

Ces documents préliminaires ont été préparés par la section de recherche de la Commission de réforme du droit du Canada, responsable du droit de la preuve. Ils sont distribués dans le but d'obtenir des critiques et commentaires. Les recommandations qui s'y trouvent n'engagent pas la Commission.

LA PREUVE

6. CONNAISSANCE JUDICIAIRE
7. OPINIONS ET TEMOIGNAGES D'EXPERTS
8. FARDEAUX DE LA PREUVE ET PRESOMPTIONS

La Commission de réforme du droit du Canada souhaite qu'on lui fasse parvenir toute communication avant le 1er octobre 1973. Prière d'adresser toute correspondance à:
Me Jean Côté, Secrétaire
Commission de réforme du droit
du Canada

130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Juillet 1973



LA PREUVE

6. CONNAISSANCE JUDICIAIRE
7. OPINIONS ET TEMOIGNAGES D'EXPERTS
8. FARDEAUX DE LA PREUVE ET PRESOMPTIONS

Documents préliminaires de la
section de recherche sur le droit de la preuve

Juillet 1973

130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

TABLE DES MATIERES

	Page
PREFACE	v
CONNAISSANCE JUDICIAIRE	1
Une façon de formuler le projet de loi	3
Commentaire	7
Bibliographie choisie	21
OPINIONS ET TEMOIGNAGES D'EXPERTS	23
Une façon de formuler le projet de loi	25
Commentaire	29
Bibliographie choisie	41
FARDEAUX DE LA PREUVE ET PRESOMPTIONS	45
Une façon de formuler le projet de loi	47
Commentaire	51
Bibliographie choisie	69

PREFACE

Dans la préface à nos quatre premiers documents préliminaires sur le droit de la preuve, nous mentionnions que nous serions heureux de recevoir des commentaires des avocats, juges, professeurs de droit et autres intéressés. De nombreux exposés ont été présentés; nous les avons étudiés à fond et nous en remercions les auteurs. Les critiques et propositions formulées faciliteront sans aucun doute la tâche de la section de recherche, en ce qui concerne le rapport qu'elle présentera à la Commission, et aideront d'autre part la Commission lorsqu'elle rédigera son propre document de travail.

Deux aspects de nos quatre premiers documents semblent avoir suscité un grand intérêt: soit, l'étendue du pouvoir discrétionnaire conféré au juge et le concept de la codification. Par conséquent, dans cette préface, nous exprimons plus en détail nos vues sur ces questions.

Pouvoir discrétionnaire du juge

Certains ont formulé des critiques au sujet du pouvoir discrétionnaire que nous avons recommandé de conférer au juge dans les quatre premiers documents. De fait, ils voyaient une certaine incompatibilité entre le fait de conférer au juge pareil pouvoir discrétionnaire et l'objectif que nous avons expressément énoncé, celui de rendre plus certaines les règles de la preuve. Par suite de ces commentaires, dans le projet qui suivra, nous préciserons les normes de l'exercice, par le juge, de son pouvoir discrétionnaire et nous inclurons une disposition prévoyant qu'il sera possible d'interjeter appel contre l'abus de ce pouvoir. Toutefois, nous demeurons convaincus que le fondement de nos recommandations est valable. Nous estimons encore que dans ces documents préliminaires sur la preuve, le renvoi à des ouvrages et arrêts paralyserait normalement les critiques au lieu de les faciliter, mais à cet égard, il semble approprié de citer le doyen Wright, décédé. Formulant des commentaires au sujet des règles de la preuve et de "l'accumulation interminable d'ouvrages et d'arrêts particuliers, ainsi que de distinctions innombrables entre les arrêts", il a dit 1:

...on peut se demander s'il ne s'agit pas tout simplement de tentatives, par les tribunaux, d'exercer un pouvoir discrétionnaire, soit admettre ce qui semble pertinent à l'égard d'un fait en litige, tout en cherchant à suivre leur interprétation des principes directeurs à la base de nombreuses règles d'exclusion qui, de prime abord sembleraient automatiquement entraîner le rejet de la preuve. C'est là l'unique façon de comprendre la confusion

qui règne à l'égard des nombreuses exceptions, par exemple, à la règle du oui-dire. En ce cas, ne devrions-nous pas reconnaître, examiner de nouveau et énoncer exactement quelles peuvent être les objections fondamentales contre l'admission d'une preuve, en laissant au tribunal un pouvoir discrétionnaire étendu, celui-ci ne devant pas être entravé s'il a été tenu compte de ces considérations. A coup sûr, ce serait une règle plus valable que la pratique actuelle, stricte et longue, qui consiste à jouer sur les mots de façon à dissimuler un raisonnement et peut-être à exclure en fin de compte une preuve sur laquelle se fonderait toute personne raisonnable dans la conduite de ses affaires.

Ainsi, en rédigeant le libellé des règles proposées, la section de recherche a tenté de codifier le fondement des règles de la preuve, au lieu des concepts à la base de celles-ci. Comme l'a dit le doyen Wright: "Pareille façon d'aborder le problème doit être essentiellement fondée sur l'attribution au juge d'un pouvoir discrétionnaire extrêmement étendu". Il ajoute:

...pareil pouvoir discrétionnaire peut être reconnu en pratique, bien que dans des ouvrages comme celui de Phipson, on affirme qu'auparavant, en ce domaine, on considérait les règles de la preuve de la même façon que le droit immobilier, on établissait des catégories et des classes rigides, en les élargissant parfois, simplement par souci de ce que l'on serait tenté d'appeler la logique médiévale.

Nous ne croyons pas qu'en conférant au juge le pouvoir discrétionnaire d'appliquer le fondement d'une règle, lorsqu'il se prononce sur l'admissibilité d'une preuve, les règles de la preuve seront moins certaines. De fait, elles devraient être plus précises, étant donné que les avocats sauront qu'ils devront être prêts à dire pourquoi, ou à quelle fin, une preuve devrait être admise ou exclue.

Les règles existantes n'ont qu'un semblant de certitude. La confusion règne dans les arrêts, et, à coup sûr, peu d'avocats s'entendent sur des questions comme celles de savoir ce qu'est un fait incident, ce qu'est une contestation de la déclaration d'un témoin parce qu'elle serait fabriquée, quel enfant est trop jeune pour témoigner, ce qu'est un témoin hostile, ce qu'est une question suggestive et dans quel but une preuve de moralité peut être présentée. Parmi ceux qui nous ont fait connaître leurs opinions à l'égard de nos quatre premiers documents préliminaires, nombreux étaient ceux qui étaient sûrs qu'ils connaissaient la réponse à ces questions, mais, bien sûr, à notre avis, ce n'est pas là le genre de certitude sur laquelle devraient se fonder les règles de la preuve. Nous estimons plutôt que les règles devraient

être certaines en ce sens qu'il serait possible de s'entendre sur leur contenu. De fait, de nombreux avocats et juges ont reconnu, dans leurs réponses, que les règles actuelles de la preuve sont satisfaisantes uniquement parce qu'elles ne sont pas connues, parce qu'elles ne sont pas appliquées strictement ou parce qu'en général, une preuve est admise "sous réserve d'objections".

L'une des objections les plus vigoureusement débattues, en ce qui concerne l'attribution au juge du pouvoir discrétionnaire de diriger les débats de façon à ce que ceux-ci soient menés avec justice et d'une façon expéditive, et l'attribution du pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve si la probabilité de créer un préjudice indu, de confondre les questions, d'induire en erreur le juge des faits ou de retarder indûment le procès doit l'emporter sur la valeur probante de cette preuve, concerne la possibilité d'abuser d'un pareil pouvoir discrétionnaire. Il a été soutenu que bien que les juges justes et intelligents puissent incontestablement diriger un procès plus juste en exerçant pareil pouvoir discrétionnaire, les juges stupides et malveillants en abuseraient. Pour répondre à cette objection, nous renvoyons le lecteur à un passage passablement long, tiré de commentaires d'un juge américain de savante renommée, tant pour son autorité que pour la force de son raisonnement 2:

Je ne souscris absolument pas à l'avis de ceux qui refuseraient de conférer au juge un pouvoir discrétionnaire simplement parce qu'il est possible qu'il en abuse délibérément. Si le juge désire maltraiter une partie, il n'a pas à se fonder sur les pouvoirs discrétionnaires qui lui ont été conférés par le code de la preuve en vue d'arriver à son but. Des moyens plus importants et meilleurs, qu'il s'agisse de pouvoirs discrétionnaires ou simplement de pouvoirs, ont toujours été disponibles et continueront à l'être même après l'adoption du code de la preuve. Entre autres, mentionnons les moyens suivants: (1) l'attitude du juge à l'égard d'une partie et de son avocat ou de ses témoins, fait qu'il est presque impossible d'enregistrer, (2) l'élément trompeur dans ses directives au jury, ainsi que l'expression de son visage et le ton de sa voix lorsqu'il donne des directives au jury; c'est également là une chose qui peut difficilement être constatée par écrit, et (3) son pouvoir d'accueillir une

requête en vue d'obtenir un nouveau procès. La possibilité pour le juge de nuire intentionnellement à une partie, en ayant recours à ces moyens, leurs conséquences désastreuses étant presque inattaquables en appel, éclipsent jusqu'ici toute possibilité de maltraiter intentionnellement la partie en se fondant sur les dispositions du code de la preuve et montre l'absurdité de toute opposition à l'adoption de ces dispositions. S'il est impossible de se fier au juge pour faire un choix consciencieux entre les décisions possibles en vertu des règles lui conférant un pouvoir discrétionnaire, il est impossible de lui faire confiance lorsqu'il siège à titre de juge des faits dans un procès sans jury; il ne devrait même pas être juge. Nous devrions reconnaître sincèrement que la justice d'un procès dépend dans une très large mesure de la bonne foi et du désir du juge de se montrer juste et que si le juge veut être injuste, le procès sera une farce, même si des règles nombreuses et précises sont établies.

Codification

Un certain nombre d'avocats et de juges ont exprimé des réserves au sujet du besoin de réforme et de codification des règles de la preuve. Ils soutiennent qu'il n'est pas nécessaire de réviser sans délai la plupart des règles de la preuve et ils doutent qu'un code puisse aider à la réalisation de l'objectif que nous avons énoncé, soit celui de s'assurer que les règles de la preuve soient "facilement connues, compréhensibles et applicables d'une façon précise".

Il serait possible d'écrire tout un livre sur les avantages d'une codification, et de fait, les écrits sur le sujet sont nombreux. Toutefois, nous nous demandons si une discussion générale serait utile. Etant donné qu'il est impossible de décider a priori si une règle particulière de la preuve est facilement connue ou facile à déterminer, si elle mène, dans la plupart des cas, au meilleur résultat, si elle peut être élaborée d'une façon satisfaisante ou si un code est une chose réalisable, il semblerait préférable d'étudier à fond chaque règle de la preuve avant de formuler des commentaires y afférents. Nous reconnaissons que nous avons répondu à une question que nous voulions poser, en énonçant, dans la préface accompagnant nos quatre premiers documents préliminaires, notre objectif comme étant la codification de l'ensemble des règles de la preuve, particulièrement à cause de l'ambiguïté de l'expression "code". Il aurait

été plus juste de dire que nous entendions étudier les règles de la preuve, consulter les intéressés et déterminer ensuite quelles règles de la preuve devraient être révisées le cas échéant, et si ces règles devraient être incorporées dans un texte législatif s'appuyant sur la common law ou si elles devraient être incorporées dans un texte législatif remplaçant entièrement les principes de la common law. Bien sûr, la section de recherche ne voulait pas laisser entendre que du fait de l'adoption d'un code de la preuve, l'évolution jurisprudentielle du droit de la preuve ne pourra plus se faire; selon nous, l'adoption d'un code renfermant des dispositions souples est possible.

Certains de ceux qui ont formulé des critiques au sujet du concept d'un code de la preuve se préoccupaient des problèmes qui semblent inhérents à la rédaction de textes législatifs. Les articles que nous proposons ont pour but de fournir un résumé utile de nos recommandations et de permettre à ceux qui nous font connaître leur opinion de s'arrêter particulièrement à ces articles, et de faire des critiques y afférentes. Assurent-ils la réalisation des principes directeurs visés? Sont-ils complets? Sont-ils compréhensibles? Ces articles sont bien sûr rédigés dans une forme très préliminaire; de fait, de Commission de réforme du droit étudie actuellement tout le problème de la rédaction des textes législatifs. Toutefois, les commentaires formulés jusqu'à maintenant au sujet du projet de loi et des différentes interprétations possibles nous aideront énormément lorsque nous rédigerons de nouveau le projet de loi.

Dans la préface qui accompagnait nos premiers documents préliminaires, nous avons dit que bien que nous n'envisagions pas un code de la preuve énonçant en détail toutes les étapes du procès et de l'admission de la preuve, le code devrait être suffisamment complet pour servir de guide utile au tribunal, aux avocats et à toute personne intéressée aux procédures judiciaires. Actuellement, nous ne savons pas encore si nous recommanderons la codification des règles de la preuve, mais nous croyons que le code serait un moyen utile d'étudier les principales règles de la preuve et les rapports qu'elles ont entre elles. Nous croyions qu'il serait peut-être utile d'essayer d'ébaucher ces questions. L'expression "document préliminaire", sous les rubriques, dans la liste qui suit, indique qu'un document préliminaire a été publié sur le sujet et qu'il est possible de trouver des dispositions plus détaillées dans le document pertinent. La section de recherche étudie actuellement le oui-dire et les privilèges.

Questions à étudier

1. Les témoins
 - a. L'habilité et la contrainte à témoigner - document préliminaire #1
 - b. La forme de l'interrogatoire - document préliminaire #2
 - c. La crédibilité - document préliminaire #3
2. La moralité - document préliminaire #4
3. La contrainte de l'accusé et l'admissibilité de ses déclarations - document préliminaire #5
4. Connaissance judiciaire - document préliminaire #6
5. Fardeaux de la preuve et présomptions - document préliminaire #7
6. Opinions et témoignages d'experts - document préliminaire #8
7. Le oui-dire
8. Les privilèges - Les privilèges que nous recommandons de reconnaître ne pourront, bien sûr, être établis qu'à la fin de notre étude, mais nous sommes en train d'étudier les privilèges suivants:
 - a. la protection à l'égard des communications de nature confidentielle aux médecins, comptables, psychothérapeutes, travailleurs sociaux, ministres du culte, agents de brevets, conjoints, avocats, journalistes.
 - b. les sujets emportant privilège: le secret d'Etat, l'identité de l'informateur, le vote politique, les croyances religieuses, l'auto-accusation.
9. Preuve documentaire et questions connexes
10. Preuve indirecte

- a. Preuve d'habitude
- b. Réparation
- c. Offre de présenter un plaidoyer de culpabilité
- d. Offre de compromis
- e. Assurance responsabilité

11. Corroboration

12. La pertinence - Nous y définirons la pertinence et le pouvoir discrétionnaire du juge d'exclure une preuve pertinente pour le motif que la probabilité de créer un préjudice indû, de confondre les questions à trancher, d'induire en erreur le juge des faits ou de retarder indûment le procès doit l'emporter sur la valeur probante de cette preuve.

13. Preuve illégalement obtenue

Documents ci-joints

Les trois documents préliminaires que nous distribuons ne sont pas directement liés l'un à l'autre. Il sera possible de formuler des commentaires généraux sur chacun.

La disposition prévoyant qu'il sera judiciairement pris connaissance des faits économiques, sociaux et scientifiques généraux, figurant dans le document sur la connaissance judiciaire, dépend de toute évidence du rôle attribué aux tribunaux. C'est là une vue à laquelle beaucoup s'objecteront. Dans le document pertinent, nous mentionnons pour quelles raisons nous avons inclus pareille disposition; nous sommes anxieux de recevoir des commentaires à ce sujet.

On pourrait affirmer que le document préliminaire portant sur le témoignage d'expert et l'opinion a une portée trop restreinte et n'examine pas la question importante et générale de l'aptitude des tribunaux à régler des litiges portant sur des questions économiques et scientifiques complexes. Toutefois, les limites que nous nous sommes imposées empêchent pareille étude à l'heure actuelle. Nous proposons ce code de la preuve comme étant celui qui convient le mieux au système actuel. Nous présumons que nous continuerons à utiliser le système contradictoire en vue d'arriver aux objectifs visés, que les tribunaux continueront à se prononcer sur des réclamations, qu'un juge ayant reçu une formation juridique ou parfois un jury sera le juge des faits et que la plupart du temps, la preuve sera présentée par des témoins comparaissant devant le tribunal. Toutes ces suppositions, et d'autres également, au sujet du système judiciaire actuel pourraient être contestées. Etant donné qu'à l'avenir, nous examinerons le droit d'une façon continue en vue de voir s'il assure la réalisation des buts et objectifs auxquels il devrait viser, ces suppositions seront sans aucun doute étudiées

bientôt.

La question de savoir si un expert devrait être autorisé à déposer un rapport devant le tribunal, au lieu de se présenter personnellement pour témoigner, sera examinée en même temps que la règle du oui-dire. Les règles que nous proposons dans le document préliminaire portant sur le témoignage d'expert et l'opinion, auxquelles s'ajoutent les règles que nous proposons dans les documents préliminaires portant sur la crédibilité et sur la moralité, sont assez générales pour autoriser l'expert à témoigner au sujet de la véracité d'un témoignage ou de la moralité d'une partie.

Comme nous le mentionnons dans le document portant sur les fardeaux de la preuve et les présomptions, la section de recherche sur les principes généraux de la Commission de réforme du droit étudiera également ce domaine.

Nous avons joint aux présents documents une bibliographie choisie. Nous n'avons pas donné beaucoup de détails dans les documents préliminaires et nous n'avons pas fait une étude annotée du droit actuel et de toutes les modifications proposées parce qu'en ce domaine, pareil travail a déjà été fait. Toutefois, certaines personnes ont exprimé le désir de passer en revue certains écrits et c'est pourquoi nous avons joint une bibliographie. Il s'agit d'une bibliographie choisie qui ne représente aucunement l'ensemble des écrits ou sources sur lesquels s'est fondée la section de recherche pour en arriver à ses conclusions. Les ouvrages et articles choisis dans la bibliographie représentent les meilleures sources à consulter pour se faire une idée générale sur la question.

NOTES

1. Wright, The Law of Evidence: Present and Future (1942) 20 Can. Bar Rev. 714, 716.
2. McElroy, Some Observations Concerning The Directions Reposed In Trial Judges By The American Law Institute's Code of Evidence 357, 358, dans American Law Institute, Model Code of Evidence (1942).

Document préliminaire #6

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA

Document préliminaire
préparé par

la section de recherche sur le droit de la preuve

CONNAISSANCE JUDICIAIRE

UNE FACON DE FORMULER LE PROJET DE LOIConnaissance judiciaireNOTE:

(Dans ces articles, l'expression "juge" est réputée signifier "le juge ou toute autre personne présidant une audition judiciaire" et l'expression "jury" est réputée signifier "le jury ou toute autre personne à qui il incombe d'apprécier les faits").

Article 1. (1) L'expression "prendre judiciairement connaissance" signifie l'utilisation par le juge ou par le jury d'un fait ou d'une question qui n'est pas établi selon les règles juridiques régissant la présentation et l'admission de la preuve.

(2) En l'absence d'une disposition contraire de la présente partie, le juge ou le jury ne doit pas prendre judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question et ne doit pas se fonder sur quelque connaissance ou croyance particulière ou sur quelque renseignement obtenu de sources personnelles et particulières.

Article 2. (1) Le juge ou le jury doit prendre judiciairement connaissance de tous les faits généraux d'une connaissance si commune, parmi les personnes d'une intelligence et d'une expérience moyennes, qu'ils ne peuvent pas raisonnablement être l'objet d'une contestation.

(2) Le juge peut prendre judiciairement connaissance, et, s'il siège avec un jury, il peut informer le jury que celui-ci doit prendre judiciairement connaissance d'un fait qui, de l'avis du juge, ne peut pas raisonnablement être l'objet d'une contestation et

a) est d'une connaissance commune dans les limites du territoire relevant de la compétence du tribunal, ou

b) peut être constaté au moyen de sources dont la sûreté ne peut pas raisonnablement être contestée.

(3) Le juge peut prendre judiciairement connaissance de faits scientifiques, économiques et sociaux lorsqu'il statue sur le droit ou sur la constitutionnalité d'une loi.

Article 3. (1) Il faut prendre judiciairement connaissance

- a) du droit jurisprudentiel en vigueur au Canada ou dans quelque province canadienne;
- b) des lois en vigueur au Canada ou dans quelque province canadienne;
- c) du droit constitutionnel en vigueur au Canada ou dans quelque province canadienne;
- d) de tout texte publié dans la Gazette du Canada ou dans la gazette officielle de quelque province canadienne; et
- e) des lois privées du Parlement canadien et de la législature de quelque province canadienne.

(2) Il est possible de prendre judiciairement connaissance des questions suivantes dans la mesure où elles ne sont pas visées par le paragraphe (1):

- a) les textes réglementaires et les pièces officielles des procédures d'un organisme fédéral, provincial ou municipal d'une nature législative, exécutive ou judiciaire;
- b) le droit international;
- c) le droit de pays autres que le Canada et de subdivisions politiques de pareils pays. S'il est impossible au juge de déterminer quel est le droit d'un pays autre que le Canada ou d'une subdivision politique de pareil pays, le tribunal peut soit appliquer le droit canadien, soit rejeter l'action.

Article 4. (1) Nonobstant le paragraphe (2) de l'article 2, le juge doit prendre judiciairement connaissance ou, s'il siége avec un jury, doit informer le jury que celui-ci doit prendre judiciairement connaissance d'un fait dont il est fait mention dans ce paragraphe, et, nonobstant le paragraphe (2) de l'article 3, le juge doit prendre judiciairement connaissance d'une question de droit dont il est fait mention dans ce paragraphe, si une partie le lui demande et si cette partie

- a) donne à chaque partie adverse un avis suffisant de la demande, en vue de permettre à la partie adverse de contester la demande; et
- b) fournit au juge des renseignements suffisants en vue de lui permettre de satisfaire à la demande.

(2) En ce qui concerne tout fait dont il est fait mention aux paragraphes (2) et (3) de l'article 2 ou toute question de droit dont il est fait mention au paragraphe (2) de l'article 3,

- a) s'il a été demandé au juge de prendre judiciairement connaissance, ou si le juge se propose de prendre judiciairement connaissance ou prend judiciairement connaissance de ce fait ou de cette question de droit, il doit, sur demande, donner à chaque partie l'occasion de formuler des prétentions au sujet du fait ou de la question de droit en cause et au sujet de la question de savoir s'il convient d'en prendre judiciairement connaissance; et
- b) si le juge se fonde sur quelque source de renseignement, y compris l'opinion d'experts en la matière, qui n'est pas reçue à l'audience, ce renseignement et la source de celui-ci doivent faire partie du dossier des

procédures, et le juge doit, sur demande, donner à chaque partie l'occasion de formuler des prétentions au sujet de l'exactitude de ce renseignement.

(3) En examinant la question de savoir s'il convient de prendre judiciairement connaissance d'un fait en vertu du paragraphe (2) de l'article 2 et en examinant toute question devant être judiciairement connue, le juge peut consulter toute source de renseignement, y compris l'opinion d'experts en la matière, qu'elle soit fournie par une partie ou qu'il la découvre par suite de ses propres recherches. Il peut demander aux parties de présenter des prétentions par écrit ou des arguments oraux, ou de contre-interroger les personnes qui expriment leur opinion. Les règles d'exclusion de la preuve, sous réserve de la revendication valable d'une immunité, n'ont pas à être appliquées à pareille prétention, ou à pareil argument ou contre-interrogatoire.

(4) Un renseignement fourni au juge par les parties, au sujet d'un fait devant être judiciairement connu ou au sujet de la question de savoir si un fait peut raisonnablement être l'objet d'une contestation, ne doit pas être porté à la connaissance du jury.

(5) Lorsque le juge prend judiciairement connaissance d'un fait ou d'une autre question et que les parties ont eu l'occasion de fournir des renseignements à ce sujet, le fait ou la question est réputé, d'une façon concluante, être véridique aux fins de l'espèce et aucune preuve contradictoire n'est par la suite admissible.

(6) Il est possible de prendre judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question à toute étape des procédures.

COMMENTAIRE

Introduction

Ces règles constituent un plan global relativement à la connaissance judiciaire tant des faits que du droit. Elles devraient entraîner une application plus libérale du concept de la connaissance judiciaire dans l'appréciation de certaines catégories de faits et par conséquent, une réduction de la durée du procès et une constatation plus rationnelle des faits. Sans entraver indûment l'application du concept, le texte législatif est destiné à fournir de bonnes garanties contre certains dangers, un recours plus général au concept de la connaissance judiciaire pouvant entraîner la commission d'une injustice, du point de vue de la procédure. Tout en reconnaissant la distinction entre les faits pertinents au jugement et les faits législatifs et en apportant d'importantes modifications au droit actuel relativement à la preuve de la législation par délégation et du droit étranger, ces articles rationaliseront l'emploi par le tribunal de ces éléments, lorsqu'il aura à décider quel droit s'applique dans une affaire particulière.

ARTICLE 1 - DEFINITION DE LA CONNAISSANCE JUDICIAIRE

Le concept de la connaissance judiciaire a de nombreux sens. Souvent, il se rapporte uniquement à la reconnaissance des faits connus, présume-t-on, par le juge des faits, personne d'intelligence et d'expérience moyennes, ou des faits que celui-ci est tenu de constater lui-même. Toutefois, dans son sens général, ce concept se rapporte à la reconnaissance de toute question sur laquelle le tribunal peut se fonder pour résoudre le litige dont il est saisi, mais qui n'a pas à être établie selon les règles de la preuve au cours du procès. C'est dans ce sens large que l'expression est définie à l'article 1 et employée dans la présente étude. Ainsi, elle comprend: (1) l'utilisation par le juge ou le jury de leurs connaissances, par exemple, dans l'appréciation du sens courant des termes, de la valeur probante d'une preuve particulière, de la question de savoir si le comportement des parties est justifié et de la crédibilité des témoignages; (2) la reconnaissance, par le juge, de faits précis qu'il n'est pas raisonnablement possible de contester parce qu'ils sont généralement connus; (3) la reconnaissance par le juge de faits sociaux et économiques généraux, en cause dans de nombreux litiges; (4) la reconnaissance par le juge de la règle de droit applicable à une situation précise donnée. Dans certains cas, il faut fournir sans formalités des renseignements au juge avant qu'il soit tenu d'en prendre judiciairement connaissance, mais dans d'autres cas, par exemple,

en ce qui concerne la règle de droit applicable, le juge est positivement tenu d'obtenir le renseignement requis et d'en prendre judiciairement connaissance.

ARTICLE 2 - CONNAISSANCE JUDICIAIRE DE CERTAINS FAITS

En pratique, le plus souvent implicitement seulement, les tribunaux, en prenant judiciairement connaissance de certains faits, établissent une distinction entre les faits pertinents lorsqu'ils décident quels sont les faits de l'affaire dont ils sont saisis, et les faits économiques et sociaux d'une nature générale, pertinents lorsqu'ils décident quelle loi doit s'appliquer aux faits particuliers de l'espèce. L'article 2 que nous proposons codifie cette distinction.

Paragraphes (1) et (2) de l'article 2 - Faits pertinents au jugement

Ces paragraphes prévoient que les faits que nous avons appelés faits pertinents au jugement seront connus judiciairement ou pourront l'être. Il s'agit des faits en cause ou des faits permettant de déduire les faits en cause. Ils sont pertinents, lorsqu'on décide, en ce qui concerne les parties, qui a commis un acte, quel est cet acte, où, quand, comment et pour quel motif ou dans quelle intention l'acte a été commis. Ces faits peuvent normalement être établis uniquement en fournissant au juge des faits certains renseignements selon les règles strictes de la preuve. Toutefois lorsque pareils faits ne peuvent pas raisonnablement être l'objet d'une contestation, le tribunal peut en prendre judiciairement connaissance afin d'épargner du temps et de l'argent en évitant que l'on ait à les établir par la présentation d'une preuve en bonne et due forme et, étant donné que le tribunal est le lieu de règlement de litiges réels, afin d'empêcher les plaideurs de demander au tribunal de se prononcer sur des questions purement théoriques.

Entre autres, les propositions de connaissance généralisée constituent une catégorie de faits pertinents au jugement, selon le sens donné à cette expression dans la présente étude. Il s'agit de faits permettant de déduire d'autres faits plus précis et souvent importants. Il faut présumer que le juge des faits est une personne d'intelligence et d'expérience normales. Si tel n'était pas le cas, la preuve présentée à l'audition aurait peu de sens pour lui. Le paragraphe (1) de l'article 2 édicte que le juge des faits doit prendre judiciairement connaissance des faits et propositions d'une connaissance généralisée, que chacun utilise habituellement dans ses raisonnements, et qui sont rarement établis à l'audition par la preuve produite selon la procédure judiciaire normale. Cette connaissance généralisée comprendrait le sens ordinaire des mots, les com-

portements humains typiques et les relations causales entre des événements bien connus. Le paragraphe codifie simplement le droit actuel. Dans ce paragraphe, la réserve expresse qui a été apportée dans les arrêts, soit la connaissance commune "parmi la plupart des personnes d'une intelligence et d'une expérience moyennes" est apportée à l'expression "connaissance commune".

Le paragraphe (2) de l'article 2 énonce les motifs permettant de prendre connaissance de faits qui ne sont pas nécessairement d'une connaissance commune parmi la plupart des personnes d'une intelligence et d'une expérience moyennes. Pareils faits pourraient comprendre des faits scientifiques, historiques, géographiques et chronologiques et il faudrait peut-être se reporter à des pièces telles que des traités, des cartes, des almanachs ou des encyclopédies, pour établir que ces faits sont incontestables. Le paragraphe proposé éclaircit la pratique actuelle des tribunaux en reconnaissant deux critères distincts permettant de déterminer jusqu'à quel point il faut que le fait soit certain avant qu'il soit possible d'en prendre judiciairement connaissance.

L'alinéa a) du paragraphe (2) de l'article 2 est conforme au droit actuel exposé par les tribunaux. L'alinéa b) du paragraphe (2) de l'article 2 énonce un motif permettant de prendre judiciairement connaissance des faits pertinents au jugement, motif qui n'est pas souvent énoncé dans les arrêts. Lorsqu'il en est fait mention, c'est habituellement sous le prétexte que le juge cherche à rafraîchir sa mémoire sur une question de connaissance commune. Un fait qu'il est possible de constater, comme le mentionne l'article, ne devrait pas avoir à être établi en suivant les règles strictes de la preuve. Ce motif devrait normalement être le point de départ de la doctrine.

Dans certains arrêts, il a été décidé que si un fait est "d'une connaissance commune" dans un certain groupe ou dans une certaine profession, il serait suffisamment notoire pour qu'il soit possible d'en prendre judiciairement connaissance. Tous les faits qui pourraient être connus en vertu de pareil critère seront probablement compris dans le critère énoncé à l'alinéa b) du paragraphe (2) de l'article 2.

Paragraphe (3) de l'article 2 - Faits législatifs

Les règles de la preuve ont été élaborées en vue de régir la preuve de faits précis, concernant uniquement les parties au procès. Toutefois, dans deux cas au moins, les faits sur lesquels le tribunal pourrait se fonder pour rendre un jugement final dans l'affaire sont d'une nature générale et la constatation de ces faits par le tribunal aura un effet dépassant invariablement l'intérêt des parties.

Premièrement, le tribunal pourrait considérer les faits économiques et sociaux généraux lorsqu'il se demande quelle est la doctrine juridique à appliquer non seulement aux faits particuliers de l'espèce, mais également à toutes les causes du même genre dont les tribunaux pourront éventuellement être saisis. Dans la majorité des causes contestées, le tribunal est simplement appelé à résoudre le litige précis entre les parties et à appliquer le droit existant. Lorsque la règle de droit applicable est l'objet d'une contestation, il est habituellement possible de se prononcer sur elle en ayant recours aux pièces juridiques traditionnelles telles que les décisions judiciaires antérieures. Toutefois, à l'occasion, les tribunaux sont appelés à formuler une nouvelle règle de droit, à interpréter une loi vague, ou à adopter une vieille loi aux changements de conditions. L'établissement de pareille règle de droit dépend de toute évidence d'une connaissance des conditions existantes. Bien qu'il n'y a pas si longtemps les tribunaux aient hésité à dire qu'ils se fondaient sur ces faits, actuellement, de nombreux juges sont davantage disposés à reconnaître que dans certains cas du moins, ils doivent tenir compte de l'intérêt public en formulant des règles de droit. En appréciant la situation, le tribunal peut se fonder sur ce qu'il sait personnellement des conditions sociales et économiques pertinentes ou sur des éléments précis tirés de livres, traités, ouvrages d'histoire législative, journaux et ainsi de suite, éléments qu'il trouve lui-même ou qui lui sont fournis. Le tribunal exerce alors en quelque sorte un pouvoir législatif. Ces faits ont donc été appelés faits législatifs. Le pouvoir de prendre connaissance de ces faits est inhérent à l'obligation qu'a le tribunal de prendre judiciairement connaissance du droit, mais il en est ici distinctement question en vue de rendre plus claire l'utilisation de ces données par les tribunaux et de montrer que pareille utilisation est sujette aux garanties énoncées à l'article 4 proposé.

Deuxièmement, les tribunaux se fondent fréquemment sur des faits économiques et sociaux généraux lorsqu'ils statuent sur la constitutionnalité d'une disposition législative. C'est là un fait amplement reconnu dans les arrêts. On considère que ces faits constituent un genre particulier de fait législatif; ils sont souvent appelés "faits constitutionnels". Ils sont le plus souvent utilisés dans l'appréciation de l'effet d'une loi contestée ou dans la constatation du contexte économique et social d'une disposition législative lorsque se pose la question de savoir si en adoptant celle-ci, l'assemblée législative provinciale ou fédérale a agi dans les limites de sa compétence.

Les données, livres et périodiques dans le domaine de l'économie dont un tribunal peut tenir compte pour déterminer quel devrait être le droit applicable renferment nécessairement des éléments controversables et discutables,

comme c'est inévitablement le cas pour l'interprétation de lois et d'arrêts antérieurs par un tribunal. Par conséquent, l'article proposé ne prescrit pas que ces questions ne doivent pas raisonnablement être l'objet d'une contestation pour qu'il soit possible au juge d'en prendre connaissance. Les tribunaux prennent judiciairement connaissance de ces faits non pas parce qu'il est inutile de les établir selon les règles strictes de la preuve, étant donné qu'ils sont incontestables, mais plutôt parce qu'à cause de la nature de ces faits, les règles strictes de la preuve ne constituent pas un moyen approprié de les établir. De plus, presque toujours, l'appréciation de ces faits entraînera des considérations et des conséquences allant au-delà de l'intérêt des parties au litige. Par conséquent, le juge doit avoir une certaine initiative lorsqu'il veut s'assurer qu'il considère tous les renseignements pertinents en vue d'arriver à une décision. De plus, ce sont habituellement les tribunaux d'appel qui prennent connaissance de ces faits, et à ce niveau, la présentation d'une preuve en bonne et due forme n'est pas aussi facile qu'en première instance.

Bien sûr, ces règles ne régissent pas l'admissibilité des faits économiques et sociaux; elles traitent uniquement de la façon dont les tribunaux sont mis au courant de ces faits. Ce sont les règles traditionnelles d'interprétation des lois et de la constitution qui régissent l'admissibilité de ces faits. Ces règles ne sont pas non plus destinées à inviter les juges à assimiler leur rôle à celui du législateur; elles ne prévoient aucun changement dans la façon dont les juges font actuellement leurs raisonnements juridiques. En formulant ces règles, il a été reconnu que certains tribunaux et certains juges utilisent maintenant ces genres de faits et en ont exprimé la nécessité et que les méthodes actuellement employées en vue de renseigner les tribunaux sont insuffisantes. La section estime que sa proposition fournit un mode de preuve qui tient compte des conséquences qu'entraîne la constatation de ces faits et assure la justice envers les parties devant le tribunal; pour ces raisons, le code de la preuve devrait prescrire ce mode de preuve.

ARTICLE 3 - CONNAISSANCE JUDICIAIRE DU DROIT

Les juges ont toujours été tenus d'examiner eux-mêmes le droit, habituellement en se fondant sur les arrêts et lois invoqués sans formalités par les avocats. C'est donc dire que les juges ont toujours pris judiciairement connaissance du droit. Toutefois, certaines dispositions législatives se trouvent dans des documents qui ne sont peut-être pas toujours facilement disponibles ou, s'ils le sont, il se peut que le juge ne soit pas en mesure d'en comprendre le contenu; par conséquent, aux fins de la preuve, ces dispositions législatives ont été considérées comme des faits.

L'article proposé respecte la distinction entre les documents facilement accessibles au juge et ceux qui ne le sont pas, mais fait de la preuve de toute disposition législative une question de connaissance judiciaire. Les documents sont considérés différemment en ce sens que les dispositions législatives se trouvant dans des documents facilement accessibles sont rangées dans la catégorie des questions de droit dont le tribunal doit prendre judiciairement connaissance, alors que les dispositions législatives moins bien connues et se trouvant dans des documents qui ne sont pas facilement accessibles sont rangées dans la catégorie des questions de droit dont le tribunal peut, à sa discrétion, prendre judiciairement connaissance. Toutefois, même en ce qui concerne les questions dont il est possible de prendre judiciairement connaissance, sans qu'il soit nécessaire de le faire, si une partie demande au juge d'en prendre judiciairement connaissance, donne un avis aux autres parties et fournit au tribunal des renseignements suffisants, celui-ci doit prendre connaissance de ces documents également. Voir le paragraphe (1) de l'article 4. En ce qui concerne les conséquences juridiques, la différence importante entre une question dont le tribunal doit prendre connaissance et une question dont le tribunal peut prendre connaissance est la suivante: si le tribunal omet de prendre connaissance de la première, la plupart du temps, sa décision sera infirmée en appel. Si le tribunal refuse de prendre connaissance des questions de la dernière catégorie, son jugement sera rarement infirmé.

Paragraphe (1) de l'article 3 - Connaissance judiciaire obligatoire du droit

Nous avons inclus dans le paragraphe (1) de l'article 3 les questions de droit que le juge est réputé connaître ou dont il peut normalement prendre connaissance, même si les parties omettent de lui fournir la loi ou l'arrêt approprié.

Il semble, du moins dans les affaires civiles, qu'un tribunal siégeant dans une province ne peut pas prendre judiciairement connaissance du droit jurisprudentiel s'appliquant dans une autre province, mais c'est rarement le cas dans les affaires auxquelles s'applique la Loi sur la preuve au Canada. L'alinéa a) du paragraphe (1) de l'article 3 proposé édicte qu'il faut prendre judiciairement connaissance du droit jurisprudentiel de toutes les provinces. Le droit d'autres provinces est habituellement aussi accessible et facilement compris que le droit de la province où siège le tribunal. De fait, les tribunaux se reportent continuellement au droit d'autres provinces lorsqu'ils statuent sur le droit de leur propre province.

Les alinéas b) et c) du paragraphe (1) de l'article 3 énoncent essentiellement le droit existant, édicté aux articles 17 et 18 de la Loi sur la preuve au Canada actuel-

lement en vigueur. Les lois du Parlement impérial qui ne font pas partie du droit canadien et qui, actuellement, peuvent être connues en vertu de l'article 17 de la Loi sur la preuve au Canada, seront objets de connaissance judiciaire en vertu de l'alinéa c) du paragraphe (2) de l'article 3 du texte législatif proposé.

L'alinéa d) du paragraphe (1) de l'article 3 oblige le juge à prendre judiciairement connaissance de toute la législation par délégation publiée dans une gazette officielle. Cela comprend les règles, règlements, décrets ou proclamations ainsi que tout autre document, y compris les permis, avis nominations et instruments semblables. Actuellement, les articles 21 et 22 de la Loi sur la preuve au Canada, l'article 23 de la Loi sur les textes réglementaires, le paragraphe (4) de l'article 17 de la Loi d'interprétation et l'article 715 du Code criminel traitent d'une façon générale de la preuve de la législation par délégation. Les décisions dans lesquelles ces articles sont interprétés sont contradictoires et dépendent souvent des termes employés en désignant un règlement législatif particulier.

D'après l'article proposé, aucune distinction ne devrait être établie entre les différents genres de textes adoptés par délégation. Si le texte législatif réglementaire pertinent est publié dans une gazette officielle, il est suffisamment accessible pour que le tribunal soit tenu d'en prendre judiciairement connaissance sans que l'avocat soit nécessairement obligé de fournir à celui-ci un exemplaire de la gazette pertinente. Bien sûr, en pratique, la plupart des avocats fournissent la documentation pertinente au tribunal.

L'alinéa e) du paragraphe (1) de l'article 3 énonce le droit actuel, édicté à l'article 18 de la Loi sur la preuve au Canada, mais y englobe les lois privées de la législature de toute province canadienne.

Paragraphe (2) de l'article 3 - Pouvoir discrétionnaire en matière de connaissance judiciaire du droit

Le juge a le pouvoir discrétionnaire de prendre judiciairement connaissance des questions de droit dont cet article fait mention. On imposerait au juge une responsabilité trop lourde si on l'obligeait à prendre judiciairement connaissance de ces questions, étant donné qu'il est peu probable que le juge les connaisse ou qu'elles se trouvent dans des documents facilement disponibles. Toutefois, si une partie le demande et est en mesure de fournir au juge des renseignements suffisants à ce sujet, celui-ci est tenu d'en prendre connaissance. Voir le paragraphe (1) de l'article 4. La meilleure façon d'établir ces questions consiste presque toujours à fournir les renseignements requis sans être gêné par les règles strictes de la preuve. En exigeant qu'un avis raisonnable soit donné à la partie adverse et que des renseignements "suffisants" soient fournis avant que le juge

soit tenu de prendre judiciairement connaissance de la question, on garantit que toutes les parties seront traitées avec justice et que la vérité se fera jour.

Si une disposition législative ou un règlement est publié dans une gazette officielle, il faut en prendre judiciairement connaissance. Voir l'alinéa d) du paragraphe (1) de l'article 3. Toutefois, de nombreux règlements adoptés par des organismes gouvernementaux n'ont pas à être publiés dans une gazette officielle. Bien sûr, il en va de même pour de nombreux autres actes officiels d'institutions gouvernementales, par exemple, les procès-verbaux, décisions et procédures des diverses commissions administratives et des divers comités législatifs; les pièces enregistrées dans les bureaux de biens-fonds ou autres bureaux ou ministères (voir l'article 26 de la Loi sur la preuve au Canada), les dossiers ou procédures des tribunaux canadiens (voir l'article 23 de la Loi sur la preuve au Canada). L'alinéa a) du paragraphe (2) de l'article 3 édicte qu'il est alors possible de prendre judiciairement connaissance de ces actes. Il est raisonnable d'obliger la partie qui demande qu'il en soit judiciairement pris connaissance à fournir au juge des renseignements suffisants en vue de permettre à celui-ci de s'assurer de leur existence. Toutefois, étant donné que ces renseignements ne sont pas toujours faciles à obtenir, il semble déraisonnable de prescrire un mode strict de preuve comme le fait actuellement la Loi sur la preuve. En décidant dans chaque cas quels sont les renseignements requis en vue d'établir l'existence ou le contenu d'un acte officiel particulier, le juge fera l'équilibre entre les inconvénients que comporte l'obtention des renseignements requis et la nécessité d'être juste, du point de vue de la procédure.

L'alinéa c) du paragraphe (2) de l'article 3 édicte qu'il est possible de prendre judiciairement connaissance du droit étranger. En vertu du droit actuel, si le droit d'un pays étranger est en cause dans une poursuite judiciaire, on le considère souvent comme une question de fait qu'il faut plaider et établir selon les règles strictes de la preuve. Actuellement, le mode précis de preuve du droit étranger et la question de savoir si le juge peut consulter des documents qui n'ont pas été produits en bonne et due forme sont l'objet d'une incertitude.

Pour les motifs suivants, la présentation d'une preuve en bonne et due forme est souvent une façon inappropriée et surannée de déterminer quel est le droit étranger: la question de savoir quel est le droit applicable est souvent une question d'opinion personnelle; c'est le juge et non le jury qui détermine quel est le droit étranger; les dépenses engagées et les difficultés éprouvées en vue de trouver des experts habiles, en vertu du droit existant, à exprimer une opinion sur le droit étranger posent souvent de graves

problèmes; les prescriptions du droit existant sont trop strictes, compte tenu du fait qu'on ne rencontre peut-être pas toujours les mêmes difficultés lorsqu'on détermine quel est le droit étranger; les règles strictes de la preuve rejettent de nombreux renseignements utiles; la documentation anglaise et française sur le droit étranger et l'information ont pris énormément d'importance depuis l'époque de l'adoption de ces règles par les tribunaux; en pratique, les règles ayant trait à l'admissibilité de la preuve destinée à établir le droit étranger rendent la tâche difficile et souvent impossible. Ces problèmes ne se poseront plus avec l'adoption de l'article proposé, étant donné que le droit étranger pourra être connu judiciairement. Le juge pourra prendre judiciairement connaissance d'une disposition étrangère et devra en prendre judiciairement connaissance si une partie le demande et lui fournit des renseignements suffisants en vue d'établir le droit, en conformité du paragraphe (1) de l'article 4. Ainsi, il s'agit d'une disposition facultative, qui n'oblige pas le juge à faire des recherches personnelles sur le droit étranger.

Si une partie demande qu'il soit pris judiciairement connaissance du droit étranger, elle a la faculté, lorsqu'elle aide le tribunal à déterminer quel est ce droit, de choisir les documents qu'elle présentera au tribunal et la façon dont elle le fera. Les lois, recueils et arrêts, traités et articles appropriés, déclarations, faites ou non sous serment, par des fonctionnaires, avocats et intellectuels d'un pays étranger, et l'opinion de personnes n'étant pas disponibles aux fins d'un contre-interrogatoire, peuvent être présentés et invoqués à titre de pièces, même si celles-ci ne sont pas admissibles en vertu des règles strictes de la preuve.

Comme il en a déjà été fait mention, les tribunaux ne prennent pas judiciairement connaissance du droit étranger non seulement parce que la documentation requise n'est pas accessible, mais également parce que les méthodes et fondements des systèmes juridiques étrangers ne leur sont pas familiers. Par conséquent, on a proposé de limiter le pouvoir discrétionnaire du juge de prendre judiciairement connaissance du droit étranger au droit des territoires dont les systèmes juridiques sont semblables à celui de la province où les procédures ont été engagées; par exemple, les provinces de common law prendraient judiciairement connaissance du droit de tous les pays de common law du Commonwealth et de tous les états de common law des Etats-Unis d'Amérique. Le droit des territoires étrangers dont le système juridique est très différent du système canadien devrait encore être établi comme un fait. Toutefois, étant donné que le juge peut, en vertu du paragraphe (3) de l'article 4, modifier la façon de fournir les renseignements ou le genre de renseignement selon les difficultés éprouvées en déterminant

quelle est la disposition étrangère particulière qui s'applique, il semble inutile d'établir des règles de preuve qui, dans bien des cas, pourraient être très arbitraires, en se fondant sur ces difficultés. De plus, en prescrivant à cet égard un mode de preuve semblable à celui qui existe dans le cas des faits ordinaires, on ne tient pas compte des différences importantes dans la nature de ces deux genres de "faits". La plupart du temps, le droit étranger sera établi plus exactement si le juge et l'avocat ont la faculté de consulter des documents et de fournir des arguments sans avoir à se préoccuper des règles de la preuve.

Lorsque le juge ne peut pas déterminer d'une façon satisfaisante quelle est la disposition étrangère, il a deux options. Il peut présumer que le droit étranger est semblable au droit canadien, ce qu'il devrait d'ailleurs faire en vertu du droit actuel, ou il peut rejeter l'action pour le motif qu'un élément essentiel du droit d'action n'a pas été établi. En pratique, ces deux solutions peuvent entraîner la commission d'une injustice. Lorsqu'il est difficile, coûteux ou impossible d'établir le droit étranger, la deuxième solution peut injustement empêcher une partie de faire valoir son droit d'action. D'autre part, lorsque, de toute évidence le droit étranger est radicalement différent du droit interne, la première solution peut être une fiction préjudiciable.

Le paragraphe proposé autorise le juge à décider, dans chaque cas, quelle est la meilleure façon de procéder pour en arriver à une décision juste. Si le juge décide que le droit étranger est probablement radicalement différent du droit canadien, ou qu'il existe d'étroites relations entre le pays étranger et les parties ou l'affaire, ou encore si le juge conclut, pour quelque raison que ce soit, que le droit étranger peut ou devrait s'appliquer, si ce droit n'est pas prouvé, il peut rejeter l'action, en vertu de l'article proposé.

ARTICLE 4 - PROCEDURE

Paragraphe (1) de l'article 4 - Connaissance obligatoire

En vertu du droit actuel, on peut se demander dans quels cas la connaissance judiciaire est obligatoire et dans quels cas elle est facultative. Le paragraphe (1) de l'article 4 proposé répond à cette question.

L'avis requis, en vertu de l'alinéa e) du paragraphe (1) de l'article 4, en vue de rendre obligatoire la connaissance judiciaire est simplement un avis raisonnable et l'on devrait se montrer libéral à cet égard, afin d'assurer l'application du principe directeur à la base de la règle. Selon les circonstances de l'espèce, il se peut que l'avis doive être donné dans les procédures écrites ou qu'un avis

donné à l'audition soit suffisant. Mais même si la partie qui fait la demande ne donne aucun avis, le tribunal peut, s'il le juge bon, prendre judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question, et ce, de son propre chef. Toutefois, notons qu'en vertu du paragraphe (2) de l'article 4, le juge doit donner à chaque partie l'occasion de fournir les renseignements pertinents.

La seconde condition, que la partie qui fait la demande fournisse des renseignements suffisants, n'est pas constante elle non plus. Parfois, il se peut qu'il suffise d'invoquer une seule source digne de foi. Dans d'autres cas, le tribunal pourrait avec raison obliger la partie à obtenir l'aide d'un expert en vue d'éclaircir des problèmes particulièrement difficiles.

Paragraphe (2) de l'article 4 - Possibilité de fournir des renseignements au tribunal.

Lorsque, de sa propre initiative, le juge prend judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question, ou lorsqu'une partie fait une demande en vertu du paragraphe (1) de l'article 4, l'alinéa a) du paragraphe (2) de l'article 4 fournit aux deux parties une garantie: celles-ci auront l'occasion de fournir au juge des renseignements au sujet du fait ou de la question en cause ou au sujet de la question de savoir s'il convient de prendre judiciairement connaissance de ce fait ou de cette question. Si, de sa propre initiative, le juge prend judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question, la plupart du temps, il donnera aux parties pareille occasion avant ou après avoir pris connaissance du fait ou de la question, selon qu'il est possible ou non que ceux-ci soient contestés.

Bien sûr, cette prescription s'appliquerait autant devant les tribunaux d'appel que devant les tribunaux de première instance. L'article s'applique tant aux faits législatifs qu'aux faits pertinents au jugement. Les tribunaux prennent judiciairement connaissance des faits législatifs afin de déterminer quel est le droit, mais il se peut que le juge n'ait pas connaissance de ces faits ou ne sache pas comment les constater. Par conséquent, étant donné que l'utilisation de données sociales ou économiques peut toucher à l'intérêt des parties, celles-ci devraient toujours avoir l'occasion de fournir des renseignements sur ces faits ou questions, le cas échéant.

L'alinéa b) du paragraphe (2) de l'article 4 garantit l'application régulière de la loi, du point de vue de la procédure, lorsque le juge, en examinant la question de savoir s'il devrait prendre judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question, se fonde sur des renseignements non reçus à l'audience.

Paragraphe (3) de l'article 4 - Renseignements pouvant être reçus

Cet article confère au juge le pouvoir discrétionnaire de décider dans chaque cas quelles sont les sources de renseignement les plus appropriées, quelle est la meilleure façon de procéder en vue de savoir s'il devrait prendre judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question et quels faits devraient être connus.

Paragraphe (4) de l'article 4 - Causes devant un jury

La plupart des faits visés par la connaissance judiciaire ne sont pas essentiels, mais lorsqu'ils le sont, il est important que le jury ne prenne pas connaissance des renseignements fournis sans se conformer aux règles strictes de la preuve. Il se peut que la partie qui fournit le renseignement et ne peut convaincre le tribunal qu'il faut en prendre judiciairement connaissance ne soit pas en mesure d'établir le fait selon les règles de la preuve, et si le jury a pris connaissance des renseignements fournis sans formalités à ce sujet, la partie adverse pourrait subir un préjudice.

Paragraphe (5) de l'article 4 - Effets

Dans les arrêts canadiens, il n'existe aucun prononcé clair sur la question de savoir si un fait dont le juge a judiciairement pris connaissance peut être contesté par la présentation d'une preuve contradictoire. Toutefois, la section estime qu'étant donné que la décision du juge de prendre ou de ne pas prendre judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question peut toujours être contestée, comme toute autre décision, et que de nouveaux renseignements peuvent être fournis, l'admission d'une preuve en bonne et due forme visant à contredire un fait judiciairement connu ne servirait à rien et pourrait uniquement prolonger le procès; la règle n'aurait donc plus aucun avantage. Si le juge est convaincu de l'existence d'un fait par suite des renseignements qui lui ont été fournis sans formalités, et si les renseignements fournis sans formalités par la partie adverse ne peuvent pas le convaincre de changer d'idée, il est difficile de voir comment les renseignements fournis en suivant les règles strictes de la preuve pourraient avoir cet effet. De plus, si une preuve contradictoire était admissible, on se trouverait à contrarier l'objectif de la règle de la connaissance judiciaire, soit, éviter que les parties demandent au tribunal de se prononcer sur des questions incontestables. Le paragraphe (5) de l'article 4 édicte donc que si le tribunal prend judiciairement connaissance d'un fait, sa conclusion ne peut pas être contestée par la présentation d'une preuve.

Paragraphe (6) de l'article 4 - A quel moment doit-on prendre judiciairement connaissance?

Conformément à la pratique actuelle, le paragraphe (6) de l'article 4 édicte qu'il est possible de prendre judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question à toute étape des procédures: avant le procès, au cours de celui-ci, au moment de la sentence ou de l'appel.

Bibliographie choisieCONNAISSANCE JUDICIAIREConnaissance judiciaire de certains faits

On trouve très peu de documentation canadienne au sujet de la connaissance judiciaire des faits. L'étude la plus approfondie se trouve dans Schiff, The Use of Out-of-Court Information in Fact Determination at Trial (1963), 41 Can. B. Rev. 335, 338-355. Des études sommaires se trouvent dans Bowker, The Law of Evidence; 1923-1947 (1948), 26 Can. B. Rev. 246 pp. 254-255; Popple, Canadian Criminal Evidence 40, 214 (2d ed. 1954); Trials sec. 18, 21 C.E.D. (Ont. 2nd); Evidence sec. 24 pp. 407, 410-414, 10 C.E.D. (West. 2nd); pour un examen de la connaissance judiciaire des faits constitutionnels au Canada voir Strayer, Judicial Review of Legislation in Canada ch. VI, particulièrement aux pages 173-177 (1968); Canadian Constitutional Law ch. IV, particulièrement aux pages 186-189 (rev. 3d ed. 1969).

En Angleterre, les principaux traités parlent de cette question ainsi que Phipson, Evidence secs. 46-71 (11th ed. 1970); Cross, Evidence ch. 7 (3d ed. 1967); le professeur Nokes a écrit un excellent article; Nokes, The Limits of Judicial Notice (1958), 74 L.Q.R. 59.

La distinction entre les faits pertinents au jugement et les faits législatifs a pour la première fois été établie par un intellectuel américain, le professeur Kenneth Culp Davis. Ses écrits sur la connaissance judiciaire sont cités et résumés dans 4 Davis, Administrative Law Treatise ch. 15 (1958), Supp. 1970. Autres études sur la connaissance judiciaire par des professeurs américains faisant autorité; McCormick, Evidence ch. 35 (2nd ed. 1972); 9 Wigmore, Evidence secs. 2565-2583 (3d ed. 1940); Keefe, Landis, and Shaad, Some Sense and Nonsense about Judicial Notice (1950), 2 Stan. L. Rev. 664 Knowlton, Judicial Notice, 10 Rutgers L. Rev. 501 (1956); McNaughton, Judicial Notice - Experts to the Morgan-Wigmore Controversy (1961). 14 Vand. L. Rev. 779; Morgan, Judicial Notice (1944), 57 Harv. L. Rev. 269.

Connaissance judiciaire du droit

On trouve un examen de la connaissance judiciaire du droit et en particulier de la connaissance judiciaire de la législation par délégation dans Evidence sec. 24, pages 407-410, 10 C.E.D. (West. 2nd).

Il existe un article portant sur la preuve du droit étranger, passant en revue le droit canadien actuel et recommandant que les tribunaux soient autorisés à prendre judiciairement connaissance du droit étranger; Castel, Proof of Foreign Law (1972), 22 U. Toronto L.J. 33.

Aux Etats-Unis, la documentation portant sur la preuve du droit étranger est volumineuse. Parmi les principaux articles prônant une réforme des règles de preuve du droit étranger, on trouve Nussbaum, The Problem of Proving Foreign Law (1941), 50 Yale L.J. 1018; Nussbaum, Proving the Law of Foreign Countries (1954), 3 Am. J. Comp. L. 60; Keefe, Landis and Shaad, Sense and Nonsense About Judicial Notice (1950), 2 Stan. L. Rev. 664; Miller, Federal Rule 441 and the "Fact" Approach to Determining Foreign Law; Death Knell for a Die-Hard Doctrine (1967), 65 Mich. L. Rev. 613. Parmi les articles dans lesquels la valeur des règles traditionnelles de preuve du droit étranger est signalée, on trouve Sommerich and Busch, The Expert Witness and the Proof of Foreign Law (1953), 38 Conn. L.Q. 125; Stern, Foreign Law in the courts; Judicial Notice and Proof (1957), 45 Calif. L. Rev. 23.

Document préliminaire #7

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA

Document préliminaire
préparé par

la section de recherche sur le droit de la preuve

OPINIONS ET TEMOIGNAGES D'EXPERTS



UNE FACON DE FORMULER LE PROJET DE LOIOpinions et témoignages d'experts

NOTE: (Dans ces articles, l'expression "juge" est réputée signifier "le juge ou toute autre personne présidant une audition judiciaire" et l'expression "jury" est réputée signifier "le jury ou toute autre personne à qui il incombe d'apprécier les faits").

Article 1. (1) En l'absence d'une disposition contraire de la présente partie, un témoin peut uniquement faire une déposition au sujet de faits dont il a personnellement eu connaissance.

(2) Il peut être établi qu'un témoin a personnellement eu connaissance d'un fait au moyen de la déposition du témoin lui-même ou au moyen de toute autre preuve admissible.

Article 2. Qu'il ait ou non été accepté à titre d'expert, un témoin peut exprimer son opinion ou tirer une déduction en se fondant sur des faits pertinents si son opinion ou sa déduction est

a) rationnellement fondée sur des faits dont il a personnellement eu connaissance; et

b) utile aux fins d'une compréhension claire de son témoignage ou de la constatation d'un fait en cause.

Article 3. Une personne habile à témoigner à titre d'expert en raison de ses connaissances, de sa compétence, de son expérience, de sa formation ou de ses études particulières peut être acceptée à titre d'expert et peut exprimer son opinion ou autrement faire une déposition lorsque des connaissances scientifiques, techniques ou d'autres connaissances spéciales aideront le jury à comprendre la preuve ou à apprécier une question.

Article 4. Le témoignage d'un expert ou de tout autre témoin, présenté sous la forme d'une

opinion ou d'une déduction, peut, s'il est autrement admissible en vertu de la présente partie, être reçu à titre de preuve, même s'il porte sur une question finale qui doit faire l'objet d'une décision.

Article 5. (1) Un expert peut fonder son témoignage sur la déposition d'autres témoins ou sur des faits qui ont été portés à sa connaissance avant l'audition.

(2) Le témoignage sous forme d'opinion d'un expert peut être reçu lorsqu'il est fondé sur des faits d'un genre dont les experts en la matière tiennent normalement compte lorsqu'ils forment des opinions ou tirent des déductions sur le sujet, et ce, même si ces faits n'ont pas autrement été établis par la déposition d'une personne qui en a personnellement eu connaissance.

Article 6. (1) Le juge peut exiger qu'un témoin soit interrogé au sujet des faits sur lesquels il se fonde avant que le témoin fasse sa déposition sous la forme d'une opinion ou d'une déduction.

(2) Lorsqu'un expert se propose de faire une déposition sous la forme d'une opinion ou d'une déduction et qu'il se fonde sur la déposition d'autres témoins, son opinion doit être présentée au moyen de questions hypothétiques, à moins que les faits sur lesquels il se fonde ne soient bien évidents.

Article 7. (1) A défaut d'autorisation du juge, un témoin ne doit pas faire une déposition à titre d'expert à moins qu'un rapport conforme au paragraphe (2) n'ait été fourni à toutes les autres parties.

(2) Lorsqu'une partie entend faire témoigner un expert, elle doit, dans un délai raisonnable, avant le jour de l'audition, fournir à toutes les autres parties un rapport qui

a) désigne la personne devant être appelée à titre d'expert;

- b) expose le sujet sur lequel l'expert sera appelé à témoigner;
- c) énonce la substance de tout fait et les opinions et déductions sur lesquelles l'expert sera appelé à témoigner; et
- d) résume les motifs à l'appui de chaque opinion.

Article 8. (1) Le juge peut, sur demande d'une partie aux procédures ou de son propre chef,

- a) ordonner de faire valoir les raisons pour lesquelles des experts ne devraient pas être nommés; et
- b) demander aux parties de désigner des personnes habiles à témoigner à titre d'expert.

(2) Le juge peut nommer un expert sur lequel les parties se seront entendues ou qu'il aura choisi si l'expert accepte la nomination, et le juge peut divulguer au jury que l'expert a été nommé par lui.

(3) Lorsque l'expert a été nommé, le juge doit l'informer de ses devoirs

- a) par écrit, une copie devant alors être déposée au greffe, ou
- b) lors d'une réunion à laquelle les parties auront l'occasion de participer.

(4) Un expert nommé doit

- a) aviser les parties de son opinion, le cas échéant;
- b) faire une déposition, par écrit, sur demande d'une partie;
- c) présenter son témoignage, sur demande d'une partie ou sur l'ordre du juge; et

- d) se soumettre au contre-interrogatoire de chaque partie, y compris la partie qui l'a appelé.

(5) Rien dans le présent article ne limite ou ne modifie le droit d'une partie d'appeler des experts à son choix.

(6) L'expert nommé en vertu du présent article a droit à une juste indemnité dont le montant sera fixé par le juge; cette indemnité est payable

- a) dans les affaires pénales, à l'aide des fonds prévus par la loi,
- b) dans les affaires civiles, par les parties, dans la proportion et à l'époque fixées par le juge, mais cette indemnité doit par la suite être considérée de la même façon que les autres dépens.

COMMENTAIRE

ARTICLE 1 - CONNAISSANCE PERSONNELLE

La règle moderne interdisant au témoin d'exprimer son opinion est la synthèse de deux règles historiquement distinctes. Telle qu'initialement comprise, c'était une règle restrictive ayant la même origine que la règle interdisant le oui-dire. Elle rendait inhabile à témoigner toute personne qui n'avait pas eu personnellement connaissance de l'évènement en litige. Cette règle d'exclusion assurait une certaine valeur probante de la preuve testimoniale; le témoin dont la déposition n'était pas fondée sur une observation personnelle ne pouvait nécessairement qu'hasarder une hypothèse ou une conjecture sur le point en litige. Toutefois, actuellement, en plus d'être employée dans ce sens, la règle est souvent employée en vue de justifier l'exclusion de quelque conclusion ou déduction tirée par un témoin ordinaire, même si pareille opinion est fondée sur son observation personnelle des faits. L'article 1 que nous proposons codifie la règle initiale d'exclusion; l'article 2 modifie fondamentalement la règle de l'opinion, telle qu'elle est communément interprétée de nos jours.

La règle qu'un témoin peut uniquement faire une déposition au sujet de faits qu'il a personnellement observés est l'une des plus anciennes règles de la preuve en common law, mais il existe peu de jurisprudence à ce sujet, probablement parce que l'habilité des témoins est invariablement confirmée par une question préliminaire établissant qu'ils ont personnellement observé le fait et en ont une connaissance personnelle. Toutefois, malgré la rareté des arrêts en la matière, et par conséquent la difficulté d'établir le contenu exact de cette règle, nous croyons que le paragraphe (1) de l'article 1 énonce simplement la règle actuelle. Le paragraphe (2) de l'article 1 énonce une proposition évidente, mais il a pour but d'éviter tout malentendu que la codification de la règle pourrait autrement entraîner.

ARTICLE 2 - TEMOIGNAGE SOUS FORME D'OPINION

Dès le 14e siècle, des experts n'ayant pas personnellement connaissance des faits en cause conseillaient le tribunal au sujet de questions scientifiques utiles dans l'appréciation des faits litigieux. Au 17e siècle, lorsqu'ils ont commencé à faire des dépositions à titre de témoin, leur droit d'exprimer une opinion était considéré comme une exception à la règle prescrivant une connaissance personnelle. Pour énoncer cette exception, les auteurs et les juges ont formulé des commentaires tels que: "bien que les témoins puissent en général parler uniquement de faits, en matière

scientifique, les personnes versées dans l'art peuvent exprimer leurs opinions".

L'expression "opinion" employée par les autorités signifiait une déclaration non fondée sur une connaissance personnelle. Toutefois, comme le montrent les dictionnaires, l'expression a par la suite pris un nouveau sens. On a commencé à l'employer pour parler de déductions ou de conclusions, même si elles étaient fondées sur des faits personnellement observés. Les juges, peut-être insoucieux de l'origine de l'expression, ont donc établi une règle excluant toute opinion exprimée par un témoin ordinaire, indépendamment de la question de savoir si pareille opinion était fondée sur des faits dont le témoin avait personnellement eu connaissance.

La règle de l'opinion n'a pas donné beaucoup de difficultés aux juges des faits, surtout parce que nos tribunaux ne l'ont pas appliquée strictement et y ont apporté de nombreuses exceptions: par exemple, les questions de distance, de vitesse, de dimension, d'identité, d'âge, de valeur et d'état émotif ou physique d'une personne. Cette attitude des tribunaux canadiens à l'égard de la règle de l'opinion est justifiée pour deux raisons. Ces deux raisons ont amené la section de recherche sur le droit de la preuve à conclure que la règle actuelle excluant le témoignage sous forme d'opinion à moins qu'il ne soit absolument nécessaire aux fins du compte rendu du témoin (critère illustré par les exceptions à la règle) devrait être remplacée par une règle excluant le témoignage sous forme d'opinion uniquement s'il n'est pas utile au juge des faits. D'abord, la règle actuelle semble établir une distinction entre une déclaration de fait et une opinion; cette distinction n'existe pas, étant donné que toutes les déclarations de fait sont en réalité des opinions; puis, la plupart du temps, il n'existe aucune justification permettant d'exclure la conclusion raisonnée d'un témoin qui a personnellement observé l'évènement au sujet duquel il exprime une opinion.

Il est facile de montrer que la différence entre une déclaration de fait et une opinion est une question de mesure et non pas une dichotomie. Lorsqu'un témoin affirme qu'il a vu venir une voiture, il exprime une opinion, et pourtant, pareille déclaration est toujours admissible. On peut lui demander de décrire plus en détail l'objet qui s'approchait de lui. S'il le décrit comme un objet avant quatre roues, un toit, un pare-brise, et ainsi de suite, il exprime encore une fois uniquement son opinion; selon la règle actuelle, il serait possible de formuler une objection valable en vue de le forcer à décrire davantage les objets qui, selon lui, étaient des roues. On pourrait formuler pareille objection à l'égard de toutes les déclarations du témoin. La confusion découle du défaut d'établir une distinction entre les faits

et les déclarations portant sur des faits. Les témoins ne peuvent pas énoncer des faits: leur déclaration n'est en réalité que leur opinion, leur appréciation personnelle, fondées sur leurs sens et sur des raisonnements, au sujet de ce qui s'est réellement passé. Leurs paroles ne peuvent pas reproduire les faits. Ils assimilent et apprécient mentalement selon leur expérience antérieure les faits qu'ils observent et choisissent leurs expressions de façon à représenter aussi exactement que possible leur appréciation des faits ou conclusion au sujet de ce qui est arrivé. Ainsi, la seule différence entre ce qui est communément appelé une déclaration de fait et une opinion est que l'une est une description plus précise et concrète que l'autre.

Tout en étant fondées sur la distinction illusoire dont il est ci-dessus fait mention, les justifications invoquées à l'appui de la règle de l'opinion ne résistent pas à l'analyse. On a déjà dit que l'admission d'un témoignage sous forme d'opinion autoriserait l'usurpation des fonctions du jury. Mais le jury a toujours le droit de décider quelle preuve il acceptera ou rejettera et n'est jamais tenu de souscrire à l'opinion exprimée. Nous voyons jusqu'à quel point cette justification est peu fondée lorsque nous constatons qu'on reçoit le témoignage sous forme d'opinion d'un expert, soit le témoin qui est le plus en mesure d'influencer la décision du jury. On a également dit que le témoignage sous forme d'opinion n'est pas admis parce qu'il n'est pas pertinent. Mais étant donné que la pertinence est une question non pas de droit mais de sens commun fondé sur l'expérience, la conclusion raisonnée d'un témoin ayant personnellement eu connaissance d'un évènement contesté a une valeur probante pour celui qui cherche à établir l'évènement. Le témoin oculaire qui affirme, par exemple, que la route "était peu sûre", que la victime "était bruyante" ou que le prévenu "était en colère" fait une déclaration qui, aux yeux de toute personne normale, est destinée à démontrer l'état de la route, de la victime ou du prévenu.

N'ayant en principe aucune justification, étant en pratique inapplicable, et constituant parfois un obstacle à la façon normale pour un témoin de décrire les faits, la règle de l'opinion excluant un témoignage pertinent et utile, indépendamment de la connaissance personnelle du témoin, devrait être répudiée.

Pour les besoins de la cause, l'alinéa a) de l'article 2 énonce de nouveau la prescription de l'article 1, ayant trait à la connaissance personnelle, étant donné que nous ignorons où sera placé l'article 1 dans le code.

L'alinéa b) de l'article 2 aurait pour effet de remplacer le critère actuel de la "nécessité stricte", permettant de décider si le témoignage sous forme d'opinion d'un témoin ordinaire est admissible, par un critère qui consisterait à se demander si l'opinion est utile au juge des faits. L'avantage serait le suivant: le critère serait applicable et autoriserait les témoins à décrire les faits non seulement comme ils ont l'habitude de le faire, mais également d'une façon qui sera très utile au juge des faits dans sa recherche de la vérité. Le système contradictoire fournira lui-même des garanties contre le témoin qui décrit des faits en termes vagues et généraux, étant donné que l'avocat qui les tirera au clair saura qu'un compte rendu détaillé sera invariablement plus convaincant et que dans la mesure où il ne fera pas ressortir les motifs à la base des déductions de son témoin, l'avocat de la partie adverse, lors du contre-interrogatoire, mettra en jour toute lacune et en tirera parti le plus possible.

ARTICLE 3 - TEMOIGNAGE D'UN EXPERT

Actuellement, on présume parfois que les experts peuvent uniquement témoigner sur une question ne faisant pas partie du champ des connaissances générales. L'article 3 énonce clairement qu'un expert peut témoigner devant le juge des faits au sujet d'une question de son domaine chaque fois que pareil témoignage aiderait le jury. Cette règle permettra d'avoir recours avec discernement aux experts, mais en même temps exclura leur témoignage s'il est inutile et constitue une perte de temps. Compte tenu de la complexité croissante des litiges et donc du recours croissant à des connaissances spéciales en tout domaine, la règle vise une grande variété de témoins. La règle montre que les experts peuvent et devraient témoigner d'une façon précise ainsi que d'une façon générale et concluante.

ARTICLE 4 - OPINION SUR UNE QUESTION FINALE

La règle qu'un témoin n'est pas autorisé à exprimer son opinion sur une question finale n'est en fait qu'une extension de la règle interdisant à un témoin d'exprimer son opinion. Toutefois, au 19ième siècle, les tribunaux ont élaboré une règle distincte en vue d'exclure toute opinion générale à un point tel qu'elle comporte la solution finale de l'affaire. La règle avait pour fondement, disait-on, que toute opinion sur la question finale "constitue une usurpation de la fonction" du jury ou du moins "empiète sur la compétence" du jury. La règle a été décrite par le professeur Wigmore comme "un énoncé tout théorique et erroné n'ayant par ailleurs aucune justification en principe", mais il a été difficile de l'éliminer malgré de courageuses tentatives judiciaires.

Selon le fondement de la règle actuelle excluant l'opinion d'un témoin sur une question finale, il n'est pas tenu compte du fait que, comme tout autre élément de preuve, l'opinion sans valeur peut être repoussée par le juge des faits. Le témoignage sous forme d'opinion ne peut pas déterminer le fait lui-même, mais il fournit plutôt simplement au juge des faits un fait supplémentaire pouvant l'aider dans sa décision. Si l'opinion est utile, elle ne devrait pas être exclue.

En plus du fait qu'elle n'a aucune justification, la règle formulée d'une façon générale est en théorie inutilisable. Par exemple, toute preuve présentée par le poursuivant doit porter sur des questions nécessaires en vue d'établir le crime imputé. Ainsi, les témoins à charge doivent toujours faire une déposition sur une question finale, en ce sens qu'à défaut de preuve d'un élément qu'il faut établir pour que la poursuite soit accueillie, il y aura acquittement. En théorie donc, étant donné qu'ils sont liés par les règles de la pertinence et de l'importance, les témoins ne seraient pas autorisés à faire une déposition si la règle de la question finale était formulée en termes généraux. En pratique, bien sûr, pareil témoignage est reçu et une analyse des cas dans lesquels cette règle a été appliquée montre qu'il s'agit réellement d'une application de la prescription générale à l'effet que les opinions exprimées doivent être utiles au jury.

La "règle de la question finale" peut s'appliquer uniquement si elle est formulée en termes stricts, interdisant des opinions telles que "le défendeur est coupable" ou "le demandeur a commis une négligence contributive". Il s'agit là d'opinions sur des questions de droit ou sur des questions mixtes de droit et de fait; elles peuvent être à juste titre exclues étant donné que l'application des normes juridiques ne relève pas des témoins. Toutefois, il n'est même pas nécessaire de formuler cette règle en termes stricts en vue d'interdire ces opinions, étant donné que la plupart d'entre elles ne répondront pas au critère de l'utilité ou qu'elles seront exclues parce que leur valeur probante ne doit pas l'emporter sur le risque d'induire le jury en erreur ou de retarder indûment les procédures. (Nous avons l'intention d'adopter une disposition générale conférant au juge le pouvoir d'exclure la preuve dans ce dernier cas).

La futilité même d'une règle générale a récemment été reconnue par certains des tribunaux d'instance supérieure du Canada, de l'Angleterre et des Etats-Unis, mais il semble bon de l'interdire expressément dans une disposition législative, de façon à empêcher son retour.

ARTICLE 5 -- SOURCES DU TEMOIGNAGE D'EXPERT SOUS FORME D'OPINION

On dit souvent qu'en exprimant son opinion, l'expert doit uniquement se fonder sur les faits établis à l'audition soit par le témoignage de l'expert lui-même, lorsqu'il a eu l'avantage d'observer personnellement les faits en cause, soit par le témoignage de tiers. Dans ce dernier cas, l'opinion doit être fondée sur la présomption que la déposition de l'autre témoin est véridique. Ainsi, l'opinion de l'expert est de fait fondée sur une question hypothétique. Lorsque l'expert témoigne en se fondant sur des renseignements qui lui ont été fournis avant l'audition et qui sont établis à l'audition, il est autorisé à dire quels sont ces renseignements, étant donné qu'il sera alors plus facile de constater ce sur quoi il s'est fondé. Son témoignage ne va pas à l'encontre de la règle du oui-dire étant donné que pareils renseignements ne sont pas fournis en vue d'établir la véracité du fait en cause.

Eu égard à la proposition générale qu'en exprimant son opinion, l'expert doit uniquement se fonder sur les faits établis à l'audition, il semble que les tribunaux adoptent de plus en plus l'attitude qu'en ce qui concerne certains experts du moins, une opinion peut être exprimée même si elle est fondée sur des faits non autrement établis. Deux motifs semblent justifier cette exception à la règle du oui-dire: d'abord la nécessité, puis, l'existence de circonstances établissant l'exactitude d'un rapport présenté par un tiers en dehors du tribunal et sur lequel l'expert se fonde.

Jusqu'ici, au Canada, la règle du oui-dire ne semble pas avoir été appliquée au témoignage du psychiatre expert et à celui de l'expert dans le domaine de l'évaluation immobilière. Dans le premier cas, cela semble principalement découler de la confiance en l'habileté professionnelle du psychiatre à discerner la vérité de la fiction. Dans le dernier cas, cela découle partiellement des connaissances particulières du témoin qui apprécie les rapports qui lui sont faits, mais l'on se trouve en fait à reconnaître qu'il serait peu pratique d'insister sur la présence d'un très grand nombre d'informateurs dont les vues personnelles ont contribué à l'opinion finale de l'expert. Dans les deux cas, la certification par l'expert de l'exactitude des rapports qui lui ont été présentés peut être l'objet d'un contre-interrogatoire et toute lacune qui se manifeste alors aura sans doute une incidence sur la valeur probante que le juge des faits accordera à l'opinion de l'expert.

L'admission de l'opinion de l'expert, même si elle est fondée sur du oui-dire, n'a rien de nouveau. Etant donné

qu'il est autorisé à exprimer son opinion uniquement s'il possède des connaissances et une expérience particulières que n'a pas le juge des fait, l'expert doit nécessairement se fonder sur du oui-dire. Dans son appréciation, il doit se fonder sur des déclarations de ses informateurs, sur des ouvrages ainsi que sur des discussions avec d'autres personnes versées dans l'art.

Il est plus facile de vérifier l'exactitude du oui-dire dont il est ci-dessus fait mention que celle du oui-dire qui décrit les faits précis du litige, mais la section de recherche a conclu que tous les experts devraient être autorisés à fonder leur opinion sur du oui-dire s'il est d'un genre sur lequel les experts en la matière se fondent normalement. Il est probablement possible d'apporter de solides arguments à l'appui de la libéralisation de la règle qui s'applique actuellement aux médecins, étant donné que dans la pratique, ils doivent prendre des décisions fondées sur du oui-dire, soit sur des données recueillies généralement par d'autres experts. Toutefois, il ne serait pas pratique d'établir une liste détaillée des experts envers lesquels il faudrait adopter cet attitude ainsi qu'une liste des questions sur lesquelles ils auraient le droit de fonder leur opinion. Dans leurs décisions quotidiennes, la plupart des experts se fondent, dans une certaine mesure par nécessité, sur du oui-dire. De plus, la plupart acquièrent leurs connaissances particulières en appréciant les éléments sur lesquels ils se fondent. Par conséquent, si les tribunaux doivent avoir recours de la façon la plus profitable qu'il soit à l'expérience et à l'assistance des experts, ils doivent être disposés à accepter leurs opinions comme les experts l'expriment normalement.

L'article proposé atténue la rigueur de la règle qui existe en matière de oui-dire, mais il fournit des garanties suffisantes que la preuve reçue sera appréciée à sa juste valeur. En vertu de cet article, le juge a le pouvoir discrétionnaire de repousser l'opinion de l'expert lorsqu'à son avis, les éléments à la base de celle-ci ne sont pas d'un genre sur lequel les experts en la matière se fondent normalement. Il pourra également, s'il le désire, appeler comme témoin tout tiers sur lequel l'expert se fonde. De plus, le droit de la partie adverse d'examiner et de montrer les lacunes de la certification par l'expert et de formuler des commentaires à ce sujet au cours des plaidoiries, permet au juge des faits de saisir l'ensemble de la situation lorsqu'il apprécie la valeur probante qui devrait être accordée à l'opinion de l'expert.

ARTICLE 6 - DIVULGATION DES SOURCES DE L'OPINION DE L'EXPERT

L'article 6 traite de la façon dont le témoignage

sous forme d'opinion devrait être fait. Il s'agit principalement de savoir si, avant d'exprimer son opinion, un témoin devrait divulguer tous les faits et toutes les données sur lesquels il se fonde.

Le paragraphe (1) de l'article 6 édicte qu'avant qu'un témoin exprime son opinion sur des faits qu'il a personnellement observés, le juge a le pouvoir discrétionnaire de l'obliger à divulguer d'abord les faits ou données sur lesquels il se fonde. Implicitement, pareil témoin est autorisé à exprimer son opinion ou à tirer des déductions sans énoncer d'abord les données précises sur lesquelles il se fonde. La plupart du temps, il serait préférable que les éléments sur lesquels un témoin fonde son opinion soient divulgués avant qu'il exprime son opinion, mais parfois, ce serait là une mesure inutile. En conférant au juge le pouvoir discrétionnaire d'exiger que les données soient précisées avant que l'opinion ne soit exprimée, on fournira une bonne garantie contre tout abus. De plus, la partie adverse pourra toujours obtenir ces données lors du contre-interrogatoire.

Le paragraphe (2) de l'article 6 oblige l'expert à révéler d'abord sur quel élément il fonde son opinion lorsqu'il n'a pas eu personnellement connaissance des faits, c'est-à-dire lorsqu'il répond à une question sous une forme hypothétique. Lorsqu'un expert n'a pas personnellement eu connaissance de l'événement mais fonde son opinion sur des faits qui ont été portés à sa connaissance à l'audition, la valeur de son opinion dépend du témoignage de tiers et le juge des faits doit être suffisamment informé pour être en mesure d'accepter ou de repousser l'opinion. Une bonne appréciation de l'opinion comporte nécessairement un examen des prémisses, et puisqu'il se peut que les éléments de preuve se contredisent, il faut établir les éléments précis sur lesquels se fondent les experts. Si le juge des faits décide de repousser les éléments de preuve sur lesquels se fonde l'expert, il doit, bien sûr, repousser l'opinion fondée sur ceux-ci. La question hypothétique est une excellente façon d'établir clairement la distinction entre les prémisses et l'opinion; en vertu de l'article proposé, cette distinction est conservée. La section de recherche a également codifié l'attitude judiciaire existante: lorsque les éléments de preuve concernant les prémisses de l'expert ne se contredisent pas et que l'hypothèse sur laquelle se fonde l'expert est évidente au juge des faits, il n'est pas nécessaire d'avoir recours aux questions hypothétiques et le juge peut ne pas tenir compte de cette prescription.

ARTICLE 7 - COMMUNICATION PREALABLE DU TEMOIGNAGE DE L'EXPERT

La section de recherche sur la procédure pénale de la Commission de réforme du droit étudie actuellement toute

la question de la communication de la preuve avant le procès, y compris la communication du témoignage d'un expert. Il se peut que les recommandations qu'elle fera aient une portée plus générale que la règle stricte ici proposée à l'article 7 à l'égard de la communication du témoignage de l'expert et rendent cet article inutile. Néanmoins, nous croyons qu'il est bon de soulever ici la question de la communication préalable du témoignage que l'expert doit faire au procès parce que pareille communication fait intégralement partie des autres articles ici proposés en matière d'admissibilité de la preuve. La question de la communication de la preuve dans les affaires pénales en général, y compris la communication de tout renseignement obtenu d'un expert par une partie pose des problèmes beaucoup plus difficiles que ceux dont il est ici fait mention.

En vertu de la common law, les experts sont autorisés à témoigner sans avoir à communiquer avant le procès la substance de leur témoignage. Cette possibilité de créer un effet de surprise à l'audition rend moins efficace le système contradictoire. L'un des fondements les plus importants de ce système de constatation des faits, c'est que chaque partie au litige pourra non seulement présenter son exposé sous son jour le plus favorable mais pourra également contester à fond les prétentions de la partie adverse. Mais, particulièrement dans le cas du témoignage d'un expert, fondé sur des connaissances que n'a pas l'avocat ordinaire, il est extrêmement difficile de bien examiner les lacunes sans avis préalable de la substance du témoignage et sans avoir l'occasion de se préparer. Si nous devons continuer à fournir au juge des faits l'aide d'un expert en ayant recours au témoignage des experts appelés par chaque partie, l'efficacité du système contradictoire exige une communication préalable de la preuve. La communication préalable de la preuve pourrait également réduire la durée du procès en permettant d'identifier dès le début les questions litigieuses; cela devrait réduire le nombre des questions de connaissance spéciale qu'il faudrait débattre à l'audition et pourrait entraîner la présentation de rapports qui auraient fait l'objet d'une entente, tout en rendant inutile la présence d'experts à l'audition.

Comme objection à la communication préalable de la preuve dans les affaires pénales, on pourrait invoquer le privilège relatif à l'auto-accusation: en vertu du projet de loi, le prévenu est tenu de divulguer les éléments de preuve qu'il entend présenter à l'audition avant que l'accusation établisse une preuve prima facie contre lui. Toutefois, la section de recherche sur le droit de la preuve ne croit pas que la proposition va de quelque façon que ce soit à l'encontre du privilège relatif à l'auto-accusation. Le défendeur ne sera pas tenu de présenter quelque preuve l'incriminant, étant donné qu'il n'aura qu'à produire un rapport décrivant le témoignage de l'expert sur lequel il entend se fonder pour sa défense: les renseignements fournis seront nécessairement

de nature à l'innocenter. Selon le système existant, si un poursuivant était pris par surprise par le témoignage d'un expert à l'audition, il aurait certainement le droit de faire ajourner le procès de façon à pouvoir se préparer à contester la preuve; à coup sûr, personne ne saurait soutenir que pareil ajournement irait à l'encontre du privilège relatif à l'auto-accusation. Cette proposition tend simplement à éviter des ajournements coûteux et de nature à retarder le procès en obligeant le défendeur à révéler, au début du procès, les renseignements qu'il a déjà choisi de divulguer au procès. Selon cette proposition, le défendeur n'aurait plus l'avantage de créer un effet de surprise, mais la section de recherche sur le droit de la preuve a conclu que ce n'était pas là un fondement valable dans un système destiné à assurer la manifestation juste et régulière de la vérité.

Nous ne croyons pas que l'article proposé nécessitera des modifications importantes à la pratique existante. Actuellement, en pratique, de nombreux avocats, tant de la défense que de l'accusation, échangent les rapports de leurs experts, du moins lorsque pour quelque raison cela sert leurs intérêts. De même, dans la plupart des provinces, si la défense a recours aux services médico-légaux du gouvernement en vue d'obtenir l'aide d'experts, un rapport des conclusions de l'expert est automatiquement mis à la disposition de l'accusation par ces services. Il est intéressant de noter que si pareils services aident l'accusation, dans de nombreuses provinces, les renseignements ne sont pas fournis à l'avocat de la défense, qui doit se fier à la collaboration de l'accusation en vue d'obtenir ces renseignements. Cet article aura un effet important: il assurera à tous les avocats les avantages qu'ont actuellement un certain nombre d'entre eux.

En droit civil, la législation récemment adoptée au Canada, en Angleterre et au Etats-Unis prescrit généralement la communication mutuelle du témoignage d'expert avant le procès. La section de recherche sur le droit la preuve a conclu que la communication préalable mutuelle du témoignage d'expert, en éliminant l'effet de surprise et en encourageant l'efficacité dans la constatation des faits, devrait assurer le bien-fondé des verdicts dans les affaires pénales, ainsi que dans les affaires civiles, et ce, sans nuire à la justice.

ARTICLE 8 - NOMINATION DES EXPERTS

L'un des aspects les plus critiqués du recours aux experts est que leur témoignage est inévitablement partial et favorable à la partie qui les appelle. Cette critique ne devrait pas s'adresser aux experts eux-mêmes, car le plus souvent ils ne choisissent pas de témoigner, mais plutôt au

systeme contradictoire, qui dicte leur comparution à titre de défenseur d'une cause. Chaque partie cherche naturellement non pas l'expert qui peut apprécier le problème de la façon la plus objective et la plus compétente qu'il soit, mais plutôt l'expert qui lui sera le plus favorable. De plus, on jette souvent le discrédit sur la valeur des opinions d'expert, lorsque celles-ci sont présentées par les parties respectives, en affirmant qu'il est toujours possible de trouver un expert qui témoignera sur n'importe quelle question, si ses frais sont suffisants. L'article 8 est une codification de la proposition qui est le plus souvent formulée en vue de remédier à cette situation, soit un retour à la situation antérieure en common law: la nomination d'experts par le tribunal. Ces experts ne seraient pas nommés en vue d'interpréter pour le tribunal d'autres témoignages d'experts, mais exprimeraient directement leurs propres opinions.

Etant donné que cet article est facultatif seulement et que le pouvoir du juge de nommer un expert ne fait que s'ajouter à la possibilité pour les parties d'appeler leurs propres experts, cette disposition, si elle est adoptée, modifiera probablement peu la pratique actuelle. De fait, là où elle existe, on a peu recours à pareille disposition. Toutefois, étant donné que s'il est bien appliqué, cet article pourrait aider le tribunal dans sa recherche de la vérité, en fournissant un expert impartial qui ne cherche pas à satisfaire la partie qui l'a appelé, la section de recherche sur le droit de la preuve a conclu que pareille disposition devrait être comprise dans le code de la preuve.

Cet article n'a besoin d'aucune explication. Par conséquent, nous ne relèverons ici que quelques-uns des aspects de la règle les plus importants, garantissant la justice envers toutes les parties. Les parties ont l'occasion d'exposer les raisons pour lesquelles un expert ne devrait pas être nommé par le tribunal et de participer à la nomination de pareil expert, et elles sont sûres de pouvoir contre-interroger celui-ci. Les devoirs que le juge peut attribuer à l'expert sont multiples et le juge a un pouvoir implicite à ce sujet.

Le fait qu'un expert a été nommé par le juge sera généralement pertinent en ce qui concerne la valeur probante à accorder au témoignage de cet expert. Le paragraphe (2) de l'article 8 édicte donc que ce fait peut être divulgué au jury, le cas échéant.

Le paragraphe (5) de l'article 8 montre clairement que la règle n'empêche absolument pas les parties d'appeler leur propre expert. Elle fournit simplement un moyen additionnel permettant d'appeler des experts. Le fait qu'un expert puisse être nommé par le tribunal devrait non seulement réprimer la partialité d'experts trop zélés que pourrait

appeler une partie mais d'autre part la possibilité pour une partie d'appeler un expert devrait normalement minimiser toute erreur de l'expert nommé par le tribunal.

Le paragraphe (6) de l'article 8 édicte qu'une juste indemnité devra être payée à l'expert nommé par le tribunal. Si ces règles sont adoptées, il faudrait, bien sûr, adopter quelque disposition ayant trait au paiement des honoraires d'expert dans les affaires pénales.

BIBLIOGRAPHIE CHOISIEOPINIONS ET TEMOIGNAGES D'EXPERTSLa règle de l'opinion

Un énoncé concis de la règle en vigueur au Canada se trouve dans Evidence secs. 55, 56, 7 C.E.D. (Ont. 2nd); Evidence secs. 55, 56, 10 C.E.D. (West. 2d); Pople, Canadian Criminal Evidence 537-540 (2d ed., 1954); Rex v German, (1947) O.R. 395. Voir également Phipson, Evidence, secs. 1271-1279, 1314-1325 (11th ed., 1970); Cross, Evidence 360-363 (3d ed., 1967). L'historique et la théorie de la règle de l'opinion sont passés en revue dans 7 Wigmore, Evidence, secs. 1917, 1918 (3d ed., 1940); 2 Wigmore, Evidence sec. 557 (3d ed., 1940); McCormick, Evidence secs. 10, 11 (2d ed., 1972); Evidence sec. 52, 7 C.E.D. (Ont. 2d); Evidence sec. 52, 10 C.E.D. (West. 2d); Cross, Evidence 370-371 (3d ed., 1967); Phipson, Evidence secs. 1272-1274 (11th ed., 1970).

Un examen très approfondi du fonctionnement de la règle de l'opinion dans l'Illinois et des contradictions qui lui sont inhérentes si elle est appliquée d'une façon extrême se trouve dans King and Phillinger, Opinion Evidence in Illinois (1942). Dans une étude de l'ouvrage précité, on note que la règle n'a de sens que si elle est appliquée d'une façon libérale, Landon (1944), 60 Law Q. Rev. 201 et Cowan and Carter, Some Observations on the Opinion Rule, dans Essays on the Law of Evidence 162, page 164 (1956). Au sujet de l'impossibilité pour un témoin d'énoncer des faits et par conséquent, de la règle éventuelle, voir également R. v Miller (1959), 125 C.C.C. 8, 24, 25 (B.C.C.A.); 7 Wigmore, Evidence sec. 1919, 1929 (3d ed., 1940).

Un examen général de l'opinion et du témoignage d'expert se trouve dans Maloney and Tomlinson, Opinion Evidence, dans Studies in Canadian Criminal Evidence 219 (Salhany and Carter eds. 1972); Tyree, The Opinion Rule (1955), 10 Rutgers L. Rev. 601; Ladd, Expert Testimony (1951-52), 5 Vand. L. Rev. 414; Ladd, Expert and Other Opinion Testimony (1956), 40 Min. L. Rev. 437; Evidence of Opinion and Expert Evidence (1970), Seventeenth Report of the Law Reform Committee.

La règle de la question finale

Les décisions anglaises montrant que le règle de la question finale n'existait pas auparavant dans le domaine du droit de la preuve sont les suivantes: Beckwith et al. v Sydebotham (1808), 170 E.R. 897 et Fenwick v Bell (1844), 174 E.R. 825; voir également la note de l'éditeur dans le dernier arrêt, page 826, et comparer avec Sills v Brown (1840), 173 E.R. 974. Le changement d'attitude des tribunaux à l'égard des personnes témoignant sur la question qui doit faire l'objet de la décision, changement survenu au 19ième siècle, est décrit dans British Drug Houses Ltd. v. Battle Pharmaceuticals, (1944) 4 D.L.R. 577 (Exch. Ct.). Le professeur Wigmore affirme qu'apparemment le changement découlait d'une mauvaise interprétation d'un arrêt anglais antérieur, R. v Wright (1821), 168 E.R. 895; 7 Wigmore, Evidence sec. 1921 (3d ed., 1940). Dans les décisions suivantes, récemment rendues, le retour à la situation antérieure a été signalé: R. v Fisher (1961), 34 C.R. 320 (Ont. C.A.), confirmé, (1961), 35 C.R. 107 (S.C.C.); D.P.P. v A.B.C. Chewing Gum Ltd., (1968) 1 Q.B. 159 (C.A.); Harried v U.S. (1934), 293 U.S. 498, p. 506 et R. v Lupien, (1970) 2 C.C.C. 6 (C.S.C.). Pour un examen de la doctrine de la "question finale" après l'arrêt Lupien, voir Stenning, Expert Evidence: The hearsay rule and the "ultimate issue" doctrine (1970), 9 C.R.N.S. 181.

Sources du témoignage d'expert sous forme d'opinion

Ce problème a été analysé dans un récent article canadien: Hollies, Hearsay as the Basis of Opinion Evidence (1967-68), 10 Crim. L.Q. 288; en plus des arrêts étudiés dans cet article, on constate la libéralisation de la règle du ouï-dire à l'égard du témoignage sous forme d'opinion de l'expert dans les arrêts R. v Lupien, (1970) 2 C.C.C. 6 (C.S.C.) et R. v Times Square Cinema Ltd., (1970) 3 O.R. 688 (C.A.). Les arguments apportés par les professeurs américains en faveur de pareille libéralisation se trouvent dans Maguire and Hahey, Requisite Proof of Basis for Expert Opinion (1952), 5 Vand. L. Rev. 432; Rheingold, The Basis of Medical Testimony (1962), 15 Vand. L. Rev. 473, et McCormick, Evidence sec. 15 (2d ed., 1972). On affirme que le ouï-dire est toujours indirectement en cause dans le témoignage d'expert, étant donné que celui-ci acquiert ses connaissances partiellement en se fondant sur des tiers: 3 Wigmore, Evidence sec. 687 (Chadbourn rev. 1970) and 2 Wigmore, Evidence sec. 665 B (3d ed., 1940); au Canada, on a récemment reconnu ce fait dans Reference re Sections 222, 224 and 2244 of the Criminal Code, (1971) 3 C.C.C. (2d) 243, page 254.

Communication préalable du témoignage de l'expert

En ce domaine, les rapports suivants ont une grande valeur: le Report of the Ontario Attorney General's Committee on Medical Evidence in Court in Civil Cases (1965), le English Report of the Joint Committee on Medical Evidence in Courts (1962), et le Final Report of the Committee on Supreme Court Practice and Procedure (1953) Cmd. 8878, para. 352. Au Canada, en Angleterre et aux Etats-Unis, les dispositions législatives récemment adoptées ont tendance à prescrire la communication mutuelle du témoignage d'expert avant le procès: The Ontario Evidence Act, R.S.O. 1970, c. 151, s. 52; Règles et ordonnances générales de la Cour fédérale du Canada, C.P. 1971-L70, règle 482; Civil Evidence Act 1972, 20-21 Eliz. 11, c. 30 (1972); Fed. Rules Civ. Proc., rule 26, 28 U.S.C.A.; Fed. Rules Crim. Proc., Rule 16, 18 U.S.C.A. En ce domaine, ces articles sont d'intérêt général: Clendenning, Expert Testimony (1967), 9 Crim. L.Q. 415; Williams, Advance Notice of the Defence, (1959) Crim. L.R. 548; Traynor, Ground Lost and Found in Criminal Discovery (1964), 39 N.Y.U.L.R. 228, 749; Louisell, Criminal Discovery and Self-Incrimination: Roger Traynor Confronts the Dilemma (1965), 53 Cal. L. Rev. 89; Hooper, Discovery in Criminal Cases (1972), 50 Can. B. Rev. 445.

Nomination des experts par le tribunal

L'historique de la nomination des experts par le tribunal et l'évolution de leur témoignage sont décrits dans Hand, Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony (1901), 51 Harv. L. Rev. 40; Rosenthal, The Development of the Use of Expert Testimony (1935), 2 Law and Contemporary Problems 403. On parle de l'expert devant les tribunaux civils dans Hammelman, Expert Evidence (1947), 10 Mod. L. Rev. 32; Ploscowé, The Expert Witness in Criminal Cases in France, Germany and Italy (1935), 2 Law and Contemporary Problems 504; Schroeder, Problems Faced by the Impartial Expert Witness in Court; The Continental View (1961), 34 Temple L.Q. 378.

Il existe une abondante documentation au sujet du problème des experts nommés par le tribunal. Wigmore, 2 Wigmore, Evidence sec. 563 (3d ed., 1940), et McCormick, McCormick, Evidence sec. 17 (2d ed., 1972), se déclarent en faveur du recours aux experts nommés par le tribunal; ils passent en revue les propositions et dispositions législatives américaines à ce sujet. Voir également une série d'articles

portant sur le témoignage d'expert dans 2 Law and Contemporary Problems 401-527 (1938); voir également la documentation du projet New-Yorkais ayant trait au recours au comité de médecins experts en vue de fournir des experts impartiaux, Report by Special Committee of the Association of the Bar of the City of New York: Impartial Medical Testimony (1956); Note (1959), 63 Yale L.J. 1023; Van Dusen, A United States District Judge's View of the Impartial Expert System (1963), 32 M.R.D. 498. Des critiques au sujet des experts nommés par le tribunal sont formulées dans DeParcq, Law, Science and The Expert Witness (1956), 24 Tenn. L. Rev. 166; Levy, Impartial Medical Testimony - Revisited (1961), 34 Temple L.Q. 416; Diamond, The Fallacy of the Impartial Expert (1959), 3 Archives of Criminal Psychodynamics 221. En Angleterre et aux États-Unis, les dispositions législatives autorisant la nomination d'experts par le tribunal en plus des experts appelés par les parties se trouvent dans R.S.C. 1965, Order 40, Rules 1-6 et Fed. Rules Crim. Proc. rule 28, 18 U.S.C.A. Les règles des tribunaux canadiens autorisant un juge à obtenir l'assistance d'experts sont passées en revue dans Schiff, The Use of Out-of-Court Information in Fact Determination at Trial (1963), 41 Can. B. Rev. 335, 367-373; la décision récemment rendue dans l'affaire Phillips v Ford Motor Co. of Canada Ltd. (1971) 18, D.L.R. (3d) 641 (Ont. C.A.) est également intéressante.

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA

Document préliminaire
de la section de recherche sur le droit de la preuve

FARDEAUX DE LA PREUVE ET PRESOMPTIONS

UNE FACON DE FORMULER LE PROJET DE LOIFardeaux de la preuve et présomptionsArticle 1. Fardeau de persuasionDéfinition

L'expression "fardeau de persuasion" signifie l'obligation qu'a une partie de persuader le juge des faits de l'existence ou de l'inexistence d'un fait litigieux selon le degré de crédibilité requis.

Article 2. Affaires civilesDegré de crédibilité requis

Dans les affaires civiles, le fardeau de persuasion, eu égard à un fait litigieux, consiste à persuader le juge des faits que l'existence du fait est plus probable que son inexistence et à lui faire croire à l'existence de celui-ci.

Article 3. Affaires pénales(1) Degré de crédibilité requis

Dans les affaires pénales, le prévenu est réputé innocent tant que l'existence de chaque élément de l'infraction et l'inexistence d'un moyen de défense, d'une excuse ou d'une justification ne sont pas établies hors de tout doute raisonnable. Le juge des faits ne doit tirer aucune déduction de culpabilité de l'arrestation, de la détention ou de l'inculpation du prévenu.

(2) Règle de l'arrêt Hodge

Bien que la preuve de l'acte criminel soit substantiellement indirecte, le juge des faits n'a pas à être informé qu'avant de pouvoir conclure à la culpabilité du prévenu, la preuve des circonstances doit non seulement être compatible avec la commission de l'acte par le prévenu mais doit également être incompatible avec toute autre conclusion logique.

(3) Défense, excuse ou justification

Le paragraphe (1) ne prévoit pas qu'un moyen de défense, une excuse ou une justification doit être réfuté; toutefois il devra l'être s'il existe une preuve suffisante pour créer un doute raisonnable.

(4) Moyen affirmatif de défense

Nonobstant le paragraphe (1), lorsqu'une loi qualifie expressément un moyen de défense, une excuse ou une justification de "moyen affirmatif de défense", le juge des faits doit être persuadé que son existence est plus probable que son inexistence et croire à son existence.

Article 4. Fardeau de présenter la preuve(1) Définition

L'expression "fardeau de présenter la preuve" signifie l'obligation qu'a une partie de présenter une preuve suffisante, à l'égard d'un fait, pour éviter que le juge décide que le juge des faits ne peut pas tenir compte de l'existence du fait.

(2) Critère de suffisance de la preuve

(a) Affaires civiles. Dans une affaire civile, une preuve suffisante pour éviter que le juge décide que le juge des faits ne peut pas tenir compte de l'existence d'un fait important est une preuve qui pourrait convaincre une personne raisonnable que l'existence d'un fait est plus probable que son inexistence et que le fait existe.

(b) Affaires pénales. Dans une affaire pénale: (i) une preuve suffisante pour éviter un verdict dirigé d'acquiescement est une preuve qui pourrait convaincre une personne raisonnable, hors de tout doute raisonnable, que le prévenu est coupable; (ii) une preuve suffisante pour éviter une décision que le juge des faits ne doit pas tenir compte d'un moyen affirmatif de défense est une preuve

pouvant convaincre toute personne raisonnable que l'existence de ce moyen est plus probable que son inexistence et que ce moyen existe.

Article 5. Présomptions

(1) Définition

Il y a présomption de fait lorsque la loi édicte qu'un fait doit être présumé d'un autre fait ou groupe de faits constaté ou autrement établi.

(2) Effet dans les affaires civiles

Lorsque le fait à la base d'une présomption est établi, le fait présumé est réputé établi à moins que le juge des faits ne soit convaincu que l'inexistence du fait présumé est plus probable que son existence et à moins qu'il ne croit que le fait présumé n'existe pas.

(3) Effet dans les affaires pénales

Lorsque le fait à la base d'une présomption est établi, le fait présumé est réputé établi à moins qu'une preuve suffisante pour créer un doute raisonnable au sujet du fait présumé n'ait été présentée.

Article 6. Limites du fardeau de la preuve imposé au prévenu

Sous réserve des dispositions légales créant des moyens affirmatifs de défense et nonobstant l'article 3(1) de la présente partie, lorsque quelque règle de droit ou texte législatif impose au prévenu, dans une procédure pénale, le fardeau de persuasion ou le fardeau de présenter la preuve d'un fait, dès qu'une preuve suffisante pour créer un doute raisonnable au sujet de l'existence du fait a été présentée, le juge des faits doit être convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence du fait.

COMMENTAIRE

Introduction

Les règles actuelles de droit ayant trait aux fardeaux de la preuve et à l'application des présomptions ne sont pas satisfaisantes, dans une large mesure, à cause de la grande diversité des libellés de loi. Par conséquent, les articles proposés ont principalement pour objectif d'établir un vocabulaire uniforme et un cadre d'analyse, dans l'étude des problèmes ayant trait aux fardeaux de la preuve et aux présomptions. Dans un domaine aussi fondamental que celui-ci, il ne devrait y avoir aucun conflit ni aucune confusion. Toutefois, dans ce document préliminaire, nous proposons également quatre modifications au droit actuel: premièrement, qu'une seule norme de preuve s'applique à toutes les affaires civiles; deuxièmement, que toutes les présomptions applicables dans les affaires civiles aient pour effet d'imposer à la partie adverse le fardeau de persuasion; troisièmement, que la règle de l'arrêt Hodge soit abolie; et enfin que toutes les présomptions s'appliquant aux affaires pénales aient pour effet de renverser uniquement le fardeau de présenter la preuve.

Fardeaux de la preuve

Dans les décisions judiciaires, l'expression "fardeau de la preuve" est souvent employée pour désigner l'une ou l'autre de deux obligations distinctes. Elle est principalement employée pour désigner l'obligation qu'a une partie de persuader le juge des faits de l'existence ou de l'inexistence d'un fait particulier. Toutefois, l'expression est également employée pour désigner l'obligation qu'a une partie de présenter la preuve d'une allégation de fait en vue d'éviter que le juge décide que le juge des faits ne peut pas tenir compte de l'existence de ce fait. Le projet de loi désigne la première sous le nom de "fardeau de persuasion" et la dernière sous le nom de "fardeau de présenter la preuve", dans l'espoir qu'en évitant l'expression "fardeau de la preuve", qui peut être ambiguë, il y aura probablement moins de confusion.

ARTICLE 1 - FARDEAU DE PERSUASION

L'obligation de persuader le juge des faits de l'existence ou de l'inexistence d'un fait important a diversement été qualifiée, dans les décisions judiciaires, de fardeau "final", "majeur", "primordial", "établi", "persuasif" ou "juridique" ainsi que de "risque de défaut de persuasion". Dans l'article proposé, cette obligation est appelée "fardeau

de persuasion", étant donné que cette expression décrit l'obligation et est communément employée.

ARTICLE 2 - AFFAIRES CIVILES

Dans les affaires civiles, la formule habituellement employée pour désigner le degré de persuasion requis est à l'effet qu'il doit y avoir "prépondérance de preuve" en faveur de la partie qui a le fardeau de persuasion avant qu'elle puisse obtenir une conclusion en sa faveur. On dit aussi fréquemment qu'une partie doit établir sa preuve selon la "balance des probabilités". Toutefois, la formule a varié et toutes les expressions qui suivent ont déjà été employées: "la prépondérance des probabilités", les probabilités raisonnables" et "selon une prépondérance de preuve montrant que la conclusion qu'une partie cherche à établir est de loin la plus probable des conclusions possibles à l'égard des faits".

On reconnaît généralement, et il a été expressément décidé dans certains arrêts, que le juge des faits doit réellement croire à l'existence du fait contesté avant de pouvoir rendre un verdict en faveur de la partie dont la cause dépend de l'existence de ce fait. Dans ses affaires quotidiennes, personne ne se fonde sur une simple appréciation mécanique de la preuve; on recherche plutôt quelque degré de croyance ou de conviction, en ce qui concerne l'existence d'un fait. La difficulté, à l'égard des formulations précitées du fardeau de persuasion dans les affaires civiles, est la suivante: ces formules laissent entendre que le juge des faits doit simplement apprécier la preuve dans l'abstrait et déterminer quelle preuve est prépondérante, au lieu d'être réellement persuadé de l'existence du fait. Ces formulations semblent décrire le degré de preuve requis plutôt que l'état d'esprit requis du juge des faits. Il est improbable qu'un jury ou un juge tente réellement de comparer mécaniquement les probabilités, sans se demander s'il croit que les faits existent réellement, mais nous avons estimé que la formule proposée à l'article 2 serait plus significative et exacte que les anciens énoncés. L'article ne montre pas quelle valeur la preuve doit avoir, mais attire plutôt l'attention du juge des faits sur la question de savoir jusqu'à quel point celui-ci doit croire une proposition avant que la partie qui l'invoque ait droit à une décision en sa faveur.

Actuellement, le critère "de l'existence plus probable que l'inexistence", de quelque façon qu'il soit énoncé, n'est pas appliqué à tous les genres d'action civile et à toutes les questions qui y sont en cause. A l'égard de certaines réclamations et de certaines prétentions, les tribunaux ont expressément exigé qu'une partie établisse, à

l'égard du juge des faits, un degré de crédibilité de beaucoup supérieur. Ce degré de crédibilité a été qualifié de "clair et convaincant", de "preuve convaincante" et parfois la norme pénale de la "preuve hors de tout doute raisonnable" a été employée. Cette norme prescrivant un degré supérieur de crédibilité était apparemment destinée à s'appliquer à des affaires dans lesquelles les assertions pouvaient elles-mêmes être fabriquées ou étaient fondées sur des allégations contestables. Dans les arrêts canadiens, il y a des contradictions au sujet de la nécessité d'une norme de preuve plus élevée, mais il a été décidé dans certains arrêts qu'elle était nécessaire dans les procédures de radiation du barreau, dans les cas de fraude, de crime, d'abandon moral et de tentatives de modifier ou d'altérer un écrit, ainsi que dans les cas d'illégitimité. La section de recherche avait à décider s'il devrait y avoir plusieurs normes de preuve dans les affaires civiles, et dans l'affirmative, quelles normes s'appliqueraient à un genre d'action ou à un autre.

On ne saurait contester la nécessité d'un degré supérieur de crédibilité dans certaines affaires civiles. Du point de vue des conséquences, certaines actions civiles ont pour une partie autant d'importance qu'une poursuite pénale. On peut présumer que le degré de crédibilité requis pour qu'une action soit accueillie dépend de la gravité des allégations. La difficulté consiste à décider quelle formule il faut employer en vue de montrer au juge ou au jury quel degré de crédibilité est requis dans chaque cas, et de fait, à déterminer les cas précis où pareille formule devrait s'appliquer. Etant donné que la gravité des actions civiles constitue une continuité, la section de recherche a décidé qu'il serait impossible d'établir, dans les affaires civiles, une distinction valable au sujet du degré de crédibilité requis. En pratique, le degré réel de persuasion requis dans une affaire civile dépend probablement de la gravité et des conséquences des allégations. Ainsi, il y aura des degrés de crédibilité à l'égard de la norme applicable aux affaires civiles, comme il y a probablement des degrés de crédibilité à l'égard de la norme s'appliquant dans les affaires pénales. En se demandant s'il est convaincu que l'existence d'un fait est plus probable que son inexistence et que le fait existe, le juge des faits tiendra compte de la nature et des conséquences, tant sociales qu'économiques, des faits qu'il faut établir; c'est ce que dicte le bon sens même.

Par conséquent, la section de recherche a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'énoncer plus d'une norme à l'égard des affaires civiles; elle croit également que l'adoption de plusieurs normes créerait de la confusion et des distinctions arbitraires. De fait, étant donné que le degré de crédibilité requis en vue de satisfaire au fardeau de

persuasion dépendra probablement dans chaque cas des conséquences découlant de la décision, on a soutenu avec insistance qu'une seule formule devrait s'appliquer à toutes les affaires, tant civiles que pénales. La norme pourrait être que le juge des faits doit être "raisonnablement convaincu", ou avoir "une ferme conviction", compte tenu de l'ensemble de la preuve, que les faits allégués existent. Pareille norme, soutient-on, est suffisamment souple pour viser tous les cas. Comme nous l'avons ci-dessus signalé, il est vrai que la même formule peut impliquer différents degrés de crédibilité selon les faits à établir et que différentes personnes peuvent avoir tendance à interpréter la formule légale de diverses façons. Toutefois, la section de recherche estime que la formule proposée fournit un critère plus utile que ne le fait l'expression "raisonnablement convaincu". Règle générale, nous pouvons légitimement établir une distinction entre les affaires pénales et les affaires civiles, pour les raisons ci-dessous exposées, mais établir des distinctions entre les différentes affaires civiles, c'est jouer sur les mots.

La section de recherche a envisagé la possibilité d'ajouter un article énonçant une directive qui devrait obligatoirement être donnée au jury au sujet du fardeau de persuasion dans les affaires civiles. Toutefois, nous nous demandons sérieusement s'il est possible d'ajouter quelque chose d'utile au libellé de l'article. Le libellé est bref et simple et une personne ordinaire le comprendrait probablement; toute explication ne pourrait qu'entraîner de la confusion. Après avoir expliqué aux jurés les faits que le demandeur doit établir, le juge les invitera simplement à tirer une conclusion défavorable au demandeur à moins que la preuve ne les persuade que les propositions sont probablement plus véridiques que fausses et que le fait existe.

ARTICLE 3 - AFFAIRES PÉNALES

Article 3(1) - Degré de crédibilité requis

Une norme élevée de preuve est actuellement requise dans les affaires pénales; elle est justifiée par les objectifs de la sanction pénale, par l'importance attachée à la liberté individuelle, par les préjugés dont est victime le prévenu déclaré coupable et par les autres conséquences économiques et sociales découlant d'un verdict de culpabilité.

Nous sommes arrivés à la conclusion qu'il n'y a pas de formule meilleure que celle de la "preuve hors de tout doute raisonnable" pour exprimer le fardeau de persuasion dans les affaires pénales. Contrairement à la formule actuellement utilisée dans les affaires civiles, savoir, "la prépondérance de la preuve", cette expression attire à juste titre l'attention du juge des faits sur le degré de crédibilité requis

en vue de rendre un verdict favorable à la poursuite plutôt que sur les preuves que la poursuite doit présenter. C'est une expression que les personnes ordinaires connaissent bien et ces dernières lui attachent un sens important. De plus, l'expression est en soi parfaitement intelligible. Si le juge explique au jury que la Couronne ne satisfait pas au fardeau de la preuve à moins que la preuve ne les convainque hors de tout doute raisonnable de l'existence de tous les faits que la Couronne doit établir, il semble presque certain que le juré moyen comprendra. Le doute raisonnable est un doute qui est raisonnable; il est difficile de voir comment pareille formule pourrait être simplifiée ou comment on pourrait l'expliquer davantage. De fait, toute explication supplémentaire ou paraphrase mêlerait probablement le jury; à maintes reprises, cela a été à l'origine d'appels et de jugements infirmés.

En plus de la directive obligatoire au sujet du "doute raisonnable", quelques tribunaux d'appel ont soutenu que le juge de première instance doit informer le jury que le prévenu est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie. Dans l'article, il est expressément fait mention de la présomption d'innocence, en vue de rendre plus clair le sens de cette présomption et de rappeler son importance vitale au jury et aux autres. Dans l'article, l'expression "réputé" remplace l'expression "présumé" plus communément employée dans "présumé innocent" étant donné que l'innocence d'une personne n'est pas "présumée" selon le sens juridique de ce terme, c'est-à-dire en ce sens qu'un fait est déduit de certains faits fondamentaux établis au procès. Du point de vue des principes directeurs sociaux une personne est "réputée" innocente dès le début du procès.

Le professeur Wigmore estimait que l'expression "présomption d'innocence" n'était qu'une autre formulation du fardeau de la preuve incombant à la poursuite, mais il a toutefois affirmé: "L'expression fait ressortir un indice particulier peut-être utile... en ce sens qu'elle rappelle au jury de ne pas tenir compte des soupçons éveillés par l'arrestation, l'acte d'accusation et l'interpellation et de tirer sa conclusion uniquement en se fondant sur les éléments de preuve présentés." (9 Wigmore, *Evidence* s. 251, p. 507 (3e éd., 1940)) Pour la raison énoncée par Wigmore, la section de recherche a conclu qu'il faudrait ajouter un élément important dans les directives au jury, élément devant être porté à l'attention de tous, savoir: "le juge des faits ne doit tirer aucune déduction de culpabilité de l'arrestation, de la détention ou de l'inculpation du prévenu.

Article 3(2) - Règle de l'arrêt Hodge

Actuellement, lorsque la preuve de l'acte criminel est substantiellement indirecte, les directives données au jury

doivent être conformes à la règle énoncée dans l'arrêt Hodge, c'est-à-dire, que le jury doit être informé qu'avant de pouvoir conclure à la culpabilité du prévenu, il doit être convaincu que la preuve des circonstances est non seulement compatible avec la commission de l'acte par le prévenu, mais d'autre part incompatible avec toute autre conclusion logique que la conclusion voulant que le déteu soit coupable. La prescription que toute autre conclusion doit être "logique" signifie qu'elle doit être étayée par la preuve. Le Canada semble être le seul pays de common law qui exige cette directive supplémentaire lorsque, dans une affaire pénale, la poursuite se fonde sur des preuves indirectes.

Pour les motifs suivants, la section de recherche a conclu que cette directive supplémentaire dans les cas de preuve indirecte est inutile et devrait être abolie:

- (1) La directive fondée sur la règle énoncée dans l'arrêt Hodge n'ajoute rien à la directive valable prescrivant une "preuve hors de tout doute raisonnable". Si la preuve est indirecte, le jury doit, bien sûr, être certain qu'il n'a aucun doute raisonnable au sujet de la crédibilité des témoignages ainsi que des déductions qu'il en a tirées. Toutefois, une directive distincte, utilisant une autre formule, est inutile pour faire bien comprendre cette prescription au jury.
- (2) Les jurés ont sans aucun doute l'habitude, dans leurs affaires quotidiennes, de tirer des déductions en se fondant sur une preuve indirecte. Ils comprennent probablement ou même connaissent l'expression "preuve hors de tout doute raisonnable". La directive additionnelle que prescrit la règle de l'arrêt Hodge ne doit donc que les mêler. De fait, certains jurés concluent probablement à tort qu'il faut une norme de preuve plus élevée que celle que prescrit la formule "hors de tout doute raisonnable".
- (3) Récemment, les tribunaux canadiens ont grandement restreint l'application de la règle, la rendant ainsi encore plus anormale et plus sujette à des appels sur un point technique. Elle s'applique maintenant uniquement à l'acte criminel même et non à l'intention du prévenu.

Article 3(3) - Défense, excuse ou justification

Le plaidoyer de "non culpabilité" fait entrer en ligne de compte tout ce qui pourrait exonérer le prévenu, mais de toute évidence, la poursuite n'est pas tenue de réfuter l'existence de tout moyen de défense pouvant nier l'un des éléments essentiels de l'infraction. Par exemple, l'ivresse ou l'erreur de fait peut nier l'existence de l'élément psycho-

logique requis dans la commission d'un crime, mais, dans les arrêts, il est clairement décidé que la Couronne n'est pas tenue de les réfuter, sauf s'il existe, dans l'exposé de la poursuite ou de la défense, quelque élément de preuve soulevant la question. En vertu de l'article que nous proposons, la question doit être réfutée par la poursuite uniquement s'il existe une "preuve suffisante pour créer un doute raisonnable". Notons que la preuve n'a pas à créer de fait un doute raisonnable pour que la Couronne ait le fardeau de persuasion, mais doit uniquement être une preuve suffisante pour créer un doute raisonnable. Ainsi, s'il conclut qu'une personne raisonnable pourrait avoir un doute, le juge informera le jury que la Couronne doit réfuter la question. D'autres expressions ont été proposées en vue de décrire la preuve requise pour soulever un moyen de défense, par exemple, "une simple étincelle", "une mince preuve", un "soupçon de preuve", mais la norme établie dans l'article que nous proposons semble préférable étant donné qu'elle se rapporte au degré de preuve nécessaire selon la norme de preuve applicable à la poursuite.

La prescription qu'un moyen précis de défense doit être soulevé avant que la poursuite doive le réfuter découle du fait qu'une simple conjecture ne suffit pas à créer un doute raisonnable; il faut plutôt un doute raisonnable eu égard à l'ensemble de la preuve. L'expression "défense" est peut-être inappropriée pour désigner ces questions, étant donné qu'elle laisse entendre que la question doit être soulevée par la défense, alors qu'en fait la question n'a réellement qu'à se poser, et pourrait même, comme c'est souvent le cas, se poser par suite de la preuve présentée par la poursuite. Toutefois, l'expression est descriptive et est communément employée.

Dans une affaire pénale, certaines questions, parfois appelées moyens de défense, constituent plus exactement des excuses ou justifications, étant donné qu'elles ne visent pas à nier l'existence de quelque élément essentiel de l'infraction mais sont plutôt considérées comme justifiant ou excusant, dans une certaine mesure, ce qui serait autrement un comportement criminel. Par exemple on considère que la contrainte et la provocation peuvent servir à nier ou à atténuer la culpabilité. Actuellement, on impose parfois au prévenu un simple fardeau de présenter une preuve (par exemple, en cas de provocation) alors que dans d'autres cas, il doit satisfaire à un fardeau de persuasion (par exemple dans le cas de l'art. 730 du Code criminel). L'article 3(3) édicte que, si le prévenu désire que le juge des faits tienne compte d'une justification ou d'une excuse, il doit voir à ce que dans l'exposé de la poursuite ou dans son exposé, une preuve suffisante pour créer un doute raisonnable, en ce qui concerne l'excuse ou de la justification, soit présentée. Lorsqu'apparaît pareille excuse ou justification, le juge des faits doit, bien

sûr, être convaincu hors de tout doute raisonnable de son inexistence avant de tirer à ce sujet une conclusion défavorable au prévenu. Si aucune excuse ou justification n'est invoquée, le juge ne tiendra pas compte de ce moyen et ne donnera au jury aucune directive à ce sujet. Un fardeau de persuasion incombera au prévenu uniquement si l'excuse, la justification, l'exception ou la réserve est expressément qualifiée de moyen affirmatif de défense. La question des éléments qui devraient faire partie de la définition légale d'une infraction et celle des éléments qui devraient constituer une excuse ou une justification devront être étudiées par la section de recherche sur les principes généraux de la Commission de réforme du droit.

Article 3(4) - Moyens affirmatifs de défense

Actuellement, la poursuite est souvent libérée de l'obligation d'établir hors de tout doute raisonnable un élément d'une infraction particulière. Les termes d'un certain nombre de dispositions du Code criminel imposent clairement au prévenu le fardeau de persuasion, en ce qui concerne certains éléments d'infraction.

La section de recherche sur le droit de la preuve croit que l'obligation pour le juge des faits d'être convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité du prévenu constitue la principale garantie contre la condamnation de personnes innocentes. Pour cette raison, étudiée plus en détail sous la rubrique "Présomptions", la section de recherche sur le droit de la preuve a conclu que dans un procès pénal, l'accusé ne devrait jamais être tenu de persuader le juge des faits de l'inexistence de quelque élément de l'infraction. Toutefois, la question de l'attribution des fardeaux de la preuve devra être étudiée par la section de recherche sur les principes généraux de la Commission de réforme du droit; nous considérons que dans l'ensemble notre tâche consiste simplement à établir le cadre d'analyse le plus approprié et un vocabulaire uniforme. Il se pourrait que sur certains points, des divergences de vues sur des questions de fond puissent uniquement être conciliées en imposant au prévenu un fardeau de persuasion. Si la section de recherche sur les principes généraux conclut que c'est là une chose nécessaire, nous estimons qu'il serait plus honnête et beaucoup moins ambigu d'inverser le fardeau au tout début du procès et de ne pas inclure dans la définition de l'infraction l'élément que le prévenu doit établir mais de l'appeler plutôt moyen affirmatif de défense. Pour la raison examinée plus en détail ci-dessous, nous recommandons l'inclusion d'une exception appelée "moyen affirmatif de défense" à la norme du doute raisonnable.

ARTICLE 4 - FARDEAU DE PRESENTER LA PREUVE

Le fardeau de présenter la preuve a déjà été décrit dans ce document comme étant l'obligation qu'a une partie de présenter la preuve d'un fait important en vue d'éviter que le juge décide que le juge des faits ne pourra pas tenir compte de l'existence du fait. A cause de l'ambiguïté découlant de l'emploi de l'expression "fardeau de la preuve", l'article 4(1) énonce cette définition.

Le fardeau de présenter la preuve est, bien sûr, important tant dans les affaires civiles que pénales, mais nous traiterons ici uniquement des affaires pénales. Actuellement, à la fin de l'exposé de la poursuite, le prévenu, avant de décider s'il appellera des témoins, peut demander un verdict dirigé pour le motif que la poursuite n'a pas satisfait au fardeau de présenter la preuve, c'est-à-dire que la Couronne a omis de présenter une preuve suffisante pouvant juridiquement étayer un verdict de culpabilité. L'insuffisance de la preuve peut se rapporter à toute question essentielle à la cause de la poursuite, par exemple, à une question d'identité, de possession ou de compétence. Bien sûr, c'est là une question de droit qui doit être tranchée par le juge. Si la demande du prévenu est rejetée à ce stade du procès, celui-ci peut alors décider d'appeler des témoins. A la fin de l'exposé de la défense et avant que le jury ne soit saisi de l'affaire, le prévenu peut encore demander un verdict dirigé pour le motif qu'il n'y a pas suffisamment de preuves à présenter au jury, c'est-à-dire que la poursuite n'a pas satisfait au fardeau de présenter la preuve. A ce stade, en décidant s'il y a suffisamment de preuves à présenter au jury, le juge tiendra compte de l'ensemble de la preuve, y compris celle que le prévenu a présentée. La description qui précède énonce la procédure suivie à certains égards par la plupart des tribunaux, mais les arrêts se contredisent. Bien sûr, le projet de loi ne traite pas de la procédure en matière de verdicts dirigés ni de la nature de l'appel contre une demande en vue d'obtenir un verdict dirigé; cette description était uniquement destinée à illustrer l'importance du fardeau de présenter la preuve.

S'il existe des preuves directes à l'égard de tous les faits importants, de toute évidence, la question de la suffisance pose peu de problèmes étant donné que la déposition d'un témoin, à moins de n'être pas digne de foi, est suffisante. Toutefois, certains tribunaux ont estimé que si la preuve est indirecte, le critère de suffisance devrait découler de la règle énoncée dans l'arrêt Hodge. Le critère le plus souvent utilisé est le suivant: avant que le jury soit saisi de l'affaire, le juge doit décider si un jury raisonnable pourrait "être convaincu non seulement que les circonstances

sont compatibles avec la conclusion que l'acte criminel a été commis par le prévenu, mais également que les faits sont incompatibles avec toute autre conclusion logique que celle que le prévenu est coupable". Etant donné que nous avons proposé d'employer une seule formule, en vue de décrire le fardeau de persuasion, que la preuve soit directe ou indirecte, de toute évidence, une seule formule devrait également être employée dans les deux cas pour décrire le fardeau de présenter la preuve.

L'un des principaux objectifs du fardeau de présenter la preuve est de fournir au juge un moyen de s'assurer que le jury rend un verdict rationnel. Par conséquent, en toute logique, le degré de preuve requis en vue de satisfaire au fardeau de présenter la preuve devrait dépendre du fardeau de persuasion. Ainsi, dans les affaires civiles, où pour satisfaire au fardeau de persuasion, il faut établir que l'existence d'un fait est plus probable que son inexistence, il importe de se demander en vérifiant si la preuve est suffisante, si une personne raisonnable pourrait, compte tenu de la preuve présentée, être convaincue que l'existence du fait est plus probable que son inexistence. Dans les affaires pénales, où la poursuite doit persuader le jury hors de tout doute raisonnable, il faudrait en toute logique se demander si la preuve pourrait convaincre une personne raisonnable hors de tout doute raisonnable, avant de rendre un verdict dirigé d'acquiescement; pour décider si un moyen de défense ou une excuse devrait être laissé à l'appréciation du jury, il faudrait se demander si, compte tenu de la preuve, un jury raisonnable pourrait avoir un doute raisonnable au sujet de l'existence de ce moyen.

Il importe de constater que dans une affaire pénale, le juge, qu'il siège seul ou avec un jury, ne remplit pas la fonction du juge des faits lorsqu'il tranche la question de la suffisance de la preuve. Par exemple, lorsqu'un verdict dirigé est demandé, le juge n'apprécie pas la crédibilité des témoignages et ne se demande pas s'il est convaincu hors de tout doute raisonnable. Il est autorisé à remplir ces fonctions uniquement s'il siège seul et lorsque toute la preuve a été présentée, par exemple, lorsque le prévenu demande un verdict dirigé d'acquiescement et que par son choix, il laisse entendre qu'il n'appellera aucun témoin. Qu'il s'agisse d'un procès avec ou sans jury, le juge qui se prononce sur la question de la suffisance de la preuve, laquelle est une question de droit, se demande si le juge des faits qui aurait reçu de bonnes directives, pourrait raisonnablement conclure, en se fondant sur la preuve présentée par la poursuite, que la culpabilité du prévenu est établie hors de tout doute raisonnable. S'il conclut que le juge des faits pourrait conclure avec raison que la culpabilité a été établie hors de tout doute raisonnable, et à cette condition seulement,

le juge est autorisé à rejeter la demande. Pour avoir quelque contrôle judiciaire minimisant la possibilité de condamner un innocent, il faut que le juge détermine si la preuve est suffisante eu égard à la norme finale de preuve. A défaut de ce faire, le juge confiera au juge des faits un prévenu qui sera peut-être déclaré coupable sans que le juge puisse dire que le juge des faits pourrait raisonnablement conclure à la culpabilité!

ARTICLE 5 - PRESOMPTIONS

L'expression "présomption" est employée dans les lois, ainsi que par les juges et auteurs en vue de désigner différents cas de preuve de faits litigieux précis. Il est donc souvent difficile de déterminer dans un cas particulier qui a le fardeau de présenter la preuve des faits et qui a le fardeau de persuasion. Les articles que nous proposons ont entre autres pour but de restreindre et par conséquent d'éclaircir la portée de l'expression "présomption" et d'assurer que les présomptions aident à la réalisation des objectifs visés. Etant donné que les principes directeurs dont il faut tenir compte en attribuant les fardeaux de la preuve ne sont pas les mêmes dans les affaires pénales et dans les affaires civiles, l'article 5(3) décrit leur effet dans les premières, alors que l'article 5(2) décrit leur effet dans les dernières.

Emploi de l'expression "présomption"

L'expression "présomption" est employée dans au moins quatre différents sens:

1. L'expression "présomption" est parfois employée dans le sens suivant: lorsque certains faits fondamentaux sont établis, le fait présumé est réputé établi d'une façon concluante et toute preuve contradictoire est inadmissible. Par exemple, les tribunaux ont déclaré que s'il est établi qu'un jeune homme a quatorze ans seulement, en common law, il est présumé d'une façon concluante qu'il n'est pas coupable de viol à titre d'auteur principal. Ce principe a été énoncé de nouveau dans les mêmes termes, soit sous forme de présomption, à l'article 147 du Code criminel qui se lit comme suit: "Aucune personne du sexe masculin n'est réputée commettre une infraction visée par l'article 144 quand elle est âgée de moins de quatorze ans".

La plupart des auteurs reconnaissent que cet emploi est mauvais et que cette soi-disant présomption est en fait une règle de fond exprimée sous la forme d'une présomption. Par exemple, la présomption de common law dont il est ci-dessus fait mention constitue simplement une décision que les enfants de moins de quatorze ans ne seront pas tenus pénalement res-

ponsables de la commission de certaines infractions; il serait préférable de le dire dans cette dernière forme. L'article 180(2) du Code criminel édicte ce qui suit: "un local que l'on trouve muni d'un appareil à sous est de façon concluante présumé une maison de jeu", mais il serait préférable de dire: "un local que l'on trouve muni d'un appareil à sous est une maison de jeu". Au lieu de dire, comme à l'article 159(8) du Code criminel, que: "...est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles...", il serait préférable d'énoncer simplement une définition et de dire: "Une publication obscène est une publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles". Par conséquent, nous recommandons que tous les articles du Code criminel qui ont recours à une présomption en vue d'énoncer une règle de fond ou en vue de définir un élément d'une infraction, par exemple, les articles 147, 159(8), 180(2), 314(2), 379(2), 392(2) et 517, soient de nouveau rédigés d'une façon directe et que l'expression "présomption concluante", qui est non seulement inutile mais se contredit en soi, soit retirée du vocabulaire juridique.

2. L'expression "présomption" est quelquefois employée dans le sens suivant: si certains faits fondamentaux sont établis, le juge des faits peut, mais ne doit pas nécessairement, conclure à l'existence du fait présumé. Actuellement, les articles suivants du Code criminel édictent que certains faits sont: "en l'absence de toute preuve contraire, une preuve" de quelque autre chose: articles 180(1), 195(2), 197(4), 233(3), 240(6), 298(2), 299(4), 306, 307(2), 322(2), 354(2), 372, 379(1) et 402. D'autres articles édictent que certains faits constituent une "preuve" d'autres faits. Dans un certain nombre d'arrêts, il a été décidé que ces expressions devraient s'interpréter comme signifiant que la preuve des faits fondamentaux constitue une preuve suffisante pour satisfaire au fardeau qu'a la poursuite de présenter la preuve. Le jury est informé que s'il conclut à l'existence des faits fondamentaux, il peut, mais ne doit pas nécessairement, déclarer le prévenu coupable.

Nous sommes arrivés à la conclusion qu'une présomption ne devrait jamais avoir cet effet. Etant donné que le juge des faits peut, mais ne doit pas nécessairement, conclure à l'existence du fait présumé, pareille présomption a uniquement pour effet d'assurer que lorsque la Couronne a présenté une preuve suffisante des faits fondamentaux, l'on puisse éviter un verdict dirigé à l'égard du fait présumé. S'il existe un rapport logique entre les faits fondamentaux et le fait présumé, bien sûr, pareille présomption est inutile, car s'il existe une preuve suffisante des faits fondamentaux, le jury pourrait raisonnablement conclure à l'existence du fait présumé et la Couronne pourrait éviter un verdict dirigé sans

avoir recours à la présomption. Ainsi, la présomption pourrait uniquement avoir de l'importance lorsqu'il n'existe aucun rapport logique entre les faits fondamentaux et le fait présumé. Toutefois, s'il n'existe aucun rapport logique entre les faits fondamentaux et le fait présumé, et qu'un jury est informé qu'il peut, mais ne doit pas nécessairement, conclure à l'existence du fait présumé, un jury raisonnable ne conclurait pas à l'existence du fait présumé. Par conséquent, toute présomption ayant cet effet oblige le juge à abdiquer son rôle traditionnel, soit, celui de s'assurer que, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le juge des faits pourrait raisonnablement conclure à la culpabilité du prévenu. La présomption a donc un effet uniquement lorsqu'en se prononçant sur la question de la suffisance de la preuve, le juge conclut que, compte tenu de la preuve présentée, personne ne pourrait rationnellement déduire le fait présumé à partir des faits fondamentaux, mais par suite de la présomption, il doit laisser les jurés se prononcer et les informer qu'ils peuvent faire pareille déduction. Nous ne pouvons tenir compte, si nous voulons assurer l'application régulière de la loi, d'un moyen qui autoriserait, et, de fait, encouragerait, le jury à agir irrationnellement. Par conséquent, nous recommandons que dans les affaires pénales, aucune présomption ne soit créée si elle a uniquement pour effet d'aider la Couronne à éviter un verdict dirigé.

3. L'expression "présomption" est parfois employée dans le sens suivant: lorsque certains faits fondamentaux sont établis, il faut conclure à l'existence du fait présumé à moins que le juge des faits ne soit persuadé du contraire.

A un moment donné, les cours provinciales d'appel ne semblaient pas être d'accord sur ce point, mais la Cour suprême du Canada a établi que les articles du Code criminel qui énoncent que le prévenu doit "prouver", "établir" ou "démontrer" quelque chose imposent au prévenu le fardeau de persuasion. Dans la jurisprudence canadienne, la norme de persuasion alors applicable a toujours été interprétée comme étant la norme civile de preuve. Plus de soixante articles du Code criminel renferment l'une de ces expressions ou d'autres qui leur sont semblables. La liste suivante illustre les divers libellés employés, qui peuvent prêter à confusion, pour créer pareilles présomptions. Elle illustre également la constance avec laquelle on a modifié la norme de la "preuve hors de tout doute raisonnable" du droit pénal canadien. Nous n'avons pas noté les variations mineures.

"Jusqu'à preuve du contraire, chacun est présumé":
 article 16(a); "sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe": articles 58(3), 80, 133(1)b), 173, 197(2), 307(1), 309(1), 310, 334(1)b) et c); "sans autorisation légitime, dont la preuve lui incombe", ou "sans autorisation légale, dont

la preuve lui incombe": articles 102(3), 114c), 258a), 375(1) et (2), 377; "sans autorisation ni excuse légitime dont la preuve lui incombe" ou "sans autorité ou excuse légitime, dont la preuve lui incombe": articles 327 et 363; "sans justification ou excuse légitime, dont la preuve lui incombe": articles 408, 409, 416, 417; "à moins que l'accusé n'établisse": articles 50(1)a), 94, 352(1); "il incombe à l'accusé de prouver": article 106; "à moins d'avoir obtenu un consentement dont la preuve lui incombe": article 110(1)b) et c); "aucun prévenu ne doit être déclaré coupable...s'il prouve", articles 139(2), 243(2), 253(2), 367(2), 386(?); "il incombe au prévenu de prouver": 139(3), 179(3), 298(3), 299(5), 341(2), 730(2); "nul ne doit être déclaré coupable...s'il établit" articles 159(3), 378(2), 415(3); "est censée avoir commis...à moins qu'elle ne prouve": articles 193(4), 267(1); "est réputé...à moins qu'il n'établisse": articles 237(1), 254(4); "n'est pas une défense à moins que l'accusé ne prouve": article 347(3); "nul n'est réputé...lorsqu'il prouve": article 275; "il doit être présumé...sauf si la preuve établit, à la satisfaction de la cour": article 320(4); "nul ne doit être déclaré coupable...quand, à la satisfaction de la cour ou du juge, il rend compte...et il démontre": article 360(2); "la preuve incombe au prévenu": article 396.

Bien sûr, de nombreux articles d'autres lois des Statuts révisés du Canada renferment ces expressions. Les plus connus sont l'article 8 de la Loi sur les stupéfiants et l'article 33 de la Loi des aliments et drogues. Bien sûr, tous ces articles n'ont pas été interprétés par les tribunaux mais ils semblent tous imposer au prévenu le fardeau de persuasion, étant donné que dans les arrêts les juges, en interprétant les libellés des divers articles, n'ont établi aucune distinction entre l'objectif de l'article et la question de savoir si l'article oblige le prévenu à présenter une preuve affirmative ou négative.

Nous recommandons qu'une présomption ne soit jamais créée ou interprétée de façon à imposer au prévenu le fardeau de persuasion à l'égard d'un élément de l'infraction. Ainsi, toutes les présomptions précitées devraient être abolies ou leur effet devrait être réduit à l'effet énoncé à l'article 5(3), dont il sera question plus loin.

Cette modification rendrait non seulement beaucoup plus claires et simples les dispositions législatives actuelles mais entraînerait également un important changement dans les principes directeurs. Comme nous en avons déjà fait mention, nous estimons que l'obligation pour le juge des faits d'être convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé constitue la principale garantie contre la condamnation de personnes innocentes. Tout moyen de procédure qui modifie cette norme élevée de preuve peut avoir pour effet de faire déclarer coupable une personne innocente. De fait, dans certains récents arrêts, les juges ont reconnu

avoir un doute raisonnable au sujet de la culpabilité du prévenu mais être forcés de le déclarer coupable parce qu'il ne les avait pas persuadés de l'inexistence d'un élément essentiel de l'infraction qu'il lui incombait de prouver en vertu d'un fardeau qui lui était imposé par le Code criminel.

De plus, nous croyons que tout objectif visé en imposant au prévenu un fardeau de persuasion peut être aussi bien réalisé en lui imposant le fardeau de présenter la preuve: la présomption énoncée à l'article 5(3) et ci-dessous examinée a cet effet: les clauses dans lesquelles un fardeau de preuve est imposé à l'accusé sont créées pour des motifs sociaux, la nécessité d'une application stricte de la loi, la justice, la preuve est plus facilement accessible au prévenu, les probabilités, l'inexistence de l'élément de l'infraction est tellement improbable que si la Couronne était tenue de la réfuter dans chaque cas, on perdrait inutilement du temps. Tous ces objectifs peuvent être réalisés en créant une présomption qui impose au prévenu uniquement le fardeau de présenter la preuve.

Nous aimerions avoir des commentaires sur la conclusion qui précède, mais la question de savoir si un fardeau de persuasion devrait être imposé au prévenu relève plus exactement de la section de recherche sur les principes généraux de la Commission de réforme du droit, section qui a pour tâche d'exposer quels comportements sont interdits. Toutefois, nous estimons que si les principes directeurs en vertu desquels la Couronne est libérée de l'obligation de prouver un élément particulier de l'infraction sont nécessaires et obligatoires en vue de concilier des intérêts contradictoires, la présomption ne constitue pas un moyen approprié pour ce faire. Le recours à une présomption imposant à l'accusé le fardeau de persuasion à l'égard d'un élément particulier de l'infraction peut avoir l'effet suivant: le prévenu peut être puni à l'égard de l'infraction même si le juge des faits n'est pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de chaque élément essentiel de l'infraction énoncé dans le Code. Par exemple, en vertu de l'article 234 du Code criminel, une personne est coupable d'une infraction si, à un moment où sa capacité de conduire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue, elle a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur. Dans toute procédure ayant trait à cette infraction, la poursuite peut uniquement prouver que l'accusé, à un moment où sa capacité était affaiblie, occupait la place ordinairement occupée par le conducteur, et si l'accusé ne peut pas persuader le juge des faits qu'il "n'avait pas pris place dans ou sur le véhicule afin de la mettre en marche", "il est réputé avoir eu la garde ou le contrôle" du véhicule en vertu de l'article 237(1) et est déclaré coupable. Il semble être déclaré coupable d'avoir eu la garde ou le contrôle alors que ses facultés étaient affaiblies; en réalité, il est déclaré coupable d'occuper le siège du conducteur alors que ses capacités sont affaiblies. Pareil recours à une présomption est donc trompeur. Ainsi, si le législateur décide que le prévenu

devrait avoir le fardeau de persuader le juge des faits de l'inexistence d'un élément de l'infraction il serait plus honnête et juste de qualifier pareil élément de "moyen affirmatif de défense", comme nous en avons déjà fait mention. Si la législature désirait conserver la règle de preuve actuelle, en ce qui concerne le comportement décrit à l'article 234, elle créerait l'infraction d'avoir les capacités affaiblies et d'occuper le siège ordinairement occupé par le conducteur d'un véhicule à moteur. Dans un paragraphe, il serait édicté qu'à titre de moyen affirmatif de défense, le défendeur pourrait établir qu'il n'a pas pris place dans ou sur le véhicule afin de le mettre en marche. Certains peuvent estimer que cette proposition joue simplement sur les mots, mais à notre avis, il importe, dans notre système politique, que le législateur agisse aussi honnêtement et justement que possible. Il est faux et trompeur d'affirmer qu'une personne est coupable de l'infraction d'avoir les capacités affaiblies alors qu'elle a la garde et le contrôle d'une voiture, lorsque le juge des faits n'est pas persuadé hors de tout doute raisonnable que le prévenu avait de fait la garde ou le contrôle de la voiture.

4. L'expression "présomption" est parfois employée dans le sens suivant: lorsque certains faits fondamentaux sont établis, il faut conclure à l'existence du fait présumé à moins que la partie intéressée ne présente quelque preuve de son inexistence.

Nous ne sommes pas complètement satisfaits de l'effet de ce genre de présomption parce qu'il pourrait parfois mener à un verdict dirigé contre le prévenu, mais nous reconnaissons que dans certains cas, pareille présomption pourrait être nécessaire pour les motifs ci-dessus énoncés. Par conséquent, étant donné que ce soit là, semble-t-il, l'effet logique minimal qui puisse être donné à une présomption, c'est le seul que nous recommandons de donner aux présomptions dans les affaires pénales. Voir l'article 5(3).

La preuve qu'il faut présenter en vue de réfuter la présomption de façon à ce qu'elle n'ait aucun effet est semblable à celle qui est prescrite en vue de soulever un "moyen de défense", soit, une preuve suffisante pour créer un doute raisonnable.

Articles 5(2) - Affaires civiles

L'article 5(1) définit la présomption comme comprenant uniquement les présomptions de fait prescrites par la loi et découlant d'un autre fait établi. Nous avons donc défini la présomption comme se limitant à ce que les tribunaux appellent maintenant présomption de droit. Ainsi, tout moyen produisant un effet moindre ne serait pas qualifié de présomption mais serait simplement appelé déduction. Par exemple, la règle res ipsa loquitur ne serait pas modifiée par l'article 5.

Les tribunaux ont habituellement interprété cette règle comme étant une présomption de fait entraînant uniquement une déduction facultative. A partir des faits fondamentaux d'où découle la règle le juge des faits peut ou non tirer la déduction nécessaire.

Actuellement, dans les affaires civiles, l'effet de la plupart des présomptions sur la répartition du fardeau de la preuve n'est pas clair. Les deux effets juridiques possibles consistent soit à inverser le fardeau de présenter la preuve, soit à inverser le fardeau de persuasion.

Nous avons décidé que par souci de clarté et de simplicité et par suite des principes directeurs applicables, dans les affaires civiles, toutes les présomptions devraient avoir pour effet d'inverser le fardeau de persuasion. Si la présomption a uniquement pour effet d'inverser le fardeau de présenter la preuve, elle n'a aucun effet lorsque quelque preuve réfutant le fait présumé est présentée. Le problème, avec ce genre de présomption, est qu'il n'est pas tenu pleinement compte des motifs à la base de la création des présomptions dans les affaires civiles. Dans les affaires civiles, les présomptions sont créées pour les mêmes motifs que ceux qui fondent la répartition initiale du fardeau de la preuve, soit pour des motifs de justice et de probabilité. Nous croyons que si ces considérations sont suffisamment fortes pour justifier la création d'une présomption, pareille présomption ne devrait pas être réfutable simplement sur présentation de quelque preuve contraire. Etant donné que les considérations énoncées ci-dessus à l'égard des affaires pénales ne s'appliquent pas aux affaires civiles, nous ne voyons pas pourquoi dans les affaires civiles, les présomptions ne devraient pas avoir cet effet.

ARTICLE 6 - LIMITES DES FARDEAUX DE LA PREUVE INCOMBANT AU PREVENU

L'article 6 modifie l'effet des dispositions actuelles de façon à ce que les principes directeurs énoncés dans les autres articles de la présente Partie soient respectés.

Bibliographie choisie

FARDEAUX DE LA PREUVE

La distinction entre le fardeau de persuasion et le fardeau de produire la preuve est maintenant bien connue et a expressément été établie dans un certain nombre d'arrêts canadiens. Pour un renvoi à certains de ces arrêts et un examen général du fardeau de la preuve, voir Evidence sec. 103, 7 C.E.D. (Ont. 2d); Evidence sec. 103, 10 C.E.D. (West. 2d); Popple, Canadian Criminal Evidence 101, 416 (2d ed. 1954); Morton, Presumptions, dans (1955) L.S.U.S.L. 137; Morton, Burdens of Proof and the Doctrine of Recent Possession (1959-60) 2 Crim. L.Q. 183; Chitty, Recent Possession (1959-60), 2 Crim. L.Q. 183; Jarvis, Primary and Secondary Burdens of Proof in Criminal Law (1963), 5 Crim. L.Q. 425. Voir également Cross, Evidence ch. IV (3d ed, 1967); Phipson, Evidence secs. 91-96 (11th ed. 1970); 9 Wigmore, Evidence secs. 2485-89 (3d ed. 1940); McCormick, Evidence sec. 335 (2d ed. 1972); Denning, Presumptions and Burdens (1945), 61 L.Q.R. 379.

Il existe un certain nombre d'excellentes études au sujet des normes de preuve, on y compare le degré de crédibilité requis en vue de satisfaire au fardeau de persuasion dans les affaires civiles et pénales et on y examine la formule employée. Fridman, Standards of Proof (1955), 33 Can. B. Rev. 665; Cohen, Allegations of Crime in a Civil Action; Burden of Proof (1962), 20 Fac. L. Rev. 20; Graburn, Burdens of Proof and Presumptions, dans Studies in Canadian Criminal Evidence 41 (Salhany and Carter eds. 1972); Cross, Evidence ch. v (3d ed. 1967), McCormick, Evidence secs. 339-341 (2d ed. 1972); Ball, The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof (1961), 14 Vand. L. Rev. 807; McBaine, Burden of Proof: Degrees of Belief (1944), 32 Calif. L. Rev. 242; Walls, What is "Reasonable Doubt?" A Forensic Scientist Looks at the law (1971), Crim. L. Rev. 458.

En ce qui concerne l'abandon de l'expression "preuve hors de tout doute raisonnable" en Angleterre, voir Cowen and Carter, Essays on the Law of Evidence 242-249 (1956); Blom-Cooper, The Quantum of the Burden of Proof in a Criminal Trial (1969), 32 Mod. L. Rev. 217; Cross, Evidence 87-89 (3d ed. 1967); Graburn, Burdens of Proof and Presumptions dans Studies in Canadian Criminal Evidence 41 (Salhany and Carter eds. 1972).

La règle de l'arrêt Hodge a été étudiée dans Scott, Hodge's Case: A Reconsideration (1965), 8 Crim. L.Q. 17; voir également Hooper, The Burden of Proof in Careless Driving (1966), 9 Crim. L.Q. 47, 50; R.v. John (1970), 15 D.L.R. (3d) 692, 719 (C.S.C.); Ganz, Hodge's Case Revisited (1973), 15 Crim. L.Q. 127. L'absence de la règle là où elle aurait été créée a récemment été notée dans McGree v. D.P.P., (1973) 1 All. E.R. 503 (H.L.).

Un article excellent au sujet des verdicts dirigés dans les affaires pénales canadiennes est celui de Pomerant, "The Submission of No Case" in Canadian Criminal Cases (1972) 15 Crim. L.Q. 52. Pour des articles décrivant quel degré de preuve devrait être requis en vue de satisfaire au fardeau de présenter la preuve dans les affaires pénales, voir Goldstein, The State and the Accused; Balance of Advantage in Criminal Procedure (1960), 69 Yale L.J. 1149; McNaughton, Burden of Production of Evidence: A Function of the Burden of Persuasion (1955), 68 Harv. L. Rev. 1382; Wood, Submission of No Case to Answer in Criminal Trials - The Quantum of Proof (1961), 77 L.Q.R. 491. Pour un excellent article sur le fardeau de présenter la preuve dans les affaires civiles, voir James, Sufficiency of the Evidence and Jury - Control Devices Available Before Verdict (1961), 47 Va. L. Rev. 48.

PRESUMPTIONS

Dans un certain nombre d'articles figurant dans des périodiques canadiens, les arrêts portant sur les présomptions et les principes directeurs sont passés en revue; Black, Comment on R.v. Appleby, (1972) U.B.C. Law Rev. 107; Crouse, Presumptions as Affecting the Proof of Criminal Charges (1935), 13 Can. B. Rev. 734; Comment, Section 92, Criminal Law Amendment Act (1970), 12 Crim. L.Q. 3; Graburn, Burdens of Proof and Presumptions dans Studies in Canadian Criminal Evidence 41 (Salhany and Carter eds. 1972); Jabour, Onus of Proof in Narcotics Case (1961), 4 Can. B.J. 4; Levy, Reverse Onus Clauses in Canada: An Overview (1970), 35 Sask L. Rev. 40; Mandel, The Presumption of Innocence and the Canadian Bill of Rights (1972), 10 Osgoode Hall L.J. 450; Martin, The Burden of Proof as Affected by Statutory Presumptions of Guilt (1939), 17 Can. B. Rev. 37; Morton, Presumptions, in (1955) L.S.U.C.S.L. 137; Schultz, The Statutory Onus of Proof in Criminal Cases (1967), 10 Can. B.J. 429.

Les divers sens des expressions prima facie et présomption sont indiqués dans une note de Chasse, Presumptions and Inferences (1968), 3 C.R.N.S. 290.

Aux Etats-Unis, il y a plus de cent principaux articles sur les présomptions. Les articles suivants, portant sur le principe ou sur la théorie des présomptions, sont excellents; Ashford and Risinger, Presumptions, Assumptions, and Due Process in Criminal Cases: A Theoretical Overview (1969), 79 Yale L.J. 165; Abrams, Statutory Presumptions and the Federal Criminal Law: A Suggested Analysis (1969), 22 Vand. L. Rev. 1135, Comment, Statutory Presumptions: Reconciling the Practical with the Sacrosanct (1970), 18 U.C.L.A.L. Rev. 157 Fletcher, Two Kinds of Legal

Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Courts (1968), 77 Yale L.J. 880; Cristie and Pye, Presumptions and Assumptions in the Criminal Law: Another View, (1970) Duke L.J. 919.

L'effet des présomptions dans les affaires civiles a fait l'objet de débats classiques entre les experts américains en matière de preuve. La théorie que dans les affaires civiles, une présomption devrait uniquement inverser le fardeau de présenter la preuve a été avancée dans Thayer, Preliminary Treatise on Evidence ch. 8 (1898); 9 Wigmore, Evidence sec. 249 (2); Laughlin, In Support of the Thayer Theory of Presumptions (1953), 52 Mich. L. Rev. 195. L'opinion qu'une présomption, dans une affaire civile, devrait avoir pour effet d'inverser le fardeau de persuasion est exprimée d'une façon particulièrement convaincante par Morgan, Instructing the Jury Upon Presumptions and Burden of Proof (1933), 47 Harv. L. Rev. 59, 82; Cleary, Presuming and Pleading: An Essay in Juristic Immaturity (1959), 12 Stan. L. Rev. 5.