

## Les privilèges de confidentialité

---

François AQUIN  
Rachel DÉSY <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Avocat, Montréal  
**\*\***Avocate, Montréal.

Depuis plus de quatre siècles, la common law reconnaît aux communications confidentielles échangées entre un conseiller juridique et son client un privilège de non-divulgation. Règle de preuve invoquée pour empêcher la divulgation, dans une instance, de documents ou de communications ainsi protégés, le privilège générique de l'avocat s'est métamorphosé au cours de la dernière décennie. Dans l'arrêt *Solosky c. R.*,<sup>1</sup> le juge Dickson, en effet, confirmait l'orientation nouvelle des tribunaux canadiens: sans constituer pour autant une règle de propriété, le privilège de l'avocat était haussé de simple règle de preuve au rang d'un «droit civil fondamental».<sup>2</sup>

Dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*,<sup>3</sup> la Cour suprême, sous la plume du juge Lamer, précise que le secret professionnel est «un droit personnel et extra-patrimonial qui accompagne le citoyen dans ses rapports avec les autres. Il donne ouverture, tout comme les autres droits personnels extra-patrimoniaux aux recours préventifs ou curatifs que le droit prévoit selon la nature de l'agression qui le menace ou dont il a été l'objet».<sup>4</sup>

Le secret professionnel de l'avocat s'est muté en règle de fond, devenant une catégorie à part. C'est ainsi que, même en l'absence d'une instance en justice, le secret professionnel peut être invoqué. Le juge Lamer, approuvant l'arrêt *Solosky*, déclare qu'il était opportun de formuler cette règle de fond:

*De toute évidence la Cour, dans cette cause, appliquait une norme qui n'a rien à voir avec la règle de preuve, le privilège, puisqu'en rien n'y était-il question de témoignages devant un tribunal quelconque. En fait la Cour, à mon avis, appliquait, sans par ailleurs la formuler, une règle de fond et, par voie de conséquence, reconnaissait implicitement que le droit à la confidentialité, qui avait depuis déjà longtemps donné naissance à une règle de preuve, avait aussi depuis donné naissance à une règle de fond.*<sup>5</sup>

Mais, hormis la catégorie du secret professionnel de l'avocat, issue de plusieurs siècles de common law, la Cour suprême du Canada a reconnu l'existence d'un privilège relatif dans *Slavutych c. Baker*.<sup>6</sup> Cet arrêt prévoit que la confidentialité d'une communication peut être protégée

en refusant d'y donner accès, du moins lorsqu'il y a tentative d'utilisation à l'encontre de la personne qui fournit le renseignement. Comme le souligne le juge en chef Laskin, dissident dans l'affaire *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête sur la confidentialité des dossiers de santé*,<sup>7</sup> l'arrêt *Slavutych* établit que les catégories de privilège ne sont pas figées.

Au fil des ans, les tribunaux furent appelés à se prononcer sur l'existence de privilèges de non-divulgence de communications intervenues entre des personnes qui entretiennent une relation particulière. L'émergence de nouvelles catégories de communications privilégiées, calquées sur les principes de la confidentialité des relations avocat-client, ont progressivement fait leur apparition à l'occasion de litiges devant nos tribunaux. Loin de faire l'objet d'une reconnaissance générale, ces privilèges se voient confrontés à un impératif primordial dans le monde judiciaire, soit la recherche de la vérité.<sup>8</sup>

Appelées à trancher la question à savoir si une communication est privilégiée, les cours de justice doivent, dans leurs décisions, refléter l'importance que notre société accorde à la protection de certaines relations particulières, tout en conciliant la jurisprudence antérieure avec le rôle qui leur est dévolu. Dans la mesure où l'on retient comme postulat que les tribunaux de common law ne sont pas tant gardiens du droit établi mais plutôt le miroir des choix d'une société en pleine évolution, les principes sous-jacents à l'application des règles de preuve autoriseront l'exercice d'une discrétion judiciaire aux fins d'admettre en preuve ou de rejeter la preuve d'une communication dite privilégiée.

La présente étude propose de survoler la jurisprudence relative aux communications privilégiées en prêtant plus spécifiquement attention à certaines relations, notamment celle du fidèle avec un prêtre ou un conseiller religieux, celle d'un indicateur avec un journaliste, celle d'un patient et d'un médecin tel un psychiatre et, finalement, celle d'une personne et d'un thérapeute.

Nous tenterons de cerner l'évolution de la common law, passant d'une règle formelle interdisant une interprétation souple et non restrictive des exceptions à la preuve à une approche,

cas par cas, des situations où peut être reconnue une immunité relative quant aux communications confidentielles.

Un bref rappel s'impose pour souligner que les tribunaux doivent d'abord évaluer la pertinence de la preuve qu'une partie entend présenter avant de se prononcer sur l'existence d'un privilège de confidentialité.<sup>9</sup> La preuve doit, pour être recevable, répondre au critère de pertinence.<sup>10</sup>

La règle générale en matière de preuve prévoit que tous les éléments de preuve jugés pertinents sont admissibles, à moins d'une exception reconnue par la common law, telle la règle du oui-dire.<sup>11</sup>

De plus, précisons dès maintenant que les communications privilégiées ne seront protégées contre toute divulgation qu'à condition de répondre aux quatre critères énoncés par Wigmore. Ces critères furent entérinés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Slavutych c. Baker*:

- (1) Les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées;*
- (2) Le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des relations entre les parties;*
- (3) Les relations doivent être de la nature de celles qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenues assidûment;*
- (4) Le préjudice permanent que subirait les relations par la divulgation des communications doit être plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision.<sup>12</sup>*

Il appert que même en l'absence d'un privilège de confidentialité reconnu en common law, une personne pourrait invoquer le droit de ne pas témoigner en raison du privilège dont elle bénéficierait selon les critères de Wigmore.<sup>13</sup> C'est dans ce contexte que la Cour suprême du Canada a analysé les privilèges issus de relations de confidences.

## I. PRÊTRES OU CONSEILLERS RELIGIEUX

Les tribunaux du Canada et de l'Angleterre n'ont pas ordonné, par le passé, à des membres du clergé, de révéler en cour les confidences qui leur avaient été faites par des fidèles en raison de leur état. Ils ont préféré éviter d'émettre de telles ordonnances, sans pour autant reconnaître l'existence d'un privilège de common law en matière de communications religieuses.

Un privilège a cependant été conféré aux communications religieuses par le biais de l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>14</sup> et de l'article 6 de la *Loi sur la preuve de Terre-Neuve*.<sup>15</sup> Certains pourront inférer que la protection légale accordée par ces deux lois démontre l'absence d'un privilège de common law.<sup>16</sup>

L'arrêt-clé au Canada en matière de communications religieuses, *R. c. Gruenke*,<sup>17</sup> a conclu à l'absence d'un privilège générique de common law. Le juge en chef Lamer, au nom des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci, a vigoureusement rappelé qu'un privilège *prima facie* de common law ne sera maintenu que s'il s'appuie sur des motifs substantiels qui permettent de déroger au principe de l'admissibilité de toute preuve pertinente, à l'instar des communications entre l'avocat et son client:

*[U]n privilège prima facie en matière de communications religieuses constituerait une exception au principe général selon lequel tous les éléments de preuve pertinents sont admissibles. À moins que l'on puisse dire que les raisons de principe justifiant l'existence d'un privilège générique en matière de communications religieuses sont aussi sérieuses que les raisons de principe qui sous-tendent le privilège générique en matière de communications entre l'avocat et son client, il n'y a aucun motif de s'écarter du «principe premier» fondamental selon lequel tous les éléments de preuve pertinents sont admissibles jusqu'à preuve du contraire.*

[...]

*À mon avis, les communications religieuses, nonobstant leur importance sociale, ne sont pas inextricablement liées au système de justice de la même manière que le sont certainement les communications entre l'avocat et son client.*<sup>18</sup>

Dans cette affaire, une femme avait été déclarée coupable de meurtre au premier degré. La Couronne a fait témoigner le pasteur et la conseillère laïque d'une Église chrétienne fondamentaliste avec qui l'accusée s'était entretenue deux jours après l'homicide.

En l'absence d'un privilège de common law protégeant les confidences religieuses, la Cour a étudié subsidiairement la possibilité d'exclure ces témoignages sur la foi des critères énoncés par Wigmore, lesquels se fondent sur une étude des circonstances propres à chaque cause. La Cour suprême a confirmé, par cet arrêt, l'approche de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Church of Scientology*,<sup>19</sup> où fut reconnue l'existence du privilège du secret confessionnel dont l'applicabilité serait déterminée en fonction de chaque cas.

Comme l'indique le juge en chef Lamer, les critères de Wigmore doivent être mis en oeuvre en les adaptant au patrimoine multiculturel canadien et en soumettant chaque espèce au contrôle de l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>20</sup> qui enchâsse dans la Constitution la liberté de conscience et de religion:

*Cela veut dire non pas que le critère de Wigmore est maintenant «gravé dans la pierre», mais plutôt que ces considérations constituent un cadre général à l'intérieur duquel des considérations de principe et les exigences en matière de recherche des faits peuvent être évaluées et comparées en fonction de leur importance relative dans l'affaire particulière soumise à la cour. Cela n'empêche pas non plus l'identification d'une nouvelle catégorie fondée sur des principes.*

*De plus, une analyse de chaque cas permettra aux tribunaux de déterminer si, dans les circonstances particulières, la liberté de religion d'une personne sera compromise par l'admission de la preuve."<sup>21</sup>*

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont cependant d'avis qu'il pourrait être néfaste d'adopter une approche *ad hoc* des privilèges et optent pour la reconnaissance d'une catégorie de privilèges à l'égard des communications entre un prêtre et un conseiller religieux et un fidèle.<sup>22</sup>

Le privilège des communications entre un prêtre et un fidèle de toute religion sera donc déterminé sur une base individuelle. Un tel privilège ne saurait simplement exister en permanence grâce à la liberté de religion que garantit la Charte.<sup>23</sup>

Lorsque l'existence d'un privilège sera invoquée devant un tribunal, sa validité devrait être déterminée au moyen d'un voir-dire au cours duquel les parties présenteront leurs éléments de preuve en l'absence du jury, le cas échéant.<sup>24</sup> Dans la plupart des cas, le privilège sera opposable en tout état de cause. Seul le journaliste pourra opposer un privilège de confidentialité de ses sources à l'étape de l'enquête préliminaire dans un procès criminel. Le privilège ne pourra cependant pas être invoqué avec succès lors du procès au fond.

## **II. JOURNALISTES**

Les journalistes ne bénéficient pas d'un privilège de common law qui protège la confidentialité de leurs sources d'information. Au mieux, la jurisprudence a maintenu une règle qui autorise un journaliste à ne pas divulguer l'identité de ses sources au cours d'un interrogatoire préalable dans le cadre d'un recours pour libelle diffamatoire intenté contre le journaliste ou son éditeur.<sup>25</sup> Cette protection est appelée «*newspaper rule*». Elle accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de permettre à un journaliste de taire ses sources à l'étape préliminaire d'un procès, en dépit du fait que cette information puisse s'avérer pertinente.

Cette règle fut appliquée dans l'arrêt *Wasylyshen c. C.B.C.*<sup>26</sup> En l'absence de législation à cet effet, la Cour a exercé sa discrétion en recherchant un équilibre entre la liberté de presse et le devoir des tribunaux de découvrir la vérité. La Cour a aussi pris en considération qu'il n'existait aucun moyen alternatif pour obtenir l'information recherchée.<sup>27</sup> Le demandeur, dans cette cause, a aussi souscrit un engagement à l'effet que l'information reçue serait uniquement utilisée aux fins de ce litige.

Cependant, comme l'a rappelé la décision anglaise *Attorney General c. Clough*,<sup>28</sup> la «*newspaper rule*» n'existe qu'afin de contrôler ce qu'il est vraiment nécessaire de divulguer à l'étape d'un interrogatoire préalable. En aucun temps ne retrouvera-t-on cette règle appliquée lors du procès.

La confidentialité de la relation entre un journaliste et ses sources ne bénéficie d'aucun privilège, à moins que des considérations publiques favorisent la protection du journaliste. En effet, il ne faut pas se méprendre sur les termes confidentialité et privilège, qui ne sont pas synonymes.<sup>29</sup> À défaut d'obtempérer, le journaliste peut être cité pour outrage au tribunal. Dans l'arrêt anglais *Attorney General c. Mulholland*,<sup>30</sup> Lord Denning a rejeté l'appel d'un journaliste cité pour outrage au tribunal pour avoir refusé de dévoiler ses sources d'information et a réfuté catégoriquement l'existence d'un privilège de confidentialité.

*[T]he authorities are all one way. There is no privilege known to the law by which a journalist can refuse to answer a question which is relevant to the inquiry, and is one which, in the opinion of the judge, it is proper for him to be asked. I think it is plain that, in this particular case, it is in the public interest for the tribunal to inquire as to the sources of information. How is anyone to know that this story was not a pure invention, if the journalist will not tell the tribunal its source? Even if it was not invention, how is anyone to know that it was not the gossip of some idler seeking to impress? It may be mere rumour unless the journalist shows that he got it from a trustworthy source. And, if he has got it from a trustworthy source (as I take it on his statement he has, which I fully accept), then, however much he may desire to keep it secret, he must remember that he has been directed by the tribunal to disclose it as a matter of public duty, and that is justification enough.*<sup>31</sup>

Depuis 1981, l'Angleterre a adopté l'article 10 du *Contempt of Court Act*<sup>32</sup> qui porte:

*No Court may require a person to disclose, nor any person guilty of contempt of court for refusing to disclose the source of information contained in a publication for which he is responsible, unless it be established to the satisfaction of the court that disclosure is*

*necessary in the interests of justice or national security or for the prevention of disorder or crime.*

Dans l'arrêt «X» *Ltd. c. Morgan Granpian (Publishers) Ltd.*,<sup>33</sup> la Chambre des Lords a confirmé le jugement de première instance et a décidé que l'article 10 du *Contempt of Court Act de 1981* ne s'appliquait pas au journaliste. Ce dernier n'était donc pas exempté de divulguer l'identité de sa source d'information vu l'inapplicabilité de l'immunité législative, la Cour ayant considéré que la divulgation s'avérait nécessaire dans l'intérêt de la justice.

La Cour suprême du Canada s'est inspirée à la fois du droit anglais et du droit américain dans l'arrêt récent *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*.<sup>34</sup> Dans cette affaire, une journaliste porte en appel l'ordonnance de la Commission des relations du travail de l'Alberta de divulguer l'identité et la teneur des informations qu'elle avait obtenues par des employés de La Baie lors d'une campagne de syndicalisation à cet endroit. Le syndicat cherchait à mettre en preuve que La Baie avait utilisé des pratiques déloyales pour contrer la syndicalisation, en licenciant six employés.

La journaliste a invoqué qu'elle bénéficiait d'une immunité relative fondée soit sur les quatre critères énoncés par Wigmore et repris dans *Slavutych c. Baker*, soit sur l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La Cour suprême, sous la plume du juge Sopinka, a décidé que même si une forme d'immunité testimoniale relative existait au Canada, aucune condition n'était remplie pour justifier le refus de la journaliste de témoigner.

Le juge Sopinka a souligné que le syndicat désirait obtenir tout renseignement que la journaliste avait donné aux représentants de La Baie sur la campagne de syndicalisation. Ces renseignements, conclut-il, ne peuvent donc être protégés par une immunité relative à l'égard d'informations que des sources communiqueraient à un journaliste.<sup>35</sup>

La Cour a jugé qu'il n'y avait pas lieu de répondre aux questions constitutionnelles, notamment quant à la portée des droits garantis par l'alinéa 2b) de la Charte canadienne, pour les fins de ce pourvoi. Le plus haut tribunal précise toutefois qu'en l'absence de preuve à cet effet, il ne semble pas y avoir eu violation.

Dans ses motifs, la Cour a considéré l'arrêt américain *Branzburg c. Hayes*<sup>36</sup> qui étudie la liberté de presse à la lumière du Premier amendement de la Constitution.<sup>37</sup> Au nom de la Cour, le juge White a nié qu'un journaliste ne soit tenu de divulguer ses sources ou les informations qui lui ont été communiquées sous le sceau de la confidentialité.

Le juge Powell, conscient de l'équilibre à rechercher entre une liberté garantie par la Constitution et l'obligation de toute personne de témoigner en Cour, a évalué qu'une Cour n'ordonnera à un journaliste de témoigner qu'après avoir déterminé la pertinence et le caractère crucial de la preuve.

Dans l'arrêt *Moysa*, la Commission avait aussi pris note de l'impossibilité d'obtenir la preuve par un moyen alternatif. Bien que le droit de recueillir de l'information est enchâssé dans la Constitution, la Cour donne ouverture à une certaine discrétion, qu'elle refuse d'exercer en l'espèce, en retenant que la journaliste n'a pas su démontrer que la divulgation de ses sources porterait atteinte à sa capacité de recueillir de l'information.<sup>38</sup>

L'existence d'une discrétion judiciaire à l'égard des journalistes avait été évoquée par les cours inférieures, notamment dans *Crown Trust Co. c. Rosenberg*.<sup>39</sup> Le juge Saunders, de la High Court of Justice, précise qu'un journaliste n'a aucune immunité qui l'autorise à refuser de dévoiler ses sources mais il ajoute dans un même souffle que son désir de préserver leur confidentialité devrait être respecté autant que possible. Cette volonté de confidentialité doit s'apprécier à la lumière de l'intérêt public voulant que toute preuve pertinente soit disponible à la Cour afin que justice soit rendue.

La Cour suprême de la Colombie Britannique avait d'ailleurs déclaré dès 1977, à l'époque de la *Déclaration canadienne des droits*,<sup>40</sup> que s'il n'y a pas de preuve qui tend à démontrer que d'autres moyens d'obtenir l'information existent et ont été épuisés, la Cour ne dispose d'aucune preuve raisonnable et peut annuler un mandat de perquisition émis pour saisir toute l'information colligée par des journalistes et détenue par un journal.<sup>41</sup> Dans l'exercice de sa discrétion pour émettre un mandat, la Cour doit considérer et soupeser la garantie de la liberté de presse de l'alinéa 1f) de la Déclaration.

La Cour suprême a accordé une attention particulière à l'attribution et aux conditions des mandats de perquisition émis à l'encontre des médias, afin que toute perturbation de la collecte et de la diffusion des informations soit le plus possible limitée. Dans les arrêts *Société Radio-Canada c. Lessard*<sup>42</sup> et *Société Radio-Canada c. P.G. Nouveau-Brunswick*,<sup>43</sup> la Cour a affirmé que les médias ont droit à cette attention particulière en raison de l'importance de leur rôle dans une société démocratique.

Cette discrétion judiciaire à l'égard des journalistes s'inscrit dans une plus large perspective qui reconnaît aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve pertinente lorsque l'intérêt d'un tiers supplante la valeur de la preuve obtenue ou qu'il soit loisible d'accéder à des sources alternatives d'information.<sup>44</sup>

En somme, nos tribunaux ont emboîté le pas à la Cour d'appel d'Angleterre qui avait déclaré en *obiter dictum* dans l'arrêt *Attorney General c. Mulholland*<sup>45</sup> qu'au-delà des critères de pertinence et de nécessité, les circonstances de chaque espèce peuvent exiger l'exercice d'une discrétion judiciaire à l'égard de la reconnaissance d'un privilège de confidentialité.

Bien que la Cour ait conclu qu'aucun privilège ne pouvait justifier les refus des journalistes de témoigner dans cette cause, Lord Donovan s'est exprimé en ces termes:

*In the first place the question has to be relevant to be admissible at all; in the second place it ought to be one the answer to which will serve a useful purpose in relation to the*

*proceedings in hand - I prefer that expression to the term «necessary». Both these matters are for the consideration and, if need be, the decision of the judge. And, over and above these two requirements, there may be other considerations, impossible to define in advance, but arising out of the infinite variety of fact and circumstance which a court encounters, which may lead a judge to conclude that more harm than good would result from compelling a disclosure or punishing a refusal to answer.*

*For those reasons, I think that it would be wrong to hold that a judge is tied hand and foot in such a case as the present and must always order an answer or punish a refusal to give the answer once it is shown that the question is technically admissible. Indeed, I understood the learned Attorney-General to concur in this view, namely, that the judge should always keep an ultimate discretion. This would apply not only in the case of journalists, but in other cases where information is given and received under the seal of confidence, for example information given by a patient to his doctor and arising out of that relationship.<sup>46</sup>*

### **III. MÉDECINS (PSYCHIATRES)**

Les tribunaux de common law ont maintenu régulièrement qu'aucun privilège ne vise les communications entre un patient et son médecin.<sup>47</sup> Mais à l'instar des journalistes, les tribunaux essaient, dans la mesure du possible, de protéger la confidentialité.<sup>48</sup>

Dans l'arrêt *Halls c. Mitchell*,<sup>49</sup> la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur une action en diffamation basée sur de fausses déclarations contenues au dossier médical d'un employé des chemins de fer. Par ces déclarations, l'employé devenait inadmissible aux prestations payables suite à un accident de travail.

Les faits démontrent que le médecin a divulgué les informations que lui avait communiquées le demandeur lorsque ce dernier était son patient. Ce médecin avait noté par erreur dans ses dossiers que le demandeur souffrait d'une infection aux yeux, d'où la présente action en diffamation.

La Cour reconnaît d'une part l'existence d'un droit *prima facie* à la confidentialité des échanges entre un médecin et son patient:

*Prima facie, the patient has the right to require that the secret shall not be divulged; and that right is absolute, unless there is some paramount reason which overrides it. Such reasons may arise, no doubt, from the existence of facts which bring into play overpowering considerations connected with public justice; and there may be cases in which reasons connected with the safety of individuals or of the public, physical or moral, would be sufficiently cogent to supersede or qualify the obligations prima facie imposed by the confidential relations.*<sup>50</sup>

Cependant, la Cour refuse d'y reconnaître un privilège de confidentialité, tel que la common law attribue aux échanges client-avocat:

*Communications made in confidence to, or knowledge acquired in confidence by members of the medical profession, are not at common law privileged from disclosure in courts of justice, as are communications to legal advisers.*<sup>51</sup>

[...]

*The right of the client to insist upon the non-disclosure of information acquired by his solicitor when acting for him is not limited in its application to those matters which are privileged from disclosure in courts of justice. The right is founded upon the necessities of the business of life, which require that people shall be able fearlessly to entrust their affairs to legal advisers, and applies to all confidential communications received professionally.*<sup>52</sup>

D'ailleurs, le juge Sopinka, dans son récent ouvrage sur la preuve, fait remarquer que dans le contexte médical, le caractère confidentiel des informations transmises n'est pas essentiel au maintien complet et satisfaisant des relations entre les parties, échouant ainsi au critère posé par Wigmore. Ce critère fait nettement ressortir la distinction à établir entre la relation médecin-patient et la relation avocat-client:

*[T]he lack of privilege for medical advisers does not discourage patients from confiding in them whereas consultation with a solicitor usually implies an awareness of the necessity that the communications be kept in confidence;*<sup>53</sup>

De plus, certains litiges commandent une divulgation du dossier médical d'une personne, par exemple, dans les causes où l'état mental d'une personne est mis en cause.<sup>54</sup> La situation s'est présentée dans l'arrêt *R. c. Hawke*.<sup>55</sup>

Le principal témoin de cette affaire de meurtre est une jeune femme de 21 ans ayant de sérieux problèmes mentaux et qui accompagnait l'accusé au moment du crime. Le procureur de l'accusé s'est opposé dans un premier temps au témoignage de la jeune femme et veut mettre en doute sa capacité de témoigner par une preuve d'expert en psychiatrie lors du voir-dire sur l'admissibilité de ce témoignage.

Au cours du voir-dire, un médecin n'a pu témoigner parce qu'il n'était pas un psychiatre. Deux spécialistes furent également écartés au motif qu'ils ne pouvaient être d'aucune utilité au jury et ne feraient que semer la confusion. Ces derniers ne pouvaient affirmer si la jeune femme disait ou non la vérité. Le jury a déclaré l'accusé coupable d'homicide.

La Cour d'appel ordonne un nouveau procès et retient que le juge de première instance n'a pas bien distingué l'admissibilité de la crédibilité d'un témoignage. Lors du voir-dire, le témoin peut être contre-interrogé et des témoins peuvent être assignés pour démontrer qu'il est incompetent à témoigner. Cette incompetence peut découler de l'état mental du témoin lors de la commission de l'acte criminel ou lors du procès.

La Cour considère que le refus du juge de première instance de trancher efficacement l'objection du procureur du défendeur constitue la négation d'un droit fondamental. Sur la foi du témoignage des experts psychiatres, le juge aurait dû déclarer le témoin incompetent et annuler le procès «*mistrial*».

Le juge a erré en refusant la preuve que voulait apporter la défense pour miner la crédibilité du témoin. Une preuve médicale est recevable pour démontrer qu'un témoin souffre d'un problème

mental qui affecte la fiabilité de son témoignage. Cette preuve peut inclure tout fait nécessaire pour démontrer non seulement les fondements et les raisons du diagnostic, mais aussi jusqu'à quel point la crédibilité du témoin est diminuée. Le juge de première instance a rejeté le témoignage des experts parce qu'ils ne pouvaient affirmer si le témoin disait la vérité, ce qui ne justifie aucunement la décision du juge. La Cour ajoute qu'un tribunal n'a pas discrétion pour exclure une telle preuve psychiatrique, écartant pour ce cas l'application de l'arrêt *R. c. Wray*.<sup>56</sup>

Aussi, les dossiers médicaux d'une personne accusée du meurtre au premier degré d'une jeune fille de 12 ans sont admissibles pour établir que, juste avant sa libération d'un hôpital psychiatrique, l'accusé avait confié à son agent de détention qu'il aimerait bien tuer des enfants.<sup>57</sup> La Cour a pris en considération l'inexistence d'une méthode alternative pour se procurer cette information qui corrobore le témoignage de l'agent de détention.

Afin que chaque partie puisse bénéficier le plus possible de toute l'information disponible pour dénouer rapidement les débats ou favoriser des règlements, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, dans *Swinamer c. Canadian General Insurance Company*<sup>58</sup> a ordonné de dévoiler le dossier médical d'un assuré uniquement pour le jour de l'accident en litige dans le but de connaître le taux d'alcoolémie de ce dernier. Cette même Cour a cependant déclaré privilégiés, selon les critères de *Wigmore*, les dossiers de protection à la jeunesse de deux témoins du ministère public dans un procès pour agression sexuelle.<sup>59</sup> Vu l'impossibilité d'avoir accès à ces dossiers, la Cour a conclu que les droits de l'accusé en vertu de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* avaient été bafoués et a ordonné par conséquent l'arrêt des procédures.

De même, dans *Dubé c. R.*,<sup>60</sup> la Cour d'appel du Québec a signalé que la confidentialité du dossier détenu par le directeur de la protection à la jeunesse relativement à un enfant abusé sexuellement se trouve atténuée lorsque, dans un procès criminel, l'accusé doit y avoir accès afin d'y puiser un élément de preuve capital pour sa défense. La Cour ajoute que cette exception doit recevoir application dans les cas de procès pour agression sexuelle sur de jeunes enfants, où la recherche de la vérité devient primordiale.

Il existe, toutefois, un type de relation médicale pour laquelle la jurisprudence a favorisé graduellement la reconnaissance d'un privilège: il s'agit de la relation entre un psychiatre et son patient. Dans l'arrêt *Dembie c. Dembie*,<sup>61</sup> la Cour suprême de l'Ontario a refusé de contraindre un psychiatre à révéler les admissions que lui avait fait son patient. L'ex-conjointe du patient désirait mettre en preuve ces confidences dans le cadre d'une requête pour pension alimentaire. La Cour s'est exprimée comme suit:

[...] *I think it is inimical to a fair trial to force a psychiatrist to disclose the things he has heard from a patient, and, in addition to that, I think it rather shocking that one profession should attempt to dictate the ethics of another, which the courts are doing when they see fit to state what a doctor will say and what he will not. They are forcing a breach of [the Hippocratic] oath, and the legal concept that the doctor is not breaching it, that he shall not disclose anything a patient shall tell him unless mete to do so, the idea that it is mete when he gets in the witness box is nonsense, and I have no intention of forcing Doctor Kyne to repeat what his patient told him.*<sup>62</sup>

Le juge Landreville dans *G. c. G.*<sup>63</sup> adopte la même approche à l'occasion d'un litige familial dans lequel l'épouse réclame la garde de son enfant.

À l'interrogatoire préalable, le mari a refusé de dire ce que le conseiller matrimonial lui avait déclaré à propos de leur union. Le juge Landreville a reconnu que le défendeur n'avait pas à répondre aux questions qui recherchaient plutôt à faire une preuve d'opinion, basée sur des faits que l'épouse aurait bien voulu révéler au conseiller. Une telle preuve aurait pour effet de constituer du «*self-serving evidence*».

En *obiter dictum*, le juge se prononce sur la contraignabilité d'un psychiatre ou conseiller à témoigner des communications qu'il a eues avec une des parties et considère qu'en raison de la nature fondamentale du lien psychiatre-patient, la confidentialité devrait être assurée en tout temps. Le juge met en garde les tribunaux contre un certain laxisme permettant d'admettre en preuve des communications privilégiées:

*Legislative action to bring unequivocal recognition of medical privilege would obviously be the rapid answer. But as statutory enactments normally come into existence after fait accompli and accepted, laxity in admitting evidence pertaining to what the laymen believes is privileged communication, is to be resisted.*<sup>64</sup>

Le privilège fut subséquemment écarté, non sans hésitation, dans *R. c. Burgess*.<sup>65</sup> Dans cette affaire, un homme accusé de viol a fait des déclarations incriminantes à un travailleur social en psychiatrie et subséquemment à un psychiatre mandaté par la police pour élucider ce crime. L'accusé plaide que ces conversations sont privilégiées.

La poursuite allègue qu'aucun privilège n'existe entre un médecin et son patient ou encore à l'égard de tout témoin expert ou de tout conseiller qui n'est pas un conseiller juridique. Elle cite les causes *Halls c. Mitchell*,<sup>66</sup> *R. c. Potvin*<sup>67</sup> et *Wheeler c. Le Marchant*.<sup>68</sup>

Le juge Cashman invoque l'affaire *R. c. Potvin*, instance dans laquelle le juge Brossard de la Cour d'appel du Québec avait établi une distinction pour les causes criminelles face au privilège de confidentialité:

*In criminal cases, according to the common law, the doctrine or privilege does not apply to expert witnesses, whether they be doctors or other non-legal advisers, nor does it apply to the information which they have received from an accused in the course of preparing expert testimony for the court, where such information relates to circumstances (res gestae) surrounding the committing of an offence with which their client has been charged.*<sup>69</sup>

En outre, la Cour a considéré aussi la doctrine à ce sujet. Dans *Kenny's Outlines of Criminal Law*, l'auteur aborde le privilège de cette façon: «There is no similar privilege for confidences entrusted to a medical or even to a clerical adviser».<sup>70</sup> Phipson est encore plus clair à cet effet: «The privilege attaching to confidential professional disclosures is confined to the case of legal advisers and does not protect those made to.»<sup>71</sup>

Enfin, le juge Cashman n'a pas appliqué les critères établis par Wigmore et a déclaré ne pas être lié par la décision, non rapportée, *Dembie c. Dembie*. Bien qu'il admette ne pas distinguer les relations médecin-patient et avocat-client, le juge se rallie à la tendance dominante en common law et exclut le privilège de confidentialité du médecin. De plus, le juge ne croit pas que les deux professionnels étaient en position d'autorité et il conclut que les déclarations de l'accusé étaient libres et volontaires.

Dans *Torok c. Torok*,<sup>72</sup> le litige principal visait la révision des droits de garde et de visite de deux chats, suite au divorce d'un couple sans enfant. L'épouse désirait interroger la psychothérapeute (diplômée en médecine générale) du défendeur qui invoquait la confidentialité des communications qu'elle avait eues avec ce dernier.

Le juge de la Cour suprême d'Ontario a déclaré qu'aucune immunité ne protège la relation entre un médecin et son patient sauf lorsqu'il s'agit d'un psychiatre en exercice ou encore lorsqu'un médecin agit à titre de conseiller matrimonial. Ces dernières exceptions seraient édictées pour le bénéfice de la communauté et respecteraient les critères fondamentaux énoncés par Wigmore.

Le juge note, de plus, que même s'il y avait eu un privilège, le dépôt par l'époux de son rapport médical en vue de l'utiliser au procès constitue une renonciation non équivoque.

À la lumière de ces décisions, la reconnaissance que les tribunaux accordent à la confidentialité des rapports psychiatre-patient apparaît pour le moins incertaine et inégale. La psychiatrie, il faut bien le constater, est une discipline médicale relativement récente dans l'historique des privilèges de non-divulgateion. D'autre part, la relation professionnelle d'aide qui s'avère le mode privilégié d'exercice de ce secteur de la médecine acquiert une importance sans cesse croissante dans les sociétés d'aujourd'hui. Il y a donc lieu d'estimer que, tout en adoptant l'approche pragmatique du cas par cas préconisée par la Cour suprême, les tribunaux puissent dans un avenir prévisible déterminer certains paramètres de protection de la confidentialité du rapport psychiatre-patient.

#### IV. THÉRAPEUTES ET CONSEILLERS

Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux de reconnaître l'existence d'un privilège, guidés par les critères de Wigmore, n'a pas encore été exercé en faveur de la reconnaissance d'un nouveau privilège visant, cette fois, les thérapeutes, conseillers et autres professionnels en relations d'aide.

Dans l'exercice de sa discrétion judiciaire, la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué les critères de Wigmore aux communications intervenues à l'occasion d'une thérapie de groupe. En effet, dans *R. c. S. (R.J.)*,<sup>73</sup> un homme est accusé d'avoir agressé sexuellement ses deux belles-filles lorsqu'elles étaient enfants. Lorsque ces dernières ont dénoncé les abus de leur beau-père, toute la famille a entrepris une thérapie. Le ministère public désire déposer en preuve les enregistrements des séances de thérapie où l'accusé ne nie pas les faits relatés par les deux jeunes filles. Devant la Cour d'appel d'Ontario, l'accusé prétend que ces communications sont privilégiées à l'instar de celles qui existent entre un médecin et son patient.

En l'espèce, le tribunal juge que la prétention de l'accusé ne satisfait pas au critère à l'effet que le préjudice que subiraient des relations de cette nature, par la divulgation des communications, doit être plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision. La recherche de la vérité dans le cadre de ce procès l'emporte sur le besoin d'une thérapie familiale, du moins lorsqu'il est question d'abus sur des enfants.

Les intérêts vitaux de la société à sanctionner ces abus doivent être supérieurs à ceux visant à encourager des patients à suivre des thérapies avec des psychiatres tout en étant assurés que leurs communications seraient protégées.

Vu le non-respect de ce critère, la Cour ne se prononce pas sur le critère du caractère essentiel de la confidentialité au maintien de la relation, mais ajoute qu'il existe de la littérature à l'effet que la confidentialité n'est pas essentielle au maintien de la relation entre un psychiatre et les patients d'une thérapie de groupe.

Par contre, dans un litige concernant la garde de son enfant,<sup>74</sup> un père désire faire témoigner le psychiatre qui a servi de conseiller matrimonial au couple. La défenderesse s'y oppose formellement et allègue que cette preuve est irrecevable vu l'immunité dont jouit le psychiatre.

Le juge Niedermayer souligne que ces communications ne sont pas reconnues privilégiées par la common law comme celles de l'avocat et de son client. En revanche, la cliente et le psychiatre considéraient tous deux leurs échanges comme étant confidentiels. L'inviolabilité de cette confidentialité était vitale pour réaliser la finalité de ces rencontres. Les déclarations n'auraient pas été faites devant le psychiatre si le couple avait su que leur conseiller matrimonial viendrait en témoigner à l'audience. Appliquant le critère de Wigmore et considérant que ces déclarations avaient été faites sous réserve, le tribunal considère les communications ainsi faites comme irrecevables contre l'une ou l'autre des parties. Dans ces motifs, le juge conclut que le droit doit évoluer pour s'adapter aux besoins de la société.

La common law ne reconnaît non plus aucune règle particulière d'exclusion de la preuve dans les cas de communications confidentielles intervenues avec une travailleuse sociale qui est un témoin autrement compétent et contraignable.<sup>75</sup>

Parmi les autres relations pour lesquelles les tribunaux ont refusé de reconnaître, en common law, un privilège de confidentialité, signalons les communications avec un comptable,<sup>76</sup> un courtier immobilier<sup>77</sup> ainsi qu'avec un conseiller pour les malentendants.<sup>78</sup>

Comme l'a énoncé Lord Edmund-Davis, de la Chambre des Lords, dans l'arrêt *D. c. National Society for the Prevention of Cruelty to Children (N.S.P.C.C.)*,<sup>79</sup> lorsqu'existe une relation confidentielle, autre que la relation avocat-client, et lorsque la divulgation enfreindrait une valeur sociale ou éthique liée à l'intérêt public, la Cour jouit d'une discrétion pour maintenir le refus de divulgation si elle est d'avis que, selon la prépondérance des probabilités, l'intérêt public serait mieux servi par l'exclusion d'une telle preuve. Dans le doute, la divulgation devrait être ordonnée.

La Chambre des Lords rappelle cependant que la confidentialité ne constitue pas en soi un motif de non-divulgence de l'information ou de l'identité d'un informateur si cela peut être utile à la Cour pour prendre connaissance de faits pertinents. Aussi, la confidentialité n'est pas à la base de toute immunité de non-divulgence de documents ou d'information dans les procédures judiciaires.

Dans ses motifs, la Chambre des Lords rappelle que, parmi les exceptions de non-divulgence, figurent le privilège de l'avocat, tout ce qui aurait pour conséquence de menacer la sécurité de l'État, ce qui concerne les enfants, les secrets industriels, les rapports médicaux ainsi que la confidentialité relative à l'identité des informateurs de police.<sup>80</sup>

En dépit de la reconnaissance judiciaire d'un privilège de confidentialité, les tribunaux peuvent en rejeter l'application lorsqu'il appert que la partie qui l'invoque est de mauvaise foi. Cette situation se présente fréquemment lors de recours en diffamation.<sup>81</sup>

## CONCLUSION

Les tribunaux en matière de preuve jouissent d'un pouvoir discrétionnaire et peuvent moduler la common law en fonction de l'évolution de la société moderne. À titre d'exemple, les privilèges de confidentialité ne sont pas déterminés en catégories fermées mais dépendront des faits de chaque espèce, à la lumière des guides élaborés par la doctrine et repris par la jurisprudence. L'évolution des règles de preuve en matière de oui-dire démontre éloquentement la tendance des tribunaux à élargir les règles de common law. De la même manière, de nouveaux privilèges de confidentialité peuvent être reconnus par les tribunaux. Comme l'énonçait Lord Donovan dans l'arrêt *Myers c. Director of Public Prosecution*<sup>82</sup> dans un passage repris par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ares c. Venner*:<sup>83</sup> «Ce sont les juges qui façonnent la common law et il est toujours de leur compétence de l'adapter à l'occasion de manière qu'elle serve l'intérêt de ceux qu'elle lie.»<sup>84</sup>

Vingt ans plus tard, dans *R. c. Khan*,<sup>85</sup> la Cour suprême réitère que les principes traditionnels en matière de preuve doivent être appliqués avec souplesse et prend exemple sur son arrêt précurseur, *Ares c. Venner*:

*Traditionnellement, la règle du oui-dire a été considérée comme absolue, sous réserve de diverses catégories d'exceptions comme les aveux, les déclarations de mourants, les déclarations contre intérêt et les déclarations spontanées. Bien que cette attitude ait procuré un certain degré de certitude à la règle en matière de oui-dire, elle s'est souvent avérée trop rigide devant de nouvelles situations et de nouvelles exigences du droit. Au cours des dernières années, les tribunaux ont donc parfois adopté une attitude plus souple, fondée sur les principes qui sous-tendent la règle du oui-dire, plutôt que les restrictions des exceptions traditionnelles. C'est l'attitude retenue par notre Cour dans l'arrêt *Ares c. Venner* [...].<sup>86</sup>*

Les guides, servant à appliquer selon chaque espèce la règle du oui-dire, s'inspirent des quatre critères énoncés par Lord Pearce, dissident dans l'affaire *Myers*.<sup>87</sup> Dans l'arrêt *Khan*, la juge McLachlin résume cette règle à deux exigences générales, soit la nécessité et la fiabilité.<sup>88</sup>

La Cour suprême maintient le cap vers une application discrétionnaire des règles de preuve, en se basant sur les principes sous-jacents à chacune d'entre elles. Dans *R. c. Smith*,<sup>89</sup> le juge en chef Lamer, au nom de la Cour, réaffirme cette tendance:

*L'arrêt Khan de notre Cour doit donc être perçu comme le triomphe d'une analyse fondée sur des principes sur un ensemble de catégories sclérosées conçues par les tribunaux.<sup>90</sup>*

Plus loin, le juge en chef tient à préciser la nature de l'évolution marquée par l'arrêt

*Khan*:

*Cependant, l'arrêt Khan doit être considéré non pas comme un cas d'espèce, mais plutôt comme une expression particulière des principes fondamentaux qui sous-tendent la règle du oui-dire et ses exceptions. Ce qui importe, à mon avis, c'est que l'arrêt Khan s'est écarté d'une conception de la preuve par oui-dire caractérisée par une interdiction générale de la réception d'une telle preuve, sous réserve d'un nombre restreint de catégories d'exceptions*

*définies, et qu'il représente une évolution vers une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions. L'évolution vers une conception souple est motivée par le fait qu'on s'est rendu compte qu'en règle générale, la preuve qui est fiable ne devrait pas être exclue simplement parce qu'elle ne peut être vérifiée au moyen d'un contre-interrogatoire.<sup>91</sup>*

*L'arrêt Khan de notre Cour a donc annoncé la fin de l'ancienne conception fondée sur des catégories d'exceptions, de l'admission de la preuve par ouï-dire. L'admission de la preuve par ouï-dire est désormais fondée sur des principes, dont les principaux sont la fiabilité de la preuve et sa nécessité.<sup>92</sup>*

Sur la base des arrêts *Khan* et *Smith*, la Cour suprême, sous la plume du juge Lamer, a aussi convenu d'édicter une nouvelle règle de preuve dans l'arrêt *R. c. B.(K.G.)*,<sup>93</sup> soit l'admissibilité conditionnelle, en vertu des critères de fiabilité et de nécessité, de la déclaration antérieure d'un témoin incompatible avec sa présente déposition.

Toutefois, la Cour suprême reconnaît certaines limites au pouvoir des tribunaux de modifier la common law dans les arrêts *Watkins c. Olafson*<sup>94</sup> et *R. c. Salituro*.<sup>95</sup> Dans la première décision, portant sur le pouvoir d'un tribunal d'ordonner le paiement de dommages-intérêts par versements périodiques, la juge McLachlin tempère le pouvoir des tribunaux de faire évoluer la common law:

*Cette partie du pourvoi, vue dans cette perspective, pose carrément la question des limites du pouvoir des tribunaux de modifier le droit. En général, le pouvoir judiciaire est tenu d'appliquer les règles de droit formulées dans les textes législatifs et la jurisprudence. Avec le temps, le droit relatif à un domaine donné peut changer, mais cela ne se fait que lentement et progressivement, et dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles. Bien que certains juges puissent être plus innovateurs que d'autres, les tribunaux judiciaires ont généralement refusé de modifier sensiblement et profondément des règles reconnues jusque-là pour les appliquer au cas qui leur était soumis.<sup>96</sup>*

[...]

*[I]l existe un principe établi depuis longtemps selon lequel, dans une démocratie constitutionnelle, il appartient à l'assemblée législative, qui est le corps élu du gouvernement, d'assumer la responsabilité principale pour la réforme du droit.<sup>97</sup>*

[...]

*Lorsqu'il s'agit de procéder à une extension mineure de l'application de règles existantes de manière à répondre aux exigences d'une situation nouvelle et lorsque les conséquences de la modification sont faciles à évaluer, les juges peuvent et doivent modifier les règles existantes. Mais quand il s'agit d'une réforme majeure ayant des ramifications complexes, les tribunaux doivent faire preuve de beaucoup de prudence.<sup>98</sup>*

Dans la seconde décision, les motifs du juge Iacobucci font état de la volonté exprimée par la Cour suprême d'adapter et de développer les règles de common law de manière à refléter les changements survenus dans la société en général. Faisant référence aux décisions analysées ci-haut, le juge constate:

*Ces arrêts ont un thème en commun, savoir que s'il convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines, les tribunaux peuvent et doivent modifier peu à peu la common law de façon à l'adapter aux changements sociaux.<sup>99</sup>*

L'évolution vers une conception souple de la règle du oui-dire et de ses exceptions est exemplaire de l'efficacité et de la nécessité de l'action prétorienne dans les domaines reliés à l'administration de la justice. Simultanément, des interventions de cette nature se démarquent avec netteté de la tâche du législateur auquel incombe le soin d'apporter, après avoir fait les arbitrages qui s'imposent, les changements complexes que la société requiert.

Hormis l'approfondissement du secret professionnel de l'avocat, la reconnaissance par les tribunaux, dans les circonstances particulières d'une relation professionnelle, d'un privilège de confidentialité s'avère timide voire hautement exceptionnelle. En revanche, dans un tel domaine, le recours à une action législative n'apparaît pas souhaitable. Soumise aux pressions des corporations professionnelles qui voient dans l'opposabilité du secret professionnel le signe de la promotion sociale de leurs membres, l'action du Parlement pourrait conduire à un foisonnement de catégories de privilèges. La multiplication des privilèges génériques produit l'effet de banaliser le secret professionnel. Il est donc préférable que les tribunaux dégagent eux-mêmes les règles d'encadrement de la discrétion judiciaire.<sup>100</sup> Cette initiative permettrait au juge de reconnaître, le cas échéant, avec plus de sûreté, la justification d'une immunité dans l'affaire qui lui est soumise. Dans cette optique, la magistrature gagnerait à ce que le monde juridique entreprenne une réflexion sur la problématique de la confidentialité. Il s'agirait d'identifier avec plus de précision les aires névralgiques de la société pour y détecter les relations professionnelles d'aide qui mettent directement en cause la sphère d'intimité de la personne humaine. Une première piste de réflexion nous est livrée par la Commission de réforme du droit du Canada<sup>101</sup> qui, tout en recommandant l'exercice de la discrétion judiciaire dans l'établissement des privilèges relatifs, posait ainsi les paramètres, demeurés éminemment actuels, d'une pareille discrétion:

*L'octroi d'un pouvoir discrétionnaire au juge dans les autres cas, [en regard du secret du conseiller juridique] lorsqu'il est d'opinion que de forcer un témoin à divulguer des faits confiés à lui dans l'exercice de sa profession et dans le but d'obtenir une aide professionnelle de la part de celui qui s'est confié, serait injuste, inéquitable eu égard aux circonstances et que le préjudice causé par la divulgation serait supérieur au bénéfice qu'en pourrait tirer l'administration de la justice.*

## FOOTNOTES

1. *Solosky c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 821.
2. *Ibid.* aux pp. 836 et 839.
3. *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860.
4. *Ibid.* à la p. 871.
5. *Supra* note 1 à la p. 875.
6. *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254.
7. *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête sur la confidentialité des dossiers de santé*, [1981] 2 R.C.S. 494 à la p. 512.
8. P. Tessier, «La vérité et la justice», (1988) 19 R.G.D. 29.
9. *Ibid* aux pp. 33-36.
10. Ce critère fut appliqué à maintes reprises par la Cour suprême du Canada, particulièrement dans des causes de droit criminel: *Morris c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 190; *Cloutier c. R.*, [1979] 2 R.C.S. 709; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Zéolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24.
11. L. Ducharme, *Précis de la preuve*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1986 au n<sup>o</sup> 25; Sir A.R.N. Cross, *Cross on Evidence*, 7<sup>e</sup> éd., Londres, Butterworths, 1990 aux pp. 51 et 446.
12. *Supra* note 6 a la p. 260; J.H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, Toronto, Little, Brown and Company, 1961 au n<sup>o</sup> 2285.
13. Ce fut le cas, par exemple, de l'affaire *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572 à la p. 1576, que nous étudierons plus loin.
14. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

15. *Loi sur la preuve de Terre-Neuve*, R.S.N. 1970, c. 115.
16. *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263 à la p. 288.
17. *Ibid.*
18. *Ibid.* aux pp. 288 et 289.
19. *R. c. Church of Scientology* (1987), 31 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 449 (Ont. C.A.). La Cour s'est basée sur deux décisions étrangères qui ont reconnu ce privilège: *Cook c. Carroll*, [1945] I.R. 515 et *Mullen c. United States*, 263 F.2d 275 (1985).
20. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Lopi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.
21. *Supra* note 16 à la p. 290.
22. *Ibid.* à la p. 311.
23. Voir, entre autres, *R. c. Medina*, non rapporté, 12 octobre 1988, High Court of Justice; *R. c. Fosty* (1989), 46 C.C.C. 449 (Man. C.A.); *R. c. Hay* (1860), 175 E.R. 933 (C.A.); *Cross on Evidence*, *supra* note 11 aux pp. 445-448; *Broad c. Pitt* (1828), 172 E.R. 528 (C.P.); J. Sopinka, S.N. Lederman et A.W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, Toronto, Butterworths, 1992 à la p. 694.
24. *Supra* note 16 à la p. 293.
25. *McConachy c. Times Publishers Ltd.* (1965), 50 W.W.R. 389 (B.C.C.A.); *contra*: *McInnis c. University Students' Council of University of Western Ontario* (1984), 47 O.R. (2<sup>e</sup>) 663, conf. par. (1984), 48 O.R. (2<sup>e</sup>) 542 (H.C.J.).
26. *Wasylyshen c. C.B.C* (1989), 32 C.P.C. (2<sup>e</sup>) 237 (Sask. C.A.).
27. Voir *Pacific Press Ltd. c. R.* (1978), 37 C.C.C. (2<sup>e</sup>) 487 (B.C.S.C.); *Radio-Canada c. Gaudreault*, [1988] R.J.Q. 355 (C.S.).
28. *Attorney General c. Clough* (1963), 1 All E.R. 240 (Q.B.D.).
29. P.M. Perell, «Commentaires d'arrêt: The Royal Bank of Canada v. Lee and Fishman» (1993) 72 R. du B. can. 72.

30. *Attorney General c. Mulholland* (1963), 1 All E.R. 767 (C.A.).
31. *Ibid.* à la p. 772.
32. *Contempt of Court Act* (R.-U.), 1981, c. 49.
33. «X» *Ltd. c. Morgan Granpian (Publishers) Ltd.* (1990), 110 N.R. 367 (H.L.).
34. *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572.
35. *Ibid.* à la p. 1579.
36. *Branzburg c. Hayes* 408, U.S. 665 (1972).
37. *Supra* note 34 à la p. 1577.
38. *Ibid.* à la p. 1581.
39. *Crown Trust Co. c. Rosenberg* (1984), 38 C.P.C. 109 (Ont. H.C.J.).
40. *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44.
41. *Pacific Press Ltd. c. R.*, *supra* note 27.
42. *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421.
43. *Société Radio-Canada c. P.G. Nouveau-Brunswick*, [1991] 3 R.C.S. 459.
44. J. Sopinka, S.N. Lederman et A.W. Bryant, *supra* note 23 à la p. 706.
45. *Supra* note 30.
46. *Supra* note 28 aux pp. 772 et 773. Voir aussi P.J. Goldsworthy, «The Claim to Secrecy of News Source: A Journalistic Privilege?» (1971) 9 Osgoode Hall L.J. 157; M.R. Doody, «Freedom of the Press, The Canadian Charter of Rights and Freedoms, and a New Category of Qualified Privilege» (1983) 61 R du B. can. 124.
47. *R. c. Gibbons* (1823), 171 E.R. 1117 (C.A.); *R. c. Potvin* (1972), 16 C.R. (n.s.) 233 (C.A.Q.). Voir en général S. Freedman, «Medical Privilege» (1954) 32 R. du B. can. 1;

- H.A. Hammelmann, "Professional Privilege: A comparative Study» (1950) 28 R. du B. can. 750.
48. *Garner c. Garner* (1920), 36 T.L.R. 196 (transmission de la syphilis d'un mari à sa femme invoqué comme motif de divorce); *Hunter c. Mann* (1974), 2 All E.R. 414 (Q.B.D.) (obligation d'un médecin, comme tout citoyen, de dénoncer une personne responsable d'un délit de fuite en vertu du *Road Traffic Act*).
  49. *Halls c. Mitchell*, [1928] R.C.S. 125.
  50. *Ibid.* à la p. 136.
  51. Le privilège de non-divulgaration des communications entre l'avocat et son client a été qualifié de «droit civil fondamental» par la juge Wilson dans l'arrêt *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353 à la p. 383 et par le juge Dickson dans l'arrêt *Solosky c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 821 à la p. 839.
  52. *Supra* note 49 à la p. 137.
  53. *Supra* note 23 à la p. 713. Cette position est cependant controversée. Voir *Phipson on Evidence*, 14<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1990 à la p. 501.
  54. *Cross on Evidence*, *supra* note 11 à la p. 449; *Phipson on Evidence*, *supra* note 53 à la p. 502; *Julien c. R.*, [1980] C.A. 89; *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739 (T.J.).
  55. *R. c. Hawke* (1975), 7 O.R. (2<sup>e</sup>) 145 (C.A.).
  56. *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272. Cependant, comme dans *Perron c. R.*, [1990] R.J.Q. 752 (C.A.), lorsque le mandat est donné au psychiatre par l'avocat, il y a extension du mandat de ce dernier et donc la relation est protégée; *Cross on Evidence*, *supra* note 11 à la p. 428.
  57. *R. c. Worth* (1989), 54 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 215 (Ont. H.C.J.).
  58. *Swinamer c. Canadian General Insurance Company* (1981), 44 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 125 (S.C.).
  59. *R. c. Ryan* (1991), 103 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 193 (S.C.).

60. *Dubé c. R.*, J.E. 90-1463 (C.A.).
61. *Dembie c. Dembie* (1976), 21 R.F.L. 46 (Ont. S.C.).
62. *Ibid.* à la p. 50.
63. *G. c. G.* (1964), 1 O.R. 361 (H.C.J.).
64. *Ibid.* à la p. 366.
65. *R. c. Burgess* (1974), 4 W.W.R. 310 (B.C. Co. Ct.). Voir aussi *Nuttall c. Nuttall* (1964), 108 Sol. Jo. 605 (témoignage d'un psychiatre à l'occasion d'un divorce).
66. *Supra* note 49.
67. *R. c. Potvin*, *supra* note 47.
68. *Wheeler c. Le Marchant* (1881), 17 Ch. D. 675.
69. *Supra* note 65 aux pp. 312-313.
70. *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 18<sup>e</sup> éd., au n<sup>o</sup> 588.
71. *Phipson on Evidence*, 11<sup>e</sup> éd., au par. 587.
72. *Torok c. Torok*, (1983), 44 O.R. (2<sup>e</sup>) 118 (S.C.).
73. *R. c. S. (R.J.)* (1985), 19 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 115 (Ont. C.A.).
74. *Mortlock c. Mortlock* (1980), 17 R.F.L. (2<sup>e</sup>) 253 (N.S.F.C.).
75. *R. c. St-Jean*, [1976] C.A. 513.
76. *Chantrey Martin c. Martin* (1953), 2 All E.R. 691 (C.A.).
77. *Schultz c. Porter* (1979), 9 Alta L.R. (2<sup>e</sup>) 381 (S.C.). La Cour suprême de l'Alberta a affirmé que même s'il existe un privilège, il peut être anéanti par la mauvaise foi de la personne qui l'invoque.
78. *R. c. Fehr* (1984), 37 C.R. (3<sup>e</sup>) 233 (Q.B.). Voir J. Bellemare et L. Viau, *Droit de la preuve pénale*, Montréal, Thémis, 1991 aux pp. 397 et 398.
79. *D. c. National Society for the Prevention of Cruelty to Children (N.S.P.C.C.)*, [1978] A.C. 171 (H.L.).

80. *Ibid.* à la p. 182.
81. *Supra* note 77; *Gillett c. Nissen Volkswagen Ltd., Nissen, Retail Credit Company of Canada Ltd.* (1973), 3 W.W.R. 520 (A.S.C.); *Fisher c. Rankin* (1972), 4 W.W.R. 705 (B.C.S.C.).
82. *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001.
83. *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608 à la p. 624.
84. Comme l'indique le juge Anderson de la Cour d'appel de la Colombie Britannique dans *F (J.K.) c. F (J.D.)*, [1988] B.C.J. n° 278 (C.A.) à la page 20, cet arrêt démontre que les règles de preuve relatives au oui-dire ne sont pas absolument rigides.
85. *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531.
86. *Ibid.* à la p. 540. Voir aussi *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 à la p. 622.
87. *Supra* note 82.
88. *Supra* note 85 à la p. 542. La juge McLachlin souligne à la page 543: «Cette évolution fait ressortir la nécessité d'une plus grande souplesse dans l'interprétation de la règle du oui-dire pour permettre l'admission en preuve des déclarations faites par des enfants à d'autres personnes au sujet d'abus sexuels», écartant ainsi l'application du principe analysé dans l'arrêt *R. c. Abbey*, *supra* note 10. L'attitude des tribunaux à l'égard du témoignage des enfants est nettement plus bienveillante (*R. c. B.(G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30 à la p. 55).
89. *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915.
90. *Ibid.* à la p. 930.
91. *Ibid.* à la p. 932.
92. *Ibid.* à la p. 933.
93. *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740.
94. *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750.
95. *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654.

96. *Supra* note 94 à la p. 760.
97. *Ibid.* à la p. 761.
98. *Ibid.*
99. *Supra* note 95 à la p. 666.
100. La Commission de réforme du droit souhaitait, en 1975, que ces règles soient législatives. Mais l'évolution jurisprudentielle des dernières années a eu pour effet de répondre aux attentes énoncées à l'époque par la Commission.
- Commission de réforme du droit. Document préliminaire de la Section de recherche sur le droit de la preuve, document 12, "Le secret professionnel devant les tribunaux", 1975, p. 23.
101. *Ibid* à la p. 23.