

# Les juges comme gardiens : admissibilité des preuves scientifiques fondées sur des théories nouvelles\*

L'honorable juge Sidney N. LEDERMAN\*\*

<b>I. LA CRIMINALISTIQUE ET LA JUSTICE : UN MARIAGE DIFFICILE .....</b>	<b>245</b>
<b>II. LA JURISPRUDENCE CANADIENNE .....</b>	<b>248</b>
<b>III. DÉCISIONS CANADIENNES SUR L'ÉVALUATION DE LA FIABILITÉ .....</b>	<b>251</b>
<b>IV. DÉCISIONS AMÉRICAINES PORTANT SUR L'ÉVALUATION DE LA FIABILITÉ .....</b>	<b>257</b>
<b>V. ÉVALUATION DE LA FIABILITÉ : SCIENCES EXACTES <i>VERSUS</i> SCIENCES CONJECTURALES (OU SCIENCES HUMAINES) .....</b>	<b>262</b>
<b>VI. LE RÔLE DE GARDIEN NE SE BORNE PAS À L'ÉVALUATION DE LA FIABILITÉ .....</b>	<b>268</b>
<b>VII. PROCÉDURE .....</b>	<b>272</b>
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>273</b>

---

\* La version française de ce texte a été produite grâce à la collaboration de l'Institut nationale de la magistrature.

\*\* Cour supérieure de justice de l'Ontario. L'auteur tient à remercier Mme Emily Morrocco, adjointe judiciaire à la Cour supérieure de justice, pour l'aide précieuse qu'elle lui a apportée lors des recherches et de la préparation du présent document.



## I. LA CRIMINALISTIQUE ET LA JUSTICE : UN MARIAGE DIFFICILE

Le témoignage d'experts est monnaie courante dans les salles d'audience des tribunaux au Canada. Il est vrai que les tribunaux reconnaissent depuis longtemps la nécessité des opinions d'experts pour disposer de renseignements techniques et scientifiques qui, selon toute vraisemblance, débordent le cadre de l'expérience et des connaissances du juge ou du jury. Les juges ont d'ailleurs toujours fait preuve d'un certain scepticisme à l'égard de ces témoignages. À cet égard, la critique la plus virulente est probablement celle qu'a formulée le juge en chef Bramwell qui, après avoir écouté pendant un temps considérable des témoins experts dont les opinions étaient diamétralement opposées, a fait remarquer laconiquement que les témoins entraient tous dans l'une ou l'autre des catégories suivantes : « [TRADUCTION] les menteurs, les fieffés menteurs et les experts »<sup>1</sup>.

Auparavant, la principale réserve qui était exprimée au sujet des témoignages d'experts était la crainte que ce type de témoignage soit influencé par le fait que l'expert était rémunéré par une des parties au procès et qu'il risquait de ce fait de ne pas donner un témoignage impartial. Aujourd'hui, les craintes portent davantage sur les risques que certains experts permettent l'infiltration, en salle d'audience, de ce qu'on appelle la « pseudo-science » ou la « science de pacotille ».

Cette dernière crainte découle peut-être des honoraires conditionnels qui sont versés dans les poursuites en responsabilité civile délictuelle pour intoxication intentées aux États-Unis. Ce type de délit civil concerne les situations dans lesquelles une personne a contracté une maladie après avoir été exposée pendant une longue période à un agent physique – un produit chimique ou une forme d'énergie comme un champ électromagnétique. Le plus souvent, le demandeur allègue qu'en raison

---

<sup>1</sup> Voir l'ouvrage de P. ANISMAN et R.F. REID (dir.), *Administrative Law Issues and Practice*, Toronto, Carswell, 1995, p. 196, note 14.

des activités économiques du défendeur, le demandeur a été exposé à l'agent en question, ce qui lui a causé un préjudice. Le rôle du tribunal consiste essentiellement à déterminer s'il existe un lien de causalité entre l'exposition du demandeur à l'agent en question et la maladie qu'il a contractée ou si l'exposition et la maladie ne sont que le fruit du hasard. Par exemple, les fibres d'amiante que le demandeur a inhalées ont-elles causé son cancer des poumons? L'exposition du demandeur aux radiations provenant de lignes d'énergie électrique à haute tension ou de téléphones cellulaires a-t-elle causé son cancer? Le médicament anti-nausée que la demanderesse a pris a-t-il causé les anomalies congénitales qui se sont produites par la suite?

Les témoignages d'experts visent à expliquer les causes et à servir les intérêts de la justice. L'expert peut recourir à des explications scientifiques causales lorsqu'il expose des concepts purement scientifiques. C'est d'ailleurs l'insuffisance des connaissances spécialisées du profane qui a toujours été invoquée pour justifier la réception des témoignages d'experts. Mais bon nombre de ces théories de la causalité étaient nouvelles et leur bien-fondé a été remis en question.

Les réserves exprimées au sujet de la fiabilité des témoignages d'expert ne se limitent pas au droit de la responsabilité civile délictuelle : elles s'étendent à toutes les causes dans lesquelles un plaideur cherche à présenter une preuve scientifique. Par le passé, les tribunaux considéraient la science comme une source de connaissances objective et impartiale, mais pas comme une source d'erreurs. En raison de cette vision complaisante de la science, les tribunaux ne jugeaient pas utile d'exiger de l'expert scientifique qu'il justifie ses affirmations. En réalité, toutefois, la science n'est pas plus objective et impartiale que tous les autres champs d'activité humaine. La confiance aveugle que les tribunaux avaient envers les scientifiques était donc mal placée.

Au Canada, ces réserves étaient exprimées non pas tant dans le domaine des procès en responsabilité délictuelle pour intoxication que dans le droit pénal et dans le domaine des sciences du comportement humain, où les témoignages d'experts abondent. L'admissibilité presque systématique de ce type de témoignage a donné lieu à l'acceptation de théories contestables qui, dans certains cas, ont pu se solder par des condamnations injustes. Ainsi, les témoignages relatifs à des souvenirs d'agressions sexuelles qui resurgissent des années après les événements en cause ont trouvé une base théorique dans les témoignages d'experts. Pourtant, bon nombre d'experts du même domaine ont condamné cette théorie en parlant du syndrome des souvenirs fictifs.

Plongés dans l’embarras pour avoir admis des témoignages d’une fiabilité douteuse sous le couvert de l’infaillibilité scientifique, les tribunaux se sont interrogés à nouveau sur la meilleure façon de considérer l’admissibilité de ces témoignages.

Récemment, dans l’arrêt *R. c. J.J.*<sup>2</sup>, le juge Binnie a exprimé dans les termes suivants la nécessité d’un plus grand contrôle en la matière :

« Les témoins experts ont un rôle essentiel à jouer devant les tribunaux criminels. Toutefois, la croissance spectaculaire de la fréquence de l’assignation de témoins experts au cours des dernières années est à l’origine du débat actuel qui porte sur les restrictions qu’il convient d’appliquer à leur participation, les précautions à prendre pour écarter la “science de pacotille”, et la nécessité de préserver et de protéger le rôle du juge des faits, que ce soit le juge ou le jury. »

Il n’y a pas que les tribunaux qui peuvent se laisser duper par de la pseudo-science ou de la science de pacotille. Des scientifiques réputés peuvent eux-même se tromper les uns les autres. Il suffit de remonter à 1989 lorsque le battage publicitaire entourant la « fusion froide » passionnait l’opinion publique. Le monde scientifique semblait emballé par la découverte de la fusion à basse température, qui aurait permis de décentraliser la production d’énergie. Les avantages évoqués étaient presque illimités : chaque maison pourrait produire sa propre électricité, en utilisant probablement de l’eau comme carburant. Même les voitures pourraient fonctionner à l’énergie produite grâce à la fusion froide. La découverte de la fusion froide par deux scientifiques bien connus était acceptée par beaucoup comme une percée importante. Bon nombre de scientifiques affirmaient que le phénomène était réel et que, si on mettait au point cette découverte, elle aurait des conséquences majeures pour la société. Ce n’est qu’après un certain temps que d’autres scientifiques ont pris la parole pour démystifier cette théorie et pour souligner que les résultats étaient impossibles. On a alors qualifié cette théorie de « science pathologique » ou de canular.

---

<sup>2</sup> [2000] 2 R.C.S. 600, au par. 25.

Si les scientifiques eux-mêmes ont du mal à distinguer entre la bonne et la mauvaise science, que peut-on attendre des juges?

## II. LA JURISPRUDENCE CANADIENNE

L'idée que le juge du fond doit jouer un rôle de gardien chargé de se prononcer sur le bien-fondé de la thèse d'un expert pour décider si elle peut être utilisée dans un procès déterminé est relativement nouvelle en droit canadien. Avant le jugement rendu par le juge Sopinka en 1994 dans l'affaire *R. c. Mohan*<sup>3</sup>, les juges canadiens appliquaient une norme assez élastique et admettaient les preuves qui satisfaisaient un critère peu exigeant, celui de « l'utilité ». On laissait aux jurés le soin de trancher toutes les questions relatives à la fiabilité de la preuve. Dans les décisions les plus anciennes, telles que le jugement *R. c. Fisher*<sup>4</sup>, il suffisait que le juge soit convaincu que « [TRADUCTION] la personne moyenne ne posséderait peut-être pas les connaissances ou une expérience suffisantes en matière de comportements humains pour être en mesure de tirer des inférences appropriées à partir des faits ». Les juges n'étaient pas tenus d'analyser rigoureusement la preuve. L'accent était mis sur les capacités des jurés.

Dans les décisions les plus anciennes, les juges se concentraient aussi sur la question au sujet de laquelle l'expert prévoyait témoigner. Par exemple, jusqu'à ce que la règle interdisant la réception des témoignages portant sur le point crucial de l'affaire ait été révoquée dans l'arrêt *R. c. Graat*<sup>5</sup>, les juges se souciaient d'exclure les éléments de preuve qui portaient sur le point crucial de l'affaire parce qu'ils craignaient que ces éléments de preuve n'aient pour effet d'usurper la fonction de l'arbitre des faits. C'était une tâche relativement simple, qui portait exclusivement sur l'objet du témoignage de l'expert et non sur la légitimité du domaine sur lequel l'avis de l'expert était fondé. Après que la règle relative au point crucial de l'affaire eut été écartée, il suffisait aux juges de s'assurer que l'expert possédait les compétences et qualités requises et que son témoignage serait utile au jury. Les procédés traditionnels du contre-interrogatoire et de la présentation de preuves contraires qui sont habituellement utilisés dans les débats contradictoires étaient les moyens qui étaient utilisés pour attaquer des témoignages d'experts fragiles mais admissibles.

---

<sup>3</sup> [1994] 2 R.C.S. 9.

<sup>4</sup> [1961] O.W.N. 94; conf. à [1961] R.C.S. 535.

<sup>5</sup> [1982] 2 R.C.S. 819; (1982), 31 C.R. (3d) 289, à la page 305 (B.C.S.C.).

Avec l'arrêt *Mohan*, le rôle du juge a changé radicalement. La Cour suprême a articulé quatre facteurs dont dépend l'admission de toute preuve d'expert : a) la pertinence, b) la nécessité d'aider le juge des faits, c) l'absence de toute règle d'exclusion, d) la compétence de l'expert. Le juge Sopinka a expressément écarté le critère de l'utilité, le considérant comme un critère préliminaire d'admissibilité trop peu exigeant. L'imposition de ces critères précis a eu pour effet de rendre plus exigeant le critère préliminaire d'admissibilité pour tous les types de preuves d'expert. Dans le cas des preuves fondées sur des théories nouvelles, le critère d'admissibilité a été resserré encore plus : le juge doit en fait évaluer la fiabilité de la preuve pour décider si elle peut être admise. Bien que le bien-fondé ou la fiabilité de la preuve ne fassent pas partie des facteurs expressément énumérés dans l'arrêt *Mohan*, le juge Sopinka a inclus ces concepts sous la rubrique de la pertinence. L'arrêt *Mohan* oblige le juge qui évalue la pertinence d'une preuve d'expert de procéder à une analyse coûts/avantages en mettant en balance la valeur probante de la preuve avec tout effet préjudiciable qu'elle pourrait avoir. Le juge du fond doit se demander aussi si la preuve est trompeuse, en ce sens que les effets qu'elle peut avoir sur l'arbitre des faits, surtout sur un jury, sont disproportionnés par rapport à sa fiabilité. Cette façon de concevoir les preuves scientifiques nouvelles suppose implicitement que l'on détermine si l'avis de l'expert est enraciné dans un type de théorie scientifique qui est suffisamment légitime et fiable pour être soumis au jury.

Comme l'affaire *Mohan* portait davantage sur l'admissibilité de la preuve sur la prédisposition que sur les preuves portant sur de nouvelles théories scientifiques en général, le juge Sopinka n'a pas donné beaucoup de détails au sujet de la façon de procéder à l'analyse de la fiabilité. Il s'est contenté de faire remarquer ce qui suit :

« [...] il ressort donc de ce qui précède que la preuve d'expert qui avance une nouvelle théorie ou technique scientifique est soigneusement examinée pour déterminer si elle satisfait à la norme de fiabilité et si elle est essentielle en ce sens que le juge des faits sera incapable de tirer une conclusion satisfaisante sans l'aide de l'expert ».

La Cour suprême a choisi de ne s'en remettre ni à la communauté scientifique ni aux jurys et au système du débat contradictoire pour déterminer quelles preuves d'experts sont valables et fiables. La Cour oblige plutôt des juges du fond généralistes à procéder à une espèce de filtrage préalable et à tirer des conclusions au sujet du seuil minimal de fiabilité qui doit être respecté.

La question préliminaire à laquelle doit répondre tout juge du fond qui doit se prononcer sur une preuve d'expert scientifique fondée sur une nouvelle théorie est par conséquent une question de fiabilité.

Le juge est parfois obligé de rendre cette décision en se fondant uniquement sur un court voir-dire au beau milieu du procès et de subir en plus la pression des jurés qui attendent la reprise de celui-ci. La loi oblige le juge à agir comme une sorte de gardien chargé d'écarter les théories nouvelles qui n'ont pas des fondements scientifiques suffisants, soit parce qu'elles sont trop nouvelles, soit parce qu'elles sont intrinsèquement non scientifiques et sujettes à caution. Pour les parties au litige et dans bien des cas pour l'administration de la justice en général, cette décision est cruciale. Comment donc des juges qui ne possèdent aucune formation scientifique doivent-ils s'y prendre pour évaluer des preuves scientifiques d'experts qui reposent sur des théories nouvelles?

Les preuves dites « scientifiques » se classent selon la jurisprudence en deux grandes catégories : les preuves fondées sur des sciences physiques et naturelles « exactes » et les preuves fondées sur des sciences du comportement ou sur la nature humaine, dites sciences « humaines » ou sciences « conjecturales ». Parmi les preuves fondées sur des sciences exactes, mentionnons par exemple l'analyse des empreintes génétiques, l'analyse de la fracture du verre, la dactyloscopie ou la graphologie. Les preuves qui reposent sur les sciences humaines pourraient par exemple porter sur des évaluations psychiatriques ou psychologiques du syndrome de la femme battue, du syndrome de l'enfant maltraité, du syndrome consécutif au traumatisme provoqué par le viol ou sur le retard à porter plainte. Les preuves fondées sur les sciences humaines sont généralement utilisées pour préciser le contexte social d'une affaire ou pour éliminer de vieux mythes sur les comportements humains.

Au cours des années quatre-vingt-dix, les tribunaux canadiens et américains ont tenté, dans des décisions de principe, de définir des critères d'admissibilité des preuves d'experts qui étaient susceptibles de s'appliquer à tous les types de sciences, qu'elles soient nouvelles ou établies, exactes ou conjecturales. Les juges ont essayé de clarifier leurs obligations et leur rôle en tant que gardien. En examinant et en analysant ces décisions et la façon dont les juges les ont appliquées, nous ferons ressortir dans le présent document les problèmes que soulève l'application de ces critères pour évaluer des données scientifiques véritablement nouvelles, de même que les problèmes suscités par les preuves fondées sur les nouvelles sciences humaines. Conscients du fait que la science ne se prête pas aisément à une évaluation dans un système fondé sur le débat

contradictoire, nous essaierons quand même de tirer certaines conclusions d'ordre général au sujet de la façon dont les témoignages d'experts devraient être évalués.

### III. DECISIONS CANADIENNES SUR L'ÉVALUATION DE LA FIABILITÉ

Il existe au Canada relativement peu de décisions dans lesquelles les tribunaux se sont penchés sur la façon dont on pouvait évaluer la fiabilité d'une preuve d'expert à la lumière de l'analyse coûts/avantages qui a été élaborée dans l'arrêt *Mohan*. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Terceira*<sup>6</sup>, la Cour suprême a souscrit à l'analyse que le juge Finlayson, de la Cour d'appel de l'Ontario, avait faite de l'admissibilité de l'opinion d'un expert sur la technique alors « semi-nouvelle » de l'analyse génétique. Cette technologie était suffisamment courante à l'époque du procès pour que la défense concède qu'elle était valable, ce qui avait de toute évidence limité considérablement le terrain du débat. Suivant l'interprétation du juge Finlayson, l'arrêt *Mohan* avait établi que « [TRADUCTION] l'obligation de respecter un seuil-limite de fiabilité est satisfaite si le juge du fond est convaincu que l'analyse des empreintes génétiques constitue une nouvelle technique scientifique fiable »<sup>7</sup>.

Le juge Finlayson a refusé de définir un schéma précis à respecter dans chaque cas, mais il a fait remarquer que le juge du fond doit tenir compte de la nature des éléments de preuve proposés et de ses fondements scientifiques et se demander si l'expert possède les connaissances spécialisées nécessaires pour pouvoir formuler un avis dans le domaine. Il a laissé au juge du fond le soin de déterminer jusqu'où il faut aller pour satisfaire à cette exigence minimale de fiabilité dans un cas déterminé. Il a également invité les juges à consulter des décisions antérieures à l'arrêt *Mohan*, telles que les jugements *R. c. Melaragni*<sup>8</sup> et *R. c. Johnston*<sup>9</sup> pour y trouver des pistes de solution.

Le jugement *Melaragni* offre certains éclaircissements supplémentaires au sujet de la méthode à suivre pour déterminer si une nouvelle théorie scientifique est valable. Pour apprécier la fiabilité de la preuve, le juge Moldaver s'est posé quelques questions logiques. Il a tout

---

<sup>6</sup> [1999] 3 R.C.S. 866, confirmant (1998), 123 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.).

<sup>7</sup> *Id.*, au par. 29.

<sup>8</sup> (1992), 73 C.C.C. (3d) 348 (Div. gén. Ont.).

<sup>9</sup> (1992), 69 C.C.C. (3d) 395 (Div. gén. Ont.).

d'abord exposé l'hypothèse scientifique précise dont il était question. Je tiens à souligner que, ce faisant, il examinait les résultats que la théorie scientifique était censée permettre d'obtenir de façon générale, et non la conclusion tirée par l'expert au sujet des applications de la théorie scientifique en question dans le cas précis soumis au tribunal. La conclusion de l'expert n'a rien à voir avec les questions préliminaires de fiabilité et d'admissibilité que le juge est appelé à trancher. Les réflexions de l'expert sur le cas soumis au tribunal constituent plutôt des preuves circonstancielles au sujet de la culpabilité ou de l'innocence et c'est à l'arbitre des faits qu'il appartient d'apprécier ces questions.

Après avoir explicité l'hypothèse scientifique en question, le juge Moldaver s'est penché sur les titres de compétence des experts qui défendaient le bien-fondé de cette hypothèse. Il a ainsi incorporé dans son évaluation de la fiabilité ce qui constitue maintenant la quatrième condition à respecter selon l'arrêt *Mohan* pour pouvoir reconnaître la compétence d'un expert. Il a poursuivi en se demandant s'il existait des études ou des expériences précises dans lesquelles le bien-fondé de l'hypothèse en question avait été vérifié et il s'est demandé si le procédé permettant d'appliquer cette nouvelle théorie scientifique pouvait être considéré comme « scientifique », en ce sens qu'il comportait des étapes mesurables et reproductibles. Pour évaluer l'opinion d'un expert qui visait à contredire la nouvelle technique scientifique, le juge Moldaver a axé son analyse sur la question de savoir si l'avis contraire remettait effectivement en question le bien-fondé de la découverte scientifique ou s'il portait uniquement sur la suffisance ou sur la fiabilité de la méthode et des conclusions de l'autre expert.

Lorsqu'il applique une analyse inspirée du jugement *Melaragni*, le juge doit être en mesure de conclure que la théorie scientifique en question est bien fondée et qu'elle ne constitue pas une simple estimation empirique. En d'autres termes, pour reprendre la formule employée par le juge Moldaver, le juge doit être convaincu que la proposition sur laquelle l'expert fait reposer son témoignage équivaut à plus qu'une simple hypothèse non vérifiée ou spéculative. Tout élément de preuve qui permet de penser que l'expert n'a peut-être pas été en mesure d'appliquer de façon rigoureuse la théorie scientifique en question pour formuler les conclusions auxquelles il en arrive dans le procès en question soulève uniquement une question de valeur probante, question qui relève du jury.

Dans le jugement *Terceira*, la Cour a également cité la décision *Johnston* qu'elle a considérée comme un point de référence utile. Dans cette affaire, le juge du fond devait déterminer l'admissibilité du témoignage d'un expert en analyse d'empreintes génétiques qui, déjà à cette époque, en 1992, était un procédé largement accepté dans les milieux scientifiques. Le juge Langdon s'est montré sensible à la question du chevauchement possible des disciplines scientifiques et a commencé son analyse en faisant remarquer que l'analyse des empreintes génétiques relevait de deux disciplines scientifiques bien distinctes : la biologie moléculaire et la génétique démographique. Il a ensuite consulté les autorités scientifiques et a essayé de tirer des conclusions au sujet de la validité de chacune des disciplines scientifiques. Il a fait remarquer avec justesse que « [TRADUCTION] par mesure de prudence, aussi fiable que puisse être l'expertise d'une discipline scientifique déterminée, on doit faire preuve d'une prudence extrême dans les domaines où des disciplines différentes se chevauchent ». Il s'est demandé aussi si d'autres tribunaux canadiens ou américains avaient déjà accepté les analyses génétiques.

Finalement, le juge Langdon a proposé une liste de quatorze facteurs à mettre en balance dans le cadre de l'analyse de la fiabilité. Malgré la longueur de cette liste, il ne voulait de toute évidence pas que le critère soit trop complexe ou restrictif. Dans sa liste des indices de fiabilité, il inclut le taux d'erreur potentiel, l'existence et le maintien de normes, la rigueur avec laquelle la technique scientifique a été appliquée et la question des abus possibles, la question de savoir si l'on peut établir des parallèles avec d'autres types de techniques scientifiques qui sont couramment admises en preuve, la présence de caractéristiques garantissant une sécurité à toute épreuve, les compétences et la stature de l'expert, l'existence d'ouvrages spécialisés, la nouveauté de la technique par rapport à des domaines plus traditionnels de l'analyse scientifique, la question de savoir si la technique est généralement acceptée par les experts du domaine, la nature et la portée des inférences présentées, la clarté avec laquelle la technique peut être expliquée, la mesure dans laquelle des données de base peuvent être vérifiées par le tribunal et par le jury, la possibilité de faire témoigner d'autres experts pour faire évaluer la technique et la valeur probante de la preuve.

Les facteurs proposés dans le jugement *Johnston* méritent une certaine discussion. Bien qu'ils puissent être utiles dans la mesure où ils fournissent au juge des facteurs plus précis à considérer, ils ne règlent pas tous les problèmes que soulève l'évaluation des théories nouvelles. D'une part, il faut se rappeler que les facteurs en question ont été élaborés dans le contexte de la preuve d'ADN, qui était déjà acceptée par les milieux scientifiques. En conséquence, les facteurs énumérés qui sont associés au

contrôle par les pairs pouvaient effectivement être appliqués. Dans le cas d'une théorie vraiment nouvelle, ces facteurs seraient inapplicables et ce type de preuve serait probablement écarté. Ainsi que Brad Limpert l'a souligné dans son article, « Beyond the Rule in Mohan: A New Model for Assessing the Reliability of Scientific Evidence »<sup>10</sup>, certains des facteurs énumérés dans le jugement *Johnston* révèlent en fait un parti pris contre les techniques vraiment nouvelles, notamment en ce qui concerne les facteurs relatifs au contrôle par les pairs, le facteur qui exige que l'on examine la nouveauté de la technique en fonction des domaines d'analyse scientifique plus établis et la question de l'établissement de parallèles avec d'autres types de techniques scientifiques couramment admises.

Je reprends à mon compte les propos de Limpert suivant lesquels le critère posé dans le jugement *Johnston* ne permet nullement de savoir comment les facteurs devraient être pondérés ni de savoir lesquels sont les plus importants. Qui plus est, certains des facteurs pourraient s'avérer inutilisables ou difficiles à interpréter, notamment celui concernant les « caractéristiques garantissant une sécurité à toute épreuve » et la mesure dans laquelle le jury peut vérifier les données de base.

Il existe aussi à mon avis un autre problème potentiel. Le troisième facteur, par lequel on s'interroge sur la rigueur avec laquelle la technique scientifique a été appliquée et la question des abus possibles, semble inviter à tort le juge à s'aventurer dans l'examen de la force probante lorsqu'il détermine l'admissibilité d'une preuve. Les questions relatives à l'application de la technique en ce qui concerne la formulation de la conclusion de l'expert concernent surtout la force probante. Le fait qu'on ait pu abuser d'une technique ne se rapporte pas automatiquement à la question préliminaire de la fiabilité ou de l'admissibilité, sauf si elle est étroitement liée à la question de savoir si l'expert est de toute façon compétent pour témoigner ou sauf si son opinion ne se rapporte pas logiquement aux données sur lesquelles elle repose.

Dans la décision *R. c. JET*<sup>11</sup>, le juge Hill a examiné la question de l'application du critère de l'arrêt *Mohan* à ce qu'il a qualifié de nouveau domaine des sciences humaines relatif à la symptomatologie des agressions sexuelles des enfants et aux répercussions des abus sexuels sur le comportement des enfants. Il a statué qu'un des critères de fiabilité était celui de savoir s'il existe un faisceau de preuves acceptables ou une acceptation de la théorie pour valider objectivement l'opinion. Il a articulé

---

<sup>10</sup> (1996) 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 65, à la page 82.

<sup>11</sup> [1994] O.J. N° 3067.

plusieurs autres facteurs dont on peut tenir compte pour décider si une technique est suffisamment fiable :

« [TRADUCTION] Il va de soi qu'il existe dans les questions scientifiques un spectre de fiabilité qui va, à une extrémité, de la certitude presque absolue dans les sciences physiques jusqu'à la science de pacotille et aux opinions apparentées à la sorcellerie ou à la magie, à l'autre extrémité du spectre. La question de savoir si la technique peut faire l'objet de tests objectifs, l'existence de contrôles de la théorie ou de la technique par des pairs, l'existence de publications, la question de savoir si les tests ou la validation font appel à des mesures de contrôle des erreurs et une certaine reconnaissance ou acceptation des experts du domaine scientifique en cause sont des facteurs qui contribuent tous à l'évaluation de la fiabilité de l'opinion et qui font en sorte que son admission est susceptible de l'emporter sur les effets préjudiciables que représenterait le fait d'imposer au jury un témoignage d'opinion très suspect prétendument scientifique. »<sup>12</sup>

Le juge Hill a poursuivi en soulignant qu'il y aura inévitablement des avis contradictoires dans les domaines véritablement nouveaux, où les études et les expériences sont plus récentes. Il a ajouté qu'il ne fallait pas pour autant brandir le spectre du manque de fiabilité et qu'il n'était pas nécessaire qu'il existe un consensus chez les scientifiques pour pouvoir admettre un témoignage d'opinion. À mon avis, il s'agit là d'une observation importante qui illustre bien le fait que les tribunaux canadiens rejettent depuis longtemps le vieux critère de l'arrêt *Frye*<sup>13</sup> qui a été posé dans la jurisprudence américaine. Bien que plusieurs critères canadiens de fiabilité incorporent des facteurs qui s'apparentent au contrôle par les pairs<sup>14</sup>, ce contrôle ne saurait être considéré comme une condition préalable essentielle à l'admissibilité. Dans les cas de « sciences exactes », dans lesquels les juges sont appelés à évaluer des innovations scientifiques véritables, il n'existera pas d'ouvrages scientifiques que le juge peut consulter pour tirer ses propres conclusions. L'acceptation par les pairs peut s'avérer un facteur extrêmement utile dans les cas où elle

---

<sup>12</sup> *Id.*, au par. 75.

<sup>13</sup> Voir *infra*, note 18.

<sup>14</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *Best c. Paul Revere Life Insurance Co.* (2001), 192 D.L.R. (4th) 136 (C.A. Man) dans lequel la Cour a statué que la technique scientifique de l'ergonomie dentaire et en particulier, l'évaluation de la pratique ergonomique, n'étaient pas assez fiables surtout parce qu'elles n'avaient pas fait l'objet de contrôle par des pairs ou de publications.

existe, mais ce facteur ne devrait pas être appliqué de manière à créer un préjugé défavorable à l'admission de preuves scientifiques très nouvelles. Dans l'arrêt *R. c. J.J.*<sup>15</sup>, le juge Binnie a déclaré ce qui suit, au paragraphe 34, pour le compte d'une Cour suprême du Canada unanime au sujet de l'utilisation de la pléthysmographie pénienne comme nouvel outil médicolégal :

« En conséquence, aux États-Unis comme ici, l'«acceptation générale» n'est qu'un des divers facteurs dont il faut tenir compte. La pléthysmographie pénienne n'est peut-être pas encore généralement acceptée en tant qu'outil médicolégal, mais elle peut le devenir. Une évaluation dans chaque cas des nouvelles théories ou techniques scientifiques est nécessaire compte tenu de la nature changeante de notre connaissance scientifique : les plus hautes autorités du monde occidental ont déjà accepté que la terre était plate. »

Dans le jugement *JET*, le juge Hill a également conclu qu'un pourcentage significatif d'erreur dans les résultats des tests ne pouvait, en soi, rendre une preuve inadmissible. Sur le sujet des taux d'erreur, je souligne que l'erreur soulève deux questions potentielles : la première se rapporte à la question préliminaire fondamentale de la fiabilité et la seconde concerne la valeur probante. À mon avis, seul le taux d'erreur associé à la capacité d'une technique de vérifier l'hypothèse sur laquelle elle repose concerne la fiabilité préliminaire ou l'admissibilité. En revanche, l'erreur liée à l'application que l'expert fait de la technique scientifique est une question de valeur probante et elle peut être confiée au jury. Dès lors que la preuve satisfait aux autres critères de l'arrêt *Mohan* et que l'opinion se rattache logiquement aux données, le juge peut l'admettre en preuve.

Si l'on applique cette distinction comme il se doit, on s'assure que c'est bel et bien le jury qui se prononce sur le bien-fondé de la preuve proposée. Le juge ne doit pas usurper le rôle du jury en se prononçant sur la valeur de l'opinion de l'expert à l'occasion d'un voir-dire. Si la fiabilité de l'opinion de l'expert est utilisée pour déterminer l'admissibilité, l'expert donne en fait son avis sur la question cruciale en litige, qui reçoit de ce fait le sceau de fiabilité et de validité du juge. Dans ce scénario, le jury n'a plus rien à décider.

---

<sup>15</sup> *Supra*, note 2.

Dans l'affaire *R. c. Klymchuk*<sup>16</sup>, le juge Wein a attentivement examiné la fiabilité du témoignage d'un expert au sujet de l'« organisation de scènes de crimes ». L'accusé était inculpé d'avoir sauvagement assassiné sa femme. La défense était axée sur des éléments de preuve tendant à démontrer qu'une introduction par effraction avait eu lieu et que le meurtre avait eu lieu au cours de cette introduction par effraction. Le ministère public désirait faire entendre un agent du F.B.I., expert en analyse de scènes de crimes, pour témoigner que certains facteurs permettaient de penser que la scène du crime avait été manipulée pour faire dévier l'enquête afin de disculper une personne qui aurait pu être considérée logiquement comme un suspect et qu'il n'y avait pas eu d'introduction par effraction.

Le juge Wein a conclu que l'avis de l'expert comportait des « [TRADUCTION] éléments permettant de penser qu'il n'était pas influencé par les premières conclusions de l'enquête, que l'avis reposait sur des normes et sur un contrôle des pairs et sur une confirmation postérieure » et qu'il était donc suffisamment fiable pour pouvoir être admis en preuve. De plus, ce témoignage était facile à comprendre, ses conclusions n'étaient pas absolues et il était nécessaire de permettre au jury de déterminer s'il y avait effectivement eu introduction par effraction et si, en raison de ses antécédents et de ses habitudes, la victime courait peu de risques d'être la cible d'un vol et d'être une victime potentielle de violence.

#### **IV. DECISIONS AMERICAINES PORTANT SUR L'ÉVALUATION DE LA FIABILITE**

Avant que la Cour suprême des États-Unis ne rende son arrêt de principe dans l'affaire *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*<sup>17</sup>, l'approche des tribunaux américains reposait sur le critère de l'acceptation générale posé dans l'arrêt *Frye c. United States*<sup>18</sup>. Suivant ce critère, les témoignages d'experts scientifiques n'étaient admissibles que s'ils avaient fait l'objet d'une acceptation générale de la part de la communauté scientifique dont ils relevaient. En reportant essentiellement sur les pairs de l'expert l'évaluation de la fiabilité juridique, ce critère enlevait beaucoup de « pression » au juge du fond. Par ailleurs, ce critère faisait l'objet des mêmes critiques que celles dont j'ai déjà parlé en ce qui

---

<sup>16</sup> C.S.J. Ont., 23 octobre 2000.

<sup>17</sup> 113 S. Ct. 2786 (1993).

<sup>18</sup> 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

concerne les facteurs relatifs au contrôle par les pairs dans la jurisprudence canadienne, à savoir qu'il favorisait l'exclusion de techniques scientifiques potentiellement utiles qui n'avaient pas encore été examinées par les milieux scientifiques compétents. Le critère de l'arrêt *Frye* était également critiqué en raison de son caractère vague, en ce sens qu'il était souvent difficile de déterminer le milieu scientifique compétent et/ou le degré d'acceptation de la technique dans ce milieu.

Dans l'affaire *Daubert*, la Cour suprême des États-Unis a revu le critère de l'arrêt *Frye* à la lumière de l'article 702 des *Federal Rules of Evidence*, qui indique :

« [TRADUCTION] Dans le cas où des connaissances spécialisées, notamment des connaissances scientifiques ou techniques sont susceptibles d'aider le juge des faits à comprendre la preuve et à se prononcer sur les faits en litige, un témoin reconnu comme expert en raison de ses connaissances, de ses compétences, de son expérience, de sa formation ou de ses études peut témoigner à ce sujet, en donnant notamment son opinion à titre d'expert. »

La règle est libellée en des termes généraux, tant en ce qui concerne les compétences requises de l'expert qu'en ce qui a trait aux types de renseignements sur lesquels l'expert peut donner son opinion. Dans l'arrêt *Daubert*, la Cour a décidé à l'unanimité qu'aucune des dispositions de l'article 702 ne prévoyait que la norme de l'acceptation générale posée dans l'arrêt *Frye* constituait une condition préalable absolue à l'admissibilité. La Cour a statué que le fait d'insister sur la norme rigide posée dans l'arrêt *Frye* irait à l'encontre de l'économie libérale des règles et contredirait son approche générale d'assouplissement des obstacles traditionnels aux témoignages d'opinion.

Dans l'arrêt *Daubert*, la Cour a statué que l'article 702 imposait deux conditions distinctes en matière d'évaluation des témoignages d'experts scientifiques : la fiabilité et la pertinence (en ce sens que le témoignage est utile au jury pour comprendre la preuve ou une des questions en litige). L'arrêt *Daubert* précise bien que, par fiabilité, il faut entendre la fiabilité de la méthodologie sur laquelle repose la conclusion de l'expert, et non la fiabilité de la conclusion elle-même. Le juge du fond doit s'assurer que la conclusion de l'expert repose sur des bases solides ou qu'elle est fondée sur des connaissances et l'expérience de l'expert dans sa discipline. Pour ce faire, la Cour a proposé quatre facteurs dans l'arrêt *Daubert*. Le juge doit se demander si la théorie ou la technique peut être testée et si elle l'a été. Il doit ensuite vérifier si la théorie ou la technique a fait l'objet d'un contrôle de la part de pairs. Il doit s'interroger sur le taux

d'erreur connu ou potentiel ou sur l'existence de normes et finalement, il doit se demander si la théorie ou la technique a fait l'objet d'une acceptation générale.

De toute évidence, ces facteurs se chevauchent. Ainsi, les conditions relatives aux tests, au contrôle par des pairs et à l'acceptation générale semblent très semblables et s'inspirent des anciennes conceptions de l'arrêt *Frye*. Ainsi, bien que le critère de l'arrêt *Daubert* soit conçu de manière à sembler plus souple et à être utilisé d'une manière plus flexible, il ne s'écarte pas radicalement de l'arrêt *Frye*. De plus, les facteurs relatifs aux tests et aux taux d'erreur sont aussi interdépendants. Pour vérifier la validité d'une technique, il faut certainement évaluer le taux d'erreur.

Essentiellement, le critère de l'arrêt *Daubert* semble inviter le juge du fond à procéder à deux sortes d'évaluations. En premier lieu, le juge peut évaluer de façon indépendante la fiabilité inhérente de la méthodologie employée en examinant les normes, les taux d'erreurs et les tests. En second lieu, le juge peut se tourner vers la communauté scientifique et examiner des recensions ou des ouvrages spécialisés. Dans l'arrêt *Daubert*, la Cour n'a pas précisé à laquelle des deux méthodes on devait accorder le plus de poids, bien que le contrôle par les pairs semble être celui des quatre facteurs qui ressort le plus. En ce qui concerne les modalités d'application, bien que la Cour suprême des États-Unis donne plus de précisions que les tribunaux canadiens, elle ne définit pas de méthode systématique qui pourrait être appliquée de façon uniforme dans tous les cas.

Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1997 dans l'affaire *General Electric Co. c. Joiner*<sup>19</sup>, la Cour suprême des États-Unis a commencé à estomper la distinction entre la méthodologie et les conclusions qu'elle avait formulées dans l'arrêt *Daubert*. Dans l'arrêt *Joiner*, le demandeur avait poursuivi les défendeurs, fabricants de BPC, au motif qu'il avait contracté un cancer des poumons après avoir été exposé à ce produit. Les demandeurs cherchaient à faire témoigner des experts qui avaient mené des études sur des animaux de laboratoire. La Cour suprême a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel et a confirmé la décision de la Cour de district d'exclure l'opinion des experts. La Cour a souligné l'importance du rôle de gardien que les juges sont appelés à jouer et les juges majoritaires ont statué que les demandeurs n'avaient jamais expliqué comment et pourquoi les experts avaient extrapolé leur opinion d'études expérimentales sur des

---

<sup>19</sup> 118 S. Ct. 512 (1997).

animaux qui semblaient tout à fait étrangères au sujet. La Cour suprême a souscrit à l'opinion que la preuve peut être écartée lorsqu'il existe un fossé analytique trop grand entre les données et l'opinion soumise.

Un des aspects intéressants de la décision des juges majoritaires est le fait qu'ils n'ont fait mention d'aucun des facteurs posés dans l'arrêt *Daubert* et qu'ils n'ont pas essayé de les appliquer. Ils n'ont même pas essayé de qualifier le champ de compétence des experts proposés pour évaluer la méthodologie. Il se sont contentés de se demander si un expert peut formuler une opinion sur les causes d'un cancer en se fondant exclusivement sur des études expérimentales effectuées sur des animaux.

À mon avis, la Cour aurait dû aborder différemment l'affaire *Joiner*. Tout d'abord, le juge de première instance aurait dû qualifier le domaine scientifique dans lequel les experts proposés prétendaient être experts, en déclarant par exemple qu'il s'agissait d'experts sur les causes du cancer chez l'humain à la suite d'exposition à des toxines. Le juge aurait ensuite dû essayer d'évaluer la fiabilité de cette technique scientifique. Pour répondre à cette question, il aurait dû examiner des facteurs comme ceux qui ont été dégagés dans les arrêts *Daubert* et *Johnston*. Cette analyse aurait été axée sur la question de savoir si la méthodologie utilisée pour cette technique scientifique permet généralement d'obtenir des résultats suffisamment fiables et précis. Ensuite, s'il estimait que la technique scientifique était fiable, le juge aurait pu examiner la pertinence du témoignage et se demander si l'expert possédait personnellement les qualités requises pour être considéré comme un expert dans le domaine. Une fois ces obstacles surmontés, la question aurait pu être examinée au procès.

C'est essentiellement ce que le juge Stevens a fait valoir dans son opinion dissidente lorsqu'il a formulé les observations suivantes :

« [TRADUCTION] Les conclusions [de la Cour de district] au sujet de la fiabilité étaient plus complexes et on pourrait soutenir qu'elles n'étaient pas fidèles à ce que la Cour a déclaré dans l'arrêt *Daubert*, c'est-à-dire que "[TRADUCTION] l'accent doit évidemment être mis uniquement sur les principes et la méthodologie, et non sur les conclusions qui en découlent [...]" Dans l'arrêt *Daubert*, la Cour a nettement interdit aux juges du fond d'évaluer le bien-fondé ou la force des conclusions scientifiques de l'expert, tâche qui revient au jury. Parce que je suis persuadé que la différence entre la méthodologie et les conclusions est aussi radicale que celle qui existe entre la fin et les moyens, je ne crois pas que la proposition que "les conclusions et la méthodologie ne sont pas deux choses totalement distinctes"

soit exacte ou qu'elle nous aide à répondre à la difficile question de l'admissibilité que soulève le présent dossier. »<sup>20</sup>

Bien que je souscrive aux propos dissidents formulés par le juge Stevens, j'estime que les tribunaux devraient pouvoir exclure les éléments de preuve qui ne sont pas réellement le fruit de la bonne méthodologie que les experts invoquent pour justifier leur opinion. Le professeur Michael Saks fait remarquer à ce propos dans « The Aftermath of Daubert: An Evolving Jurisprudence of Expert Evidence »<sup>21</sup> que, bien que, dans l'arrêt *Joiner*, la Cour suprême ait embrouillé la distinction entre la méthodologie et la force probante, elle a retenu la proposition logique suivant laquelle une conclusion peut être rejetée au motif qu'elle s'écarte trop des données. À mon avis, il devrait s'agir là d'un examen indépendant. Les tribunaux devraient toujours écarter de tels éléments de preuve, non pas parce qu'ils ont analysé en détail le bien-fondé de la conclusion de l'expert sur un point précis, mais parce que les données soumises ne permettent tout simplement pas de tirer la conclusion avancée. Cette façon de voir serait compatible tant avec l'arrêt *Mohan* qu'avec l'arrêt *Daubert*, étant donné que, dans les deux cas, il s'agissait d'exclure des éléments de preuve qui ne reposaient pas sur des données fiables. Il ne faut pas interpréter l'arrêt *Joiner* comme appuyant la proposition plus générale suivant laquelle une conclusion déterminée doit être fiable. Toute conclusion doit plutôt reposer sur une méthodologie scientifique fiable.

La Cour suprême des États-Unis a récemment examiné de nouveau la question de l'admissibilité des témoignages d'experts dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1999 dans l'affaire *Kumho Tire Co. c. Carmichael*<sup>22</sup>. Dans cette affaire, le demandeur poursuivait un fabricant de pneus après qu'un de ses pneus eut éclaté et qu'un de ses passagers eut subi des blessures. Il cherchait à faire entendre un expert en défaillances de pneus pour qu'il témoigne que le pneu était défectueux. La Cour a confirmé la décision du tribunal de première instance qui avait exclu ce témoignage, mais elle a confirmé que le rôle de gardien évoqué dans l'arrêt *Daubert* était censé s'appliquer à tous les témoignages fondés sur des connaissances spécialisées, qu'elles soient scientifiques ou techniques. Mais ce qui revêt encore plus d'importance pour nous est que la Cour s'est dite en faveur d'une application souple des facteurs posés

---

<sup>20</sup> *Id.*, au par. 41.

<sup>21</sup> (2000) 40 *Jurimetrics Journal of Law, Science and Technology*, p. 229.

<sup>22</sup> 119 S.Ct. 1167 (1999).

dans l'arrêt *Daubert*. La Cour a reconnu que les facteurs ne s'appliquaient peut-être pas tous dans chaque cas et que l'examen du tribunal en tant que gardien devait se rattacher aux faits de l'espèce. La liste de facteurs se veut un guide utile et non une liste définitive. À mon avis, cette décision est importante pour deux raisons. En premier lieu, elle confirme que le contrôle des pairs n'est pas nécessaire, ce qui supprime toute possibilité de parti pris envers les techniques scientifiques réellement nouvelles. La Cour a d'ailleurs expressément fait remarquer que « [TRADUCTION] [...] il ne serait pas étonnant dans un cas déterminé qu'une affirmation d'un témoin n'ait jamais fait l'objet d'un contrôle de la part de ses pairs, car l'application particulière en cause n'a peut-être pas encore intéressé un seul scientifique ». En second lieu, cette décision confirme que les juges devraient procéder à des évaluations indépendantes de la méthodologie employée pour une nouvelle technique scientifique, et qu'ils peuvent aller au-delà des facteurs posés dans l'arrêt *Daubert* pour tenir compte d'autres facteurs qui semblent adaptés aux faits de l'espèce. De toute évidence, cette extension de la portée de l'arrêt *Daubert* soulèvera de nouvelles difficultés, car elle amènera les tribunaux à se prononcer sur des champs de connaissances spécialisées qui ressemblent de moins à moins aux sciences traditionnelles.

Il est curieux de constater que des modifications visant l'article 702 ont récemment été proposées. Le nouveau libellé proposé par la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws créerait la présomption que la méthodologie utilisée est fiable si elle fait l'objet d'une acceptation suffisante de la part des milieux scientifiques compétents. Elle serait toutefois réputée ne pas être fiable si elle ne bénéficie pas de cette acceptation générale. Cette mesure découragerait la science de pacotille en rendant difficile, voire impossible, l'infiltration de théories qui ne jouissent pas encore d'un appui suffisant.

## V. ÉVALUATION DE LA FIABILITE : SCIENCES EXACTES *VERSUS* SCIENCES CONJECTURALES (OU SCIENCES HUMAINES)

Bien que les tribunaux américains et canadiens cherchent de toute évidence à définir un cadre pour l'évaluation de la fiabilité de tous les éléments de preuve scientifiques nouveaux, nos tribunaux continuent néanmoins à aborder différemment les sciences exactes et les sciences conjecturales. Dans le cas des sciences humaines ou sciences conjecturales, les juges ont tendance à insister sur un aspect différent du critère de l'arrêt *Mohan* lorsqu'ils se prononcent sur l'admissibilité d'une preuve. Les juges se concentrent en effet sur la question de savoir si des éléments de preuve fondés sur les sciences du comportement sont

nécessaires pour aider le juge des faits plutôt que de se poser la question à l'étape préliminaire de la fiabilité.

Il existe peu de décisions dans lesquelles les tribunaux ont essayé d'examiner la question de la fiabilité des sciences humaines. Dans l'affaire *R. c. Olscamp*<sup>23</sup>, la juge Charron (maintenant juge à la Cour d'appel de l'Ontario) s'est penchée sur l'état des connaissances dans le domaine de la psychologie. Elle a statué que la justesse et la fiabilité de l'opinion d'un expert au sujet du syndrome de l'enfant maltraité ne pouvaient être démontrées. Elle a conclu que, s'il y avait un consensus parmi les experts du domaine, c'était qu'il n'existait pas de profil valable permettant de reconnaître les enfants maltraités. De la même façon, dans l'affaire *JET*, que nous avons déjà examinée, le juge Hill a parlé en des termes généraux de l'évaluation de la fiabilité dans une affaire portant sur les indicateurs de comportement d'agressions sexuelles chez un enfant. Dans l'arrêt que la Cour d'appel a rendu en 1997 dans l'affaire *R. c. McIntosh*<sup>24</sup>, le juge Finlayson a formulé certains commentaires d'ordre général au sujet de l'évaluation de la fiabilité des témoignages d'experts en ce qui concerne les failles et les faiblesses inhérentes aux témoignages oculaires. Il a statué que les tribunaux ne devraient pas s'empresser d'abdiquer leur rôle d'arbitre des faits en s'en remettant trop facilement à des experts en sciences du comportement. Il a ajouté qu'avant de permettre à une personne de témoigner comme expert, le tribunal doit être convaincu que la matière de ses connaissances spécialisées est un champ d'études de la psychologie qui se rapporte à un champ connexe de vérités démontrées ou à des faits observés qui font l'objet d'une classification systématique et qui sont plus ou moins liés entre eux par une hypothèse commune relevant de lois générales. Le domaine d'études en question doit comprendre des méthodes fiables permettant de découvrir de nouvelles vérités dans son propre domaine. Le juge a ajouté plus loin que la méthode scientifique exige « [TRADUCTION] la formulation d'une hypothèse, la vérification de cette hypothèse à l'aide d'une méthodologie fiable, l'analyse des résultats (habituellement à l'aide d'analyses statistiques) et la formulation d'une conclusion ». Tout comme les décisions portant sur les sciences exactes, l'arrêt *McIntosh* met l'accent sur l'évaluation de la fiabilité de la science sous-jacente et de sa méthodologie, et non sur l'évaluation de l'application de cette méthodologie par l'expert en question. Par ailleurs, l'affaire *McIntosh* n'est pas une affaire de sciences du comportement typique, étant donné

---

<sup>23</sup> (1995), 35 C.R. (4th) 37 (Div. gén. Ont.).

<sup>24</sup> (1997), 35 O.R. (3d) 97 (C.A. Ont.).

que l'expert traitait des limites propres aux dépositions des témoins oculaires, lesquelles limites concernent la mémoire et non la psychologie humaine.

Dans l'affaire *R. c. K.(A.)*<sup>25</sup>, la Cour d'appel a examiné l'admissibilité des témoignages d'expert au sujet des indicateurs de comportement chez les enfants victimes de violences. Dans son analyse du critère de la pertinence énoncé dans l'arrêt *Mohan*, la juge Charron a soulevé plusieurs questions à l'intention des juges, notamment celle de la mesure dans laquelle l'opinion de l'expert repose sur des faits prouvés et la mesure dans laquelle le témoignage d'opinion de l'expert justifie l'inférence qu'on cherche à en tirer. La juge Charron a également abordé la question de l'évaluation de la fiabilité des nouvelles théories scientifiques conjecturales. Elle a souligné que l'évaluation de la fiabilité porte sur la validité du fondement de l'opinion de l'expert, et non sur son opinion elle-même. Elle a également parlé de l'importance d'explorer de nouveaux domaines dans les champs de connaissance reconnus :

« [TRADUCTION] Bien que la psychologie et la sociologie constituent certainement des champs de connaissances spécialisées reconnus, certaines des théories qui ont été avancées devant les tribunaux au cours des dernières années sont entièrement nouvelles. De plus [...] l'état des connaissances scientifiques est fluide. Le fait qu'une théorie déterminée ait été acceptée dans le passé ne met pas fin au débat. »<sup>26</sup>

La juge Charron a insisté sur le rapport entre les facteurs de fiabilité et de nécessité, en faisant remarquer que « [TRADUCTION] on pourrait difficilement soutenir que l'admission d'éléments de preuve qui ne sont pas fiables est nécessaire pour permettre au juge des faits de trancher comme il se doit les questions dont il est saisi »<sup>27</sup>.

Dans l'affaire *R. c. J.J.*<sup>28</sup>, l'accusé a été inculpé d'avoir commis une série d'agressions sexuelles sur deux garçonnetts. L'avocat de la défense a fait témoigner un psychiatre dans le but d'établir que, selon toute probabilité, l'auteur des mauvais traitements était une personne atteinte d'une déviance sexuelle grave, et que divers tests administrés à l'accusé, dont une pléthysmographie pénienne, ne révélaient aucun trait

---

<sup>25</sup> (1999), 45 O.R. (3d) 641 (C.A.).

<sup>26</sup> *Id.*, au par. 86.

<sup>27</sup> *Id.*, au par. 84.

<sup>28</sup> *Supra*, note 2.

de personnalité déviant de la sorte. La Cour suprême du Canada a statué que le juge de première instance avait eu raison de déclarer cette preuve inadmissible principalement parce que : a) on n'avait pas fait la preuve d'un profil psychologique type suffisamment précis pour faciliter l'identification de l'auteur de ce genre de crime; b) le taux d'erreur des résultats de la pléthysmographie est tellement élevé (le test donnerait un faux résultat négatif dans plus de la moitié des cas) que le test ne serait pas utile pour identifier ou pour exclure.

Malgré les tentatives évidentes que les juges ont faites en vue d'appliquer une analyse de fiabilité type aux affaires mettant en cause des techniques scientifiques conjecturales, il n'est pas difficile de comprendre pourquoi les juges ont hésité à s'avancer davantage sur le sujet. Il est d'ailleurs facile de comprendre pourquoi un juge pourrait se sentir mal équipé pour décider qu'une théorie des sciences sociales, telle que le syndrome de la femme battue, est davantage digne de foi qu'une autre théorie, telle que le syndrome de l'enfant battu. Bien que la Cour suprême du Canada ait accepté le bien-fondé scientifique du syndrome de la femme battue dans l'affaire *R. c. Lavallée*<sup>29</sup> et plus récemment dans l'arrêt *R. c. Malott*<sup>30</sup>, certains tribunaux américains ont statué que le syndrome de l'enfant battu (qui est censé expliquer pourquoi les enfants victimes de violence commettent des actes criminels contre leurs parents) n'est pas admissible parce qu'il n'a aucun fondement scientifique. Comment le juge peut-il percevoir la différence? Cette question se pose avec beaucoup d'acuité lorsque le juge est confronté à une théorie scientifique conjecturale vraiment nouvelle qui n'a pas fait l'objet de contrôles poussés par des pairs. Qui plus est, en raison des problèmes associés aux témoignages d'experts sur le syndrome de l'enfant maltraité et sur le syndrome de la « mémoire recouvrée », qui étaient jadis populaires, les juges sont bien conscients du risque qu'ils courent d'être « trompés » par des théories à la mode dans le domaine des sciences humaines.

Bien que, dans l'arrêt *McIntosh*, le juge Finlayson ait parlé d'examiner les sciences sociales pour déterminer si elles reposent sur une méthodologie scientifique, il n'en demeure pas moins que bon nombre de théories des sciences sociales ne reposent pas sur des données empiriques ou sur des statistiques. Ainsi que Skurka et Renzella l'ont fait remarquer dans leur article « Misplaced Trust: The Courts' Reliance on the

---

<sup>29</sup> [1990] 1 R.C.S. 852.

<sup>30</sup> (1998), 121 C.C.C. (3d) 456, [1998] 1 R.C.S. 123.

Behavioural Sciences »<sup>31</sup>, les sciences du comportement n'adoptent pas le plus souvent la méthodologie scientifique rigoureuse qui est employée dans le domaine des sciences naturelles. L'analyse se fait le plus souvent au moyen de comparaisons de cas et revêt par conséquent un caractère « anecdotique ».

Comment le juge est-il par conséquent censé procéder lorsqu'il est appelé à analyser la fiabilité d'une science humaine qui repose sur des méthodes de recherche des sciences sociales telles que des entrevues et des travaux sur le terrain? C'est une tâche encore plus difficile et arbitraire que celle d'évaluer la solidité d'éléments de preuve reposant sur une nouvelle théorie fondée sur une science exacte. Comment un juge peut-il reconnaître les problèmes habituellement associés à ce type de recherche, telles que le biais de sélection, les entrevues contradictoires et l'absence de suivi à long terme? Dans son article « Lies, Damned Lies, and Statistics: Psychological Syndrome Evidence in the Courtroom After *Daubert* »<sup>32</sup>, Krista Duncan s'est demandée comment l'arrêt *Daubert* devait être appliqué en ce qui concerne l'évaluation des témoignages d'experts fondés sur les sciences humaines. Elle s'est surtout attachée aux facteurs de contrôle par les pairs dont il était question dans l'analyse de l'arrêt *Daubert*, et elle a conclu que, bien que le trouble de stress post-traumatique chez les soldats, le syndrome consécutif au traumatisme provoqué par le viol et le syndrome de la femme battue soient des théories scientifiques suffisamment reconnues, le syndrome de l'enfant maltraité n'avait pas été suffisamment testé par la communauté scientifique pour être admis devant les tribunaux. À mon avis, cette façon de voir a essentiellement pour effet de mettre les arrêts *Daubert* et *Frye* sur le même pied. Par ailleurs, l'obligation pour Duncan de recourir à une analyse inspirée de l'arrêt *Frye* fait ressortir les difficultés que soulève le fait de retenir des critères de fiabilité distincts dans le cas des sciences humaines. D'autres auteurs se sont opposés à l'admissibilité du syndrome consécutif au traumatisme provoqué par le viol au motif qu'il s'agit d'une pseudo-théorie scientifique dont le nom même constitue un jugement sur la question précise de savoir si un viol a eu lieu<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> (1998) 3 *Can. Crim. L. Rev.* 269, à la page 281.

<sup>32</sup> (1996) 71 *Ind. L.J.* 753.

<sup>33</sup> K. NICHWOLODOFF, « Expert Psychological Opinion Evidence in the Courts », (1998) *Health Law Journal* 279.

R. Nichwolodoff<sup>34</sup> signale que la plupart des psychologues emploient dans leur pratique une méthode éclectique selon laquelle ils incorporent des éléments de nombreuses théories, y compris les théories suspectes. Il conclut que bon nombre de techniques psychologiques sont en grande partie peu sûres pour ce qui est du diagnostic, du traitement et des prévisions du comportement. Il a repris à son compte l'opinion suivant laquelle beaucoup de juges ne sont pas en mesure d'évaluer le bien-fondé scientifique des témoignages d'experts en psychologie, étant donné qu'ils ne possèdent pas d'expérience en ce qui concerne des concepts tels que la falsifiabilité. Nichwolodoff a également souligné les problèmes qui peuvent se présenter lorsqu'un juge essaie de mettre en balance des opinions contradictoires de psychologues et d'en retenir une. Dans bien des cas, le psychologue expert qui cherche à demeurer dans les limites de sa science semblera hésitant et moins convaincant que d'autres experts moins dignes de foi. Nichwolodoff suggère de resserrer les normes d'admissibilité dans le cas des sciences humaines et d'obliger les psychologues professionnels à ne témoigner que sur leurs propres observations. Il suggère également le recours à des intervenants bénévoles (*amicus curiae*) nommés par le tribunal chargés de se prononcer sur la crédibilité de techniques scientifiques conjecturales présentées comme scientifiques.

De toute évidence, il n'est pas facile de répondre à la question de savoir comment les évaluations devraient être faites. Bien que nous ayons essayé de nous éloigner du critère posé dans l'arrêt *Frye*, lorsqu'il s'agit des sciences humaines, il est très difficile de concevoir des méthodes qui permettraient au juge de mener de façon tout à fait autonome une analyse de la fiabilité. Le système du débat contradictoire ne se prête pas aisément à l'évaluation de ces sciences. En conséquence, ainsi que l'article de Duncan l'illustre bien, l'arrêt *Frye* demeure. Ou bien les juges esquivent la question complètement et se concentrent surtout sur la nécessité de la preuve, ou bien ils se fondent sur d'autres décisions judiciaires sans vérifier si celles-ci étaient fondées sur une analyse minutieuse de la théorie ou de la technique scientifique en cause.

---

<sup>34</sup> *Id.*

## VI. LE ROLE DE GARDIEN NE SE BORNE PAS A L'EVALUATION DE LA FIABILITE

### *Pertinence*

Établir que la preuve satisfait à l'exigence préliminaire fondamentale de la fiabilité est souvent le plus grand obstacle que doit surmonter le juge appelé à évaluer une nouvelle théorie scientifique. C'est également l'aspect le plus important de la question de la pertinence. Pourtant, il importe de se rappeler qu'une fois que la preuve satisfait à cette exigence préliminaire, le juge doit passer à l'examen des autres indices de la pertinence avant de décider d'admettre ou non la preuve. Le juge doit être convaincu que la preuve se rapporte à un des faits en litige et que les avantages qu'elle comporte ou sa valeur probante l'emportent sur ses coûts. En d'autres termes, le juge doit évaluer tant la pertinence logique que la pertinence juridique. Évidemment, la crainte la plus courante est que le jury accorde un poids considérable à une preuve libellée en des termes scientifiques et qu'il ne s'en serve pas à bon escient.

### *Nécessité*

Dans les arrêts *Mohan et J.J.*, la Cour suprême du Canada a statué que le juge doit également être convaincu que la preuve est nécessaire, en ce sens qu'elle fournit des renseignements qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience ou les connaissances d'un juge ou d'un jury. La preuve doit être nécessaire pour permettre au juge des faits d'apprécier les questions en litige en raison de leur nature technique et elle doit être nécessaire en ce sens que le juge des faits ne pourra tirer une conclusion satisfaisante sans elle. Bien que la nécessité ne doive pas être jugée en fonction d'une norme trop restrictive, l'application du principe doit être plus stricte lorsque la preuve se rapproche d'une opinion sur la question cruciale en litige. La nécessité de la preuve est évaluée à la lumière de la possibilité qu'elle fausse le processus de recherche des faits.

Dans le cas des théories nouvelles relevant des sciences humaines, la nécessité est souvent un critère préliminaire difficile à satisfaire. Étant donné que les sciences humaines sont souvent axées sur l'analyse du comportement humain, il peut être difficile d'établir que l'opinion d'un expert est nécessaire pour aider le jury à se prononcer sur ce type de questions. D'ailleurs, notre système repose sur l'idée que les jurys sont efficaces à cause de leur bon sens collectif, de leur expérience et de leur

connaissance de la nature humaine. Dans l'arrêt *R. c. Lavallée*<sup>35</sup>, la Cour suprême a reconnu pour la première fois que l'on peut recourir aux sciences humaines pour éclairer l'arbitre des faits sur des questions se rapportant à la nature humaine et pour détruire des mythes et des stéréotypes. Cette décision a donné lieu à une avalanche de causes dans lesquelles des experts en sciences humaines ont été autorisés à témoigner pour renverser des mythes et pour fournir des éclaircissements au sujet de traits de comportement, surtout dans des procès portant sur le comportement des enfants (voir les arrêts *R. c. B.(G.)*<sup>36</sup> et *R. c. Marquard*<sup>37</sup>). Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1994, *R. c. B.(R.H.)*<sup>38</sup>, la Cour suprême est allée jusqu'à permettre à un expert de témoigner qu'un plaignant avait été victime d'une agression sexuelle et d'expliquer pourquoi il croyait que c'était le cas. Selon Steven Skurka et Elsa Renzella, cet arrêt marque l'apogée de l'enthousiasme de la Cour suprême pour les sciences humaines.

À la suite de la révision des normes d'admissibilité à laquelle la Cour suprême a procédé dans l'arrêt *Mohan*, les tribunaux ont essayé d'analyser les preuves d'experts en sciences humaines avec encore plus d'attention. Après l'arrêt *Olscamp*, dont nous avons déjà parlé, les tribunaux ont commencé à exclure les témoignages d'experts en sciences humaines qui étaient auparavant si populaires. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. François*<sup>39</sup>, la Cour suprême a conclu que le jury était en mesure de se prononcer sur le bien-fondé de l'allégation de la plaignante qui affirmait avoir retrouvé la mémoire sans recourir à un expert. Dans le jugement *R. c. W.(S.)*<sup>40</sup>, le juge Langdon a refusé d'admettre des éléments de preuve relatifs au syndrome de l'enfant victime d'abus sexuels au motif que les effets préjudiciables de cette preuve l'emportaient sur son éventuelle valeur probante, étant donné que la preuve agissait comme une béquille qui supportait utilement tout témoin. Dans l'affaire *R. c. C.(G.)*<sup>41</sup>, le tribunal a jugé fiable mais inutile le témoignage d'un expert sur la dénonciation tardive d'une agression sexuelle. De même, dans l'arrêt *R. c.*

---

<sup>35</sup> *Supra*, note 29.

<sup>36</sup> [1990] 2 R.C.S. 30.

<sup>37</sup> [1993] 4 R.C.S. 223.

<sup>38</sup> [1994] 1 R.C.S. 656.

<sup>39</sup> [1994] 2 R.C.S. 827.

<sup>40</sup> (1996), 47 C.R. (4th) 354 (Div. gén.).

<sup>41</sup> (1997), 8 C.R. (5th) 21 (Div. Gén. Ont.). Voir également le jugement *R. c. Villamar* dans lequel le tribunal a tiré une conclusion semblable sur la même question : [1996] O.J. N° 2742 (Div. gén.), conf. à [1999] O.J. N° 1923 (C.A.).

*D.D.*<sup>42</sup>, la Cour suprême du Canada a exclu le témoignage d'un expert sur le retard de la plaignante à porter plainte, en concluant que ce témoignage était à la fois inutile et non pertinent et que la présentation de directives appropriées au jury aurait écarté la possibilité que le jury suive un raisonnement stéréotypé, permis de gagner du temps et d'économiser de l'argent et éliminé tout contenu superflu ou préjudiciable.

Dans l'affaire *R. c. R.A.N.*<sup>43</sup>, la Cour d'appel de l'Alberta s'est penchée sur la question de savoir s'il était nécessaire que le ministère public fasse témoigner un expert au sujet des conséquences psychologiques possibles ou des modifications de comportement (telles que l'énurésie) qui pouvaient découler des agressions sexuelles subies par une enfant. La Cour a estimé que les jurés peuvent se servir de leur propre jugement pour évaluer les probabilités qu'un comportement inusité soit lié à une situation de stress et a déclaré ce qui suit :

« [TRADUCTION] En l'espèce, le bon sens et l'expérience courante en matière de comportement humain permettent de penser que les nombreux changements de comportement observés témoignent d'un traumatisme émotionnel subi par la plaignante au cours de sa vie. Il n'est pas nécessaire de faire témoigner un expert pour conclure qu'une fillette de dix ou onze ans ne commence pas à mouiller son lit et à avoir des problèmes de comportement sans une certaine provocation. Cette vérité toute simple n'exige pas des connaissances spécialisées et elle ne déborde pas le cadre des connaissances de la personne ordinaire.

Ainsi, si l'on applique le raisonnement suivi dans les arrêts *R. c. Mohan*, précité, et *R. c. D.D.*, précité, il est évident que le témoignage d'un expert n'était pas nécessaire et que, s'il avait été proposé, il n'aurait peut-être pas été admissible. Il convient toutefois de souligner que le critère dégagé dans l'arrêt *Mohan* doit être appliqué au cas par cas en fonction des faits de l'espèce. Les comportements consécutifs à une agression sexuelle ne peuvent être systématiquement prédits et à eux seuls ne permettent pas nécessairement de conclure à l'abus sexuel. C'est au juge du fond qu'il convient dans chaque cas de trancher la question de savoir s'il y a lieu de permettre à un expert de témoigner au sujet

---

<sup>42</sup> [2000] 2 R.C.S. 275.

<sup>43</sup> [2001] A.J. N° 294.

des comportements en cause dans des circonstances déterminées. »<sup>44</sup>

L'affaire *R. c. A.K.*<sup>45</sup> illustre bien le type de questions que les juges devraient se poser lorsqu'ils évaluent la nécessité. Parmi ces questions, mentionnons celle de savoir si l'opinion de l'expert proposé permettra au juge des faits de mieux comprendre les aspects techniques de la question en litige, celle de savoir si la preuve fournira des renseignements qui, selon toute vraisemblance, débordent le cadre de l'expérience du juge des faits et celle de savoir s'il est peu probable que le juge des faits rende un jugement juste sans l'aide du témoignage de l'expert. Se fondant sur l'arrêt *R. c. F.(D.S.)*<sup>46</sup>, la juge Charron a reconnu qu'il n'existe pas de règle absolue qui permette de tracer une limite entre ce qui entre dans l'expérience normale du juge ou du jury et ce qui n'en fait pas partie. Elle a également reconnu que le témoignage d'un expert qui porte sur la crédibilité présente une difficulté accrue pour le juge du fond lorsqu'il essaie d'appliquer le critère de la nécessité. Une preuve ne peut être déclarée nécessaire si elle est offerte simplement pour démontrer que le plaignant dit la vérité.

***Absence de règle d'exclusion et compétence de l'expert***

On ne peut passer sous silence les deux derniers critères de l'arrêt *Mohan*. Ils sont d'ailleurs relativement simples. Dans le cas des nouvelles théories scientifiques, où le juge ne peut profiter du contrôle des pairs, la compétence de l'expert peut revêtir une importance particulière.

La tendance actuelle semble être orientée vers le resserrement des critères d'admissibilité, surtout dans les cas mettant en cause l'opinion d'experts sur les comportements humains. La raison d'être de ce resserrement est bien résumée par un éminent juriste canadien dans les termes suivants :

« [TRADUCTION] Tout procès concerne invariablement le comportement humain et on trouve facilement des experts pour appuyer la qualification qu'une partie fait d'un comportement humain. Au risque de les mettre en péril, on ne sert pas les intérêts de la justice si l'on ne limite pas ces témoignages aux cas où ils sont vraiment nécessaires et où leur fiabilité peut être démontrée et

---

<sup>44</sup> *Id.*, aux paragraphes 29 et 30.

<sup>45</sup> *Supra*, note 25.

<sup>46</sup> (1999), 43 O.R. (3d) 609 (C.A. Ont).

si l'on n'exerce pas un contrôle rigoureux sur les cas dans lesquels ce genre de témoignage peut être présenté. »<sup>47</sup>

Bien qu'à l'exception du critère de la fiabilité, les critères de l'arrêt *Mohan* soient relativement faciles à appliquer dans le cas des théories ou techniques nouvelles relevant des sciences exactes, les nouvelles théories ou techniques relevant des sciences humaines ou conjecturales soulèvent des difficultés plus sérieuses. Avant d'admettre ces preuves, les juges du fond doivent être prêts à examiner d'un œil critique les éléments de preuve proposés à l'aide du microscope de la science et être disposés à examiner la dynamique du procès pour déterminer si le jury a besoin de l'aide d'un expert pour évaluer la preuve ou pour en tirer des inférences. Il est également important de mettre en balance les éventuels effets préjudiciables de la preuve avec sa valeur probante et de se demander si des consignes limitatives devraient être ajoutées aux directives au jury pour compléter la question de l'admission de la preuve.

## VII. PROCEDURE

La procédure constitue de toute évidence un aspect important du rôle de gardien que le juge est appelé à jouer. Bien que, dans l'arrêt *Terceira*, la Cour suprême ait confirmé que la question de la fiabilité des nouvelles théories ou techniques scientifiques soit essentiellement une question d'admissibilité de la preuve lorsque la preuve par prépondérance de preuve est une norme acceptable, le droit canadien ne propose pas une série complète des règles de procédure et de divulgation à suivre pour l'évaluation des témoignages d'experts. Pour pouvoir remplir cette tâche correctement, les juges ont besoin de règles de procédure claires et utiles qui leur permettent de recueillir des renseignements, d'évaluer l'opinion de l'expert et de mettre en balance la valeur probante et les effets préjudiciables. Les avocats ont également besoin de consignes claires au sujet de la portée de leurs obligations en matière de divulgation et des délais dans lesquels ils doivent agir.

À mon avis, l'évaluation de l'admissibilité des témoignages d'experts devrait être déterminée avant le procès, dans le cadre d'une procédure semblable à une enquête préalable. C'est d'ailleurs le type de procédure qui a cours aux États-Unis. Dans l'arrêt *Daubert*, la Cour a cité plusieurs règles de preuve fédérales, dont l'article 104 (a), qui oblige le

---

<sup>47</sup> D.M. PACIOCCO, « Coping with Expert Evidence About Human Behaviour », (1999) 25 *Queen's L.J.* 305, à la page 346.

juge à trancher les questions préliminaires concernant la compétence de l'expert et l'admissibilité de son témoignage, l'article 703, qui permet à l'expert de fonder son opinion sur des faits qui seraient autrement inadmissibles, l'article 104 (b), qui oblige le juge à insister pour que chaque élément de preuve se rapporte aux autres éléments de preuve pour assurer un fondement suffisant, et la règle 706, qui permet expressément au juge de faire témoigner l'expert de son choix. Des modifications ont par ailleurs été apportées aux dispositions relatives à la divulgation qui sont contenues à l'article 26 (a) des Règles de procédure civile fédérales, qui obligent les plaideurs à divulguer les opinions que l'expert entend exprimer, ainsi que leur fondement et leur justification.

Au Canada, les règles sont moins détaillées et, en règle générale, l'évaluation des témoins experts a lieu lorsque le procès est déjà en cours. De toute évidence, l'application du critère de l'arrêt *Mohan* exige la tenue d'un voir-dire, ce qui risque de prendre passablement de temps. Idéalement, cette procédure devrait avoir lieu avant l'ouverture du procès, pour donner au juge plus de temps pour statuer sur l'admissibilité de la théorie et pour décider s'il a besoin d'autres preuves pour pouvoir trancher cette question. Cette façon de procéder aiderait également les avocats, qui sauraient à l'avance si leur expert sera autorisé à témoigner. Une enquête ou une audience préalable obligerait les avocats à communiquer leur preuve à l'avance et notamment à divulguer la méthodologie sur laquelle reposent les conclusions de l'expert. L'absence de procédure préalable au procès et d'obligation de divulgation claire aggrave les difficultés associées au rôle de gardien que les juges canadiens sont appelés à jouer.

## CONCLUSION

La salle d'audience n'est pas l'endroit idéal pour évaluer une nouvelle théorie scientifique et le juge n'est pas la personne idéale pour le faire. Il est spécialement difficile pour les juges de se prononcer sur le bien-fondé d'une théorie scientifique et de faire la distinction entre le bien-fondé apparent et la fiabilité fondamentale ou entre l'admissibilité et la valeur probante. Dans ces conditions, certains auteurs continuent à préconiser un retour à un critère du type du critère de l'arrêt *Fry*. Le professeur américain Michael Graham<sup>48</sup> continue à affirmer que les juges ne sauraient jouer aux scientifiques amateurs et qu'ils devraient se

---

<sup>48</sup> M. GRAHAM, « The Expert Witness Predicament: Determining “Reliable” Under the Gatekeeping Test of Daubert, Kumho and Proposed Amended Rule 702 of the Federal Rules of Evidence », (2000) 54 *Univ. Miami L.R.* 316.

contenter comme auparavant de déterminer si une théorie explicative est suffisamment digne de foi pour la soumettre au juge des faits, en situant cette théorie dans le contexte du domaine auquel elle appartient. Dans les cas où il n'y a pas eu suffisamment de contrôle des pairs pour pouvoir prendre cette décision, le professeur Graham encourage le juge à se guider sur des indices particularisés de fiabilité en vérifiant si la théorie a été élaborée conformément aux méthodes habituellement utilisées par les experts du domaine. Dans un cas comme dans l'autre, le rôle du juge du fond consiste à se tourner vers les experts dans le domaine en cause pour qu'ils l'aident à décider si la théorie invoquée est suffisamment digne de foi. Le professeur Graham affirme que le rôle de gardien qui lui est confié ne saurait obliger le juge à s'assurer que la théorie avancée est vérifiée. Tout ce que le juge peut faire, c'est de décider qu'il y a suffisamment de garanties que la théorie est bien fondée pour en justifier l'acceptation par l'arbitre des faits.

À mon avis, le contrôle et l'évaluation par les pairs ne peuvent être des conditions préalables à l'admissibilité. Un tel critère supposerait un préjugé fortement défavorable contre les preuves scientifiques véritablement nouvelles, lesquelles peuvent être utiles au juge des faits. Les juges canadiens devraient être conscients des différences qui existent entre les sciences exactes et les sciences humaines lorsqu'ils évaluent la fiabilité d'une preuve et ils devraient se garder de trop assouplir les critères d'admissibilité dans les cas des théories découlant des sciences humaines qui sont véritablement nouvelles, mais ils ne devraient pas adopter la rigidité dont le tribunal a fait preuve dans l'arrêt *Frye*.

Dans le cas des sciences humaines, aussi appelées sciences conjecturales, il est préférable de commencer par l'examen plus facile de la nécessité et de ne se pencher sur la question de la fiabilité qu'une fois que l'utilité de la preuve a été confirmée. Pour évaluer la fiabilité, le tribunal pourrait envisager la possibilité de recourir à un *amicus curiae* et accorder plus d'importance au facteur du contrôle par les pairs que lorsqu'il s'agit de preuves fondées sur des sciences exactes. Les juges doivent être au courant des méthodes de recherche employées, se demander si elles sont vérifiables et s'assurer que l'opinion est fondée sur des faits qui peuvent être vérifiés. Par ailleurs, bien que le resserrement des critères dans le cas des témoignages d'experts en sciences humaines puisse être une mesure légitime dans bien des cas, les juges doivent prendre garde de ne pas s'aventurer trop loin sur le terrain de l'évaluation de la valeur probante et éviter d'exclure des éléments de preuve qui pourraient s'avérer utiles.

Dans le cas des sciences exactes et des autres formes de connaissances techniques, les juges sont mieux équipés pour tirer leurs propres conclusions. Nous devrions nous inspirer du large libellé de l'article 702 des règles américaines et ne pas tenter de qualifier le domaine de scientifique, technique ou spécialisé. Le juge du fond devrait plutôt se contenter d'essayer d'évaluer la solidité du domaine sur lequel l'expert fonde son opinion. Pour ce faire, il peut identifier l'hypothèse sur laquelle repose la théorie scientifique en question et vérifier si la méthodologie utilisée pour cette théorie scientifique est susceptible de produire des résultats précis. Le juge peut ainsi se demander si la méthodologie utilisée comporte des étapes logiques et systématiques ou si elle relève davantage d'hypothèses et de spéculations. Les tribunaux peuvent également se demander si une théorie déterminée porte sur une question empirique et quels sont les éléments de preuve qui démontrent jusqu'à quel point elle peut réaliser cette question empirique<sup>49</sup>. Une autre question à examiner est celle de savoir si la théorie se vérifie elle-même et s'il existe un consensus quelconque sur sa fiabilité. Une large gamme de facteurs peuvent être analysés. Aucun n'est déterminant et aucun ne doit obligatoirement être appliqué.

Les juges doivent aussi faire attention de ne pas s'égarer dans l'examen de questions de valeur probante et ils ne doivent pas se préoccuper des conclusions personnelles de l'expert, des faiblesses de l'application personnelle que l'expert fait de la théorie scientifique en cause ou de son opinion personnelle au sujet du bien-fondé de l'opinion de l'expert. La distinction entre la méthodologie et la conclusion doit être conservée, malgré l'arrêt *Joiner*. Par ailleurs, le tribunal doit être convaincu que les données appuient logiquement l'opinion de l'expert. Finalement, lorsqu'il examine l'avis contraire d'un expert qui prétend contester la compétence de l'expert dans son domaine, le juge du fond doit essayer de s'assurer que l'opinion de l'expert contredit vraiment la validité du fondement scientifique à la base de l'opinion avant de s'en servir pour exclure la preuve.

Le rôle de gardien n'est pas facile. Outre leur fonction déjà difficile d'analyse des besoins, des capacités et des réactions du jury, les juges doivent en plus examiner à la loupe des données scientifiques pour s'acquitter de leur rôle de gardien. Dans le cas des témoignages scientifiques, la distinction entre le bien-fondé apparent et la fiabilité fondamentale est pour le moins floue. Dans le cas des théories

---

<sup>49</sup> *Supra*, note 20, à la page 239.

scientifiques nouvelles, et spécialement dans le cas de celles qui reposent sur les sciences humaines, elle est encore plus nébuleuse. Pour donner un contenu aux critères de fiabilité et pour appliquer les autres critères de l'arrêt *Mohan* pour exercer son rôle de gardien, le juge doit se méfier d'une conséquence potentielle sérieuse. En essayant de faire en sorte que nous n'usurpions pas le rôle du jury, nous devons éviter de nous servir de notre fonction de gardien pour usurper nous-mêmes ce rôle.

Dans l'exercice de ce nouveau rôle de gardien, les juges du fond seront appelés à trancher les véritables controverses entre les scientifiques lorsqu'ils ont à se prononcer sur des preuves qui font l'objet d'un consensus restreint chez les scientifiques. Lorsque des tribunaux différents examinent une méthodologie scientifique à la lumière de critères d'analyse différents, il est inévitable qu'ils en viennent à des conclusions contradictoires au sujet de l'admissibilité. Suivant certains auteurs, le problème des contradictions entre les juges du fond exige que nous établissions des tribunaux spécialisés en matière scientifique ou des groupes consultatifs ou tribunaux d'appel scientifiques<sup>50</sup>. Pour de nombreuses raisons, ces suggestions ne sont peut-être pas pratiques ou créeraient d'autres problèmes.

Quoi qu'il en soit, pour le moment, à défaut de lignes directrices favorisant l'uniformisation des décisions en matière scientifique, les juges du fond devront tout simplement essayer d'en apprendre le plus possible au sujet de la science ou de la technologie en litige lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur l'admissibilité de ce type de preuve.

---

<sup>50</sup> John W. OSBORNE, « Judicial/Technical Assessment of Novel Scientific Evidence », (1990) 2 *U. of Ill. L. Rev.* 497.