

Les règles procédurales entourant la recevabilité des déclarations extrajudiciaires

Pierre Arguin

Volume 32, Number 1, 1991

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043068ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043068ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Arguin, P. (1991). Les règles procédurales entourant la recevabilité des déclarations extrajudiciaires. *Les Cahiers de droit*, 32(1), 103–152.
<https://doi.org/10.7202/043068ar>

Article abstract

An indirect testimony, a confession constitutes evidence most likely to convict a suspect. It is not surprising, then, that police forces tend to favour this method of seeking truth, to the point of infringing upon some of the most fundamental rights of citizens.

For more than a century, therefore, the courts have sought to remedy such situations by adopting various rules of proof and procedure relative to the admissibility of confessions. In order to further protect citizens against this type of infringement recent legislation has raised some of these fundamental rights to the level of constitutional guarantee.

The purpose of the following text is to study the rules of procedure regarding the admissibility of confessions in light of the fusion of the rules of common law and those of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Les règles procédurales entourant la recevabilité des déclarations extrajudiciaires*

Pierre ARGUIN**

Une déclaration extrajudiciaire, étant un témoignage indirect, constitue la meilleure preuve susceptible de condamner un suspect. Les forces policières ont donc tendance à privilégier ce mode de recherche de la vérité au point de heurter certains des droits les plus fondamentaux des citoyens.

Les tribunaux, depuis plus d'un siècle, ont donc voulu pallier de telles situations en adoptant des règles de preuve et de procédure entourant la recevabilité des déclarations extrajudiciaires. Récemment, le Législateur a élevé au rang de garantie constitutionnelle certains de ces droits fondamentaux afin de protéger davantage les citoyens contre de telles violations.

Le texte qui suit vise à faire le point sur les règles procédurales entourant la recevabilité des déclarations extrajudiciaires, suite à la fusion des règles de common law et de celles de la Charte canadienne des droits et libertés.

An indirect testimony, a confession constitutes evidence most likely to convict a suspect. It is not surprising, then, that police forces tend to favour this method of seeking truth, to the point of infringing upon some of the most fundamental rights of citizens.

* L'auteur tient à remercier la professeure Louise VIAU d'avoir bien voulu apporter ses commentaires judicieux.

** LL.L. (U. de Montréal), LL.M. (U. de Montréal).

For more than a century, therefore, the courts have sought to remedy such situations by adopting various rules of proof and procedure relative to the admissibility of confessions. In order to further protect citizens against this type of infringement recent legislation has raised some of these fundamental rights to the level of constitutional guarantee.

The purpose of the following text is to study the rules of procedure regarding the admissibility of confessions in light of the fusion of the rules of common law and those of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

	<i>Pages</i>
1. Le voir-dire	108
1.1. Le voir-dire : définition et nécessité	108
1.2. La procédure du voir-dire	116
1.2.1. Caractères généraux	116
1.2.2. Le moment de la tenue du voir-dire	117
1.3. Le fardeau de preuve lors du voir-dire	118
1.3.1. Le fardeau de preuve de la Couronne	118
1.3.2. Le degré de preuve requis	124
1.4. Le rôle de l'accusé lors du voir-dire	125
1.5. Le rôle d'un co-accusé lors d'un voir-dire	128
1.6. Le rôle du juge lors du voir-dire	129
1.7. La discrétion du juge d'exclure une déclaration extrajudiciaire	132
1.7.1. La discrétion en vue d'élargir la règle du caractère libre et volontaire des déclarations	132
1.7.2. L'exercice de la discrétion judiciaire en vue d'exclure une déclaration extrajudiciaire illégalement obtenue	135
1.7.3. L'exclusion d'un élément de preuve en vertu de la Charte	140
2. L'après voir-dire	142
2.1. L'usage des déclarations extrajudiciaires	142
2.2. Le rôle du jury ou du juge des faits lors du procès	142
2.3. La preuve des circonstances entourant la déclaration extrajudiciaire	144
2.4. L'usage du témoignage d'un accusé lors d'un voir-dire	145
2.4.1. L'article 5 (2) de la <i>Loi sur la preuve au Canada</i>	147
2.4.2. L'article 13 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	148
Conclusion	151

Le droit criminel vise, d'abord et avant tout, la protection de la société en général et des valeurs morales qu'elle véhicule. Le droit criminel proscriit des comportements qui portent atteinte au bien-être collectif. Le procès criminel constitue donc la « dramatisation de la morale par laquelle il répète la leçon voulant que le meurtre, le viol, le vol et ainsi de suite doivent être mis au ban de la société »¹. Il constitue un instrument de recherche de la vérité permettant la punition du coupable et la libération de l'innocent.

Le procès criminel, dans sa recherche de la vérité, doit donc tendre à concilier deux positions antagonistes, soit la protection de la société et celle des droits fondamentaux de tous les citoyens. C'est pourquoi les tribunaux ont adopté des règles de preuve qui imposent des paramètres précis aux moyens utilisés dans la recherche de la vérité. Après tout, la recherche de la vérité est autant une question de moyens que de résultat.

Au stade préjudiciaire, les forces policières disposent de plusieurs méthodes d'enquête dont les pouvoirs de fouille, de persquisition, de saisie, de surveillance électronique et d'interrogatoire. À ce titre, l'interrogatoire représente souvent un outil indispensable à la solution d'un acte criminel.

De fait, une déclaration extrajudiciaire donnée lors d'un interrogatoire de police constitue la meilleure preuve susceptible de condamner un suspect. La force probante d'une confession jugée recevable est telle que cette dernière est suffisante à elle seule pour justifier une condamnation sans nécessité de corroboration ni d'obligation pour le juge d'aviser le jury du danger de condamner le prévenu sur cette seule base².

C'est pourquoi on reproche aux forces policières de tenter d'obtenir une confession à tout prix, tout en négligeant les autres méthodes d'investigation³.

Comme le droit des policiers d'interroger un suspect heurte de plein fouet le privilège de non-incrimination, il allait de soi que les tribunaux adoptent des règles de preuve relatives à la recevabilité des déclarations extrajudiciaires. La règle du caractère libre et volontaire des déclarations fut donc instaurée.

1. Commission de réforme du droit, *Les confins du droit pénal*, document de travail n° 10, Ottawa, 1975, p. 44.

2. *Kelsey v. R.*, (1953) 1 R.C.S. 220.

3. R.N. GOODERSON, « The Interrogation of Suspects », (1970) 48 *R. du B. Can.* 270, p. 301.

Formulée pour la première fois il y a deux siècles, cette règle fut consacrée pour de bon au début de ce siècle par le célèbre passage suivant issu de l'arrêt *Ibrahim v. R.* :

It has long been established as a positive rule of English criminal law, that no statement by an accused is admissible in evidence against him unless it is shewn by the prosecution to have been a voluntary statement, in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority.⁴

C'est sur la base de cette citation que toute la jurisprudence du vingtième siècle s'est élaborée. Aujourd'hui, une déclaration est jugée recevable à condition qu'elle n'ait pas été obtenue par la crainte d'un préjudice ou par l'espoir d'un avantage⁵, qu'elle représente les propos d'un esprit conscient⁶ et qu'elle a été obtenue en conformité avec les droits fondamentaux du prévenu tels le droit au silence et le droit à l'avocat⁷.

La règle du caractère libre et volontaire des déclarations extrajudiciaires est considérée comme étant une exception à la règle d'interdiction du oui-dire. La recevabilité d'une déclaration libre et volontaire constitue une exception à la règle du oui-dire en raison de la non-contrainnabilité de l'accusé. En contrepartie de ce privilège, toute déclaration libre et volontaire de sa part est recevable.

Le fondement de la règle de la recevabilité des déclarations extrajudiciaires reposait à l'origine sur la crédibilité de la déclaration du prévenu. Aujourd'hui, on peut affirmer que ce fondement est multiple et qu'il est basé tant sur la crédibilité de la déclaration, sur le droit au silence et sur l'intégrité de l'administration de la justice⁸.

Pour que la règle s'applique, il est nécessaire que la déclaration émane bien de l'accusé. Elle peut être écrite comme verbale. La règle exige également qu'il s'agisse d'une déclaration extrajudiciaire⁹. Il importera peu que la déclaration soit inculpatoire ou exculpatoire¹⁰. Aussi, par souci d'équilibrer les forces en présence, la déclaration faite à une personne en autorité est présumée suspecte.

4. *Ibrahim v. R.*, (1914) A.C. 599, p. 609-610.

5. *Id.*

6. *Horvath c. La Reine*, (1979) 2 R.C.S. 376 ; *Ward c. La Reine*, (1979) 2 R.C.S. 30.

7. *R. c. Hebert*, (1990) 2 R.C.S. 151.

8. *Id.*

9. *Boulet c. La Reine*, (1978) 1 R.C.S. 32. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a jugé que la règle du caractère libre et volontaire des déclarations ne s'appliquait pas au témoignage d'un accusé rendu dans une instance judiciaire.

10. *Piché c. La Reine*, (1971) R.C.S. 23.

En somme, les déclarations extrajudiciaires reçoivent un traitement différent selon qu'elles sont faites à une personne en autorité ou non¹¹. Toute déclaration faite par un accusé à une personne qui n'est pas en autorité est recevable en preuve sans besoin de prouver son caractère libre et volontaire et ce, compte tenu de la règle relative aux déclarations d'une partie faites contre ses intérêts. La règle diffère foncièrement lorsque la déclaration est donnée à une personne en autorité.

Précisons que vu l'absence d'une définition législative de l'expression « personne en autorité », les tribunaux ont pallié à cette carence en précisant qu'il s'agit d'une personne dont l'accusé est fondé à croire qu'elle puisse influencer le cours de la poursuite¹².

Il importe de souligner toutefois que le suspect doit être conscient que la personne qui recueille sa déclaration est bel et bien en autorité¹³. La déclaration obtenue par un agent double non démasqué par le suspect est toutefois irrecevable si ses droits constitutionnels sont violés et que l'admission de la déclaration serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice¹⁴.

Une fois ces conditions remplies, la déclaration fera l'objet d'un voir-dire dont le but est de déterminer sa recevabilité tant par l'étude de son caractère libre et volontaire, au sens de la règle commune, que par l'étude de la conformité de son obtention en vertu de la Charte.

Le présent texte se propose d'étudier les divers aspects juridiques de la procédure relative à la recevabilité des déclarations extrajudiciaires tant en vertu de la règle commune qu'en vertu de la Charte. Dans un premier temps, nous y verrons les règles de procédure élémentaires du voir-dire. Puis, nous scruterons le rôle et la responsabilité des divers intervenants lors du voir-dire. Enfin, l'utilisation des déclarations jugées recevables ou irrecevables sera examinée tout comme l'utilisation du témoignage de l'accusé rendu au cours du voir-dire.

11. Commission de réforme du droit, *L'interrogatoire des suspects*, document de travail n° 32, Ottawa, 1984, p. 11.

12. *R. v. Pettipiece*, (1972) 7 C.C.C. (2d) 133 (B.C. C.A.); *R. v. Todd*, (1901) 4 C.C.C. 514 (Man. C.A.). Il s'agit généralement d'un policier mais certaines personnes telles un médecin, un prêtre, un professeur ou une victime de crime peuvent être considérées comme des personnes en autorité.

13. *Rothman c. La Reine*, (1981) 1 R.C.S. 640.

14. *R. c. Hebert*, *supra*, note 7.

1. Le voir-dire

1.1. Le voir-dire : définition et nécessité

C'est « généralement mais pas invariablement »¹⁵, lors d'un voir-dire que le juge décide de la recevabilité d'une déclaration extrajudiciaire en statuant sur son caractère libre et volontaire ; le voir-dire constituant un procès à l'intérieur d'un procès. Le jury, s'il en est, est alors exclu de la salle d'audience. Le juge décidera de la recevabilité de la confession après avoir entendu la preuve entourant son obtention et soupesé toutes les circonstances.

Le juge Dickson résume bien la procédure usuelle du voir-dire dans l'arrêt *Erven c. La Reine* :

Si l'on admet qu'il incombe au ministère public d'établir positivement que la déclaration qu'il veut introduire en preuve est volontaire, comment peut-il se libérer de ce fardeau ? Selon mon expérience, le ministère public, avant de parler de la déclaration, demande habituellement au juge du procès de faire sortir le jury. En l'absence de ce dernier, le ministère public appelle des témoins, normalement les agents de police à qui la déclaration a été faite ou tout autre agent de police qui aurait été à même de menacer l'accusé ou de lui faire espérer un avantage. Ces témoins attestent que les déclarations ont été faites et qu'il n'y a eu ni menace ni promesse. Ils sont contre-interrogés. La défense appelle ensuite ses témoins, y compris souvent l'accusé, et ils sont contre-interrogés. Ensuite les avocats plaident et le juge du procès décide si la déclaration est volontaire et donc admissible. Il y a, à tout point de vue, un procès dans un procès.¹⁶

Le voir-dire constitue donc une garantie procédurale permettant l'étude de la recevabilité d'une déclaration extrajudiciaire alors que le procès vise l'étude de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé à partir des éléments de preuve jugés admissibles. Il est certainement une des composantes du *due process of law*.

Dans l'arrêt *R. c. Gauthier*¹⁷, la Cour suprême du Canada réaffirma ce principe en exigeant que le voir-dire soit tenu indistinctement tant lors des procès devant un juge seul que devant juge et jury.

Compte tenu de l'exclusion du jury lors du voir-dire, la Couronne, la défense, de même que le juge, devront s'abstenir de faire allusion jusqu'à l'existence même d'une déclaration extrajudiciaire du prévenu tant que celle-ci n'aura pas été jugée admissible et produite en preuve¹⁸. Cette

15. *Park c. La Reine*, (1981), 2 R.C.S. 64, p. 66.

16. *Erven c. La Reine*, (1979) 1 R.C.S. 926, p. 931.

17. *R. c. Gauthier*, (1977) 1 R.C.S. 441.

18. *R. v. Willis*, (1913) 21 C.C.C. 64 (Man. S.C.) ; *R. v. Truscott*, (1960) 32 C.R. 150 (Ont. C.A.).

règle s'applique à toutes les étapes du procès, y compris lors du discours d'ouverture de la Couronne. Cette exigence est applicable non seulement aux témoins de la Couronne¹⁹, mais également durant leur contre-interrogatoire par le procureur de la défense²⁰. Il en est de même pour l'accusé et ses témoins²¹.

Advenant la transgression de cette règle, un « mistrial » pourrait être déclaré à moins que la déclaration extrajudiciaire n'ait été jugée recevable ultérieurement. Cette transgression « réparée » par la recevabilité de la déclaration ne pourrait être révisée en appel, selon l'article 686(1)b(iii) du Code criminel, vu l'absence de préjudice²².

La procédure du voir-dire a donc pour but primordial de protéger le prévenu puisqu'il n'est nullement souhaitable de laisser ce dernier à la merci des promesses ou menaces des personnes en situation d'autorité. Cette garantie procédurale a pour effet d'éviter qu'une preuve autrement illégale puisse influencer sur le cours du procès et, plus particulièrement, sur la détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé.

Puisqu'une déclaration extrajudiciaire jugée recevable constitue un témoignage indirect²³, l'absence de voir-dire pourrait donc porter atteinte au privilège de non-contrainabilité et à la présomption d'innocence dont bénéficie l'accusé en vertu de la *Charte canadienne des droits et*

19. F. KAUFMAN, *Admissibility of Confessions*, 3rd ed., Carswell, 1979, p. 46.

20. *R. v. Armstrong*, (1970) 1 C.C.C. 136 (N.S. C.A.).

21. J. FORTIN et L. VIAU, *Cours de preuve pénale*, Ed. Thémis Inc., 1977, p. 46. Seules exceptions, la déclaration pourra être admise en preuve par ces derniers advenant qu'elle fasse partie de la *res gestae* ou encore que la Couronne allègue qu'elle constitue une « invention récente ». Autrement, la règle générale dicte que ces déclarations sont préconstituées, auquel cas elles ne sont pas admissibles par l'entremise du prévenu.

22. L'article 686(1)b(iii) du *Code criminel* se lit ainsi :

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la Cour d'appel

a) [...]

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

(i) [...]

(ii) [...]

(iii) ... bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit

23. Voir l'opinion dissidente du juge Estey dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*, *supra*, note 13.

libertés²⁴. Comme le souligne le juge Dickson, « Les critères d'admissibilité des déclarations fixés par les tribunaux sont rigoureux afin de garantir soigneusement les droits de l'accusé »²⁵.

Mais la tenue d'un voir-dire est-elle toujours nécessaire ?

À un certain moment, un courant jurisprudentiel s'est développé à l'effet de ne point exiger la procédure formelle du voir-dire lorsqu'il ressortait clairement de l'ensemble de la preuve que la déclaration extrajudiciaire avait été donnée librement et volontairement²⁶.

La Cour suprême du Canada devait mettre un frein à ce courant de jurisprudence dans l'arrêt *Powell c. La Reine*²⁷. Le juge De Grandpré, au nom de la Cour, rejette la théorie voulant que le voir-dire n'est pas nécessaire lorsque le juge du procès est convaincu, d'après l'ensemble de la preuve, que la déclaration fut librement consentie²⁸.

D'après le juge De Grandpré, « il incombe en tout temps à la poursuite de prouver que la déclaration d'un accusé, produite en preuve contre lui, a été faite de plein gré, dans toute l'acceptation du terme »²⁹.

Par ailleurs, la renonciation explicite à la tenue du voir-dire par la défense demeure possible. Le simple silence du procureur de la défense ne saurait toutefois équivaloir à une telle renonciation³⁰.

Malgré tout, l'arrêt *Powell* laissa subsister un doute chez plusieurs, à savoir si le voir-dire devait être tenu en présence d'une déclaration spontanée³¹.

La question fut posée à la Cour suprême dans l'arrêt *Erven c. La Reine*³². Le juge Dickson, aux notes duquel ont souscrit les juges Laskin, Spence et Estey, soutient que le fait que l'accusé ait donné une déclaration alors qu'il n'était pas encore sous arrêt, ne saurait exempter la Couronne de tenir un voir-dire. Il importe peu que la déclaration extrajudiciaire ait été donnée avant ou après l'arrestation du prévenu pour exiger la tenue du voir-dire. Comme nous le verrons plus loin, il importe

24. Art. 11c) et d), *Charte canadienne des droits et libertés*, première partie de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982 sur le Canada*, 1982, (R.-U.), chap. 11. Voir par analogie : *Dubois c. La Reine*, (1985) 2 R.C.S. 350.

25. *Erven c. La Reine*, *supra*, note 16, p. 932.

26. *R. v. Spencer*, (1974) 16 C.C.C. (2d) 29 (N.S. S.C., A.D.); *R. v. Sweezy*, (1974) 27 C.R.N.S. 163 (Ont. C.A.); *R. v. Rushton*, (1975) 20 C.C.C. (2d) 297 (Ont. C.A.).

27. *Powell c. La Reine*, (1977) 1 R.C.S. 362.

28. *Id.*, p. 367.

29. *Id.*

30. *Id.*, p. 368.

31. F. KAUFMAN, « Recent Trends in Confessions », (1978) 4 C.R. (3d) 135, p. 141.

32. *Erven c. La Reine*, *supra*, note 16.

toutefois que l'aveu ne fasse pas partie de l'*actus reus* de l'infraction reprochée.

Des raisons pratiques justifient cette prise de position. Le passage suivant les illustrent :

Comment délimiter l'enquête, le repérage, la détention et l'arrestation lorsqu'ils constituent une succession rapide d'événements ? Des considérations d'ordre pratique justifient également le rejet de cette distinction. Les possibilités d'abus par le moyen d'arrestations tardives sont évidentes³³.

Plusieurs autres raisons militent en faveur de ce raisonnement. D'une part, si le voir-dire informel était permis, la Couronne pourrait alors faire témoigner ses témoins en preuve principale et la défense serait tenue d'attendre que la Couronne ait terminé sa preuve au procès pour pouvoir contredire la partie de la preuve relative à la confession. Autrement dit, cette réfutation ne serait possible qu'en défense. Entre-temps, le jury pourra lire la déclaration qui aura été produite. Cette lecture préalable de la déclaration serait tout à fait préjudiciable envers le prévenu même si l'aveu était ultérieurement déclaré irrecevable.

De plus, l'accusé serait privé de l'avantage de s'adresser le dernier au jury, avantage qui n'existe que lorsqu'il ne présente pas de défense. L'absence de voir-dire dans de telles circonstances porterait donc atteinte au privilège de non-incrimination de l'accusé³⁴.

D'autre part, l'accusé se verrait refuser un droit important, soit celui de présenter une preuve distincte, tant lors du voir-dire que lors du procès³⁵. Ajoutons que l'accusé peut témoigner lors du voir-dire sur la question du caractère libre et volontaire de sa déclaration sans s'exposer à être contre-interrogé sur sa culpabilité, sous réserve des implications de l'arrêt *Declercq v. R.*³⁶ que nous étudierons plus loin.

En somme, le voir-dire est, selon le juge Dickson, toujours nécessaire comme en font foi les propos suivants :

À mon avis, le voir-dire s'impose toujours pour décider du caractère volontaire d'une déclaration faite hors cour par un accusé à une personne ayant autorité. C'est la seule façon de garantir l'impartialité envers l'accusé. N'exiger le voir-dire que lorsque les circonstances de la déclaration, qui se dégagent de la preuve au procès lui-même, jettent un doute sur son caractère volontaire, c'est non seulement imposer un fardeau à l'accusé, mais aussi lui occasionner, à d'autres points de vue, un préjudice important. Il faut être réaliste à l'égard des procès par jury. Même si, par la suite, une déclaration est jugée irrecevable, le jury saura

33. *Id.*, p. 934-935.

34. *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra*, note 24, art. 11c).

35. *R. c. Gauthier*, *supra*, note 17.

36. *Declercq v. R.*, (1968) R.C.S. 902.

tout au moins que l'accusé a fait une déclaration qui a été exclue. Ceci va inévitablement éveiller des soupçons sur son contenu. Si l'on permet de présenter la preuve des circonstances de la déclaration avant qu'apparaissent des doutes quant à son caractère volontaire, le jury saura déjà quelque chose de son contenu et peut-être beaucoup.

Il en résultera certainement un préjudice. Une exigence aussi restreinte anéantirait la distinction fondamentale entre le rôle du voir-dire, soit décider du caractère volontaire, et celui du procès lui-même, soit décider de la culpabilité.³⁷

Voilà pour la règle générale. Il existe toujours quelques exceptions à la tenue obligatoire du voir-dire. Ainsi, il est désormais possible pour l'accusé ou son avocat de renoncer expressément à la tenue d'un voir-dire.

Dans l'arrêt *Park c. La Reine*³⁸, la Cour suprême du Canada a dû se prononcer clairement sur la question de savoir si le juge du procès avait « commis une erreur en ne tenant pas un voir-dire pour déterminer si la déclaration était volontaire et recevable bien que l'avocat ait apparemment renoncé au voir-dire »³⁹. Antérieurement, la Cour suprême ne s'était prononcée qu'à titre d'*obiter dictum* sur cette question⁴⁰.

Dans l'arrêt *Park*, la juge Dickson a permis que l'accusé ou son procureur puisse renoncer à la tenue du voir-dire :

Je suis d'avis que le caractère volontaire, en tant que critère de recevabilité d'une confession, peut être déterminé sans qu'il soit nécessaire de tenir un voir-dire lorsque l'accusé ou son avocat y renonce. Le caractère volontaire est essentiellement une question de fait et la renonciation au voir-dire constitue une reconnaissance de la situation fondamentale suivante, à savoir que l'accusé n'a pas fait la déclaration dans des circonstances où il faisait l'objet de mesures coercitives de la part d'une personne ayant autorité.

C'est au juge du procès, bien entendu, qu'il appartient de trancher la question de la recevabilité de la déclaration et il jouit d'un large pouvoir discrétionnaire qui lui permet (i) d'admettre la renonciation et de dispenser de tenir un voir-dire ou (ii) de tenir un voir-dire ou (iii) d'interroger directement l'avocat de l'accusé sur les reconnaissances de faits sous-jacentes que comporte de façon implicite la renonciation au voir-dire, ainsi que sur sa compréhension de ces reconnaissances de faits.⁴¹

La forme de la renonciation importe peu et l'avocat n'est tenu d'invoquer aucune formule sacramentelle :

Il suffit que le juge du procès soit convaincu que l'avocat comprend de quoi il s'agit et qu'il a pris une décision éclairée de renoncer au voir-dire. Il suffit que

37. *Erven c. La Reine*, *supra*, note 16, p. 943.

38. *Park c. La Reine*, *supra*, note 15.

39. *Id.*, p. 69.

40. *Powell c. La Reine*, *supra*, note 27 ; *Erven c. La Reine*, *supra*, note 16.

41. *Park c. La Reine*, *supra*, note 15, p. 69-70.

l'avocat indique qu'il ne s'oppose pas à ce que la déclaration soit reçue sans voir-dire ou qu'il n'en conteste pas le caractère volontaire.⁴²

Cette renonciation ne peut toutefois être implicite et s'inférer du silence de l'accusé ou de son procureur⁴³. Il s'ensuit que la renonciation au voir-dire entraînera la recevabilité de la déclaration extrajudiciaire, puisque le caractère libre et volontaire de cette dernière n'aura pas été contesté.

L'argument selon lequel la renonciation au voir-dire pourrait être faite de mauvaise foi en vue d'obtenir un « mistrial » fut rejeté par le juge Dickson, puisque « nous ne devrions pas élaborer notre droit criminel en présumant que l'avocat de la défense ignorera les règles élémentaires de la preuve en matière pénale ou qu'il agira de manière à abuser des procédures de la cour »⁴⁴.

Il n'est d'ailleurs pas sans intérêt de mentionner qu'un avocat pourrait être accusé d'entrave au cours de la justice (art. 139(2) C.Cr.) ou de complot (art. 465 C.Cr.) s'il impliquait l'accusé dans son sombre dessein.

Cette possibilité dont dispose l'accusé de renoncer à une procédure conçue pour sa protection fut élargie par la Cour suprême dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*⁴⁵. Dans cette affaire, il fut jugé qu'un accusé pouvait renoncer à une règle de procédure établie dans son intérêt à condition que la renonciation soit claire, non équivoque et faite en toute connaissance de cause⁴⁶.

Il semble même qu'une telle renonciation soit possible à l'égard du droit de consulter un avocat prévu par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁷. Dans l'affaire *Clarkson c. La Reine*⁴⁸, il fut jugé que cette abdication devait « se fonder sur une appréciation véritable des conséquences de la renonciation à ce droit »⁴⁹.

Hormis cette exception d'ordre procédural, la déclaration extrajudiciaire qui constitue elle-même une partie de l'infraction n'a pas à faire

42. *Id.*, p. 73.

43. *Powell c. La Reine*, *supra*, note 27.

44. *Park c. La Reine*, *supra*, note 15, p. 75.

45. *Korponay c. Procureur général du Canada*, (1982) 1 R.C.S. 41.

46. En l'espèce, il s'agissait de la procédure de réoption prévue par l'article 561 du *Code criminel*.

47. *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra*, note 24, art. 10b); *Clarkson c. La Reine*, (1986) 1 R.C.S. 383. Voir aussi sur la question de la renonciation à une garantie constitutionnelle : *R. c. Turpin*, (1989) 1 R.C.S. 1296.

48. *Clarkson c. La Reine*, *supra*, note 47.

49. *Id.*, p. 396. Dans cette affaire, l'accusée avait renoncé à son droit de consulter un avocat suite à son arrestation. Elle était alors dans un état d'ébriété très avancé.

l'objet d'un voir-dire afin de démontrer son caractère libre et volontaire. La règle de la recevabilité des aveux extrajudiciaires ne s'applique qu'aux déclarations faites après la commission d'une infraction.

Dans l'affaire *Stapleton v. R.*⁵⁰, le prévenu était accusé de méfait public en amenant un policier à enquêter sur la brutalité policière dont il aurait été victime lors d'une arrestation antérieure. Ladite brutalité policière n'était toutefois que le fruit de son imagination fertile.

Comme la déclaration signée par l'accusé constituait l'*actus reus* de l'infraction reprochée, on jugea que son caractère libre et volontaire n'avait pas à être établi lors d'un voir-dire.

Il en est de même lorsqu'une personne est accusée d'avoir refusé de fournir un échantillon d'haleine conformément à l'article 254(2) du Code criminel et que l'on tente de mettre en preuve la déclaration constatant le refus, laquelle constitue également l'*actus reus* de l'infraction⁵¹.

Un tel principe se veut guidé par le bon sens, puisque l'obligation de prouver le caractère libre et volontaire de la déclaration extrajudiciaire équivaldrait, dans ces circonstances, à prouver l'intention de commettre l'infraction. Bref, la preuve de l'*actus reus* serait conditionnelle à la preuve de la *mens rea* de l'infraction⁵².

Qu'advient-il toutefois lorsque l'on omet de tenir un voir-dire alors que les circonstances l'exigent ?

L'admission en preuve d'une déclaration extrajudiciaire sans voir-dire n'entraîne pas pour autant l'ordonnance automatique d'un nouveau procès. L'omission de tenir un voir-dire s'apprécie alors en tenant compte « de son importance par rapport à l'ensemble de la preuve »⁵³.

En somme, les exigences de l'arrêt *Erven* en matière de tenue obligatoire d'un voir-dire ont pour effet de rendre complémentaire l'application de l'article 686(1)b(iii) du Code criminel, lequel se lit ainsi :

50. *Stapleton v. R.*, (1982) 26 C.R. (3d) 361 (Ont. S.C., A.D.). Voir aussi : *R. v. Friesen*, (1982) 2 W.W.R. 514 (Sask. Q.B.); *R. v. Gough*, (1986) 23 C.C.C. (3d) 279 (N.S. S.C., A.D.); *R. v. Hanneson*, (1989) 49 C.C.C. (3d) 467 (Ont. C.A.).

51. *R. v. Zerebeski*, (1982) 26 C.R. (3d) 365 (Sask. Q.B.). On pourra lire également l'article de Casey HILL, « Admissibility of Statements Without a Voir-Dire », (1982) 26 C.R. (3d) 369.

52. Commission de réforme du droit, *supra*, note 11, p. 8.

53. *Erven c. La Reine*, *supra*, note 16, p. 947; *R. c. John*, (1971) R.C.S. 781; *Simard c. La Reine*, (1979) C.A. 101; *Morris c. La Reine*, (1979) 2 R.C.S. 1041; *Harper c. La Reine*, (1980) 2 R.C.S. 366; *Théodore c. La Reine*, C.A. Montréal, 500-10-000264-851, 20 novembre 1987, J.E. 88-13. Voir aussi : J.C. HÉBERT, « Commentaires sur les confessions », (1980) 40 R. du B. 150, p. 152.

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la Cour d'appel

a) [...]

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

(i) [...]

(ii) [...]

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit [...].⁵⁴

Nous croyons toutefois, tout comme le juge Dickson dans l'arrêt *Erven*, que l'absence de préjudice sera rarissime⁵⁵. D'ailleurs, la constitutionnalisation du privilège de non-incrimination par l'adoption de l'alinéa 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁶ peut certes servir d'argument à ceux qui prétendent que le préjudice envers le prévenu est irrémédiable. Il nous apparaît évident que l'admission d'une déclaration incriminante sans la tenue d'un voir-dire, déclaration qui constitue un témoignage indirect⁵⁷ susceptible de condamner à elle-seule le prévenu sans la nécessité d'une corroboration⁵⁸, sape le privilège de non-incrimination et de non-contrainabilité de l'accusé.

On peut certes s'interroger sur la relation entre l'article 686(1)b)(iii) du Code criminel et la réparation qu'accorderait l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en présence d'une violation d'un droit prévu par cette dernière⁵⁹. Il est fort douteux qu'une règle fondée sur l'absence de tenue d'un voir-dire constitue une règle de droit raisonnable « dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »⁶⁰.

54. Art. 686(1)b)(iii) C.Cr.

55. Le juge Dickson disait à la page 947 du jugement que « compte tenu du but du voir-dire et des intérêts en jeu dans les cas où il y a lieu d'en tenir un, ce n'est que très rarement que l'admission de telles déclarations n'entraînera aucun tort important ni aucun déni de justice, et que la cour d'appel pourra appliquer le sous-alinéa 613(1)b)(iii) » (maintenant le sous-alinéa 686(1)b)(iii)).

56. Art. 11c), *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra*, note 24.

57. Voir l'opinion dissidente du juge Estey dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*, *supra*, note 13, p. 654. Voir aussi: E. RATUSHNY, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, Carswell, 1979, p. 97.

58. *Kelsey v. R.*, *supra*, note 2.

59. Cette question fut posée par le juge Lamer dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, *supra*, note 24, p. 369, mais sera tranchée dans une autre affaire.

60. Art. 1, *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra*, note 24 ; *R. c. Thomsen*, (1988) 1 R.C.S. 640 ; *R. c. Hebert*, *supra*, note 7.

1.2. La procédure du voir-dire

1.2.1. Caractères généraux

La procédure usuelle du voir-dire est relativement simple. La Couronne fait entendre ses témoins, généralement des agents de police ayant pu influencer le prévenu en le menaçant ou lui faisant miroiter des promesses d'avantages en retour d'un aveu. Ces témoins sont contre-interrogés par le procureur de la défense.

Par la suite, la défense peut faire entendre ses témoins, y compris l'accusé, et ils sont contre-interrogés. Les avocats plaident ensuite et le juge au voir-dire statue sur la recevabilité de la déclaration. Tous les agents ayant été en contact avec le prévenu doivent être entendus ou offerts au contre-interrogatoire de la défense⁶¹.

Cette procédure est totalement distincte du procès. Il s'agit bel et bien d'un procès à l'intérieur d'un procès. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en est arrivée la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Gauthier*⁶².

Dans cette affaire, Gauthier était inculpé sous deux chefs d'accusation de vol qualifié. La Couronne entendit prouver le caractère libre et volontaire de certaines déclarations à l'intérieur d'un voir-dire, ce qu'elle parvint à faire. L'accusé témoigna lors du voir-dire mais non lors de sa défense. Il préféra plutôt faire entendre d'autres témoins. Le juge de première instance a alors considéré toute la preuve, tant celle émanant du procès en tant que tel que celle provenant du témoignage de l'accusé lors du voir-dire. L'analyse de cette preuve l'a alors conduit à un verdict d'acquittement, compte tenu de l'existence d'un doute raisonnable quant à la participation de l'accusé à l'infraction.

Le procès était tenu devant un juge seul. La Cour d'appel du Québec confirmait l'acquittement d'où l'appel de la Couronne à la Cour suprême.

La question en litige était donc de déterminer si « la preuve du voir-dire fait partie du procès comme toute autre preuve »⁶³.

Le juge Pigeon, pour la majorité, en conclut que la preuve au voir-dire ne fait pas partie de la preuve au procès. Le raisonnement du juge Pigeon est à l'effet que les deux procédures en question ne possèdent pas le même objet. D'une part, le voir-dire vise à déterminer la recevabilité d'une déclaration extrajudiciaire. Le procès, quant à lui, porte sur la

61. *R. v. Thiffault*, (1933) S.C.R. 509.

62. *R. c. Gauthier*, *supra*, note 17.

63. *Id.*, p. 449.

culpabilité ou l'innocence d'un accusé suite à l'étude de la preuve jugée recevable. Or, si la preuve du voir-dire faisait partie intégrante de la preuve au procès, cela permettrait à l'accusé de témoigner lors du voir-dire sans avoir à témoigner en défense. Il pourrait alors rendre le témoignage qu'il offrirait normalement en défense sans s'exposer aux inconvénients d'un contre-interrogatoire sur des aspects non pertinents à la recevabilité de la déclaration, mais pertinents à sa défense⁶⁴.

Cette possibilité d'un avantage marqué pour l'accusé fut rejetée.

Le voir-dire doit donc être tenu peu importe que le procès soit présidé par un juge seul ou par un juge et jury. Le juge doit conclure à la recevabilité ou l'irrecevabilité de la déclaration extrajudiciaire dès la fin du voir-dire. Lors d'un procès devant juge seul, ce dernier devra toutefois attendre la conclusion du procès pour décider si la déclaration déjà jugée admissible lors du voir-dire a véritablement été faite par l'accusé et si elle est véridique⁶⁵.

Malgré que la preuve au voir-dire ne fasse pas partie de la preuve au procès, il est toutefois loisible aux parties de consentir à ce que cette preuve y soit versée. C'est d'ailleurs là l'objet de la divergence d'opinions entre la majorité et la dissidence dans l'arrêt *Gauthier*. La majorité était d'opinion qu'un tel consentement n'existait pas en l'espèce alors que la minorité était d'avis contraire.

Lors de l'enquête préliminaire d'un prévenu, les mêmes principes qu'au procès s'appliquent⁶⁶. Par contre, la décision rendue lors d'une procédure criminelle antérieure, telle une enquête préliminaire, n'a pas pour effet de lier le juge chargé de décider de la recevabilité de la déclaration lors d'une procédure ultérieure⁶⁷.

1.2.2. Le moment de la tenue du voir-dire

La Couronne possède toute la discrétion nécessaire pour mettre en preuve une déclaration. La Couronne n'est nullement contrainte d'introduire en preuve une déclaration si elle ne le désire point et ce, même si cette déclaration a été jugée recevable⁶⁸.

64. *Id.*, p. 451.

65. *Id.*, p. 448.

66. *R. v. Pearson*, (1957) 25 C.R. 342 (Alta. C.A.), *R. v. Pickett*, (1975) 31 C.R.N.S. 239 (Ont. C.A.). *Contra*, *R. v. Thibodeau*, (1956) 23 C.R. 285 (N.B. S.C.).

67. *Duhamel c. La Reine*, (1984) 2 R.C.S. 555.

68. *R. v. Black and Mackie*, (1966) 3 C.C.C. 187, p. 221, (Ont. C.A.), confirmé à : (1966) 3 C.C.C. 227 (S.C.C.); *R. v. Adams, MacAllister and Stables*, (1956) 117 C.C.C. 93 (N.S.S.C.).

En somme, seule la Couronne peut introduire en preuve la déclaration extrajudiciaire d'un accusé. Ce dernier ne peut en effet mettre en preuve sa propre déclaration à moins que cette dernière ne serve à prouver l'état d'esprit de l'accusé à un certain moment⁶⁹ ou lorsqu'elle peut contrecarrer la prétention de la fabrication d'une défense⁷⁰. La Couronne peut donc tenir un voir-dire et refuser par la suite d'introduire en preuve la déclaration jugée recevable⁷¹.

S'il incombe à la Couronne de prouver le caractère libre et volontaire d'une déclaration dont elle entend se servir, certaines limites ont été imposées quant à la période où le procès puisse être interrompu par la tenue d'un voir-dire.

Certes, la Couronne peut introduire en preuve une déclaration extrajudiciaire en vue d'en prouver la véracité à l'appui de sa thèse. Il s'agit généralement d'une déclaration inculpatoire.

Elle peut également mettre en preuve une déclaration extrajudiciaire dans le seul but de diminuer la crédibilité du prévenu. C'est le cas de certaines déclarations exculpatrices que la Couronne n'a pas avantage à produire au soutien de sa preuve principale, mais qui peuvent entrer en contradiction avec le témoignage de l'accusé lors de sa défense. Que la déclaration soit inculpatrice ou exculpatrice, la Couronne devra démontrer son caractère libre et volontaire lors d'un voir-dire, si elle entend s'en servir à quelque fin que ce soit⁷².

En principe, la Couronne doit procéder à la tenue d'un voir-dire à l'intérieur de sa preuve principale, si elle désire prouver la véracité de l'aveu.

Par ailleurs, il est loisible à la Couronne de tenir un voir-dire à l'intérieur de la défense afin de mettre l'accusé en contradiction avec une déclaration antérieure incompatible⁷³. L'arrêt *R. v. Drake*⁷⁴ fournit un exemple d'une telle situation de faits où la Couronne entendait procéder à la tenue d'un voir-dire à l'intérieur même de la défense. Le juge MacPherson approuva une telle procédure en ces termes :

69. *R. v. Willis*, (1959) 44 Cr. App. R. 32; *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3.

70. *R. v. St-Lawrence*, (1949) 93 C.C.C. 376 (Ont. H.C.J.); *R. v. Lalonde*, (1971) 5 C.C.C. (2d) 168 (Ont. H.C.); *R. v. Wannebo*, (1972) 7 C.C.C. (2d) 266 (B.C. C.A.); *R. c. Simpson*, *supra*, note 69.

71. E. RATUSHNY, « Statements of an Accused: Some Loose Strands », (1971-72) 14 Cr. L.Q. 306, p. 322.

72. *Piché c. La Reine*, *supra*, note 10.

73. *R. v. Pappajohn*, (1979) 5 C.R. (3d) 193 (B.C. C.A.).

74. *R. v. Drake*, (1970) 12 C.R.N.S. 220 (Sask. Q.B.).

There is a well-known principle that evidence which is clearly relevant to the issues and within the possession of the Crown should be advanced by the Crown as part of its case, and such evidence cannot properly be admitted after the evidence for the defence by way of rebuttal. In other words, the law regards it as unfair for the Crown to lie in wait and to permit the accused to trap himself. The principle, however, does not apply to evidence which is only marginally, minimally or doubtfully relevant.⁷⁵

Plus loin, ce même magistrat ajoute qu'il ne peut constater quelque préjudice subi par l'accusé, puisque la Couronne entendait se servir de la déclaration, non pas pour prouver la véracité de son contenu, mais pour diminuer la crédibilité du prévenu⁷⁶.

Il ressort de tout cela que la Couronne ne peut, en principe, diviser sa preuve, à moins, bien sûr, que la déclaration ne porte sur des faits « marginally, minimally or doubtfully relevant ». Chaque cas sera jugé selon son mérite⁷⁷. La Couronne ne pourra donc tenir un voir-dire à l'intérieur de la défense lorsque la déclaration porte sur le cœur du litige⁷⁸.

Dans certaines circonstances, il est possible pour la Couronne de recourir à la tenue d'un voir-dire lors de sa contre-preuve⁷⁹. Par exemple, ce pourrait être le cas lorsque la défense invoquera un alibi sans préavis et sans que le prévenu ne témoigne⁸⁰.

Il va sans dire que la contre-preuve doit tendre à contredire un élément de preuve soumis en défense et ne peut servir uniquement à confirmer la preuve principale de la Couronne⁸¹, sinon la Couronne diviserait illégalement sa preuve⁸².

Lorsque les faits en litige permettent la tenue d'un voir-dire durant la défense de l'accusé, il est permis que le procès soit interrompu à tout moment, y compris lors du contre-interrogatoire du prévenu⁸³. Cette façon d'opérer peut cependant causer un hiatus à l'intérieur du contre-interrogatoire de l'accusé et lui permettre de se ressaisir à la suite de questions trop pressantes.

75. *Id.*, p. 221.

76. *Id.*

77. F. KAUFMAN, *supra*, note 19, p. 31.

78. *R. v. Bruno*, (1976) 27 C.C.C. (2d) 318 (Ont. C.A.); *Létourneau c. La Reine*, C.A. Montréal, 500-10-000217-875, 22 février 1989, J.E. 89-526.

79. *R. v. Monette*, (1956) S.C.R. 400; *R. v. Kalashnikoff*, (1981) 57 C.C.C. (2d) 481 (B.C. C.A.).

80. F. KAUFMAN, *supra*, note 19, p. 33.

81. *R. v. Sullivan*, (1922) 16 Cr. App. R. 121.

82. *Jacobs v. Tarleton*, (1848) 11 Q.B. 421; *R. c. Michael*, (1954) 110 C.C.C. 30 (Ont. C.A.); *R. v. Russell*, (1963) 47 Cr. App. R. 79.

83. Cette assertion est également vraie pour la tenue du voir-dire lors de la preuve principale de la Couronne.

La Couronne peut pallier à cet inconvénient majeur en recourant à la tenue d'un voir-dire à l'intérieur de sa preuve principale. La Couronne n'étant pas contrainte de produire la déclaration si celle-ci est jugée recevable, elle pourra la garder en réserve aux fins de contre-interroger l'accusé, le cas échéant.

Cette pratique fut jugée valable par la jurisprudence⁸⁴, quoique non exempte de critiques de la part de différents auteurs⁸⁵. Ainsi, pour peu que cette pratique puisse ne pas interrompre un contre-interrogatoire serré, elle n'en comporte pas moins des désavantages de taille si l'on en croit le professeur Ratushny :

The most obvious objection is the waste of time at trial in going through a voir-dire during the Crown case where there is no intention of introducing the statement no matter what the outcome of the voir-dire might be.

Even if the Crown is definitely introducing the statement in order to be able to cross-examine on it the time taken on the voir-dire may still be wasted since there is no guarantee that the accused will testify. Even if he does take the stand his statement may be in perfect accord with the statement.⁸⁶

De même, puisque l'accusé bénéficie du droit de lire sa déclaration en vertu de l'article 603(a) du Code criminel⁸⁷, il est fort probable qu'un accusé bien informé puisse rendre un témoignage en tout point conforme à sa déclaration extrajudiciaire.

Il convient de souligner également que la Couronne doit produire la déclaration du prévenu avant de procéder à sa mise en contradiction⁸⁸. La déclaration doit également être produite dans son intégralité, sauf si elle est en partie irrecevable⁸⁹.

Précisons qu'en vertu de l'article 645(5) du Code criminel, les questions pouvant être jugées en l'absence du jury, par exemple les déclarations extrajudiciaires, peuvent être décidées avant même que les candidats-jurés ne soient appelés.

84. *R. v. Black and Mackie*, *supra*, note 68.

85. E. RATUSHNY, *supra*, note 71; J.C. HÉBERT, « L'usage des déclarations antérieures en droit criminel », (1979) 39 *R. du B.* 391.

86. E. RATUSHNY, *supra*, note 71, p. 325.

87. L'article 603(a) du *Code criminel* se lit ainsi :

603. Un accusé a droit, après qu'il a été renvoyé pour subir son procès ou lors de procès :

a) d'examiner sans frais d'accusation, sa propre déclaration, la preuve et les pièces, s'il en est

88. *Lizotte v. R.*, (1981) 18 C.R. (3d) 364 (C.A. Qué.).

89. *Id.*, p. 373.

1.3. Le fardeau de preuve lors du voir-dire

1.3.1. Le fardeau de preuve de la Couronne

Il est admis depuis longtemps que la Couronne se doit de démontrer le caractère libre et volontaire d'une déclaration extrajudiciaire⁹⁰.

La Couronne devra non seulement démontrer que la déclaration ne fut obtenue ni par crainte de préjudice ni dans l'espoir d'un avantage, mais devra également prouver qu'elle représente les propos d'un esprit conscient et qu'elle a été obtenue en conformité avec les droits constitutionnels du prévenu⁹¹.

La Couronne se doit d'établir toutes les circonstances relatives à l'obtention de la déclaration et, pour ce faire, doit faire témoigner toutes les personnes qui ont pu entrer en contact avec le prévenu, y compris les personnes présentes lors de l'arrestation de celui-ci⁹², jusqu'au moment de la prise de la déclaration. C'est à tout le moins l'opinion du juge en chef Anglin dans l'arrêt *R. v. Sankey*⁹³:

We think that the police officer who obtained that statement should have fully disclosed all that took place on each of the occasions when he "interviewed" the prisoner; and, if another policeman was present, as the defendant swore at the trial, his evidence should have been adduced before the statement was received in evidence. With all the facts before him, the learned judge should form his own opinion that the tendered statement was indeed free and voluntary as the basis for its admission, rather than accept the mere opinion of the police officer, who had obtained it, that it was "made voluntarily and freely".⁹⁴

Dans l'arrêt *R. v. Thiffault*⁹⁵, le juge en chef Duff réaffirme cette obligation de faire témoigner toutes les personnes en état d'autorité présentes au moment de la prise de la déclaration, afin de relater toutes les circonstances permettant au juge de statuer sur le caractère libre et volontaire de la déclaration :

Where such a statement is elicited in the presence of several officers, the statement ought, as a rule, not to be admitted unless (in the absence of some adequate explanation of their absence) those who were present and produced by the Crown as witnesses, at least for cross-examination on behalf of the accused; and, where the statement professes to give the substance of a report of oral answers given by the accused to interrogatories, without reproducing the

90. *Ibrahim v. R.*, *supra*, note 4, p. 609-610.

91. *Id.*; *Ward c. La Reine*, *supra*, note 6; *Horvath c. La Reine*, *supra*, note 6; *R. c. Hebert*, *supra*, note 7.

92. *R. v. Gartland*, (1981) 7 W.C.B. 110 (Ont. Prov. Ct.).

93. *R. v. Sankey*, (1927) S.C.R. 436.

94. *Id.*, p. 441. Voir aussi : *R. v. Monette*, *supra*, note 79.

95. *R. v. Thiffault*, (1933), S.C.R. 509.

questions, then the written report ought not to be admitted in evidence unless the person who is responsible for its compilation is (here again in the absence of some adequate explanation of his absence) called as a witness.⁹⁶

Ce qui constitue une explication adéquate de l'absence d'un témoin lors du voir-dire demeure une question à être déterminée d'après les circonstances de chaque litige. Signalons, par exemple, que l'absence d'un témoin en raison de la maladie constitue une telle explication⁹⁷.

Il appert que cette obligation de présence desdits témoins concerne non seulement les personnes en situation d'autorité mais également toute personne ayant frayed avec le prévenu⁹⁸.

Par contre, une telle obligation de présence ne concerne nullement une personne non contraignable, telle l'épouse d'un accusé⁹⁹.

L'obligation de présence est-elle pour autant péremptoire en ce sens que son non-respect entraîne automatiquement le rejet de la déclaration ?

Il n'existe aucune règle d'exclusion automatique de la déclaration dans le cas où la Couronne omet de produire quelque témoin que ce soit. Le procureur de la Couronne devra cependant justifier l'absence de façon adéquate. Il appert, en effet, qu'à défaut de ce faire, la Couronne risque l'exclusion d'une telle preuve car une telle absence ajoute un doute sur la recevabilité de la déclaration¹⁰⁰.

Dans l'affaire *R. v. Koszulap*¹⁰¹, l'absence non motivée lors du voir-dire d'un policier ayant détenu le prévenu durant un certain temps fut au nombre des circonstances ayant entraîné le rejet de la déclaration. Parmi ces circonstances, le prévenu avait été gardé en détention pendant vingt-quatre (24) heures et la Couronne n'avait pu expliquer les raisons de cette détention.

Les faits de l'affaire ont aussi démontré que le procès-verbal ne contenait point les questions posées. De plus, aucune preuve n'avait été fournie quant aux moyens de subsistance (nourriture et boissons) du prévenu durant ladite détention.

Dans l'arrêt *R. v. Dyer*¹⁰², il fut décidé que la Couronne ne s'était pas déchargée de son fardeau de preuve en omettant de faire témoigner plusieurs policiers étant entrés en contact avec le prévenu, d'autant plus

96. *Id.*, p. 515.

97. *R. v. Botfield*, (1976) 32 C.R.N.S. 1 (B.C. C.A.).

98. *R. v. Wert*, (1980) 12 C.R. (3d) 254 (B.C. C.A.).

99. *R. v. Alterson*, C.S.P. Montréal, n° 260-6860.

100. Commission de réforme du droit, *supra*, note 11, p. 18.

101. *R. v. Koszulap*, (1974) 20 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.).

102. *R. v. Dyer*, (1979) 4 W.C.B. 150 (Alta. C.A.).

que le policier-témoin n'avait pas gardé un procès-verbal adéquat de l'interrogatoire.

L'absence d'un témoin est donc l'une des circonstances à être soupesées et ne constitue pas, en elle-même, le critère fondamental d'exclusion de la déclaration¹⁰³.

Comme le souligne le juge Kaufman, c'est le bon sens qui doit primer puisque personne n'exigerait que chaque policier affecté à un poste de police soit tenu de témoigner lorsqu'une déclaration est obtenue¹⁰⁴.

Par mesure de prudence, il est une pratique courante, pour le ministère public, de faire entendre un témoin pour chaque étape ou endroit important où le prévenu est entré en contact avec une personne en autorité. La Couronne met alors les autres témoins à la disposition de la défense aux fins d'un contre-interrogatoire. Enfin, elle fait témoigner tous les policiers présents lors de l'interrogatoire qui ont pu être en mesure de faire valoir des menaces ou promesses.

Mentionnons que la Couronne peut se décharger plus facilement de son fardeau de preuve lorsque la prise de la déclaration est filmée à l'aide d'un vidéo.

Une telle preuve s'avère souvent préférable aux sempiternelles divergences entre le témoignage des policiers, lesquels se corroborent mutuellement, et celui du prévenu quant aux circonstances véritables de l'interrogatoire¹⁰⁵.

Une telle preuve révélerait sans doute plus aisément des éléments tels la violence physique ou verbale, l'intimidation, l'état d'esprit de l'accusé, l'ivresse de ce dernier, etc.

Il va sans dire toutefois que la preuve de l'authenticité de la bande vidéo devra être effectuée par l'opérateur de la caméra ou une personne présente lors de l'enregistrement¹⁰⁶. L'on devra sans doute faire la preuve que la bande n'a pas été altérée lors d'une retranscription ou autrement.

L'usage du vidéo devrait donc entraîner la réduction de la durée des voir-dire et l'accroissement du nombre de renonciations à leur tenue.

103. E. RATUSHNY, « Self-Incrimination: Nailing the Coffin Shut », (1977-78) 20 Cr. L.Q. 312; F. KAUFMAN, *supra*, note 19, p. 41.

104. F. KAUFMAN, *supra*, note 19, p. 16.

105. R. v. *Vangent and Green*, (1979) 42 C.C.C. (2d) 313 (Ont. Prov. Ct.); E. GOLDSTEIN, « Using Videotape to Present Evidence in Criminal Proceedings », (1984-1985) Cr. L.Q. 369.

106. E. GOLDSTEIN, *supra*, note 105, p. 371.

1.3.2. Le degré de preuve requis

Deux courants de jurisprudence traitent du degré de preuve requis aux fins de la recevabilité des déclarations extrajudiciaires faites à une personne en autorité.

D'une part, il y a celui qui exige que la Couronne prouve le caractère volontaire de la déclaration et ce, à la satisfaction du juge¹⁰⁷. D'autre part, le courant majoritaire exige que la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable le caractère libre et volontaire de la déclaration¹⁰⁸.

C'est le degré de preuve hors de tout doute raisonnable qui nous apparaît exigible. En effet, une déclaration incriminante constitue généralement la meilleure preuve et une condamnation peut s'ensuivre sur sa seule foi, sans nécessité de corroboration¹⁰⁹. Il s'agit également d'un témoignage indirect¹¹⁰ pouvant risquer de saper le privilège de non-incrimination et de non-contrainabilité de l'accusé. De plus, un tel fardeau de preuve serait le même tant pour la preuve de la culpabilité d'un accusé lors d'un procès que pour la recevabilité d'un élément de preuve lors d'un voir-dire et cet élément de preuve pourra d'ailleurs servir éventuellement à établir hors de tout doute raisonnable la culpabilité d'un accusé.

Il convient de noter que le fardeau de la Couronne est identique peu importe que le voir-dire soit tenu à l'intérieur de l'enquête préliminaire ou à l'intérieur du procès¹¹¹.

Ce même fardeau demeure indépendamment du fait que la Couronne tiennne son voir-dire durant sa preuve principale, lors de la défense de l'accusé ou en contre-preuve¹¹².

107. *Tremblay c. La Reine*, C.A. Montréal, 500-10-003882-71, 21 janvier 1974; *R. c. Leboeuf*, (1979) 57 C.C.C. (2d) 257 (C.A. Qué.); *Simard c. La Reine*, (1979) C.A. 101.

108. *R. v. Albrecht*, (1967) 49 C.R. 314 (N.B. C.A.); *R. v. Pickett*, *supra*, note 66; *R. v. Precourt*, (1977) 36 C.R.N.S. 150 (Ont. C.A.); *R. v. Jackson*, (1977) 34 C.C.C. (2d) 35 (B.C. C.A.); *R. v. Hatton*, (1978) 39 C.C.C. (2d) 281 (Ont. C.A.); *R. v. Letendre*, (1979) 7 C.R. (3d) 320 (B.C. C.A.); *R. v. Chow, Tai and Limerick*, (1979) 43 C.C.C. (2d) 215 (B.C. C.A.); *R. c. Turcotte*, (1979) C.S. 1055; *Ward c. La Reine*, *supra*, note 6; *Park c. La Reine*, *supra*, note 15; *R. v. Clow*, (1982) 65 C.C.C. (2d) 407 (P.E.I. C.A.); *Guérin c. La Reine*, (1984) C.A. 305; *R. c. Lessard*, (1984) 10 C.C.C. (3d) 61 (C.A. Qué.); *R. v. Moreau*, (1986) 26 C.C.C. (3d) 359 (Ont. C.A.).

109. *Kelsey v. R.*, *supra*, note 2.

110. Voir l'opinion dissidente du juge Estey dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*, *supra*, note 13.

111. *R. v. Pickett*, *supra*, note 66; *R. v. Pearson*, *supra*, note 66; *R. v. Norgren*, (1974) 15 C.C.C. (2d) 30 (B.C. S.C.).

112. *R. v. Monette*, *supra*, note 79.

1.4. Le rôle de l'accusé lors du voir-dire

En l'absence du jury, la Couronne présente donc sa preuve en premier et appelle ses témoins, lesquels peuvent être contre-interrogés uniquement quant à leur crédibilité et sur la question de la recevabilité de la déclaration. La défense fait de même et une argumentation précède la décision du juge au voir-dire quant à l'admissibilité de la déclaration.

L'accusé n'est pas contraint de témoigner lors du voir-dire bien que, dans les faits, il puisse s'avérer utile qu'il le fasse afin de contredire la preuve présentée par la Couronne. Ce faisant, l'accusé s'expose alors à un contre-interrogatoire pouvant porter, tant sur la recevabilité de sa déclaration, que sur sa propre crédibilité. La Couronne possède tout le loisir de le contre-interroger sur ses condamnations antérieures¹¹³. Il va sans dire qu'un accusé peut témoigner lors du voir-dire et demeurer silencieux lors du procès¹¹⁴.

L'accusé peut également se voir demander si sa déclaration est vraie¹¹⁵ et dans l'affirmative, s'il a bel et bien tué la victime¹¹⁶ ou s'il savait que la marchandise trouvée en sa possession avait été volée¹¹⁷, le cas échéant.

C'est dans l'arrêt *Declercq v. R.*¹¹⁸ que la Cour suprême du Canada a exprimé l'opinion que la question portant sur la véracité de la déclaration extrajudiciaire pouvait être posée. Dans cette affaire, la question avait été demandée par le juge au voir-dire, lors du contre-interrogatoire de Declercq.

La déclaration extrajudiciaire fut jugée recevable, l'accusé trouvé coupable et ce dernier en appela en alléguant que le juge avait commis une erreur de droit en posant une telle question. La Cour d'appel de l'Ontario confirma la déclaration de culpabilité, tout comme la Cour suprême.

La Cour suprême y a confirmé le principe voulant que le voir-dire serve à déterminer la recevabilité d'une déclaration et non son caractère véridique, bien que la question de la véracité puisse servir à des fins de crédibilité de l'accusé-déclarant¹¹⁹. L'arrêt a néanmoins engendré une

113. *R. v. Bell*, (1959) 30 C.R. 60 (B.C. S.C.).

114. *Erven c. La Reine*, *supra*, note 16.

115. *Declercq v. R.*, *supra*, note 36; *Guérin c. La Reine*, *supra*, note 108; *R. v. Sawchyn*, (1981) 60 C.C.C. (2d) 200 (Alta. C.A.).

116. *R. v. Hammond*, (1941) 28 Cr. App. R. 84 (C.C.A.).

117. *R. v. Van Dongen*, (1975) 26 C.C.C. (2d) 22 (B.C. C.A.).

118. *Declercq v. R.*, *supra*, note 36.

119. *Id.*, p. 906.

pléthore de critiques de la part des juristes tant au Canada que dans les pays du Commonwealth.

Le fondement de l'arrêt, soit la crédibilité de l'accusé, apparaît en effet très discutable. Une telle question n'aide en rien la détermination de la crédibilité, puisque toute réponse donnée n'est pas susceptible d'être contredite par la Couronne vu qu'elle porte sur des faits collatéraux¹²⁰.

De plus, le fait que le prévenu réponde par l'affirmative n'aura aucun effet sur sa propre crédibilité mais nuira plutôt à sa présomption d'innocence. Seul le cas où l'accusé répondra que la déclaration est fausse pourra lui être d'un certain secours, car cela aura pour effet de « corroborer » sa prétention à l'effet que celle-ci fut précédée de menaces ou de promesses d'avantages. Cette question risque donc d'encourager le faux témoignage au sens de l'article 136 du Code criminel¹²¹.

La difficulté première qu'engendre cet arrêt résulte de l'impossibilité pratique pour le juge du procès de séparer le caractère libre et volontaire de la déclaration de sa véracité¹²². Naturellement, l'effet de l'arrêt *Declercq* est plus restreint lors d'un procès avec juge et jury puisque le jury est exclu du voir-dire.

Il en va autrement lors d'un procès devant juge seul puisqu'il est le juge des faits et détermine en outre la recevabilité d'une déclaration extrajudiciaire lors du voir-dire. Même si l'arrêt *R. c. Gauthier*¹²³ impose au juge du procès de ne pas considérer la preuve entendue lors du voir-dire¹²⁴ pour les fins de l'étude de la culpabilité de l'accusé, cette tâche peut devenir extrêmement difficile. Les propos suivants du juge Langdon dans l'affaire *R. v. Vangent*¹²⁵ sont révélateurs quant à la nécessité d'une apparence de justice :

It is well and good for a trained legal mind to say: "Well the answer to that question is only being taken into account to determine his credibility on the issue to be resolved in the voir-dire, and not to determine his guilt".

It is altogether another thing for an accused person to have any confidence in that belief, particularly, if the answer be required of him, be recorded, and ultimately the accused be convicted.

120. E. RATUSHNY, « Unravelling Confessions », (1970-71) 13 Cr. L.Q. 453, p. 483.

121. J. ARVAY, « Voir-Dire Evidence: A Commentary on Wong-Kam-Ming and its Application to Canada », (1980-81) 23 Cr. L.Q. 173, p. 179.

122. E. RATUSHNY, *supra*, note 120, p. 488 ; A. MEWETT, « The Risks of the Accused Testifying on the Voir-Dire », (1983-84) 26 Cr. L.Q. 444, p. 447-448.

123. *R. c. Gauthier*, *supra*, note 17.

124. Sauf si les parties consentent expressément à ce que cette preuve soit versée au procès.

125. *R. v. Vangent*, (1979) 42 C.C.C. (2d) 313 (Ont. Prov. Ct.).

If the confession is admitted the accused may well feel, albeit incorrectly, that not only has the confession been admitted as evidence but, as well, his answer perhaps affirming the truth of the confession. If the confession is ruled inadmissible, especially where the trial is proceeding before a Judge alone, what confidence can an accused person have in the statement that the Court is not weighing his inadmissible statement, if the trier of fact has not only seen the confession but heard him answer, for instance, that it is true?¹²⁶

Dans cette optique, nous estimons qu'il serait préférable, lors d'un procès devant juge seul, qu'un juge *ad hoc* préside le voir-dire et détermine la recevabilité de la déclaration extrajudiciaire. Nous y reviendrons plus loin.

Une solution plus simple serait de réviser la décision rendue dans l'arrêt *Declercq* surtout depuis la constitutionnalisation du privilège de non-contrainabilité du prévenu et de la présomption d'innocence¹²⁷.

Le voir-dire vise à déterminer la recevabilité d'un élément de preuve et non la culpabilité d'un accusé¹²⁸. Or, en présence d'une déclaration incriminante, demander au prévenu si la déclaration à l'effet qu'il a tué est vraie équivaut à demander s'il a commis l'infraction reprochée et sape par le fait même la présomption d'innocence dont il doit bénéficier.

Même si l'arrêt *Declercq* énonce que la question de la véracité puisse être légalement posée, il n'est pas dit que l'accusé soit obligé d'y répondre, compte tenu de son privilège de non-incrimination. La Cour suprême n'a en effet statué que sur la validité de la question et non sur le droit de l'accusé de ne point répondre.

Nous croyons également que l'accusé pourrait demander au tribunal d'exercer la discrétion de l'arrêt *R. v. Wray*¹²⁹, puisque l'admissibilité d'une telle preuve tient à une subtilité dont les conséquences préjudiciables (l'incrimination) dépassent largement sa force probante (la crédibilité

126. *Id.*, p. 322. Dans le même sens, on peut lire également les propos suivants de l'auteur Joseph ARVAY dans *supra*, note 121, p. 179:

The accused is obviously more prejudiced when the case is tried before a judge without a jury notwithstanding the legal rule that a judge cannot consider the evidence in the voir-dire in determining the guilt or innocence of the accused. Legal rule notwithstanding, there are other psychological factors working. Where the trial involves a jury it is still reasonable to conclude that this knowledge may well affect the trial judge in his subsequent conduct of the case and his ability to give an impartial summing-up.

127. *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra*, note 24. Voir par analogie: *Dubois c. La Reine*, *supra*, note 24. Notons qu'en Angleterre on a jugé que la question portant sur la véracité de la déclaration était illégale: *Wong-Kam-Ming v. R.*, (1979) 2 W.L.R. 81.

128. *Duhamel c. La Reine*, *supra*, note 67, p. 560.

129. *R. c. Wray*, (1971) R.C.S. 272.

de l'accusé). L'accusé aurait également avantage à demander au juge du voir-dire de s'abstenir de lire la déclaration advenant que la question portant sur sa véracité soit permise.

Nous verrons dans un chapitre ultérieur les possibilités d'utilisation au procès du témoignage de l'accusé rendu lors du voir-dire.

1.5. Le rôle d'un co-accusé lors d'un voir-dire

L'accusé qui témoigne lors du voir-dire ou lors du procès peut être contre-interrogé également par un co-accusé¹³⁰. Il n'est pas nécessaire alors que la recevabilité de la déclaration soit établie¹³¹. L'accusé qui entre dans la boîte des témoins devient alors un témoin pour toutes les matières et s'expose à être contre-interrogé, que son témoignage soit favorable ou défavorable au co-accusé¹³².

Comme le contre-interrogatoire peut servir autant à discréditer un témoignage qui implique un accusé qu'à faire révéler des faits pertinents et favorables à l'accusé, il s'ensuit que nier à un co-accusé le droit de contre-interroger un accusé l'empêcherait de bénéficier d'une défense pleine et entière. Un tel contre-interrogatoire est donc permis en autant qu'il se limite à des questions pertinentes à l'affaire et à la crédibilité de l'accusé¹³³.

Ainsi, bien qu'une déclaration extrajudiciaire ne fasse preuve que contre son auteur et non contre un co-accusé, ce dernier possède l'intérêt de contre-interroger l'accusé lors du voir-dire puisque le témoignage éventuel de ce dernier lors du procès fera preuve contre son ou ses co-accusés¹³⁴.

Or, les témoignages de l'accusé lors du voir-dire et lors du procès pourraient être divergents. Le co-accusé a donc avantage à contre-interroger l'accusé lors du voir-dire et lors du procès afin de faire ressortir

130. *R. v. McLaughlin*, (1974) 15 C.C.C. (2d) 562 (Ont. C.A.); *R. v. Ma, Ho and Lai*, (1979) 44 C.C.C. (2d) 537 (B.C. C.A.); *R. v. Young*, (1981) 64 C.C.C. (2d) 13 (B.C.C.A.); *R. v. Logan*, (1989) 46 C.C.C. (3d) 354 (Ont. C.A.); *R. v. Pelletier*, (1986) 29 C.C.C. (3d) 533 (B.C. C.A.).

131. *Id.* De fait, il n'est pas non plus nécessaire de démontrer que la déclaration a été obtenue en conformité avec la Charte, *R. v. Pelletier*, *supra*, note 130.

132. *R. v. McLaughlin*, *supra*, note 130.

133. *Id.*; *R. v. Young*, *supra*, note 130; *R. v. Logan*, *supra*, note 130. Par contre, il est plus difficile pour un co-accusé de contre-interroger d'autres personnes que l'accusé, tels des policiers, au cours du voir-dire de ce dernier, *R. v. Farquharson*, (1983) 6 C.C.C. (3d) 29 (Ont. C.A.).

134. *R. v. Rudd*, (1928) 32 Cr. App. R. 138.

ces contradictions, de diminuer la crédibilité de l'accusé et ainsi de faire valoir une défense pleine et entière.

Il est vrai que le droit à une défense pleine et entière d'un co-accusé peut, dans certaines circonstances, affecter le caractère équitable du procès d'un accusé. Le juge de première instance devra donc, dans ces circonstances, tenter le plus possible d'établir un équilibre entre ces deux droits fondamentaux. À défaut, lorsque le contre-interrogatoire entraînera un procès inéquitable pour un accusé, il sera de son devoir d'ordonner la tenue d'un procès séparé afin de protéger les droits de chacun¹³⁵.

1.6. Le rôle du juge lors du voir-dire

Une déclaration extrajudiciaire ne fait point preuve tant qu'elle n'a pas été déclarée recevable. L'étude de la recevabilité de la déclaration se fait donc à l'intérieur du voir-dire. La responsabilité du juge en l'absence du jury est de déterminer si la déclaration est recevable.

Dans l'arrêt *R. c. Gauthier*¹³⁶, le juge Pigeon a bien résumé le rôle du juge lors du voir-dire et il apparaît clairement que le juge doit statuer sur la recevabilité de la déclaration avant de laisser le soin au jury de soupeser si celle-ci a vraiment été faite et si elle est vraie. Par contre, le juge qui siège seul et qui est, en conséquence, le juge des faits, « doit garder pour la fin » l'étude de la force probante de la déclaration¹³⁷.

L'arrêt *Park c. La Reine*¹³⁸ tend également à préciser le rôle du juge en énonçant qu'il doit exister « une certaine preuve » que la déclaration a été faite pour que l'on puisse statuer sur sa recevabilité. Cela nous paraît évident puisqu'il s'avère éminemment paradoxal de statuer sur le caractère libre et volontaire d'une déclaration qui n'a pas été faite¹³⁹.

Par contre, le juge siégeant seul devra faire abstraction de toute la preuve dévoilée lors du voir-dire, y compris le témoignage de l'accusé, à moins que les parties n'aient consenti à ce que la preuve soit versée au procès¹⁴⁰.

135. *R. v. Kendall and McKay*, (1987) 35 C.C.C. (3d) 105 (Ont. C.A.).

136. *R. c. Gauthier*, *supra*, note 17.

137. *Id.*, p. 448.

138. *Park c. La Reine*, *supra*, note 15, p. 77. Voir aussi: F. KAUFMAN, *Admissibility of Confessions*, Suppl. to the 3rd ed., Carswell, 1983, p. 11.

139. M. SCHRAGER, « Recent Developments in the Law Relating to Confessions: England, Canada and Australia », (1981) 26 *McGill L.J.* 435, p. 475.

140. *R. c. Gauthier*, *supra*, note 17.

La question de savoir si le juge peut, lors du voir-dire, lire la déclaration aux fins de la détermination de son caractère libre et volontaire revêt une importance particulière. Ainsi, comment un juge peut-il accorder le bénéfice du doute raisonnable lorsqu'il a acquis inconsciemment la connaissance de la culpabilité d'un accusé en lisant une déclaration inculpatoire jugée irrecevable ou encore en entendant le prévenu répondre lors du voir-dire que la confession est véridique ?

Certains jugements préconisent la lecture de la déclaration antérieurement à la prise de la décision finale sur sa recevabilité. La principale raison tient à une question de précaution supplémentaire puisque l'on considère que certaines parties d'une déclaration peuvent suggérer qu'il y a eu promesse d'avantage ou crainte de représailles¹⁴¹.

D'importantes réserves ont toutefois été exprimées à ce sujet dans l'arrêt *Re Mitchell and Maynes v. R.*¹⁴², où le juge McDonald propose que le juge au voir-dire ne fasse la lecture de la déclaration que suite à une demande de la Couronne ou de la défense. Il y a lieu toutefois de s'interroger sur l'opportunité d'une telle situation, particulièrement quant à la possibilité pour la Couronne d'abuser de cette demande dans des procès présidés par un juge seul.

La lecture de la déclaration entraîne certaines réticences au sein même de la magistrature. Dans l'arrêt *R. c. Leboeuf*¹⁴³, le juge Rinfret avançait que le juge au voir-dire pouvait être indûment influencé par les faits relatés dans la déclaration¹⁴⁴.

Nous croyons qu'une solution favorisant la lecture de la déclaration sans mettre en péril la garantie de la présomption d'innocence puisse être envisagée.

Ainsi, nous suggérons que toute déclaration inculpatoire, dont la Couronne entend nécessairement se prévaloir à titre de preuve principale, soit jugée lors d'un voir-dire tenu avant le procès et présidée par un juge autre que celui au procès. Le juge *ad hoc* aurait l'avantage de statuer sur la recevabilité de la déclaration sans être influencé par la preuve au procès. Cette procédure présenterait l'avantage de répondre adéquatement au caractère distinct du voir-dire par rapport au procès. Le juge *ad hoc* pourrait donc lire la déclaration sans appréhension. Le juge du procès, lui, ne pourrait alors être inconsciemment influencé par ce qu'il

141. *Reid v. R.*, (1974) 20 C.C.C. (2d) 257, p. 258 (Court Martial A.C.).

142. *Re Mitchell and Maynes v. R.*, (1976) 31 C.C.C. (2d) 344 (Alta. S.C.).

143. *R. c. Leboeuf*, *supra*, note 107.

144. *Id.*, p. 259.

aurait été susceptible d'entendre lors d'un voir-dire ainsi que par la lecture de la déclaration.

Cette procédure ne s'appliquerait pas nécessairement aux déclarations dont la Couronne entend se servir aux fins de détruire la crédibilité du prévenu, à moins qu'elle ne choisisse de faire déterminer leur recevabilité préalablement au procès. Au cas contraire, le juge au procès serait habilité à présider le voir-dire, compte tenu que la déclaration n'aurait pour objet que de tester la crédibilité du prévenu.

Cette proposition ne constitue nullement une critique à l'égard de la magistrature, mais vise plutôt à assurer un principe fondamental de notre droit criminel, à savoir la présomption d'innocence.

Il va sans dire que les règles de justice naturelle doivent être respectées lors du voir-dire. Ce serait donc une erreur de droit du juge au voir-dire que de refuser à l'accusé le droit d'opposer une défense à l'encontre de la preuve de la Couronne sur le caractère libre et volontaire de la déclaration¹⁴⁵.

Le juge au voir-dire ne peut également refuser au procureur du prévenu de contre-interroger les témoins de la Couronne sur tous les faits entourant la déclaration¹⁴⁶.

Il incombe également au juge d'expliquer au prévenu non représenté par un avocat toute la nature ainsi que l'objet du voir-dire¹⁴⁷. Dans l'arrêt *R. v. Carlsen*¹⁴⁸, il a été décidé que l'accusé non représenté devait être informé de son droit de présenter une preuve et d'offrir une argumentation sur le caractère recevable de la déclaration.

Naturellement, il sera permis au juge d'évaluer la crédibilité des témoins entendus lors du voir-dire, comme il est normalement de son devoir de le faire¹⁴⁹.

Enfin, bien que le fardeau de preuve de la recevabilité de la déclaration soit le même lors d'un voir-dire tenu lors d'une enquête préliminaire et lors du procès¹⁵⁰, le juge au procès ne sera pas lié par la

145. *R. v. Baschuk*, (1931) 56 C.C.C. 208 (Man. C.A.); *R. v. Pearson*, (1959) R.C.S. 639; *R. v. Wilson*, (1971) 1 C.C.C. (2d) 14 (B.C. C.A.).

146. *R. v. Dombrowski*, (1985) 18 C.C.C. (3d) 164 (Sask. C.A.).

147. F. KAUFMAN, *supra*, note 19, p. 14.

148. *R. v. Carlsen*, (1981) 6 W.C.B. 238 (Ont. C.A.). Voir aussi: *R. v. O'Hara*, (1946) 88 C.C.C. 74 (B.C. C.A.).

149. *R. v. Anderson*, (1942) 77 C.C.C. 295 (B.C. C.A.); *R. v. Weighill*, (1945) 83 C.C.C. 387 (B.C. C.A.).

150. *R. v. Pickett*, *supra*, note 66.

décision rendue par son collègue lors de l'enquête préliminaire¹⁵¹ ou même lors d'un premier procès¹⁵².

1.7. La discrétion du juge d'exclure une déclaration extrajudiciaire

En matière de recevabilité d'éléments de preuve, l'exercice d'une discrétion implique nécessairement l'adoption d'une conclusion pouvant être contraire à l'application d'une règle générale :

If the law is clear in its application to those facts, the decision will be obvious. However, occasionally, in such a situation, the law provides for the exercise of a discretion which would allow an opposite conclusion to be reached.¹⁵³

Trois questions seront étudiées dans les prochaines pages. D'une part, nous tenterons de déterminer s'il existe une discrétion d'exclure une déclaration extrajudiciaire malgré que cette dernière soit conforme à la règle commune du caractère libre et volontaire des déclarations extrajudiciaires. D'autre part, nous étudierons s'il existe une discrétion générale d'exclure une déclaration pour le motif que cette dernière a été obtenue illégalement. Enfin, nous étudierons brièvement la question de l'exclusion d'un élément de preuve, en l'occurrence une déclaration extrajudiciaire, obtenu à l'encontre de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Notons que les deux premières questions seront traitées indépendamment de la Charte.

1.7.1. La discrétion en vue d'élargir la règle du caractère libre et volontaire des déclarations

La règle du caractère libre et volontaire des déclarations extrajudiciaires fut établie pour la première fois par lord Sumner dans l'arrêt *Ibrahim v. R.*¹⁵⁴.

Suivant son célèbre *dictum*, une déclaration extrajudiciaire est recevable en preuve à condition qu'elle soit libre et volontaire dans le sens qu'elle n'a pas été obtenue par la promesse d'avantages ou par la crainte d'un préjudice.

Ce *dictum* fut rigoureusement suivi par la jurisprudence jusque vers la moitié du vingtième siècle. Ce courant de jurisprudence était à l'effet

151. *R. c. Tapp*, (1985) 47 C.R. (3d) 397 (C.A. Qué.).

152. *Duhamel c. La Reine*, *supra*, note 67.

153. E. RATUSHNY, «Discretions, Confessions and Counsel», (1972) 18 C.R.N.S. 268, p. 268.

154. *Ibrahim v. R.*, *supra*, note 4.

que l'étude du juge lors du voir-dire se limitait à la question de savoir si la personne en autorité avait usé de promesses d'avantages ou de menaces¹⁵⁵. Une réponse négative à cette question entraînait, sans plus de préambule, la recevabilité de la déclaration.

La définition de l'expression « libre et volontaire » se rattachait non pas à son sens courant mais plutôt à la définition négative qu'en avait donnée lord Sumner. Le rôle de la Couronne se limitait donc à prouver que la personne en autorité n'avait ni menacé le prévenu ni promis quelque avantage que ce soit pouvant l'inciter à faire une déclaration. C'est ce qu'il est convenu d'appeler l'approche objective de la recevabilité des confessions.

Certains ont plutôt favorisé l'émergence d'une approche dite « subjective ». Selon cette approche, la définition de l'expression « libre et volontaire » donnée par lord Sumner ne doit pas être considérée comme exhaustive mais plutôt illustrative. L'étude du juge lors du voir-dire doit permettre d'établir toutes les circonstances ayant pu inciter un prévenu à faire une déclaration, y compris les éléments propres à ce dernier, tels l'ivresse, l'intoxication, l'état de choc. En somme, la déclaration doit être libre et volontaire d'après le sens usuel de cette expression, c'est-à-dire qu'elle doit émaner d'une personne capable de comprendre ce qui est en jeu¹⁵⁶. Cette approche fut adoptée par la Cour suprême dans les arrêts *Horvath c. La Reine*¹⁵⁷ et *Ward c. La Reine*¹⁵⁸.

Dorénavant, les deux approches se juxtaposent dans la définition de l'expression « libre et volontaire ». Une déclaration « libre et volontaire » est désormais celle qui n'a pas été obtenue au moyen de promesses d'avantages ou par la crainte d'un préjudice et qui représente les propos d'un esprit conscient. Mentionnons également que cette déclaration doit avoir été obtenue en conformité avec la Charte.

Ce que plusieurs ignorent, c'est que l'approche subjective fut adoptée au prix d'une longue lutte face à la résistance des tenants du *one-step process*. En somme, la théorie subjective, ou celle du *two-step process*, a vu le jour grâce à l'exercice d'une discrétion.

Dans l'arrêt *R. v. Washer*¹⁵⁹, le juge McRuer exerça sa discrétion en refusant d'admettre une déclaration faite à une personne en autorité malgré que cette dernière n'ait point incité le prévenu à se confesser par

155. *R. v. Rasmussen*, (1934) 62 C.C.C. 217 (N.B. S.C., A.D.); *R. v. Spencer*, (1974) 16 C.C.C. (2d) 29 (N.S. S.C., A.D.).

156. *Horvath c. La Reine*, *supra*, note 6, p. 433.

157. *Id.*

158. *Ward c. La Reine*, *supra*, note 6.

159. *R. v. Washer*, (1947) 92 C.C.C. 218 (Ont. H.C.).

des promesses ou des menaces. Le tribunal a plutôt conclu qu'il importait d'étudier toutes les circonstances de l'affaire, y compris celles personnelles à l'accusé. Le fait que ce dernier ait été ivre lors de la prise de la déclaration justifiait, d'après le juge McRuer, l'exercice de sa discrétion :

I do not think the law is that on the mere showing that there has been no inducement held out, that there have been no threats made to the accused prior to the statement, and upon showing that a caution was given, the statement is necessarily admissible. There may be other circumstances that lead the trial Judge to doubt the voluntary character of the statement and to doubt the sufficiency of the proof of its voluntary character.¹⁶⁰

La règle du *two-step process* fut suivie, entre autres, par les arrêts *R. v. Dreher*¹⁶¹ et *R. v. Gillis*¹⁶² jusqu'à ce que la Cour suprême élargisse la règle purement et simplement dans les arrêts *Ward* et *Horvath*.

Ce courant jurisprudentiel a donc permis d'élargir la définition du caractère libre et volontaire avec les moyens du bord, c'est-à-dire par l'exercice d'une discrétion dont on ignorait tout du bien-fondé. On peut lire à ce sujet les propres hésitations du juge McRuer sur l'existence d'une telle discrétion :

I am not laying it down as a rule of law that the Crown must show that in normal cases before a statement is admissible — far from it — but I am saying that in this case, where the evidence shows that the accused was at the very time in some state of intoxication, and to such an extent that it apparently affected his brain in such a way that he could not walk steadily I think I would be exercising my discretion very unwisely if I held that the onus that rests on the Crown had been discharged.¹⁶³

Dès lors, il appert qu'en instituant une discrétion plutôt qu'en modifiant *ipso facto* la règle du caractère libre et volontaire des confessions, les juges tenants de l'approche subjective ont pu ainsi s'éviter les foudres des différentes cours d'appel du pays, puisque le rejet de la déclaration s'exerçait alors sur la base de l'appréciation des faits, alors que la création d'une règle nouvelle aurait pu constituer une erreur de droit susceptible d'être révisée en appel¹⁶⁴.

Maintenant que l'approche moderne a été adoptée et qu'elle fait partie de la règle du caractère libre et volontaire des déclarations, nous croyons que la règle énoncée par le juge McRuer est tombée en désuétude

160. *Id.*, p. 218.

161. *R. v. Dreher*, (1952) 14 C.R. 339 (Alta. S.C.).

162. *R. v. Gillis*, (1966) 2 C.C.C. 219 (B.C. C.A.). Voir aussi : *R. v. Anderson*, *supra*, note 149.

163. *R. v. Washer*, *supra*, note 159, p. 219.

164. V. DEL BUONO, « Voluntariness and Confessions: A Question of Fact or Question of Law », (1967-77) 19 *Crim.L.Q.* 100, p. 120-121.

puisque le juge qui omettrait de considérer l'aspect subjectif de la déclaration commettrait conséquemment une erreur de droit susceptible de révision en appel.

L'étude des circonstances subjectives n'a donc plus à être justifiée par l'exercice d'une discrétion, elle fait dorénavant partie de la règle elle-même.

La seule différence étant que la règle est maintenant plus large qu'au début du siècle.

Nous verrons toutefois dans les prochaines pages que malgré qu'aucune discrétion ne puisse, en principe, servir à élargir la règle du droit commun des déclarations, plusieurs tentatives d'établir une discrétion ont été faites lorsque la déclaration était obtenue illégalement bien qu'elle soit libre et volontaire au sens strict de la règle.

1.7.2. L'exercice de la discrétion judiciaire en vue d'exclure une déclaration extrajudiciaire illégalement obtenue

Puisque le droit criminel doit tendre à protéger la société et les droits fondamentaux de tous les citoyens, certains tribunaux ont accepté l'idée d'exercer une certaine discrétion concernant la recevabilité d'éléments de preuve illégalement obtenus.

La règle du caractère libre et volontaire des déclarations extrajudiciaires constitue la règle générale dont certains auraient bien voulu s'écarter, malgré l'absence de disposition statutaire permettant l'exclusion d'un élément de preuve illégalement obtenu, antérieurement à l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁶⁵.

Par exemple, la *Déclaration canadienne des droits* prévoyait le droit de retenir et de constituer un avocat suite à une arrestation ou une détention mais ne prévoyait pas de règle d'exclusion d'une déclaration extrajudiciaire obtenue en violation de ce droit.

Deux options s'ouvraient donc aux plaideurs en présence d'une telle illégalité. D'une part, on a prétendu avec un succès mitigé que la violation du droit à l'avocat entachait le caractère libre et volontaire d'une déclaration¹⁶⁶. En vertu de cette position, l'illégalité commise, soit la

165. Art. 24(2), *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra*, note 24.

166. *R. v. Letendre*, (1975) 25 C.C.C. (2d) 180 (Man.C.A.); *Tremblay c. La Reine*, *supra*, note 107. *R. v. Chow, Tai and Limerick*, (1978) 43 C.C.C. (2d) 215 (B.C. C.A.); *R. v. Turvey*, (1971) 2 C.C.C. (2d) 401 (N.S. S.C., A.D.); *R. c. Turgeon*, (1983) 1 R.C.S. 308;

R. v. Ross, (1975) 20 C.C.C. (2d) 573 (Man. Co. Ct.); *R. v. Louison*, (1975) 26 C.C.C. (2d) 266 (Sask. C.A.); *R. v. Conkie*, (1978) 39 C.C.C. 408 (Alta. S.C., A.D.).

violation du droit à l'avocat, ne suffisait pas à elle seule à rendre irrecevable la déclaration mais constituait l'une des circonstances à soupeser dans le cadre de la règle du caractère libre et volontaire des déclarations.

En d'autres mots, la déclaration n'était pas rejetée parce qu'elle avait été obtenue illégalement mais parce que la violation du droit à l'avocat a pu, dans certaines circonstances, la rendre involontaire¹⁶⁷.

D'autre part, on a invoqué que malgré le caractère libre et volontaire d'une déclaration, le juge pouvait tout de même exercer sa discrétion et rejeter une déclaration obtenue illégalement, que ce soit pour cause de violation du droit à l'avocat ou autre.

Au Canada, la question de l'exclusion de la preuve illégalement obtenue fut débattue pour la première fois en 1886 dans l'arrêt *R. v. Doyle*¹⁶⁸. Dans cette affaire, l'accusé tentait de faire exclure des éléments de preuve obtenus par la voie d'une perquisition illégale. Le juge en chef Wilson énonça la règle en ces termes :

The knocking down might be prosecuted either civilly or criminally as a battery, but the evidence which was procured by means of it would be good evidence.¹⁶⁹

Cette approche se voulait conforme à la règle traditionnelle de common law de recevabilité d'un élément de preuve illégalement obtenu, la sanction demeurant le recours à des procédures civiles ou criminelles contre celui qui a commis l'illégalité.

Bon nombre de décisions subséquentes ont réaffirmé ce principe¹⁷⁰.

Par contre, certains tribunaux ont exercé leur discrétion d'exclure une déclaration extrajudiciaire libre et volontaire qui avait été obtenue en violation du droit à l'avocat de l'accusé.

Dans l'arrêt *R. v. McCorkell*¹⁷¹, le juge Gale exerça sa discrétion et rejeta une déclaration obtenue alors que l'accusé était détenu depuis plusieurs jours et que son avocat avait déjà été constitué. Les policiers interrogèrent l'accusé sans prévenir son avocat. La déclaration fut exclue malgré son caractère volontaire, l'adoption d'une discrétion ne s'exerçant

167. P. ARGUIN, *La recevabilité des déclarations extrajudiciaires obtenues en violation du droit à l'avocat*, Les Éditions Thémis Inc., 1988, p. 84.

168. *R. v. Doyle*, (1886) 12 Ont. 347 (Q.B.).

169. *Id.*, p. 355.

170. *R. v. St-Lawrence*, (1949) O.R. 215 (Ont. S.C.); *A.G. for Québec v. Bégin*, (1955) S.C.R. 593; *O'Connor v. R.*, (1966) S.C.R. 619; *Hogan c. La Reine*, (1975) 2 R.C.S. 574.

171. *R. v. McCorkell*, (1965) 7 Crim.L.Q. 395 (Ont. S.C.).

toujours que lorsqu'une preuve est considérée admissible en vertu d'une règle générale.

Les propos suivants du juge Gale ne laissent point de doute à cet égard :

I am prepared to conclude that they went there in perfectly good faith to speak to the accused. They cautioned him again and he made certain disclosure. Strictly speaking, I concede that these statements were probably voluntary on his part within the meaning of that word under the authorities. However, in my discretion, I am not going to allow them to be admitted as part of the trial, believing as I do that the sanctity of the relationship between a solicitor and his client is not to be lightly frittered away and ought not to be violated, even though innocently as in this case.

It is my opinion that once an accused person has retained counsel to the knowledge of the police or other persons in authority, the latter ought not to endeavour to interview and question that accused person without first seeking and obtaining the concurrence of his solicitor. So strong is my view in this respect that I am therefore exercising my discretion in the way I have indicated, perhaps wrongly, because, strictly speaking, the statement thus procured was probably admissible. I decline, however, to give any encouragement in the future to persons in authority to circumvent the position of an accused's solicitor by going directly to speak to the accused.¹⁷²

L'arrêt *R. v. Wray*¹⁷³ est venu limiter considérablement une telle discrétion. Dans cette affaire, la majorité des juges de la Cour suprême statua que la discrétion d'exclure un élément de preuve n'existait qu'à condition que son admission soit gravement préjudiciable à l'accusé, que sa recevabilité tienne à une subtilité et que la force probante dudit élément de preuve soit faible.

En somme, « l'illégalité des moyens utilisés pour se procurer une preuve n'a pas, en principe, d'influence sur sa recevabilité »¹⁷⁴. Comme nous l'avons vu précédemment, la négation du droit à l'avocat a cependant été prise en considération dans la détermination du caractère libre et volontaire avant l'adoption de la Charte¹⁷⁵.

La cour ne doit donc pas s'interroger sur la manière dont a été obtenu l'élément de preuve, à moins que cela n'affecte sa force probante¹⁷⁶. C'est

172. *Id.*

173. *R. v. Wray*, *supra*, note 129.

174. Commission de réforme du droit, *L'exclusion de la preuve illégalement obtenue*, Document préliminaire de la Section de recherche sur le droit de la preuve n° 10, Ottawa, 1974, p. 9.

175. *Supra*, note 166.

176. J.A. ANDREWS, « Involuntary Confessions and Illegally Obtained Evidence in Criminal Cases (1) », (1963) *Crim.L.R.* 15.

le cas, par exemple, des déclarations extrajudiciaires, lesquelles sont assujetties à des règles de recevabilité particulières. Ces dernières, à titre d'exception à la règle du oui-dire, peuvent, contrairement aux preuves réelles, ne pas être fiables, que leur obtention soit légale ou non¹⁷⁷.

Cette décision constituait l'état du droit, avant l'adoption de la Charte, sur la discrétion d'exclure un élément de preuve obtenu illégalement. Elle conserve son actualité quant à l'exclusion des éléments de preuve obtenus illégalement mais sans violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁷⁸.

La fin justifie donc les moyens puisque la police avait usé de sévices corporels à l'endroit du prévenu dans le but de lui extirper une déclaration. La partie de la déclaration extrajudiciaire qui avait été confirmée par la découverte de l'arme ayant servi au crime fut alors jugée recevable.

Cette approche privilégie la qualité de la preuve plutôt que la façon de l'obtenir et le juge se voit donc privé de la possibilité de désapprouver la conduite déloyale des policiers en rejetant une telle preuve¹⁷⁹.

Il n'est point nécessaire d'ajouter que l'arrêt *Wray* ne permet, à toutes fins pratiques, aucune discrétion judiciaire permettant le rejet d'une confession, puisqu'il est peu probable qu'une déclaration extrajudiciaire ait une valeur probante insignifiante par rapport au litige.

Le professeur Ratushny donne toutefois l'exemple suivant d'une déclaration qui pourrait faire l'objet d'une exclusion en vertu d'une telle discrétion :

Perhaps an example which might satisfy the second and third criteria would be a statement by an accused charged with rape, which contained only a minor admission with respect to the charge in question, but also contained clear admissions of two previous rapes. It would be prejudicial if that past conduct is not evidence of guilt but the trier of fact would be likely to treat it as such.¹⁸⁰

177. *Id.*, p. 16.

178. Elle conserve également son actualité quant à une autre règle statutaire d'exclusion de la preuve, telle celle relative à l'écoute électronique ou à la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

179. R.C. GIBSON, « *Illegally Obtained Evidence* », (1973) 31 *U. of T., Fac. of L.R.*, 23, p. 38.

180. E. RATUSHNY, *supra*, note 153, p. 271.

L'arrêt *Wray* a donc mis un frein à cette discrétion générale adoptée dans l'affaire *McCorkell*¹⁸¹. Par contre, malgré l'adoption par la Cour suprême d'une discrétion privilégiant la règle de la pertinence, certains juges ont tout de même continué à exercer la discrétion préconisée dans l'arrêt *McCorkell*.

Ainsi, après avoir constaté le déni flagrant du droit à l'avocat déjà constitué, le juge Borins, dans l'arrêt *R. v. James*¹⁸², exerça sa discrétion et rejeta la déclaration extrajudiciaire du prévenu.

En revanche, dans l'arrêt *R. v. Dinardo*¹⁸³, le même juge Borins a cependant refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire en présence d'une déclaration obtenue suite au déni du droit à l'avocat. Les faits démontraient pourtant que l'avocat avait averti les policiers que son client entendait exercer son droit de garder le silence et qu'il avait laissé son numéro de téléphone au cas où les policiers décidaient tout de même de questionner Dinardo.

L'Honorable Juge Borins désapprouva fortement ces agissements compte tenu que le procureur avait clairement manifesté son intention d'être avisé préalablement à l'interrogatoire mais dut se résigner à appliquer les préceptes établis par l'arrêt *Rothman c. La Reine*¹⁸⁴ qui avait été rendu entre-temps par la Cour suprême du Canada. Les méthodes illégales ou immorales de la police ne constituaient pas une base suffisante pour justifier le refus d'admettre une déclaration extrajudiciaire en preuve.

De même, une distinction fut apportée par rapport aux affaires *McCorkell* et *James*, puisque l'affaire *Dinardo* ne portait que sur le stade initial de l'enquête :

Both *McCorkell* and *James* resulted in a finding that the statements were inadmissible because the conduct of the police violated the sanctity of the solicitor/client relationship. To the extent that *McCorkell* and *James* are still good law they can be distinguished from the present case on their facts. Here, the interrogation was conducted during the initial investigative stage.¹⁸⁵

181. On peut lire à cet effet le passage suivant de l'arrêt *R. v. Deleo and Comisso*, (1972) 18 C.R.N.S. 261 (Ont. Co. Ct.), p. 268 :

Were this a matter of law laid down by Gale C.J.O. I would have no hesitation in excluding these statements, but it is not a matter of law. It is a matter of discretion, and I think I must be guided, particularly in view of Gale J.'s doubts in the *McCorkell* case, by the principles surrounding the exercise of discretion by a trial Judge as laid down in the case of *Regina v. Wray*.

182. *R. v. James*, (1979) 7 C.R. (3d) 17 (Ont. Co. Ct.).

183. *R. v. Dinardo*, (1981) 61 C.C.C. (2d) 52 (Ont. Co. Ct.).

184. *Rothman c. La Reine*, *supra*, note 13.

185. *R. v. Dinardo*, *supra*, note 183, p. 58.

Ainsi, en raison des arrêts *Rothman* et *Wray*, il était donc douteux qu'une discrétion générale puisse exister, avant l'adoption de la Charte, même lorsqu'une déclaration était obtenue en violation du droit à l'avocat et ce, après le stade initial de l'enquête¹⁸⁶.

Il est regrettable que la Cour suprême ait écarté la possibilité d'exercer une discrétion d'ordre général. Celle-ci palliait dans une certaine mesure à la difficulté de faire sanctionner le déni du droit à l'avocat garanti par la *Déclaration canadienne des droits*¹⁸⁷.

La sanction de l'illégalité, par l'exercice de la discrétion restrictive de l'arrêt *Wray*, est tellement indirecte que ce n'est qu'à condition que l'admission de la déclaration entraîne un grave préjudice à l'accusé, que sa recevabilité tienne à une subtilité et que sa force probante soit tenue, que celle-ci pourra être exercée.

L'illégalité ne pouvait pas davantage être sanctionnée de façon directe par l'entremise de la règle commune du caractère libre et volontaire des déclarations. Telle était la situation du droit avant l'adoption de la Charte.

1.7.3. L'exclusion d'un élément de preuve en vertu de la Charte

L'article 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁸⁸, permet l'exclusion d'éléments de preuve ayant été obtenus dans des conditions qui portent atteinte à un droit ou une liberté énoncé par la Charte si, en tenant compte des diverses circonstances, leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Bien que cette règle d'exclusion soit d'application souple, elle ne fait pas pour autant l'objet d'une discrétion puisque « les éléments de preuve *sont écartés s'il est établi*, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice »¹⁸⁹.

Cette règle d'exclusion d'un élément de preuve obtenu à l'encontre d'un droit constitutionnel, prévue à l'article 24(2) de la Charte, est exclusive¹⁹⁰. En effet, bien que le remède prévu à l'article 24(1) soit discrétionnaire, il ne permet pas d'exclure un élément de preuve obtenu à l'encontre de la Charte.

186. Voir: *R. v. Stefiuk*, (1981) 23 C.R. (3d) 389 (Man. Co. Ct.); *R. v. Bellisimo*, (1980) 4 W.C.B. 453 (Ont. Co. Ct.).

187. *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, App. III, art. 2(c)ii.

188. *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra*, note 24.

189. *Id.*, art. 24(2). L'italique est nôtre.

190. *R. c. Therens*, (1985) 1 R.C.S. 613.

L'adoption de cette nouvelle règle d'exclusion de la preuve fait donc écho à la portée de l'arrêt *Wray* dans la seule mesure où un élément de preuve est obtenu dans des conditions qui portent atteinte à un droit énuméré à la *Charte canadienne des droits et libertés*. En d'autres mots, la discrétion générale de l'arrêt *Wray* subiste lorsque l'illégalité de l'obtention de l'élément de preuve ne résulte pas d'une violation de la Charte.

Parmi les droits constitutionnels dont la violation peut entraîner l'irrecevabilité, signalons le droit au silence et le droit à l'avocat. Le droit à l'avocat est expressément prévu à l'article 10(b) de la Charte. Le droit au silence est lié au droit à l'avocat mais découle également de la protection qu'accorde l'article 7 de la Charte¹⁹¹.

Une violation d'un de ces droits peut donc entraîner l'irrecevabilité d'une déclaration extrajudiciaire si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice¹⁹².

Pour déterminer si l'utilisation d'un élément de preuve obtenu à l'encontre des droits constitutionnels d'un prévenu est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, on retiendra les critères suivants :

- 1° l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès ;
- 2° la gravité de la violation de la Charte ;
- 3° l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice.¹⁹³

Il est à noter que l'utilisation d'une confession obtenue à l'encontre de la Charte a plus d'effet sur l'équité du procès que l'utilisation d'une preuve réelle obtenue dans les mêmes circonstances. En effet, une déclaration extrajudiciaire n'existe pas, en principe, avant la transgression par les forces policières du droit au silence du prévenu ou de son droit de consulter un avocat. À l'inverse, la preuve réelle est tangible et existe indépendamment d'une telle violation. L'admission d'une telle déclaration peut donc saper, par le fait même, un autre droit garanti, soit le privilège de non-incrimination puisqu'elle peut contraindre l'accusé à témoigner pour la réfuter ou l'expliquer¹⁹⁴.

191. *R. c. Hebert*, *supra*, note 7.

192. *Id.*, *R. c. Manninen*, (1987) 1 R.C.S. 1233 ; *Brydges c. R.*, (1990) 1 R.C.S. 190.

193. *Collins c. R.*, (1987) 1 R.C.S. 265.

194. *Id.*, p. 284.

2. L'après voir-dire

2.1. L'usage des déclarations extrajudiciaires

La question de l'utilisation d'une déclaration extrajudiciaire jugée irrecevable ne fait point de doute. Comme nous l'avons déjà vu : « nothing ought to be heard of it »¹⁹⁵. Ainsi, la Couronne ne pourra s'en servir en contre-preuve en vue de contredire la défense de l'accusé¹⁹⁶. De plus, l'accusé ne pourra être contre-interrogé sur le contenu d'une telle déclaration s'il s'avise de témoigner lors du procès¹⁹⁷.

Par contre, la déclaration extrajudiciaire jugée recevable pourra être utilisée par la Couronne en preuve principale si elle concerne l'objet même du litige ou en contre-interrogatoire si elle porte sur des faits collatéraux et de peu de pertinence. Toutefois, la déclaration ne fera point preuve tant que la Couronne ne l'aura pas produite. Il est cependant admis que la Couronne n'est aucunement contrainte de produire la déclaration jugée recevable. Les faits de l'arrêt *R. v. Adams, MacAllister and Stables*¹⁹⁸ le démontrent aisément.

Dans cette affaire, la Couronne avait démontré le caractère libre et volontaire de la déclaration lors d'un voir-dire et annonça qu'elle n'avait aucunement l'intention de la produire au procès. Le juge de première instance ordonna toutefois à la Couronne de produire la déclaration. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse renversa cette décision et statua que la Couronne n'était nullement obligée de produire une telle déclaration¹⁹⁹.

La production d'une déclaration admissible par la Couronne demeure, d'abord et avant tout, une question de discrétion de la Couronne, laquelle demeure maîtresse de sa preuve²⁰⁰.

Cette discrétion comporte toutefois certaines limites comme les faits de l'arrêt *R. v. Bihun*²⁰¹ tendent à démontrer. Dans cette affaire, la Cour d'appel du Manitoba statua que les deux déclarations de l'accusé étaient si intimement liées que la Couronne ne pouvait produire uniquement celle qui lui était favorable.

195. *R. v. Treacy*, (1944) 2 All.E.R. 229, p. 236.

196. *R. v. Scory*, (1944) 83 C.C.C. 306.

197. *Herbert v. The Queen*, (1954) 113 C.C.C. 97 (S.C.C.); *R. v. Monette*, *supra*, note 79; *R. v. Wood*, (1990) 51 C.C.C. (3d) 201 (Ont. C.A.).

198. *R. v. Adams, MacAllister and Stables*, *supra*, note 68.

199. *Id.*, p. 83.

200. *R. v. Black and Mackie*, *supra*, note 68, p. 221.

201. *R. v. Bihun*, (1965) 52 W.W.R. 190 (Man. C.A.).

Elle devait produire les deux déclarations ou aucune d'entre elles, à son gré. La question de savoir si les déclarations sont trop reliées en est une de fait. Ainsi, l'existence de deux déclarations, données à cinq mois d'intervalle, permettrait à la Couronne de produire la déclaration recevable de son choix²⁰².

Même si la Couronne n'est pas contrainte de produire une déclaration jugée recevable, cela n'a pas pour effet de permettre à l'accusé de produire celle-ci. L'accusé ne saurait en effet bénéficier d'une preuve auto-corroborative à moins que la Couronne n'ait fait allusion que la défense constituait une invention récente²⁰³.

De plus, lorsque la Couronne produit une déclaration, elle doit la produire en entier, que celle-ci comporte des éléments qui lui soient favorables ou défavorables²⁰⁴.

Le fait que la déclaration extrajudiciaire soit en partie incriminante et en partie exculpatoire ne saurait modifier l'obligation qu'a la Couronne de produire, lorsqu'elle le désire, l'intégralité de la confession²⁰⁵.

Cette règle souffre toutefois certaines exceptions. Ainsi, on doit exclure d'une déclaration la partie de celle-ci qui constituerait de la preuve préconstituée²⁰⁶.

L'existence de mentions non pertinentes ou irrecevables entraîne également l'obligation de les exclure de la déclaration dans la mesure où la teneur de celle-ci n'est pas affectée²⁰⁷.

C'est ainsi que l'on devrait exclure d'une déclaration la portion qui impliquerait un co-accusé. Serait également un élément inadmissible l'aveu de la commission d'une autre infraction²⁰⁸.

Cette tâche peut toutefois s'avérer difficile et, comme elle vise à protéger le déclarant-accusé, le juge invitera le procureur de la défense à l'assister.

Il importe de souligner également que la confirmation subséquente d'une déclaration jugée irrecevable, ou une partie de celle-ci, par la découverte d'une preuve réelle peut entraîner le dépôt en preuve de la

202. *R. v. Hiscox*, (1981) 5 W.C.B. 357 (B.C. C.A.). Voir aussi sur le degré d'intimité requis entre deux déclarations : *R. v. Simpson and Ochs*, (1988) 38 C.C.C. (3d) 481 (S.C.C.).

203. *R. c. Graham*, (1974) 1 R.C.S. 206.

204. *R. v. Jones*, 172, E.R. 285.

205. *R. v. Rosik*, (1971) 13 C.R.N.S. 129 (Ont. C.A.).

206. F. KAUFMAN, *supra*, note 19, p. 287-288.

207. *Beatty v. The King*, (1944) S.C.R. 73, p. 76.

208. J. FORTIN et L. VIAU, *supra*, note 21, p. 68.

partie confirmée de la déclaration²⁰⁹, à moins que cette dernière ne soit obtenue en violation de la Charte et que l'utilisation de sa partie confirmée ne discrédite l'administration de la justice²¹⁰.

2.2. Le rôle du jury ou du juge des faits lors du procès

Tout s'entend pour dire que la détermination de la recevabilité d'une déclaration extrajudiciaire incombe au juge. Par contre, le poids ou la portée de celle-ci est laissé à l'appréciation du juge des faits ou du jury, s'il en est²¹¹.

Le juge devra permettre au jury de lire la déclaration dans son intégralité, sauf si celle-ci a dû subir une excision pour une partie non pertinente ou inadmissible. Le juge devra également expliquer au jury que le poids à accorder à la déclaration dépend de toutes les circonstances entourant son obtention²¹².

Le jury ne possède pas la faculté de déclarer la confession irrecevable. En revanche, la cour ne peut contrôler le jury sur le poids à accorder à la déclaration.

D'autre part, ce n'est pas parce que la déclaration fut jugée admissible que le jury doit obligatoirement la considérer comme véridique ou comme étant celle de l'accusé²¹³.

Le jury peut donc à l'intérieur de sa compétence, croire toute la déclaration, partie de celle-ci ou ne pas la croire du tout : « they are at liberty... to believe all of it or part of it or none of it »²¹⁴.

De même, comme la déclaration est produite de façon intégrale, sauf partie non pertinente, le jury peut considérer, tant la partie incriminante qu'exculpatoire, aux fins de déterminer la portée de celle-ci²¹⁵.

209. R. c. Wray, *supra*, note 129 ; R. v. St-Lawrence, (1949) 7 C.R.464 (Ont. H.C.).

210. R. v. Duguay, (1989) 56 D.L.R. (4d) 46 (S.C.C.) ; R. c. Black, (1989) 2 R.C.S. 138.

211. R. v. Mulligan, (1955) 20 C.R. 269 (Ont. C.A.). Voir aussi : Park c. La Reine, *supra*, note 15 ; R. c. Gauthier, *supra*, note 17 ; R. c. Lessard, *supra*, note 108. R. v. Lapointe and Sicotte, (1984) 9 C.C.C. (3d) 366 (Ont. C.A.). Cette dernière décision précise que la capacité de faire une déclaration en raison des difficultés de s'exprimer dans une autre langue demeure une question laissée à l'appréciation du juge des faits.

212. R. v. Burgess, (1968) 52 Cr. App. R. 258.

213. W.E. WILSON, « Evidence—Confessions—Voluntariness—Judge and Jury Question », (1955-61) *Alta.L.R.* 121, p. 124.

214. R. v. Zachariuk, (1949) 7 C.R. 6, p. 9 (Alta. C.A.).

215. R. v. McKillop, (1948) 5 C.R. 314, p. 315 (Ont. C.A.).

2.3. La preuve des circonstances entourant la déclaration extrajudiciaire

Puisqu'une fois la déclaration admise, il incombe au jury de statuer sur le poids à lui accorder, toutes les circonstances entourant la prise de la déclaration devront alors être mises en preuve afin que le jury puisse rendre une décision éclairée²¹⁶.

Il se peut en effet que les mêmes faits soient pertinents, tant pour statuer sur la recevabilité de la déclaration que sur sa force probante. La Couronne rappellera donc ses témoins et le processus sera renouvelé lors du procès. Lesdits témoins expliqueront les circonstances entourant l'obtention de la déclaration et la défense pourra les contre-interroger. La Couronne n'est cependant pas contrainte de faire entendre, lors du procès, toutes les personnes ayant frayed avec le déclarant, contrairement à la procédure du voir-dire. On suggère toutefois de faire entendre les témoins les plus susceptibles d'éclairer le jury sur cette question²¹⁷.

En revanche, la défense pourra assigner tous les témoins qu'elle a fait entendre lors du voir-dire aux fins de contredire ou atténuer la preuve de la Couronne.

Ces témoins pourront, alors, être contre-interrogés par la Couronne sur tous les aspects du litige, en plus des circonstances de la déclaration. Notons que malgré que l'accusé ait témoigné lors du voir-dire, il n'est toutefois pas contraint de témoigner à nouveau lors du procès²¹⁸.

Par contre, lorsque la force probante de la déclaration est telle qu'elle entraîne l'obligation stratégique et factuelle de faire témoigner l'accusé, cela n'aura pas comme conséquence d'affecter le privilège de non-incrimination²¹⁹.

Somme toute, l'accusé qui témoigne au procès s'expose ainsi à être contre-interrogé sur tous les faits du litige, y compris sur ses condamnations antérieures.

Une déclaration extrajudiciaire ne peut faire preuve que contre son auteur²²⁰. La déclaration d'un accusé ne fera aucunement preuve contre un co-accusé, sauf exception²²¹. Parmi ces exceptions, mentionnons

216. *Rex v. McLaren*, (1949) 1 W.W.R. 529 (Alta. C.A.).

217. F. KAUFMAN, *supra*, note 19, p. 293.

218. *Erven c. La Reine*, *supra*, note 16.

219. *R. v. Jenkins*, (1908) 14 C.C.C. 221, p. 230 (B.C. S.C.).

220. *R. v. Hughes, Petryk, Billamy and Berrigan*, (1942) 78 C.C.C. 257 (S.C.C.); *R. v. Bellos*, (1927) 48 C.C.C. 126 (S.C.C.).

221. *Schmidt v. The King*, (1945) 83 C.C.C. 207 (S.C.C.); *R. v. Tremblay et al.*, (1956) 115 C.C.C. 281 (B.C. C.A.); *R. v. Berry*, (1957) 118 C.C.C. 55 (Ont. C.A.); *R. v. O'Leary and O'Leary*, (1982) 1 C.C.C. (3d) 182 (N.B. C.A.).

l'acceptation verbale ou tacite de la déclaration d'un co-accusé²²², la déclaration faite dans la poursuite du but commun²²³ et, naturellement, le témoignage d'un co-accusé lors d'un procès fait preuve pour et contre ses co-accusés²²⁴.

Signalons que malgré que le jury ne puisse remettre en cause le caractère volontaire de la déclaration, les circonstances entourant l'obtention de la confession peuvent tout de même influencer sur sa force probante. Il semble toutefois que si la preuve faite lors du procès révélait des faits non prouvés lors du voir-dire, le juge du procès pourrait alors reconsidérer sa décision sur la recevabilité de la déclaration²²⁵.

Précisons également qu'il n'est pas nécessaire de refaire toute la preuve entendue lors du voir-dire lorsque le procès est présidé par un juge seul, tel qu'en font foi les propos suivants :

It is true that after a voir-dire in a jury trial the trial resumes and the admission or confession must be proved, including the voluntary aspect, in the ordinary way in the presence of the jury. This is done necessarily because a jury is excluded during the voir-dire, and, furthermore, it is part of the jury's function to assess the truth, and the voluntariness or otherwise, of the statement.

However, it is not reasonable to require a repetition in the trial proper, before the judge alone, of all the evidence taken on the voir-dire in order to establish whether the statement was or was not made voluntarily. I realize that the voir-dire must be kept separate from the trial and that certain evidence on the voir-dire must be completely excluded from the mind of the trial judge—such as evidence that might be given by the accused and others—unless leave is given, with the concurrence of counsel, to have voir-dire evidence read into the trial for the purpose of saving time. The judge's function is to decide whether a statement is or is not admissible, and he decides that after hearing the voir-dire. Then the statement, if ruled admissible instead of being an exhibit for the identification as in the voir-dire, becomes an exhibit in the trial, and once it becomes an exhibit in the trial it is part of the evidence by virtue of the ruling of the learned trial judge that it is admissible.²²⁶

Ainsi, la raison pour laquelle la preuve doit être présentée uniquement devant le jury est que les circonstances entourant la déclaration peuvent influencer sur sa véracité, bien qu'elle soit déclarée volontaire.

Il va sans dire que la proposition, que nous avons soumise précédemment, à l'effet qu'un juge *ad hoc* statue sur l'admissibilité de la

222. *R. v. O'Leary and O'Leary*, *supra*, note 221 ; *R. v. Christie*, (1914) A.C. 545 ; *R. v. S.A.C.*, (1989) 47 C.C.C. (3d) 76 (Alta. C.A.).

223. *R. v. Baron and Wertman*, (1977) 31 C.C.C. (2d) 525 (Ont. C.A.).

224. *R. v. Rudd*, *supra*, note 134.

225. *R. v. Watson*, (1980) Crim. L.R. 307 ; *R. v. Hunter*, (1981) 58 C.C.C. (2d) 190 (Ont. C.A.) ; *R. v. Therriault*, (1982) 27 C.R. (3d) 388 (B.C. C.A.).

226. *R. v. Bannerman*, (1966) 48 C.R. 110, p. 114-115 (Man. C.A.). Voir aussi : *R. v. Milner*, (1970) 11 C.R.N.S. 178 (B.C. C.A.).

déclaration entraînerait l'obligation de refaire la preuve devant le juge seul. Cet inconvénient occasionnerait possiblement certains délais dans l'administration de la justice bien que, de cette manière, la présomption d'innocence serait entièrement garantie. Le juge au procès serait alors, pour les fins de la déclaration, uniquement juge des faits et nullement susceptible d'être influencé par la lecture de la déclaration ou par l'admission de l'accusé, faite au cours du voir-dire, à l'effet que la confession était vraie.

2.4. L'usage du témoignage d'un accusé lors d'un voir-dire

Nous l'avons vu, un accusé peut se voir demander lors d'un voir-dire si sa déclaration extrajudiciaire est vraie²²⁷. Sa réponse constitue une déclaration judiciaire. Or, une déclaration judiciaire, qu'elle soit rendue lors d'un voir-dire ou au procès, n'a pas à faire l'objet d'une preuve de son caractère libre et volontaire²²⁸. L'accusé peut donc s'incriminer s'il répond que sa déclaration extrajudiciaire est véridique.

La Couronne peut-elle utiliser une telle réponse au procès de l'accusé ?

Pour répondre à cette interrogatoire, il va de soi de faire une étude non-exhaustive de l'article 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*²²⁹ et de l'article 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²³⁰.

2.4.1. L'article 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*

L'article 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit l'existence d'un certain mécanisme en vue de protéger un témoin face à l'utilisation de sa réponse « à titre de preuve contre lui dans une instruction ou procédure criminelle exercée contre lui par la suite ». Il importe que le témoin « s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ». L'article 5(2) prévoit également une certaine protection envers l'utilisation d'une réponse dans une « procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit ».

Il existe toutefois une controverse jurisprudentielle à savoir si un accusé peut, lors d'un voir-dire, requérir la protection de l'article 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* à l'encontre d'une utilisation ultérieure d'une réponse donnée.

227. *Declercq v. R.*, *supra*, note 36.

228. *Boulet c. La Reine*, *supra*, note 9.

229. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), C.E.-5, art. 5(2).

230. *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra*, note 24, art. 13.

Dans l'arrêt *R. v. Magdish, Bennett and Sweet*²³¹, le juge Grange doute que l'expression « procédure criminelle exercée contre lui par la suite » ou « criminal proceeding against him thereafter taking place » utilisée à l'article 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* protège l'accusé lorsqu'il témoigne lors d'un voir-dire tenu durant son procès. Il est à noter toutefois qu'en l'espèce l'accusé avait omis de demander la protection de la loi de sorte que les doutes du juge Grange ne sont qu'*obiter*.

Dans l'arrêt *R. v. Tarrant*²³², il fut jugé que la Couronne pouvait contre-interroger l'accusé à son procès sur le témoignage rendu lors d'un voir-dire tenu à l'intérieur de son enquête préliminaire, puisque ce dernier avait omis d'y invoquer la protection de l'article 5(2).

Il est à noter que deux des trois déclarations extrajudiciaires de l'accusé avaient été jugées irrecevables suite au voir-dire tenu lors de l'enquête préliminaire. Par contre, ces mêmes déclarations avaient toutes été jugées recevables lors du voir-dire tenu à l'intérieur du procès. Mais par-dessus tout, le point principal à l'appui de ce jugement repose sur le fait que l'accusé ait omis de demander la protection de l'article 5(2).

Dans l'arrêt *R. v. Coughlin and Nicholson*²³³, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de se prononcer sur le droit de la Couronne de contre-interroger, au procès, un accusé sur son témoignage rendu lors d'un voir-dire après qu'il eut, cette fois, invoqué la protection de l'article 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. La Cour fut d'avis qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur ce point, vu que la Couronne était de toute manière forcée de le faire puisque la déclaration extrajudiciaire avait été jugée irrecevable suite au voir-dire.

L'état actuel du droit ne nous permet donc pas d'affirmer avec certitude si l'article 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* peut être invoqué par un accusé lors d'un voir-dire à l'encontre d'une utilisation future de son témoignage. Nous croyons toutefois qu'un accusé devrait demander cette protection afin de maximiser ses garanties et ce, malgré l'existence de la garantie constitutionnelle de l'article 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui, elle, est automatique.

2.4.2. L'article 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*

L'adoption en 1982 de l'article 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* a eu pour effet de donner une assise constitutionnelle au privilège de non-incrimination. Cet article se lit ainsi :

231. *R. v. Magdish, Bennett and Sweet*, (1978) 3 C.R. (3d) 377 (Ont. S.C.).

232. *Tarrant v. R.*, (1981) 25 C.R. (3d) 157 (Ont. C.A.).

233. *R. v. Coughlin and Nicholson*, (1983) 3 C.C.C. (3d) 259 (Ont. C.A.). Voir aussi : *R. v. Van Dongen*, (1976) 26 C.C.C. (2d) 22 (B.C. C.A.).

Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.²³⁴

Outre la constitutionnalisation du privilège de non-incrimination, il existe certaines autres distinctions entre l'article 13 de la Charte et l'article 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Ainsi, la protection prévue à l'article 13 de la Charte ne nécessite point d'objection en ce sens de la part de l'accusé. De plus, la Charte protège l'accusé face à une utilisation de son témoignage « dans d'autres procédures », alors que l'article 5(2) de la loi sur la preuve le fait à l'encontre d'« une procédure criminelle exercée contre lui par la suite ».

L'article 13 de la Charte viendrait donc à la rescousse d'un accusé qui aurait omis d'invoquer la protection de la loi prévue par l'article 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*²³⁵, la Cour suprême du Canada a d'ailleurs jugé que cette protection contre l'auto-incrimination « devait être interprétée dans le contexte de deux droits intimement liés, le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même et la présomption d'innocence établis aux al. 11c) et d) de la Charte »²³⁶.

Dans cette affaire, la Couronne avait tenté d'utiliser, dans le cadre de sa preuve principale, le témoignage que l'accusé avait rendu volontairement lors de son premier procès portant sur la même accusation.

En jugeant que l'article 13 de la Charte s'applique au témoignage obligatoire ou volontaire, de même qu'au cours d'un second procès, on peut raisonnablement en déduire qu'il est applicable à l'utilisation au cours d'un procès d'un témoignage rendu au cours d'un voir-dire²³⁷. D'ailleurs, le caractère distinct du voir-dire ne saurait maintenant faire de doute. Son objet diffère de celui du procès. Il constitue clairement une autre procédure.

La Cour précise également que c'est au moment de l'utilisation du témoignage que l'on doit déterminer s'il possède un caractère incriminant²³⁸. Ce n'est donc pas au moment du voir-dire que l'on pourra savoir si le témoignage est protégé par l'article 13 de la Charte mais plutôt lors d'une autre procédure. Par ailleurs, la majorité de la Cour estime que

234. *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra*, note 24, art. 13.

235. *Dubois c. La Reine*, *supra*, note 24.

236. *Id.*, p. 356.

237. Le juge McIntyre, dissident, exprime d'ailleurs cette opinion en *obiter dictum* à la page 368.

238. *Dubois c. La Reine*, *supra*, note 24, p. 364.

toute utilisation par la Couronne d'un témoignage dans le cadre de sa preuve à charge constitue, pour les fins de l'article 13 de la Charte, un témoignage incriminant²³⁹.

Compte tenu de ces circonstances, la Cour s'est donc abstenue de se prononcer sur le droit de la Couronne d'utiliser un témoignage antérieur afin de contre-interroger un accusé lors de son témoignage dans une autre procédure.

Dans l'arrêt *R. v. Mannion*²⁴⁰ elle a toutefois dû se prononcer sur cette question. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer s'il y a violation de l'article 13 de la Charte canadienne lorsque l'on contre-interroge un accusé au cours d'un second procès sur le témoignage rendu lors d'un procès antérieur portant sur la même accusation. Il y fût jugé que l'utilisation du témoignage antérieur visait à incriminer l'accusé puisque la Couronne s'est fondée sur ce témoignage pour établir sa culpabilité²⁴¹.

En l'espèce, l'intimé était accusé de viol et s'était contredit à savoir s'il était au courant qu'une enquête à ce sujet l'impliquait au moment de quitter Edmonton pour Vancouver, soit peu après la perpétration de l'infraction reprochée.

La Couronne tentait ainsi d'établir que son départ pour Vancouver était lié à la connaissance de l'enquête policière et que sa conduite révélait en conséquence un sentiment de culpabilité.

La Couronne ne tentait donc pas de diminuer la crédibilité de l'accusé, mais plutôt à démontrer la culpabilité de ce dernier par la preuve de la véracité de sa première déclaration. Le fait que la Couronne tente d'utiliser un témoignage antérieur lors d'un contre-interrogatoire n'est donc pas indicatif en soi de son caractère incriminant. Il s'agit plutôt du but recherché par la Couronne qu'il importe de déterminer.

Chose certaine, la ligne de démarcation n'est pas toujours facile à tracer entre la question de savoir si l'usage vise à miner la crédibilité de l'accusé ou à l'incriminer.

Nous estimons, quant à nous, que l'utilisation du témoignage d'un accusé rendu lors d'un voir-dire à l'effet que la déclaration extrajudiciaire est vraie serait interdite en vertu de l'article 13 de la Charte. En effet, le caractère incriminant d'un tel témoignage ne fait pas l'ombre d'un doute. Nous croyons en effet peu probable que le principe établi par l'arrêt

239. *Id.*

240. *R. c. Mannion*, (1986) 2 R.C.S. 272.

241. *Id.*

Declercq puisse résister à de nouvelles attaques basées sur la Charte et, dans une moindre mesure, sur la discrétion de l'arrêt *Wray*.

Conclusion

Si le droit criminel se doit de concilier deux antagonismes tels la recherche de la vérité et la protection des droits fondamentaux, l'étude de la recevabilité des déclarations extrajudiciaires en est l'illustration la plus frappante.

La recherche de la vérité par l'obtention d'une déclaration extrajudiciaire heurte fréquemment de plein fouet la protection de certains des droits les plus élémentaires des citoyens.

La découverte de la vérité ne doit pas qu'être affaire de résultats, mais aussi de moyens. C'est pourquoi la jurisprudence traditionnelle portant sur la recevabilité des confessions y a pourvu d'une certaine façon étant donné la très grande force probante d'un aveu et l'atteinte non moins importante à des droits tels le droit au silence, le droit à l'avocat et le privilège de non-incrimination.

Ainsi, l'exigence quant à la tenue d'un voir-dire en tout temps sauf dans certaines circonstances exceptionnelles, l'interdiction de faire allusion jusqu'à l'existence même d'une déclaration extrajudiciaire avant que celle-ci ne soit jugée recevable, l'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable de son caractère libre et volontaire, etc., sont autant de mesures ayant pour effet d'accorder à un prévenu certaines garanties procédurales afin de lui assurer un procès équitable.

Par contre, il demeure possible de demander à un accusé lors d'un voir-dire si sa déclaration est vraie sous le prétexte de tester sa crédibilité. Il est à prévoir que les principes de l'arrêt *Declercq* seront éventuellement révisés compte tenu de la constitutionnalisation du privilège de non-contrainnabilité et de la présomption d'innocence. En effet, demander à un prévenu si sa déclaration extrajudiciaire est vraie équivaut à lui demander s'il a commis l'infraction reprochée et sape de ce fait la présomption d'innocence.

C'est dans cette optique que nous proposons qu'un juge *ad hoc* préside le voir-dire et statue sur la recevabilité de la déclaration extrajudiciaire que la Couronne entend se prévaloir à titre de preuve principale. Cette procédure répondrait adéquatement au caractère distinct du voir-dire par rapport au procès puisque le juge *ad hoc* pourrait lire sans appréhension la déclaration. Quant au juge du procès, il ne pourrait être inconsciemment influencé par ce qu'il aurait entendu lors du voir-dire, notamment l'aveu du prévenu que sa déclaration est véridique.

Certes, l'obligation de refaire la preuve des circonstances entourant la prise de la déclaration devant le juge du procès pourrait entraîner certains inconvénients mais ce dernier agirait alors véritablement à titre de juge des faits sans possibilité d'être influencé par la preuve entendue lors de l'exercice de son rôle de juge du droit.

Nous croyons que la procédure du juge *ad hoc* pourrait être une avenue intéressante advenant que le principe de l'arrêt *Declercq* soit maintenu. Toutefois, il est à prévoir que le principe de l'arrêt *Declercq* ne saura résister à l'épreuve du temps.

En effet, si la jurisprudence traditionnelle a permis l'existence de certaines garanties, il est certes à prévoir que l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* accentuera davantage ces protections que ce soit par la règle d'exclusion de l'article 24(2), par le privilège de non-contrainabilité ou par la présomption d'innocence.

Certes, les droits constitutionnels prévus par la Charte se sont intégrés au domaine des règles de la preuve pénale. On peut s'attendre à ce que la plupart des développements futurs dans ce secteur du droit y trouvent leurs sources.