

# **Le rôle aléatoire du législateur dans le développement du droit de la preuve**

---

**Louise VIAU<sup>1</sup>**

## **Présentation de l'atelier présidé par Louise Viau**

<b>I</b>	<b>LES OPTIONS DE RÉFORME DISCUTÉES DEPUIS VINGT ANS .....</b>	<b>2</b>
<b>II</b>	<b>LES LIMITES AU POUVOIR DES JUGES DE MODIFIER LA COMMON LAW .....</b>	<b>3</b>

---

<sup>1</sup> Avocate générale, section de la politique en matière de droit pénal, ministère de la Justice du Canada, Ottawa, Ontario. L'auteure est de nouveau professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Montréal, Québec.

La *Loi sur la preuve au Canada*<sup>1</sup> a été adoptée en 1893. Bien qu'elle ait été amendée de temps à autre, elle conserve essentiellement la facture qu'elle avait à l'époque, laissant ainsi une large place à la common law. Au cours des vingt dernières années, un nombre important de juristes canadiens, praticiens du droit, juges ou professeurs d'université, se sont prononcés en faveur d'une révision en profondeur du droit de la preuve. Jusqu'à présent toutefois leurs souhaits ne se sont pas concrétisés. Pour comprendre le contexte dans lequel se pose la question thème de cet atelier, laquelle me semble mieux formulée dans sa version anglaise («The Role of Legislation, if any, in the Development of the Law of Evidence»), il est bon de se rappeler, d'une part, les options de réforme qui ont été discutées depuis le milieu des années 1970 et les difficultés rencontrées par celles-ci et, d'autre part, les limites au pouvoir des juges de modifier la common law.

## **I LES OPTIONS DE RÉFORME DISCUTÉES DEPUIS VINGT ANS**

L'idée de réformer le droit de la preuve a d'abord été proposée par la Commission de réforme du droit du Canada, puis elle a été reprise par le Groupe de travail fédéral/provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. Leurs propositions se sont butées, pour des motifs différents, à l'opposition de la communauté juridique.

En rétrospective, on peut penser que le projet présenté par la Commission de réforme du droit du Canada était nettement précurseur, puisqu'il proposait non seulement l'adoption d'un véritable Code de la preuve qui aurait mis fin à la règle du précédent mais aussi parce qu'il recommandait des changements majeurs dans l'approche qui devrait être suivie par les tribunaux tant au chapitre des règles d'admissibilité de la preuve qu'à celui des règles d'administration de la preuve.

Quant au Groupe de travail fédéral/provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, ses propositions visaient à structurer et à codifier les règles de common law concernant les questions d'admissibilité et d'administration de la preuve telles qu'elles avaient été façonnées par les

tribunaux, sous réserve d'un certain nombre de sujets pour lesquels on proposait de modifier la règle jurisprudentielle. Elles visaient également à incorporer dans cette *Loi uniforme sur la preuve* une version modernisée de la *Loi sur la preuve*.

Cette approche, pourtant plus traditionnelle, a également suscité une levée de bouclier lorsque le Projet de loi S-33 a été déféré au Sénat pour étude. L'idée même de codifier la common law était alors perçue comme une entreprise inutile et même nuisible puisqu'on croyait qu'elle était susceptible de scléroser le droit. Au surplus, le projet s'est buté à l'opposition farouche des avocats de la défense qui y perdaient certains avantages acquis au prix de chaudes batailles judiciaires.

Une version modifiée de ce projet a été préparée en 1986 et a circulé parmi un groupe restreint de juristes. Cette dernière version avait fait l'objet d'un accord des avocats de la défense qui avaient récupéré le terrain perdu avec le Projet de loi S-33. Mais ce projet de loi n'a jamais été déposé ni à la Chambre des communes ni au Sénat.

## II LES LIMITES AU POUVOIR DES JUGES DE MODIFIER LA COMMON LAW

La Cour suprême du Canada considère que le rôle dévolu aux juges par la common law leur permet non seulement de découvrir la common law mais également de la modifier au besoin. Elle s'en est d'ailleurs prévalu à quelques occasions dans le domaine du droit de la preuve. Citons, à titre d'exemple, ses décisions dans le domaine du ouï-dire: *Ares c. Venner*;<sup>2</sup> *R. c. O'Brien*;<sup>3</sup> *Lucier c. R.*;<sup>4</sup> *R. c. Khan*;<sup>5</sup> *R. c. Smith*.<sup>6</sup>

Toutefois, la Cour suprême elle-même reconnaît les limites d'un tel pouvoir. L'honorable juge Iacobucci, rendant le jugement de la Cour dans l'arrêt *R. c. Salituro*,<sup>7</sup> écrit en effet que:

*Les juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. Ils ne doivent pas s'empressez de perpétuer des règles dont le fondement social a depuis longtemps disparu. D'importantes contraintes pèsent cependant sur le pouvoir des tribunaux de changer le droit. Comme le*

*juge McLachlin l'a souligné dans l'arrêt Watkins, précité, en régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c'est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la responsabilité principale; et tout changement qui risquerait d'entraîner des conséquences complexes devrait, aussi nécessaire ou souhaitable soit-il, être laissé au législateur. Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société.<sup>8</sup>*

Dans cette affaire, la Cour suprême a conclu que le conjoint séparé de l'accusé sans espoir de réconciliation était un témoin habile à témoigner pour le ministère public puisque, dans une telle situation, la raison d'être de la règle d'inhabilité ne justifiait pas que le conjoint soit privé de son droit de témoigner si tel était son choix. La Cour croit cependant qu'il incombe au Parlement de déterminer s'il y a lieu de rendre un tel conjoint non seulement habile mais également contraignable, puisque des considérations de principe qui doivent faire l'objet d'un examen approfondi sont en cause. Ainsi le Parlement devra éventuellement effectuer un choix politique entre deux options qui offrent chacune des avantages et des inconvénients.

L'affaire *Salituro* milite en faveur d'une action législative afin de moderniser notre droit de la preuve afin qu'il soit en harmonie avec les objectifs gouvernementaux relatifs à la mise en oeuvre de la *Justice de l'an 2000*.

Le centenaire de la *Loi sur la preuve* et l'accueil très favorable reçu par le document de consultation portant sur la codification des principes généraux de la responsabilité pénale permettent de penser qu'une révision d'envergure de l'actuelle *Loi sur la preuve* peut avoir des chances de succès. Vu l'importance des modifications qu'a connues le droit de la preuve depuis quelques années, notamment en raison des nombreuses décisions rendues par la Cour suprême du Canada interprétant les droits judiciaires garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*,<sup>9</sup> il serait opportun de réexaminer le droit actuel à la lumière de ces changements juridiques et de la réalité sociale.

Le but de l'atelier est de connaître l'opinion des panélistes qui ont été étroitement associés aux travaux de la Commission de réforme du droit du Canada, dans le cas du professeur Delisle, et à ceux du Groupe de travail dans le cas de M<sup>e</sup> Handfield et également de connaître l'opinion de tous les participants afin d'alimenter notre réflexion sur le rôle que devrait jouer le gouvernement dans la réforme du droit de la preuve.

## FOOTNOTES

1. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5 [ci-après: *Loi sur la preuve*].
2. *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608.
3. *R. c. O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591.
4. *Lucier c. R.*, [1982] 1 R.C.S. 28.
5. *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531.
6. *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915.
7. *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654.
8. *Ibid.* à la p. 670.
9. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.