour faire la preuve de leur contenu (mais plutôt pour fins d'identification, par exemple)⁶⁴.

L'obligation de produire certains documents ne sera pas davantage traitée comme une entorse au privilège de non-contrainabilité ; dans la mesure où ces écrits existaient déjà au moment où l'on exige leur production, ils seront assimilés à des faits objectifs et non à une preuve testimoniale⁶⁵. Mais qu'en sera-t-il des documents et des formules de toutes sortes que l'on peut demander à un accusé de remplir pour les fins du procès ? Cette fois, l'on ne peut plus soutenir qu'il s'agit d'une preuve indépendante de l'accusé et que l'on aurait pu obtenir sans sa participation. Néanmoins, les tribunaux qui ont été confrontés à ce problème⁶⁶ ont également décliné l'invitation qui leur était faite d'appliquer l'alinéa 11c) à ces situations en alléguant que la non-contrainabilité visée par cette disposition est restreinte aux « témoignages », c'est-à-dire aux communications (verbales ou écrites) qui ont lieu lors du procès. Il n'en ira pas autrement des interrogatoires policiers auxquels peut être soumis un suspect. Refusant de suivre sur ce point la jurisprudence américaine au motif que la protection contre l'auto-incrimination accordée par le V^e Amendement était plus globale que celle dont elle jouit au Canada, la Cour d'appel ontarienne a décidé que l'admissibi-

254(2) et (3)) ne violaient pas l'alinéa 11c), mais elle s'est également appuyée sur la jurisprudence américaine pour déclarer admissible en preuve le refus de se soumettre à un test d'ivresse.

⁶²*Jamieson c. R.* (1983), 70 C.C.C.(2d) 430 (C.S. Qué.).

⁶³*R. c. Nielsen and Stolar* (1985), 30 Man. R.(2d) 81, 16 C.C.C. (3d) 39 (C.A.) ; *R. c. Wadden* (1986), 71 N.S.R.(2d) 253, 71 A.P.R. 253 (C.A. N.-E.).

⁶⁴Bien que nous n'ayons relevé aucune décision portant précisément sur cette question, il est sans doute permis de s'inspirer de l'arrêt rendu par la Cour d'appel ontarienne dans l'affaire *R. c. Langevin*, *supra*, note 38. À cette occasion, on a établi que l'examen psychiatrique d'un individu, ordonné dans le cadre de la Partie XXIV du *Code criminel* aux fins de déterminer son état mental, ne contrevenait pas à l'alinéa 11c). La Cour a jugé bon de souligner à la p. 357 que l'alinéa 11c) « does not reach incrimination by bodily reactions, substances, secretions or by out-of-court statements. ».

⁶⁵The 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. 11c) is addressed.

R. c. Amway of Canada Ltd. (No. 1) (1985), 20 C.R.R. 303 à la p. 312 (C.F. 1re inst.). Voir aussi *Eagle Disposal Systems Ltd. c. Ontario (Minister of the Environment)* (1983), 5 D.L.R. (4th) 70, 9 C.C.C.(3d) 500 (H.C. Ont.), conf. par la Cour d'appel à (1984), 13 C.C.C.(3d) 351 ; *R. c. McCaul* (1989), 90 N.S.R.(2d) 426 (C.A. N.-E.).

⁶⁶*Rolbin c. R.* (1982), 2 C.R.R. 166 (C.S. Qué.) ; *R. c. Sydholm* (1983), 22 M.V.R. 37 (C. Co. C.-B.).

lité des réponses fournies par un prévenu aux policiers n'était aucunement entachée par l'alinéa 11c)⁶⁷.

2. Les formes de contrainte prohibées

Si la torture et la violence sous toutes ses formes doivent être énergiquement désavouées lorsqu'il s'agit d'obtenir un témoignage, il ne fait par ailleurs aucun doute que ces procédés n'étaient pas la préoccupation première du constituant lorsqu'il a prescrit l'impossibilité de « contraindre » un accusé à témoigner. De nos jours, c'est par l'application de sanctions légales que l'on arrache le plus souvent un témoignage, et c'est indéniablement à ce genre de contrainte que l'alinéa 11c) veut d'abord faire référence⁶⁸. Mais doit-on pour autant circonscrire la portée de cette disposition et refuser d'y faire entrer d'autres formes de contrainte qui, pour être plus insidieuses, n'en sont pas moins réelles ? Que faut-il penser, par exemple, des conséquences défavorables que peuvent tirer le juge du procès ou le jury du défaut de témoigner de l'accusé ? Cette crainte ne suffit-elle pas à enlever au témoignage son caractère libre et volontaire ? Et que dire des nombreuses présomptions de fait et de droit que l'on retrouve dans la législation canadienne et qui ont bien souvent pour effet d'obliger l'accusé à témoigner pour établir son innocence ? Jusqu'à ce jour, il faut bien l'admettre, les tribunaux se sont montrés assez peu sensibles à ces formes de contrainte et ont généralement refusé de faire droit à ceux qui alléguaient leur caractère inconstitutionnel⁶⁹.

S'agissant des inférences qui pouvaient être tirées du silence de l'accusé, la situation était relativement claire avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Le compromis auquel en était venu le législateur canadien sur cette question s'articulait dans le texte du paragraphe 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui se lit comme suit :

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

Parce qu'il s'agissait d'une dérogation à la *common law*, en vertu de laquelle le juge des faits pouvait tirer n'importe quelle conclusion de la preuve qui lui était soumise, cette disposition était interprétée très restrictivement par

⁶⁷R. c. *Esposito* (1985), 53 O.R. (2d) 356, 24 C.C.C.(3d) 88. Voir également le passage précité de l'arrêt *Langevin*, à la note 64.

⁶⁸La personne qui refuse de témoigner s'expose à être gardée en détention pendant l'ajournement de l'audition (art. 545, *Code criminel*) et à faire face à une accusation pour outrage au tribunal (art. 9, *Code criminel*).

⁶⁹Le professeur Paciocco a souligné avec justesse que le champ d'application de l'alinéa 11c) ne devrait pas pour autant être restreint à la coercition légale, puisqu'une contrainte découlant de moyens illégaux (menaces ou promesses du genre de celles qui rendent une confession involontaire, par ex.) serait tout aussi répréhensible et contraire au texte constitutionnel. Voir *supra*, note 10 aux pp. 490-491.

les tribunaux. Ainsi n'a-t-on accepté d'appliquer cette protection que dans le cadre d'un procès devant jury ; de même a-t-on permis de faire allusion indirectement au silence de l'accusé. Enfin, les cours d'appel elles-mêmes n'ont pas hésité à tenir compte du silence de l'accusé pour déterminer, dans le cadre de l'alinéa 686(1)(b)(iii), si un tort important ou une erreur judiciaire grave s'était produite lors du procès⁷⁰. Mais plus pertinente pour nos fins est la décision rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *Vezeau c. La Reine*⁷¹, à l'occasion de laquelle on réitéra la possibilité pour un jury de tenir compte du silence de l'accusé. Dans cette affaire, tous les membres de la Cour se dirent d'avis que le juge du procès avait commis une erreur en ne se conformant pas strictement au texte de la *Loi sur la preuve au Canada* et en instruisant les jurés qu'ils ne pouvaient tirer aucune conclusion défavorable du silence de l'accusé.

Telle était donc la situation le 17 avril 1982. La constitutionnalisation du principe de la non-contrainabilité de l'accusé est-elle venue bouleverser ces règles de preuve ? Dans l'arrêt *Boss*⁷², qui apparaît être la décision de principe sur cette question au moment d'écrire ces lignes, la Cour d'appel ontarienne a fermement répondu par la négative.

L'accusé prétendait dans cette affaire que le juge du procès aurait dû indiquer au jury, de sa propre initiative, que son silence ne pouvait être interprété négativement. Et dans la mesure où le paragraphe 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* interdisait ce genre de commentaire, il soutenait également que cette disposition devait être déclarée inopérante parce que contraire aux alinéas 11c) et d) ainsi qu'à l'article 7 de la *Charte*. La Cour d'appel ontarienne, sous la plume du juge Cory, devait cependant rejeter ce point de vue, non sans avoir préalablement passé en revue la jurisprudence américaine⁷³ et les quelques décisions canadiennes⁷⁴ ayant traité de cette question.

Pour en arriver à cette solution, on se pencha d'abord sur les motifs qui peuvent amener un accusé à ne pas témoigner. À cet égard, la Cour était dispo-

⁷⁰Voir Ratushny, « Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle », *supra*, note 7 aux pp. 538-539. L'auteur cite une abondante jurisprudence à l'appui de ces énoncés. Voir aussi, au même effet, Paciocco, *supra*, note 10 à la p. 492.

⁷¹[1977] 2 R.C.S. 277, 66 D.L.R. (3d) 418, 28 C.C.C. (2d) 81.

⁷²*Supra*, note 5.

⁷³Les décisions considérées sont les suivantes : *People c. Modesto*, 398 P.2d 753 (1965) (C.Sup. Cal.) ; *Griffin c. California*, 380 U.S. 609 (1965) ; *Carter c. Kentucky*, 450 U.S. 228 (1981) ; *James c. Kentucky*, 104 S.Ct. 1830 (1984).

⁷⁴*R. c. Thomas* (14 juin 1985), (Ont. Cour de District) [non-répertorié] ; *Ioannidis c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1983] 1 C.F. 369 (Appel) ; *R. c. Kuyan* (14 juin 1985), (Ont. C.S.) [non-répertorié] ; *R. c. Pelley*, (1983) 34 C.R.(3d) 385 (C.Co. Ont.). Cette dernière décision semble être la seule (du moins parmi celles qui ont été reproduites dans les rapports judiciaires) où l'on a considéré qu'il n'était plus possible pour le juge du procès, le jury ou la cour d'appel de prendre en considération le silence de l'accusé. M. le juge Killeen en est arrivé à cette solution en s'appuyant essentiellement sur la jurisprudence américaine citée à la note précédente.

sée à reconnaître que le refus de témoigner pouvait s'expliquer par la crainte que pouvait éprouver un accusé de voir son témoignage discrédité à la suite d'un contre-interrogatoire portant sur ses condamnations antérieures. Mais cette possibilité, explicitement reconnue par le paragraphe 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*⁷⁵, doit maintenant s'analyser à la lumière de l'arrêt *R. c. Corbett*⁷⁶. Dans cette affaire, rappelons-le, la Cour suprême a décidé à la majorité que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve de condamnations antérieures lorsque cela est indiqué. Voilà qui rend beaucoup moins plausible, aux yeux de la Cour d'appel ontarienne, la justification que peut tirer un accusé de ce paragraphe 12(1) pour s'abstenir de témoigner. Quant à la nervosité et à la difficulté de s'exprimer, la Cour estime qu'il peut en être adéquatement tenu compte par le biais d'une directive appropriée au jury de la part du juge.

En l'absence d'obstacle susceptible d'expliquer le silence de l'accusé, ce dernier devra donc assumer les conséquences de son choix. Lorsque ces conséquences apparaissent, au surplus, soigneusement encadrées par une disposition qui constitue « a reasoned and considered legislative attempt to protect in a measured way the rights of the accused »⁷⁷, alors il n'y a plus rien à redire :

In Canada, while both the prosecutor and judge are prohibited from making any comment on the failure to testify, counsel for the accused may make appropriate submissions to the jury on the issue. In those circumstances, and in light of the trial judge's discretion to restrict cross-examination of the accused as to prior conviction, it cannot be said that, in the absence of a trial judge's instruction on the issue, the accused is being penalized for exercising his constitutional right. An accused who decides to remain silent in the face of a case presented by the Crown that cries out for an explanation must accept the consequences of that decision. An accused who remains silent cannot be said to have been penalized by the provisions of s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*.⁷⁸

Ce jugement s'inscrit dans la lignée des jugements déjà prononcés par la Cour d'appel ontarienne, et se veut en quelque sorte le prolongement des arrêts *Altseimer*⁷⁹ et *Esposito*⁸⁰ auxquels la Cour réfère d'ailleurs explicitement. En refusant d'étendre la portée du principe de non-contrainabilité au-delà de ses manifestations les plus évidentes, la Cour adhère implicitement à la lecture réductrice de ce concept qui continue d'imprégner la jurisprudence canadienne et qui le confine à un rôle très secondaire dans la protection contre l'auto-

⁷⁵Ce paragraphe se lit comme suit :

Un témoin peut être interrogé sur la question de savoir s'il a déjà été déclaré coupable d'une infraction, et lorsqu'il est ainsi interrogé, s'il nie le fait ou refuse de répondre, la partie adverse peut prouver cette déclaration de culpabilité.

⁷⁶[1988] 1 R.C.S. 670, 64 C.R. (3d) 1, [1988] 4 W.W.R. 481.

⁷⁷*Boss, supra*, note 5 à la p. 539.

⁷⁸*Ibid.* aux pp. 541-542.

⁷⁹*Supra*, note 60.

⁸⁰*Supra*, note 66.

incrimination. Et l'argument de texte invoqué subsidiairement par la Cour pour justifier sa conclusion, loin d'atténuer cette impression, ne contribue au contraire qu'à l'étayer⁸¹.

Et pourtant, cette décision n'est pas totalement indéfendable sur le plan des principes. On se souviendra que dans l'arrêt *Dubois*⁸², la Cour suprême a fait reposer le principe de non-contrainnabilité sur le droit au silence et son corollaire, l'obligation pour la Couronne de présenter une preuve complète. C'est dire que la Couronne se sera conformée à l'alinéa 11c) lorsqu'elle aura présenté une preuve permettant d'établir *prima facie* tous les éléments de l'infraction. Ce n'est donc plus à l'aulne de cette disposition qu'il faut jauger la contrainte tactique que peut ressentir un accusé lorsque vient le moment de décider s'il présentera une défense ou s'il témoignera lui-même. Or, la stratégie que pourra épouser la défense n'aura aucune incidence sur la présomption d'innocence et sur le fardeau qui en résulte pour la Couronne de démontrer par une preuve au-delà du doute raisonnable la culpabilité du prévenu⁸³.

Par conséquent, la décision que peut prendre un accusé de ne pas témoigner ne sera qu'un élément parmi d'autres dont devra tenir compte le juge des faits pour évaluer la force probante de la preuve soumise par la Couronne. Il serait par ailleurs tout à fait utopique de croire qu'un jury (ou même un juge) pourra faire abstraction du silence de l'accusé devant une preuve accablante, et ce n'est d'ailleurs pas ce que requiert la présomption d'innocence. Ce principe

⁸¹Vers la fin de son jugement, M. le juge Cory assigne au mot « contrainte » une connotation strictement juridique. Mais le caractère péremptoire de son affirmation et l'absence de démonstration invitent à la réflexion :

The use of the word « compelled » in s. 11c) indicates to me that the section is referring to a legal compulsion forcing an accused to give evidence in proceedings brought against him or her. The tactical obligation felt by the accused will no doubt increase with the strength of the Crown's case, but it remains a tactical and not a legal compulsion.

R. c. Boss, *supra*, note 5 à la p. 542.

⁸²*Supra*, note 15.

⁸³C'est le sens qu'il faut accorder, nous semble-t-il, au traitement réservé par la Cour d'appel ontarienne à l'alinéa 11d) dans le passage suivant :

[T]he principle of the presumption of innocence remains intact unaffected by the impugned provision of the *Canada Evidence Act*. The onus rests upon the Crown to prove every aspect of the crime against the accused beyond a reasonable doubt, whether the accused testifies or not. The extent of the onerous obligation which rests upon the Crown to present a case to meet and to overcome the presumption of innocence has been emphasized by the Supreme Court of Canada in *R. c. Oakes* [...] and *Dubois c. La Reine* [...]. That obligation is not lessened in any way by s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*. The Crown must establish its case beyond reasonable doubt upon the evidence adduced at the trial, and a direction to this effect is invariably given to juries. In my view, s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* cannot be said to contravene the provision of s. 11d) of the Charter.

Boss, *supra*, note 5 à la p. 543.

autorise l'accusé à ne pas collaborer avec la Couronne et lui accorde le bénéfice du doute. Il n'a pas pour fonction de mettre un accusé à l'abri d'une condamnation, en le soustrayant aux conséquences néfastes d'un comportement dont le sens commun dicte la pertinence dans l'évaluation de la preuve soumise par la Couronne :

It would be quite wrong for a trier of fact, or this court, to consider the accused's failure to testify as a fact giving rise to an inference of guilt. Nonetheless, the failure of the accused to testify may become relevant once the Crown has introduced evidence which, if believed, satisfies the trier of fact of guilt to the necessary extent. In deciding whether to believe the Crown's witnesses, the trier of fact will inevitably consider the absence of a denial by the accused or, if there are proven facts that are capable of being explained in a manner consistent with innocence, the absence of such an explanation. The statutory prohibition against a judge commenting to the jury on the accused's failure to testify does not prevent a jury on its own initiative, or a judge sitting alone, from considering the absence of a denial or explanation in circumstances such as those I have outlined. [...] I do not construe the Charter as abrogating the rule of common sense that, in deciding whether to believe a witness or draw an inference, a trier of fact may consider as one factor the lack of contradictory evidence.⁸⁴

Si l'on admet que le juge des faits peut tirer du silence de l'accusé des conséquences défavorables pour sa défense, il va de soi que l'on ne saurait normalement exiger du juge une directive au jury à l'effet contraire⁸⁵. Mais faut-il écarter a priori la possibilité pour un juge de commenter le silence de l'accusé, lorsqu'il estime cette démarche nécessaire pour s'assurer que le prévenu ne subit pas un préjudice grave ? En interdisant au juge du procès et au poursuivant d'invoquer le silence de l'accusé pour en tirer partie, le législateur a voulu éviter que l'on y accorde une importance indue. La logique ne commande-t-elle pas que l'on puisse aller un peu plus loin lorsqu'il est manifeste que ni l'absence d'allusion défavorable, ni les mises au point du procureur de la défense, ne suffiront pour atteindre ce but et permettre au jury de pondérer cette décision de l'accusé ? N'eut été de l'interprétation étroite qu'on lui a réservé jusqu'à présent, le principe de la non-contrainabilité aurait peut-être pu contribuer à la

⁸⁴R. c. B.(J.N.), *supra*, note 14 à la p. 153. Voir aussi l'arrêt R. c. *Malcolm* (1989), 50 C.C.C.(3d) 172 à la p. 181, [1989] 6 W.W.R. 23, où la Cour d'appel du Manitoba s'est dite d'avis que la directive suivante d'un juge au jury ne venait pas en contradiction avec l'alinéa 11c) :

The refusal to undergo psychiatric examination by the Crown psychiatrist is a fact from which it can be inferred that Dennis Joseph Malcolm's evidence as to his mental condition was either contrived ; that is, invented or devised, or so weak that it could not withstand scrutiny. You can, not must, so infer.

La possibilité que les déclarations de l'accusé au psychiatre puissent être admises en preuve pour établir autre chose que son état mental a été jugée trop faible pour que l'accusé puisse prétendre que la Cour le forçait à témoigner contre lui-même en permettant qu'une telle conclusion soit tirée de son silence.

⁸⁵Le professeur Paciocco soutient même que rien dans l'alinéa 11c) ne s'oppose à ce que le juge ou le procureur de la Couronne commente la décision de l'accusé. *Supra*, note 10 aux pp. 495-496.

résolution de ce problème. Tout porte maintenant à croire qu'il faudra plutôt se tourner vers l'alinéa 11d) et surtout vers l'article 7 pour faire avancer le débat sur cette question⁸⁶.

Il en ira de même des clauses qui opèrent un renversement du fardeau de la preuve et qui obligent l'accusé à prouver son innocence. Dans la très grande majorité des cas, c'est davantage (et même exclusivement) sur l'alinéa 11d) que les plaideurs se sont appuyés pour contester la validité des diverses présomptions de fait ou de droit dont regorgent la législation canadienne⁸⁷. Et lorsque les tribunaux ont senti le besoin d'examiner subsidiairement la question sous l'angle de l'alinéa 11c), c'est le plus souvent pour en rejeter purement et simplement l'application qu'ils s'y sont attardés⁸⁸.

Ce résultat peut surprendre, puisque l'on ne peut plus arguer que la contrainte n'origine pas de la loi dans cette hypothèse. Il est vrai qu'une clause qui porte inversion de la charge de la preuve n'oblige pas nécessairement l'accusé à témoigner, comme l'on s'est plu à le faire valoir pour justifier ce résultat. Mais il n'en demeure pas moins que l'accusé est souvent le seul à pouvoir témoigner en rapport avec l'élément moral que peut comporter une présomption⁸⁹. Voilà donc qui démontre, une fois de plus, la portée très restreinte du principe de la non-contrainnabilité. En bout de ligne, tout porte à croire qu'il n'aura d'effet qu'à l'encontre des contraintes non seulement légales mais également directes.

⁸⁶Dans l'arrêt *Boss*, la Cour a rapidement disposé de l'argument fondé sur l'article 7 en écrivant que la protection contre l'auto-incrimination et la présomption d'innocence étaient spécifiquement prévues aux alinéa 11c) et d), et que l'auto-incrimination avait traditionnellement été interprétée comme proscrivant la seule contrainte de témoigner. Nous reviendrons sur cette question dans la conclusion.

⁸⁷À cet égard, il est significatif de constater que dans les deux décisions qu'elle a consacrées à cette question, la Cour suprême a uniquement fait porter son attention sur la présomption d'innocence et n'a même pas soufflé mot du principe de la non-contrainnabilité de l'accusé. Voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 65 N.R. 87 et *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, 64 C.R. (3d) 97, 85 N.R. 2.

⁸⁸Voir, entre autres, *R. c. Kowalczyk* (1983), 147 D.L.R. (3d) 735, 5 C.C.C.(3d) 25, [1983] 3 W.W.R. 694 (C.A. Man.); *R. c. Cohn*, *supra*, note 36; *R. c. Tasou* (1984), 16 C.C.C.(3d) 567 (C. Prov. Alta.); *R. c. Stanger* (1983), 46 A.R. 241, 2 D.L.R. (4th) 121, 7 C.C.C.(3d) 337 (C.A.); *R. c. Kehayes* (1983), 54 N.S.R.(2d) 587 (C. Co. N.-E.); *R. c. Anson* (1982), 146 D.L.R. (3d) 661, [1983] 3 W.W.R. 366, 68 C.C.C. (3d) 350 (C.Co. C.-B.); *R. c. Russell* (1983), 147 D.L.R.(3d) 569 (C.A. N.-E.). *Contra* : *R. c. Burdette* (1983), 23 Man.R.(2d) 154 (C. Prov.); *R. c. Lang*, [1989] 1 W.W.R. 570 (B.R. Sask.).

⁸⁹It is true, of course, that an evidentiary burden does not legally require an accused to testify. It merely requires some evidence to the contrary and that can come from witnesses other than the accused, and even from witnesses for the prosecution. But in practice, all presumptions, whether onus-shifting or merely evidentiary, virtually always require the accused to give evidence in rebuttal, since most of them involve some form of mental element as to which usually only the accused can testify.

A.W. Mewett, « Compelling the Accused to Testify », (1988) 31 Crim. L.Q. 1 à la p. 2.

II. La protection accordée au témoin

La protection contre l'auto-incrimination aurait été bien imparfaite si la non-contraincibilité de l'accusé ne s'était pas accompagnée d'une certaine protection pour les témoins ordinaires. Il aurait alors été trop facile pour la Couronne de conscrire une personne à témoigner, pour ensuite utiliser son témoignage contre elle dans une procédure ultérieure. C'est en reconnaissance de cette difficulté que devait se développer la règle de *common law* en vertu de laquelle une personne pouvait refuser de répondre à une question, dans la mesure où le juge estimait que sa réponse l'exposait au risque d'être déclaré coupable d'une infraction criminelle ou de se voir imposer une peine ou une confiscation⁹⁰.

Cette règle, qui prévaut toujours en Grande-Bretagne et en Australie et qui a même été constitutionnalisée aux États-Unis⁹¹, a néanmoins été partiellement⁹² abolie au Canada avec l'adoption en 1993 de la première *Loi sur la preuve au Canada*⁹³. Dans une tentative de mieux réconcilier les droits du citoyen et les intérêts de la justice, le législateur canadien substitua au privilège de *common law* une protection contre l'utilisation ultérieure des réponses que l'on pouvait désormais exiger d'un témoin. Le texte de ce compromis, qui est demeuré pratiquement inchangé depuis sa promulgation il y a près d'un siècle, se lit comme suit :

5.(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 pas être invo-

⁹⁰Voir R. Cross and C. Tapper, *Cross on Evidence*, 6e éd., Butterworths, Londres, 1985 aux pp. 380 et s. ; E. Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, Carswell, Toronto, 1979 ; *Re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contract Litigation MDL Docket No. 235 (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 717 à la p. 721. Pour une étude approfondie des fondements historiques et philosophiques du droit canadien en la matière, on consultera avec profit Paciocco, *supra*, note 10 aux pp. 445-454.

⁹¹Pour un exposé succinct du droit anglais, australien et américain, on peut consulter les notes de Mme le juge Wilson dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd.*, *supra*, note 3, ainsi que celles de M. le juge Lambert dans l'arrêt *Haywood Securities c. Inter-Tech Resource Group* (1985), 24 D.L.R.(4th) 724 aux pp. 733-735, 7 C.P.C. (2d) 179 (C.A. C.-B.).

⁹²Comme nous l'avons souligné précédemment, cette règle subsistait pour les accusés. Voir *supra*, texte accompagnant la note 7.

⁹³*Supra*, note 6.

quée et n'est pas admissible à titre de preuve contre lui dans une instruction ou procédure criminelle exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.⁹⁴

Le deuxième paragraphe de cet article (dont on retrouve par ailleurs l'équivalent dans toutes les législations provinciales) a certainement été à l'origine de l'article 13 de la *Charte canadienne*⁹⁵. La formulation retenue par le constituant est cependant beaucoup plus dépouillée et se démarque du texte législatif à plusieurs égards :

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.

Outre sa plus grande intelligibilité pour les bénéficiaires, ce texte a l'imprimeur avantage de ne plus conditionner la protection qu'il accorde à la formulation d'une objection par le témoin concerné⁹⁶. Voilà qui placera désormais tous les témoins sur un pied d'égalité et qui permettra de remédier à une lacune importante de la *Loi sur la preuve au Canada*⁹⁷. Il faudrait cependant se garder de voir dans cette innovation la seule modification imposée par la *Charte*. Comparant les deux textes, M. le juge McIntyre écrivait :

Dans les termes les plus clairs, l'art. 13 reconnaît à chacun le droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures. Cela va beaucoup plus loin que la protection accordée par le par. 5(2)

⁹⁴Il s'agit là du texte qui apparaît dans les *Lois refondues du Canada* de 1985, c. C-15.

⁹⁵La *Déclaration canadienne des droits* était beaucoup plus laconique sous ce chapitre puisqu'elle prévoyait uniquement que les lois du Canada ne devaient pas s'interpréter ni s'appliquer comme

autorisant une cour, un tribunal, une commission, un office, un conseil ou une autre autorité à contraindre une personne à témoigner si on lui refuse le secours d'un avocat, la protection contre son propre témoignage ou l'exercice de toute garantie d'ordre constitutionnel.

Al. 2d) [nous soulignons].

⁹⁶Cette distinction importante avec le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* a été soulignée par la Cour suprême dans l'arrêt *Dubois*, *supra*, note 15 à la p. 360. Plusieurs tribunaux y ont également fait référence. Voir, entre autres, *R. c. Bleich*, *supra*, note 44, également rapporté sous l'intitulé *Ruben c. R.* (1983), 24 Man.R.(2d) 100 ; *R. c. Kuldip* (1988), 24 O.A.C. 393, 40 C.C.C.(3d) 11 (C.A.) [ci-après cité aux C.C.C.] ; *Re Michaud and Minister of Justice of New Brunswick*, *supra*, note 43.

⁹⁷La Cour d'appel ontarienne a même vu dans cette modification l'une des raisons d'être de l'article 13 :

Prior to the Charter, a sophisticated witness or one who had the benefit of the advice of counsel might secure protection from the subsequent use of his evidence against him in a criminal trial by invoking s. 5(2), whereas an unsophisticated witness or one who lacked counsel, because he was unaware of his right to invoke s. 5(2), might have the evidence from a prior judicial proceeding used against him in a subsequent trial. In my view, one of the purposes of s. 13 of the Charter was to redress that unfairness.

R. c. Kuldip, *ibid.* à la p. 22, M. le juge Martin.

de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il s'agit d'une protection qui ne dépend aucunement de la formulation d'une objection par le témoin en question. Cette protection est applicable et opérante sans qu'il soit nécessaire de l'invoquer et même lorsque le témoin en question n'est pas au courant de ses droits. Elle ne se limite pas à une question à laquelle un témoin aurait pu refuser de répondre en *common law* et l'interdiction d'utiliser un témoignage incriminant n'est pas restreinte à des procédures criminelles. L'article 13 confère le droit de ne pas être incriminé par l'utilisation d'un témoignage dans d'autres procédures que celles dans lesquelles il a été donné.⁹⁸

Malgré ces améliorations notoires, la sollicitude que l'on éprouve pour le témoin ne lui assure toujours pas, loin s'en faut, un degré de protection équivalent à celui dont jouissent les témoins dans les régimes où le privilège contre l'auto-incrimination est pleinement consacré. Les multiples déficiences que comporte toujours l'article 13, au nombre desquelles il faut mentionner l'insensibilité totale au problème que pose la preuve secondaire, ne nous autorise certes pas à conclure que la position dans laquelle se trouve maintenant le témoin canadien est au moins aussi avantageuse que celle de son homologue anglais ou américain⁹⁹.

Ceci étant dit, il y a tout lieu de croire que la règle de *common law* et le compromis élaboré par le Parlement en 1893 procèdent de la même logique. En abolissant le privilège que pouvaient jusque là réclamer les témoins, le législateur canadien n'entendait incontestablement pas renier des principes séculaires mais cherchait bien au contraire à en préserver l'essentiel tout en ne portant pas préjudice aux intérêts de la société. C'est la raison pour laquelle une étude du sens et de la portée de l'article 13 ne saurait être entreprise en faisant abstraction des fondements historiques et philosophiques du privilège dont il tire son origine.

Il ne fait pas l'ombre d'un doute que l'immunité accordée aux témoins peut s'expliquer par le désir d'encourager les citoyens à venir révéler ce qu'ils savent en toute franchise¹⁰⁰. C'est d'ailleurs la rationalisation du privilège de *common law* qui s'accorde le mieux avec la transformation qu'il a subie au Canada en 1893¹⁰¹. Aussi ne faut-il pas se surprendre que cette explication de l'article 13

⁹⁸*Dubois c. R.*, *supra*, note 15 à la p. 377 (M. le juge McIntyre était dissident sur d'autres points).

⁹⁹A. Whitten, « The Privilege Against Self-Incrimination », (1987) 29 Crim. L.Q. 66 à la p. 83. L'auteur souligne avec raison qu'aux États-Unis, un témoin ne pourra être contraint à témoigner que dans la mesure où on lui garantit l'inadmissibilité de toute preuve recueillie à la suite de son témoignage. Voir *Albertson c. Subversive Activities Control Board*, 382 U.S. 70 (1970) et *Kastigar c. U.S.*, 406 U.S. 441 (1972).

¹⁰⁰*Cross on Evidence*, *supra*, note 90 aux pp. 383 et s. ; 8 *Wigmore on Evidence*, *supra*, note 3, 3e éd., 1940, no. 2251 ; *Paciocco*, *supra*, note 10 aux pp. 448-450.

¹⁰¹En effet, le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'exclut pas tout élément incitatif. En assurant le témoin d'une certaine protection, le législateur s'assurait la collaboration volontaire de ceux pour qui cette protection était suffisante de même que la participation de ceux

ait trouvé preneur en Cour suprême et que M. le juge McIntyre y ait fait écho dans les motifs qu'il a rédigés à l'occasion de l'affaire *Dubois* :

Il est dans l'intérêt de la société d'encourager les gens à venir témoigner, non seulement devant les tribunaux judiciaires, mais à d'autres occasions devant les tribunaux administratifs et dans les procédures susmentionnées. Cet intérêt n'est pas servi si, en témoignant, on court le risque de s'incriminer soi-même. On laisse entendre que c'est la reconnaissance de ce fait ainsi que des lacunes du droit relatif à l'auto-incrimination et de l'insuffisance des pouvoirs provinciaux dans ce domaine qui a amené les rédacteurs de la *Charte* à y inclure des dispositions de beaucoup renforcées en ce qui concerne l'auto-incrimination.¹⁰²

Il n'est pas de notre propos de discuter des mérites de cette justification ni même de sa plausibilité¹⁰³. Bien qu'elle ait été complètement passée sous silence par la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Dubois*, nous estimons cependant qu'elle ne peut être complètement ignorée si l'on cherche vraiment une explication cohérente et intégrale de la protection conférée par la *Charte* aux témoins.

Pour M. le juge Lamer (et les cinq collègues qui souscrivent à son opinion), c'est plutôt le principe de l'obligation de présenter une « preuve complète » qui sous-tend l'article 13. Ce principe, qu'il fait dériver de la présomption d'innocence, serait à la source de l'alinéa 11c) et motiverait par ricochet la présence de l'article 13¹⁰⁴. Cette rationalisation, aussi convaincante puisse-t-elle être en droit anglais et américain¹⁰⁵, a quelque chose d'un peu artificiel en contexte canadien. Si les déficiences du principe de non-contrainabilité relevées

pour qui la seule menace de sanction n'aurait pas suffi à vaincre les résistances. Comme l'affirme Louise Arbour dans un commentaire de l'arrêt *Dubois*,

compellability, however, would not suffice without an equally broad voluntary compliance on the part of all prospective witnesses. If the judicial system treated witnesses unfairly, or was ever perceived to do so, no amount of jailing for contempt of court would ensure its viability as a means of dispute settlement. Witnesses will testify, voluntarily or under compulsion, and will do so truthfully, if they can do so at a minimum of personal cost. Hence the common law right to refuse to answer incriminating questions, the United States Fifth Amendment, and s. 13 of the Charter.

« Annotation », (1986) 48 C.R.(3d) 194 à la p. 195.

¹⁰²*Supra*, note 15 à la p. 384.

¹⁰³Sous ce rapport, voir Paciocco, *supra*, note 10. L'auteur soutient en outre que cette considération est sans pertinence lorsqu'il s'agit d'appliquer et d'interpréter l'article 13 de la *Charte*, cette dernière étant destinée à enchaîner des droits individuels et non à promouvoir l'intérêt public. Cette affirmation mérite selon nous d'être nuancée. Il est indéniable que la réconciliation et la ventilation des préoccupations divergentes de l'individu et de la collectivité doit se faire dans les paramètres fixés par l'article 1. Est-ce à dire que l'on ne peut aucunement tenir compte des objectifs plus larges que peut viser la protection d'un droit fondamental pour lui donner un sens ? Voilà un débat qui n'a pas fini d'agiter la communauté juridique canadienne.

¹⁰⁴Voir l'extrait auquel se rapporte la note 50.

¹⁰⁵Le professeur Wigmore va même jusqu'à prétendre que cette rationalisation serait la seule qui soit vraiment significative. Voir 8 *Wigmore on Evidence*, *supra*, note 3, no. 2251 à la p. 318.

plus haut ne réussissent pas à dissocier l'alinéa 11c) de la présomption d'innocence et de l'obligation pour la Couronne de présenter une preuve complète, il est en revanche beaucoup plus difficile d'affirmer avec confiance que la transformation profonde qu'a fait subir le législateur (et à sa suite le constituant) à l'immunité des témoins n'a pas sérieusement entaché ce lien¹⁰⁶.

L'argumentation du juge Lamer soulève par ailleurs une autre difficulté. Si l'on suit sa logique jusqu'au bout, l'on peut se demander pour quelle raison les déclarations pré-judiciaires d'un accusé, peu importe leur caractère libre et volontaire, devraient être admises en preuve contre lui. L'admissibilité en preuve des « confessions » qu'un suspect peut faire aux policiers ne contrevient-elle pas tout autant (sinon davantage) au principe de l'obligation de présenter une « preuve complète » que les déclarations judiciaires antérieures de l'accusé¹⁰⁷ ? Bien sûr, l'on répondra que les termes mêmes de l'article 13 interdisent une telle extension de sa portée¹⁰⁸. Cet argument de texte, aussi convaincant soit-il, n'allège pas pour autant le malaise que l'on ressent à la constatation de cette incohérence.

Enfin, il est une autre difficulté que l'on ne saurait passer sous silence et que l'opinion de M. le juge Lamer illustre bien. L'on se souviendra que dans l'arrêt *Dubois*, la principale question en litige était de savoir si le second procès que peut être appelé à subir un accusé constitue une « autre procédure » au sens de l'article 13. Dans la mesure où la protection conférée par cette disposition vise à mettre en oeuvre le principe de l'obligation de présenter une « preuve complète » et à protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, le témoignage donné par l'accusé lors de son premier procès devrait indé-

¹⁰⁶Peut-être est-ce la raison pour laquelle M. le juge Lamer a cru bon devoir fonder la légitimité de l'article 13 en s'appuyant davantage sur l'alinéa 11c) que sur l'obligation de présenter une preuve complète. En écrivant que l'objet de l'article 13 est de « veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'alinéa 11c) interdit », il relègue clairement au second plan la protection accordée au témoin et lui fait jouer un rôle d'appoint.

¹⁰⁷Non seulement le suspect ne bénéficie-t-il pas de la protection du juge lorsqu'il s'adresse aux policiers, mais encore est-il souvent difficile d'évaluer la spontanéité de ses déclarations. Le professeur Ratushny a déjà tenté de démontrer que le caractère libre et volontaire des confessions était bien souvent factice, compte tenu des différentes techniques d'interrogation qui peuvent être utilisées par les policiers, de l'état d'esprit du prévenu et des falsifications toujours possibles des « aveux » obtenus. Pour ces raisons, l'auteur proposait que l'on déclare inadmissibles en preuve toutes les déclarations que peut faire un suspect à la police. Il écrivait à cet égard :

It is respectfully submitted that it is hypocritical to state that an accused has the right to a specific accusation, a case to meet, the assistance of counsel, a public forum, and other protections inereely because these are provided at the adjudicative stage if they can all be ignored in the secrecy of the police station.

Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *supra*, note 3 à la p. 286.

¹⁰⁸En effet, seuls les « témoignages » incriminants ne peuvent être utilisés dans d'autres procédures pour incriminer l'accusé. La version anglaise est encore plus explicite sous ce rapport puisqu'on y fait référence à un témoin qui témoigne « in any proceedings ».

niablement être exclu de son champ d'application. En effet, le témoignage qu'une personne peut donner en tant qu'accusée étant par hypothèse volontaire, l'on ne saurait prétendre que son utilisation ultérieure permet à la poursuite de faire indirectement ce que l'alinéa 11c) lui interdit de faire directement ; cet argument, on le conçoit aisément, n'est crédible que dans l'hypothèse où le témoignage n'était pas volontaire et originait d'un véritable témoin¹⁰⁹. En d'autres termes, l'accusé n'est pas contraint de s'incriminer et de compléter la preuve de la Couronne lorsque cette dernière utilise le témoignage qu'il a pu donner au cours de son premier procès : tout au plus se sert-on de cet élément d'information qu'il a volontairement livré pour bâtir la preuve qui sera présentée contre lui. Sur ce plan, la démarche de M. le juge McIntyre apparaît inattaquable :

On a fait valoir que permettre au ministère public de produire en preuve au second procès le témoignage donné par l'accusé à son premier procès reviendrait à lui permettre de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement. On dit que le ministère public se trouverait ainsi à obliger l'accusé à l'aider à établir la preuve contre lui, ce qui constituerait une atteinte aux droits que lui confèrent les al. 11c) et d) de la *Charte*. Cet argument n'est pas convaincant à mon avis. L'alinéa 11c) reconnaît à un accusé le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche. En l'espèce, il n'y a aucun élément de contrainte. L'appelant a témoigné volontairement à son procès et c'est en fonction de ce témoignage qu'il a pu obtenir un nouveau procès.¹¹⁰

C'est donc en dépit de cette logique, et en ne tenant compte que de l'historique législatif de l'article 13, que M. le juge Lamer a pu en arriver à la conclusion que le terme *witness* englobe un témoin volontaire¹¹¹. Voilà qui

¹⁰⁹À moins, bien entendu, que l'on soit disposé à étendre le concept de « contrainte » de façon à y faire entrer l'obligation de témoigner qui peut résulter du poids de la preuve soumise par la Couronne (ce que l'on désigne en anglais par l'expression « evidentiary burden »). Dans cette perspective, l'on pourrait effectivement prétendre que l'accusé peut être « contraint » à témoigner lorsque l'on utilise contre lui le témoignage qu'il a donné lors du premier procès. On peut cependant douter que la Cour suprême ait voulu aller aussi loin et qu'elle ait entendu rompre avec une jurisprudence bien établie d'une manière aussi laconique. Ce n'est d'ailleurs pas le sens que les tribunaux ont ultérieurement donné à cette décision. Voir *supra*, le texte accompagnant les notes 69 et suivantes.

¹¹⁰*Dubois, supra*, note 15 à la p. 385.

¹¹¹M. le juge Lamer s'en remet sur ce point aux motifs du juge Kerans, de la Cour d'appel de l'Alberta, dont il reproduit d'ailleurs un large extrait à la p. 361 de ses notes. On en retrouve l'essentiel dans le passage suivant :

l'expression « a witness who testifies » a été inscrite dans le texte anglais de la *Charte* pour remplacer le projet de rédaction « a witness [...] when compelled to testify » afin de dissiper tout doute en ce qui a trait à la question de savoir si un témoin en principe volontaire, comme un accusé, peut réclamer la protection de l'article. L'expression « who testifies » dans le texte anglais précise simplement que le terme *witness* englobe un témoin volontaire.

Dubois c. R. (1984), 11 C.C.C.(3d) 453 à la p. 455.

démontre, si besoin était, que les fondements philosophiques d'une disposition ne doivent pas être considérés isolément lorsqu'il s'agit de lui donner un sens ; dans certains cas, la formulation retenue par le constituant et les origines historiques du concept pourront même peser plus lourd dans la balance. Au demeurant, la finalité d'une disposition constitutionnelle est souvent fluide et d'une appréhension malaisée, comme la discussion qui précède le confirme.

A. *Les conditions d'application de l'article 13*

1. Un témoignage antérieur

L'historique de la protection accordée aux témoins par le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, et maintenant par l'article 13 de la *Charte*, permet d'en saisir une caractéristique importante : ce n'est pas tant au témoin qu'est destinée cette protection qu'à l'accusé à qui l'on veut opposer un témoignage antérieur. En d'autres termes, « la protection accordée par le droit ne se rapporte pas au moment où le témoignage est donné, mais au moment où l'on tente d'utiliser ce témoignage d'une manière incriminante »¹¹². C'est dire que cette disposition ne produira véritablement des effets que dans l'hypothèse où le témoin aura lui-même à faire face à des accusations. Appelée à trancher la question de savoir si l'article 13 pouvait recevoir application dans le cadre d'une poursuite où le témoignage antérieur que l'on voulait utiliser pour incriminer l'accusé avait été donné avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, la Cour suprême a précisé sa pensée dans les termes suivants :

Comme l'article 13 garantit le droit d'une personne contre l'auto-incrimination, plutôt que les droits d'un témoin qui dépose, il ne s'applique à un individu qu'au moment où l'on tente d'utiliser un témoignage antérieur pour incriminer son auteur. [...] De toute évidence, cette forme limitée de protection contre l'auto-incrimination ne s'applique pas aux procédures dans lesquelles le témoignage est recueilli et ne s'applique qu'aux procédures subséquentes [...] Par conséquent, le par. 5(2) a, dans une certaine mesure, 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.¹¹³

Outre ses implications évidentes pour la résolution d'un litige où se pose un problème de rétroactivité, il est une autre conséquence de cette démarche que l'on ne saurait passer sous silence. Il découle de ce qui précède qu'en aucun cas l'article 13 ne pourra être invoqué avec succès par un témoin pour refuser de répondre à une question. C'est la raison pour laquelle cette disposition ne sera

¹¹²Dubois, *supra*, note 15 à la p. 359.

¹¹³*Ibid.* aux pp. 359-362. De l'avis du juge Lamer, l'accent mis sur les procédures subséquentes est encore plus prononcé dans l'article 13 de la *Charte*, du fait qu'il ne mentionne aucune obligation de répondre au moment du témoignage ni aucune opposition à répondre de la part de l'accusé. *Ibid.* aux pp. 362-362.

d'aucun secours pour le défendeur dans une instance civile qui refuserait de répondre à un interrogatoire préalable ; tout au plus ses réponses ne pourront-elles être utilisées contre lui dans une procédure criminelle subséquente (ou même parallèle)¹¹⁴. De même en ira-t-il pour le témoin à qui l'on enjoint de témoigner au procès de son complice : la protection que lui procure l'article 13 ne pourra lui être utile qu'au moment de son propre procès¹¹⁵.

Ceci étant, il faut donc admettre que le témoignage antérieur que peut être appelée à donner une personne n'est rien de plus qu'une condition requise pour l'application de l'article 13. Reste maintenant à délimiter avec un peu plus de précision les témoignages qui ne pourront être utilisés pour incriminer un prévenu.

Bien que l'on ne dispose à l'heure actuelle que d'un nombre limité de décisions en rapport avec cette question, l'on peut d'ores et déjà supposer que la tendance libérale adoptée par les tribunaux dans le contexte du paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* se perpétuera sous la *Charte*. Déjà, dans l'arrêt *Klein c. Bell*¹¹⁶, M. le juge Rand avait défini largement la notion de « witness » en disant qu'elle s'appliquait à toute personne qui atteste d'un fait dans le cadre d'une procédure judiciaire¹¹⁷. Or, c'est cette même attitude qui guidera M. le juge McKay dans l'arrêt *R. c. Carlson*¹¹⁸ lorsqu'il décidera que les déclarations incriminantes faites par l'accusé au cours d'une audition tenue à sa demande par la Commission des libérations conditionnelles ne pouvaient être utilisées contre lui à son procès. Il est vrai qu'à l'occasion de cette audition tenue à la suite de la révocation de sa libération conditionnelle, l'accusé ne témoignait pas sous serment et se comportait tout autant comme l'avocat de sa propre cause que comme un témoin. Il n'en demeure pas moins qu'il communiquait à un organisme public des informations relatives à des faits dont il avait une connaissance personnelle, et il n'en fallait pas plus pour qu'il soit considéré comme un témoin¹¹⁹. Il va sans dire que la communication de ces informations, pour être

¹¹⁴Voir *Caisse Populaire Laurier d'Ottawa Ltee. c. Guertin (No. 2)*, *supra*, note 46 ; *Saccomanno c. Swanson*, *supra*, note 46. Il faut également se rappeler que l'alinéa 11c) n'est pas davantage applicable dans une telle situation (voir *supra*, le texte accompagnant la note 46).

¹¹⁵Voir *Bank of Nova Scotia c. Miller*, [1985] 6 W.W.R. 574, 42 Sask. R. 56 (B.R.).

¹¹⁶[1955] R.C.S. 309, 2 D.L.R. 513.

¹¹⁷*Ibid.* à la p. 317. Cette approche a par la suite été entérinée dans *Dilorio c. Le Gardien de la prison commune de Montréal*, *supra*, note 42.

¹¹⁸(1984), 47 C.R.(3d) 46 (C.S. C.-B.).

¹¹⁹I agree that usually the word « testify » is used to signify the giving of sworn evidence before a tribunal or officially constituted public body. I am not prepared, however, to hold that the absence of an oath in circumstances such as I am here dealing with is determinative of the matter. The accused appeared before an officially constituted public body, the parole board. Its procedures do not require testimony under oath, but the parolee is called upon to assert his position, and the consequences of the board's decision are matters of great significance. In my view, giving a broad and liberal interpretation to s. 13 of the Charter, the accused in making his submissions to the board was

assimilée à un « témoignage », devra se faire dans le cadre d'une procédure quelconque plutôt que dans le cours d'une enquête policière¹²⁰.

Pour ce qui est de l'applicabilité de l'article 13 aux corporations, il en a déjà été indirectement question lors de l'étude que nous avons consacrée à l'alinéa 11c)¹²¹. Et le plus élémentaire souci de cohérence nous incite à penser que la solution retenue par la Cour suprême¹²² en regard de cette dernière disposition devra nécessairement prévaloir dans le contexte de l'article 13. À partir du moment où l'on peut contraindre le dirigeant d'une corporation à témoigner au procès de cette dernière, l'on voit mal quel serait l'intérêt de déclarer inadmissible en preuve le témoignage donné par ce même dirigeant au cours d'une procédure antérieure. Encore une fois, c'est le dirigeant lui-même qui doit être considéré comme le témoin lorsqu'il dépose au nom de la corporation, et c'est uniquement dans une procédure dirigée contre lui personnellement que l'on ne pourra utiliser son témoignage¹²³. Ce résultat s'accorde par ailleurs parfaitement avec la philosophie sous-jacente à la protection contre l'auto-incrimination, qui est d'assurer aux individus le droit de n'être inquiété par le gouvernement que pour un motif valable¹²⁴.

La jurisprudence a également tiré un certain nombre de conséquences de l'emploi du mot « testify »¹²⁵. L'on se souviendra d'abord que la Cour d'appel de l'Alberta, et à sa suite la Cour suprême, ont vu dans l'expression « who testify » et dans les projets de rédaction qu'elle a remplacés une indication claire à l'effet que l'article 13 s'applique tout autant au témoignage donné de manière

in effect testifying as a witness on his own behalf in a proceeding other than the present one and so has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate him in these proceedings.

Ibid. à la p. 48.

¹²⁰Voir l'arrêt *Re Prousky and Law Society of Upper Canada* (1987), 61 O.R. (2d) 31, 41 D.L.R.(4th) 565, où la High Court de l'Ontario a décrété que l'entrevue accordée par un individu à la police en échange d'une immunité de poursuite n'était pas couverte par l'article 13. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour s'est essentiellement appuyée sur le fait que l'on en était alors au stade de l'enquête et qu'aucune procédure n'avait encore été entamée contre Prousky.

¹²¹*Supra*, section I.A.3.

¹²²*R. c. Amway Corporation*, *supra*, note 7.

¹²³Voir *supra*, l'extrait dont on retrouve la référence à la note 54.

¹²⁴Voir *R. c. Amway Corporation*, *supra*, note 7 à la p. 40, où M. le juge Sopinka se dit d'avis que l'alinéa 11c) « vise à protéger l'individu contre toute atteinte à sa dignité et à sa vie privée, inhérente à une pratique qui permet à la poursuite d'obliger la personne inculpée à témoigner elle-même. » Le savant inagistrat s'en remet sur ce plan à la jurisprudence américaine et cite également avec approbation un passage au même effet (bien que se rapportant à l'article 13) de l'ouvrage du professeur Paciocco. Voir *supra*, note 10 à la p. 459.

¹²⁵La version anglaise de l'article 13, à cause de sa plus grande précision, incite à une exégèse plus poussée et favorise une meilleure compréhension de ses diverses conditions d'application. Le texte français, parce qu'il est plus concis, escamote en effet un certain nombre de concepts. Ainsi faut-il lire dans le mot « témoignage » la réalité véhiculée par les vocables anglais « testify » et « proceeding », tandis que le mot « witness » est rendu en français par « chacun ».

volontaire qu'au témoignage obtenu par contrainte légale¹²⁶. Il faut également insister sur le fait que le serment, en principe étroitement associé à l'acte de témoigner, n'en sera pas nécessairement une composante essentielle pour les fins de l'article 13¹²⁷. Enfin, il convient de rappeler qu'une personne peut témoigner non seulement en parlant, mais également en faisant des gestes ou en écrivant. Le mode de communication importe peu, tant et aussi longtemps que l'information transmise se rapporte à des événements et à des faits antérieurs¹²⁸.

2. L'utilisation du témoignage incriminant « dans d'autres procédures »

Pour que la protection conférée par l'article 13 entre en scène, il faut bien entendu que l'on veuille utiliser le témoignage d'une personne pour l'incriminer dans d'autres procédures¹²⁹. S'il va de soi que cette condition a pour effet de rendre la disposition à l'étude sans objet dans le cadre d'une instance civile ou d'une procédure à l'issue de laquelle aucune sanction ne peut être imposée, beaucoup plus confuse est la position de l'individu contre qui l'on veut utiliser un témoignage antérieur pour l'incriminer à l'occasion d'une enquête disciplinaire. S'il faut en croire la Cour d'appel de Colombie britannique, l'article 13 pourrait être invoqué pour que le témoignage donné dans une procédure civile ne puisse être utilisé subséquentement dans des procédures disciplinaires¹³⁰. Cette conclusion, il est vrai, ne fait pas violence au texte constitutionnel¹³¹ et témoigne

¹²⁶Voir *supra*, note 110 et le texte qui l'accompagne.

¹²⁷*Carlson, supra*, note 118. Voir tout particulièrement l'extrait cité à la note 119.

¹²⁸Voir Paciocco, *supra*, note 10 à la p. 462. L'auteur en déduit que l'article 13 should not be held to protect an accused from the admission at a subsequent proceeding, of evidence that the accused engaged in, or performed an act, or exhibited physical or other characteristics while a witness at an earlier proceeding.

L'auteur estime par ailleurs que les documents obtenus d'un témoin par le biais d'un subpoena duces tecum ne sont pas protégés par l'article 13 et peuvent donc être utilisés contre lui dans une procédure subséquente pour l'incriminer (*ibid.* aux pp. 462-465). Bien que nous ne connaissions pas de décision portant précisément sur ce problème, la solution proposée par l'auteur et les arguments qu'il avance à son soutien emportent l'adhésion. D'autant plus que la cohérence nous dicte une fois de plus cette interprétation. Il faut en effet se souvenir qu'un accusé peut être judiciairement contraint de produire des documents (voir *supra*, note 64 et texte l'accompagnant). Si tel est le cas, l'on voit mal pourquoi ces documents ne pourraient être utilisés contre lui lorsqu'il a été appelé à les produire dans une procédure antérieure où il agissait comme témoin.

¹²⁹Ainsi, le témoignage donné par un accusé dans une affaire civile antérieure ne sera pas jugé inadmissible lors d'une audition relative à une requête pour arrêt des procédures. Voir à cet effet *Dufresne c. R.*, [1988] R.J.Q. 38, 11 Q.A.C. 20 (C.A.).

¹³⁰*Re Donald and Law Society of British Columbia* (1984), 2 D.L.R.(4th) 385, [1984] 2 W.W.R. 46, 7 C.R.R. 305 ; raisons additionnelles à [1985] 2 W.W.R. 671. Cette décision a par la suite été réaffirmée par un autre banc de la Cour d'appel de Colombie britannique dans l'arrêt *Re Johnstone and Law Society of British Columbia* (1987), 40 D.L.R.(4th) 550, 15 B.C.L.R. (2d) 1. Voir aussi, dans le même sens, *Re Prousky and Law Society of Upper Canada, supra*, note 120. *Contra* : *Johnson c. Law Society of Alberta* (1986), 66 A.R. 345 (B.R. Alta.).

¹³¹Comme l'a fait remarquer le juge Anderson dans l'affaire *Donald, ibid.*, l'article 13 n'est pas libellé de façon telle que l'on puisse en restreindre la portée aux « inculpés ». Il se distingue

d'une approche libérale au principe de l'auto-incrimination. Il est néanmoins permis de s'interroger sur l'impact réel que peuvent encore avoir ces décisions à la suite du jugement rendu par la Cour suprême dans l'arrêt *Wigglesworth*¹³². En restreignant implicitement le champ d'application du principe de non-contrainctibilité aux seules affaires véritablement criminelles ou pénales (de par leur nature ou leurs conséquences), la Cour les a pour ainsi dire vidées de tout leur sens¹³³.

Mais c'est sans contredire la notion même de « procédure » qui a fait couler le plus d'encre. Les difficultés surgissent non pas au moment où il faut déterminer si un témoignage a été donné au cours d'une procédure, mais plutôt lorsqu'il s'agit de savoir si les procédures au cours desquelles on veut utiliser ce témoignage sont distinctes des premières et constituent par le fait même « d'autres procédures ». C'est essentiellement à un problème de ce genre que la Cour suprême a été confrontée dans l'arrêt *Dubois*¹³⁴, et il convient maintenant pour cette raison de s'y attarder plus longuement.

Les faits de cette affaire ne méritent guère que l'on s'y attarde longuement. Au cœur du litige était la question de savoir si la poursuite, lorsqu'une cour d'appel ordonne un nouveau procès à l'égard d'une même accusation (ou d'une infraction comprise), peut présenter à titre de preuve principale le témoignage de l'accusé au premier procès. Il faut noter, d'entrée de jeu, que la Cour avait apporté une réponse affirmative à cette même interrogation dans une décision rendue avant l'entrée en vigueur de la *Charte* (mais postérieure à la *Déclaration*)¹³⁵. Il importe également de savoir que les cours d'appel appelées à se prononcer sur cette même question après le 17 avril 1982 avaient massivement retenu cette solution¹³⁶. Ce rapport de force allait cependant être inversé

également de l'article 11 en ce qu'il s'applique à toute procédure et non seulement aux infractions et aux affaires criminelles ou pénales.

¹³²*Supra*, note 20.

¹³³À quoi bon faire bénéficier la personne faisant l'objet d'une enquête disciplinaire de la protection que peut lui offrir l'article 13, s'il est permis de la contraindre à témoigner ? Puisque le prévenu ne pourra de toute façon se prévaloir de l'article 13 pour se soustraire à un contre-interrogatoire visant à miner sa crédibilité, dans l'hypothèse où il choisirait de présenter une version différente des faits, il n'aura d'autre choix que de répéter pour l'essentiel ce qu'il a déjà dit. Si tel est le cas, quel avantage peut-il escompter de la non-admissibilité de son témoignage antérieur ?

¹³⁴*Supra*, note 15.

¹³⁵Il s'agit de l'arrêt *R. c. Brown* (No. 2), [1963] S.C.R. vi, 40 C.R. 105, [1963] 42 W.W.R. 448, où la Cour a entériné pour l'essentiel les motifs en ce sens d'un juge dissident en Cour d'appel. Dans un long développement consacré à cette décision, M. le juge Lamer s'interroge sur la signification réelle de ce jugement et met sa pertinence en doute pour trancher la question qui lui est soumise (*R. c. Dubois*, *supra*, note 15 aux pp. 366-369).

¹³⁶*R. c. Mannion* (1984), 9 D.L.R. (4th) 621, 11 C.C.C.(3d) 503, 53 A.R. 81 (C.A. Alta.) ; *R. c. Yakeleya* (1985), 46 C.R. (3d) 282, 20 C.C.C.(3d) 193, 14 C.R.R. 381 (C.A. Ont.) ; *R. c. Sophonow* (1984), 11 D.L.R. (4th) 24, 12 C.C.C.(3d) 272, 29 Man. R. (2d) 1 (C.A.).

en Cour suprême, où seul le juge McIntyre persista dans cette voie¹³⁷.

Fidèle à son analyse relative au but et à l'objet de l'article 13, M. le juge Lamer n'eut aucune difficulté à conclure qu'un nouveau procès pour une même infraction ou une infraction comprise est une « autre procédure » au sens de cette disposition. S'il en va ainsi, c'est tout simplement parce que la Couronne ne doit pas être admise à faire indirectement ce qu'elle ne peut faire directement :

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. 11d), et à un degré moindre à l'al. 11c), 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.¹³⁸

Si nous ne pouvons qu'être d'accord avec la justification qu'assigne M. le juge Lamer à l'article 13, l'application qu'il en tire pour le second procès nous laisse en revanche beaucoup plus circonspect. Non seulement ce résultat s'accorde-t-il mal avec le principe de l'obligation de présenter une preuve complète¹³⁹, mais il ne peut trouver appui nous semble-t-il que dans une protection élargie contre l'auto-incrimination en vertu de laquelle un accusé ne pourrait jamais s'incriminer. Sans compter qu'une telle interprétation de l'article 13 risque de permettre au prévenu de modifier sa stratégie lors de son second pro-

¹³⁷Se disant d'avis qu'une interprétation du mot « procédure » qui en limiterait le sens à une étape de l'action aboutirait à une fragmentation du processus judiciaire, M. le juge McIntyre préfère opter pour une approche plus globale qu'il résume dans les termes suivants :

Le mot « procédures » employé à l'art. 13 de la *Charte* signifie, dans une affaire criminelle, l'ensemble des étapes judiciaires par lesquelles on doit passer pour obtenir, relativement à une accusation, un règlement définitif de la question débattue par la même personne et le ministère public. Ces étapes comprendraient l'enquête préliminaire, le procès, l'appel et un nouveau procès. Chacune d'elles ferait partie des procédures contre l'accusé et ne constituerait pas « d'autres procédures » au sens de l'art. 13.

Dubois, supra, note 15 à la p. 386. Pour en arriver à cette conclusion, M. le juge McIntyre s'appuie sur un argument de texte (« l'emploi du mot 'autres' suggère des procédures portant sur d'autres questions et mettant en cause d'autres parties... », aux pp. 379-380) et sur un argument de principe (à savoir que l'article 13, pas plus que le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, ne vise pas à protéger un accusé contre l'auto-incrimination en ce qui concerne ce qu'il a dit à son propre procès (p. 380). La faiblesse de ces arguments est manifeste, et c'est davantage dans le refus du résultat qu'entraînerait la thèse contraire qu'il faut semble-t-il rechercher le fondement de sa décision. À ses yeux, un accusé ne saurait obtenir un nouveau procès en alléguant que son témoignage n'a pas été traité correctement, pour ensuite réorienter sa défense au nouveau procès en tentant de rendre ce témoignage inaccessible au jury. À l'appui de ce point de vue, voir D.H. Doherty, « Annotation », (1986) 48 C.R.(3d) 196.

¹³⁸*R. c. Dubois, supra*, note 15 à la p. 365 [les soulignés sont dans le texte].

¹³⁹Voir *supra*, le texte accompagnant les notes 107 et suivantes.

cès et de présenter au jury (sans témoigner lui-même) une version des faits totalement différente en toute impunité¹⁴⁰.

L'opinion de M. le juge Lamer ayant été endossée par cinq de ses six collègues, il y a tout lieu de croire qu'elle énonce l'état du droit canadien sur la question malgré les réserves que nous avons pu formuler. Et bien que l'on ait explicitement restreint la portée de ce jugement aux nouveaux procès ordonnés par une cour d'appel en regard d'une même infraction ou d'une infraction comprise, la logique qui le sous-tend aura indéniablement des répercussions beaucoup plus importantes. À partir du moment où l'on admet que chaque étape d'une action constitue une « procédure » au sens de l'article 13, comme semble le faire M. le juge Lamer, l'on voit mal comment l'enquête préliminaire, l'enquête sur cautionnement, l'appel, les voir-dire, les requêtes en annulation et toutes les requêtes visant à obtenir un redressement interlocutoire pourraient ne pas être assimilés à des procédures pour les fins de cette disposition¹⁴¹. Aussi ne faut-il pas attacher trop d'importance à l'attitude prudente qu'il semble adopter en examinant la validité de l'article 541 (autrefois l'art. 469) du *Code criminel*¹⁴² et sa compatibilité avec l'article 13 de la *Charte*¹⁴³.

Il va sans dire que cette décision importante de la Cour suprême élargira considérablement le champ d'application de la protection accordée aux témoins par la *Charte*. Seront dorénavant inutilisables pour incriminer une personne tous les témoignages qu'elle a pu donner non seulement à l'occasion d'un autre pro-

¹⁴⁰David Doherty illustre cette hypothèse avec l'exemple suivant :

Assume that the accused testifies and admits the actus reus at the initial trial. He is convicted, appeals, and the Court of Appeal orders a new trial. At the retrial he does not testify but through other witnesses advances an alibi defence. If the Crown cannot adduce his prior evidence, the trier of fact is left to assess the alibi defence without the knowledge that the accused had voluntarily under oath at an earlier time, in an effort to secure an acquittal, admitted doing the deed.

Supra, note 137 à la p. 197.

¹⁴¹En ce qui concerne le voir-dire, même M. le juge McIntyre en concède le caractère distinct par rapport au procès au cours duquel il a lieu (à la p. 386 de l'arrêt *Dubois*, *supra*, note 15). Il faut dire que la *common law* en fait autant (voir *Wong Kam-Ming c. R.*, [1980] A.C. 247 (C.P.)), et que la Cour suprême a récemment qualifié le voir-dire de « procès dans un procès » (voir *Dulamel c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 555 à la p. 560). Voir aussi Hébert, *supra*, note 59 aux pp. 210 et s.

¹⁴²Cet article prévoit que le prévenu peut répondre à l'accusation qui a été portée contre lui dès le stade de l'enquête préliminaire, mais que son témoignage pourra servir de preuve contre lui lors du procès.

¹⁴³Tout en prenant la précaution d'écrire que la validité de l'article 541 du *Code criminel* n'était pas en cause dans cette affaire, M. le juge Lamer a néanmoins senti le besoin de mettre les plaideurs éventuels sur la piste en précisant qu'un facteur pertinent aux fins de déterminer le caractère raisonnable de cette disposition (dans l'hypothèse où elle serait jugée contraire à l'article 13) « serait notamment la nature du péril auquel l'accusé s'expose à ce stade s'il décide de ne pas témoigner à l'enquête préliminaire pour réfuter la 'preuve *prima facie*'. » (*R. c. Dubois*, *supra*, note 15 à la p. 367).

cès ou de toute autre procédure ou enquête distincte, mais également au cours d'une étape bien identifiable du procès qu'elle subit. En fait, il semble que seule l'audition précédant l'imposition de la sentence ne sera pas considérée comme une autre procédure par rapport au procès. Le témoignage de la personne reconnue coupable pourra donc être pris en considération à ce stade des procédures¹⁴⁴.

B. La protection offerte aux témoins par l'article 13

Il ne fait pas l'ombre d'un doute que la protection accordée par la *Charte* aux témoins est la même que celle à laquelle ils avaient droit sous l'autorité du paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le texte de l'article 13 est formel à cet égard : seul le « témoignage » qu'il a pu donner au cours d'une procédure antérieure ne pourra être utilisé contre lui pour l'incriminer. Les indices et les informations de toutes sortes qui peuvent être déduites de ce témoignage, de même que les preuves matérielles dont il a pu faciliter la découverte, ne sont aucunement affectées par cette disposition constitutionnelle ; par conséquent, la Couronne pourra continuer d'en faire usage pour parfaire sa preuve contre l'accusé. Ainsi pourra-t-on contraindre une personne à témoigner au procès de son complice, et ce bien que l'on puisse subséquemment utiliser contre elle la preuve que ce témoignage aura pu servir à recueillir¹⁴⁵. Voilà qui entache sérieusement le principe de l'obligation de présenter une « preuve complète », que la Cour suprême a pourtant identifié comme l'un des fondements de la protection contre l'auto-incrimination. Et à moins d'un revirement jurisprudentiel spectaculaire¹⁴⁶, tout porte à croire que le droit canadien continuera à se démarquer de la législation américaine¹⁴⁷ et des principes constitutionnels qui la sous-tendent¹⁴⁸.

¹⁴⁴R. c. Protz (1984), 13 C.C.C.(3d) 107 (C.A. Sask.).

¹⁴⁵Voir R. c. Crooks, *supra*, note 44 ; R. c. Bleich, *supra*, note 44.

¹⁴⁶Outre les décisions citées à la note précédente, lesquelles s'inscrivent parfaitement dans la tradition jurisprudentielle canadienne antérieure à la *Charte*, il faut également mentionner l'arrêt *Haywood Securities c. Inter-Tech Resource Group*, *supra*, note 91, où l'on a jugé que rien dans l'article 7 ne permettait de dispenser un témoin de répondre à une question parce qu'il craignait l'usage qui pourrait être fait de son témoignage.

¹⁴⁷U.S. Code, Title 18, section 6002 :

Whenever a witness refuses, on the basis of his privilege against self-incrimination, to testify or provide other information in a proceeding before or ancillary to — (1) a court or grand jury of the United States, (2) an agency of the United States, or (3) either House of Congress, a joint committee of the two Houses, or a committee of a subcommittee of either House, and the person presiding over the proceeding communicates to the witness an order issued under this part, the witness may not refuse to comply with the order on the basis of his privilege against self-incrimination ; but no testimony or other information compelled under the order (or any information directly or indirectly derived from such testimony or other information) may be used against the witness in any criminal case, except a prosecution for perjury, giving a false statement, or otherwise failing to comply with the order.

¹⁴⁸Voir en particulier l'arrêt *Kastigar c. U.S.*, 406 U.S. 441 (1972), où l'on a décidé que le V^e Amendement à la Constitution américaine ne s'opposait pas à ce que l'on contraigne une personne

Reste à savoir dans quelles circonstances l'on pourra conclure qu'un témoignage antérieur est utilisé pour « incriminer » le prévenu. A priori, l'on devrait pouvoir affirmer sans risque de se tromper que la Couronne ne pourra utiliser un témoignage antérieur lorsqu'elle entend ainsi établir la véracité de son contenu. M. le juge Lamer adopte pourtant un critère plus libéral et dont l'application causera certainement moins d'incertitude. À son avis, tout témoignage présenté par la poursuite dans le cadre de sa preuve principale sera, par définition, un témoignage destiné à incriminer l'accusé :

...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.¹⁴⁹

Comme on aura pu le remarquer à la lecture de ce passage, il importera assez peu que le témoignage ait été ou non incriminant au moment où il a été donné. Rappelant que l'objet de l'article était de protéger une personne contre l'auto-incrimination plutôt que les droits d'un témoin qui dépose, M. le juge Lamer n'eut aucune difficulté à conclure que « le seul moment pertinent relativement à l'appréciation de la nature incriminante du témoignage est celui de la seconde procédure »¹⁵⁰. Bien que cette lecture fasse fi de l'interprétation littérale que commande le texte de l'article, elle nous apparaît tout à fait correcte. Non seulement s'harmonise-t-elle mieux avec les fondements philosophiques de la disposition, mais encore faut-il reconnaître avec la majorité que

ce n'est qu'au moment où le témoignage est utilisé dans la procédure subséquente qu'on peut vraiment déterminer s'il est incriminant ou non, c'est-à-dire au moment où la poursuite cherche à utiliser le témoignage comme preuve.¹⁵¹

Malgré les précisions utiles qu'apportait l'arrêt *Dubois* en rapport avec l'article 13, une question importante demeurerait sans réponse parce qu'elle ne se posait pas dans cette affaire. Cette question, on peut la formuler ainsi : en prévoyant que le témoignage donné par une personne ne pouvait être utilisé pour l'« incriminer » dans une autre procédure, a-t-on voulu proscrire toute référence à ce témoignage aux fins de contre-interroger l'accusé ? L'occasion de s'y adresser devait être fournie à la Cour suprême moins d'un an plus tard, dans l'arrêt *Mannion*¹⁵².

à témoigner lorsque l'intérêt public le requiert, à condition que l'on ne puisse subséquemment utiliser contre lui son témoignage et ce qui en découle (« use and derivative use immunity »).

¹⁴⁹*Dubois*, *supra*, note 15 aux pp. 364-365.

¹⁵⁰*Ibid.* à la p. 364.

¹⁵¹*Ibid.*

¹⁵²*R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272, 31 D.L.R. (4th) 712, [1986] 6 W.W.R. 595.

Lors du second procès de l'intimé dans cette affaire, l'on s'est demandé quelles déductions il fallait tirer du fait qu'il avait quitté la province où avait eu lieu le crime avant son arrestation. Pour tenter de démontrer le sentiment de culpabilité de l'accusé, le ministère public tenta de faire la preuve qu'il était au courant de l'accusation que l'on se préparait à porter contre lui au moment de son départ. La principale question qui se posait était de savoir si l'on pouvait faire usage du témoignage incompatible qu'il avait donné au premier procès pour le contre-interroger et ainsi prouver ce sentiment de culpabilité. Renversant la tendance jurisprudentielle dominante¹⁵³, la Cour toute entière (sous la plume de M. le juge McIntyre) se dit d'avis que cette utilisation d'un témoignage antérieur était clairement prohibée par l'article 13 :

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. Par conséquent, je suis d'avis que l'art. 13 de la *Charte* s'applique clairement de manière à exclure l'usage incriminant de la preuve de ces déclarations contradictoires.¹⁵⁴

À première vue, l'on pourrait être amené à penser que ce jugement résoud la question laissée en plan dans l'arrêt *Dubois* et clôt définitivement le débat. Il n'en est pourtant rien. En effet, les cours d'appel du pays ne s'entendent pas sur la portée réelle de l'opinion rédigée par M. le juge McIntyre. Deux d'entre elles¹⁵⁵ s'en sont tenus à ce qui semble être la *ratio* du jugement pour conclure que l'article 13 n'exclut pas la possibilité pour la Couronne de contre-interroger un accusé à partir de son témoignage antérieur, tant et aussi longtemps que ce contre-interrogatoire n'a pas pour but d'incriminer l'accusé mais uniquement d'attaquer sa crédibilité. Cette façon de voir les choses peut se réclamer d'une certaine logique, si l'on tient compte des objectifs plus larges que vise à promouvoir cette disposition constitutionnelle. Après tout, cette utilisation limitée d'un témoignage antérieur ne dispense pas la Couronne de l'obligation de présenter une preuve complète contre l'accusé sans pouvoir compter sur la collaboration de ce dernier : en effet, il faut présuner que le ministère public s'est

¹⁵³*R. c. Yakeleya*, *supra*, note 136 ; *R. c. Sophonow*, *supra*, note 136 ; *R. c. Jewitt* (1982), 3 C.C.C.(3d) 191 (C.Co. C.-B.) ; *R. c. Langille* (1986), 73 N.S.R.(2d) 262 (C.A. N.-E.). Il faut dire que dans les deux premières affaires, rendues avant l'arrêt *Dubois*, on s'appuyait principalement sur le fait qu'un premier procès ou une enquête préliminaire ne constituaient pas une « autre procédure » pour les fins de l'article 13. Voir aussi, *contra*, *R. c. Wilson* (1982), 137 D.L.R. (3d) 572, 67 C.C.C.(2d) 481, 1 C.R.R. 296 (C. Co. Ont.).

¹⁵⁴*R. c. Mannion*, *supra*, note 152 à la p. 278.

¹⁵⁵Il s'agit de la Cour d'appel de Colombie britannique dans l'arrêt *Re Johnstone and Law Society of British Columbia*, *supra*, note 130, et de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *R. c. B.(W.D.)* (1987), 45 D.L.R. (4th) 429, 38 C.C.C.(3d) 12, 59 Sask. R. 220.

déjà déchargé de son fardeau d'établir une preuve *prima facie*¹⁵⁶ si l'accusé sent le besoin de témoigner pour sa défense. Qui plus est, il est possible d'arguer que l'utilisation du témoignage pour miner la crédibilité de l'accusé ne contrevient pas à la présomption d'innocence, puisqu'il ne suffit pas à la Couronne de neutraliser la version des faits présentée par le prévenu pour établir sa culpabilité hors de tout doute raisonnable¹⁵⁷.

Malgré l'attrait que peut présenter cette rationalisation, elle nous apparaît devoir être rejetée. D'abord parce que la Cour suprême l'a implicitement écartée dans l'arrêt *Mannion*¹⁵⁸. Ensuite parce qu'il n'est pas toujours facile de distinguer entre un contre-interrogatoire où le témoignage antérieur est utilisé pour incriminer l'accusé, et un contre-interrogatoire où ce même témoignage est mis à profit pour ébranler sa crédibilité. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles la Cour d'appel de l'Ontario a manifesté son désaccord avec les décisions rendues par ses homologues de la Saskatchewan et de la Colombie britannique¹⁵⁹. Enfin, nous croyons qu'il faut éviter à tout prix de créer pour les accusés un double standard de protection en ce qui concerne l'utilisation de

¹⁵⁶Il faut ici rappeler que cette obligation de présenter une preuve complète, qui sert de fondement à l'alinéa 11c) et à l'article 13, se rapporte probablement à ce fardeau initial de la Couronne qui consiste à présenter une preuve suffisamment étayée pour que le juge des faits, s'il y ajoute foi, puisse condamner l'accusé. Voir sur ce concept diffus Ratushny, *supra*, note 3 aux pp. 325-331.

¹⁵⁷C'est à un raisonnement analogue que s'en remettait probablement la Cour d'appel de Saskatchewan lorsqu'elle écrivait :

In our opinion, it is only when answers are used to "incriminate" or have the effect of self-incrimination, that s. 13 comes into play. In the situation where the prior inconsistent statement is being used to discredit or to lessen the credibility that should be given to his present testimony, s. 13 should not apply. In our opinion, "discredit" cannot be interpreted as "incriminate". Such use of a previous statement does not violate the purpose of s. 13 when viewed from the context of s. 11(c) and (d), which is to prevent the accused from being indirectly compelled to incriminate himself. Its purpose is not to insulate the accused from exposure where he has related inconsistent and conflicting evidence, or to protect him from being exposed to a test of credibility.

(*R. c. B.(W.D.)*, *supra*, note 154 aux pp. 22-23. Voir aussi, dans le même sens, *Paciocco*, *supra*, note 10 à la p. 471.

¹⁵⁸À la fin de son jugement, M. le juge McIntyre répond affirmativement à la question suivante :

Y a-t-il violation ou négation d'un droit garanti par l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsqu'on contre-interroge un accusé au cours d'un nouveau procès sur un témoignage donné à un procès antérieur visant la même accusation ?

On peut penser qu'il aurait apporté des nuances à sa réponse s'il avait voulu réserver un traitement particulier aux contre-interrogatoires destinés à discréditer un accusé.

¹⁵⁹[W]here the prior evidence is used ostensibly to impeach the accused's credibility only, it nevertheless does assist the Crown in its case and, in a broad sense, may help to prove guilt. It is often 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. If the court concluded on the basis of the accused's contradictory statements that he deliberately lied on a material matter, that lie could give rise to an inference of guilt.

R. c. Kuldip, *supra*, note 95 à la p. 23.

leurs témoignages antérieurs. Or c'est précisément la conséquence qu'entraînerait l'interprétation restrictive de l'article 13 proposée dans les arrêts *Re Johnstone and Law Society of British Columbia*¹⁶⁰ et *R. c. B.(W.D.)*¹⁶¹. Il faut en effet savoir que les tribunaux n'ont jamais limité la portée du paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* en mettant l'accent sur l'utilisation que l'on entendait faire d'un témoignage en contre-interrogatoire¹⁶². Il serait donc inadmissible que la *Charte* soit interprétée « comme un facteur limitant les droits qui existaient avant son adoption »¹⁶³. Car ce faisant, l'on perpétuerait le déséquilibre dont le paragraphe 5(2) était porteur en continuant d'assurer une protection plus complète aux citoyens qui auront la bonne fortune de revendiquer la protection de cette disposition législative :

Although it is true that in *R. v. Mannion, supra*, the Crown sought to use the appellant's prior testimony to incriminate him by showing that it displayed a consciousness of guilt, I do not read the judgment of the Supreme Court of Canada as holding that s. 13 of the Charter applies only where the prior evidence is used to incriminate the accused, as opposed to attacking his credibility. If the effect of s. 13 of the Charter were so restricted, the unfairness or inequality that s. 13 of the Charter was designed to remove would be perpetuated : the sophisticated witness who objected to answering under s. 5(2) would be afforded protection against the subsequent use of his evidence not only to incriminate him directly, but also to attack his credibility, whereas the unsophisticated witness who failed to object because he was unaware of the protection afforded by s. 5(2) would not be protected by s. 13 of the Charter against the subsequent use of his evidence to attack his credibility.¹⁶⁴

Au vu des arguments qui précèdent, nous inclinons à penser que l'article 13 doit recevoir une interprétation libérale qui mette les accusés à l'abri de toute utilisation que pourrait vouloir faire la Couronne de leurs témoignages antérieurs. Et à ceux qui craindraient les effets néfastes que pourrait entraîner une telle lecture de cette protection constitutionnelle et qui voudrait y voir une incitation au mensonge, il suffira de rappeler que les poursuites pour faux témoignage demeurent toujours possibles. Il est vrai que le texte de l'article 13 n'exclut nommément que les poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires¹⁶⁵. Mais la décision rendue par la Cour suprême dans l'arrêt

¹⁶⁰*Supra*, note 154.

¹⁶¹*Ibid.*

¹⁶²Voir *R. c. Wilmot* (1940), 74 C.C.C. 1 (C.A. Alta) ; *P.G. du Québec c. Côté*, [1979] C.A. 118. Il faut dire que l'on aurait été mal venu de le faire, compte tenu de la formulation plus large de la loi fédérale où l'on stipule que « sa réponse ne peut pas être *invoquée* et n'est pas admissible à titre de preuve contre lui » [nous soulignons].

¹⁶³C'est la Cour suprême elle-même qui a proclamé ce postulat dans l'arrêt *Mannion*, précisément après avoir cité les arrêts mentionnés à la note précédente. *Supra*, note 152 à la p. 281.

¹⁶⁴*R. c. Kuldip, supra*, note 96 aux pp. 22-23.

¹⁶⁵La prohibition de ces deux types de fausses déclarations dans le *Code criminel* (aux articles 131 pour le parjure et 136 pour les témoignages contradictoires) n'est certes pas étrangère à leur mention explicite dans l'article 13.

*Staranchuk c. La Reine*¹⁶⁶ donne à penser que ce sont toutes les infractions dont l'*actus reus* est le fait de rendre un faux témoignage qui sont implicitement visées par ces exceptions.

Conclusion

L'examen détaillé de l'alinéa 11c) et de l'article 13 auquel nous nous sommes livrés dans les pages qui précèdent aura permis au lecteur (du moins faut-il l'espérer) de mieux circonscrire leur impact et surtout de prendre conscience de leurs nombreuses limites internes. Et s'il fallait s'en tenir à cette seule analyse, sans doute les conclusions auxquelles était parvenu le professeur Ratushny avant l'entrée en vigueur de la *Charte* pourraient-elles être reprises pour décrire l'état du droit canadien relatif à l'auto-incrimination :

It is clear that the privilege against self-incrimination as it exists in Canada today is an extremely narrow concept. It simply describes two specific procedural and evidentiary rules : the non-compellability of the accused as a witness at his own trial and the section 5(2) protection of a witness not to have testimony used in future proceedings. There is no general principle which can be invoked to achieve a specific result in a particular case.¹⁶⁷

Pourtant, il se peut bien que l'inclusion de l'article 7 dans la *Charte* fournisse précisément ce principe général qui transcende les règles de preuve auxquelles le professeur Ratushny faisait allusion et qui ont été spécifiquement enchâssées. La Cour suprême s'est d'ailleurs engagée dans cette direction à l'occasion du jugement récent qu'elle a prononcé dans l'arrêt *Thomson*¹⁶⁸. Ne craignant pas de renverser la thèse qu'avaient antérieurement retenue la plupart des tribunaux canadiens¹⁶⁹, les cinq juges qui siégeaient dans cette affaire ont

¹⁶⁶[1985] 1 R.C.S. 439, 22 D.L.R. (4th) 480, 22 C.C.C. (3d) 512. Dans cette affaire, la Cour suprême s'est contentée d'entériner le passage suivant des motifs de la Cour d'appel de Saskatchewan :

Nous croyons qu'il faut faire la distinction entre le cas où une personne est tenue, en répondant véridiquement au cours de son témoignage sous serment, de révéler la perpétration antérieure d'une infraction (le cas échéant, ce témoignage ne peut généralement pas, par la suite, être utilisé contre elle), et le cas où une personne fait, sous serment, de fausses déclarations par suite desquelles elle est accusée d'avoir rendu un faux témoignage. Dans ce dernier cas, l'essence même de l'infraction et son *actus reus* est le fait de rendre un faux témoignage. En l'espèce, la poursuite a cherché à soumettre en preuve les deux pièces à conviction afin d'établir l'*actus reus* des infractions reprochées et, si ces éléments de preuve avaient été par ailleurs admissibles, ils auraient dû être admis.

¹⁶⁷Ratushny, *supra*, note 3 à la p. 92.

¹⁶⁸*Supra*, note 3. Le même jour, la Cour a également rendu jugement dans deux affaires connexes qu'elle avait d'ailleurs entendues en même temps que l'affaire *Thomson*. Il s'agit des affaires *R. c. McKinlay Transport Ltd. (No. 20761)*, et *Stelco Inc. c. P.G. du Canada (No. 20656)* dans lesquelles les juges se contentent de référer à l'opinion qu'ils ont rédigée dans l'arrêt *Thomson*.

¹⁶⁹Voir entre autres *Thomson Newspapers Ltd. et al. c. Director of Investigation & Research et al.* (1986), 57 O.R. (2d) 257, 34 D.L.R. (4th) 413, 30 C.C.C.(3d) 145 (C.A.) ; *Belhumeur c.*

résolument écarté l'application de la règle *exclusio unius est exclusio alterius*. Ce faisant, la Cour s'écarterait de la démarche empruntée par M. le juge Laskin dans l'arrêt *Curr*¹⁷⁰ et admettait que le constituant n'avait pas exhaustivement traité de la protection contre l'auto-incrimination en constitutionnalisant la non-contrainctibilité de l'accusé et la prohibition d'utiliser un témoignage antérieur pour l'incriminer¹⁷¹.

Il faut certes se réjouir de ce nouveau développement. L'utilisation qui était faite du droit antérieur pour limiter le sens et la portée de la *Charte* et de son article 7 apparaissait pour le moins suspecte et l'interprétation qui en résultait avait des relents de cette déférence à la suprématie législative qui avait marqué l'histoire jurisprudentielle de la *Déclaration canadienne des droits*. À supposer même que la protection contre l'auto-incrimination se soit résumée avant la *Charte* aux deux règles de preuve énoncées dans l'arrêt *Marcoux*¹⁷², une thèse qu'a brillamment contestée le professeur Paciocco¹⁷³, l'on voyait mal en quoi cela pouvait être déterminant lorsqu'il s'agit de dégager les « principes » de justice fondamentale qui régissent notre société. Après tout, les articles 8 à 14 ne sont-ils pas « des exemples d'atteintes à ce droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui vont à l'encontre des principes de justice fondamentale »¹⁷⁴ ? Si tel est le cas, pouvait-on raisonnablement y avoir recours pour limiter la portée de l'article 7 sans tronquer le rapport qui doit exister entre un principe et une règle ? Bien que la Cour ait fait un pas dans la bonne direction, il faut regretter qu'elle n'ait pas saisi l'occasion qui lui était offerte pour orienter davantage le débat et fournir quelques points de repère susceptibles de faire avancer la discussion. Au contraire, la multiplicité des opinions (chacun des cinq juges a rédigé des notes) et l'absence totale de cohésion qui les caractérise

Barreau du Québec, *supra*, note 34 ; *Haywood Securities c. Inter-Tech Resource*, *supra*, note 91 ; *Re Stelco Inc., et al. and A.G. of Canada et al.* (1987), 42 C.C.C.(3d) 190 (C.A. Féd.) ; *Re Transpacific Tours Ltd. et al. and Director of Investigation & Research et al.* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202, 24 C.C.C.(3d) 103 (C.S. C.-B.) ; *Re Arrigo and The Queen*, *supra*, note 56.

¹⁷⁰*Curr c. R.*, *supra*, note 60. L'on se souviendra que dans cette affaire, M. le juge Laskin avait refusé de se fonder sur l'alinéa 1a) de la *Déclaration* (« le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi ») pour étendre « la protection contre son propre témoignage » prévue à l'alinéa 2d) de la *Déclaration*.

¹⁷¹C'est Mme le juge Wilson qui s'est montrée le plus explicite sur cette question, à laquelle elle consacre un long développement. Les autres juges, pour leur part, se contentent de constater la teneur résiduelle de l'article 7. Il faut dire que la Cour suprême avait déjà clairement laissé entendre que l'article 7 pouvait dans certains cas procurer des arguments additionnels à ceux que les articles 8 à 14 sont susceptibles de fonder. Voir le *Renvoi sur le Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 24 D.L.R. (4th) 536, 23 C.C.C. (3d) 289, ainsi que l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, *supra*, note 20.

¹⁷²*Supra*, note 4.

¹⁷³*Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, *supra*, note 9 c. 10 ; « Self-Incrimination : Removing the Coffin Nails », *supra*, note 3.

¹⁷⁴*Renvoi sur le Motor Vehicle Act (C.-B.)*, *supra*, note 171 à la p. 502.

font de cet arrêt un modèle de confusion qui contribuera davantage à embrouiller les pistes qu'à dégager des solutions claires.

La question fondamentale que soulevait ce litige, il faut le rappeler, était celle de savoir s'il est contraire aux principes de justice fondamentale de contraindre une personne à témoigner à l'occasion d'une enquête administrative, dans la mesure où l'on prévoit que son témoignage ne pourra être utilisé contre elle dans une procédure criminelle ultérieure¹⁷⁵. Il est vrai que sur le plan strictement technique, seul le pouvoir d'assigner une personne à comparaître devant la Commission pour être interrogée sous serment et produire des documents, sous peine de sanction, avait été mis en cause par les appelants¹⁷⁶. Pourtant, quatre des cinq juges acceptèrent de considérer l'impact que pouvait avoir la protection accordée aux témoignages incriminants par le paragraphe 20(2) de la *Loi*¹⁷⁷ sur la résolution de cette question.

C'est M. le juge Sopinka qui a sans contredit adopté l'approche la plus libérale, en faisant du droit au silence comme tel un principe de justice fondamentale. À ses yeux, ce droit ne saurait être assimilé à cette règle d'exclusion en matière de preuve que constitue le privilège de ne pas s'incriminer ; de même, il faudrait se garder de le réduire à son aspect testimonial et c'est la raison pour laquelle il estime que la non-contrainnabilité d'un accusé à son procès,

¹⁷⁵C'est évidemment parce que la protection offerte par l'alinéa 11c) ne peut être revendiquée par une personne qui n'est pas formellement « inculpé » que l'on a dû s'en remettre à l'article 7 de la *Charte*.

¹⁷⁶De fait, la question constitutionnelle ne réfère qu'à l'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, L.R.C. 1970, c. C-23 dont les paragraphes pertinents se lisent comme suit :

17. (1) Sur demande *ex parte* du directeur, ou de sa propre initiative, un membre de la Commission peut ordonner que toute personne résidant ou présente au Canada soit interrogée sous serment devant lui ou devant toute autre personne nommée à cette fin par l'ordonnance de ce membre, ou produise à ce membre ou à cette autre personne des livres, documents, archives ou autres pièces, et peut rendre les ordonnances qu'il estime propres à assurer la comparution et l'interrogatoire de ce témoin et la production par ce dernier de livres, documents, archives ou autres pièces, et il peut autrement exercer, en vue de l'exécution de ces ordonnances ou de la punition pour défaut de s'y conformer, les pleins pouvoirs exercés par toute cour supérieure au Canada quant à l'exécution des brefs d'assignation ou à la punition en cas de défaut de s'y conformer.
(2) Toute personne assignée sous le régime du paragraphe (1) est habile à agir comme témoin et peut être contrainte à rendre témoignage.
(3) Un membre de la Commission ne doit pas exercer le pouvoir d'infliger une peine à quelque personne en vertu de la présente loi, pour désobéissance ou autrement, à moins que, sur requête de ce membre, un juge de la Cour fédérale du Canada ou d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, n'ait certifié, comme un tel juge peut le faire, que ce pouvoir peut être exercé en la matière révélée dans la requête, et que ce membre n'ait donné à cette personne un avis de vingt-quatre heures de l'audition de la requête ou tel avis plus court que le juge estimera raisonnable.

¹⁷⁷Ce paragraphe est calqué sur le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, reproduit plus haut (voir le texte accompagnant la note 94).

garantie à l'alinéa 11c), n'en épuise pas le sens. Il en résulte selon lui que le suspect (réel ou éventuel) aura également le droit de garder le silence au cours du déroulement de l'enquête et pourra s'appuyer sur l'article 7 pour refuser de répondre aux policiers ou à toute autre personne légalement autorisée à le contraindre à témoigner.

Une étude approfondie des principes de justice fondamentale susceptibles d'alimenter une protection plus complète contre l'auto-incrimination n'entre manifestement pas dans le cadre restreint de cet article. S'il faut en croire M. le juge Lamer, ces principes fondamentaux doivent être recherchés dans les préceptes séculaires de notre système juridique, ceux-là même qui en font un système reposant sur la dignité et la valeur de la personne humaine ainsi que sur la primauté du droit¹⁷⁸. Or, il ne fait nul doute que le droit au silence apparaît comme l'un des candidats les plus sérieux au titre de « principe de justice fondamentale ». La pérennité et l'autorité dont il jouit en *common law*, ses liens évidents avec le caractère accusatoire de notre procédure criminelle, ainsi que son rôle instrumental dans la sauvegarde de la liberté et de la dignité humaine, en font pour ainsi dire un axiome incontournable. Il est vrai que le législateur canadien a jugé bon d'abolir ce droit pour les témoins en 1893. Mais cette abrogation, faut-il le rappeler, est survenue à une époque où la souveraineté parlementaire représentait un dogme absolu en droit constitutionnel canadien. Il faut donc se garder d'attacher à cette initiative une trop grande signification dans notre quête des principes de justice fondamentale ; il se peut même, à l'inverse, que ce soit le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* qui doive maintenant être réévalué à la lumière de la *Charte*¹⁷⁹.

Les tribunaux ont réitéré à de multiples reprises que le droit au silence fait partie de ces principes fondamentaux du droit public canadien¹⁸⁰. Ils n'en ont

¹⁷⁸Renvoi sur le *Motor Vehicle Act (C.-B.)*, *supra*, note 171 à la p. 502.

¹⁷⁹Dans l'arrêt *Dilorio c. Gardien de la prison commune de Montréal*, *supra*, note 42, M. le juge Dickson avait écrit à la p. 222 :

Qu'on soit ou non d'accord avec une conclusion qui peut obliger une personne à collaborer à une enquête portant sur ses propres activités criminelles, les dispositions de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et des lois sur les enquêtes tant fédérales que provinciales ont nécessairement cet effet.

Commentant ce passage, M. le juge Scheibel a écrit dans l'affaire *R.L. Crain Inc. c. Couture*, *supra*, note 5 à la p. 154 :

Mr. Justice Dickson's statement reflects the prevailing principle, at that time, of parliamentary supremacy. This principle, however, has now been limited by the entrenchment of the Charter. Under the Charter a result is no longer justified solely on the ground that it is dictated by duly enacted legislation, it must also be in accordance with the principles of fundamental justice.

M. le juge Sopinka, dans le cadre de l'opinion qu'il a rédigée à l'occasion de l'affaire *Thomson*, en est arrivé à une interprétation similaire de ce même passage (*supra*, note 3 aux pp. 604-605).

¹⁸⁰*R. c. Esposito*, *supra*, note 67 à la p. 94 (« The right of a suspect or an accused to remain silent is deeply rooted in our legal tradition. ») ; *R. c. Woolley*, (1988) 40 C.C.C.(3d) 531 à la p. 539, 25

pourtant pas tous tiré les mêmes conséquences. Ainsi, la Cour d'appel ontarienne a semblé admettre que le droit au silence peut bénéficier d'une certaine protection constitutionnelle au cours même de l'enquête policière¹⁸¹. Plus récemment, cette même cour a conclu qu'une preuve matérielle obtenue par les policiers en violation de ce droit au silence pourrait être déclarée inadmissible si l'on réussissait à démontrer que son admission déconsidérerait l'administration de la justice¹⁸². Par contre, cette extension du droit au silence n'a pas profité aux témoins contraints à témoigner dans le cadre d'une enquête administrative ou civile¹⁸³. Tout au plus la Cour d'appel de Colombie britannique a-t-elle laissé entendre qu'une personne pourrait être dispensée de témoigner dans une enquête dont le seul but serait d'aider le ministère public ou de fournir la preuve nécessaire à une mise en accusation¹⁸⁴.

Force nous est donc de constater l'extrême fluidité de ce droit au silence dont on ne cesse pourtant de proclamer le rôle fondamental. Les multiples tâtonnements des tribunaux et l'incapacité de la Cour suprême elle-même de dégager un consensus sur cette question grèvent par ailleurs sérieusement l'impact que pourrait avoir ce concept sur le développement du droit canadien. Au nombre des interrogations que suscite la jurisprudence et que laisse subsister l'arrêt

O.A.C. 390 (C.A. Ont.), (« The right to remain silent is a well-settled principle that has for generations been part of the basic tenets of our law. »). Voir aussi la jurisprudence citée par M. le juge Sopinka dans l'arrêt *Thomson*.

¹⁸¹R. c. *Espósito*, *supra*, note 67 ; *Thomson*, *supra*, note 4.

¹⁸²R. c. *Woolley*, *supra*, note 180. Dans cette affaire, les policiers avaient dit au suspect qu'ils le détiendraient tant et aussi longtemps qu'il ne leur aurait pas révélé l'endroit où se trouvaient les clés d'un véhicule qu'ils le soupçonnaient d'avoir volé.

¹⁸³*Thomson*, *supra*, note 4 ; *Re Transpacific Tours and Director of Investigation & Research*, *supra*, note 169 ; *Stelco Inc. c. A.G. of Canada*, *supra*, note 169. Il importe de rappeler que la Cour suprême a confirmé les décisions rendues par la Cour d'appel ontarienne dans *Thomson* et par la Cour d'appel fédérale dans *Stelco*, mais uniquement sur la base de l'article 8 de la *Charte*. L'abstention de M. le juge Lamer eu égard à l'article 7 laisse en effet les quatre autres juges également divisés sur la question de l'auto-incrimination.

¹⁸⁴ I agree that if the sole aim and purpose of the proceeding was to obtain evidence to support a charge or to assist the criminal prosecution of the witness, it might be arguable that the witness ought not to be compelled to divulge information which might lead to his conviction. But, in my view, such a result should follow only if the proceedings, in which such evidence was given, were so devoid of any legitimate public purpose, and so deliberately designed to assist the prosecution of the witness that to allow them to continue would constitute an injustice. In such circumstances, the continuance of the proceedings could be said to constitute a violation of the principles of fundamental justice.

Haywood Securities c. Inter-Tech Resource, *supra*, note 91 aux pp. 748-749. Cette insistance mise par la majorité sur le but visé par l'enquête apparaît suspecte. S'appuyant sur le jugement rendu par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, 18 D.L.R. (4th) 321, 18 C.C.C. (3d) 325, M. le juge Lambert (dissident) opine quant à lui que l'effet d'une loi est tout aussi pertinent que son objet pour en déterminer la validité. Voir également l'arrêt *R.L. Crain*, *supra*, note 5, sur lequel la majorité s'appuie pour soutenir sa position.

Thomson, il en est une qui mérite tout particulièrement de retenir notre attention : est-ce le droit au silence comme tel (c.-à-d. le droit de ne pas répondre à une question) qui doit être assimilé à un principe de justice fondamentale, ou plutôt la protection contre l'utilisation incriminante qui peut être faite d'un témoignage ? S'il faut en croire Mme le juge Wilson, en effet, ce n'est pas tant l'obligation qui peut être faite à une personne de témoigner dans le cours d'une enquête qui constituerait une atteinte à la liberté non conforme aux principes de justice fondamentale, mais bien l'absence d'une garantie législative portant interdiction d'utiliser contre elle dans une poursuite ultérieure son témoignage ou la preuve dérivée obtenue grâce à son témoignage. Il se peut bien qu'un droit absolu au silence soit la source d'un déséquilibre dangereux entre les droits des particuliers et l'intérêt de la collectivité, comme le laissent entendre M. le juge La Forest et Mme le juge L'Heureux-Dubé. Encore faudrait-il soupeser cette question délicate dans le respect des exigences que l'on a déduites de l'article premier de la *Charte*. Ce faisant, l'on pourrait mieux tenir compte de la diversité des situations pour ainsi en arriver à une harmonisation des intérêts en présence qui colle davantage à la réalité¹⁸⁵.

Mais peu importe le sort qui sera ultimement réservé à ce droit au silence, il faudra tôt ou tard se pencher sur la protection que l'on veut réellement accorder aux individus contre l'auto-incrimination. Pour l'heure, l'alinéa 11c) et l'article 13 offrent une protection bien partielle à ce chapitre et assurent de façon très imparfaite le respect des valeurs fondamentales qui sous-tendent ce principe. Bien entendu, il faut éviter de succomber à la tentation qui consisterait à faire de l'article 7 une sorte de fourre-tout dans lequel on viendrait puiser toutes les théories susceptibles de pallier aux limites internes des articles 8 à 14. Une telle approche serait dangereuse et pourrait à terme vider ces dispositions de tout leur sens. Aussi est-ce à bon droit, croyons-nous, que l'obtention d'une preuve documentaire par voie de *subpoena duces tecum* ne semble pas devoir être considérée comme une violation de la protection contre l'auto-incrimination¹⁸⁶.

¹⁸⁵M. le juge La Forest reconnaît d'ailleurs implicitement l'impossibilité de généraliser outre mesure lorsqu'il distingue entre les enquêtes de nature contradictoire et celles qui ont une portée plus générale et de nature plus inquisitoriale. Il ira même jusqu'à laisser entendre que le suspect pourra jouir du droit au silence durant la phase pré-judiciaire :

Je suis d'accord avec le juge Sopinka que le droit de l'accusé de garder le silence doit s'étendre au-delà du procès lui-même, mais je ne crois pas qu'il doive s'étendre à ceux qui sont contraints de témoigner dans une procédure comme celle que prévoit l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

¹⁸⁶Comme l'affirmait M. le juge Hugessen dans l'arrêt *Ziegler c. Hunter*, [1984] 2 F.C. 608, 8 D.L.R.(4th) 648, 8 C.R.R. 47 (Appel), la protection contre l'auto-incrimination et les valeurs qui la sous-tendent ne permettent pas à un témoin de se soustraire à l'obligation qui peut lui être faite de produire un document, étant entendu que ce document pourrait de toute façon lui être soutiré par la force.

En revanche, il ne faut pas hésiter à tirer toutes les conséquences du fait que tel ou tel concept est assimilé à un principe de justice fondamentale. Et si la protection contre l'auto-incrimination constitue un tel principe, une interprétation téléologique doit nécessairement nous emmener à conclure que la Couronne ne saurait être admise à faire indirectement ce qu'elle ne pourrait faire directement. C'est pourtant la voie dans laquelle s'engagent M. le juge La Forest et Mme le juge L'Heureux-Dubé lorsqu'ils permettent au ministère public de contraindre une personne à témoigner dans le cadre d'une enquête administrative, alors même qu'aucune disposition légale ne vient restreindre l'utilisation de la preuve dérivée de ce témoignage dans une procédure criminelle ultérieure contre cette personne.

Il ne s'agit pas de nier que la preuve dérivée existe indépendamment du témoignage qui en permet la découverte et n'est donc pas créée par l'accusé. Encore cette preuve suppose-t-elle dans bien des cas la participation active et significative du témoin. Mais là n'est pas la question. À partir du moment où l'on contraint une personne à témoigner, l'on viole cette dignité et cette intimité qui sont à la base même de la protection contre l'auto-incrimination et de l'obligation qu'a la Couronne de présenter une preuve complète. Et c'est justement parce qu'il s'agit d'une question de principe que l'on ne saurait l'aborder sous l'angle de la réparation appropriée. L'on s'engagerait sur une pente glissante s'il fallait que le respect des droits fondamentaux soit lié aux conséquences que leur violation entraîne pour l'accusé. En écrivant que :

la preuve dérivée qui serait passée inaperçue ou qui aurait été ignorée, n'eût été du témoignage obtenu par contrainte en vertu de la *Loi*, devrait, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, être écartée puisque son utilisation violerait les principes de justice fondamentale¹⁸⁷,

M. le juge Laforest se livre à notre avis à un exercice périlleux. Non seulement cette approche risque-t-elle d'entraîner des répercussions néfastes sur le développement des autres garanties juridiques¹⁸⁸, mais au surplus nous apparaît-elle faire bon marché des droits fondamentaux.

En dernière analyse, il faut savoir gré à M. le juge Lamer de ne pas s'être prononcé sur cette épineuse question¹⁸⁹ et d'avoir ainsi renvoyé dos à dos les

¹⁸⁷Cet extrait est tiré de la page 57 des notes de M. le juge La Forest.

¹⁸⁸Faudra-t-il prétendre, par exemple, que le droit à l'avocat n'est violé que dans l'hypothèse où l'accusé pourra faire la preuve du fait qu'il a subi un préjudice réel dans l'élaboration de sa défense ?

¹⁸⁹C'est parce que les appelants avaient contesté la mauvaise disposition que M. le juge Lamer s'est abstenu de tout commentaire sur le sujet. Comme il le dit lui-même, « l'article 17 confère, de façon générale, le pouvoir de punir pour outrage le témoin qui refuse de répondre. Cela n'est pas contraire à l'art. 7. C'est l'article 20, plus précisément les premières lignes du par. 20(2) qui suppriment le droit reconnu par la *common law* de refuser de donner des réponses incriminantes, qui fait du refus de répondre un outrage et qui provoque vraiment la violation. » Comme un exa-

tenants des diverses thèses en présence. Il aurait été malencontreux qu'un banc de cinq juges, divisé comme il l'était et incapable de s'entendre ne serait-ce que sur la façon de poser le problème, engage toute la Cour sur un sujet aussi fondamental et aussi lourd de conséquence pour le développement du droit criminel canadien. Espérons seulement qu'il soit rapidement donné à la Cour une autre occasion de poursuivre sa réflexion et de refaire sa cohésion, de façon à ce que les déficiences de l'arrêt *Thomson* soient rapidement comblées.

men de cette question amène inévitablement à se prononcer implicitement sur la validité de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, il préfère attendre que la question soit clairement posée et débattue pour faire connaître son point de vue.