

R. c. Potvin, [1989] 1 R.C.S. 525

Pierre Potvin *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada et
le procureur général de l'Ontario**

Intervenants

répertorié: r. c. potvin

N° du greffe: 20116.

1988: 6 octobre; 1989: 23 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest et Sopinka.

Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Justice fondamentale -- Procès équitable -- Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire -- L'article 643(1) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Présomption d'innocence -- Procès équitable -- Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire -- L'article 643(1) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit criminel -- Témoignages antérieurement recueillis -- Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire -- L'article 643(1) du Code porte-t-il atteinte aux art. 7 et 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit criminel -- Témoignages antérieurement recueillis -- Pouvoir discrétionnaire d'écarter cette preuve -- Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire -- Le juge du procès a-t-il le pouvoir discrétionnaire d'écarter la preuve lorsque les conditions de l'art. 643(1) du Code criminel sont réunies? -- Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant cette preuve?

Droit criminel -- Exposé au jury -- Témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé et utilisé au procès après le refus du témoin de témoigner au procès de l'accusé -- Témoin contre-interrogé par l'avocat de l'accusé à l'enquête préliminaire -- Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne prévenant pas le jury que la prudence était de rigueur avant d'admettre un témoignage recueilli antérieurement en l'absence d'un contre-interrogatoire tenu au procès? -- Une mise en garde

est-elle requise lorsqu'un témoignage recueilli antérieurement et produit au procès provient d'un complice? -- Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 643(1).

Droit criminel -- Exposé au jury -- Défaut de témoigner -- Les remarques du juge du procès concernant le fait que l'accusé n'a pas témoigné constituent-elles une violation de l'art. 4(5) de la Loi sur la preuve au Canada?

L'accusé et deux autres personnes présumées complices, D et T, ont été accusés de meurtre au deuxième degré. Le ministère public a d'abord porté des accusations contre l'accusé avec l'intention d'utiliser les deux autres comme témoins. Bien qu'il ait témoigné à l'enquête préliminaire, D a refusé de témoigner au procès de l'accusé. Le juge du procès a accueilli la demande du ministère public, présentée en application du par. 643(1) du *Code criminel*, d'introduire à titre de preuve le témoignage de D recueilli à l'enquête préliminaire et il a rejeté la prétention de l'accusé que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli porterait atteinte à ses droits reconnus par la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'accusé a été déclaré coupable et la Cour d'appel a rejeté son appel. La Cour a conclu que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli en vertu du par. 643(1) ne portait atteinte ni à l'art. 7 ni à l'al. 11d) de la *Charte* et que le juge du procès n'a commis aucune erreur en utilisant la preuve. La Cour a décidé que lorsque les conditions du par. 643(1) sont réunies le juge n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'exclure le témoignage, sous réserve peut-être du pouvoir discrétionnaire résiduel de *common law* défini dans l'arrêt *Wray*. La Cour a également conclu, après avoir examiné l'exposé au jury, que le juge n'avait pas attiré l'attention du jury sur l'abstention de l'accusé de témoigner à son procès, contrairement au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Elle a conclu de plus que la mise en garde du juge du procès au jury quant au danger d'accepter le témoignage de D n'était pas inadéquate.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Les juges Lamer, Wilson et Sopinka: Le paragraphe 643(1) du *Code criminel*, dans la mesure où il permet l'utilisation au procès criminel d'une déposition faite à l'enquête préliminaire lorsqu'un témoin ne peut ou ne veut pas témoigner, ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il prévoit que la preuve ne sera utilisée que si l'accusé a eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin au moment de sa déposition. Il est essentiel à notre système de justice qu'un accusé ait l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à charge. Mais le droit de confronter les témoins qui ne sont pas présents au procès n'est pas un principe reconnu ou essentiel de justice fondamentale. Dans la mesure où l'art. 7 garantit à l'accusé un procès équitable on ne peut affirmer, en l'absence de circonstances qui auraient éliminé ou diminué pour l'accusé l'occasion de contre-interroger le témoin au moment où le témoignage antérieur a été donné, que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli en application du par. 643(1) était inéquitable à l'égard de l'accusé. C'est l'occasion de contre-interroger, et non le contre-interrogatoire lui-même, qui est cruciale si on veut traiter l'accusé de façon équitable. Il en est de même du droit de l'accusé à un procès équitable garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte*.

Le paragraphe 643(1) du *Code* ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11*d*) de la *Charte* parce qu'en vertu du par. 643(1) il incombe à l'accusé, et non au ministère public, d'établir qu'il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à l'époque où la déposition a été faite. En l'absence de circonstances exceptionnelles qui n'existent pas en l'espèce, il est tout à fait raisonnable d'attendre d'un accusé qu'il prouve qu'il a été ou non privé de l'occasion voulue de contre-interroger le témoin. Après tout, seul l'accusé sait ce que représentait "l'occasion voulue" et dans quelle mesure cette occasion a été refusée ou restreinte. Il ne peut y avoir eu refus ou restriction que si l'on voulait ou souhaitait insister sur certaines questions et que l'on en a été empêché.

Le juge du procès n'a pas violé le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* en attirant l'attention du jury sur le fait que l'accusé n'a pas témoigné à son procès. Le paragraphe 4(5) exige quelque chose de plus qu'une simple allusion en passant au fait qu'un accusé n'a pas témoigné au procès. La première remarque du juge du procès fait partie d'une directive générale au jury au début de l'exposé. La seconde remarque semble être une remarque faite en passant. Même si la remarque pouvait causer un préjudice à l'accusé, elle est plus que compensée par les remarques claires et répétées du juge dans son exposé concernant le fardeau de la poursuite d'établir la culpabilité de l'accusé.

Un nouveau procès devrait cependant être ordonné, d'une part, parce que le juge du procès n'a pas donné l'interprétation appropriée au par. 643(1) du *Code* et, d'autre part, à cause de l'effet combiné de l'omission du juge du procès de mettre le jury en garde quant à l'utilisation du par. 643(1) et de la directive erronée selon laquelle la transcription du témoignage reçu à l'enquête préliminaire devrait être considérée de la même façon qu'un témoignage rendu au procès.

En vertu du par. 643(1) du *Code*, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'utiliser ou d'écarter le témoignage antérieur lorsque les conditions prévues dans l'article sont réunies. Le terme "peut", au par. 643(1), s'adresse au juge du procès et lui confère le pouvoir discrétionnaire de s'éloigner de l'application purement mécanique de l'article. Il faut donner à ce pouvoir discrétionnaire une interprétation suffisamment large pour couvrir le cas où le témoignage a été obtenu d'une façon inéquitable envers l'accusé et le cas où, son utilisation ne serait pas équitable envers l'accusé, même si la façon dont il a été obtenu était équitable envers l'accusé. Le paragraphe 643(1) confère donc au juge du procès un pouvoir discrétionnaire plus large que le principe traditionnel du droit de la preuve selon lequel les éléments de preuve devraient être écartés si leur effet préjudiciable est supérieur à leur valeur probante. En l'espèce, le juge du procès n'a pas bien saisi la nature et la portée de son pouvoir discrétionnaire en vertu du par.

643(1). Il a fait ressortir la grande valeur probante du témoignage mais il a omis d'accorder suffisamment d'importance à l'inéquité possible envers l'accusé qui pourrait résulter de la façon dont la preuve a été obtenue ou à l'effet de son utilisation sur l'équité du procès. La Cour d'appel a tenu pour acquis que le juge du procès n'avait pas d'autre pouvoir discrétionnaire que ce qui correspondait à la définition restrictive en *common law* de l'arrêt *Wray*. Ni l'un ni l'autre tribunal ne s'est demandé si, compte tenu des circonstances en l'espèce, le juge du procès aurait dû écarter la preuve en exerçant le pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1).

De plus, dans tous les cas où l'on produit en preuve un témoignage antérieur en vertu du par. 643(1) du *Code*, et particulièrement dans un cas comme celui-ci où l'absence du témoin au procès découle de sa décision délibérée de ne pas témoigner sous serment au procès devant le juge des faits, il est très souhaitable que le juge du procès rappelle au jury que celui-ci n'a pas eu l'occasion d'observer le témoin pendant son témoignage. L'omission de le faire ne constituera pas toujours une erreur donnant lieu à révision. En l'espèce, le juge du procès a aggravé la situation en donnant une directive qui avait pour but de donner au jury l'impression que la transcription du témoignage de D à l'enquête préliminaire était une preuve au même titre que tous les autres témoignages rendus au procès. Cela était inexact. Le témoignage de D était différent des autres témoignages entendus par le jury parce qu'il était le seul à ne pas avoir fait l'objet d'un contre-interrogatoire en présence du jury au procès. Son témoignage était crucial parce qu'il se voulait celui d'un témoin oculaire qui, s'il était cru, était presque concluant quant à la culpabilité de l'accusé.

Lorsque le témoignage d'un complice est produit en application du par. 643(1) du *Code*, il appartient dans chaque cas au juge du procès, selon son appréciation de toutes les circonstances, de décider si une mise en garde est nécessaire.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest: L'article 643 du Code criminel ne vise pas directement le ministère public ou le juge, bien qu'il ait des conséquences sur leur façon de s'acquitter de leurs obligations. La disposition vise un certain type de preuves. Elle les rend admissibles. Les parties peuvent donc l'invoquer au procès si elles le souhaitent. Mais la disposition ne prévoit pas que le témoignage antérieurement recueilli sera admis; elle prévoit plutôt qu'il pourra être lu à titre de preuve. Cela permet l'application des principes ordinaires du droit de la preuve, y compris l'application de la règle selon laquelle le juge du procès peut écarter une preuve admissible si son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante. Ce pouvoir discrétionnaire, qui tire son origine de l'obligation du juge d'assurer la tenue d'un procès équitable, n'est pas limité aux seuls cas où la preuve est extrêmement préjudiciable à l'accusé et de valeur probante modeste. En l'espèce, le juge du procès a mal compris qu'il existait un pouvoir discrétionnaire ou, plus probablement encore, quelle était sa nature. Il a souligné à plusieurs reprises la pertinence du témoignage sans considérer une seule fois son effet préjudiciable. Par conséquent, le juge du procès n'a pas exercé le pouvoir discrétionnaire qu'il lui incombait d'exercer afin d'assurer un procès équitable.

Pour ce qui est du reste, un accord est donné aux motifs des autres juges.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêt appliqué: *McConnell and Beer v. The Queen*, [1968] R.C.S. 802; **arrêts approuvés:** *R. v. Rodgers* (1987), 35 C.C.C. (3d) 50; *R. v. Davidson* (1988), 42 C.C.C. (3d) 289; **arrêt critiqué:** *R. v. Speid* (1988), 42 C.C.C. (3d) 12; **arrêts mentionnés:** *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. v. Hamilton* (1898), 2 C.C.C. 390; *R. v. Hall*, [1973] 1 All E.R. 1; *Ohio*

v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980); *Rose v. The King* (1946), 88 C.C.C. 114; *Lambert v. The Queen* (1974), 28 C.R.N.S. 238; *R. v. Devlin* (1976), 32 C.C.C. (2d) 334; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82; *R. v. Cole* (1980), 53 C.C.C. (2d) 269; *R. v. Oda* (1980), 54 C.C.C. (2d) 466; *R. v. Kaddoura* (1987), 56 Atla. L.R. 126; *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (C.A. Man.), conf. (1966), 50 C.R. 76 (C.S.C.); *R. v. Sophonow No. 2* (1987), 25 C.C.C. (3d) 415; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. v. Romanick* (1959), 2 Crim. L.Q. 471; *R. v. Waucash* (1966), 1 C.R.N.S. 262; *R. v. Moore* (1973), 17 C.C.C. (2d) 348; *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618.

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182; *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d), f), 12.

Code criminel, S.C. 1953-54, chap. 51, art. 619.

Code criminel, S.R.C. 1927, chap. 36, art. 999.

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 643(1).

Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 4(5).

Doctrine citée

Delisle, R. J. Annotation (1986), 50 C.R. (3d) 195.

Dougherty, Francis M. "Admissibility or Use in Criminal Trials of Testimony Given at Preliminary Proceeding by Witness not Available at Trial" (1985), 38 A.L.R. 4th 378.

Speyer, Christopher. "The discretion vested in the Court to admit or to exclude as evidence at trial depositions of witnesses taken at a preliminary inquiry pursuant to s. 619 of the Criminal Code" (1967), 1 C.R.N.S. 267.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.L. 300, 2 Q.A.C. 81, qui a rejeté l'appel de l'accusé de sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Alain Dumas et Line Boivin, pour l'appelant.

Michel Parent, pour l'intimée.

Jacques Letellier, c.r., et Karim Benyekhlef, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

S. Casey Hill, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

//Le juge La Forest//

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge La Forest rendus par

LE JUGE LA FOREST -- J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge Wilson. Je suis d'accord avec sa conclusion et, sous réserve de ce qui suit, avec son raisonnement. Je diffère cependant d'opinion sur le par. 643(1) du *Code criminel* et, par conséquent, sur l'origine du pouvoir discrétionnaire d'écarter le témoignage qu'il est permis de produire en vertu de cette disposition.

L'article 643, suivant mon interprétation, ne vise pas directement le ministère public ou le juge bien qu'il ait évidemment des conséquences sur leur façon de s'acquitter de leurs obligations. La disposition vise un certain type de preuves. Elle les rend admissibles. Les parties peuvent donc l'invoquer au procès si elles le souhaitent. Toutefois cette disposition ne prévoit pas que le témoignage antérieurement recueilli sera admis; elle prévoit plutôt qu'il pourra être lu à titre de preuve. Cela permet l'application des principes ordinaires du droit de la preuve, y compris l'application de la règle selon laquelle le juge du procès peut écarter une preuve admissible si son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante; voir l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, aux pp. 729 à 736; voir également *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82. L'arrêt le plus souvent cité à l'appui du pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve est *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, où il est mentionné dans une opinion incidente du juge Martland aux pp. 292 et 293, mais il s'agit simplement d'un postulat fondamental du droit de la preuve.

Comme le souligne ma collègue, certains ont donné à l'opinion incidente du juge Martland une interprétation qui limite ce pouvoir discrétionnaire aux seuls cas où la preuve est extrêmement préjudiciable à l'accusé et de valeur probante modeste. Je n'accepte pas cette interprétation restrictive du pouvoir discrétionnaire. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Corbett*, précité, aux pp. 736 à 740, cette interprétation restrictive qui remonte à une déclaration de lord du Parcq dans l'arrêt *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (C.P.), à la p. 192, a été rejetée depuis par la Chambre des lords: *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402. Selon cet arrêt et d'autres qui y sont mentionnés,

il est clair qu'en droit anglais le juge d'un procès criminel a toujours le pouvoir discrétionnaire d'écarter la preuve si, à son avis, son effet préjudiciable l'emporte considérablement sur sa valeur probante. Lord Fraser of Tullybelton l'explique ainsi, aux pp. 446 et 447:

[TRADUCTION] Dans ces circonstances, le juge a le pouvoir discrétionnaire d'écarter un élément de preuve non seulement si sa valeur probante est "insignifiante" -- voir l'arrêt *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182, 192 -- mais aussi dans tous les cas où son effet préjudiciable "serait disproportionné à sa valeur probante réelle" -- voir l'arrêt *Harris v. Director of Public Prosecutions* [1952] A.C. 694, 707, le vicomte Simon citant lord Moulton dans l'arrêt *Rex v. Christie* [1914] A.C. 545. À mon sens, la dernière expression signifie que le pouvoir discrétionnaire peut être exercé lorsque la valeur préjudiciable de l'élément de preuve serait considérablement supérieure à sa valeur probante.

Lord Diplock, aux pp. 433 et 434, le vicomte Dilhorne, aux pp. 438 et 439, et lord Salmon, à la p. 445, expriment des opinions semblables. Comme leurs Seigneuries l'expliquent clairement, le pouvoir discrétionnaire tire son origine de l'obligation du juge d'assurer la tenue d'un procès équitable; voir les opinions des mêmes juges aux pp. 437, 439 et 447 respectivement. Je partage leur opinion quant à la nature du pouvoir discrétionnaire.

Les remarques du juge du procès concernant la demande du ministère public d'utiliser le témoignage, remarques qui sont citées par ma collègue, montrent clairement que le juge du procès a mal compris qu'il existait un pouvoir discrétionnaire ou, plus probablement encore, quelle était sa nature. Il a souligné à plusieurs reprises la pertinence du témoignage sans considérer une seule fois son effet préjudiciable. Cela ressemble beaucoup à l'interprétation restrictive de ce pouvoir discrétionnaire, interprétation que j'ai rejetée. Par conséquent, j'estime que le juge du procès n'a pas exercé le pouvoir discrétionnaire qu'il lui incombait d'exercer afin d'assurer un procès équitable.

Pour cette raison et aussi parce que le juge du procès a donné au jury la directive erronée que le témoignage reçu à l'enquête préliminaire devrait être traité de la même façon qu'un témoignage donné de vive voix au procès, je suis d'avis, comme ma collègue, d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Je suis également d'avis de donner aux questions constitutionnelles les réponses qu'elle propose.

//Le juge Wilson//

Version française du jugement des juges Lamer, Wilson et Sopinka rendu par

LE JUGE WILSON -- La principale question que soulève ce pourvoi est de savoir si l'utilisation au procès de témoignages antérieurement recueillis, en application du par. 643(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), chap. C-46, par. 715(1)), et modifications, viole les droits reconnus à un accusé en vertu de l'art. 7 ou de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le pourvoi soulève aussi les questions de savoir si, dans l'hypothèse d'absence de violation de la *Charte*, le juge du procès a néanmoins commis une erreur en utilisant cette preuve, en ne faisant pas une mise en garde adéquate au jury quant au danger d'admettre le témoignage antérieur d'un complice sans contre-interrogatoire au procès et en mentionnant, contrairement au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, que l'appelant n'avait pas témoigné à son procès.

I. Les faits

Le 21 avril 1983, l'appelant Pierre Potvin, son amie Josée Thibault et Benoît Deschênes se sont rencontrés dans un bar et ont convenu de se rendre au domicile d'une connaissance, Paulette Liversain, et de lui voler ses bijoux. Ces trois personnes, accompagnées de deux autres amis,

sont arrivées au domicile de Mme Liversain à 2 h 30 le matin du 22 avril 1983. Les deux autres amis sont repartis peu de temps après leur arrivée pour aller chercher de la bière. Ce qui s'est passé par la suite n'est pas très clair. Mme Liversain a apparemment pris conscience des intentions des trois et a été violemment battue. Elle est morte par suite de ses blessures et l'appelant ainsi que Josée Thibault et Benoît Deschênes ont été accusés de meurtre au deuxième degré.

Le ministère public a d'abord porté des accusations contre l'appelant avec l'intention d'utiliser les deux autres comme témoins. Bien qu'il ait témoigné à l'enquête préliminaire, Benoît Deschênes a refusé de témoigner au procès de l'appelant. Le ministère public a alors demandé au juge que soit introduite à titre de preuve au procès de l'appelant, qui avait lieu devant un jury, la transcription du témoignage que Deschênes avait fait à l'enquête préliminaire, en application du par. 643(1) du *Code criminel*. Le juge du procès a conclu que les exigences du par. 643(1) du *Code criminel* avaient été respectées et que le témoignage antérieurement recueilli devrait être utilisé comme preuve au procès. Selon la défense présentée par l'appelant, ce n'était pas lui mais Josée Thibault et Benoît Deschênes qui avaient infligé les blessures fatales à Mme Liversain. L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.

II. Les dispositions législatives

Le paragraphe 643(1) du *Code criminel* prévoit ce qui suit:

643. (1) Lorsque, au procès d'un accusé, une personne qui a rendu témoignage au cours d'un procès antérieur sur la même inculpation ou qui a rendu témoignage au cours d'un examen de l'inculpation contre l'accusé ou lors de l'enquête préliminaire sur l'inculpation, refuse de prêter serment ou de rendre témoignage, ou si sont établis sous serment des faits dont il est raisonnablement permis de conclure que la personne

a) est décédée,

- b) est depuis devenue aliénée et est aliénée,
- c) est trop malade pour voyager ou pour témoigner, ou
- d) est absente du Canada,

et s'il est établi que son témoignage a été reçu en présence de l'accusé, ce témoignage peut être lu à titre de preuve dans les procédures, sans autre preuve, si le témoignage est donné comme ayant été signé par le juge ou le juge de paix devant qui il est censé avoir été recueilli, à moins que l'accusé n'établisse que le témoignage n'a pas été effectivement signé par ledit juge ou juge de paix ou qu'il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin.

Le paragraphe 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit:

4. . . .

(5) L'abstention de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat de la poursuite.

Les articles pertinents de la *Charte* prévoient:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

III. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

La Cour supérieure du Québec

Lorsque le ministère public a demandé que soit admise en preuve la transcription du témoignage que Benoît Deschênes avait fait à l'enquête préliminaire, le juge du procès a conclu que les conditions d'admission du témoignage prévues au par. 643(1) étaient réunies. Il a affirmé:

Dans le présent cas, les conditions prévues dans *La Reine - vs - Lambert*, cause citée par la Couronne, décision de notre Cour d'appel, les conditions se rencontrent et le fait qu'il s'agisse ici d'un meurtre me fait non pas conclure, avec beaucoup de respect pour ce qu'a soumis l'avocat de la défense, qu'une plus grande injustice en résulterait mais m'amène à conclure au contraire que dans une cause où il y a une accusation de cette importance, l'exercice de la discrétion judiciaire si les conditions prévues à l'article 643 se rencontrent, l'exercice doit être de façon positive dans le sens demandé par le ministère public.

Alors pour ces raisons et parce que les conditions requises par la Loi ont été établies à ma satisfaction par la Couronne, entre autres grâce à l'admission de la défense, et parce qu'il m'apparaît également dans l'intérêt supérieur de la justice que ce témoignage fasse partie de la preuve puisqu'en vertu des critères de la pertinence -- on avait oublié de soulever devant moi -- il est joliment pertinent.

J'en ai pris connaissance par anticipation parce que j'ai bien pensé que l'on pourrait me faire cette application ce matin. Il est joliment pertinent puisqu'il est l'un des trois, l'une des trois personnes vivantes qui étaient ou auraient été au domicile de la victime lorsque les événements se sont déroulés.

Alors ne nous interrogeons pas une seconde de plus quant à la pertinence de ce témoignage, témoignage qui a donné à l'enquête préliminaire l'occasion à l'accusé de contre-interroger. Le témoin a été contre-interrogé par deux (2) ou trois (3) personnes.

Alors malgré son humble effort -- et je dis noble entre guillemets -- pour sans doute rendre service à quelqu'un dans cette cause, son témoignage va être lu puisque c'est là ma décision.

Son témoignage va être lu aux jurés tout à l'heure et fera partie de la preuve comme tout autre témoignage rendu au cours de ce procès et le tout conformément aux dispositions mêmes du Code criminel qui demeure toujours la meilleure jurisprudence. Les termes mêmes du Code sont toujours la meilleure jurisprudence que l'on puisse me citer.

Il a cependant rejeté la prétention de l'appelant que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli porterait atteinte à ses droits reconnus par la *Charte*, en affirmant:

D'abord et pour trancher sur la question de la Charte, je fais droit à l'argument de votre confrère à l'effet que cette disposition du législateur, cette disposition du Code criminel prévue à la Loi -- c'est une Loi publique le Code criminel -- et qui reconnaît la discrétion au Tribunal, cette législation non seulement existe mais est prévue au Code Pénal Canadien et elle a fait l'objet, comme maître Parent l'a souligné, à différentes occasions, à certaines reprises elle a fait l'objet d'une interprétation et d'une application par les tribunaux.

Même si ces applications ou interprétations étaient antérieures à la Charte, je ne sache pas que l'article 643 que l'on invoque au soutien de la présente requête aille à l'encontre des dispositions de la Charte que m'a citées le savant procureur de la défense.

Que la procédure soit inusitée au sens qu'elle est rare -- et on a donné tout à l'heure une bonne interprétation ou une bonne explication du fait qu'elle est rare parce qu'heureusement dans ce pays des individus de l'acabit, de la trempe ou de la mollesse de celui que j'ai condamné ce matin sont rares eux aussi. Il y a un lien direct entre la rareté des individus de cet acabit et la rareté des cas qui font que la procédure est en un sens inusitée parce que rarement employée, je me réjouis à mon tour que ce soit rare.

Mais ce n'est pas le fait qu'elle soit rare, qu'elle soit inusitée, qui doit inciter le Tribunal à la mettre de côté à cause de la Charte et en général. Je ne vois pas, quant à moi, que cette procédure au caractère inusité rejoigne l'expression de la Charte qui est celui du traitement inusité.

D'ailleurs on se rend vite compte par la présence à proximité, dans la Charte, de l'adjectif et épithète "cruel", on se rend vite compte de l'esprit de la Charte et du sens qu'elle veut donner au mot "inusité".

L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.

La Cour d'appel du Québec

La Cour d'appel du Québec (les juges Montgomery, L'Heureux-Dubé et McCarthy) a rejeté l'appel de l'appelant en concluant que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli, quand les conditions du par. 643(1) du *Code criminel* sont remplies, ne porte atteinte ni à l'art. 7 ni aux al. 11d) ou f) de la *Charte*: (1986), 2 Q.A.C. 81. La Cour a également conclu que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en utilisant la preuve. La Cour a conclu que, lorsque les conditions du par. 643(1) sont réunies, le juge n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'exclure le témoignage antérieur de la preuve au procès, sous réserve peut-être du pouvoir discrétionnaire

résiduel de *common law* que cette Cour a défini dans l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272. Le juge McCarthy a affirmé au nom de la Cour d'appel, à la p. 84:

Quant à l'argument à l'effet que le juge du procès a mal exercé une discrétion que lui accorderait l'article 643 en admettant en preuve le témoignage rendu par Deschênes lors de l'enquête préliminaire, je ne le retiens pas. Le mot "peut" dans l'article 643 accorde un droit aux parties, non pas une discrétion au juge: **R. v. Tretter** (1975), 18 C.C.C. (2d) 82 (C.A. Ontario), à la page 89; **R. v. Oda**, **R. v. Lawson** (1981), 54 C.C.C. (2d) 466 (C.A. Colombie-Britannique), à la page 468. Admettre une preuve pertinente à la question en litige et de force probante signifiante peut avoir un effet défavorable à l'accusé sans être inéquitable: **R. v. Wray**, [1971] R.C.S. 272, à la page 293 (per Martland, J., pour la majorité).

La Cour d'appel a également conclu après avoir examiné l'exposé du juge au jury, que le juge n'avait pas, comme on l'avait prétendu, attiré l'attention du jury sur le fait que l'appelant n'avait pas témoigné à son procès, contrairement au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Elle a conclu de plus que la mise en garde du juge au jury quant au danger d'accepter le témoignage du complice présumé Benoît Deschênes n'était pas inadéquate selon l'arrêt de cette Cour *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811.

Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel le 26 mars 1987, [1987] 1 R.C.S. xii, et le Juge en chef a formulé par la suite les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 643 du *Code criminel*, dans la mesure où il permet à la poursuite de demander au juge du procès de lire à titre de preuve devant le jury le témoignage d'un complice donné à l'enquête préliminaire, lorsque ledit complice refuse de témoigner au procès, viole-t-il les art. 7, 11*d*) et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le recours à cet article est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

IV. Les questions en litige

L'appelant soutient que le par. 643(1) du *Code criminel*, tel qu'il a été appliqué en l'espèce, viole les droits que lui reconnaissent l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* et n'est pas justifié en vertu de son article premier. Subsidiairement, il affirme que le juge du procès a commis l'erreur de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1) pour refuser d'admettre la transcription en preuve dans les circonstances de l'espèce. En revanche, le ministère public allègue que la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge du procès n'a aucun pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1), une fois réunies les conditions prescrites par cet article, et que, même si le juge avait ce pouvoir discrétionnaire, il n'a pas commis d'erreur en refusant de l'exercer pour écarter le témoignage antérieur.

L'appelant prétend en outre que le juge du procès a commis une erreur en ne prévenant pas le jury que le recours au par. 643(1) est une procédure inusitée et que le témoignage de complices présumés ne devrait être admis qu'avec prudence, surtout quand ils ne sont pas contre-interrogés sur ce témoignage au procès, devant le jury. L'appelant soutient de plus que le juge du procès a commis une erreur en attirant l'attention du jury sur le fait que l'appelant n'avait pas témoigné à son procès, contrairement au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ces prétentions nous obligent à répondre aux questions suivantes:

a) Le paragraphe 643(1) du *Code criminel*, dans la mesure où il permet au juge du procès de lire à titre de preuve devant le jury le témoignage d'une personne donné à l'enquête préliminaire lorsque cette personne ne peut être contre-interrogée au procès, viole-t-il l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* et, dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en application de l'article premier de la *Charte*?

b) Les tribunaux d'instance inférieure ont-ils commis une erreur en décidant que le par. 643(1) du *Code criminel* ne confère pas au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'utiliser le témoignage lorsque les exigences de l'article sont remplies et, dans l'affirmative, le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'exerçant pas son pouvoir discrétionnaire de façon à empêcher que la transcription du témoignage de Deschênes à l'enquête préliminaire soit admise en preuve au procès?

c) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne prévenant pas le jury que l'utilisation d'un témoignage en application du par. 643(1) du *Code criminel* constitue une procédure inusitée et que la prudence devrait être de rigueur avant d'admettre le témoignage d'un complice contre un autre complice.

d) Le juge du procès a-t-il violé le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* en attirant l'attention du jury sur le fait que l'appelant n'avait pas témoigné pour sa propre défense?

a) *Le paragraphe 643(1): les questions constitutionnelles*

(1) L'article 7

L'appelant soutient que la possibilité pour l'accusé de contre-interroger au procès tous les témoins à charge, devant le juge des faits, est un principe de justice fondamentale et une condition de l'équité du procès. Cet argument est basé sur la proposition selon laquelle le juge des faits est incapable d'apprécier la crédibilité d'un témoin qui est physiquement absent au moment où le témoignage lui est présenté. Il est clair que c'est de crédibilité qu'il s'agit dans cet article puisqu'il exige expressément que le témoignage antérieur qui doit être utilisé au procès

ait été reçu en présence de l'accusé et que ce dernier ait alors eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin sur son témoignage.

J'estime que l'argument de l'appelant selon lequel le par. 643(1) viole l'art. 7 doit être rejeté. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 503, cette Cour a affirmé que les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système de justice. Cependant, notre système judiciaire a traditionnellement reconnu que le témoignage fait sous serment lors d'une procédure antérieure était admissible dans un procès criminel, si le témoin ne pouvait être présent au procès, parce que par exemple il était décédé, à la condition que l'accusé ait eu l'occasion de le contre-interroger au moment de la déposition initiale. Dans l'arrêt *R. v. Hamilton* (1898), 2 C.C.C. 390 (B.R. Man.), à la p. 406, le juge Bain souligne que l'article antérieur au par. 643(1) actuel trouve son origine dans la *common law*:

[TRADUCTION] C'est une règle fondée sur les principes de *common law* que, s'il y a preuve du décès d'un témoin, la preuve secondaire d'une déclaration qu'il a faite sous serment à un procès antérieur tenu entre les mêmes parties sera admise pourvu que les faits en cause soient essentiellement les mêmes et que la personne contre qui le témoignage doit être présenté ait eu le droit et l'occasion de contre-interroger le témoin: *Reg. v. Smith*, 2 Stark. 208 et note; Taylor on Evidence, {SS} 464.

De même, Wigmore dans son traité *Evidence* (Chadbourn rev. 1974), vol. 5, explique au {SS} 1370 pourquoi la pratique d'admettre un témoignage qui a déjà fait l'objet d'un contre-interrogatoire est conforme aux exigences relatives à la règle du oui-dire:

[TRADUCTION] {SS} 1370. **Les déclarations qui ont fait l'objet d'un contre-interrogatoire ne sont pas une exception à la règle du oui-dire.** La règle du oui-dire écarte la preuve testimoniale qui n'a pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire ({SS} 1362, ci-dessus). Par conséquent, lorsqu'une déclaration a *déjà fait l'objet d'un contre-interrogatoire* et est donc utilisée -- comme dans le cas d'une déposition ou d'un témoignage à un procès antérieur -- elle est reçue parce que la règle est respectée et non parce qu'une exception à la

règle est permise. La déclaration peut avoir été faite avant la tenue du procès actuel, mais si elle a déjà fait l'objet d'un contre-interrogatoire approprié, elle est conforme à la règle et n'a besoin d'aucune exception en sa faveur. Cela mérite d'être bien compris parce que cela fait intervenir toute la théorie de la règle:...

L'utilisation de témoignages recueillis antérieurement, lorsque l'accusé a eu l'occasion à ce moment-là de contre-interroger le témoin, est une pratique reconnue par les tribunaux du Royaume-Uni (voir l'arrêt *R. v. Hall*, [1973] 1 All E.R. 1 (C.A.), à la p. 7) et des États-Unis (voir l'arrêt *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980)). Les sources américaines sur le sujet, réunies par F. Dougherty dans "Admissibility or Use in Criminal Trials of Testimony Given At Preliminary Proceeding by Witness not Available at Trial" (1985), 38 A.L.R. 4th 378, sont intéressantes parce que le Sixième amendement de l'American Bill of Rights reconnaît expressément à l'accusé le droit [TRADUCTION] "d'être confronté avec les témoins à charge". Les tribunaux ont décidé que le droit de confrontation est respecté si l'accusé a eu l'occasion de contre-interroger le témoin au moment où le témoignage antérieur a été donné. À mon avis, il ressort de cette analyse qu'on ne peut affirmer que le droit invoqué par l'appelant de confronter un témoin qui ne peut être présent devant le juge des faits au procès est un précepte traditionnel ou fondamental de notre système juridique.

Dans la mesure où l'art. 7 garantit à l'accusé un procès équitable, peut-on affirmer que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli en application du par. 643(1) est inéquitable envers l'accusé? En l'absence de circonstances qui auraient éliminé ou diminué, pour l'accusé, l'occasion de contre-interroger au moment où le témoignage antérieur a été donné, je ne le pense pas. Sur ce point, je suis d'avis, avec égards, d'adopter l'affirmation suivante du juge Vancise de la Cour d'appel de la Saskatchewan, dans l'arrêt *R. v. Rodgers* (1987), 35 C.C.C. (3d) 50, aux pp. 60 et 61:

[TRADUCTION] Cette procédure porte-t-elle atteinte aux principes et préceptes fondamentaux sur lesquels sont fondés les principes de justice fondamentale? En d'autres termes, ces garanties procédurales sont-elles suffisantes pour assurer que l'audition du témoignage est conforme aux principes de justice fondamentale qui sont fondés sur la foi "en la dignité et la valeur de la personne humaine et sur la primauté du droit"? À mon avis, elles le sont. Les conditions dans lesquelles le témoignage est donné, y compris la solennité de l'occasion, sont telles qu'elles garantissent sa fiabilité et protègent les droits d'un accusé. La déposition est faite en audience publique, en présence de l'accusé, sous serment ou affirmation solennelle, et la personne contre qui on tente d'introduire cette déposition a l'occasion raisonnable de contre-interroger. Le témoignage est attesté quant à son exactitude par le juge devant qui il a été donné. Il ne s'agit pas d'un moyen d'introduire une preuve qui n'est pas admissible mais d'une procédure qui permet d'utiliser un témoignage qui autrement serait perdu. Son utilisation ou son admissibilité est prévue d'une façon qui est conforme à la protection complète des droits d'un accusé. Ces garanties, jointes aux circonstances restreintes dans lesquelles on peut recourir à la procédure, justifient son admission en preuve. La procédure est conforme aux principes de justice fondamentale et, à mon avis, l'art. 7 de la Charte n'a pas été violé.

Avec égards, je suis donc d'avis de rejeter la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Speid* (1988), 42 C.C.C. (3d) 12, à la p. 26, selon laquelle le par. 643(1) du *Code criminel* viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* parce que [TRADUCTION] "le droit d'un accusé de confronter les témoins à charge à son procès est un principe reconnu de justice fondamentale". À mon avis, les sources que j'ai mentionnées montrent que le droit de confronter des témoins qui ne seront pas présents au procès n'est pas un principe reconnu ou essentiel de justice fondamentale. Je souligne cependant au passage qu'il a été jugé dans l'arrêt *Speid*, précité, à la p. 26, que le par. 643(1) était justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*, en partie parce que son application n'était pas inéquitable envers l'accusé:

[TRADUCTION] L'exigence que la déposition du témoin ait été faite en présence de l'accusé et que celui-ci ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin contribue de façon importante à établir la fiabilité du témoignage et fournit des garanties suffisantes à l'accusé. De plus, le ministère public doit établir que le témoin est décédé, ou qu'il est devenu aliéné et est aliéné, ou qu'il est trop malade pour voyager ou pour témoigner ou, enfin, qu'il est absent du Canada. J'estime que ces garanties sont suffisantes pour justifier l'utilisation de la transcription du témoignage. Il est vrai que le juge des faits ne peut alors observer le comportement du témoin ni sa façon de témoigner. Néanmoins, la possibilité qu'a eue l'accusé de confronter et de contre-interroger le témoin en des occasions antérieures établit l'élément important requis de fiabilité qui rend la transcription admissible à bon droit.

À cet égard, voir également l'arrêt *R. v. Davidson* (1988), 42 C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.), aux pp. 296 à 298, où une formation différente de la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que [TRADUCTION] "il est clair que l'art. 643 n'est pas inconstitutionnel en raison de l'art. 7 de la Charte".

Quels sont alors les droits que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé quant à l'utilisation d'un témoignage antérieur? À mon avis, il est essentiel à notre système de justice que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin au moment de la déposition antérieure, si la transcription doit être produite comme preuve à charge dans un procès criminel. Cela est conforme au point de vue traditionnel selon lequel c'est l'occasion de contre-interroger, et non le contre-interrogatoire lui-même, qui est cruciale si on veut traiter l'accusé de façon équitable. Comme l'a souligné le professeur Delisle: Annotation (1986), 50 C.R. (3d) 195, à la p. 196:

[TRADUCTION] Si la partie adverse a eu l'occasion voulue de contre-interroger, elle ne peut être admise à se plaindre ultérieurement si elle n'a pas pleinement exercé ce droit.

Avec égards, je suis d'avis d'adopter les remarques suivantes du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Davidson*, précité, aux pp. 298 et 299:

[TRADUCTION] Un accusé n'est pas nécessairement privé de son droit constitutionnel à un procès équitable lorsque la déposition faite à une enquête préliminaire par un témoin essentiel, décédé depuis, est lue à titre de preuve au procès. Cependant, si dans un cas particulier un accusé établit qu'il n'a pas eu "l'occasion voulue" de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire parce que, par exemple, il a été privé du droit à l'assistance d'un avocat ou parce que la cour a imposé des restrictions injustifiées au contre-interrogatoire de l'avocat, les conditions du par. 643(1) n'ont pas été respectées et le témoignage reçu à l'enquête préliminaire n'est pas admissible en vertu de l'article. De plus, le droit constitutionnel d'un accusé à un procès équitable garanti par l'al. 11*d*) de la Charte exigerait également que le témoignage soit écarté lorsque l'accusé n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire.

Avec égards, je partage l'avis du juge Martin que l'accusé aurait un droit constitutionnel à ce que soit écartée la preuve d'un témoignage antérieur obtenu sans l'occasion voulue de contre-interroger le témoin. Lorsqu'on veut introduire la preuve en vue d'obtenir, à l'égard d'une infraction criminelle, une déclaration de culpabilité qui pourrait entraîner une peine d'emprisonnement, l'accusé est menacé d'être privé de sa liberté et de la sécurité de sa personne, ce qui ne peut être fait qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Comme je l'ai dit, c'est un principe de justice fondamentale que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à charge.

J'ajouterais que la nouvelle dimension constitutionnelle de cette question, en application de la *Charte*, jette un doute sur la validité actuelle de décisions antérieures à la *Charte* qui n'interprétaient pas le droit d'avoir l'occasion voulue de contre-interroger dans le sens large et généreux que lui mérite son statut constitutionnel. Pour des exemples d'une interprétation restrictive du contenu de ce droit, voir les arrêts *Rose v. The King* (1946), 88 C.C.C. 114 (B.R. Qué.), aux pp. 124 et 125, 153 et 154, et 178 et 179; *Lambert v. The Queen* (1974), 28 C.R.N.S. 238 (C.A. Qué.), aux pp. 244 et 245; *R. v. Devlin* (1976), 32 C.C.C. (2d) 334 (Div. d'app. C.S.N.-B.), à la p. 338.

L'appelant prétend qu'accorder l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire ne garantit pas nécessairement l'équité du procès. Il soutient notamment 1) que le juge des faits est privé de la possibilité d'évaluer la crédibilité du témoin par l'observation de son comportement; 2) que lorsque la déposition est faite à l'enquête préliminaire, sa crédibilité n'est pas en cause; et 3) que l'accusé peut avoir, à l'enquête préliminaire, des raisons stratégiques pour ne pas mettre à l'épreuve la crédibilité du témoin ou même pour ne pas le contre-interroger. Même si ces observations ont du mérite et pourraient avoir des conséquences préjudiciables pour

l'accusé, je ne crois pas qu'elles soient d'une importance et d'un effet tels qu'elles privent l'accusé des éléments fondamentaux d'un procès équitable. Les raisons, à mon avis, en sont les suivantes.

Je signale que, même s'il se peut qu'un accusé subisse un préjudice parce que le juge des faits ne peut évaluer la crédibilité d'un témoin par l'observation directe, il est tout aussi vrai que cet aspect du par. 643(1) peut jouer en faveur de l'accusé. Quoi qu'il en soit, puisque le par. 643(1) ne peut être invoqué que lorsque des conditions préalables strictes sont remplies par la partie qui veut produire en preuve le témoignage antérieur, ce n'est pas une disposition que le ministère public peut utiliser à volonté à son avantage ou comme un moyen de protéger des témoins à charge qui pourraient se révéler non crédibles devant le juge des faits.

S'il est vrai que la crédibilité n'est pas spécifiquement un point à déterminer à l'enquête préliminaire (voir *United States of America c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, le juge Ritchie, aux pp. 1080 et 1084; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, le juge McIntyre, aux pp. 836 et 837), cela ne signifie pas pour autant que l'accusé est pris au dépourvu ou injustement surpris par l'utilisation de la déposition faite à l'enquête préliminaire s'il advient ensuite que le témoin ne peut plus être présent. Si le juge qui préside une enquête préliminaire tente de restreindre le contre-interrogatoire conçu pour évaluer la crédibilité d'un témoin, et que la déposition de ce témoin est ensuite admise au procès, en vertu du par. 643(1), il se peut qu'il y ait alors violation du droit de l'accusé, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, d'avoir l'occasion voulue de contre-interroger le témoin.

Quant au préjudice que pourrait subir un accusé par suite d'une décision tactique de son avocat de ne pas insister sur certaines questions à l'enquête préliminaire à l'égard d'un témoin qui pourrait ultérieurement ne pas être présent au procès, je suis entièrement d'accord avec la remarque du juge Martin dans l'arrêt *Davidson*, précité, à la p. 298:

[TRADUCTION] À mon avis, un accusé n'est pas privé de "l'occasion voulue" de contre-interroger un témoin à l'enquête préliminaire simplement parce que son avocat, pour des raisons de tactique, a mené un contre-interrogatoire différent de ce qu'il aurait fait au procès, pourvu que le juge provincial devant qui l'enquête préliminaire se tient n'ait pas imposé de restrictions injustifiées au contre-interrogatoire.

Bref, je suis d'avis que le par. 643(1) du *Code criminel*, dans la mesure où il permet l'utilisation au procès criminel d'une déposition faite à l'enquête préliminaire, lorsqu'un témoin ne peut ou ne veut pas témoigner, ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il prévoit que la preuve ne sera utilisée que si l'accusé a eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin au moment de sa déposition.

(2) L'alinéa 11d)

Quant à la prétention de l'appelant qu'il a été privé d'un procès équitable selon l'al. 11d) de la *Charte*, je suis d'avis de conclure, pour les raisons déjà mentionnées dans l'étude de la prétention fondée sur l'art. 7, qu'elle doit également être rejetée si son droit constitutionnel d'avoir eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin a été respecté. Cependant l'al. 11d) de la *Charte* soulève une autre question. La présomption d'innocence que protège l'al. 11d) est-elle violée parce qu'en vertu du par. 643(1) du *Code criminel*, il incombe à l'accusé, et non au ministère public, d'établir qu'il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à l'époque où la déposition a été faite?

Aux termes du par. 643(1) du *Code criminel*, l'accusé doit établir que ses droits ont été violés en raison de l'utilisation d'une déposition au sujet de laquelle il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin. À mon avis, cela est très différent d'une disposition qui exige d'un accusé qu'il réfute un élément essentiel de l'infraction (voir l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103) ou un élément substitué à un élément essentiel d'une infraction (voir l'arrêt *R. c. Vaillancourt*,

[1987] 2 R.C.S. 636). Il me semble que cela est aussi très différent d'une disposition qui prévoit expressément que, si l'accusé ne prouve pas un certain fait selon la prépondérance des probabilités, il y aura déclaration de culpabilité (voir l'arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3). En l'absence de circonstances exceptionnelles qui n'existent pas en l'espèce, il me semble tout à fait raisonnable d'attendre d'un accusé qu'il prouve qu'il a été ou non privé de l'occasion voulue de contre-interroger le témoin. Après tout, seul l'accusé (ou son avocat) sait ce que représentait "l'occasion voulue" et dans quelle mesure cette occasion a été refusée ou restreinte. Il ne peut y avoir eu refus ou restriction que si l'on voulait ou souhaitait insister sur certaines questions et que l'on en a été empêché.

b) *Le paragraphe 643(1): y a-t-il un pouvoir discrétionnaire?*

La Cour d'appel a conclu que le par. 643(1) du *Code criminel* ne confère pas au juge du procès un pouvoir discrétionnaire d'utiliser ou d'écarter le témoignage antérieur lorsque les conditions prévues dans l'article sont réunies. Le juge McCarthy a affirmé que "Le mot 'peut' dans l'article 643 accorde un droit aux parties, non pas une discrétion au juge" (p. 84). Cette conclusion, était conforme à celle de la plupart mais pas de la totalité des cours d'appel qui ont examiné la question: voir *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82 (C.A. Ont.); *R. v. Cole* (1980), 53 C.C.C. (2d) 269 (C.A. Ont.); *R. v. Oda* (1980), 54 C.C.C. (2d) 466 (C.A.C.-B.); *R. v. Kaddoura* (1987), 56 Alta. L.R. 126 (C.A.) Pour l'opinion contraire voir *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (C.A. Man.), conf. (1966), 50 C.R. 76 (C.S.C.); *R. v. Sophonow No. 2* (1987), 25 C.C.C. (3d) 415 (C.A. Man.)

Je suis d'avis que "peut" au par. 643(1) s'adresse non pas aux parties mais au juge du procès. Je pense que ce terme lui confère le pouvoir discrétionnaire d'écarter le témoignage antérieur dans des circonstances où son utilisation aurait un effet inéquitable envers l'accusé. Je

m'empresse cependant d'ajouter que ces circonstances seront relativement rares et que le pouvoir discrétionnaire de prévenir l'inéquité n'est pas un pouvoir général de contrecarrer l'objet du par. 643(1) en écartant automatiquement la preuve du témoignage antérieur.

Ce n'est pas avant la révision du *Code criminel* en 1955 que le mot "peut" a été inséré dans l'article qui a précédé le par. 643(1): voir S.C. 1953-54, chap. 51, art. 619. Avant cela, la disposition prévoyait qu'une fois remplies les conditions d'admission de la déposition antérieure, la déposition était "lue comme témoignage dans la poursuite". Par exemple, dans la révision de 1927 du *Code criminel*, S.R.C. 1927, chap. 36, art. 999, la disposition qui précédait l'actuel par. 643(1) disait:

999. Si, au procès d'un prévenu, preuve est apportée sous serment ou affirmation, de faits tels, que l'on puisse raisonnablement en inférer qu'une personne dont la déposition a été faite à quelque procès antérieur sur la même accusation ou dont la déposition a déjà été reçue à l'enquête sur l'accusation portée contre lui, est décédée, ou est malade au point de ne pouvoir voyager, ou est absente du Canada, ou si cette personne refuse de prêter serment ou de rendre témoignage, et s'il est prouvé que cette déposition a été faite ou reçue en présence du prévenu, et que ce dernier ou son conseil ou sollicitateur, s'il était présent, a eu pleine liberté de contre-interroger le témoin, en ce cas, s'il appert que la déposition a été signée par le juge ou par le juge de paix devant qui elle paraît avoir été reçue, elle est lue comme témoignage dans la poursuite, sans autre preuve de son authenticité, à moins qu'il ne soit établi que cette déposition n'a pas, de fait, été signée par le juge ou par le juge de paix qui paraît l'avoir signée.

Après la révision de 1955, l'art. 619 disait:

619. (1) Lorsque, au procès d'un accusé, une personne qui a rendu témoignage au cours d'un procès antérieur sur la même inculpation ou qui a rendu témoignage au cours d'un examen de l'inculpation contre l'accusé ou lors de l'enquête préliminaire sur l'inculpation, refuse de prêter serment ou de rendre témoignage, ou si des faits sont établis sous serment dont il est raisonnablement permis de conclure que la personne

a) est décédée,

b) est depuis devenue aliénée et est aliénée,

c) est trop malade pour voyager, ou

d) est absente du Canada,

et s'il est établi que son témoignage a été reçu en présence de l'accusé, ce témoignage peut être lu à titre de preuve dans les procédures sans autre preuve, si le témoignage est donné comme ayant été signé par le juge ou le juge de paix devant qui il est censé avoir été recueilli, à moins que l'accusé n'établisse que le témoignage n'a pas été effectivement signé par ledit juge ou juge de paix ou qu'il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin.

(2) Les dépositions prises lors de l'enquête préliminaire ou autre examen portant sur une inculpation d'accusé, peuvent être lues à titre de preuve lors de la poursuite de l'accusé pour toute autre infraction, sur la même preuve et de la même manière, à tous égards, qu'elles pourraient être légalement lues lors de la poursuite de l'infraction dont l'accusé était inculpé lorsque ces dépositions ont été prises.

L'emploi de l'indicatif présent qui exprime l'obligation ("est lue"), dans la formulation initiale du par. 643(1), et l'addition en 1955 du verbe "peut" exprimant la faculté ("peut être lu"), me permettent de penser que la Cour d'appel fait erreur si elle croit que le mot "peut" indique un droit accordé aux parties de lire en preuve le témoignage antérieur. Ni le sens littéral du terme ni l'objet de la disposition dans laquelle il se trouve ne justifient cette interprétation. Je pense qu'il faut présumer que le Parlement en modifiant l'article avait l'intention d'apporter des changements à son mode d'application. Le verbe "pouvoir" est couramment employé pour exprimer un pouvoir discrétionnaire tandis que l'indicatif présent est utilisé pour exprimer une obligation. Par exemple, c'est ainsi que cette Cour a interprété l'expression "sont écartés" du par. 24(2) de la *Charte* (voir *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, aux pp. 646 à 648) et le terme "peut" de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* (voir *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670). Après l'insertion du verbe "peut" dans l'article, les juges des procès ont, à mon avis, correctement interprété l'article comme leur donnant le pouvoir discrétionnaire de ne pas utiliser le témoignage antérieur même si les autres conditions de l'article étaient remplies: voir *R. v. Romanick* (1959), 2 Crim. L.Q. 471 (C. cté Ont.); *R. v. Bannerman*, précité; *R. v. Waucash* (1966), 1 C.R.N.S. 262 (C.S. Ont.); *R. v. Moore* (1973), 17 C.C.C. (2d) 348 (H.C. Ont.) Voir également C. Speyer, "The discretion vested in the Court to admit or to exclude as evidence at trial depositions of witnesses

taken at a preliminary inquiry pursuant to s. 619 of the Criminal Code" (1967), 1 C.R.N.S. 267, pour une analyse de ce pouvoir discrétionnaire.

J'estime que l'interprétation préférable du par. 643(1) est de dire que le verbe "peut" s'adresse au juge du procès et lui confère un pouvoir discrétionnaire de prévenir toute inéquité qui pourrait autrement résulter d'une application purement automatique de cet article. Peu importe la situation qui existait avant la révision de 1955, que l'expression "est lue" conférât ou non à la partie qui invoquait l'article et remplissait ses exigences, un droit absolu de produire le témoignage antérieur, je ne crois pas qu'il soit logique d'interpréter l'expression "peut être lu", qui l'a remplacée, comme conférant un pouvoir discrétionnaire aux parties. Le pouvoir discrétionnaire dont les parties disposent est celui d'invoquer ou non l'article. Lorsqu'une partie invoque cet article et se conforme à ses conditions, il appartient au juge de décider si le témoignage antérieur devrait être utilisé au procès. Cette interprétation est logique, compte tenu de l'objet de la disposition, et évite le danger que comporterait la "règle rigide" que mentionne Wigmore dans son ouvrage *Evidence, op. cit.*, au {SS} 1371:

[TRADUCTION] Mais bien que cette théorie soit une conséquence presque inévitable du principe général, il vaut la peine d'examiner les conséquences possibles de son imprécision, comme avertissements contre une rigidité incompatible établie dans d'autres applications du principe général. Car, d'une part, le témoignage qui a déjà fait l'objet d'un contre-interrogatoire, aussi approfondi soit-il, par une partie qui n'est plus partie au litige et qui n'a pas de lien avec la partie adverse actuelle est écarté ({SS} 1388 *infra*); alors que d'autre part, selon cette théorie, le témoignage qui n'a jamais fait l'objet d'un contre-interrogatoire par suite de la négligence, de la fraude ou de l'incompétence de l'avocat ou d'une partie intéressée est admis, si la simple occasion de le mettre à l'épreuve a pu exister. Globalement, les deux propositions pèchent en tentant de créer une règle rigide. Nul doute qu'habituellement l'existence d'une simple occasion de contre-interroger peut-être considérée comme une garantie suffisante; et nul doute qu'habituellement seule une partie intéressée ferait un contre-interrogatoire suffisant. Mais il faut laisser une certaine latitude pour les cas exceptionnels qui vont certainement se présenter. Le tribunal de première instance devrait avoir un pouvoir discrétionnaire.

Quels sont alors la nature et l'objet du pouvoir discrétionnaire que confère le par. 643(1) au juge du procès d'écarter la preuve au procès même dans les cas où les conditions de l'article ont été remplies? À mon avis, il y a deux types principaux de situations irrégulières que pourrait viser le pouvoir discrétionnaire. Premièrement, le pouvoir discrétionnaire pourrait viser à remédier aux cas d'inéquité dans la façon d'obtenir la preuve. Bien que le Parlement ait prévu les conditions précises quant à la façon dont le témoignage antérieur doit avoir été obtenu pour être admis en vertu du par. 643(1) (la plus importante étant évidemment que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin), le Parlement a pu avoir l'intention de conférer au juge un pouvoir discrétionnaire dans les rares cas où le respect des conditions du par. 643(1) ne garantit aucunement que la preuve a été obtenue d'une manière équitable envers l'accusé. Ce serait évidemment s'éloigner de l'interprétation traditionnelle de *common law* selon laquelle la façon dont la preuve est obtenue, sous réserve de quelques exceptions bien établies comme la règle de l'aveu, n'est pas pertinente relativement à la question de son admissibilité, mais ce serait par ailleurs se conformer à l'interprétation contemporaine des exigences accrues en matière d'équité dans le processus décisionnel. Un exemple d'inéquité dans l'obtention du témoignage pourrait être le cas où, bien que le témoin ait été temporairement à l'extérieur du Canada, le ministère public aurait pu s'assurer de sa présence au procès en fournissant un minimum d'efforts. Un autre exemple pourrait être celui où le ministère public savait à l'époque où le témoignage a été reçu que le témoin ne pourrait témoigner au procès mais n'en a pas informé l'accusé qui aurait pu tirer alors meilleur profit de l'occasion de contre-interroger le témoin. Le législateur a pu avoir à l'esprit ce genre de circonstances reliées à l'obtention de la preuve au cours de l'étape antérieure pour justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge quant à son utilisation au procès.

Une autre situation que le pouvoir discrétionnaire pouvait viser est l'effet de l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli sur l'équité du procès lui-même. Cette préoccupation

découle du principe du droit de la preuve suivant lequel les éléments de preuve peuvent être écartés s'ils sont très préjudiciables à l'accusé et ont peu de valeur probante: voir les arrêts *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (C.P.), à la p. 192; *R. c. Wray*, précité, à la p. 295; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, à la p. 201. La façon dont la preuve a été obtenue peut ne pas être pertinente selon ce principe.

En pratique, les deux types de situation que peut viser le pouvoir discrétionnaire ne sont pas aussi différentes que l'analyse précédente pourrait le laisser entendre. Comme on l'a reconnu dans le contexte constitutionnel du par. 24(2) de la *Charte*, l'inéquité dans la façon dont la preuve est obtenue peut avoir un effet important sur l'équité du procès: voir les arrêts *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233. Par conséquent, le par. 643(1) du *Code* devrait, à mon avis, être interprété comme conférant au juge du procès un pouvoir discrétionnaire plus large que le principe traditionnel du droit de la preuve selon lequel les éléments de preuve devraient être écartés si leur effet préjudiciable est supérieur à leur valeur probante. Avec égards, je ne peux partager à ce sujet l'avis du juge Martin qui, bien qu'il n'interprète pas le par. 643(1) comme conférant un pouvoir discrétionnaire au juge, a néanmoins conclu que l'article s'appliquait sous réserve [TRADUCTION] "du pouvoir discrétionnaire limité reconnu dans l'arrêt *La Reine c. Wray*"; voir *Tretter*, à la p. 89.

À mon avis, dès lors que l'on accepte que le par. 643(1) donne au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de s'éloigner de l'application purement mécanique de l'article, il faut donner à ce pouvoir discrétionnaire une interprétation suffisamment large pour couvrir les deux types de situations, c'est-à-dire le cas où le témoignage a été obtenu d'une façon inéquitable envers l'accusé et le cas où, même si la façon de l'obtenir était équitable envers l'accusé, son utilisation ne serait pas équitable envers l'accusé. Je souligne que, dans les deux situations, le pouvoir discrétionnaire ne devrait être exercé qu'après avoir soupesé ce que j'ai appelé les "deux

préoccupations opposées et souvent incompatibles" du traitement équitable de l'accusé et de l'intérêt de la société dans l'utilisation d'éléments de preuve probants en vue de faire ressortir la vérité dans l'affaire: voir *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, aux pp. 392 et 393. En raison des réserves exprimées quant à la formulation restrictive du pouvoir discrétionnaire de *common law* dans l'arrêt *Wray*, précité (voir *Morris c. La Reine*, précité, à la p. 202; *Clarkson c. La Reine*, aux pp. 392 et 393; *R. c. Corbett*, précité, aux pp. 738 et 739), je crois que rien n'exige ni ne justifie l'introduction d'une restriction similaire dans le pouvoir discrétionnaire que confère le par. 643(1). Le juge du procès devrait plus se préoccuper de protéger l'accusé contre l'inéquité que d'utiliser des éléments de preuve probants "sans trop tenir compte de l'équité du processus décisionnel" (voir *Clarkson*, à la p. 393).

Il s'ensuit que je ne peux accepter cette interprétation fondée sur une règle absolue que la Cour d'appel du Manitoba a adoptée à ce sujet dans l'arrêt *Sophonow*, précité. Cette Cour semble dire que l'importance même de la preuve exige qu'on l'écarte. Par exemple, le juge Huband de la Cour d'appel affirme catégoriquement, à la p. 432, que le par. 643(1) [TRADUCTION] "n'a jamais eu pour objet de s'appliquer à un témoin essentiel dont le témoignage pourrait créer une injustice envers l'accusé si le jury n'a pas la possibilité d'observer son comportement et ses réactions en contre-interrogatoire". J'estime que cette affirmation n'est pas conforme à l'objet du par. 643(1) qui vise à assurer qu'une preuve, même importante et de très grande valeur probante, ne soit pas perdue parce que le témoin ne témoignera pas au procès. Comme le juge Vancise de la Cour d'appel l'a affirmé dans l'arrêt *Rodgers*, précité, à la p. 63 [TRADUCTION] "rien dans l'article n'en restreint l'application à des éléments de preuve qui ne sont pas essentiels à la preuve de la poursuite".

En l'espèce, je suis d'avis que le juge du procès n'a pas bien saisi la nature et la portée de son pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1). Il a fait ressortir la grande valeur probante du

témoignage de quelqu'un qui se trouvait au domicile de la victime au moment où les événements se sont produits mais il a omis, à mon avis, d'accorder suffisamment d'importance à l'inéquité possible envers l'accusé qui pourrait résulter de la façon dont la preuve a été obtenue ou à l'effet de son utilisation sur l'équité du procès. La Cour d'appel a tenu pour acquis que le juge du procès n'avait pas d'autre pouvoir discrétionnaire que ce qui correspondait à la définition restrictive en *common law* de l'arrêt *Wray*. Ni l'un ni l'autre tribunal ne s'est demandé si, compte tenu des circonstances de l'espèce, le juge du procès aurait dû écarter la preuve en exerçant son pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1).

Il ne fait aucun doute qu'en l'espèce, la décision d'exercer ou non le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi n'aurait pas été facile à prendre. Militait en faveur de l'admission de la preuve, l'absence d'allégation que la façon dont le témoignage de Deschênes avait été obtenu était inéquitable envers l'accusé. En outre, l'avocat de l'appelant a exercé son droit de contre-interroger Deschênes à l'enquête préliminaire et il y a eu un certain contre-interrogatoire. Le témoignage de Deschênes a également été corroboré partiellement (dans la mesure où celui-ci désignait Potvin comme le coupable) dans le témoignage de Thibault au procès. Militait également en ce sens l'élément souligné par le juge du procès, savoir la grande valeur probante du témoignage de Deschênes. Le témoignage se présentait comme le récit d'un témoin qui avait vu l'appelant frapper et tuer la victime. Par contre, étant donné la défense de l'appelant selon laquelle il avait été un témoin passif et que c'était Deschênes, le témoin absent, qui avait en réalité frappé et tué la victime, la question de la crédibilité de Deschênes était évidemment essentielle à la décision du juge des faits d'admettre ou de rejeter la version des faits présentée par Deschênes. Et pourtant le jury n'avait pas eu l'occasion d'observer le comportement de Deschênes pour l'aider à évaluer la crédibilité de ce témoin.

Il n'appartient cependant pas à cette Cour de trancher cette question qu'il convient de renvoyer à un juge du procès pour qu'il se prononce en tenant dûment compte de la nature et de l'étendue de son pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1).

c) *Les mises en garde*

L'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur en ne mettant pas le jury en garde contre le danger d'admettre un témoignage et de tenter d'en évaluer la crédibilité sans contre-interrogatoire en sa présence et en ne le mettant pas en garde non plus contre le danger d'admettre le témoignage d'un complice sans contre-interrogatoire au procès. Je suis d'avis que, dans tous les cas où l'on produit en preuve un témoignage antérieur, en vertu du par. 643(1), il est très souhaitable que le juge du procès rappelle au jury que celui-ci n'a pas eu l'occasion d'observer le témoin pendant son témoignage. Cela ne signifie pas que l'omission de le faire constituera toujours une erreur donnant lieu à révision, mais une mise en garde semble particulièrement souhaitable dans un cas comme celui-ci où l'absence du témoin au procès ne découle pas d'un événement imprévisible comme le décès ou la maladie mais de sa décision délibérée de ne pas témoigner sous serment devant le juge des faits.

En outre, il y a eu plus qu'une simple omission de mettre le jury en garde en l'espèce. Le juge du procès a aggravé la situation en donnant la directive suivante au jury:

La Loi étant bien faite, la Loi étant conçue et faite pour que la vérité puisse toujours éclater devant nos Tribunaux, pour que ceux qui sont appelés à juger n'aient pas des demi-vérités devant eux mais des vérités qui soient les plus complètes possibles, j'ai permis à la demande de la Couronne que l'on applique un article du Code Criminel que je vous ai alors expliqué et qui permet dans un tel cas -- un témoin malade, décédé, qui refuse de témoigner -- qui permet à certaines conditions que son témoignage précédemment rendu, comme ce fut le cas dans celui-ci lors de l'enquête préliminaire, soit lu, soit communiqué aux jurés, témoignage précédemment rendu sous serment comme les autres témoins que vous avez entendus.

Et je vous ai dit que ce témoignage faisait preuve devant vous comme tous les autres témoignages que vous avez entendus. Quand je dis "fait preuve", c'est à vous et à vous seuls de décider s'il prouve. Et, s'il prouve, ce qu'il prouve. Mais ça constitue de la preuve comme tous les autres.

Cette directive avait apparemment pour but de donner au jury l'impression que la transcription du témoignage de Deschênes à l'enquête préliminaire était une preuve au même titre que tous les autres témoignages rendus au procès. Je pense que cela était inexact. Le témoignage de Deschênes était différent des autres témoignages entendus par le jury parce qu'il était le seul à ne pas avoir fait l'objet d'un contre-interrogatoire au procès. Deschênes n'était pas simplement dans la situation d'un témoin qui, pour cause de mort, de maladie ou d'absence du Canada, ne pouvait plus témoigner au procès. Il était un coaccusé de l'appelant qui, selon la thèse de la défense, était impliqué directement dans le crime et qui, pour une raison ou pour une autre, a refusé de témoigner devant le jury. Son témoignage était crucial parce qu'il se voulait celui d'un témoin oculaire qui, s'il était cru, était presque concluant quant à la culpabilité de l'appelant. Compte tenu des circonstances de l'espèce, je ne peux accepter que cette directive erronée du juge du procès au jury n'ait entraîné aucune erreur judiciaire.

Bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire de le faire, étant donné mon opinion sur l'effet combiné de l'omission d'avertir le jury du danger d'admettre le témoignage de Deschênes et de la directive erronée donnée par le juge selon laquelle la transcription de son témoignage à l'enquête préliminaire devait être considérée comme une preuve au même titre que tous les autres témoignages rendus au procès, je crois qu'il est important d'examiner la prétention de l'appelant qu'une mise en garde était nécessaire selon l'arrêt *Vetrovec*, précité, de cette Cour, parce que Deschênes faisait partie de la catégorie des complices.

Dans l'arrêt *Vetrovec*, cette Cour a conclu qu'aucune règle de droit n'exigeait que le juge mette le jury en garde contre le danger d'admettre le témoignage d'un complice et que le témoignage d'un complice soit corroboré. L'appelant soutient que, dans le contexte du par. 643(1), une interprétation conforme aux décisions antérieures à l'arrêt *Vetrovec* s'impose. Dans ses plaidoiries, le ministère public semble accepter ce retour aux complications de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Vetrovec* en faisant valoir que le témoignage de Deschênes a été corroboré par le témoignage de la coaccusée Thibault au procès. Avec égards, je suis d'avis de rejeter à la fois la prétention de l'appelant qu'une mise en garde particulière est requise lorsque le témoignage d'un complice est produit en application du par. 643(1) et celle de l'intimée que la corroboration écarte d'elle-même le danger associé à l'admission du témoignage de Deschênes. À mon avis, l'arrêt *Vetrovec* rejette les catégories formalistes et définies d'avance en matière de fiabilité des témoignages tant à l'égard des mises en garde que de la corroboration. Dans chaque cas, il appartient au juge du procès, selon son appréciation de toutes les circonstances et, si je puis ajouter, le sens commun, de décider si une mise en garde est nécessaire.

d) *Le paragraphe 4(5) de la Loi sur la preuve au Canada*

L'appelant attire l'attention de la Cour sur deux extraits de l'exposé du juge au jury et soutient qu'ils violent le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* parce qu'ils comportent des remarques sur le fait que l'appelant n'a pas témoigné au procès. Le premier extrait se lit ainsi:

Ceci étant compris, je vous avise que le degré de crédibilité plus ou moins grand que vous accordez à un témoin doit reposer sur des motifs sérieux et non pas sur de la simple fantaisie ou sur des caprices, sur de la spéculation ou sur de la frivolité surtout évidemment, surtout si le fait qui est affirmé par un témoin n'est pas nié par d'autres et si ce témoin n'est contredit par personne en général et en particulier n'est contredit par celui ou par ceux qui auraient été en mesure de le contredire.

Le second extrait se lit ainsi:

La thèse de la défense donc est la suivante: c'est que la Couronne ne s'est pas déchargée de démontrer devant vous hors de tout doute raisonnable la culpabilité de Pierre Potvin, l'accusé.

La défense vous dit, la défense qui n'a pas fait de défense vous dit: la preuve de la Couronne est tellement faible, il y a tellement de contradictions que vous devez mesdames et messieurs les jurés éprouver un doute raisonnable et accorder ce doute à l'accusé Pierre Potvin.

Comme l'a souligné la Cour d'appel, cette Cour a interprété le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* comme exigeant quelque chose de plus qu'une simple allusion en passant au fait qu'un accusé n'a pas témoigné au procès. Le juge Ritchie a interprété le par. 4(5) en fonction de son objet plutôt que de manière littérale dans l'arrêt *McConnell and Beer v. The Queen*, [1968] R.C.S. 802, à la p. 809:

[TRADUCTION] Je pense qu'il faut tenir pour acquis que l'article en question a été adopté pour protéger les accusés du danger d'avoir leur droit de ne pas témoigner présenté au jury de manière à suggérer que leur silence est utilisé pour masquer leur culpabilité.

Étant donné cette interprétation que j'approuve et que j'estime conforme la manière d'aborder l'interprétation des lois qui a été énoncée par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, je ne crois pas qu'on puisse affirmer que les remarques sur lesquelles l'appelant attire notre attention violent le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Comme l'a souligné la Cour d'appel, le premier extrait fait partie d'une directive générale au jury au début de l'exposé du juge. Le second extrait provient de la conclusion de l'exposé du juge mais il est un peu ambigu et, dans le contexte, semble être une remarque faite en passant. Même si la remarque pouvait causer un préjudice à l'accusé, j'estime qu'elle est plus que compensée par les remarques claires et répétées du juge dans son exposé concernant le fardeau de la poursuite d'établir la culpabilité de l'accusé.

Je conclus donc que le juge du procès n'a pas violé le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* dans ces extraits de son exposé au jury.

V. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès, d'une part, parce que le juge du procès n'a pas donné l'interprétation appropriée au par. 643(1) du *Code criminel* et, d'autre part, à cause de l'effet combiné de l'omission du juge du procès de mettre le jury en garde quant à l'utilisation du par. 643(1) et de la directive erronée selon laquelle la transcription du témoignage reçu à l'enquête préliminaire devrait être considérée de la même façon qu'un témoignage rendu au procès.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles établies par le Juge en chef de la façon suivante:

Q. 1. L'article 643 du *Code criminel*, dans la mesure où il permet à la poursuite de demander au juge du procès de lire à titre de preuve devant le jury le témoignage d'un complice donné à l'enquête préliminaire, lorsque ledit complice refuse de témoigner au procès, viole-t-il les art. 7, 11*d*) et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non, pour ce qui concerne l'art. 7 et l'al. 11*d*). Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question pour ce qui est de l'art. 12 puisque l'appelant n'a pas plaidé ce point.

Q. 2. Si la réponse à la première question est affirmative, le recours à cet article est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

R. Compte tenu de la réponse à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureur de l'appelant: Alain Dumas, Québec.

Procureur de l'intimé: Michel Parent, Sept-Îles.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.