Document generated on 05/09/2025 2:03 p.m.

Revue générale de droit

L'évaluation du témoignage d'opinion pour en établir l'admissibilité : les leçons récentes du droit de la preuve

David M. Paciocco

Volume 26, Number 3, September 1995

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1035886ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1035886ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Paciocco, D. M. (1995). L'évaluation du témoignage d'opinion pour en établir l'admissibilité : les leçons récentes du droit de la preuve. *Revue générale de droit*, *26*(3), 425–454. https://doi.org/10.7202/1035886ar

Article abstract

There is, and has been for some time, a widely held perception that conviction rates in sexual offense cases are unacceptably low. Courts, frustrated by their inability to get to the truth of allegations of sexual abuse, particularly involving child complainants, have changed the law of evidence in an effort to improve access to information. This has been particularly so with the law of expert evidence. Important decisions of the Supreme Court of Canada have made it more welcoming to the opinions of social scientists, psychiatrists, psychologists and child abuse experts than ever before. The ultimate issue rule has collapsed under the weight of this movement as has the bar on allowing experts to provide evidence relevant to the credibility of other witnesses. Even the very standard for qualifying experts to testify has been applied on occasion with astounding generosity. And perhaps most significantly, courts were, for a time, accepting social science evidence without assessing critically whether the theories and beliefs of the "expert" were sufficiently reliable to justify hearing, given the considerable risks associated with such proof. The important Supreme Court of Canada decision in *R.* v *Mohan* has set a new tone. While it has reaffirmed the decline of the ultimate issue rule and has left untouched many of the other developments, it has placed new emphasis on the reliability of science and social science evidence, particularly where the theories underlying it are novel. In doing so it has propounded a "relevance and necessity" test which requires courts to focus directly on a wide range of factors. If applied with care, the approach it requires can improve the stock of information available for adjudication, without allowing unproven and controversial theories of social science to cause unjust convictions, or unmeritorious acquittals. This paper reviews development in the law pertaining to the admissibility of expert evidence, and seeks to provide guidance on the application of the *Mohan* test.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1995

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

L'évaluation du témoignage d'opinion pour en établir l'admissibilité : les leçons récentes du droit de la preuve

DAVID M. PACIOCCO
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Depuis quelque temps, il existe une perception très connue que le taux de condamnation pour des infractions de nature sexuelle est inacceptablement bas. Les cours, frustrées par leur incapacité d'en arriver à faire ressortir la vérité quant aux allégations d'abus sexuel, particulièrement dans les cas impliquant des enfants, ont modifié le droit de la preuve dans le but d'améliorer l'accès à l'information. Ceci est particulièrement vrai dans les cas de témoignage expert. Dans plusieurs décisions importantes, la Cour suprême du Canada a accueilli des opinions émanant de travailleurs sociaux, de psychiatres, de psychologues et d'experts concernant l'abus envers les enfants. La règle de la question fondamentale s'est effondrée sous le poids de cette tendance, aussi bien que l'exclusion de permettre les experts de prévoir la preuve ayant rapport avec la crédibilité des autres témoins. À l'occasion, même le standard de qualification des experts à témoigner a été appliqué avec générosité. Aussi, les tribunaux ont, pour quelque temps, accepté la preuve fondée sur les sciences sociales sans se

ABSTRACT

There is, and has been for some time, a widely held perception that conviction rates in sexual offense cases are unacceptably low. Courts, frustrated by their inability to get to the truth of allegations of sexual abuse, particularly involving child complainants, have changed the law of evidence in an effort to improve access to information. This has been particularly so with the law of expert evidence. Important decisions of the Supreme Court of Canada have made it more welcoming to the opinions of social scientists, psychiatrists, psychologists and child abuse experts than ever before. The ultimate issue rule has collapsed under the weight of this movement as has the bar on allowing experts to provide evidence relevant to the credibility of other witnesses. Even the very standard for qualifying experts to testify has been applied on occasion with astounding generosity. And perhaps most significantly, courts were, for a time, accepting social science evidence without assessing critically whether the theories and beliefs of the "expert" were sufficiently reliable to justify hearing, given the considerable risks associated with such proof. The

(1995) 26 *R.G.D.* 425-454

demander si les théories et croyances de l'« expert » étaient suffisamment fiables pour justifier leur audition, vu les risques associés à pareille preuve. La décision importante de la Cour suprême du Canada dans R. *c.* Mohan *a établi un nouveau ton. Quoiqu'elle ait réaffirmé le déclin de la règle de la question fondamentale et ait conservé d'autres développements, la Cour suprême du Canada a mis l'emphase sur la crédibilité de la preuve fondée sur la science et les sciences sociales, particulièrement lorsque les théories sous-jacentes étaient nouvelles. Ce faisant, elle a avancé un test fondé sur la « pertinence et la nécessité » qui exige que les tribunaux se concentrent directement sur une gamme de facteurs. S'il est employé soigneusement, l'approche qu'il exige peut améliorer l'information disponible pour arriver à une adjudication sans permettre aux théories fondées sur les sciences sociales souvent discutables et non fiables, d'engendrer des condamnations injustes ou des acquittements non mérités. Cet article analyse les développements dans le droit concernant l'admissibilité de la preuve d'experts et cherche à fournir des paramètres pour l'application du test* Mohan.

important Supreme Court of Canada decision in R. *v* Mohan *has set a new tone. While it has reaffirmed the decline of the ultimate issue rule and has left untouched many of the other developments, it has placed new emphasis on the reliability of science and social science evidence, particularly where the theories underlying it are novel. In doing so it has propounded a "relevance and necessity" test which requires courts to focus directly on a wide range of factors. If applied with care, the approach it requires can improve the stock of information available for adjudication, without allowing unproven and controversial theories of social science to cause unjust convictions, or unmeritorious acquittals. This paper reviews development in the law pertaining to the admissibility of expert evidence, and seeks to provide guidance on the application of the* Mohan *test.*

SOMMAIRE

Introduction 427

I. La règle de qualification de l'« expert » : Un « expert dûment qualifié » 431

II. La règle de qualification de la cause justifiant la preuve d'expert : La règle d'exclusion — « la nécessité d'aider le juge des faits » 432

III. La règle de qualification de la preuve : L'examen de la « pertinence » 436

IV. Résumé du modèle d'analyse de l'admissibilité de la preuve d'expert 437

A. La règle générale 437
B. La règle de la question fondamentale 437

V. Le « critère de la pertinence et de la nécessité » dans le contexte des nouvelles théories et techniques scientifiques : Un problème particulier 441

A. L'« examen soigneux » 443
B. Le critère de la nécessité et la preuve qui relève d'une science nouvelle 443
C. La « norme de fiabilité » 444

1. La nécessité 446
2. La pertinence logique 447
3. La fiabilité 448

a) La fiabilité du témoin 448
b) La fiabilité du processus 448

4. L'analyse du coût et des bénéfices 449

a) L'effet préjudiciable de la preuve 449
b) L'importance de la question à laquelle se rapporte la preuve 450
c) Le caractère appréciable de la preuve 450
d) L'économie des ressources lors du procès 451

5. Les garanties procédurales 451

Conclusion — Les leçons à tirer dans l'évolution du droit régissant le témoignage d'opinion de l'expert 452

INTRODUCTION

La preuve qui ressortit aux sciences sociales, y compris la *social framework evidence*[1] fait définitivement partie de la réalité juridique. Nous avons modifié le droit de la preuve pour lui faire une place. On l'utilise maintenant couramment; on s'y attend même dans certains types d'affaires. C'est là une grande réussite pour les professionnels des sciences sociales, vu notre scepticisme traditionnel face au témoignage d'opinion en général et à ce type de preuve en particulier. La version originale du présent article se voulait un plaidoyer en faveur du maintien, dans une certaine mesure, du scepticisme sur lequel reposaient nos règles jadis obtuses sur le témoignage d'expert, en particulier en ce qui a trait à l'admissibilité et à l'évaluation de la théorie des sciences sociales. Nous devons demeurer vigilants et exiger que la théorie des sciences sociales, ainsi que les autres formes d'expertise nouvelle, fassent leurs preuves avant de soumettre nos juges des faits à leur influence considérable. L'arrêt *R.* c. *Mohan*[2] étaye bien cette proposition, car on y perçoit la prudence et le scepticisme que je suggère. Malheureusement, sa portée est équivoque; cet arrêt a été prononcé trois semaines à peine après l'arrêt

1. « "[S]ocial framework evidence" [...] provide[s] the factfinder [...] with information about the social and psychological context in which contested adjudicative facts occurred » : N.J. VIDMAR et R.A. SCHULLER, « Juries and Expert Evidence : Social Framework Testimony », (1989) 52 *Law and Contemporary Problems* 133-176, p. 133.

2. [1994] 2 R.C.S. 9.

R. c. *Burns*[3], une autre décision unanime dans laquelle la Cour suprême fait preuve d'une tolérance manifeste en ce qui a trait à l'admissibilité du témoignage d'expert.

À mon avis, la nécessité d'être à la fois prudent et constructif, face à cette forme de témoignage est confirmée par la lecture de la doctrine récente et notamment de l'article du professeur Vidmar intitulé « How Many Words for a Camel? A Perspective on Judicial Evaluation of Social Science Evidence »[4]. Ce dernier, comme de nombreux autres auteurs, nous dit ce à quoi bon nombre d'entre nous nous attendions déjà : il y a de bonnes et de moins bonnes sciences sociales. Il affirme que même un bon travail peut toujours être développé ou élagué[5]. Mais surtout, il nous prévient qu'un bon travail peut facilement être mal interprété, ou trop généralisé, par ceux d'entre nous qui n'ont pas été formés à la méthodologie des sciences sociales[6]. Il ajoute que même certaines des personnes qui vivent de cette discipline, et la présentent aux tribunaux, ne la comprennent pas[7]. Pourtant, la mise en liberté de certains prévenus dépend de ce type de témoignage. C'est à cause de ce type de preuve qu'ils seront écroués ou qu'ils éviteront la prison; on ne saurait mieux illustrer la nécessité d'apprendre à bien gérer les témoignages d'experts, en particulier dans le domaine des sciences sociales.

Le professeur Vidmar a encouragé les juges à se documenter davantage sur les sciences sociales[8]. Si son vœu est exaucé, la situation s'améliorera. Le présent article porte sur la manière dont le droit de la preuve peut, en soi, aider à traiter les témoignages d'opinion des experts. En fait, le droit de la preuve fournit actuellement encore moins de réponses toutes faites qu'auparavant, surtout en ce qui concerne les témoignages d'opinion. Nous sommes passés d'un droit axé sur des règles à un droit de plus en plus discrétionnaire. Dans l'arrêt *R.* c. *Seaboyer*, où

---

3. [1994] 1 R.C.S. 656.

4. Une communication faite au Congrès de l'Institut canadien de l'administration de la justice sur le thème « Filtering and Analyzing Evidence in an Age of Diversity », Vancouver, Colombie-Britanique, 13 au 16 octobre 1993 (*promanuscript*). Voir aussi la multitude d'articles mentionnés par A.D. GOLD, *Annual Review of Criminal Law, 1994*, Toronto, Carswell, 1994, qui formule une mise en garde contre l'utilisation de la science à mauvais escient et prétend que la majeure partie de ce que nous avons considéré comme de la science pure n'est en fait que du « vaudou ». Voir P.W. HUBER, *Galileo's Revenge : Junk Science in the Courtroom*, New York, Basic, 1991.

5. Le professeur Vidmar présente au lecteur les modifications apportées à la théorie du syndrome de la femme battue, depuis l'arrêt *R.* c. *Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, et les défis que doivent relever les chercheurs quant à l'interprétation des réactions d'un enfant face aux poupées qui sont la réplique exacte de l'anatomie humaine (poupées « réalistes »). Il nous dit que « Experts cannot agree on many of the symptoms or methods of diagnosis of sex abuse, and [how] the problem is exacerbated by assumptions that may » prédisposer les experts à faire « a high rate of false positives ». *Id.*, pp. 14-15.

6. Parmi ses exemples figure le témoignage du professeur Carl Baar, dont s'est servie la Cour suprême dans *R.* c. *Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199. Le professeur Baar estime apparemment que le tribunal « misunderstood and misapplied his research and other data ». VIDMAR, *id.*, p. 5.

7. Il cite l'exemple du « syndrome de l'adaptation de l'enfant aux mauvais traitements sexuels ». Ce syndrome est utilisé par les experts dans le diagnostic des mauvais traitements sexuels bien que la personne qui l'a découvert ait explicitement dit qu'on ne pouvait pas s'en servir pour établir l'existence de mauvais traitements sexuels. VIDMAR, *id.*, p. 18.

8. Il n'est pas le seul à lancer cet appel. Voir *New Scientist*, 21/28 décembre 1991, numéro 1800/1801, p. 6, ainsi que les articles suivants : P. ALLDRIDGE, « Recognizing Novel Scientific Techniques » [1992] *Crim L. Rev.* 687, et A.A. MOENSSENS, « Symposium On Scientific Evidence : Forward — Novel Scientific Evidence in Criminal Cases : Some Words of Caution », (1993) 84 *J. of Crim. L & Crimin.* 1, mentionnés par A.D. GOLD, *op. cit.*, note 4.

il est précisément question du droit régissant le témoignage d'opinion, le juge McLachlin a noté qu'aujourd'hui le témoignage d'opinion « stops far short of absolute exclusion » :

> The opinion evidence rule is less a rule of exclusion than a means of setting certain conditions for the reception of [this] evidence [...] Provided the witness can be shown to be qualified to give the opinion and provided the opinion is relevant and does not trench unduly on the judge or jury's ultimate task, it may be received [...] [I]n practice considerable discretion rests with the trial judge in weighing the proper considerations in the particular case.[9]

L'arrêt *Mohan*[10] nous offre une conception légèrement plus traditionnelle du droit régissant le témoignage d'opinion. Le juge Sopinka y a affirmé, dans une décision unanime :

> Admission of expert evidence depends on the application of the following criteria :
>
> a) relevance;
> b) necessity in assisting the trier of fact;
> c) the absence of any exclusionary rule;
> d) a properly qualified expert.[11]

Bien que cette liste puisse avoir, à première vue, l'apparence d'une formule ou d'une liste de vérification permettant de trancher la question de l'admissibilité, la Cour poursuit son raisonnement et explique que les tribunaux doivent appliquer ces critères avec souplesse. La rigueur du critère de la nécessité variera, par exemple, selon que l'opinion touche la question fondamentale en litige[12], ou une nouvelle théorie ou technique scientifique[13]. Il demeure clair, après l'affaire *Mohan*, que les règles d'exclusion ont été remplacées par des critères d'admissibilité.

De par cette évolution, la limite entre l'admissibilité et la pondération, qui n'a jamais été très nette, s'estompe. Autrefois, le summum de l'art d'appliquer les règles d'admissibilité consistait à former des catégories — à distinguer les situations de fait les unes des autres, d'après des critères prévus dans les règles d'admissibilité. Aujourd'hui, lorsqu'il s'agit de déterminer l'admissibilité, il se peut que le summum de l'art consiste à bien évaluer la pertinence et la nécessité de l'information dans le contexte de chaque cause. Pour y arriver, nous avons tous besoin d'être guidés[14].

Une décision discrétionnaire doit naturellement être prise de façon judicieuse, tout en respectant certains principes. Comment est-ce possible quand on évalue un témoignage d'opinion pour décider de son admissibilité? J'ai soutenu dans la version originale du présent article que la réponse se trouve, du moins en partie, dans les règles d'exclusion qui, par le passé, empêchaient la réception du témoignage d'opinion d'un expert. Après tout, les règles d'exclusion

---

9. [1991] 2 R.C.S. 577, p. 622.
10. *Supra*, note 2.
11. *Id.*, p. 20.
12. *Id.*, p. 25.
13. *Ibid.*
14. Le professeur Healy approuve avec éloquence la sagesse de notre changement de cap vers l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et le délaissement de l'application de règles dans « Developments in the Law of Evidence : The 1993-94 Term : Admissibility, Discretion and the Truth of the Matter », (1995) 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 379.

traditionnelles n'ont pas été écartées ou atténuées parce que leurs fondements n'étaient pas du tout valables; elles ont été démembrées parce qu'elles étaient beaucoup trop rigides, au point d'être absurdes. J'ai prétendu que nous pouvions néanmoins, dans une certaine mesure, nous appuyer sur leur esprit pour surmonter les dangers inhérents aux témoignages d'opinion. Cette affirmation vaut tout autant après l'affaire *Mohan*.

L'analyse que j'ai effectuée dans la version initiale du présent article a démontré, du moins à mon avis, que le principe directeur du droit régissant le témoignage d'opinion d'expert était le suivant : les conclusions de fait devraient être formulées par ceux qui sont tenus, de par leurs fonctions, d'être neutres et impartiaux, selon la preuve admissible qui peut être évaluée d'une façon valable.

Ce principe, et la jurisprudence sur laquelle il est fondé, mettent en évidence un certain nombre de facteurs dont les tribunaux devraient tenir compte lorsqu'ils décident de l'admissibilité du témoignage d'opinion d'un expert. En particulier, il faut avant tout se demander si les juges des faits analyseront ou pourront analyser la preuve d'expert en utilisant leur sens critique. S'ils ne peuvent comprendre cette preuve, ils ne peuvent l'apprécier; si les juges des faits qui ne peuvent pas comprendre la preuve s'en remettent à l'opinion de l'expert, ils délèguent leur pouvoir décisionnel. De la même façon, même s'ils peuvent la comprendre, s'ils sont submergés par la « science » de la preuve ou par le prestige intellectuel ou professionnel du témoin et qu'ils s'inclinent devant la supériorité de son savoir, ils délèguent leur pouvoir décisionnel. La question de la culpabilité ou de l'innocence n'est pas tranchée valablement par les personnes qui ont été assermentées pour rendre un verdict[15]. En outre, un témoignage d'expert indéchiffrable peut mener à des résultats inexacts : « [e]xpert evidence can be both powerful and quite misleading because of the difficulty in evaluating it »[16].

Cette deuxième version du présent article a pour objectif de suggérer un modèle d'analyse qui puisse servir à réduire au minimum les risques liés à la réception des témoignages d'expert et à en tirer le plus grand profit possible. Comme il l'a été mentionné, l'arrêt *Mohan* établit la structure générale de cette analyse. J'essayerai de l'étoffer. Pour faciliter l'organisation de mon texte, je ne suivrai pas avec précision l'ordre suggéré. Je m'abstiendrai de débattre du critère « (c) », soit *the absence of any exclusionary rule*, bien que j'en fasse mention à l'occasion; il ne s'agit pas là tant d'une règle d'admissibilité du témoignage d'expert que d'une affirmation portant que le témoignage d'expert ne peut être admissible que s'il n'existe aucune autre règle d'exclusion qui en commande le rejet[17].

---

15. Voir les remarques du juge McLachlin dans *R.* c. *Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, p. 248, portant que le juge des faits qui accepte simplement l'opinion de l'expert sur la crédibilité ne respecte pas son devoir de rendre un juste verdict. La même remarque vaudrait pour l'acceptation sommaire de tout témoignage d'expert par un juge des faits.

16. *Daubert* v. *Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 113 S.Ct. 2786 (1993), p. 2798.

17. Par exemple, dans *R.* c. *Trudel*, [1994] R.J.Q. 678 (C.A.), la poursuite avait tenté irrégulièrement de présenter le témoignage d'un expert afin de démontrer que l'accusé avait un caractère violent. La règle du ouï-dire constitue apparemment une exception. Les décisions *R.* c. *Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24 et *R.* c. *Lavallée*, *supra*, note 5, semblent avoir écarté la possibilité qu'un témoignage d'expert autrement admissible soit exclu parce qu'il est fondé sur du ouï-dire.

I. LA RÈGLE DE QUALIFICATION DE L'« EXPERT » : « UN EXPERT DÛMENT QUALIFIÉ »

L'« expertise » est un statut modeste dont jouit « [the expert] [who] is shown to have acquired special or peculiar knowledge through study or experience in respect of the matters on which he or she undertakes to testify »[18]. Lorsque ce seuil est atteint, « [d]eficiencies in the expertise go to weight, not admissibility »[19].

Le point culminant de l'acceptation du témoignage d'opinion présenté par un témoin aux qualifications modestes se trouve dans l'arrêt *R.* c. *Marquard*[20]. On y a statué que le fait de permettre à un jury de prendre en considération le témoignage de témoins qui s'aventuraient hors de leur domaine de compétence ne constituait pas une erreur de droit étant donné qu'il n'y avait pas eu d'objection et que chacun des témoins avait « some special knowledge relating to the matters on which they [had] testified »[21]. En particulier, des médecins généralistes qui n'étaient pas spécialisés en brûlures ont pu témoigner, sans que leurs qualifications ne soient pour autant soumises à un examen exhaustif dans un voir-dire, du fait que les blessures de l'enfant étaient des brûlures causées par contact plutôt que par une flamme. Il est intéressant de noter qu'un spécialiste en brûlures a pu témoigner du fait que les enfants victimes de sévices se distinguaient par leur passivité pendant le traitement; le médecin en cause avait une longue expérience des enfants blessés[22].

---

18. *R.* c. *Mohan*, *supra*, note 2, p. 25, et voir *R.* c. *Marquard*, *supra*, note 15, pp. 242-243, où le critère d'évaluation de l'expertise est décrit en termes comparatifs, par rapport au juge des faits. Dans *R.* v. *Silva*, (1994) 31 C.R. (4th) 361 (C.A. Sask.), le témoignage d'un médecin généraliste qui avait fait une résidence en obstétrique et gynécologie établissait que les érosions vaginales observées chez la plaignante étaient compatibles avec des rapports sexuels forcés. Dans *R.* v. *Wade*, (1994) 18 O.R. (3d) 33 (C.A.), un médecin de famille qui avait de l'expérience en salle d'urgence et qui traitait régulièrement des personnes atteintes de troubles psychiatriques a été autorisé à exprimer son opinion selon laquelle l'accusé prétendait avoir été dans un état catatonique deux heures après avoir tué son épouse. La Cour a déclaré, à la page 42 : « The trial judge was satisfied that Dr. Zaremba had a degree of specialized knowledge and experience, with respect to the assessment of a person's level of consciousness ». Dans *R.* v. *Wald*, (1989) 94 A.R. 125 (C.A.), un psychologue sans expérience clinique a été autorisé à témoigner relativement à une perte de mémoire. Voir par contre *R.* v. *B.(W)*, (31 janvier 1990), (C. Dist. Ont.) (non publié), dans lequel un travailleur social n'a pas eu l'autorisation de témoigner quant à la divulgation tardive par la plaignante parce que l'expertise du témoin n'avait pas été établie avec suffisamment de clarté, de détails et de précision.

19. *R.* c. *Marquard*, *id.*, p. 243. Voir *R.* v. *Melaragni*, (1992) 73 C.C.C. (3d) 348 (C. Ont. Div. gén.); *R.* v. *H(E.L.)*, (1991) 100 N.S.R. (2d) 1 (C.A.); et *R.* v. *Leblanc*, (1993) 125 N.B.R. (2d) 57 (C.A.) où un travailleur social a fourni un témoignage fondé sur la « sentimologie », l'étude du comportement des victimes d'agression sexuelle, et a témoigné que le plaignant manifestait les symptômes habituels. Le témoignage a été admis, mais la Cour n'en a pas tenu compte. La Cour d'appel a jugé que ce témoignage pouvait être écarté à bon droit, car le témoin n'était ni psychologue ni psychiatre, et le traumatisme psychologique n'était pas limité aux victimes d'agression sexuelle. Voir aussi *R.* v. *Meisner*, (1992) 110 N.S.R. (2d) 270 (C.A.).

20. *Supra*, note 15.

21. *Id.*, pp. 242-244.

22. Toutefois, un nouveau procès a été ordonné, surtout parce que ce type de preuve laissait croire que l'accusé avait infligé des mauvais traitement à l'enfant antérieurement, alors que cette hypothèse n'avait aucun fondement dans la preuve ni même dans la théorie de la Couronne. Le préjudice causé était donc plus grand que la valeur probante de la preuve.

Les exigences modestes quant à l'« expertise » du témoin sont paradoxales, plus particulièrement de la façon dont on les a appliquées dans l'affaire *Marquard*. Comme les propos qui suivent l'illustrent, dans l'application d'autres aspects de l'analyse de l'admissibilité, les tribunaux doivent porter beaucoup d'attention à l'effet déformant éventuel de la preuve d'expert. Étant donné que ce risque de déformation a été clairement reconnu, il est surprenant que nos tribunaux acceptent ce qui pourrait bien n'être que les papotages et les élucubrations de personnes qui s'écartent de leur véritable domaine d'expertise. Il serait préférable d'insister pour que l'expertise soit « établie » et de tenir pour acquis que le degré d'expertise requis doit être évalué selon une échelle mobile en fonction de la mesure dans laquelle le témoignage d'opinion risque de fausser le processus de recherche des faits.

C'est plus particulièrement le cas lorsque l'expert présente une « nouvelle théorie ou technique scientifique ». La qualité de l'expert qui entend expliquer la « science » au tribunal doit être considérée comme un facteur important quant à l'admissibilité de la preuve[23]. Ces remarques valent également dans le cas de l'« expert » qui s'aventure dans des domaines controversés. Lorsqu'il s'agit d'une science nouvelle, l'expert ne doit pas seulement être en mesure d'expliquer la théorie pertinente; il doit pouvoir en défendre la fiabilité. L'examen de la fiabilité exige qu'un expert ait une connaissance approfondie, équilibrée et complète du sujet visé — il ne doit pas s'agir de ces élucubrations anecdotiques, subjectives et mal documentées qui passent parfois pour de l'expertise.

II. La règle de qualification de la cause justifiant la preuve d'expert : La règle d'exclusion — « la nécessité d'aider le juge des faits »

Lorsque la preuve d'expert a commencé à être admise, on exigeait que « [where] [t]he subject-matter of the inquiry [...] [was] such that ordinary people [...] [were] unlikely to form a correct judgment about it, if unassisted by persons with special knowledge »[24]. Dans les autres cas, il était jugé superflu ou inutile d'admettre un témoignage d'expert :

> An expert's opinion is admissible to furnish the Court with [...] information which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury. If on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of the expert is unnecessary.[25]

Pourquoi perdre du temps et risquer de compliquer l'affaire par la présentation d'un témoignage inutile?

---

23. Dans *R.* v. *C.(R.A.)*, (1990) 78 C.R. (3d) 390 (C.A. C.-B.), le juge Anderson a estimé que le fait de s'assurer des qualités de l'expert pouvait permettre d'éluder en partie les dangers liés au témoignage d'expert d'un thérapeute en matière de violence sexuelle relativement à la dynamique des mauvais traitements infligés à un enfant.

24. *Kelliher (Village)* v. *Smith*, [1931] R.C.S. 672, p. 684.

25. *R.* c. *Abbey*, *supra*, note 17, p. 42.

Cette règle d'exclusion est sans aucun doute aussi fondée sur la crainte que le témoignage d'expert se voit attribuer plus de poids qu'il ne le mérite[26]. Cette crainte est naturellement courante dans ce domaine et elle a joué un rôle déterminant dans l'évaluation de l'admissibilité de la preuve d'expert. Après tout, l'admission de cette preuve est toujours assujettie à une condition préalable, soit la désignation du témoin en qualité d'« expert ». En outre, lorsque la preuve satisfait à cette règle, nous admettons par hypothèse que, sans l'aide de l'expert, nous pourrions nous tromper. De ce fait, notre crainte que ce témoignage puisse faire démesurément impression sur les juges des faits n'est pas surprenante. Il ne faudrait pas prendre ce risque à moins que l'aide de l'expert ne soit vraiment nécessaire, d'où l'exclusion de la preuve d'expert inutile.

Dans l'affaire *R.* v. *Turner*[27], la preuve d'expert a été exclue. Turner avait tué son amie dans un accès de rage. Pour appuyer la prétention de Turner selon laquelle il avait été provoqué par un choc psychologique grave, la défense a cité un psychiatre. Une fois que le psychiatre eut expliqué que Turner ne souffrait d'aucune maladie mentale, il est devenu inutile de recourir au témoignage d'expert : « Jurors do not need psychiatrists to tell them how ordinary folk who are not suffering from any mental illness are likely to react to the stresses and strains of life »[28]. De la même manière, dans l'arrêt *R.* c. *Béland*, la majorité du tribunal a utilisé cette règle pour aider à expliquer la raison pour laquelle une preuve par détecteur de mensonges ne pouvait être admise :

> Here, the sole issue upon which the polygraph evidence is adduced is the credibility of the accused, an issue well within the experience of judges and juries and one in which no expert evidence is required. It is a basic tenet of our legal system that judges and juries are capable of assessing credibility and reliability of evidence.[29]

Il y a à peine quelques mois, on pouvait croire que cette règle d'exclusion avait été remplacée par une norme moins exigeante selon laquelle l'opinion de l'expert peut être admise si elle est « relevant and does not trench unduly on the judge's or jury's ultimate task »[30]. Il est maintenant clair que la « règle d'exclusion » traditionnelle s'applique toujours. L'arrêt *Marquard* a établi avec insistance qu'il faut encore que « the testimony [must go] beyond the ordinary experience of the trier of fact »[31]. Et dans l'affaire *Mohan*, la Cour suprême du Canada a

---

26. Dans *Mohan*, *supra*, note 2, p. 21, la Cour s'est exprimée ainsi :

> There is a danger that expert evidence will be misused and will distort the fact-finding process. Dressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents, this evidence is apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves.

Voir *Wigmore on Evidence*, vol. VII (Chadbourn rev.), Boston, Little, Brown & Co., 1978, para. 1918.

27. [1975] Q.B. 834 (C.A.).

28. *Id.*, p. 841. Pour d'autres jugements canadiens comparables, voir *R.* v. *Dubois*, (1977) 30 C.C.C. (2d) 412 (C.A. Ont.) et *R.* v. *Gowland*, (1979) 45 C.C.C. (2d) 303 (C.A. Ont.).

29. [1987] 2 R.C.S. 398, p. 415-416.

30. *R.* c. *Seaboyer*, *supra*, note 9, p. 622 et voir la discussion qui se trouve dans la version originale du présent article, (1994) 27 C.R. (4th) 302, pp. 306-309.

31. *R.* c. *Marquard*, *supra*, note 15, p. 249. Même dans l'arrêt *R.* c. *Lavallée*, *supra*, note 5, pp. 870-873, cette règle est mentionnée, y compris le passage de *Abbey* cité dans le texte qui accompagne la note 25 ci-dessus. Voir, aussi, *R.* v. *K.(P.V.)*, (1993) 122 N.S.R. (2d) 102 (C.A.) et *R.* v. *C.(R.A.)*, *supra*, note 23.

mentionné *necessity in assisting the trier of fact* comme une condition absolue à l'admissibilité de la preuve. La Cour a déclaré :

> What is required is that the opinion be necessary in the sense that it provide information « which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury » [...]. [T]he evidence must be necessary to enable the trier of fact to appreciate the matters in issue due to their technical nature.[32]

La Cour a donc statué que les observations du psychiatre, selon lesquelles il n'existait pas de *striking similarities* dans la façon dont chacun des enfants avait été molesté, avaient été exclues à juste titre parce que les jurés pouvaient déterminer, en se fondant sur le simple bon sens, si la méthode décrite comportait des similitudes suffisantes pour donner lieu à des conclusions pertinentes[33].

Quand elle est appliquée avec rigidité, de la façon traditionnelle, la règle d'exclusion peut entraîner l'exclusion de renseignements valables[34]. Appliquée avec souplesse, cette règle ne constitue qu'un obstacle mineur à l'admissibilité[35]. Avant l'affaire *Mohan*, nous nous dirigions allègrement vers une plus grande acceptation du témoignage d'expert en appliquant la règle d'exclusion de façon restrictive. C'était plus particulièrement le cas lorsque la preuve semblait contredire des « mythes » que pouvaient souvent entretenir les juges des faits et qui pouvaient avoir une incidence sur leurs conclusions[36]. Par exemple, le principe accessoire énoncé dans l'affaire *Béland* selon lequel « the credibility of the [witness is] [...] an issue well within the experience of judges and juries »[37] va à l'encontre de la pratique maintenant bien établie d'admettre des experts qui témoigneront sur le caractère digne de foi des enfants plaignants dans les affaires d'agression sexuelle[38]. La vaste proposition avancée dans l'affaire *Turner* va à l'encontre de l'arrêt *R.* c. *Lavallée*[39] : Lyn Lavallée était une personne normale bien qu'elle ait été victime d'un stress extrême résultant d'une relation abusive[40].

---

32. *Supra*, note 2, p. 23.

33. *Id.*, note 2, p. 38.

34. La preuve fournie par des experts de la mémoire relativement au codage, à la mémorisation et à la récupération de renseignements n'a pas été accueillie : *R.* v. *Audy. (N° 2)*, (1977) 34 C.C.C. (2d) 231 (C.A. Ont.); *R.* v. *Martel*, [1980] 5 W.W.R. 577 (C.S. C.-B.) et, récemment, *R.* v. *Carter*, jugement non publié prononcé le 18 janvier 1994, (C.S. C.-B.); mais comparer avec *R.* v. *Wald*, *supra*, note 18.

35. Voir par exemple l'affaire *R.* v. *Chan*, (1994) 145 A.R. 304 (C.A.) dans laquelle un expert en acoustique et en phonétique a témoigné que, dans certaines parties d'une conversation enregistrée que le jury pouvait écouter, la personne qui parlait marmonnait, alors que dans d'autres elle parvenait à répondre et elle parlait à peu près normalement. Bien que ce soit là des choses que le jury aurait été en mesure de constater lui-même, le tribunal a jugé suffisant que les jurés puissent éprouver certaines difficultés.

36. C'est le fondement même de l'arrêt *Lavallée*, *supra*, note 5. Le témoignage d'expert était admissible parce que « the battering relationship is « subject to a large group of myths and stereotypes » [et] « [a]s such [...] is beyond the ken of the average juror », p. 873.

37. *Supra*, note 29.

38. Voir *infra*, notes 66 et 67.

39. Voir *supra*, note 5.

40. Il est étonnant que la Cour suprême du Canada ne mentionne même pas l'affaire *Lavallée* dans l'arrêt *Mohan*, *supra*, note 2, alors qu'elle insiste pour que le témoignage du psychiatre établisse des caractéristiques de comportement « distinctives ». Pourtant, elle utilise l'arrêt *Turner* pour expliquer pourquoi le témoignage d'un psychiatre comme celui présenté par l'accusé ne peut être admis pour établir qu'il n'était pas du genre à commettre pareil crime à moins que le juge ne soit convaincu, en droit :

Il se peut que la réitération de la règle d'exclusion, par l'énoncé du critère de la nécessité dans l'affaire *Mohan*, marque un changement et qu'un équilibre s'établisse quelque part entre la méfiance qui nous portait autrefois à rejeter l'analyse scientifique du comportement humain et notre plus récent engouement pour ce type de preuve. Peu importe ce qu'il adviendra, cette règle, réaffirmée dans *Mohan*, semble permettre une évaluation souple de la nécessité de la preuve en regard des principes suivants :

> (i) What is required is that the opinion be necessary in the sense that it provide information « which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury »;[41]
>
> (ii) même si l'opinion fournit des renseignements qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury, elle n'est pas nécessaire s'il peut, sans assistance, tirer ses propres conclusions sur la question visée;[42]
>
> (iii) la nécessité ne doit pas être jugée selon « too strict a standard » bien que le caractère « utile » de la preuve ne suffise pas : le seuil de l'« utilité » est trop bas;[43]
>
> (iv) l'évaluation doit être fondée sur l'objectif à atteindre. « [T]he need for the evidence is assessed in light of its potential to distort the fact-finding process »[44]. En particulier, le juge doit déterminer si la preuve risque d'avoir un impact excessif sur le juge des faits en raison du jargon scientifique utilisé et des qualifications de l'expert. Lorsque la preuve touche la question fondamentale en litige, il faut faire preuve d'une prudence accrue.[45]

> that either the perpetrator of the crime or the accused has distinctive behavioural characteristics such that a comparison of one with the other will be of material assistance in determining innocence or guilt (p. 37).

Cet énoncé est-il compatible avec l'admission de la preuve d'expert dans l'affaire *Lavallée* pour démontrer que l'accusée correspondait à un modèle de comportement non distinctif applicable aux femmes ordinaires victimes de violence conjugale?

41. *Supra*, note 2, p. 23.

42. *Ibid.*, citation de la décision *D.P.P.* v. *Jordan*, [1977] A.C. 699, p. 718 : « If on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of an expert is unnecessary ».

Un cas simple, mais extrême, peut illustrer ce principe. Un expert pourrait être en mesure de démontrer, sur le plan physiologique, pourquoi une personne décapitée est décédée. Le jury ne connaîtrait peut-être pas le processus physiologique qui conduit à la mort clinique, mais il serait en mesure de conclure que cette blessure a causé la mort. Les renseignements fournis par l'expert dépasseraient les connaissances des gens ordinaires, mais la question substantielle à laquelle ils se rapporteraient pourrait être tranchée sans explication scientifique.

43. *Supra*, note 2, p. 23. Cette proposition sème le doute quant à la valeur de la jurisprudence et des remarques incidentes selon lesquelles nous devons accepter la preuve d'expert lorsque nous avons une certaine aptitude à tirer des conclusions, mais que notre aptitude est inférieure à celle de l'expert. Voir les affaires *R.* v. *Wald*, *supra*, note 18, pp. 142-143, et *R.* v. *Fisher*, [1961] O.W.N. 94 (C.A.), confirmée par [1961] R.C.S. 535. Dans le jugement *Fisher*, approuvé par la Cour suprême du Canada, le juge d'appel Aylesworth a noté que :

> [T]he basic reasoning which runs through the authorities [...] seems to be that expert opinion evidence will be admitted where it will be helpful to the jury in their deliberations and it will be excluded only where the jury *can as easily draw the necessary inferences without it* (nos italiques) (pp. 94-95).

Dans l'affaire *R.* v. *Aylward*, (1992) 95 Nfld. & P.E.I.R. 32 (C.A. T.-N.), le témoignage d'expert selon lequel une personne pourrait avoir des relations tant homosexuelles qu'hétérosexuelles a été admis *au cas* où les jurés ne l'auraient pas su.

44. *Supra*, note 2, p. 24.

45. *Id.*, pp. 25.

Ainsi, l'application de la règle fondamentale d'exclusion du témoignage d'opinion de l'expert repose sur un examen consciencieux et attentif des préoccupations qui ont inspiré cette règle à l'origine : Le témoignage de l'expert est-il vraiment nécessaire? Le cas échéant, est-il nécessaire au point que nous courions le risque que la présentation de conclusions sous forme d'opinion d'expert mène les juges des faits à s'incliner sans réserve devant la « supériorité du savoir » de l'expert?

III. La règle de qualification de la preuve : l'examen de la « pertinence »

Pour que la preuve soit admissible, il faut qu'elle soit pertinente à une question substantielle. C'est, naturellement, la règle fondamentale du droit de la preuve. Dans l'affaire *Mohan*, la Cour a expliqué en quoi le critère de la « pertinence » de la preuve comporte deux volets, soit l'évaluation de sa « pertinence logique » et l'examen de la question de savoir s'il faut l'exclure parce qu'elle est préjudiciable. Cela n'a rien d'étonnant, car ce modèle d'analyse s'applique à tous les types de preuve. Il revêt toutefois une importance accrue lorsqu'il vise la preuve d'expert. Il fait partie intégrante de l'analyse de la preuve, car on s'attend que cet examen remplace notre ancienne adhésion stricte aux règles traditionnelles régissant le témoignage d'opinion.

La pertinence logique pose une norme peu exigeante d'admissibilité. Dans *Mohan*, la Cour a décrit la preuve comme « *prima facie* admissible if so related to a fact in issue that it tends to establish it »[46]. Cette formulation peut être trompeuse, à moins que l'on ne mette l'accent sur le mot *tend*, de sorte qu'il suffit que la preuve ait « tendance », selon la logique ou l'expérience humaine, à entraîner la proposition qu'elle entend établir. La règle 401 des *Federal Rules of Evidence*, citée par la Cour suprême des États-Unis saisie de la même question dans l'affaire *Daubert* v. *Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, décrit la preuve pertinente comme « any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence »[47].

Une fois la pertinence logique établie, il faut effectuer une « analyse du coût et des bénéfices », la notion de « coût » renvoyant à l'impact de la preuve d'expert sur le procès :

> Evidence that is otherwise logically relevant may be excluded on this basis, if its probative value is overborne by its prejudicial effect, if it involves an inordinate amount of time which is not commensurate with its value or if it is misleading in the sense that its effect on the trier of fact, particularly a jury, is out of proportion to its reliability.[48]

Il faut une fois encore examiner les préoccupations à l'origine des règles traditionnelles régissant l'admissibilité de la preuve d'expert. Il faut en particulier tenir compte de la possibilité que les faits soient déformés par la mystique de

---

46. *Id.*, pp. 20-21.
47. *Supra*, note 16, p. 2794. Pour un raisonnement semblable, voir *R.* c. *Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 715, le juge La Forest.
48. *Mohan*, *supra*, note 2, p. 21.

la science et notamment de la question de savoir si la preuve est susceptible d'embrouiller ou de dérouter le juge des faits.

Tout comme dans les autres domaines du droit de la preuve, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire implique l'examen de la valeur probante de la preuve afin de s'assurer qu'elle ne soit pas surpassée par le risque qu'elle ait un effet préjudiciable. Dans l'affaire *R.* c. *Marquard*[49], le juge de première instance a admis la preuve d'expert établissant que la réaction de l'enfant à ses blessures était compatible avec la réaction des enfants qui ont subi de mauvais traitements. Aucune preuve de faits similaires n'a été présentée et la cause ne se fondait pas sur de mauvais traitements infligés de façon continue; un seul incident était en cause. L'opinion de l'expert était préjudiciable car elle laissait entendre que l'enfant, dont l'accusé avait soin, avait été maltraitée systématiquement. Cette preuve n'aurait donc pas dû être admise[50].

IV. RÉSUMÉ DU MODÈLE D'ANALYSE DE L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE D'EXPERT

A. LA RÈGLE GÉNÉRALE

Pour résumer, le tribunal ne peut admettre la preuve d'expert que s'il est convaincu des éléments suivants :

(1) Le témoin est un « expert », c'est-à-dire que « [the] expert is shown to have acquired special or peculiar knowledge through study or experience in respect of the matters on which he or she undertakes to testify »;

(2) la question sur laquelle l'expert entend témoigner est une question qui se prête au témoignage d'expert, c'est-à-dire que les renseignements fournis par l'opinion, « is likely to be outside the experience and knowledge of the judge or jury » et sans lesquels « they would be unable to form their own conclusions » sur la question[51];

(3) la preuve a une pertinence logique et ni sa fiabilité ni sa valeur probante ne sont surpassées par le coût entraîné par son admission, plus particulièrement en ce qui a trait à son effet préjudiciable et à son éventuel effet déformant.

B. LA RÈGLE DE LA QUESTION FONDAMENTALE

La question ne s'arrête naturellement pas là. La règle de la question fondamentale, « that an opinion can never be received when it touches the very issue before the [court] »[52] a été largement rejetée, mais elle peut encore entraîner

49. *Supra*, note 15.

50. *Id.*, p. 246.

51. Dans le cadre de cet examen, la « nécessité » de la preuve ne doit pas être jugée selon une norme trop exigeante et le tribunal doit évaluer la nécessité dans le contexte de la possibilité que la preuve d'expert ait un effet déformant.

52. *Graat* c. *R.*, [1982] 2 R.C.S. 819, p. 825.

l'exclusion d'une preuve par ailleurs admissible[53]. Le plus souvent, c'est à l'étape (3) de l'évaluation des coûts, décrite ci-dessus, qu'elle a un impact. Dans *Mohan*, la Cour a affirmé :

> Although the rule is no longer of general application, the concerns underlying it remain. In light of these concerns, the criteria of relevance and necessity are applied strictly, on occasion, to exclude expert evidence as to an ultimate issue. Expert evidence as to credibility or oath helping has been excluded on this basis.[54]

L'énoncé particulier qui se trouve dans *Mohan* est troublant. Il formule la partie de la règle de la question fondamentale que l'on désigne depuis peu comme la *rule against oath-helping*[55] comme s'il s'agissait simplement d'une « préoccupation » qui est « à l'occasion appliqué[e] strictement pour exclure la preuve d'expert sur une question fondamentale ». Dans *Burns*, à peine quelques semaines plus tôt, on l'avait énoncée comme une règle : « The rule against oath-helping holds that evidence adduced solely for the purpose of providing that a witness is truthful is inadmissible »[56].

Qu'il s'agisse d'une règle ou d'une simple exhortation à appliquer strictement les préoccupations relatives à une question fondamentale (du moins à l'occasion), il demeure qu'un témoin expert ne doit pas affirmer directement dans son témoignage qu'un témoin dit la vérité ou qu'il ment. Les conclusions quant à la crédibilité sont du ressort exclusif du juge des faits.

Cela dit, l'interdiction posée par cette règle fait l'objet d'un compromis lorsque l'opinion de l'expert sur la véracité des dires d'un témoin est pertinente à une fin autre qu'à celle d'appuyer le témoignage de ce témoin. Dans *Burns*[57], l'expert de la poursuite, le Dr Maddess, a déclaré qu'à sa connaissance la plaignante ne lui avait pas menti. Le tribunal a statué que ce témoignage ne violait pas la règle interdisant les témoignages justificatifs parce qu'il ne visait pas "whether

---

53. Les experts ne peuvent pas fournir une opinion sur des questions de droit interne. Cependant, si le critère légal utilise un langage qui peut être utilisé et qui est habituellement utilisé pour exprimer une opinion factuelle pertinente, le témoin peut employer des termes similaires en formulant une opinion sur les faits. *Graat* v. *R.*, *id.*, p. 839. On observe cette règle par la brèche. Dans l'affaire *R.* v. *J.(R.H.)*, (1994) 27 C.R. (4th) 40 (C.A. C.-B.), un expert a donné une définition de la violence sexuelle comme s'il s'agissait du concept juridique de l'agression sexuelle. L'expert a fait erreur. La Cour a jugé que ce problème avait été corrigé de façon satisfaisante lorsque le juge avait expliqué au jury en quoi consistait cette infraction dans les directives qu'il lui avait données.

54. *Mohan*, *supra*, note 2, pp. 24-25. Cette préoccupation peut aussi avoir une incidence sur la façon dont on autorise la présentation de la preuve d'expert. Dans *R.* v. *P.(C.)*, (1992) 74 C.C.C. (3d) 481, pp. 486-487 (C.A. C.-B.), un psychologue qui témoignait à propos du phénomène des fausses rétractations, dans des cas où la mère ne soutenait pas les plaintes de sévices sexuels formulées par son enfant, a dû répondre à une question hypothétique qui était si proche des faits allégués que la Cour d'appel a craint que le jury ait cru que l'expert l'invitait à croire l'enfant. La Cour a jugé que la question hypothétique n'aurait pas dû être posée. Comparer à *R.* v. *Markovitch*, (1994) 91 C.C.C. (3d) 51 (C.A. C.-B.).

55. *R.* c. *Burns*, *supra*, note 3, p. 667. Historiquement, la règle interdisant les témoignages justificatifs ne concernait en rien la présentation par un témoin d'une opinion sur la véracité du témoignage d'un autre témoin. Voir R.J. DELISLE, « Children as Witnesses : The Problem Persists », (1994) 25 C.R. (4th) 39, pp. 44-45.

56. *Ibid.*

57. *Id.*, p. 668.

the complainant was credible or not". Il a servi à étayer le diagnostic posé en établissant le fondement; si le Dr Maddess n'avait pas cru l'enfant, ses conclusions quant à sa situation d'enfant victime de violence sexuelle auraient été moins certaines[58].

Bien que l'arrêt *Burns* démontre que l'objectif visé par le témoignage est pertinent pour déterminer s'il viole la règle interdisant les témoignages justificatifs, il ne devrait pas, à mon avis, être utilisé par la poursuite comme une autorisation lui permettant d'avoir indirectement accès à ce type de témoignage. L'affaire *Burns* a été entendue par un juge seul dont les motifs indiquent qu'il ne s'est pas fondé sur cette opinion pour accepter le témoignage de l'enfant. La Cour suprême a considéré que cet élément était important. Dans un procès devant jury, où un seul verdict général est prononcé, aucun élément postérieur du dossier ne pourrait appuyer pareil raisonnement[59]. La preuve a bien peu de valeur probante lorsque son objectif consiste à fournir des renseignements qui ne sont pas essentiels en établissant le fondement d'une opinion[60]. Il existe toutefois un risque important qu'elle soit mal utilisée par le jury. L'analyse du coût et des bénéfices devrait normalement commander l'exclusion de ce type de témoignage[61].

La deuxième façon dont les experts peuvent aborder leur témoignage portant qu'un témoin dit la vérité découle de la distinction établie entre la preuve *pertinente* à la crédibilité et la preuve *sur* la crédibilité[62]. Bien que les experts ne

---

58. Il est assez déconcertant que la Cour, dans l'affaire *Burns*, ait pu éviter la règle d'exclusion interdisant les témoignages justificatifs parce que l'opinion du Dr Maddess était en fait fondée sur du ouï-dire; afin d'établir le fondement du témoignage qu'il a rendu devant le tribunal, il a dû expliquer qu'il croyait les déclarations qui lui avaient été faites en dehors de la présence du tribunal.

59. Dans *R.* v. *Dieffenbaugh*, (1993) 80 C.C.C. (3d) 97, p. 108 (C.A. C.-B.), la Cour a fait l'affirmation suivante au sujet de la preuve présentée en l'espèce : « Its prejudicial value is overwhelming, particularly if the trial had been conducted with a jury. Although this case was tried by a judge alone, the rules of evidence must be the same for both modes of trial. »

À mon humble avis, bien que des règles identiques s'appliquent, que le procès soit tenu devant un juge seul ou devant un juge et un jury, elles ne doivent pas nécessairement être appliquées de la même façon. L'admissibilité repose sur l'application d'une norme mobile qui est fonction de l'équilibre entre l'effet préjudiciable et la valeur probante de la preuve, et le risque de préjudice peut être accru dans le cas d'un jury. Ainsi, il arrive régulièrement que des photos soient admises dans les procès devant un juge seul, mais qu'elles subissent un montage avant d'être présentées aux jurés.

60. Examiner *R.* v. *Manahan*, (1991) 61 C.C.C. (3d) 139 (C.A. Alb.). La Cour a admis comme « contexte » les opinions d'un psychologue clinicien portant que la plaignante n'avait pas été préparée, qu'elle n'avait pas inventé les incidents décrits et qu'elle avait donné un compte rendu cohérent des événements. La Cour a rejeté une objection de la défense selon laquelle ces opinions constituaient des témoignages justificatifs; étant donné que l'expert n'avait pas entendu le témoignage rendu par l'enfant devant le tribunal, comment le jury pouvait-il donc inférer que les opinions de l'expert renvoyaient au témoignage de l'enfant? On peut toutefois pardonner à quelqu'un de s'interroger sur la pertinence d'un témoignage portant que la plaignante n'avait pas été préparée ou qu'elle avait donné un compte rendu cohérent quant à des déclarations qui pouvaient ou non se refléter dans son témoignage. Pour quelle raison accueillir pareille preuve? Paradoxalement, la Cour a ajouté que le juge de première instance avait commis une erreur en n'expliquant pas clairement au jury l'usage limité qu'il pouvait faire de la preuve d'expert.

61. À tout le moins, dans un procès devant juge et jury, faudrait-il donner des directives très fermes au jury. Voir *R.* v. *Stevenson*, (1990) 58 C.C.C. (3d) 464 (C.A. Ont.).

62. Le professeur Healy utilise les termes « evidence relevant to credibility » et « evidence about credibility ». Voir HEALY, *loc. cit.*, note 14.

puissent fournir un témoignage établissant qu'ils croient le témoin (« preuve sur la crédibilité »), ils peuvent fournir au juge des faits des renseignements qui l'aideront à évaluer la crédibilité (« preuve pertinente à la crédibilité »). La nuance peut être imperceptible, mais elle existe quand même[63]. Elle est illustrée dans l'arrêt *R.* v. *Marquard*[64].

La grand-mère du plaignant, âgé de trois ans et demi, était inculpée de voies de faits graves à la suite d'un incident au cours duquel le visage de l'enfant avait été gravement brûlé. Au moment de l'examen à l'hôpital, l'enfant a donné un compte rendu inoffensif de ce qui s'était produit. Selon l'expert de la Couronne, l'enfant mentait à ce moment-là et le récit incriminant présenté devant le tribunal était vrai. Ce témoignage de l'expert n'aurait pas dû être autorisé.

> [W]hile expert evidence on the ultimate credibility of a witness is not admissible, expert evidence on human conduct and the psychological and physical factors which may lead to certain behaviour relevant to credibility, is admissible, provided the testimony goes beyond the ordinary experience of the trier of fact.[65]

La règle interdisant les témoignages justificatifs est bien intentionnée, et elle traduit une préoccupation légitime en ce qui concerne le risque réel que les jurés n'examinent pas la preuve d'expert avec la prudence nécessaire. Sa valeur est toutefois minée par l'approche libérale adoptée quant à l'admission de la preuve d'expert relativement aux symptômes d'agression sexuelle, par laquelle les experts démontrent qu'une gamme de symptômes (qui, bien sûr, correspondent à ceux manifestés par le plaignant) est notamment, voire uniquement, compatible avec une agression sexuelle antérieure[66]. Le droit peut même permettre aux témoins de témoigner du fait qu'un enfant a été victime d'une agression sexuelle, à partir uni-

---

63. Voir *R.* v. *F.(J.E.)*, (1993) 26 C.R. (4th) 220 (C.A. Ont.); *R.* v. *Beliveau*, (1987) 30 C.C.C. (3d) 193 (C.A. C.-B.); dans *R.* v. *K.(P.V.)*, *supra*, note 31, la limite a été franchie lorsque l'expert a témoigné que 90 % des enfants qui se plaignent de violence sexuelle disent la vérité. Cette limite a aussi été franchie dans *R.* v. *L.G.*, (1994) 68 O.A.C. 233, mais l'erreur a été corrigée lorsque le juge, dans ses motifs, a rejeté l'opinion de l'expert selon laquelle les plaignants disaient la vérité. Dans *R.* v. *Fiqia*, (1994) 145 A.R. 254 (C.A.), la Cour a statué que même si certains éléments de preuve laissaient entendre que la plaignante souffrait du syndrome de Manchaussen (un état qui pouvait l'amener à faire de fausses déclarations pour se faire traiter), leur admission aurait violé la règle voulant que la crédibilité ressortisse exclusivement au juge des faits. Selon moi, en tenant pour acquis que la plaignante souffrait de ce syndrome et que ce diagnostic ait une certaine fiabilité scientifique, cette preuve aurait été « pertinente » à la crédibilité et non une preuve sur la crédibilité. Bien qu'elle puisse être inadmissible pour d'autres raisons, elle ne semble pas contraire à cette règle.

64. *Supra*, note 15.

65. *Id.*, note 15, p. 249.

66. Voir J.S. TSE, « Expert Opinion Evidence in Child Sexual Abuse Cases », (1993) 15 *C.R.* (4th) 115 et les affaires y mentionnées. Dans *R.* v. *Ryan*, (1993) 80 C.C.C. (3d) 514 (C.A. C.-B), la preuve d'expert portant que la plaignante ne pouvait donner son consentement à cause de son état mental et de la dynamique de la relation patient/psychiatre a été admise, pour ce qui était du consentement, bien que la Cour ait été rassurée à un certain point du fait que le juge de première instance a nié s'être fondé sur cette preuve pour trancher la question fondamentale et déclaré l'avoir utilisée uniquement pour mieux comprendre la dynamique des rapports entre un médecin et sa patiente. La preuve d'expert concernant les rapports entre un médecin et sa patiente a aussi été admise relativement à une agression sexuelle dans *R.* c. *Shalaby*, (1994) 59 Q.A.C. 283.

quement d'une évaluation psychologique[67]. Existe-t-il une distinction significative entre un témoin qui affirme directement ou par déduction nécessaire : « Elle a été victime d'agression sexuelle » et un témoin qui dit : « Je la crois quand elle dit qu'elle a été victime d'une agression sexuelle » ? La première affirmation est une allégation de fait, et elle semble de ce fait plus dangereuse que la deuxième qui n'est qu'une simple expression d'opinion. À tout le moins, lorsque le droit de la preuve nous mène à faire des distinctions entre des éléments qui ne sont pas différents, nous nous devons de nous demander si cela n'est pas inutile[68]. Peu importe l'état du droit, il semble que dans ce cas, peut-être plus que dans tout autre, les propos tenus par la Cour dans l'affaire *Mohan* trouvent leur sens : *too liberal an approach* pourrait réduire le procès à un simple concours d'experts, dont le juge des faits se ferait l'arbitre[69].

V. LE « CRITÈRE DE LA PERTINENCE ET DE LA NÉCESSITÉ » DANS LE CONTEXTE DES NOUVELLES THÉORIES ET TECHNIQUES SCIENTIFIQUES : UN PROBLÈME PARTICULIER

Il faut qu'il existe un ensemble de connaissances spécialisées dans le domaine en cause pour que l'on puisse parler d'experts. Normalement, l'existence d'un domaine d'expertise ne sera pas en litige, en particulier en matières techniques. Jusqu'à tout récemment, nos tribunaux avaient ainsi la chance de ne pas avoir à élaborer une méthode valable d'évaluation de l'existence d'un domaine d'expertise. Je dis « chance », parce que la question de savoir si un véritable domaine d'expertise existe soulève le type de paradoxe inhérent auquel nous, qui travaillons dans le domaine du droit de la preuve, sommes bien habitués : les juges doivent être instruits par les experts avant de décider si les experts devraient avoir le droit de les instruire. Sans la compréhension, une personne ne peut pas toujours distinguer la bonne information du charlatanisme, de l'alchimie ou de la supercherie.

L'admissibilité d'une nouvelle science est le plus souvent décidée d'après le critère utilisé dans l'affaire *Frye* v. *United States*[70]. Le critère établi dans *Frye* impose que « the thing from which the deduction is made [...] be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it

---

67. *Khan* v. *College of Physicians & Surgeons of Ontario*, (1992) 9 O.R. (3d) 641, p. 665 (C.A.); *R.* v. *J.(R.H.)*, *supra*, note 53, p. 47. Dans *Burns*, *supra*, note 3, le Dr Maddess a témoigné du fait que la plaignante avait été victime de violence sexuelle. Il est remarquable que la Cour suprême du Canada ait confirmé la décision de la Cour d'appel de l'Ontario selon laquelle le fait qu'elle ait été victime de violence sexuelle de la part de son frère aussi ne rendait pas injuste l'admission de cette preuve. Est-il toutefois révélateur que la Cour suprême du Canada ait précisé que l'accusé intimé « does not argue that psychiatric evidence bearing on a witness's behaviour is for that reason inadmissible » ? La Cour a-t-elle laissé la porte ouverte à la contestation de ce type de preuve ou a-t-elle noté pour la forme qu'il n'y avait rien à contester? Voir *R.* v. *R.(S.)*, (1992) 8 O.R. (3d) 679, p. 684, le juge Galligan (C.A.), qui est nettement d'avis que ce type de preuve doit être exclu.

68. C'est peut-être pourquoi le juge Sopinka, au nom de la Cour, dans *Mohan*, parle de la « règle interdisant les témoignages justificatifs » énoncée dans *Burns* comme d'une simple illustration de l'application du critère de la nécessité et de la pertinence; il ne serait pas convaincant de la désigner comme une règle.

69. *Supra*, note 2, p. 24.

70. 293 F. 1013 (D.C. Cir., 1923).

belongs »[71]. Ce critère a été critiqué, avec raison[72], et il a été rejeté par la majorité des tribunaux américains[73], y compris par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Daubert*[74].

Lorsque j'ai rédigé la version originale du présent article il y a quelques mois à peine, la Cour suprême avait laissé passer les occasions qui s'offraient à elle de préciser le critère applicable à l'admission d'une nouvelle science et d'indiquer si l'arrêt *Frye* s'appliquait. De nombreux tribunaux avaient appliqué un critère de « la pertinence et de l'utilité » qui, comme le modèle adopté dans *Mohan* relativement à la preuve d'expert en général, exigeait une évaluation globale de la fiabilité, de l'utilité et du préjudice[75]. Bien qu'il n'ait pas traité cette question en détail, l'arrêt *Mohan* semble l'avoir réglée : l'admissibilité d'une nouvelle théorie ou technique scientifique doit être déterminée non seulement par l'application de la norme établie dans *Frye*[76], mais selon une évaluation globale de la « nécessité et de la pertinence » qui n'est pas sans ressembler au critère de « la pertinence et de l'utilité ». « The Court in *Mohan* appears to have arrived at the same position as the court in *Daubert*, though with decidedly less fanfare »[77].

Le critère de la « nécessité et de la pertinence », appliqué à une science nouvelle, est assorti de plusieurs réserves importantes :

(i) pour l'application du critère de la *relevance and necessity*, la preuve doit être « [subjected to] special scrutiny »[78];

---

71. *Id.*, p. 1014.

72. De nombreuses critiques ont été formulées à l'encontre de ce critère. Voir P.C. GIANELLI, « The Admissibility of Novel Scientific Evidence : *Frye* v. *United States*, a Half-Century Later », (1980) 80 *Colum. L. Rev.* 1197, et M. MCCORMICK, « Scientific Evidence : Defining a New Approach to Admissibility », (1982) 67 *Iowa L. Rev.* 879. Les objections les plus significatives soulevées à son égard sont bien décrites par les juges J. Sopinka, S. Lederman et A.W. Bryant : « [I]t is difficult to determine the relevant scientific field and the level of acceptance within that community ("scientific nose counting"). Also, the test may exclude probative and reliable evidence because the technique has not become sufficiently established in the selected scientific community. »

The Law of Evidence in Canada, Toronto, Butterworths, 1992, p. 566.

À titre d'exemple, citons le phénomène de l'émergence soudaine de « souvenirs réprimés » précis et dignes de foi, phénomène qui serait admis haut et fort parmi les psychologues cliniciens et thérapeutes qui gagnent leur vie en travaillant dans ce domaine. Si le milieu consulté était élargi pour inclure les behavioristes qui étudient la mémoire, on estimerait qu'il s'agit de foutaises sans valeur scientifique.

73. Voir P.C. GIANELLI, *id.*, et M. MCCORMICK, *id.*

74. Voir *supra*, note 16. Pour un compte rendu concis et utile des éléments essentiels de l'arrêt *Daubert*, voir R.J. DELISLE, « The Admissibility of Expert Evidence : A New Caution Based on General Principles », (1994) 29 *C.R.* (4th) 267.

75. Dans l'affaire *R* v. *Lafferty*, [1993] N.W.T.R. 218 (C.S.), le critère de la pertinence et de l'utilité a été appliqué avec beaucoup de prudence et après un examen exhaustif d'une vaste gamme de facteurs. Voir aussi *R.* v. *Melaragni*, *supra*, note 19, (direction d'un projectile fondée sur l'état du verre brisé), et *R.* v. *Dieffenbaugh*, *supra*, note 59, où le tribunal a utilisé le critère de la pertinence pour rejeter, comme preuve du viol, l'« ouverture forcée de l'anus ». Cette décision était fondée sur l'état incertain de l'avis des médecins et sur l'effet préjudiciable de la preuve. Voir aussi *R.* v. *Doe*, (1987) 31 C.C.C. (3d) 353 (C. District Ont.); *R.* v. *Johnston*, (1992) 12 C.R. (4th) 99 (C. Ont. Div. Gén.).

76. L'affaire *Frye* continue cependant d'avoir une influence considérable, comme le révèle l'examen de l'arrêt *Mohan* qui suit.

77. R.J. DELISLE, *loc. cit.*, note 74, p. 272.

78. *Supra*, note 2, p. 25.

(ii) la preuve doit être *essential* en ce sens que le juge des faits est incapable de tirer une conclusion satisfaisante sans l'aide de l'expert[79];
(iii) la preuve doit satisfaire à la *basic threshold of reliability* dans le cadre de l'évaluation de sa pertinence[80].

A. L'« EXAMEN SOIGNEUX »

Certaines décisions antérieures à l'arrêt *Mohan* ont traité de la norme d'admissibilité d'une preuve relevant d'une nouvelle science en la considérant selon les normes de preuve habituelles. Certaines indiquent que la preuve n'a pas satisfait au critère, alors appelé le critère de la « pertinence et de l'utilité », selon la prépondérance des probabilités[81]. On a même prétendu que lorsque la poursuite produit une preuve qui relève d'une nouvelle science, elle doit satisfaire à la norme de la preuve au-delà de tout doute raisonnable[82]. D'autres juges ont apparemment procédé en tenant pour acquis que seuls les critères habituels de pertinence s'appliquent[83]. Dans l'affaire *R.* v. *Lafferty*, le juge Vertes a présupposé que si la preuve vise un fait en litige, elle est admissible *prima facie*, et qu'elle doit être prise en considération vu que l'on tend « inclusiveness of evidence and giving a jury all the information relevant to the issues in the case »[84].

Dans l'arrêt *Mohan*, la Cour a évité d'utiliser la terminologie habituelle relative à la norme de preuve requise lorsqu'elle a décrit la force persuasive exigée pour l'admission d'une nouvelle science. Par contre, sa mention d'un « examen soigneux » est révélateur. Elle indique qu'une nouvelle science ne peut être admise aussi facilement qu'un autre témoignage d'opinion; toute preuve d'expert doit être examinée quant à sa pertinence, puis soumise à l'analyse du coût et des bénéfices. La preuve d'expert qui relève d'une nouvelle théorie ou technique scientifique doit être « examinée soigneusement ». Ces propos dictent nettement une certaine prudence et invitent à faire preuve d'une diligence particulière. Les tribunaux ne doivent pas agir comme dans l'affaire *Lafferty* et préjuger de l'admissibilité de la preuve; les tribunaux doivent faire preuve d'assez de scepticisme pour empêcher les opinions qui risquent de ne pas être fiables de porter atteinte au rôle du juge des faits.

B. LE CRITÈRE DE LA NÉCESSITÉ ET LA PREUVE QUI RELÈVE D'UNE SCIENCE NOUVELLE

En parlant du témoignage d'opinion d'expert en général, la Cour a souligné que l'« utilité » de la preuve établissait un seuil trop bas et que le tribunal

---

79. *Ibid.*
80. *Ibid.*
81. *R.* v. *Johnston*, *supra*, note 75, p. 123; *R.* v. *Doe*, *supra*, note 75, p. 407.
82. *R.* v. *Terciera* (23 octobre 1991), (C. Ont. Div. prov.) (non publié); P.C. GIANELLI, *loc. cit.*, note 72, p. 1248. Cela semble toutefois être une erreur de principe : voir *R.* c. *Evans* (*sub nom. R.* v. *Dipietro*), [1993] 3 R.C.S. 653, p. 667.
83. Par exemple, le juge Wilson ne fait aucune mention d'une norme liminaire inhabituelle dans *R.* c. *Béland*, *supra*, note 29.
84. *Supra*, note 75, p. 233.

devait conclure à la « nécessité » de la preuve; la nécessité ne doit toutefois pas être appréciée trop strictement et la preuve satisfait à ce critère lorsqu'elle dépasse, selon toute vraisemblance, l'expérience et la connaissance du juge ou du jury. Lorsqu'il s'agit d'une science nouvelle, les propos de la Cour sont plus fermes et plus exigeants. Le juge doit vérifier si la preuve est « *essential* in the sense that the trier of fact *will be unable to come to a satisfactory conclusion without the assistance of the expert* »[85]. Lorsqu'une science est éprouvée, exacte et présentée par un « expert », il existe un risque que le juge des faits accorde un poids disproportionné à la preuve dont le fondement est digne de foi. Lorsqu'une science ne l'est pas, il existe en plus le risque qu'on présente au juge des faits des élucubrations qu'on fait passer pour des dogmes en s'appuyant sur l'autorité désarmante de la science. Seul un « besoin impérieux », par opposition à la simple « nécessité », justifierait que l'on coure un tel risque.

C. LA « NORME DE FIABILITÉ »

La fiabilité de la preuve d'expert demeure toujours, avec la pertinence, l'un des facteurs à soupeser par rapport aux risques liés à l'admission de ce type de preuve. En effet, « the reliability versus effect factor has special significance in assessing the admissibility of [all] expert evidence »[86]. Il est cependant clair que cet examen a une importance accrue dans le cas d'une science nouvelle. La préoccupation fondamentale est alors de savoir si cette nouvelle science est « fiable »[87]. Dans le cas d'une science nouvelle, la fiabilité constitue un *threshold test*[88]. Ce critère a été appliqué strictement dans l'affaire *Mohan*.

Le D^r^ Hill, dont l'expertise n'a pas été contestée, a déclaré dans son témoignage qu'une personne devrait être pédophile pour commettre les agressions décrites par les trois premières plaignantes, et un psychopathe sexuel pour commettre l'agression subie par la quatrième plaignante. Si une seule personne avait commis ces quatre agressions, il devrait s'agir d'un psychopathe sexuel atteint d'une grave anomalie du caractère et, s'il s'agissait d'un médecin, comme le D^r^ Mohan, il devrait être un psychopathe sexuel particulièrement anormal. À son avis, le D^r^ Mohan n'était ni un pédophile, ni un psychopathe sexuel. À partir des prémisses posées par le D^r^ Hill, un logicien aurait pu conclure, par voie de syllogisme, que le D^r^ Mohan n'était pas coupable.

La Cour suprême du Canada a confirmé le rejet de la preuve par le juge de première instance, en appuyant sa décision sur la règle d'exclusion particulière relative au moyen de défense du « comportement incompatible avec le caractère » : en droit, l'auteur du crime ou l'accusé doit posséder des caractéristiques de comportement distinctives de sorte que la comparaison de l'un avec l'autre aidera considérablement à déterminer l'innocence ou la culpabilité. La Cour a déclaré :

---

85. *Supra*, note 2, p. 25 (*nos italiques*).

86. *Id.*, p. 21.

87. Les scientifiques font une distinction entre la « validité » (le principe en cause démontre-t-il ce qu'il doit démontrer?) et la « fiabilité » (l'application du principe en cause donne-t-elle des résultats uniformes?). Les tribunaux qui traitent de la fiabilité dans ce contexte veulent parler de la fiabilité de la preuve, ou de ce que les scientifiques appelleraient la « validité scientifique ». Voir *Daubert*, *supra*, note 16, p. 2795, n. 9.

88. *Supra*, note 2, pp. 21 (citation de *R.* v. *Melaragni*, *supra*, notes 19 et 25).

> The trial judge should consider the opinion of the expert and whether the expert is merely expressing a personal opinion or whether the behavioral profile which the evidence is putting forward is in common use as a reliable indicator of membership in a distinct group. Put another way : Has the scientific community developed a standard profile for the offender who commits this type of crime? An affirmative finding on this basis will satisfy the criteria of relevance and necessity [...] Such evidence will have passed the threshold test of reliability.[89]

Le juge de première instance a rejeté ce témoignage qu'il n'estimait pas fiable dans la mesure où il tendait à laisser croire que les personnes qui commettent des agressions sexuelles sur de jeunes femmes appartiennent à un groupe possédant des caractéristiques distinctives, ou qu'un médecin qui commettrait de telles infractions tomberait dans une catégorie distinctive présentant des caractéristiques identifiables. « [N]o acceptable body of evidence » à cet effet n'a été présenté. Rien n'indiquait non plus que « [there was] general acceptance of th[e] theory [that only a psychopath could have committed the fourth assault] ». « [There was] no material on record to support the finding that the profile of a paedophile or psychopath had been standardized to the extent that it could be said that it matched the supposed profile of the offender depicted in the charges ». Bref :

> The expert's group profiles were not seen as sufficiently reliable to be considered helpful. In the absence of these *indicia* of reliability, it cannot be said that the evidence would be necessary in the sense of usefully clarifying a matter otherwise unaccessible, or that any value it may have had would not be outweighed by its potential for misleading or diverting the jury.[90]

Comme on peut le constater, dans le contexte du moyen de défense du « comportement incompatible avec le caractère », le facteur qui a été jugé prépondérant a été la mesure dans laquelle les caractérisations psychologiques de l'expert étaient reconnues par la profession scientifique; « a-t-elle élaboré un profil type du délinquant? » Une réponse affirmative à cette question aurait suffit, à elle seule, à établir l'admissibilité de la preuve[91]. Ce raisonnement se rapproche dangereusement du critère établi dans *Frye* et pourrait pousser certains à interpréter l'arrêt *Mohan* comme adoptant la norme énoncée dans *Frye*. Ceux parmi nous qui prônent la prudence quant à l'admission d'une science nouvelle pourraient être tentés de donner cette interprétation à l'arrêt *Mohan* car l'arrêt *Frye* a été qualifié de « [t]he high-water mark against admissibility of newly developed scienc[e] »[92]. Toutefois, selon une interprétation juste, je crois que l'arrêt *Mohan* doit être tenu pour avoir établi simplement que l'acceptation d'une technique ou d'une théorie par la profession scientifique *suffit*; il n'a pas établi que c'était là une condition *nécessaire*. En interprétant davantage cette décision en fonction de son contexte, on porterait notre attention sur l'expression « indices de fiabilité » et sur son caractère général (insistant sur l'application de normes plutôt que de règles rigides) et on conclurait que si

89. *Id.*, p. 37.
90. *Id.*, p. 38.
91. L'arrêt *Mohan* soulève de sérieux doutes sur la justesse de la décision *R.* v. *Garfinkle*, (1993) 15 C.R. (4th) 254 (C.A. Qué.). Le scepticisme semble moins prononcé en ce qui a trait aux types de personnalité et à la prédisposition à la violence : voir *R.* v. *Walker*, (1990) 57 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.) et *R.* c. *Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.
92. *R.* v. *Dieffenbaugh*, *supra*, note 59, p. 105.

la reconnaissance du milieu scientifique est un facteur particulièrement important[93], d'autres indices peuvent suffire en son absence.

En résumé, la question de l'admission de la preuve qui ressortit à une science nouvelle doit être tranchée de la façon suivante : D'abord, il faut évaluer la nécessité, la pertinence et la fiabilité de la preuve. À partir de cette évaluation, il faut en apprécier la valeur probante, puis soupeser celle-ci en regard du coût lié à l'admission de la preuve. Ce coût est fonction de l'effet préjudiciable de la preuve, de l'importance de la question visée par la preuve (plus la question est importante, plus les conséquences d'une déformation éventuelle des faits sont graves), du caractère appréciable de la preuve et des économies possibles lors du procès. À cet égard, il faut tenir compte des garanties procédurales qui sont susceptibles d'atténuer certains de ces problèmes.

Dans la version originale du présent article, j'ai essayé d'extraire de la jurisprudence et des auteurs importants de doctrine, certains facteurs dont les tribunaux devraient tenir compte avant d'admettre des témoignages portant sur de nouvelles techniques scientifiques ou sur le cadre social. J'ai repris cette liste, en y faisant les ajouts et les modifications dictées par l'arrêt *Mohan*, puis je l'ai réorganisée pour l'harmoniser au modèle d'analyse adopté dans *Mohan* et exposé plus haut. Avant de la reproduire, je crois bon de réitérer les propos tenus par le juge Moldaver dans l'affaire *R.* v. *Melaragni* concernant la liste qu'il a lui-même dressée aux mêmes fins :

> This list is not necessarily exhaustive; furthermore, the importance of any one or more of these factors will vary depending upon the particular circumstances of the case.[94]

En outre, les tribunaux qui entreprennent cet examen doivent toujours garder à l'esprit les principes essentiels de l'arrêt *Mohan* : l'« examen soigneux », une exigence plus rigoureuse qu'auparavant quant à la nécessité et l'analyse minutieuse de la fiabilité.

1. La nécessité

Ces facteurs doivent être évalués en fonction de la question de savoir si la preuve d'expert est « essentielle en ce sens que le juge des faits sera incapable de tirer une conclusion satisfaisante sans l'aide de l'expert ».

(i) L'opinion doit fournir des renseignements qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury[95].

---

93. Dans *R.* v. *Dieffenbaugh*, *ibid.*, l'expérience personnelle d'un médecin dont la taille de la clientèle n'a pas été établie, combinée aux opinions exprimées par d'autres praticiens et une étude scientifique non concluante, ont été jugé insuffisantes par la Cour. Il n'y avait pas d'opinion médicale bien établie selon laquelle l'ouverture forcée de l'anus confirmait qu'il y avait eu pénétration anale. Dans *R.* v. *Baptiste*, (1994) 88 C.C.C. (3d) 211 (C.A. C.-B.), on a admis la preuve d'ADN, y compris l'application de la base de données à un Canadien natif de la Côte ouest. La Cour a mentionné le critère de la « pertinence et de la fiabilité » posé dans *Dieffenbaugh*, mais le seul facteur dont fait état la brève décision est l'acceptation générale de cette technique et de cette base de données dans les milieux scientifiques.

94. *Supra*, note 19, p. 353.

95. *Mohan*, *supra*, note 2.

(ii) Même si l'opinion fournit des renseignements qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury, les jurés peuvent-ils former leurs conclusions sur la question déterminante sans aide[96] ?
(iii) Les problèmes visés par la preuve d'expert peuvent-ils être traités adéquatement au moyen d'une directive au jury plutôt qu'au moyen de la preuve d'expert[97] ?
(iv) La preuve est-elle « needless[ly] [...] cumulative »[98] ?

2. La pertinence logique

La preuve est-elle « à ce point liée au fait concerné qu'elle tend à l'établir » ?
(i) le CARACTÈRE SUBSTANTIEL : nature de la question à laquelle se rapporte la preuve[99] ;
(ii) la PERTINENCE : l'existence et la nature des déductions qui lient la preuve à une question substantielle[100] ;
(iii) l'ampleur des déductions présentées[101] ;
(iv) la mesure dans laquelle la preuve dépend de l'interprétation subjective[102] ;
(v) le « caractère adapté » de la preuve par rapport au fait matériel[103].

---

96. *Ibid.*

97. Dans *R.* v. *Fengstad*, (1994) 27 C.R. (4th) 383, pp. 399-400 (C.A. C.-B.), la Cour a confirmé le refus du juge de première instance de permettre à un psychologue de témoigner sur les dangers inhérents de la preuve d'identification, « particularly unconscious transference, weapon focus, system variables, and the confidence with which a witness makes an identification ». La Cour a estimé que, parce que « problems of identification are clearly within the general knowledge and comprehension of judges and properly instructed juries [...] dangers of misidentification [...] can adequately be minimized by a proper jury charge without the assistance of expert testimony ».

98. *R.* v. *Melaragni*, *supra*, note 19, p. 353.

99. C'est le troisième point de la liste dressée dans l'affaire *United States* v. *Downing*, (1985) 753 F.2d 1224, comme solution de rechange au critère établi dans *Frye*. Ce facteur comprendrait, entre autres, la question de savoir si la preuve vise une question accessoire, la crédibilité ou un point en litige crucial dans l'affaire.

100. *Ibid.* Dans *R.* v. *Fiqia*, *supra*, note 63, l'effort fourni par la défense pour présenter une preuve sur le « syndrome de Manchaussen » n'a pas donné de résultat parce qu'aucun effort n'a été fait afin d'établir un lien entre cet état et la plaignante. La preuve n'était pas pertinente.

101. *R.* v. *Johnston*, *supra*, note 75 ; *Melaragni*, *supra*, note 19, p. 353.

102. *R.* v. *Medvedew*, (1979) 6 C.R. (3d) 185, p. 201, le juge d'appel dissident SULLIVAN (C.A. Man.).

103. Il s'agit d'un problème particulier à la pertinence. Le « caractère adapté » renvoie au lien entre la technique scientifique et le problème dont le tribunal est saisi. Le « caractère adapté » n'est pas toujours évident et la validité scientifique à une fin n'établit pas nécessairement la validité scientifique à une autre fin, sans rapport avec la première. *Daubert*, *supra*, note 16, p. 2796. Par exemple, la preuve établissant que le choc causé par une agression sexuelle peut causer des désordres alimentaires ne permet pas de tirer scientifiquement la conclusion que les désordres alimentaires prouvent qu'un choc a été subi antérieurement et qu'il a été causé par une agression sexuelle. Voir A.D. GOLD, *op. cit.*, note 4, p. 237.

3. La fiabilité

Le critère préliminaire (qui comporte deux volets, soit la fiabilité du « témoin » et la fiabilité du « processus » ou de la science) :

a) La fiabilité du témoin

(i) La qualité des qualifications du témoin expert qui fournit l'information contextuelle[104];
(ii) l'éventuel parti pris ou intérêt de la part de l'expert[105].

b) La fiabilité du processus

La justesse et la fiabilité du processus, de la technique ou du domaine d'étude utilisé pour produire la preuve[106].

— Facteurs concernant la portée des renseignements sur la technique, le processus ou le domaine d'étude :
(i) l'existence de publications spécialisées[107];
(ii) la nature des avis exprimés dans la documentation disponible[108].

— Facteurs concernant l'intégrité générale du processus, de la technique ou du domaine d'étude :
(i) si la technique, le processus ou l'étude sont généralement acceptés par les experts du domaine[109];
(ii) si la théorie ou la technique découle de l'application d'une « méthode scientifique » et si elle a été validée convenablement[110];
(iii) le caractère nouveau de la technique par rapport aux domaines d'analyse scientifique mieux établis[111];
(iv) s'il y a des liens analogues avec d'autres types de techniques scientifiques qui sont admises régulièrement en preuve[112];

---

104. *R.* v. *Johnston*, *supra*, note 75, p. 126; *United States* v. *Downing*, *supra*, note 99. Cet élément revêt une importance accrue si l'expert a des qualifications modestes. Satisfaire à la norme minimale établie récemment quant à l'« expertise » est une chose lorsque l'opinion reflète une pensée établie; c'est une tout autre chose lorsque l'« expert » doit instruire le tribunal sur l'intégrité de la science en cause.

105. *R.* v. *Medvedew*, *supra*, note 102, p. 201, le juge dissident SULLIVAN (C.A. Man.).

106. C'est le premier point d'un critère en trois volets utilisé dans l'affaire *United States* v. *Downing*, *supra*, note 99.

107. *R.* v. *Johnston*, *supra*, note 75, p. 126.

108. Voir l'examen approfondi de la documentation qu'a fait le tribunal par l'intermédiaire des experts dans l'affaire *R.* v. *Doe*, *supra*, note 75.

109. *R.* v. *Johnston*, *supra*, note 75, p. 126; *United States* v. *Downing*, *supra*, note 99; *Daubert*, *supra*, note 16, p. 2797. L'importance particulière que revêt cet élément au Canada est manifeste à la lecture des pages 37 et 38 de l'arrêt *Mohan*, *supra*, note 2.

110. Pour le tribunal saisi de l'affaire *Daubert*, il s'agissait d'une condition *sine qua non* d'admissibilité. « The adjective « scientific » implies a grounding in the methods and procedure of science », p. 2795. À la page 2796, la Cour a expliqué : « Scientific methodology today is based on generating hypotheses and testing them to see if they can be falsified; indeed this methodology is what distinguishes science from other fields of human inquiry ».

111. *R.* v. *Johnston*, *supra*, note 75, p. 126.

112. *Ibid.*

(v) le taux potentiel d'erreur[113];

(vi) la nature des erreurs potentielles : sont-elles prédisposées à causer de fausses inclusions ou de fausses exclusions?[114];

(vii) la susceptibilité de la technique, du processus ou l'étude aux abus[115];

(viii) l'existence et le maintien de normes[116];

(ix) l'existence de caractéristiques de sûreté positive[117];

(x) la probabilité que cette technique, ce processus ou cette étude aient été exposés au milieu professionnel pertinent,[118]

(xi) si « the theories on which [expert opinion evidence] is founded are widely *accepted throughout society* and are based on rigorous and wide empirical testing or observation »[119].

— Facteurs concernant l'application particulière de la technique dont le tribunal est saisi :

(i) le soin avec lequel la technique scientifique a été utilisée[120].

4. L'analyse du coût et des bénéfices

— « Whether its value is worth what it costs », en tenant pour acquis que « [c]ost in this context [...] [referring] not [...] [to] its traditional economic sense but rather [...] its impact on the trial process ». (Il comprend les éléments suivants : « l'effet préjudiciable »; la question à laquelle la preuve se rapporte; le caractère « appréciable » de la preuve et les économies possibles lors du procès)[121].

a) L'effet préjudiciable de la preuve

— Relativement à sa qualité de preuve « d'expert », avec l'éventuel effet déformant qu'elle peut produire.

(i) « [Is there] a danger that the expert evidence will be misused and will distort the fact-finding process [because it is] [d]ressed up in scientific language [...] and [...] [is] submitted through a witness of impressive antecedents [...] [In

---

113. *Ibid.*; *R.* v. *Doe*, *supra*, note 75, où des types particuliers d'erreurs qui surgissent avec des détecteurs de mensonges sont présentés de façon détaillée. Voir *Daubert*, *supra*, note 16, p. 2797.

114. *United States* v. *Downing*, *supra*, note 99; *Andrews* v. *State*, 533 So. 2d 841 (Fla. Dist. Ct. App., 1988), où la preuve par ADN a été admise, en partie, du fait que des erreurs menaient à des faux négatifs ou à des exclusions plutôt qu'à des faux positifs et voir l'affaire *United States* v. *Williams*, 583 F. 2d 1194 (2d Cir., 1978) pour un raisonnement semblable en ce qui concerne la spectrographie vocale.

115. *R.* v. *Johnston*, *supra*, note 75, p. 126.

116. *Ibid.*; *Daubert*, *supra*, note 16, p. 2797.

117. *R.* v. *Johnston*, *ibid.*

118. *United States* v. *Downing*, *supra*, note 99; *Daubert*, *supra*, note 16.

119. Dans son article « The Use and Misuse of Expert Evidence », CBA Civil Litigation Section (Nord de l'Alberta & Vancouver), Edmonton, 21 juin 1993, Vancouver, 22 juin 1993, p. 7, le juge McLachlin a exprimé l'opinion que, tout au moins dans certains types d'examens, c'est l'une « [of] the best gauges of reliability ».

120. *R.* v. *Johnston*, *supra*, note 75, p. 126.

121. *Mohan*, *supra*, note 2, p. 21.

other words, is] this evidence apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves »[122] ?

(ii) la possibilité que la preuve incite le jury à décider de façon émotive et non pas selon sa raison[123] ;

(iii) la possibilité que la nature générale de la preuve détourne le juge des faits précis de l'affaire[124] ;

(iv) la possibilité que le juge des faits soit trompé par la preuve à cause de son caractère technique qui empêche une bonne compréhension de ses limites et faiblesses[125] ;

(v) la possibilité que la preuve induise autrement le jury en erreur[126].

b) L'importance de la question à laquelle se rapporte la preuve

— Facteurs concernant l'utilisation qui sera faite des renseignements fournis :

(i) si la preuve se rapporte à une question fondamentale. Le cas échéant, les principes énoncés dans *Mohan* doivent être appliqués plus rigoureusement[127].

c) Le caractère appréciable de la preuve

« Is the evidence likely to assist the jury in its fact-finding mission, or is it likely to confuse and confound the jury? »[128] ;

(i) la clarté avec laquelle la technique peut être expliquée[129] ;

---

122. *Ibid.* Voir aussi *R.* v. *Johnston*, *supra*, note 75, p. 126-127. Dans *Melaragni*, *supra*, note 19, p. 353, ce facteur a été énoncé comme suit : « Is the jury likely to be overwhelmed by the « mystic infallibility » of the evidence, or will the jury be able to keep an open mind and objectively assess the worth of the evidence? »

C'est aussi le deuxième (et le dernier en ce qui nous concerne) des trois points à examiner selon l'affaire *United States* v. *Downing*, *supra*, note 99. Dans la décision *R.* v. *Nielsen*, (1985) 16 C.C.C. (3d) 39, p. 69 (C.A. Man.), infirmée pour d'autres motifs [1988] 1 R.C.S. 480, la majorité avait permis à un expert de témoigner sur des comparaisons d'empreintes de pas, justement parce que ce témoignage « was not [...] clothed with the respectability of science or a scientific theory ». Comme la preuve reflétait tout simplement l'observation des ressemblances précises remarquées par l'expert, il y avait peu de risque de préjudice du fait de l'intimidation des jurés par l'autorité de la science.

123. *R.* v. *Doe*, *supra*, note 75, p. 430. Par exemple, dans quelle mesure l'analyse détaillée de la situation difficile de la femme battue incitera-t-elle les juges des faits à trancher en fonction de la répulsion que leur inspirent ces mauvais traitements plutôt qu'en fonction de la preuve?

124. P.C. DAVIES, « There is a Book Out [...] : An Analysis of Judicial Absorption of Legislative Facts », (1987) 100 *Harvard Law Review* 1539, p. 1595.

125. *R.* v. *Johnston*, *supra*, note 75, p. 418.; P.C. GIANELLI, *loc. cit.*, note 72, pp. 1237 et 1238 et voir *Mohan*, *supra* note 2, p. 21 : « Dressed up in scientific language which the jury does not easily understand [...] [is it] [...] apt to be accepted [...] as having more weight than it deserves » ?

126. *R.* v. *Johnston*, *supra*, note 75, p. 129; *R.* v. *Doe*, *supra*, note 75, p. 428.

127. *Mohan*, *supra*, note 2, p. 25. Voir l'affaire *R.* v. *J.(R.H.)*, *supra*, note 53, autorisation de pourvoi refusée (1994), 87 C.C.C. (3d) vi, dans laquelle l'expert a exprimé son opinion selon laquelle la plaignante était incapable de donner son consentement, elle avait été victime de violence et, bien que d'autres l'aient agressé sexuellement, « the accused was the main offender ». La Cour a ordonné un nouveau procès parce que, ensemble, ces remarques étaient très préjudiciables quant à la question cruciale du consentement.

128. *R.* c. *Mohan*, *supra*, note 2, p. 22, citation de *R.* v. *Melaragni*, *supra*, note 19, p. 353.

129. *R.* v. *Johnston*, *supra*, note 75, p. 126.

(ii) (le manque de preuve du fondement) — la mesure dans laquelle les données de base seront portées à la connaissance du tribunal et du jury et pourront être vérifiées par ces mêmes personnes[130];
(iii) l'existence d'autres experts pour évaluer la technique[131];
(iv) la possibilité pour la partie adverse au litige de faire des tests indépendants[132].

d) L'économie des ressources lors du procès

(i) L'attribution éventuelle d'une période trop longue pour présenter la preuve par rapport à sa valeur probante[133];
(ii) le retard dans le procès imputable à l'obtention de la preuve ou aux questions préliminaires concernant la preuve[134].

5. Les garanties procédurales

— Facteurs pouvant atténuer certaines conséquences négatives liées à la preuve :
(i) l'avis et la communication à la partie opposée[135];
(ii) la perspective de voir le contre-interrogatoire exposer les faiblesses inhérentes au procédé[136];
(iii) la perspective de voir des difficultés clarifiées par un exposé du juge au jury[137].

Au fond, là où les connaissances spécialisées ne peuvent pas être présumées, il faudra accorder une attention toute particulière sous forme d'« examen soigneux » à la justesse et à la fiabilité de la théorie ou de la technique qui est présentée. De plus, et ce point est essentiel, il faudra voir attentivement si le témoignage d'expert peut être valablement apprécié par le juge des faits en regard de la mesure dans laquelle sa justesse et sa fiabilité peuvent être démontrées en nous en

130. *Ibid.*; *United States* v. *Downing*, *supra*, note 99. Dans l'arrêt *Medvedew*, *supra*, note 102, le juge d'appel O'Sullivan s'inquiétait du fait que l'expert n'avait pas présenté au tribunal les imprimés produits par le spectrographe vocal, qu'il interprétait pour le tribunal. Sans eux, le juge d'appel O'Sullivan a décidé qu'il n'aurait pas fallu tenir compte de la preuve.

131. *R.* v. *Johnston*, *ibid.*; *R.* v. *Melaragni*, *supra*, note 19, p. 353; *R.* c. *Béland*, *supra*, note 29, p. 433. P.C. Davies soutient qu'il est important de se demander si les experts peuvent placer la preuve en perspective et éviter sa surévaluation, et si la partie adverse a des ressources suffisantes pour les produire : *loc. cit.*, note 124, p. 1595.

132. *R.* v. *Melaragni*, *supra*, note 19, p. 353. Le juge Moldaver s'inquiétait du fait que les procédures de test employées par l'une des parties pouvaient épuiser les échantillons.

133. *R.* v. *Doe*, *supra*, note 75, p. 429.

134. *Id.*, pp. 428-429.

135. *United States* v. *Kelly*, 420 F. 2d 26 (2d Cir., 1969). Voir P.C. GIANELLI, *loc. cit.*, note 72, pp. 1240-1242.

136. *R.* v. *Béland*, *supra*, note 29, p. 433, le juge Wilson, dissidente. Même s'il n'y faisait pas allusion dans le contexte du critère de la pertinence, le juge d'appel Doherty s'est avant tout fondé sur le contre-interrogatoire pour admettre un témoignage d'expert selon lequel l'enfant avait été victime de mauvais traitements sexuels : *Khan* v. *College of Physicians & Surgeons of Ontario*, *supra*, note 67, p. 667. Il ne faudrait toutefois pas oublier que le contre-interrogatoire ne sera valable que si l'avocat connaît parfaitement le domaine de connaissances spécialisées.

137. *R.* c. *Mohan*, *supra*, note 2, p. 24; *R.* c. *Béland*, *supra*, note 29, p. 433; *Medvedew*, *supra*, note 102, p. 449.

remettant soit au milieu d'experts pertinent ou à une explication claire de la théorie ou de la technique, soit à ces deux sources. Si la justesse et la fiabilité ne peuvent être prouvées, les propositions de l'expert devront alors être acceptées aveuglément ou par respect envers l'apparente supériorité de son savoir. Dans l'un ou l'autre cas, il y a délégation de l'obligation de trancher sur les faits que le juge des faits s'est engagé sous serment à assumer. C'est la raison pour laquelle il faut être particulièrement attentif au risque que le statut de la science, ou la nature fondamentalement préjudiciable du témoignage, invite au préjugé.

CONCLUSION : LES LEÇONS À TIRER DE L'ÉVOLUTION DU DROIT RÉGISSANT LE TÉMOIGNAGE D'OPINION DE L'EXPERT

À moins de déclarer astucieusement que les normes énoncées dans l'affaire *Mohan* sont toutes axées sur le moyen de défense du « comportement incompatible avec le caractère » présenté dans cette cause, cet arrêt indique un recul par rapport à l'attitude énergique adoptée implicitement dans les arrêts antérieurs de la Cour suprême du Canada. S'il s'agit d'un recul, c'est une volte-face qui écarte les arrêts prononcés dans les semaines précédentes, dans des causes comme *Marquard*, où la preuve du syndrome de l'enfant victime de mauvais traitements a été acceptée sans être soumise au type d'examen appliqué au témoignage du D[r] Bell, et *Burns*, où la Cour a mentionné ses arrêts antérieurs et reconfirmé que l'utilisation des experts pour expliquer le comportement humain peut être admissible[138]. L'arrêt *Burns* mentionne notamment expressément l'affaire *Lavallée*[139].

Après avoir noté, au moins implicitement, la dichotomie entre l'attitude adoptée dans la jurisprudence antérieure et dans l'affaire *Mohan*, le professeur Delisle a fait l'affirmation suivante :

> The court has now stated its position with respect to social science evidence. It did so with respect to evidence tendered by the defence. One assumes that our courts will be at least as demanding with respect to expert evidence tendered by the Crown.[140]

Alan Gold a tenu des propos plus directs :

> [*Mohan's*] analysis of logical and legal relevance has implications for the type of so-called « expert » testimony that has been allowed to be adduced on behalf of the Crown in recent years, including [...] [behavioral indicator evidence] and it will certainly be beneficial to the extent that it requires a wholesale and scientific reassessment of the admissibility of such evidence.[141]

L'évaluation scientifique de l'intégrité de la plus grande partie de la preuve que nous tenons pour acquise n'a pas été entreprise. Dans l'affaire *R.* v. *G.B.*, la preuve relative aux symptômes que présentent les enfants victimes de violence sexuelle a été accueillie parce que :

> [C]ases now coming to trial involv[e] sexual abuse of children and requir[e] a very difficult evaluation of youthful testimony. Under these circumstances, it is understandable that the courts should seek as much assistance as possible from those who can be qualified as experts.[142]

---

138. *Supra*, note 3, p. 666.
139. *Ibid.*
140. R.J. DELISLE, *loc. cit.*, note 74, p. 273.
141. A.D. GOLD, *op. cit.*, note 4, p. 235.
142. (1988), 65 Sask. R. 134, p. 148 (C.A.), le juge Wakeling, confirmé par [1990] 2 R.C.S. 3.

Pourtant, s'il est appliqué de façon appropriée, le « critère de la pertinence et de la nécessité » implique davantage que l'existence d'une question pour laquelle le tribunal a besoin d'aide. Il exige qu'on se demande si la preuve est « essentielle », puis il nécessite une évaluation globale de la fiabilité, de l'utilité et du préjudice. Nous ne pouvons pas simplement continuer à présumer que nous sommes tombés par hasard sur des connaissances cachées valables. On remarque que, dans l'affaire *R.* c. *Mathieu*[143], le juge Fish a pris le temps de s'inquiéter à ce sujet et de mettre en doute ce type de preuve en affirmant que « [it is] of uncertain admissibility in the absence of a proper scientific foundation ». Nous faisons maintenant face à un problème : notre examen établira peut-être qu'elle n'avait pas de fondement scientifique et que nous en avons néanmoins approuvé l'utilisation[144]. Sommes-nous maintenant tenus de recevoir ce type de témoignage en raison de son acceptation par la Cour suprême « [in the face of what we now know to be the] considerable controversy in the United States concerning the scientific basis of expert testimony that ascribes certain behavioural patterns to sexual abuse »[145].

Et que penser du « syndrome des souvenirs réprimés »? On assiste pratiquement à une guerre de rue aux États-Unis quant à la question de savoir si ce phénomène existe vraiment et, le cas échéant, si les « souvenirs recouvrés » sont fiables[146]. Bon nombre de causes laissent croire, lorsqu'elles ne l'établissent pas, que les souvenirs « recouvrés » résultent souvent de techniques thérapeutiques suggestives et inappropriées, ce qui devrait nous porter à hésiter avant d'admettre le témoignage des experts quant aux souvenirs réprimés[147].

Dans *R.* v. *M.*[148], on a soumis à la Cour une preuve d'expert sur le syndrome de la femme battue en vue d'expliquer la conduite de la plaignante dans une cause d'agression sexuelle. La Cour a déclaré :

> The witness candidly stated that the subject of a battered woman syndrome is relatively new and is the subject of considerable professional discussion and debate and

---

143. (1994), 90 C.C.C. (3d) 415 (C.A. Qué).

144. Monsieur Gold décrit le « syndrome de l'adaptation de l'enfant aux mauvais traitements sexuels » comme « essentially a [...] worthless collection of second and third-hand alleged anecdotes collected by Roland Summit. » A.D. GOLD, *op. cit.*, note 4, p. 237. Monsieur Gold n'est pas, je suppose, un expert en la matière, mais beaucoup de ceux qui le sont souscrivent à cette affirmation. Voir *State* v. *Foret*, 628 So. 2d 1116 (La., 1993) et *State* v. *J.Q.*, 599 A. 2d 172 (N.J.S.C., App. Div. 1991). Roland Summit, dont les élucubrations ont donné naissance au populaire syndrome d'adaptation de l'enfant aux mauvais traitements sexuels, a pratiquement désavoué l'utilité de ce concept en preuve; « Abuse of the Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome », (1992) 1 *J. Child Sexual Abuse* 153.

145. *Mathieu*, *supra*, note 143, p. 435, le juge Fish.

146. Il existe une documentation très abondante. Parmi ceux qui nient ce phénomène, citons le D[r] E. LOFTUS ET K. KETCHAM, *The Myth of Repressed Memory*, New York, St. Martin's Press, 1994; R. OFSHE et E. WATERS, *Making Monsters, False Memories, Psychotherapy and Sexual Hysteria*, New York, Scribners, 1994; R.M. DAWES, *House of Cards : Psychology and Psychotherapy Built on Myth*, New York, Free Press, 1994. Ces personnes et celles qui partagent leur opinion sont souvent considérées comme des méchants par ceux qui défendent les droits des enfants et des victimes. Il se peut qu'elles se trompent, mais il se peut aussi qu'elles aient raison. Et si elles ont raison, il se peut que nous condamnions des personnes innocentes en nous appuyant sur les dires de celles qui ont tort.

147. Dans l'affaire *R.* v. *Norman* (1994), 16 O.R. (3d) 295, la Cour d'appel de l'Ontario, sensible à au moins une partie des controverses, a posé des limites strictes à l'utilisation que les juges de première instance peuvent faire de ce type de preuve.

148. (31 mars 1994), (C. Ont. Div. Gén.) (non publié).

> is evolving. However, I am satisfied that the controversy or debate relates to matters such as whether the syndrome could be recognized as a clinical diagnosis of a psychiatric condition and related peripheral matters such as the psychological explanations for the behaviour of the partners. I am satisfied that the existence of an unusual pattern of behaviour of women in such situations is well recognized. Indeed, the reliability of evidence that exists has been established by the approval of its admissibility by the Supreme Court of Canada in *R.* v. *Lavallée*.

Les premiers motifs sont peut-être convaincants. Je ne connais tout simplement pas assez le syndrome de la femme battue pour me prononcer. Mais le dernier motif, soit le fait que l'admissibilité de cette preuve ait été confirmée par la Cour suprême du Canada, suffirait-il compte tenu du fait que l'intégrité de la science n'a pas été examinée par cette Cour? Aplanissons-nous les obstacles à la science nouvelle posés dans l'arrêt *Mohan* parce que nous l'avons déjà admise? Ou le précédent pertinent touchait-il les règles juridiques énoncées, plutôt que leur application dans un cas particulier en fonction de la preuve produite?

Notre tendance récente à admettre facilement ce type de preuve peut refléter le paradoxe facile à déceler dans le critère de la « pertinence et de la nécessité »; après avoir conclu que l'admission de la preuve est « nécessaire », comment peut-on la refuser? Si nous ne prenons pas garde, le pouvoir rhétorique du critère de la « nécessité » réduira pratiquement à néant la partie la plus importante de l'examen, soit l'évaluation de la pertinence, de l'intégrité et de l'effet préjudiciable éventuel de la preuve. L'expérience récente semble révéler une tendance à accueillir ce type de preuve tout simplement parce que nous en avons « besoin ». Nous devons demeurer vigilants. Supposons pour un instant qu'il ne s'agisse pas de preuve mais de denrées alimentaires et réfléchissons à la dégringolade des normes de consommation humaine lorsque nous nous trouvons dans le besoin. On dit que l'on peut avaler de la vermine, manger des saletés et boire de l'eau de mer. Nous avons même fait pire dans des embarcations de secours et aux sommets des montagnes. Pour ma part, je m'inquiète de la qualité de ce qu'on nous sert devant le tribunal. L'arrêt *Mohan* prescrit peut-être le régime qu'il nous faut.

Oui. Il se peut que nous rejetions des renseignements importants qui nous éclaireraient en appliquant les critères énoncés dans *Mohan* à tous les types d'expertise. Mais songeons aux propos tenus par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Daubert* :

> We recognize that in practice, a gate keeping role for the judge, no matter how flexible, inevitably on occasion will prevent the jury from learning of authentic insights and innovations. That, nevertheless, is the balance that is struck by Rules of Evidence designed not for the exhaustive search for cosmic understanding but for the particularized resolution of legal disputes.[149]

À mon avis, un système est plus juste lorsqu'il sacrifie une preuve qui pourrait s'avérer utile, de peur de condamner à tort l'innocent, que lorsqu'il accueille une preuve qui ressortit peut-être à une science bidon, dans un effort louable mais dangereux pour protéger les victimes d'actes criminels.

David M. Paciocco
Faculté de droit, Section de common law
Université d'Ottawa, 57, rue Louis Pasteur
OTTAWA, (Ontario) K1N 6N5
Tél. : (613) 562-5800 ext. 3310
Téléc. : (613) 562-5124

149. *Supra*, note 16, pp. 2798 et 2799.